



Asamblea General

Distr. general
31 de enero de 2017
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

69º período de sesiones

Ginebra, 1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio
a 4 de agosto de 2017

Cuarto informe sobre la protección de la atmósfera

Preparado por el Sr. Shinya Murase, Relator Especial*

Índice

	<i>Página</i>
Introducción	3
I. Principios rectores de interrelación	6
A. Fragmentación e interrelación	6
B. Apoyo mutuo	9
II. Interrelación con el derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones	12
A. Derecho mercantil internacional	13

* El Relator Especial desea reconocer la valiosa asistencia que le han prestado los siguientes profesores e investigadores: Charles Wharton, ex profesor auxiliar, Facultad de Derecho de la Universidad Renmin de China; Yuka Fukunaga, Universidad de Waseda; Yubing Shi, Universidad de Xiamen; Masayuki Hiromi, becario postdoctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Sofía; Deng Hua, candidato al doctorado, Facultad de Derecho de la Universidad Renmin de China; Zhang Maoli, estudiante de posgrado, Universidad de la Juventud de China de Estudios Políticos; y Zhou You, Juris Master de la Universidad de Beijing. También fue muy valioso el trabajo de otros estudiantes de posgrado en la Universidad de la Juventud de China de Estudios Políticos, entre ellos Qi Quanmei, Li Yubo, Zhang Yixi, Wang Jing, Wang Kun, Liu Yue y Chen Yue, así como Wang Leifan, candidato al doctorado, de la Facultad de Derecho de la Universidad Renmin de China. El Relator Especial quiere dejar constancia de su hondo agradecimiento a Lin Wei, Vicepresidente; Wu Yong, Decano; Wang Lijun, Vicedecano; y Qin Yihe y Chen Xiaohua, profesores, que lo ayudaron en su investigación en la Universidad de la Juventud de China de Estudios Políticos de manera tan fructífera, y también a Zhu Wenqi, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Renmin de China, por su constante apoyo y aliento durante este proyecto.



1.	Organización Mundial del Comercio/Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio	13
2.	Acuerdos de libre comercio	14
3.	Acuerdos ambientales multilaterales	15
4.	Solución de controversias	15
B.	Derecho internacional de las inversiones	18
1.	Práctica convencional	19
2.	Casos de arbitraje	25
III.	Interrelación con el derecho del mar	29
A.	Vínculos entre el mar y la atmósfera	29
B.	La relación jurídica entre el derecho del mar y el derecho relativo a la protección de la atmósfera	33
1.	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y otros instrumentos	33
2.	Decisiones judiciales	41
C.	El aumento del nivel del mar y sus efectos	43
IV.	Interrelación con el derecho internacional de los derechos humanos	45
A.	Tratados y otros instrumentos	46
B.	Jurisprudencia de los tribunales internacionales y los órganos creados en virtud de tratados	48
C.	Derechos sustantivos	53
D.	Personas vulnerables	55
E.	Generaciones futuras	57
F.	Problemas de procedimiento: aplicación extrajurisdiccional	59
V.	Conclusión	61

Introducción

1. En su 68º período de sesiones, celebrado en 2016, la Comisión de Derecho Internacional tuvo ante sí el tercer informe¹ presentado por el Relator Especial sobre el tema de la protección de la atmósfera. El tercer informe fue examinado por la Comisión en sus sesiones 3306ª, 3307ª, 3308ª y 3311ª, celebradas los días 27 y 31 de mayo y 1 y 7 de junio de 2016². La Comisión decidió remitir al Comité de Redacción todos los proyectos de directriz y un párrafo del preámbulo que había propuesto el Relator Especial. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de directriz y el párrafo del preámbulo con los comentarios correspondientes, en su 68º período de sesiones³.

Debate celebrado en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su septuagésimo primer período de sesiones

2. En octubre de 2016, la Sexta Comisión examinó la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema⁴. Si bien la mayoría de las delegaciones que expresaron su opinión en general acogieron con beneplácito la labor de la Comisión⁵, algunas pocas delegaciones sí que manifestaron reservas limitadas⁶, y una de ellas se mostró escéptica⁷. La mayoría de las delegaciones estuvieron de acuerdo en que la participación de expertos científicos era muy provechosa⁸.

¹ A/CN.4/692.

² También hubo un diálogo con científicos acerca de la protección de la atmósfera, que estuvo presidido por el Relator Especial. Al diálogo siguió un período de preguntas y respuestas. El resumen del diálogo oficioso puede consultarse en el sitio web de la Comisión. Véase también S. Murase, “Scientific knowledge and the 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*, J. Crawford y otros, eds. (Leiden, Martinus Nijhoff, de próxima publicación).

³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párrs. 95 y 96.

⁴ El Relator Especial expresa su agradecimiento a Qi Quanmei, de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Juventud de China de Estudios Políticos, por su asistencia para resumir el debate celebrado en la Sexta Comisión.

⁵ Italia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 20ª sesión (A/C.6/71/SR.20), párr. 90; Belarús, *ibid.*, 23ª sesión (A/C.6/71/SR.23), párr. 7; Argelia, *ibid.*, 23ª sesión, párr. 31; Egipto, *ibid.*, párr. 45; Islandia (en nombre de los países nórdicos), *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/71/SR.24), párr. 62; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *ibid.*, párr. 74; República de Corea, *ibid.*, párr. 84; Grecia, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25), párr. 33; El Salvador, *ibid.*, párr. 57; Sudán, *ibid.*, párr. 72; Portugal, *ibid.*, párr. 94; México, *ibid.*, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26), párr. 20; Singapur, *ibid.*, párr. 28; Malasia, *ibid.*, párr. 67; Sudáfrica, *ibid.*, párr. 79; Viet Nam, *ibid.*, párr. 100; Eslovenia, *ibid.*, párr. 110; Tuvalu, *ibid.*, párr. 129; Tonga, *ibid.*, párr. 132; Sri Lanka, *ibid.*, 27ª sesión (A/C.6/71/SR.27), párr. 2; Micronesia (Estados Federados de), *ibid.*, párr. 23; Japón, *ibid.*, párr. 30; Indonesia, *ibid.*, párr. 36; India, *ibid.*, párr. 41; Argentina, *ibid.*, 29ª sesión (A/C.6/71/SR.29), párr. 86; Irán (República Islámica del), *ibid.*, párr. 91; y Perú, *ibid.*, 30ª sesión (A/C.6/71/SR.30), párr. 6.

⁶ Francia, *ibid.*, 20ª sesión (A/C.6/71/SR.20), párr. 77; Chequia, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/71/SR.24), párr. 70; China, *ibid.*, párr. 91; Austria, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25), párr. 84; España, *ibid.*, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26), párr. 9; y Eslovaquia, *ibid.*, párr. 143.

⁷ Estados Unidos de América, *ibid.*, párr. 127.

⁸ Italia, *ibid.*, 20ª sesión (A/C.6/71/SR.20), párr. 90; Egipto, *ibid.*, 23ª sesión (A/C.6/71/SR.23), párr. 45; Portugal, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25), párr. 94; México, *ibid.*, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26), párr. 20; y Viet Nam, *ibid.*, párr. 102.

3. Algunas delegaciones apoyaron que se añadiese al preámbulo un cuarto párrafo relativo a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo⁹. Sin embargo, algunas delegaciones mostraron preocupación por el hecho de que la redacción de ese párrafo era bastante suave y no tenía plenamente en cuenta las circunstancias especiales y las necesidades reales de los países en desarrollo¹⁰.

4. Con respecto al proyecto de directriz 3, las delegaciones apoyaron en general la obligación de los Estados de ejercer la diligencia debida al proteger la atmósfera¹¹. Algunas delegaciones expresaron dudas, y observaron que esas obligaciones podrían ser difíciles de aplicar¹². Una delegación propuso que la última oración del párrafo 7) del comentario del proyecto de directriz 3 fuese sustituido por el siguiente texto: “En ese contexto, cabe señalar que no solo el Acuerdo de París reconoce en el Preámbulo que el cambio climático es un problema de toda la humanidad, sino que observa también que la calidad del aire ambiente es un problema de toda la humanidad, de conformidad con las Directrices [de la Organización Mundial de la Salud] sobre la calidad del aire ambiente. Esto demuestra a las claras la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos, y la protección de la biodiversidad”¹³.

Por lo que se refiere a la “evaluación del impacto ambiental” en el proyecto de directriz 4, las delegaciones apoyaron en general la idea de que llevarla a cabo ayudaría a controlar las actividades tanto públicas como privadas¹⁴. Algunas delegaciones sugirieron que se definiese estrictamente el umbral de los perjuicios sensibles¹⁵, y se destacara el efecto acumulativo de las actividades perjudiciales¹⁶.

5. En cuanto a los proyectos de directrices 5 y 6, que se refieren a la manera sostenible, equitativa y razonable en que debería utilizarse la atmósfera, algunas delegaciones apoyaron esa idea¹⁷. Una delegación expresó su preocupación por el hecho de que los términos “utilización de la atmósfera” no eran suficientemente

⁹ Argelia, *ibid.*, 23ª sesión (A/C.6/71/SR.23), párr. 31; República de Corea, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/71/SR.24), párr. 84; Sudáfrica, *ibid.*, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26), párr. 81; y Tuvalu, *ibid.*, párr. 129.

¹⁰ China, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/71/SR.24), párr. 91. España consideraba que la referencia que se hacía en el nuevo párrafo del preámbulo a las necesidades de los países en desarrollo no era coherente con el enfoque más equilibrado que prevalece actualmente en ese sentido (*ibid.*, A/C.6/71/SR.26, párr. 9). Véanse también las observaciones formuladas por el Brasil (*ibid.*, párr. 90).

¹¹ Italia, *ibid.*, 20ª sesión (A/C.6/71/SR.20), párr. 91; Grecia, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25), párr. 35; Singapur, *ibid.*, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26), párr. 30; Viet Nam, *ibid.*, 26ª sesión, párr. 101; Tonga, *ibid.*, párr. 134; y Micronesia (Estados Federados de), *ibid.*, 27ª sesión (A/C.6/71/SR.27), párr. 24.

¹² Chequia, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/71/SR.24), párr. 71; Rumania, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25), párr. 77; y Malasia, que destacó que su alcance bien podía ser cuestionable cuando se la llevase a la práctica (*ibid.*, 26ª sesión, A/C.6/71/SR.26, párr. 69).

¹³ Polonia, *ibid.*, párr. 55.

¹⁴ Italia, *ibid.*, 20ª sesión (A/C.6/71/SR.20), párr. 91; Reino Unido, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/71/SR.24), párr. 76; Grecia, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25), párr. 36; Singapur, *ibid.*, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26), párr. 32; y Malasia, *ibid.*, párr. 70; Tonga, *ibid.*, párr. 135.

¹⁵ Chequia, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/71/SR.24), párr. 71; Austria, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25), párr. 84; y Eslovenia, *ibid.*, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26), párr. 111.

¹⁶ Chequia, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/71/SR.24), párr. 71; Rumania, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25), párr. 77; y Tonga, *ibid.*, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26), párr. 135.

¹⁷ República de Corea, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/71/SR.24), párr. 85; y Grecia, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25), párr. 37.

claros¹⁸. Otra apuntó que los proyectos de directrices 5 y 6 encajarían mejor al principio del texto o en el preámbulo¹⁹. Una delegación propuso que, en aras de la claridad, en el párrafo 3) del comentario del proyecto de directriz 5 se definiese mejor el término “utilización” o, si no, se incluyeran ejemplos de esa utilización²⁰. También se sugirió que la Comisión examinase qué factores deberían evaluarse para encontrar un equilibrio entre los intereses de las generaciones presentes y futuras²¹.

6. Con respecto al proyecto de directriz 7, las delegaciones en general acogieron con beneplácito su inclusión en el proyecto de directrices y su insistencia en la cautela y la prudencia antes de emprender cualquier actividad encaminada a la modificación intencional a gran escala de la atmósfera²². Una delegación sugirió que se suprimiese el proyecto de directriz 7, ya que no se basaba en ninguna norma o práctica actuales en la materia²³. Otra delegación consideraba que esa directriz no debería aplicarse a las situaciones de conflicto armado²⁴. Una delegación propuso que en el proyecto de directriz se empleasen términos más contundentes, puesto que esas actividades podrían tener efectos importantes en la calidad de la atmósfera²⁵. Algunas delegaciones sugirieron que el ámbito de aplicación del proyecto de directriz fuese limitado²⁶. Con respecto al proyecto de directriz 8, relativo a la cooperación internacional, una delegación propuso que la cooperación operase de conformidad con las responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados y sus capacidades y sus condiciones sociales y económicas respectivas²⁷. Otra delegación sugirió que el proyecto de directriz no se refiriese únicamente a las organizaciones internacionales, dado que existían otras entidades que contribuían activamente y realizaban importantes acciones en el ámbito de la contaminación y la degradación atmosféricas²⁸.

Objetivo del presente informe

7. Basándose en los tres informes anteriores, el Relator Especial desea examinar en el presente informe la interrelación entre el derecho internacional relativo a la protección de la atmósfera y otras esferas del derecho internacional, a saber, el derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones (sección II), el derecho del mar (sección III) y el derecho internacional de los derechos humanos (sección IV). Se considera que estas esferas del derecho internacional tienen vínculos intrínsecos con el propio derecho relativo a la

¹⁸ Francia, *ibid.*, 20ª sesión (A/C.6/71/SR.20), párr. 77.

¹⁹ Belarús, *ibid.*, 23ª sesión (A/C.6/71/SR.23), párr. 7.

²⁰ Grecia, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25), párr. 37.

²¹ Malasia, *ibid.*, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26), párr. 73.

²² Italia, *ibid.*, 20ª sesión (A/C.6/71/SR.20), párr. 91; Islandia (en nombre de los países nórdicos), *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/71/SR.24), párr. 62; y República de Corea, *ibid.*, párr. 85.

²³ Francia, *ibid.*, 20ª sesión (A/C.6/71/SR.20), párr. 77; México también sugirió que “la Comisión debiera examinar detenidamente si se debería incluir el proyecto de directriz 7 ... habida cuenta de que el tema es controvertido, la práctica es escasa y el debate está evolucionando” (*ibid.*, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26), párr. 23).

²⁴ Belarús, *ibid.*, 23ª sesión (A/C.6/71/SR.23), párr. 7; España también indicó que la exclusión de las actividades militares del ámbito del proyecto de directriz 7 tendría que figurar expresamente en dicho proyecto (*ibid.*, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26), párr. 9).

²⁵ Rumania, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25), párr. 78.

²⁶ Austria, *ibid.*, párr. 85; y Eslovaquia, *ibid.*, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26), párr. 143.

²⁷ Argelia, *ibid.*, 23ª sesión (A/C.6/71/SR.23), párr. 31.

²⁸ El Salvador, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/71/SR.25), párr. 58.

protección de la atmósfera en sí. Por lo tanto, analizando su interrelación no se pretende en modo alguno ampliar el ámbito de aplicación del tema que figura en el proyecto de directriz 2, aprobado provisionalmente por la Comisión.

I. Principios rectores de interrelación**

A. Fragmentación e interrelación

8. El derecho internacional relativo a la protección de la atmósfera (a veces denominado “el derecho de la atmósfera” en el presente informe) puede considerarse un régimen autónomo, pero no es de ninguna manera un régimen “autosuficiente” ni “sellado”. Existe y funciona en relación con otras esferas del derecho internacional. De hecho, la fuerza principal del derecho internacional como ordenamiento jurídico radica en esa interrelación. La fragmentación del derecho internacional es, por lo tanto, reconocida ampliamente como una dificultad necesaria que se debe superar en todas las fases del proceso jurídico internacional, es decir, la formulación, la interpretación/aplicación y puesta en práctica.

9. Cabe recordar que el Relator Especial señaló el enfoque básico del tema en su primer informe en 2014, en el que afirmó que era importante que la Comisión considerase los principios y normas jurídicos sobre el tema relativos a los denominados “régimenes especiales” en el marco del derecho internacional general. Ello implica que la Comisión debe resistirse a la propensión a la “compartimentación (o fragmentación)” de los enfoques monotemáticos dominantes del derecho internacional del medio ambiente²⁹. El derecho internacional relativo a la protección de la atmósfera es parte del derecho internacional general y, por lo tanto, los principios jurídicos y normas aplicables a la atmósfera deben examinarse, en la medida de lo posible, en relación con la doctrina y la jurisprudencia del derecho internacional general. Ello también implica que la labor de la Comisión debería abarcar la aplicación de los principios y normas del derecho internacional general a diversos aspectos del problema de la protección de la atmósfera. Es necesario colocar cada compartimento aislado dentro del marco del derecho internacional general a fin de establecer vínculos coherentes entre ellos. El enfoque generalista o integrador, que trasciende las fronteras de los régimenes especiales, es por ello indispensable en la labor actual de la Comisión consistente en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Dado que la Comisión es un órgano compuesto principalmente por expertos en derecho internacional general, podemos ver en este tema nuevas posibilidades y nuevas

** El Relator Especial agradece especialmente a Deng Hua, candidato al doctorado de la Universidad de Renmin, por proporcionar el material pertinente sobre la fragmentación del derecho internacional y redactar las partes correspondientes del informe sobre el apoyo mutuo y el derecho mercantil internacional. También desearía expresar su agradecimiento a Zhang Maoli, de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Juventud de China de Estudios Políticos, por haber verificado minuciosamente las fuentes pertinentes para el presente informe.

²⁹ A/CN.4/667, párr. 17. Véanse también S. Murase, “Perspectives from international economic law on transnational environmental issues”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1996), págs. 283 a 431, reproducido en S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokio, Sophia University Press, 2011), págs. 1 a 127; y S. Murase, “Conflict of international regimes: trade and the environment”, *ibid.*, págs. 130 a 166.

oportunidades para la Comisión en el siglo XXI. El enorme aumento del número de tratados en estas esferas especializadas ha conducido a una “congestión de tratados” o una “inflación de tratados”³⁰. A pesar de la multitud de convenciones, hay importantes lagunas y solapamientos porque ha habido poca o ninguna coordinación o armonización y, por lo tanto, no existe suficiente coherencia entre ellos. Se ha recalado reiteradamente que es necesario aumentar las sinergias entre las convenciones en vigor y la Comisión debería aprovechar esta oportunidad, ya que puede contribuir en gran medida al efecto³¹.

10. También deben tenerse en cuenta las conclusiones de la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, cuando tratan de la cuestión de la interrelación de las normas jurídicas. La conclusión 1) dice así: “El derecho internacional es un sistema jurídico. Sus reglas y principios (es decir, sus normas) surten efectos en relación con otras normas y principios y deben interpretarse en el contexto de estos. Como sistema jurídico, el derecho internacional no es una compilación aleatoria de esas normas. Entre ellas existen útiles relaciones. Así, pueden existir normas de rango superior o inferior, su formulación puede tener mayor o menor generalidad o especificidad y su validez puede remontarse a períodos anteriores o posteriores”³².

Sobre esa base, la conclusión 2) declara: “En la aplicación del derecho internacional es necesario, a menudo, determinar la relación exacta existente entre dos o más normas y principios que son a un mismo tiempo válidos y aplicables con respecto a una situación”³³. La misma conclusión sigue: “A estos efectos, las relaciones pertinentes se dividen en dos tipos generales: [*r*]elaciones de interpretación y [*r*]elaciones de conflicto”. Las primeras son “las que se dan cuando una norma ayuda a la interpretación de otra”. En ese caso: “Una norma puede contribuir a la interpretación de otra, por ejemplo como aplicación, aclaración, actualización o modificación de esta. En tal situación, ambas normas se aplican conjuntamente”. Las segundas “se producen cuando dos normas que son válidas y aplicables llevan a decisiones incompatibles, por lo que hay que escoger entre ellas”. Esta conclusión recuerda que “las normas básicas relativas a la solución de conflictos normativos figuran en la Convención de Viena de 1969”³⁴. Además, la conclusión 4) destaca el principio de armonización y afirma que: “Es un principio generalmente aceptado que, cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben

³⁰ Véanse E. Brown Weiss, “International environmental law: contemporary issues and the emergence of a new world order”, *Georgetown Law Journal*, vol. 81 (1993), págs. 675 a 710, en especial págs. 697 a 702; S. Murase y otros, “Compliance with international standards: environmental case studies”, en *Proceedings of the 89th Annual Meeting of the American Society of International Law: Structures of World Order* (Washington D.C., American Society of International Law, 1995), págs. 206 a 224; D. K. Anton, “Treaty congestion in contemporary international environmental law”, en *Routledge Handbook of International Environmental Law*, S. Alam y otros, eds. (Nueva York, Routledge, 2013), págs. 651 a 665.

³¹ A/CN.4/667, párrs. 17 y 18.

³² *Anuario ... 2006*, vol. II (Segunda parte), pág. 195.

³³ *Ibid.*, pág. 195.

³⁴ *Ibid.*, la conclusión 3) se refiere a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y señala: “Cuando se quiere determinar la relación de dos o más normas entre sí, esas normas deben interpretarse de conformidad o por analogía con la Convención de Viena, y especialmente las disposiciones de sus artículos 31 a 33, referentes a la interpretación de los tratados”.

interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles³⁵.

11. En el presente informe se examina la cuestión de la interrelación conforme a esas propuestas metodológicas. Por tanto, cualquier solapamiento o conflicto que se deriven de que exista una pluralidad de convenciones aplicables a la misma cuestión (o materia) pueden exigir la coordinación en el contexto correspondiente. Para el presente tema, esas situaciones pueden surgir en forma de un conflicto entre dos convenciones multilaterales. Como se indica más adelante en la presente sección, el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, “Convención de Viena”), que trata de la situación de conflicto entre tratados sucesivos, no siempre ofrece las respuestas necesarias sobre el modo en que debería realizarse la coordinación. En general, es conveniente seguir las conclusiones anteriores sobre las relaciones de interpretación (cuando las normas se complementan entre sí) y las relaciones de conflicto (cuando una prevalece sobre la otra), así como el principio de armonización (para un único conjunto de obligaciones en la medida de lo posible), aunque hay que reconocer que ese proceso presenta algunas dificultades³⁶.

12. La noción de interrelación refleja la interdependencia de la protección del medio ambiente y el desarrollo social y económico, y se espera que establezca el equilibrio adecuado en el desarrollo sostenible. Por lo tanto, los principios que orientan la interrelación en el presente informe se refieren a los vínculos entre el derecho internacional relativo a la protección de la atmósfera y otras ramas del derecho internacional, como el derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, el derecho del mar y el derecho de los derechos humanos. Esas esferas concretas se resaltan debido a sus vínculos intrínsecos con el derecho relativo a la protección de la atmósfera. No obstante, no se deben pasar por alto los conflictos potenciales³⁷, como los conflictos entre “principios que a veces apuntan en direcciones diferentes ... nuevos tipos de cláusulas de tratados o prácticas de tratados que quizás no sean compatibles con el antiguo derecho general o el derecho de otra rama especializada³⁸”. Hay una firme tendencia en la actualidad en el derecho internacional hacia la “compartimentación”, puesta de manifiesto por la ausencia de vínculos coherentes entre compartimentos aislados de ese derecho, lo que conduce a menudo a su fragmentación³⁹. Por lo tanto, los conflictos entre los

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Véase, en general, A. Boyle, “Relationship between international environmental law and other branches of international law”, en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Brunée y E. Hey, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2007), págs. 125 a 146.

³⁷ En cuanto al fenómeno de los conflictos entre las normas de derecho internacional, véase, por ejemplo, J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003); R. Michaels y J. Pauwelyn, “Conflict of norms or conflict of laws: different techniques in the fragmentation of public international law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 22 (2012), págs. 349 a 376; D. N. Dagbanja, “The conflict of legal norms and interests in international investment law: towards the constitutional-general international law imperatives theory”, *Transnational Legal Theory*, vol. 6, núm. 3-4 (2015), págs. 518 a 560.

³⁸ Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, documento A/CN.4/L.682, párr. 15.

³⁹ Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (véase la nota 29), pág. 10.

tratados correspondientes deben evitarse o resolverse mediante una coordinación activa en la medida de lo posible, ya que no hacerlo impediría la aplicación efectiva de los objetivos legítimos de la comunidad internacional⁴⁰.

13. Cuando las normas del derecho internacional se formulan, interpretan y aplican, y se ponen en práctica de manera complementaria, aumentan las posibilidades de evitar o resolver los conflictos entre ellas. Por lo tanto, a fin de proteger efectivamente la atmósfera de la contaminación y la degradación atmosféricas, es fundamental que el examen de las normas pertinentes del derecho internacional se lleve a cabo de manera que se apoyen mutuamente, lo que puede hacer que los posibles conflictos en la coordinación de disposiciones convencionales den lugar a sistemas coherentes para la protección de la atmósfera.

B. Apoyo mutuo

14. El concepto de “apoyo mutuo” apareció por primera vez en el Programa 21, en el que se destacaba que “[l]a economía internacional debería ofrecer un clima internacional propicio para lograr los objetivos en la esfera del medio ambiente y el desarrollo, en las formas siguientes: ... [l]ogrando que el comercio y el medio ambiente se apoyen mutuamente”⁴¹, y se instaba a los Estados a tratar de “promover y apoyar políticas nacionales e internacionales que hicieran que el crecimiento económico y la protección del medio ambiente se apoyaran mutuamente”⁴². En la actualidad, el llamamiento al apoyo mutuo se ha convertido en una expresión recurrente en los instrumentos internacionales y las decisiones judiciales, como se indica más adelante en el presente informe. En términos generales, el concepto de apoyo mutuo trata de alcanzar un equilibrio entre las distintas ramas del derecho internacional teniendo en cuenta el concepto de desarrollo sostenible. La aparición del apoyo mutuo nace de un deseo de tratar las distintas ramas del derecho internacional no como regímenes potencialmente concurrentes, sino con miras a considerar la posibilidad de coordinar las labores para lograr sinergias. Desde esa perspectiva, y al examinar el Programa 21 y los principios fundamentales del derecho internacional ampliamente reconocidos, el apoyo mutuo puede considerarse como un principio indispensable del derecho internacional actual a la hora de hacer frente a los problemas de interpretación, fragmentación y competencia entre regímenes⁴³.

15. El apoyo mutuo ha desarrollado al menos dos aspectos normativos: en primer lugar, uno que obliga a los Estados a negociar de buena fe con miras a prevenir posibles conflictos *ex ante*; y, en segundo lugar, a interpretar, aplicar y poner en práctica las normas pertinentes de manera armoniosa a fin de resolver los conflictos

⁴⁰ Véase la resolución 2/2014 de la International Law Association sobre la declaración de principios jurídicos relativos al cambio climático, *Informe de la 76ª Conferencia, celebrada en Washington D.C.*, agosto de 2014 (Londres, 2014).

⁴¹ Programa 21, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. I, *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8 y corrección), resolución 1, anexo II, párr. 2.3 b).

⁴² *Ibid.*, párr. 2.9 d). Véanse también los párrs. 2.19 a 2.22.

⁴³ *Ibid.*, págs. 12 a 20. Véase también R. Pavoni, “Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making: a watershed for the ‘WTO-and-competing regimes’ debate?”, *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 3 (2010), pág. 651.

efectivos *ex post* en la medida de lo posible⁴⁴. El concepto de desarrollo sostenible, que es en sí mismo una piedra angular del derecho internacional, vincula los medios de vida y el crecimiento económico a largo plazo con la prevención del daño irreparable para el medio humano necesario para la vida. Esto es análogo a la idea central del apoyo mutuo, que conecta el desarrollo económico con la protección ambiental. Aunque los dos conceptos no son idénticos, existe una estrecha alianza entre el apoyo mutuo y el desarrollo sostenible, y un cierto grado de solapamiento. A nivel de interpretación, la forma en que opera el desarrollo sostenible en algunos casos apenas puede distinguirse de lo que puede lograrse recurriendo al apoyo mutuo⁴⁵.

16. En primer lugar, los posibles conflictos pueden prevenirse y evitarse en la etapa de negociación de las nuevas normas⁴⁶. Los Estados deben tratar de lograr el apoyo mutuo cuando están todavía en la etapa de negociación de un acuerdo dado, lo que contribuye a prevenir posibles conflictos por adelantado. Por ejemplo, los conflictos pueden evitarse mediante una norma en la que se indique explícitamente que se aparta de otra norma, o una norma que haga una referencia explícita a otra norma. En esas circunstancias, las dos normas simplemente vienen a sumarse y se previene que surja el conflicto *ex ante*⁴⁷.

17. También en el proceso *ex post* de interpretación y aplicación de las normas pertinentes del derecho internacional, el apoyo mutuo debería ser el principio rector para los Estados y las cortes y tribunales internacionales, en virtud del cual se interpreten y apliquen de manera armoniosa las normas pertinentes “en la medida de lo posible ... para dar lugar a un conjunto único de obligaciones compatibles”⁴⁸.

18. Si bien la propia Convención de Viena no se refiere directamente al principio interpretativo de armonización, generalmente está garantizado en el artículo 31, párrafo 3 c), que establece una interpretación sistémica, que exige que los intérpretes tengan en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”⁴⁹. En otras palabras, el artículo 31, párrafo 3 c), pone de relieve la “unidad del derecho internacional” y “el sentido de que las normas no deben considerarse aisladamente del derecho internacional general”⁵⁰. Así, por ejemplo, desde el asunto *Estados Unidos - Pautas para la*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, pág. 662.

⁴⁶ Véase Pauwelyn, *Conflict of Norms ...* (nota 37), pág. 237.

⁴⁷ *Ibid.* Wilfred Jenks apuntó una vez que, cuando personas diferentes negocian o coordinan tratados distintos, los negociadores o coordinadores probablemente “traten de lograr una mayor satisfacción de sus propias opiniones sobre cuestiones discutibles de detalle al precio de un conflicto entre los diferentes instrumentos y la incoherencia en el conjunto de los instrumentos conexos” y, por lo tanto, exhortó a los negociadores o coordinadores a “formarse el hábito de considerar los proyectos de nuevos instrumentos desde el punto de vista de su efecto para el conjunto de las normas internacionales en su totalidad”, W. Jenks, “Conflict of law-making treaties”, *The British Year Book of International Law*, vol. 30 (1953), pág. 452.

⁴⁸ Con respecto al principio interpretativo de armonización, véase *Anuario ... 2006*, vol. II (Segunda parte), pág. 195, párr. 4).

⁴⁹ Véase, por ejemplo, OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párr. 158, y nota 157. Véase también *Al-Adsani v. the United Kingdom*, demanda núm. 35763/97, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-XI, párr. 55.

⁵⁰ P. Sands, “Treaty, custom and the cross-fertilization of international law”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1998), párr. 25; C. McLachlan, “The principle of

gasolina reformulada y convencional en 1996, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se ha negado a separar las normas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)⁵¹ de otras reglas de interpretación del derecho internacional público, al afirmar que “no debe leerse el *Acuerdo General* aislándolo clínicamente del derecho internacional público”⁵². Cabe recordar que el Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional observó que el artículo 31, párrafo 3 c) de la Convención de Viena se basa en el “principio de integración sistémica”, y puso de relieve la necesidad de tener en cuenta otras normas que podrían ser pertinentes en el caso al interpretar el texto de un tratado internacional⁵³.

19. También cabe señalar que el artículo 30 de la Convención de Viena dispone métodos tradicionales para resolver un conflicto si dicho principio de armonización no funciona de manera efectiva en una determinada circunstancia. El artículo⁵⁴ prevé normas de conflicto explícitas de *lex specialis* (párrafo 2), *lex posterior* (párrafo 3) y *pacta tertiis* (párrafo 4). En el párrafo 2 se confirma la regla de *lex specialis* consistente en que: “Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último”⁵⁵. En el párrafo 3 se prevé la situación de tratados sucesivos entre las mismas partes, y se confirma la regla de *lex posterior* consistente en que un tratado posterior prevalece sobre un tratado anterior⁵⁶. El párrafo 4 se refiere a las cuestiones complejas de la no identidad de las partes en tratados sucesivos; es decir, cuando las partes en el tratado posterior no incluyen todas las partes en el anterior, que es a menudo el caso que se produce al tratar de la cuestión de la interrelación entre distintos tratados multilaterales⁵⁷.

20. Sin embargo, esos métodos tradicionales de interpretación de los tratados pueden no conducir necesariamente por sí solos al apoyo mutuo deseado. Por ejemplo, una cláusula (regla) autónoma sobre conflictos en la parte dispositiva de un acuerdo ambiental multilateral a veces puede conceder prioridad a otros acuerdos en caso de conflicto, como el artículo XIV, párrafos 2 y 3, de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres⁵⁸. En otros casos, la regla sobre conflictos incluida en un acuerdo ambiental multilateral

systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), pág. 279; y O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 828 y 829.

⁵¹ El Acuerdo original se firmó en Ginebra el 30 de octubre de 1947. El GATT de 1994 figura en el anexo 1 del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio.

⁵² OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, pág. 20. Véase también S. Murase, “Unilateral measures and the WTO dispute settlement” (en donde se analiza el asunto *Gasolina*), en *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*, S. C. Tay y D. C. Esty, eds. (Singapur, Times Academic Press, 1996), págs. 137 a 144.

⁵³ Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, “Fragmentación del derecho internacional ...” (véase la nota 38), párrs. 410 a 480.

⁵⁴ Corten y Klein, *The Vienna Conventions ...* (véase la nota 50), págs. 764 a 803.

⁵⁵ *Ibid.*, págs. 785 a 787.

⁵⁶ *Ibid.*, págs. 789 a 791.

⁵⁷ *Ibid.*, págs. 791 a 798.

⁵⁸ Véase también Pavoni, “Mutual supportiveness ...” (nota 43), pág. 654.

dista mucho de ser clara, como en el caso del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica⁵⁹. Por lo tanto, cuando los Estados den prioridad a un instrumento, también deberían tener en cuenta el equilibrio adecuado en beneficio del otro instrumento con el que entra en conflicto, y evitar el carácter absoluto de modo que también puedan alcanzarse de manera adecuada otros objetivos legítimos.

21. Sobre la base de lo expuesto, se propone el siguiente proyecto de directriz:

Proyecto de directriz 9: Principios rectores de interrelación

En consonancia con el principio de interrelación, los Estados deben elaborar, interpretar y aplicar las normas del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de una manera que suponga un apoyo mutuo y resulte armoniosa con otras normas pertinentes del derecho internacional, con miras a resolver los conflictos entre esas normas y a proteger de manera efectiva la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

II. Interrelación con el derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones

22. El libre comercio y la inversión extranjera son requisitos previos para el bienestar de la humanidad en el mundo contemporáneo; sin embargo, pueden entrar en conflicto con la protección del medio ambiente y la atmósfera. Como ejemplo general, un Estado puede adoptar medidas ambientales nacionales para mantener la calidad del aire restringiendo las importaciones extranjeras de gasolina o las inversiones extranjeras en una central eléctrica, lo que a su vez puede considerarse incompatible con las obligaciones internacionales del Estado de respetar el libre comercio o proteger las inversiones extranjeras. El modo de resolver esos conflictos ha sido objeto de grandes debates en el derecho internacional. Al examinar las cuestiones del comercio frente al medio ambiente, es importante distinguir entre dos situaciones: cuando las medidas en cuestión han sido adoptadas por un Estado de conformidad con los acuerdos ambientales multilaterales aplicables, y cuando las medidas han sido adoptadas simplemente sobre la base de la legislación nacional del Estado. En el primer caso, la coordinación entre dos tratados debe resolverse de conformidad con los artículos 30 y 31 de la Convención de Viena como se mencionó más arriba, mientras que en el segundo caso son básicamente las medidas

⁵⁹ En el Preámbulo del Protocolo de Cartagena se dispone lo siguiente, con respecto a su interrelación con los acuerdos de la OMC: “[r]econociendo que los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible, [d]estacando que el presente Protocolo no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor, [e]n el entendimiento de que los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales”; esto indica que, mientras que el primer párrafo sitúa al Protocolo y los acuerdos de la OMC en pie de igualdad, el segundo párrafo parece dar prioridad a los acuerdos de la OMC y el tercer párrafo al Protocolo. Véase R. McKenzie y otros, *An Explanatory Guide to the Cartagena Protocol on Biosafety*, Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, Centro de Derecho Ambiental, IUCN Environmental Policy and Law Paper núm. 46 (Gland y Cambridge, Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, 2003), párrs. 143 a 156.

unilaterales del Estado las que pueden considerarse “oponibles” o “no oponibles” en derecho internacional⁶⁰.

A. Derecho mercantil internacional

1. Organización Mundial del Comercio/Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

23. La protección del medio ambiente no era una cuestión de interés primordial cuando se redactó el GATT en 1947. El artículo XX del GATT, relativo a las excepciones generales, posteriormente ha pasado a ser considerado pertinente en parte para el medio ambiente; dice lo siguiente:

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: ... b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; ... g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales⁶¹.

24. Al parecer, durante la negociación en 1987 del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, se puso en tela de juicio la compatibilidad de su artículo 4 (“Control del comercio con Estados que no sean Partes”) con las normas del GATT sobre libre comercio. Sin embargo, eso no parece haber suscitado ninguna controversia grave⁶², a diferencia de los acalorados debates que se produjeron en todo el mundo acerca del comercio y el medio ambiente a raíz de los informes del Grupo Especial de Solución de Diferencias del GATT con respecto a la controversia *Atún-Delfines (Restricciones a la importación de atún, México c. Estados Unidos y Restricciones a la importación de atún, Comunidad Económica Europea y Países Bajos c. Estados Unidos)*⁶³. En ambos casos, la cuestión fundamental era la interpretación del artículo XX, párrafos I b) y g), del GATT.

⁶⁰ Véase S. Murase, “Unilateral measures and the concept of opposability in international law”, Instituto de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de Tesalónica, *Thesaurus Acroasium. Might and Right in International Relations*, vol. 28, K. Koufa, ed. (Tesalónica, Sakkoulas Publications, 1999), págs. 397 a 454.

⁶¹ Véase, en general, sobre la cuestión del comercio y el medio ambiente, Murase, “Perspectives from international economic law ...” y “Conflict of international regimes ...” (nota 29).

⁶² P. M. Lawrence, “International legal regulations for the protection of the ozone layer: some problems of implementation”, *Journal of Environmental Law*, vol. 2 (1990), págs. 17 a 52.

⁶³ GATT, Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún*, DS21/R-39S/155, 3 de septiembre de 1991 (Atún-Delfines I, no adoptado); GATT, Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún*, DS29/R, 16 de junio de 1994 (Atún-Delfines II, no adoptado). Véase también T. J. Schoenbaum, “Free international trade and protection of the environment: irreconcilable conflict?”, *American Journal of International Law*, vol. 86 (1992), págs. 700 a 727.

25. En 1995 se creó la OMC en virtud del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la OMC, en el que se ha incorporado el GATT sin cambios sustanciales como un anexo. El primer párrafo del preámbulo del Acuerdo de Marrakech dispone que el propósito de la OMC es conciliar las metas del desarrollo y el comercio con las necesidades ambientales “de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible”. Como tal, ha añadido una nueva dimensión a la cuestión del comercio y el medio ambiente. El Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC comenzó a llevar a cabo sus actividades “con el objetivo de lograr que las políticas sobre comercio internacional y las políticas ambientales se apoyen mutuamente”⁶⁴ y en su informe de 1996 a la Conferencia Ministerial de Singapur, dicho Comité reiteró su posición e indicó que el sistema de la OMC y la protección del medio ambiente son “dos esferas de la formulación de políticas [que] son a la vez importantes y han de apoyarse recíprocamente para promover el desarrollo sostenible”⁶⁵, y añadió que ambas son “representativ[a]s de los esfuerzos de la comunidad internacional para conseguir objetivos comunes, y al desarrollar una relación de mutuo apoyo entre ell[a]s deben tomarse debidamente en consideración ambos instrumentos”⁶⁶. Dado que el concepto de apoyo mutuo ha pasado gradualmente a ser considerado “una norma jurídica *interna* de la OMC”⁶⁷, en la Declaración Ministerial de Doha⁶⁸ se expresa la convicción de los Estados de que “los objetivos de respaldar y salvaguardar un sistema multilateral de comercio abierto y no discriminatorio y de actuar para la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible pueden y deben apoyarse mutuamente”⁶⁹.

2. Acuerdos de libre comercio

26. Los acuerdos de libre comercio también incorporan el apoyo mutuo al tratar de la interrelación entre el comercio y el medio ambiente. Por ejemplo, el artículo 17.12 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos dispone que “las Partes continuarán buscando los medios para aumentar el apoyo mutuo a los acuerdos ambientales multilaterales de los cuales todos forman parte y de los acuerdos comerciales de los cuales todos forman parte”⁷⁰. Algunos otros acuerdos de libre comercio recientes, como el firmado entre el Canadá y la Asociación Europea de Libre Comercio, reconocen “la necesidad de unas políticas comerciales y ambientales que se apoyen mutuamente con el fin de

⁶⁴ Comité de Negociaciones Comerciales, decisión de 14 de abril de 1994, MTN.TNC/45 (MIN), anexo II, pág. 17.

⁶⁵ OMC, Comité de Comercio y Medio Ambiente, Informe (1996) WT/CTE/1 (12 de noviembre de 1996), párr. 167.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 171.

⁶⁷ Pavoni, “Mutual supportiveness ...” (véase la nota 43), pág. 652.

⁶⁸ Aprobada en Doha el 14 de noviembre de 2001 en el cuarto período de sesiones de la Conferencia Ministerial de la OMC, WT/MIN (01)/DEC/1.

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 6. En la Declaración Ministerial de Hong Kong de 2005 se reafirmó “el mandato establecido en el párrafo 31 de la Declaración Ministerial de Doha, encaminado a potenciar el apoyo mutuo del comercio y el medio ambiente ...” (aprobada el 18 de diciembre de 2005 en el sexto período de sesiones de la Conferencia Ministerial de Hong Kong (China), WT/MIN(05)/DEC, párr. 30).

⁷⁰ Firmado el 5 de agosto de 2004. Puede consultarse en la dirección <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text> (consultado el 20 de febrero de 2017).

alcanzar el objetivo del desarrollo sostenible”⁷¹. Más recientemente, el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre el Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por la otra⁷², dispone, en su capítulo 24 (“Comercio y medio ambiente”), artículo 24.4, párrafo 1, que: “Las Partes reconocen el valor de la gobernanza y de los acuerdos internacionales en materia medioambiental como respuesta de la comunidad internacional a los problemas medioambientales mundiales o regionales, e insisten en la necesidad de reforzar el respaldo mutuo entre las políticas, normas y medidas en materia de comercio y de medio ambiente”.

3. Acuerdos ambientales multilaterales

27. El concepto de apoyo mutuo está integrado en acuerdos ambientales multilaterales que se refieren a la protección de la atmósfera. El artículo 3, párrafo 5, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático refleja ese concepto cuando dispone lo siguiente: “Las Partes deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional abierto y propicio que condujera al crecimiento económico y desarrollo sostenibles de todas las Partes, particularmente de las Partes que son países en desarrollo, permitiéndoles de ese modo hacer frente en mejor forma a los problemas del cambio climático”. Además, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes reconoce en su Preámbulo que el “Convenio y los demás acuerdos internacionales en la esfera del comercio y el medio ambiente se apoyan mutuamente”⁷³. El Convenio de Minamata sobre el Mercurio⁷⁴ también reconoce el apoyo mutuo en términos similares.

4. Solución de controversias

28. El primer asunto de que se encargaron el Órgano de Solución de Diferencias y el Órgano de Apelación de la OMC fue el asunto *Gasolina*⁷⁵ en 1996, que se refería

⁷¹ El Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza) se firmó en Davos (Suiza), el 26 de enero de 2008. Puede consultarse en www.efta.int/media/documents/legal-texts/free-trade-relations/canada/EFTA-Canada%20Free%20Trade%20Agreement%20EN.pdf (consultado el 20 de febrero de 2017).

⁷² *Diario Oficial de la Unión Europea*, L11, 14 de enero de 2017, págs. 23 a 1079. Véase también el Acuerdo de Asociación Transpacífico, cuyo texto legalmente verificado fue publicado el 26 de enero de 2016; el artículo 20.2, párrafo 1, indica que los objetivos del Capítulo relativo al medio ambiente son promover políticas comerciales y ambientales que se apoyen mutuamente; promover altos niveles de protección del medio ambiente y la aplicación eficaz del derecho ambiental; y aumentar la capacidad de las Partes de resolver cuestiones ambientales relacionadas con el comercio, en particular mediante la cooperación. El Acuerdo aún no ha entrado en vigor. El texto completo puede consultarse en www.mfat.govt.nz/en/about-us/who-we-are/treaties/trans-pacific-partnership-agreement-tpp (consultado el 20 de febrero de 2017).

⁷³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2256, núm. 40214, pág. 119 a 215.

⁷⁴ Véase el documento UNEP(DTIE)/Hg/CONF/3.

⁷⁵ Véase la nota 52. En ese asunto, el Brasil y Venezuela (República Bolivariana de) pidieron al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC que examinase la compatibilidad de la Ley de los Estados Unidos de Protección de la Calidad del Aire y los “métodos de establecimiento de líneas de base” de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos con las disposiciones de la OMC/GATT pertinentes. La Ley de Protección de la Calidad del Aire y sus reglamentos (con las modificaciones de 1990) tienen por objeto prevenir y controlar la contaminación de la atmósfera en los Estados Unidos mediante el establecimiento de normas

al vínculo entre el comercio y el medio atmosférico en el contexto de las normas de la OMC. El Órgano de Apelación reconoció, en relación con la interpretación del artículo XX g) del GATT, que el aire puro es un “recurso natural” que puede ser “agotado”⁷⁶. Esta decisión fue sobresaliente por su importante remisión a los principios y las normas del derecho internacional. Criticando el informe del Grupo Especial, el Órgano de Apelación declaró que:

En opinión del Órgano de Apelación, una dificultad fundamental que plantea la aplicación que se hace en el Informe del Grupo Especial del apartado g) del artículo XX ... es que se pasó por alto una norma fundamental de la interpretación de los tratados. Esta norma ha sido plasmada de la forma más autorizada y sucinta en la [Convención de Viena] ... Todos los participantes y terceros participantes se han atenido a esta “regla general de interpretación” [establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena], aunque no siempre con respecto a la misma cuestión. Esta regla general de interpretación se ha elevado a la condición de norma del derecho internacional consuetudinario o general. Como tal, forma parte de las “normas usuales de interpretación del derecho internacional público” que el Órgano de Apelación está obligado, en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del [Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias], a aplicar para aclarar las disposiciones del *Acuerdo General* y los demás “acuerdos abarcados” ... Estas directrices son en cierta medida consecuencia del reconocimiento de que no debe leerse el *Acuerdo General* aislandolo clínicamente del derecho internacional público⁷⁷.

Como se mencionó anteriormente (párrafo 20 *supra*), el Órgano de Apelación puso de relieve la importancia de adoptar una interpretación sistémica con un espíritu de apoyo mutuo y desarrollo sostenible. El asunto *Gasolina* era un ejemplo claro del principio de apoyo mutuo y, al mismo tiempo, un caso en el que el derecho relativo a la protección de la atmósfera en sí contribuyó al mayor desarrollo del derecho internacional.

29. El asunto *Camarones/Tortugas*⁷⁸ fue otro ejemplo de las normas de la OMC relacionadas con la protección del medio ambiente; y si bien no trataba directamente de la contaminación atmosférica, sus principios ambientales generales resultan pertinentes en este contexto. El apoyo mutuo entre los regímenes del comercio y el medio ambiente era un principio central en ese asunto⁷⁹. El Órgano de Apelación

sobre la calidad de la gasolina y las emisiones de los vehículos automotores. Véase el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/667), párr. 49.

⁷⁶ Véase el informe del Órgano de Apelación de la OMC (nota 52), pág. 16, donde se cita el informe del Grupo Especial.

⁷⁷ *Ibid.*, págs. 19 y 20. Véase también D. M. McRae, “GATT Article XX and the WTO Appellate Body”, en *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, M. Bronkers y R. Quick, eds. (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2000), págs. 219 a 236; y J. Gomula, “Environmental disputes in the WTO”, en *Research Handbook on International Environmental Law*, M. Fitzmaurice, D. Ong y P. Merkouris, eds. (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), págs. 401 a 425.

⁷⁸ Véase la nota 49. Véase Gomula, “Environmental disputes ...” (nota 77), págs. 408 a 411.

⁷⁹ Véanse H. Ruiz-Fabri, “Jeux dans la fragmentation: la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles”, *Revue générale de droit international public*, vol. 111, núm. 1 (2007), pág. 79; N. Bernasconi-Osterwalder, “Interpreting WTO law and the relevance of multilateral environmental agreements in *EC-Biotech*”, nota de

anuló la conclusión del Grupo Especial de que, si bien se daban las condiciones necesarias para la justificación provisional que ofrece el apartado g) del artículo XX, las medidas en cuestión de los Estados Unidos no cumplían los requisitos del preámbulo del artículo XX. El Órgano de Apelación se refirió explícitamente al apoyo mutuo y reconoció su estrecha relación con el objetivo del desarrollo sostenible que se había proclamado en el Preámbulo del Acuerdo sobre la OMC. Guiado por este principio, el Órgano de Apelación trató de encontrar un equilibrio adecuado al interpretar el preámbulo del artículo XX en el sentido de que las excepciones de ese artículo no debían aplicarse “en forma que constituy[a] un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional”. El Órgano de Apelación considera que el preámbulo es “una expresión del principio de buena fe”⁸⁰; por ello, su propósito fundamental es impedir el abuso de las excepciones establecidas en el artículo XX y mantener el equilibrio entre derechos y obligaciones en el sistema jurídico de la OMC. Puesto que los Estados Unidos no habían entablado negociaciones multilaterales serias con los Estados concernidos con miras a celebrar acuerdos para la protección de las tortugas marinas, el Órgano de Apelación sostuvo que la medida de los Estados Unidos en cuestión no estaba incluida entre las medidas permitidas en el preámbulo del artículo XX. En resumen, en este caso emblemático, el apoyo mutuo fue reconocido por el Órgano de Apelación como una norma interna del sistema jurídico de la OMC, no un préstamo de fuentes externas, cuando afirmó que: “La necesidad y conveniencia de tales esfuerzos han sido reconocidas dentro de la propia OMC, así como en un número importante de otros instrumentos y declaraciones internacionales”⁸¹.

30. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2011, en *Air Transport Association of America y otros c. Secretary of State for Energy and Climate Change*⁸², confirmó la validez de la inclusión de las actividades de aviación en el régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea en el marco de la Directiva 2008/101/CE⁸³. La entrada en vigor el 1 de enero de 2012 de determinadas partes de la Directiva de la Unión Europea sobre la Aviación que afectaba a líneas aéreas de países miembros de la Unión Europea y países que no lo eran que entraban y salían del espacio aéreo de la Unión Europea tenía consecuencias para el comercio internacional y, por lo tanto, ha dado lugar a tensiones internacionales. Aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea es compatible con el derecho internacional y

antecedentes para la presentación en el Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado, Séptima Conferencia Anual de la OMC (22 y 23 de mayo de 2007), págs. 9 y 11.

⁸⁰ Asunto *Camarones/Tortugas* (véase la nota 49), párr. 158.

⁸¹ *Ibid.*, párr. 168.

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, Asunto C-366/10, *Recopilación de la Jurisprudencia 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; L. Bartels, “The WTO legality of the application of the EU’s Emission Trading System to aviation”, *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 2 (2012), págs. 429 a 467; A. Piera Valdés, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation: Legal and Policy Analysis* (La Haya, Eleven International Publishing, 2015).

⁸³ Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L 8, 13 de enero de 2009).

los acuerdos de aviación, la Directiva sobre la Aviación podría ser impugnada sin embargo como una violación de las normas de la OMC. La elaboración de medidas relativas al cambio climático en consonancia con las normas de la OMC exige encontrar el equilibrio adecuado entre conceder a los miembros de la OMC el margen de acción necesario en materia de políticas para tomar medidas con las que se reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero, y mantener al mismo tiempo un sistema de comercio abierto y no discriminatorio que contribuya al crecimiento económico y el bienestar mundial. Ante las críticas acaloradas de países no miembros de la Unión Europea, esta ha suspendido temporalmente la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión a los vuelos procedentes de países no europeos o dirigidos a países no europeos (Decisión núm. 377/2013/UE de 24 de abril de 2013 y Reglamento (UE) núm. 421/2014, de 16 de abril de 2014), a la espera de la aplicación de las medidas basadas en el mercado mundial aprobadas por la Asamblea de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) en forma de un nuevo Plan de Compensación y Reducción de Carbono para la Aviación Internacional, cuya entrada en vigor, de forma voluntaria, está prevista para 2021 y, en una segunda fase, de forma obligatoria a partir de 2027 (resolución A39-3 de la Asamblea de la OACI). Las medidas en cuestión, sin embargo, podrían ser impugnadas por los países no europeos en otros foros, lo que refleja el conflicto del comercio frente al medio ambiente, que debería resolverse de un modo conciliador y que haga que se apoyen mutuamente⁸⁴.

B. Derecho internacional de las inversiones

31. Al igual que en la esfera del derecho mercantil internacional, existe una conciencia cada vez mayor en el derecho internacional de las inversiones acerca de la importancia del desarrollo sostenible y el apoyo mutuo en la protección de las inversiones y la protección del medio ambiente⁸⁵. El comercio es básicamente una transacción de una sola vez entre las partes (un vendedor y comprador), cuya relación contractual deja de existir cuando finaliza la transacción. En cambio, la inversión normalmente exige un compromiso a largo plazo entre las partes (quien invierte y quien recibe la inversión) y, por lo tanto, la importancia de la protección del medio ambiente en los acuerdos internacionales de inversión puede ser mucho mayor en la inversión que en el comercio. El Acuerdo Multilateral sobre las Inversiones patrocinado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos habría establecido normas

⁸⁴ Con respecto a las posibles controversias sobre el régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea ante el Consejo de la OACI, véase J. Bae, "Review of the dispute settlement mechanism under the International Civil Aviation Organization: contradiction of political body adjudication", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, núm. 1 (2013), págs. 65 a 81. En cuanto a las actividades de la OACI para luchar contra el cambio climático en la esfera de la aviación, véanse la resolución A39-3 de la Asamblea de la OACI sobre la declaración consolidada de las políticas y prácticas permanentes de la OACI relativas a la protección del medio ambiente – Plan mundial de medidas basadas en el mercado (MBM), aprobada por la Asamblea en su 39º período de sesiones, Montreal, 27 de septiembre a 6 de octubre de 2016; y T. Ahmad, "Environmental law: emissions", en *Routledge Handbook of Public Aviation Law*, P. S. Dempsey y R. S. Jakhu, eds. (Londres, Routledge, 2017), págs. 195 a 251, en especial págs. 243 a 248.

⁸⁵ El Relator Especial agradece particularmente a Yuka Fukunaga, Profesor de la Universidad de Waseda, haber proporcionado el material pertinente y haber redactado partes del presente informe relativas al derecho internacional de las inversiones.

mundiales de inversión, pero las negociaciones fracasaron en 1998⁸⁶. En la actualidad hay dos fuentes principales de derecho internacional de las inversiones: los acuerdos de libre comercio y los tratados bilaterales de inversión. Se dice que ya hay en vigor más de 358 de los primeros y 2.946 de los segundos que contienen disposiciones que regulan la inversión extranjera directa⁸⁷. Este cuerpo de disposiciones del derecho internacional de las inversiones define los derechos de los inversores extranjeros en los países anfitriones. Esos derechos de los inversores suelen especificar los términos de trato de “nación más favorecida” y “nacional” y garantizan un “trato justo y equitativo” contra la expropiación⁸⁸. En esa esfera, la protección de la inversión extranjera (o los inversores extranjeros) puede entrar en conflicto con la protección del medio ambiente; ambas pueden y deben conciliarse con un espíritu de apoyo mutuo⁸⁹.

1. Práctica convencional

32. Entre los acuerdos de libre comercio, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), firmado por el Canadá, los Estados Unidos y México, puede destacar por haber incorporado varias disposiciones e instituciones importantes para la protección del medio ambiente. El capítulo 11 relativo a la “Inversión” prevé diversos aspectos de la protección de las inversiones y los inversionistas extranjeros (artículos 1101 a 1105), pero también tiene determinadas disposiciones pertinentes para la protección del medio ambiente, como el artículo 1106, párrafo 6, relativo a la excepción a la restricción sobre los “requisitos de desempeño”⁹⁰ y el artículo 1110 sobre “expropiación e

⁸⁶ Puede consultarse en www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm (consultado el 20 de febrero de 2017).

⁸⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *World Investment Report 2016; Investor Nationality: Policy Challenges* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.16.II.D.4), pág. 20. Puede consultarse en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf (consultado el 20 de febrero de 2017).

⁸⁸ T. J. Schoenbaum y M. K. Young, *International Environmental Law: Cases, Materials, and Problems*, segunda ed. (New Providence, LexisNexis, 2014), págs. 644 a 655.

⁸⁹ P.-M. Dupuy y J. E. Viñuales, eds., *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2013); J. E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2012); T. L. Slater, “Investor-State arbitration and domestic environmental protection”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 14 (2015), págs. 131 a 154; C. L. Beharry y M. E. Kuritzky, “Going green: managing the environment through international investment arbitration”, *American University International Law Review*, vol. 30 (2015), págs. 383 a 429; M. Condon, “The integration of environmental law into international investment treaties and trade agreements: negotiation process and the legalization of commitments”, *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 33 (2015), págs. 102 a 152; K. Gordon y J. Pohl, “Environmental concerns in international investment agreements: a survey”, *OECD Working Papers on International Investment*, núm. 2011/1 (2011); S. Baughen, “Expropriation and environmental regulation: the lessons of NAFTA chapter eleven”, *Journal of Environmental Law*, vol. 18 (2006), págs. 207 a 228; O. K. Fauchald, “International investment law and environmental protection”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 17, núm. 1 (2006), págs. 3 a 47.

⁹⁰ El artículo 1106, párr. 6, del TLCAN dispone: “Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b) o (c) o 3 (a) o (b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental necesarias para:

a) Asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado;

indemnización”⁹¹. En particular, el artículo 1114 (“Medidas relativas a medio ambiente”) dispone en su párrafo 1 que: “Nada de lo dispuesto en este capítulo [relativo a la inversión] se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.

Si bien en este párrafo no se llegan a justificar medidas que de otro modo serían incompatibles con el capítulo, sí se confirma que no se impide a las partes adoptar las medidas ambientales apropiadas, siempre que se respeten las obligaciones previstas en el capítulo. En el párrafo 2 del artículo 1114 se indica a las partes que no rebajen sus normas ambientales para atraer la inversión extranjera, al disponer que:

Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole.

Este párrafo trata de garantizar que las partes no incurran en una competencia desenfadada para atraer la inversión extranjera. Además del artículo 1114, el TLCAN establece la primacía de determinados acuerdos ambientales y de conservación.

33. De conformidad con el artículo 104, párrafo 1, del TLCAN:

En caso de incompatibilidad entre este Tratado y las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en:

a) La *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres*, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, con sus enmiendas del 22 de junio de 1979;

b) El *Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono*, del 16 de septiembre de 1987, con sus enmiendas del 29 de junio de 1990;

c) El *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación*, del 22 de marzo de 1989 a su entrada en vigor para México, Canadá y Estados Unidos; o

d) Los tratados señalados en el Anexo 104.1,

estas obligaciones prevalecerán en la medida de la incompatibilidad siempre que, cuando una Parte tenga la opción entre medios igualmente eficaces y

b) Proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o

c) La preservación de recursos naturales no renovables vivos o no”.

⁹¹ El artículo 1110, párrafo 1 a), del TLCAN establece como excepción a la norma que prohíbe la expropiación de las inversiones extranjeras cuando sea “por causa de utilidad pública” (lo que incluye los casos de protección del medio ambiente).

razonablemente a su alcance para cumplir con tales obligaciones, elija la que presente menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones del Tratado⁹².

34. Uno de los acuerdos de libre comercio más recientes es el Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros, firmado en la Cumbre Unión Europea-Canadá el 30 de octubre de 2016⁹³. En vista de la reciente preocupación por el hecho de que los acuerdos de inversión y el arbitraje en materia de inversiones repercutan negativamente en la autonomía regulatoria de los Estados⁹⁴, en el Acuerdo se reconoce explícitamente la importancia del derecho a regular las cuestiones ambientales. Por ejemplo, el artículo 8.4, párrafo 2 d), confirma que “una medida destinada a garantizar la conservación y la protección de los recursos naturales y el medio ambiente, que incluya una limitación de la disponibilidad, la cantidad y el alcance de las concesiones otorgadas, así como la imposición de una moratoria o prohibición” es coherente con el apartado 1 de la disposición, en la que se establece que ninguna Parte podrá adoptar o mantener limitaciones ni restricciones, “respecto al acceso a los mercados mediante el establecimiento de un inversor de la otra Parte”. Además, el artículo 8.9, párrafo 1, dispone que: “las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural”.

35. Más concretamente, en el párrafo 4 del artículo 8.9 se dispone que: “ninguna disposición de la presente sección se interpretará en el sentido de que impide a una Parte que suspenda la concesión de una subvención o solicite su devolución cuando dicha medida sea necesaria para cumplir las obligaciones internacionales entre las Partes”. Se supone que este párrafo es una respuesta a la acumulación de demandas de arbitraje entre los inversores y el Estado contra España a raíz de la reducción de las tarifas reguladas en ese país. La importancia del derecho a regular también se reconoce en los párrafos 2 y 9 del Instrumento interpretativo conjunto del Acuerdo. En particular, el párrafo 9 del Instrumento trata directamente del cambio climático como sigue:

9. Protección del medio ambiente

- a) El [Acuerdo] compromete a la Unión Europea y sus Estados miembros y a Canadá a que planteen y fomenten niveles elevados de protección

⁹² En el anexo 104.1 se especifican el Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos de América en lo Relativo al Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos y el Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente en la Zona Fronteriza.

⁹³ Todavía no ha entrado en vigor; sin embargo, el texto del Acuerdo puede consultarse en la dirección http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm (consultado el 20 de febrero de 2017).

⁹⁴ Véanse, por ejemplo, C. Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015), págs. 1 a 4; y J. Bonnitcha, *Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2014), págs. 113 a 133.

medioambiental, y a que se esfuercen por seguir mejorando dichas leyes y políticas, así como los niveles de protección correspondientes.

b) El [Acuerdo] reconoce explícitamente el derecho de Canadá y de la Unión Europea y sus Estados miembros a fijar sus propias prioridades en materia medioambiental, establecer sus propios niveles de protección medioambiental y adoptar o modificar convenientemente las leyes y políticas pertinentes, teniendo presentes sus obligaciones internacionales, entre ellas las establecidas por acuerdos multilaterales sobre medio ambiente. Al mismo tiempo, la Unión Europea y sus Estados miembros y Canadá han acordado en el [Acuerdo] no rebajar los niveles de protección medioambiental a fin de estimular el comercio o las inversiones y, en caso de que se viole este compromiso, los gobiernos pueden solucionar tales violaciones con independencia de si estas afectan negativamente a la inversión o a las expectativas de beneficios del inversor.

c) El [Acuerdo] incluye compromisos en relación con la gestión sostenible de los bosques, las pesquerías y la acuicultura. Incorpora igualmente compromisos para cooperar en cuestiones medioambientales relacionadas con el comercio que sean de interés común, como el cambio climático, puesto que la aplicación del Acuerdo de París [de 2015] constituirá una responsabilidad común relevante para la Unión Europea y sus Estados miembros y Canadá.

36. El Acuerdo cuenta con otras disposiciones que, aunque no se refieren explícitamente a las cuestiones ambientales, velan por que no se adopten determinadas medidas ya que violarían las obligaciones de las partes por ser arbitrarias o injustificables. Por ejemplo, el artículo 8.10, párrafo 2, dispone que: “Una Parte incumplirá la obligación de trato justo y equitativo ... en caso de que una medida o una serie de medidas constituya”, entre otras cosas, “una arbitrariedad manifiesta”, “una discriminación específica por motivos claramente injustos” o “un trato abusivo a los inversores”. Con respecto a la expropiación indirecta, el párrafo 3 del anexo 8-A dispone lo siguiente: “salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una medida o un conjunto de medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo, las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciben y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta”. Además, el Acuerdo sigue la tendencia creciente de los acuerdos de libre comercio y tratados bilaterales de inversión celebrados recientemente de incorporar la excepción general en virtud del artículo XX del GATT, o su equivalente, en el capítulo sobre inversiones⁹⁵.

37. El TLCAN y el Acuerdo Económico y Comercial Global no son ejemplos aislados de reconocimiento de la necesidad de apoyo mutuo y desarrollo sostenible. La mayoría de los acuerdos de libre comercio y tratados bilaterales de inversión en vigor actualmente contienen disposiciones que, de una manera u otra, protegen el medio ambiente. Por ejemplo, algunos acuerdos de libre comercio y tratados bilaterales de inversión celebrados por el Canadá, Colombia y los Estados Unidos incluyen una disposición semejante al artículo 1114, párrafo 1, del TLCAN y el artículo 8.9 del Acuerdo Económico y Comercial Global, que confirman el derecho

⁹⁵ Art. 28.3, párr. 1. Confirma explícitamente que “la letra g) del artículo XX del GATT de 1994 se aplica a las medidas para la conservación de los recursos naturales no renovables vivos y no vivos”. Véase también el art. 28.3, párr. 2.

de las partes a regular las cuestiones ambientales⁹⁶. Esos acuerdos suelen disponer también que no es apropiado alentar las inversiones rebajando las medidas nacionales en materia de salud, seguridad o medio ambiente, de manera similar al artículo 1114, párrafo 2, del TLCAN⁹⁷. Además, en algunos acuerdos de libre comercio y tratados bilaterales de inversión celebrados por el Canadá se reconoce explícitamente la importancia del desarrollo sostenible. Por ejemplo, el Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y la República de Corea indica en el preámbulo que las partes están resueltas a “promover el desarrollo sostenible” y reconoce en el artículo 17.1, párrafo 2, que “el desarrollo económico y la protección del medio ambiente son componentes interdependientes del desarrollo sostenible que se refuerzan mutuamente”. Otra práctica que merece la pena señalar y que puede observarse en particular en los acuerdos de libre comercio convenidos por el Canadá es proporcionar orientación a los árbitros para la interpretación con respecto a la expropiación indirecta a fin de aclarar que las medidas ambientales constituyen expropiación indirecta solo en circunstancias excepcionales⁹⁸. Del mismo modo, los tratados bilaterales de inversión concertados por Colombia suelen disponer que las medidas adoptadas de buena fe por razones de interés público o de interés social, como la protección del medio ambiente, no constituirán expropiación indirecta, siempre que no sean discriminatorias, arbitrarias ni desproporcionadas en razón de su finalidad⁹⁹.

38. Algunos pocos acuerdos de libre comercio también incluyen una disposición equivalente al artículo 104, párrafo 1, del TLCAN, en la que se establece su relación con acuerdos ambientales. Por ejemplo, el artículo 1.3 del Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y la República de Corea dispone que:

En caso de contradicción entre las obligaciones de una Parte contraídas en virtud del presente Acuerdo y las obligaciones de esa Parte contraídas en virtud de un acuerdo enumerado en el Anexo 1-A, no se impide a esa Parte adoptar una medida concreta necesaria para cumplir con sus obligaciones en virtud de un acuerdo que figure en el Anexo 1-A, a condición de que la medida no se aplique de un modo que constituiría, si prevaleciesen las mismas

⁹⁶ Véanse, por ejemplo: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, art. 10.11; Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Oriental del Uruguay sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, art. 12, párr. 2; Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y la República de Corea, art. 8.10, párr. 1; Acuerdo bilateral para la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia, artículo VIII; Acuerdo entre el Japón y la República de Colombia para la Liberalización, Promoción y Protección de Inversiones, art. 21, párr. 2.

⁹⁷ Véanse, por ejemplo: Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Oriental del Uruguay sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, art. 12, párr. 1; Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y la República de Corea, art. 8.10, párr. 2; Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de la República de Côte d’Ivoire para la Promoción y Protección de las Inversiones, art. 15, párr. 1; Acuerdo entre el Japón y la República de Colombia para la Liberalización, Promoción y Protección de Inversiones, art. 21, párr. 1.

⁹⁸ Véanse, por ejemplo: Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y la República de Corea, anexo 8-B, párr. d); Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de la República de Côte d’Ivoire para la Promoción y Protección de las Inversiones, anexo B.10.

⁹⁹ Véase, por ejemplo, el Acuerdo bilateral para la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia, artículo VI, párr. 2 c).

condiciones, una discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta al comercio internacional¹⁰⁰.

El artículo 11, párrafo 3, del Acuerdo entre la Unión Económica Bélgica-Luxemburgo y Barbados para la promoción y protección recíproca de las inversiones dispone que “Las Partes Contratantes reafirman sus compromisos en virtud de los acuerdos internacionales sobre el medio ambiente que hayan aceptado. Se esforzarán por lograr que esos compromisos sean plenamente reconocidos y aplicados en su legislación nacional”.

39. Además, en algunos acuerdos de libre comercio y tratados bilaterales de inversión se da un paso más al proporcionar una excepción que justifica las medidas ambientales que, en otro caso, serían incompatibles con las obligaciones convencionales. Por ejemplo, el Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular de China para la Promoción y Protección de Inversiones, que entró en vigor en septiembre de 2016, prevé excepciones generales en virtud del artículo 17, cuyo párrafo 1 dispone que “siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o la inversión internacionales, nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental”, por ejemplo, “necesarias para proteger la vida o la salud de las personas, los animales o las plantas”. De manera similar, el artículo 15, párrafo 1, del Acuerdo entre el Japón y la República de Colombia para la Liberalización, Promoción y Protección de Inversiones, dispone que:

Siempre que las medidas no se apliquen por una Parte Contratante de tal forma que puedan constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable contra la otra Parte Contratante, o una restricción encubierta a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en el Área de la primera Parte Contratante, nada de lo dispuesto en este Acuerdo ... se interpretará en el sentido de impedir a esa Parte Contratante de adoptar o implementar medidas, incluidas aquellas para proteger el medio ambiente que sean: ... necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal.

¹⁰⁰ En el Anexo 1-A se enumeran los acuerdos siguientes: “a) la *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres*, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, con sus enmiendas del 22 de junio de 1979; b) el *Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono*, celebrado en Montreal el 16 de septiembre de 1987, con las enmiendas introducidas el 29 de junio de 1990, el 25 de noviembre de 1992, el 17 de septiembre de 1997 y el 3 de diciembre de 1999; c) el *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación*, celebrado en Basilea el 22 de marzo de 1989; d) el *Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional*, celebrado en Rotterdam el 10 de septiembre de 1998; e) el *Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes*, celebrado en Estocolmo el 22 de mayo de 2001”.

Los acuerdos de libre comercio y tratados bilaterales de inversión mencionados están en general en consonancia con los tratados modelo aprobados por el Canadá (2004)¹⁰¹, Colombia (2007)¹⁰² y los Estados Unidos (2012)¹⁰³. Además, el Modelo de Acuerdo Internacional sobre la Inversión para el Desarrollo Sostenible (revisado en 2006)¹⁰⁴, del International Institute for Sustainable Development sirve de ejemplo modelo, y reconoce en su Preámbulo que: “la promoción de inversiones sostenibles es decisiva para el desarrollo ulterior de las economías nacionales y mundiales, así como para la consecución de los objetivos nacionales y mundiales de desarrollo sostenible”. En el mismo sentido, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha propuesto opciones de política para que los acuerdos de libre comercio y los tratados bilaterales de inversión incorporen el desarrollo sostenible¹⁰⁵.

2. Casos de arbitraje

40. En varios casos de arbitraje de inversiones, se afirmó que las medidas ambientales violaban las obligaciones de los acuerdos de libre comercio y tratados bilaterales de inversión, en particular, la obligación de un trato justo y equitativo. Se ha desarrollado jurisprudencia en particular en el marco del TLCAN para garantizar que en un examen del trato justo y equitativo se respete, al menos en cierta medida, el derecho de los Estados a regular las cuestiones ambientales. Por ejemplo, en el caso *S. D. Myers, Inc. c. el Gobierno del Canadá*¹⁰⁶, un inversor estadounidense impugnó una orden legislativa canadiense por la que se prohibían las exportaciones de bifenilos policlorados y desechos asociados alegando que violaba, entre otras cosas, el artículo 1105 del TLCAN, que prevé el trato justo y equitativo. La prohibición canadiense se había aprobado supuestamente en función del peligro importante para el medio ambiente y para la vida y la salud humanas. El tribunal arbitral estimó que la prohibición tenía por objetivo principal proteger la industria canadiense de eliminación de bifenilos policlorados frente a la competencia de los Estados Unidos y que no había ninguna razón legítima para introducir la

¹⁰¹ Puede consultarse en www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf (consultado el 20 de febrero de 2017).

¹⁰² Puede consultarse en www.italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf (consultado el 20 de febrero de 2017).

¹⁰³ Puede consultarse en www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf (consultado el 20 de febrero de 2017).

¹⁰⁴ H. Mann y otros, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, segunda ed. (Winnipeg, 2005), puede consultarse en www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf (consultado el 20 de febrero de 2017). El International Institute for Sustainable Development es una organización independiente, no gubernamental y sin fines de lucro que en ocasiones presenta escritos *amicus curiae* a los tribunales internacionales que se ocupan de controversias en materia de inversiones.

¹⁰⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (2015), págs. 91 a 121, puede consultarse en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf (consultado el 20 de febrero de 2017). Véase también P. Muchlinski, “Negotiating new generation international investment agreements: new sustainable development”, en *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. Hindelang y M. Krajewski, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 41 a 64.

¹⁰⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), primer laudo parcial y opinión separada del Sr. Bryan Schwartz (12 y 13 de noviembre de 2000, respectivamente). Véase P. Sands y J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, tercera edición (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2012), págs. 876 a 885.

prohibición. Al interpretar las normas del TLCAN, el tribunal arbitral hizo referencia a una serie de acuerdos ambientales, como el Acuerdo entre los Estados Unidos y el Canadá sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos, el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación y el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, y señaló que:

El TLCAN debe interpretarse teniendo en cuenta los siguientes principios generales:

- Las partes tienen derecho a establecer niveles altos de protección del medio ambiente. No están obligadas a rebajar sus normas simplemente para satisfacer los intereses políticos o económicos de otros Estados;
- Las partes deben evitar crear distorsiones al comercio;
- La protección del medio ambiente puede y debe proporcionar un apoyo mutuo¹⁰⁷.

El Tribunal añadió que “una violación del artículo 1105 solamente se produce cuando se demuestra que un inversor ha recibido un trato tan *injusto o arbitrario* que se eleva a un nivel que es inaceptable desde la perspectiva internacional”, y que el examen del artículo 1105 “debe hacerse teniendo en cuenta el *alto grado de deferencia* que el derecho internacional concede generalmente al derecho de las autoridades nacionales a regular cuestiones dentro de sus propias fronteras” y “también debe tener en cuenta todas las normas específicas del derecho internacional que son aplicables al caso”¹⁰⁸.

41. Otros casos de inversiones relacionados con el TLCAN suelen seguir el marco general de apoyo mutuo entre la protección de las inversiones extranjeras y la protección del medio ambiente, así como la interpretación de la norma del trato justo y equitativo confirmada en *S. D. Myers*, aunque la jurisprudencia no es necesariamente coherente¹⁰⁹. En el laudo de 2015 de *Bilcon of Delaware y otros c. el*

¹⁰⁷ Primer laudo parcial, párr. 220. El segundo laudo parcial de 21 de octubre de 2002 otorgó al demandante 6,05 millones de dólares canadienses de indemnización, con intereses.

¹⁰⁸ Primer laudo parcial, párr. 263 (sin cursiva en el original).

¹⁰⁹ Véanse, por ejemplo, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), caso núm. ARB(AF)/98/2, TLCAN, laudo, 2 de junio de 2000; *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, caso núm. ARB(AF)/97/1, laudo, 30 de agosto de 2000; *Técnicas Medioambientales, Tecmed S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, caso núm. ARB(AF)/00/2, laudo, 29 de mayo de 2003; *Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c. República del Perú*, CIADI, caso núm. ARB/03/4, laudo, 7 de febrero de 2005; *Methanex Corporation v. United States of America*, CNUDMI, TLCAN, laudo definitivo sobre la competencia y el fondo, 3 de agosto de 2005; *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, CNUDMI, laudo parcial, 17 de marzo de 2006; *Bayview Irrigation District y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, caso núm. ARB(AF)/05/1, TLCAN, laudo, 19 de junio de 2007; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, CIADI, caso núm. ARB/05/22, opinión concurrente y disidente, 18 de julio de 2008; *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, CNUDMI, TLCAN, laudo, 2 de agosto de 2010; *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, CNUDMI, TLCAN, laudo, 8 de junio de 2009; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, CNUDMI, TLCAN, laudo, 12 de enero de 2011; *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, CIADI, caso núm. ARB/09/6, laudo, 11 de marzo de 2011; *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. c. República de El Salvador*, CIADI,

Canadá¹¹⁰, el tribunal estuvo de acuerdo con otros tribunales que aplicaron el TLCAN, entre ellos el que se ocupó del caso *S. D. Myers*, al declarar que “efectivamente existe un umbral elevado para que se aplique el artículo 1105”¹¹¹, y decidió aplicar la formulación aplicada por el tribunal del caso *Waste management*¹¹².

42. La formulación del artículo 1105 desarrollada por los tribunales de los casos *S. D. Myers*, *Waste Management* y otros tribunales que aplicaron el TLCAN también se adoptó en casos recientes sobre el TLCAN que se referían a la energía renovable¹¹³.

43. Los casos no relacionados con el TLCAN por lo general siguen la misma pauta de análisis que los precedentes relativos al TLCAN, y suelen citar los principales casos como *S. D. Myers* como si fueran sus propios precedentes en la materia, aunque las diferencias entre los textos de los acuerdos de libre comercio y tratados bilaterales de inversión a veces dan lugar a interpretaciones diferentes del trato justo y equitativo. Por ejemplo, en el caso *Al-Tamimi c. Omán* (2015)¹¹⁴, el tribunal siguió la formulación del tribunal en el caso *S. D. Myers* al interpretar el artículo 10.5 (“Nivel mínimo de trato”) del acuerdo de libre comercio entre los Estados Unidos y Omán, junto con su anexo 10-A¹¹⁵, y confirmó que “el nivel mínimo de trato en

caso núm. ARB/09/17, laudo, 14 de marzo de 2011; *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, CIADI, caso núm. ARB/03/15, laudo, 31 de octubre de 2011; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, caso núm. ARB(AF)/09/1, laudo, 22 de septiembre de 2014; *Perenco Ecuador Limited c. República del Ecuador*, CIADI, caso núm. ARB/08/6, decisión provisional sobre la reconversión ambiental, 11 de agosto de 2015; *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, Cámara de Comercio de Estocolmo, caso núm. 062/2012, Tratado sobre la Carta de la Energía, laudo definitivo, 21 de enero de 2016; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, CIADI, caso núm. ARB/06/2, laudo, 16 de septiembre de 2015; y *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, Corte Permanente de Arbitraje, caso núm. 2012-17, CNUDMI, TLCAN, laudo, 24 de marzo de 2016. Véanse Schoenbaum y Young, *International Environmental Law ...* (nota 88), págs. 644 a 655; Sands y Peel, *Principles of International Environmental Law* (nota 106), págs. 876 a 883; y A. Reinisch, “Expropriation”, en *The Oxford Handbook of International Investment Law*, P. Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2008), págs. 410 a 458.

¹¹⁰ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton y Bilcon of Delaware, Inc v. Government of Canada*, Corte Permanente de Arbitraje, caso núm. 2009-04, CNUDMI, TLCAN, laudo sobre la competencia y la responsabilidad y opinión disidente del Profesor Donald McRae, 17 de marzo y 10 de marzo de 2015, respectivamente.

¹¹¹ Corte Permanente de Arbitraje, caso núm. 2009-04 (véase la nota 110), laudo sobre la competencia, párr. 441.

¹¹² *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, núm. 2, CIADI, caso núm. ARB(AF)/00/3, TLCAN, laudo, 30 de abril de 2004, párr. 98, citado en el caso núm. 2009-04 de la Corte Permanente de Arbitraje (véase la nota 110), laudo sobre la competencia, párr. 442.

¹¹³ *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, párr. 502; y *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, Corte Permanente de Arbitraje, caso núm. 2013-22, CNUDMI, TLCAN, laudo, 27 de septiembre de 2016, párr. 361, en el que se cita *Mondev International Ltd. v. United States of America*, CIADI, caso núm. ARB(AF)/99/2, laudo, 11 de octubre de 2002, párr. 118.

¹¹⁴ *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, CIADI, caso núm. ARB/11/33, laudo, 3 de noviembre de 2015.

¹¹⁵ El anexo 10-A del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la Sultanía de Omán sobre el Establecimiento de una Zona de Libre Comercio dice así: “Las Partes confirman su entendimiento común de que ‘el derecho internacional consuetudinario’ en general y específicamente mencionado en el artículo 10.5 y el anexo 10-B se deriva de una práctica general y reiterada de los Estados que estos siguen por considerarla una obligación jurídica. Con respecto al artículo 10.5, el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho

virtud del derecho internacional consuetudinario impone un umbral relativamente elevado para infringirlo”, y que “por ello, infringir el nivel mínimo de trato exige algo más que apartarse mínimamente del modelo ideal del trato perfectamente justo y equitativo”¹¹⁶. Además, el tribunal señaló que: “el acuerdo de libre comercio entre los Estados Unidos y Omán concede gran importancia a la protección del medio ambiente”, dado que “la redacción del texto del artículo 10.10 proporciona una firme protección del derecho de cualquiera de los Estados parte a adoptar, mantener o poner en práctica cualquier medida para garantizar que la inversión ‘se lleve a cabo teniendo en cuenta las preocupaciones ambientales’”¹¹⁷,” y que “la propia existencia del Capítulo 17 [titulado “Medio ambiente”] muestra la importancia que asignan las [partes contratantes] a la aplicación de sus respectivas leyes ambientales” y su intención “de reservarse para sí mismas un margen considerable de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de sus leyes ambientales respectivas”¹¹⁸. Por lo tanto, el tribunal concluyó que “para establecer que se ha producido una infracción del nivel mínimo del trato con arreglo al artículo 10.5, el demandante debe demostrar que [el demandado] ha actuado con un desprecio grave o flagrante de los principios básicos de equidad, coherencia, imparcialidad, debido proceso, o justicia natural que esperan todos los Estados y que se espera de todos los Estados en virtud del derecho internacional consuetudinario ... una violación del nivel mínimo requiere no haber protegido, deliberadamente o de otra manera notoria, los derechos y expectativas básicos de un inversor extranjero”¹¹⁹. Habiendo examinado los hechos del caso, el tribunal desestimó la reclamación del demandante de que el demandado había incumplido la obligación de trato justo y equitativo¹²⁰.

44. Más allá de los acuerdos de libre comercio, hay casos de tratados bilaterales de inversión en los que la jurisprudencia sobre la relación entre la inversión y el medio ambiente varía y a menudo es poco clara¹²¹. No obstante, como proposición general,

internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos y los intereses económicos de los extranjeros”.

¹¹⁶ *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, párrs. 382 y 384.

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 387. El art. 10.10 dice: “Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las actividades de inversión se lleven a cabo en su territorio de una manera que tenga en cuenta las preocupaciones ambientales”.

¹¹⁸ *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, párr. 389. Por ejemplo, el artículo 17.2, párr. 1, dispone que: “a) Ninguna de las Partes dejará de hacer cumplir con eficacia sus leyes ambientales, mediante una acción o inacción sostenidas o recurrentes, de una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo. b) Las Partes reconocen que cada Parte conserva el derecho a ejercer sus facultades discrecionales con respecto a cuestiones relacionadas con la investigación, la fiscalización, la reglamentación y el cumplimiento y a adoptar decisiones sobre la asignación de recursos para el cumplimiento con respecto a otras cuestiones ambientales que se determine que tienen mayor prioridad. En consecuencia, las Partes entienden que una Parte cumple lo dispuesto en el apartado a) cuando una acción o inacción reflejan un ejercicio razonable de esas facultades discrecionales, o se derivan de una decisión de buena fe con respecto a la asignación de recursos”.

¹¹⁹ *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, párr. 390.

¹²⁰ *Ibid.*, párrs. 394 a 453.

¹²¹ *Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*, CIADI, caso núm. ARB/97/7, laudo, 13 de noviembre de 2000; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, CIADI, caso núm. ARB/96/1, laudo definitivo, 17 de febrero de 2000, que fundamenta la competencia en el CIADI; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, CIADI, caso núm. ARB/05/8, laudo, 11 de septiembre de 2007, en el que se aplica el tratado bilateral de

parece que los tribunales se hacen eco, explícita o implícitamente, de la necesidad de conciliar la protección de las inversiones extranjeras con la protección del medio ambiente. Por último, cabe mencionar el primer laudo arbitral sobre el fondo en los casos relacionados con el marco regulatorio de España relativo a los sistemas de generación basados en la energía solar fotovoltaica. El tribunal en el caso *Charanne*, con base en el Tratado sobre la Carta de la Energía, inició su examen señalando que “[s]e desprende del artículo 10 1) [de la Carta de la Energía] que la obligación de conceder trato justo y equitativo está incluida en la obligación más general de crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes” y que para analizar si las medidas correspondientes violan dicho artículo, “la existencia de expectativas legítimas del inversor es un factor relevante”¹²². Indicó además que “un inversor tiene [...] la expectativa legítima de que, al modificar la regulación existente con base en la cual se realizó la inversión, el Estado no actuará de manera irrazonable, contraria al interés público o desproporcionada”¹²³. En otras palabras, según el tribunal, se determinaría que la demandada había infringido el artículo 10, párrafo 1, si actuó “de manera irrazonable, contraria al interés público o desproporcionada”¹²⁴. El tribunal llegó a la conclusión de que la demandada no violó las expectativas legítimas con arreglo al Tratado sobre la Carta de la Energía imponiendo normas “irrazonables, arbitrarias, contrarias al interés público o desproporcionadas”¹²⁵.

45. Sobre la base del análisis de lo expuesto, se propone el siguiente proyecto de directriz:

Proyecto de directriz 10: Interrelación entre el derecho relativo a la protección de la atmósfera y el derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones

Los Estados deben adoptar medidas adecuadas en las esferas del derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones para proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, siempre que no constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta del comercio internacional o la inversión extranjera, respectivamente. A fin de evitar cualquier conflicto, los Estados deben velar por que la interpretación y la aplicación de las normas pertinentes del derecho internacional se ajusten al principio de apoyo mutuo.

III. Interrelación con el derecho del mar

A. Vínculos entre el mar y la atmósfera

46. En términos físicos, el mar (los océanos) y la atmósfera están estrechamente vinculados en procesos específicos que determinan el carácter de la interacción aire-

inversión entre Lituania y Noruega; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, CIADI, caso núm. ARB/03/24, laudo, 27 de agosto de 2008, en el que se aplica el Tratado sobre la Carta de la Energía.

¹²² *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. c. el Reino de España*, párrs. 477 y 486.

¹²³ *Ibid.*, párr. 514.

¹²⁴ *Ibid.*, párr. 515.

¹²⁵ *Ibid.*, párr. 539.

mar¹²⁶. Estos incluyen la función del vapor de agua ambiente y las nubes, la absorción selectiva de la radiación por el océano y la distribución del calentamiento total en el sistema aire-mar¹²⁷. Los océanos y la atmósfera intercambian energía, impulso y materia (agua, carbono, nitrógeno, etc.)¹²⁸. Una proporción considerable de la contaminación del medio marino desde la atmósfera o a través de ella proviene en general de fuentes terrestres, es decir, de actividades antropógenas en tierra. La atmósfera es una importante vía para el transporte de muchos materiales naturales y contaminantes de los continentes a los océanos¹²⁹. La contaminación proviene de las emisiones directas o fuentes difusas, incluidas las liberadas en la atmósfera por la combustión de combustibles fósiles y desechos. Según algunas conclusiones científicas, “aunque los contaminantes químicos, liberados como resultado de las actividades humanas, pueden encontrarse ya en todos los océanos del mundo, los efectos más palpables sobre los recursos vivos se producen en las aguas costeras y son el resultado de la contaminación desde tierra”¹³⁰. Las actividades humanas son también responsables del calentamiento de la Tierra, lo que hace que aumente la temperatura de los océanos, que a su vez se traduce en las condiciones atmosféricas extremas consistentes en inundaciones y sequías¹³¹, así como grandes tifones

¹²⁶ R. A. Duce, J. N. Galloway y P. S. Liss, “Los impactos de la deposición atmosférica sobre el océano en los ecosistemas marinos y en el clima”, *Boletín de la Organización Meteorológica Mundial*, vol. 58, núm. 1 (2009), págs. 61 a 66; E. H. G. Brévière y otros, “Surface ocean-lower atmosphere study: scientific synthesis and contribution to Earth system science”, *Antropocene*, vol. 12 (2015), págs. 54 a 68; Grupo Mixto de Expertos sobre los Aspectos Científicos de la Protección del Medio Marino, *The Atmospheric Input of Chemicals to the Ocean*, Reports and Studies núm. 84, GAW report núm. 203 (2012), puede consultarse en

www.wmo.int/pages/prog/arep/wwrp/new/documents/Final_GAW_203_WEB.pdf (consultado el 20 de febrero de 2017). El Relator Especial agradece a la Sra. Oksana Tarasova, Jefa, y a la Sra. Silvina Carou, Oficial Científico, de la Subdivisión de investigación atmosférica y del medio ambiente de la OMM, por haberle proporcionado la información científica pertinente.

¹²⁷ P. J. Webster, “The role of hydrological processes in ocean-atmosphere interactions”, *Reviews of Geophysics*, vol. 32, núm. 4 (1994), págs. 427 a 476; véase también E. B. Kraus y J. A. Businger, *Atmosphere-Ocean Interaction*, segunda ed. (Oxford, Oxford University Press, 1994); y W. K. M. Lau y D. E. Waliser, *Intraseasonal variability in the atmosphere-ocean climate system* (Berlín-Heidelberg, Springer, 2012). El Relator Especial agradece a la Sra. Zhou You, *Juris Master*, Universidad de Beijing (graduada de su Departamento de Ciencias), por haberle proporcionado la información científica pertinente sobre los vínculos entre el mar y la atmósfera.

¹²⁸ Véase T. Stocker, *Introduction to Climate Modelling* (Berlín-Heidelberg, Springer, 2011), págs. 137 a 150, donde se afirma que “la mayoría de los movimientos en los océanos, en particular las corrientes a gran escala, son causados por esos flujos de intercambio” (*ibid.*, pág. 137).

¹²⁹ R. A. Duce y otros, “The atmospheric input of trace species to the world ocean”, *Global Biogeochemical Cycles*, vol. 5, núm. 3 (1991), págs. 193 a 259; T. Jickells y C. M. Moore, “The importance of atmospheric deposition for ocean productivity”, *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, vol. 46 (2015), págs. 481 a 501.

¹³⁰ D. F. Boesch y otros, *Marine pollution in the United States* (Arlington, Pew Oceans Commission, 2001); J. M. Prospero, “The atmospheric transport of particles to the ocean”, *Particle Flux in the Ocean*, V. Ittekkot y otros, eds., SCOPE Report, vol. 57 (San Francisco, John Wiley and Sons, 1996), págs. 19 a 52; S. Cornell, A. Randell y T. Jickells, “Atmospheric inputs of dissolved organic nitrogen to the oceans”, *Nature*, vol. 376 (1995), págs. 243 a 246; R.A. Duce y otros, “Impacts of atmospheric anthropogenic nitrogen on the open ocean”, *Science*, vol. 320 (2008), págs. 893 a 897.

¹³¹ Según un estudio científico, “los incrementos de los gases de efecto invernadero inducidos por el hombre han contribuido a la intensificación que se ha observado de fuertes precipitaciones en unos dos tercios de las zonas de tierras del hemisferio Norte para las que se cuenta con datos” (S. K. Min y otros, “Human contribution to more-intense precipitation extremes”, *Nature*, vol.

(huracanes y ciclones)¹³². Los fenómenos de El Niño, causados por la inestabilidad de las interacciones entre el Océano Pacífico tropical y la atmósfera¹³³, se encuentran entre los rasgos más destacados de la variabilidad del clima con un impacto climático mundial. Se ha sugerido que “esa reorganización masiva de la convección atmosférica ... ha perturbado gravemente las pautas meteorológicas mundiales, y ha afectado a los ecosistemas, la agricultura, los ciclones tropicales, la sequía, los incendios forestales, las inundaciones y otros fenómenos meteorológicos extremos en todo el mundo”¹³⁴.

47. De las diversas actividades humanas, las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques han aumentado en los últimos años a un ritmo acelerado, y han contribuido al calentamiento del planeta y el cambio climático. El estudio realizado en 2000 por la Organización Marítima Internacional (OMI) sobre las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques las clasificó en cuatro categorías, a saber: emisiones de gases de escape; emisiones de refrigerantes; emisiones de la carga; y otras emisiones de equipos de extinción de incendios y otros equipos¹³⁵. No solo se observan emisiones de dióxido de carbono (CO₂) sino también de óxido de azufre (SO_x) y óxido de nitrógeno (NO_x) del transporte marítimo¹³⁶. Los estudios indican que las emisiones excesivas de gases de efecto invernadero procedentes de los buques modifican la composición de la

470 (2011), págs. 378 a 381). Muchos análisis científicos sugieren que existe un riesgo de sequía en el siglo XXI y sequías graves y generalizadas en los próximos 30 a 90 años en muchas zonas de tierras, causadas por la disminución de las precipitaciones o una mayor evaporación (véase A. Dai, “Increasing drought under global warming in observations and models”, *Nature Climate Change*, vol. 3 (2013), págs. 52 a 58; y J. Sheffield, E. F. Wood y M. L. Roderick, “Little change in global drought over the past 60 years”, *Nature*, vol. 491 (2012), págs. 435 a 438).

¹³² “Se observó un gran aumento en el número y la proporción de los huracanes que alcanzan las categorías 4 y 5. El mayor aumento se produjo en el Océano Pacífico septentrional, el Océano Índico y el Océano Pacífico Sudoccidental, y el incremento porcentual más reducido se produjo en el Océano Atlántico septentrional. Estos aumentos han tenido lugar mientras que el número de ciclones y días de ciclones ha disminuido en todas las cuencas, salvo el Atlántico septentrional durante el último decenio” (véase P. J. Webster y otros, “Changes in tropical cyclone number, duration, and intensity in a warming environment”, *Science*, vol. 309, núm. 5742 (2005), págs. 1844 a 1846). “Para algunos tipos de extremos (en especial las olas de calor, pero también los extremos de precipitaciones) hay ya pruebas sólidas que vinculan fenómenos concretos o un aumento de su número con la influencia humana sobre el clima. En el caso de otros tipos de extremos, como las tormentas, las pruebas disponibles son menos concluyentes, pero en función de las tendencias observadas y conceptos físicos básicos es sin embargo plausible esperar un aumento” (véase D. Coumou y S. Rahmstorf, “A decade of weather extremes”, *Nature Climate Change*, vol. 2, núm. 7 (2012), págs. 491 a 496).

¹³³ A. V. Fedorov y S. G. Philander “Is El Niño changing?”, *Science*, vol. 288 (5473) (2000), págs. 1997 a 2002.

¹³⁴ W. Cai y otros, “Increasing frequency of extreme El Niño events due to greenhouse warming”, *Nature Climate Change*, vol. 4 (2014), págs. 111 a 116.

¹³⁵ Ø. Buhaug y otros, *Second IMO GHG Study 2009* (Londres, OMI, 2009), pág. 23. Véase también T.W. P. Smith y otros, *Third IMO GHG Study 2014* (Londres, OMI, 2014), cuadro 1.

¹³⁶ M. Righi, J. Hendricks y R. Sausen, “The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 – Part 1: land transport and shipping”, *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15 (2015), págs. 633 a 651.

atmósfera y el clima, y repercuten negativamente en el medio marino y la salud humana¹³⁷.

48. Uno de los efectos más profundos de la degradación de la atmósfera sobre el mar es el aumento del nivel del mar causado por el calentamiento del planeta. El Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático calcula que es probable que la media mundial del aumento del nivel del mar alcance de 26 cm a 98 cm en el año 2100¹³⁸. Las cifras absolutas y los niveles de cambio exactos siguen siendo inciertos, pero en el informe se afirma que es prácticamente seguro que el nivel del mar seguirá subiendo durante el siglo XXI, y durante los siglos posteriores, incluso aunque se estabilicen las concentraciones de emisiones de gases de efecto invernadero. Además, es probable que el aumento del nivel del mar muestre “un fuerte patrón regional y algunos lugares experimenten desviaciones considerables en el cambio local y regional del nivel del mar respecto de la media mundial del cambio”¹³⁹. Ese grado de cambio del nivel del mar puede suponer una amenaza potencialmente grave, tal vez incluso desastrosa, para muchos Estados costeros, en particular los que tienen zonas costeras bajas grandes y densamente pobladas, y también para los pequeños Estados insulares de baja altitud, que se examinarán más adelante en el presente informe.

49. La Asamblea General ha seguido poniendo de relieve la urgencia de hacer frente a los efectos de la degradación de la atmósfera, como el aumento de las temperaturas mundiales, el aumento del nivel del mar, la acidificación de los océanos y el efecto de otros cambios climáticos que están afectando gravemente a las áreas costeras y los países costeros de baja altitud, incluidos muchos países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo, y amenazando la supervivencia de muchas sociedades¹⁴⁰. En 2015 se finalizó la primera evaluación integrada del medio marino a escala mundial (primera Evaluación Mundial de los

¹³⁷ La mayor parte de las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques se emiten en la capa límite marina o se transportan a ella, donde afectan a la composición de la atmósfera. Véase, por ejemplo, V. Eyring y otros, “Transport impacts on atmosphere and climate: shipping”, *Atmospheric Environment*, vol. 44, núm. 37 (2010), págs. 4735, 4744, 4745, 4752 y 4753. Las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques repercuten negativamente sobre el medio marino. El Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático afirmó que las emisiones de gases de efecto invernadero han causado el calentamiento de los océanos mundiales, el aumento de la temperatura de los océanos y la acidificación de los océanos. Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, “Climate change 2014 synthesis report: summary for policymakers”, puede consultarse en www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf (consultado el 20 de febrero de 2017); D. E. J. Currie y K. Wowk, “Climate change and CO₂ in the oceans and global oceans governance”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3, núm. 4 (2009), págs. 387 y 389; C. Schofield, “Shifting limits? Sea level rise and options to secure maritime jurisdictional claims”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3, núm. 4 (2009), pág. 12; S. R. Cooley y J. T. Mathis, “Addressing ocean acidification as part of sustainable ocean development”, *Ocean Yearbook*, vol. 27, núm. 1 (2013), págs. 29 a 47.

¹³⁸ Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Working Group I Contribution to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2013), pág. 1180.

¹³⁹ *Ibid.*, pág. 1140.

¹⁴⁰ Véase “Los océanos y el derecho del mar: informe del Secretario General” (A/71/74/Add.1), cap. VIII (“Los océanos y el cambio climático y la acidificación de los océanos”), párrs. 115 a 122.

Océanos), un estudio a fondo y exhaustivo de las sustancias que contaminan los océanos a través de la atmósfera desde fuentes terrestres¹⁴¹. El resumen del informe fue aprobado por la Asamblea General en su resolución 70/235, de 23 de diciembre de 2015. En la resolución 71/257 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2016, se ha confirmado el efecto del cambio climático en los océanos¹⁴².

B. La relación jurídica entre el derecho del mar y el derecho relativo a la protección de la atmósfera***

1. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y otros instrumentos

50. Cuando se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1982, su objetivo era ocuparse de todas las cuestiones relativas al derecho del mar, incluida la protección del medio marino frente a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Con ese fin, la Convención define la “contaminación del medio marino” en el artículo 1, párrafo 1 4) y regula todas las fuentes de contaminación marina aerotransportadas, incluida la contaminación atmosférica procedente de fuentes terrestres y buques, en los artículos 192, 194, 207, 211 y 212 de la Parte XII de la Convención. Aunque el cambio climático no figuraba en la agenda internacional sobre el medio ambiente cuando se negoció la Convención¹⁴³, las obligaciones de los Estados en la materia pueden inferirse de ella, y esas obligaciones interactúan con el régimen internacional sobre el cambio climático y el régimen de la OMI de una manera que se apoyan mutuamente.

51. El artículo 1, párrafo 1 4) de la Convención dispone lo siguiente: “Por ‘contaminación del medio marino’ se entiende la introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento”. Sobre la base de esa definición, el vertido de sustancias tóxicas, perjudiciales o nocivas (incluidos los contaminantes atmosféricos) desde fuentes terrestres causa la contaminación del mar y daña el medio marino, algo que ha sido confirmado por los artículos 194, párrafo 3, y 207 de la Convención. Del mismo modo, la contaminación atmosférica causada por los buques también daña el

*** El Relator Especial agradece en particular a Yubing Shi, profesor de la Universidad de Xiamen, haber redactado las partes del presente informe relativas al derecho del mar y las decisiones judiciales conexas.

¹⁴¹ División de las Naciones Unidas de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar, “Primera evaluación integrada del medio marino a escala mundial (primera Evaluación Mundial de los Océanos)”, puede consultarse en www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm (consultado el 20 de febrero de 2017) (véase, en particular, el cap. 20, “Aportaciones de fuentes terrestres a las costas, las vías fluviales y la atmósfera”).

¹⁴² Véanse los párrs. 185 a 196.

¹⁴³ A. Boyle, “Law of the sea perspectives on climate change”, en *The 1982 Law of the Sea Convention at 30: Successes, Challenges and New Agendas*, D. Freestone, ed. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2013), págs. 157 a 164; véase, en general, R. S. Abate, ed., *Climate Change Impacts on Ocean and Coastal Law: U.S. and International Perspectives* (Oxford, Oxford University Press, 2015).

medio marino, algo que ha sido regulado por los artículos 194, párrafo 3, 211 y 212 de la Convención. El óxido de azufre y el óxido de nitrógeno han sido aceptados generalmente como contaminantes atmosféricos¹⁴⁴, pero hay debates y diferencias en las legislaciones nacionales sobre si las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques, en particular las emisiones de CO₂ procedentes de los buques, son un tipo de contaminación¹⁴⁵. No obstante, es bien sabido que las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques, como factor principal que contribuye al cambio climático, causan la contaminación del mar y dañan el medio marino. La definición que ofrece el artículo 1, párrafo 1 4), de la Convención es importante porque establece los criterios para determinar si un tipo de “sustancia o energía” constituye contaminación marina y esto puede desencadenar que se apliquen a la cuestión de esa “sustancia o energía” en concreto muchos tratados relacionados con la contaminación bajo los auspicios de la OMI y otros foros internacionales¹⁴⁶.

52. La Parte XII de la Convención abarca la contaminación atmosférica procedente de fuentes terrestres. En el artículo 192 se establece la obligación general de los Estados de proteger y preservar el medio marino, y en los artículos 194, párrafo 3 a), y 207 se especifican los requisitos relativos a la contaminación procedente de fuentes terrestres. El artículo 194, párrafo 3 a), dispone lo siguiente:

Las medidas que se tomen con arreglo a esta Parte se referirán a todas las fuentes de contaminación del medio marino. Estas medidas incluirán, entre otras, las destinadas a reducir en el mayor grado posible:

a) La evacuación de sustancias tóxicas, perjudiciales o nocivas, especialmente las de carácter persistente, desde fuentes terrestres, desde la atmósfera o a través de ella, o por vertimiento.

Mediante estas disposiciones, la Convención exige a los Estados que adopten todas las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación atmosférica procedente de fuentes terrestres. La fuente de esta contaminación atmosférica abarca también las emisiones de gases de efecto invernadero debido a sus efectos nocivos para el medio marino¹⁴⁷. De este modo, la Convención impone a

¹⁴⁴ Por ejemplo, en el 58º período de sesiones del Comité de Protección del Medio Marino en 2008, la OMI aprobó el anexo VI, en su forma enmendada, del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, que regula, entre otras cosas, las emisiones de óxido de azufre y óxido de nitrógeno. La Convención cuenta ya con seis anexos, a saber: Anexo I: Reglas para prevenir la contaminación por hidrocarburos (entrada en vigor: 2 de octubre de 1983); Anexo II: Reglas para prevenir la contaminación por sustancias nocivas líquidas transportadas a granel (entrada en vigor: 6 de abril de 1987); Anexo III: Reglas para prevenir la contaminación por sustancias perjudiciales transportadas por mar en bultos (entrada en vigor: 1 de julio de 1992); Anexo IV: Reglas para prevenir la contaminación por las aguas sucias de los buques (entrada en vigor: 27 de septiembre de 2003); Anexo V: Reglas para prevenir la contaminación ocasionada por las basuras de los buques (entrada en vigor: 31 de diciembre de 1988); y Anexo VI: Reglas para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques (entrada en vigor: 19 de mayo de 2005).

¹⁴⁵ Y. Shi, “Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution?”, *Marine Pollution Bulletin*, vol. 113, núms. 1 y 2 (2016), págs. 187 a 192.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pág. 187.

¹⁴⁷ Boyle, “Law of the sea perspectives on climate change” (véase la nota 143), pág. 158; véanse también Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2013 ...* (nota 138), págs. 4 y 5; D. E. J. Currie y K. Wolk, “Climate change and CO₂ in the

los Estados la obligación de diligencia debida¹⁴⁸, y sirve de tratado marco para que los Estados reduzcan la contaminación atmosférica procedente de fuentes terrestres y las emisiones de gases de efecto invernadero. Esta regulación sirve de base para las iniciativas de regulación mundiales y regionales posteriores, como el Programa de Acción Mundial para la Protección del Medio Marino frente a las Actividades Realizadas en Tierra¹⁴⁹, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto¹⁵⁰ y el Acuerdo de París¹⁵¹.

53. En el artículo 207, párrafo 4, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se resalta que las reglas y estándares, así como prácticas y procedimientos recomendados, de carácter mundial y regional, para prevenir, reducir y controlar la contaminación procedente de fuentes terrestres deberían establecerse por conducto de las organizaciones internacionales competentes o de una conferencia diplomática. El plural “organizaciones internacionales competentes” en esa disposición indica que la OMI no es la única organización que se ocupa exclusivamente de las fuentes terrestres de contaminación marina¹⁵². De esta manera, los tratados en la materia aprobados bajo los auspicios de la OMI y otros foros internacionales se han incorporado a la Convención por referencia. Por otra parte, esta disposición recalca que el establecimiento de reglas y estándares, así como prácticas y procedimientos recomendados, de carácter mundial y regional deberían tener en cuenta las características propias de cada región, la capacidad económica de los Estados en desarrollo y su necesidad de desarrollo económico. Esta disposición refleja el artículo 194, párrafo 1, que exige que los Estados adopten medidas “en la medida de sus posibilidades”¹⁵³ y sustenta la ulterior formación del “principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas” en 1992.

54. La reglamentación sobre la contaminación atmosférica procedente de los buques en el marco de la Convención incorpora el “apoyo mutuo” para enfocar la interrelación entre la Convención y la OMI. Esto se ha logrado mediante dos enfoques, a saber, las denominadas reglas de referencia, y las obligaciones generales complementadas con los instrumentos de la OMI.

oceans and global oceans governance”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3, núm. 4 (2009), págs. 387 y 389.

¹⁴⁸ Boyle, “Law of the sea perspectives on climate change” (véase la nota 143), pág. 159.

¹⁴⁹ El Programa de Acción Mundial está administrado por una Dependencia de Coordinación albergada por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. El Programa de Acción Mundial se formuló en torno a las disposiciones pertinentes de los caps. 17, 33 y 34 del Programa 21, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y las Directrices de Montreal para la Protección del Medio Marino contra la Contaminación Procedente de Fuentes Terrestres. El Programa de Acción Mundial recomienda la adopción de medidas en los planos internacional, regional y nacional para hacer frente al problema de la contaminación marina procedente de actividades terrestres.

¹⁵⁰ Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Kyoto, 11 de diciembre de 1997).

¹⁵¹ Acuerdo de París en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (París, 12 de diciembre de 2015), documento FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, anexo.

¹⁵² M. H. Nordquist y otros, eds., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), vol. IV, pág. 133, párr. 207.7 d).

¹⁵³ El origen de esta expresión se remonta al principio 7 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo), que incluyó las palabras “todas las medidas posibles”. Véase Nordquist y otros, *United Nations Convention on the Law of the Sea ...* (nota *supra*), pág. 64, párr. 194.10 b).

55. En cuanto a las reglas de referencia, las partes en la Convención están obligadas a cumplir las reglas y estándares establecidos en otros instrumentos internacionales aprobados bajo los auspicios de la OMI, aun cuando esas partes en la Convención no sean partes en los instrumentos de la OMI¹⁵⁴. Dos reglas de referencia en el marco de la Convención pueden ser pertinentes para la reglamentación de la contaminación atmosférica procedente de los buques. El artículo 211 (“Contaminación causada por buques”), párrafo 2, de la Convención dice lo siguiente: “Los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques que enarbolen su pabellón o estén matriculados en su territorio. Tales leyes y reglamentos tendrán por lo menos el mismo efecto que las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados que se hayan establecido por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general. La “organización internacional competente” a que se refiere esta disposición es la OMI. De hecho, esta disposición impone una obligación a todos los Estados del pabellón de que sus leyes y reglamentos nacionales para prevenir, reducir y controlar la contaminación atmosférica causada por buques habrán de ser coherentes con las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados establecidos por la OMI, o más estrictos¹⁵⁵. De este modo, esa disposición está vinculada a los instrumentos pertinentes de la OMI sobre la contaminación atmosférica causada por buques en los cuales las reglas y estándares pertinentes sean calificados de “generalmente aceptados” a los efectos del artículo 211, párrafo 2¹⁵⁶. Un ejemplo de un instrumento de ese tipo es el anexo VI (“Reglas para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques”) del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques. El artículo 212, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (“Contaminación desde la atmósfera o a través de ella”) dispone que: “Para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino desde la atmósfera o a través de ella, los Estados dictarán leyes y reglamentos aplicables al espacio aéreo bajo su soberanía y a los buques que enarbolan su pabellón o estén matriculados en su territorio y a las aeronaves matriculadas en su territorio, teniendo en cuenta las reglas y estándares así como las prácticas y procedimientos recomendados, convenidos internacionalmente, y la seguridad de la navegación aérea”. Esta disposición alienta a los Estados del pabellón a aplicar las reglas, estándares y prácticas y procedimientos recomendados de la OMI convenidos internacionalmente a fin de cumplir sus obligaciones en virtud de la Convención. En comparación con la expresión “generalmente aceptados”, los términos “generalmente convenidos” son menos rotundos. Sin embargo, la División de las Naciones Unidas de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar ha considerado el anexo VI del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los

¹⁵⁴ Véase, por ejemplo, J. Harrison, “Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping”, Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo, Research Paper Series núm. 2012/12, puede consultarse en <https://ssrn.com/abstract=2037038> (consultado el 20 de febrero), pág. 20.

¹⁵⁵ Nordquist y otros, *United Nations Convention on the Law of the Sea ...* (nota 152), pág. 203, párr. 211.15 f).

¹⁵⁶ Véanse, por ejemplo, A. E. Boyle, “Marine pollution under the law of the sea convention”, *American Journal of International Law*, vol. 79 (1985), pág. 357; y R. Van Reenan, “Rules of references in the new Convention on the Law of the Sea, in particular in connection with the pollution of the sea by oil from tankers”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 12 (1981), pág. 3.

Buques como instrumento complementario que debe ser aplicado por los Estados para cumplir sus obligaciones en virtud del artículo 212¹⁵⁷.

56. Algunas obligaciones generales de los Estados relativas a la contaminación atmosférica procedente de buques impuestas por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se complementan con reglamentaciones concretas bajo los auspicios de la OMI. Por ejemplo, el artículo 194, párrafo 3 b), de la Convención menciona la contaminación atmosférica causada por buques de manera general. Dice lo siguiente:

Las medidas que se tomen con arreglo a esta Parte se referirán a todas las fuentes de contaminación del medio marino. Estas medidas incluirán, entre otras, las destinadas a reducir en el mayor grado posible:

...

b) La contaminación causada por buques, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar, prevenir la evacuación intencional o no y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, la operación y la dotación de los buques.

La norma de conducta enunciada en esta disposición es muy general. Abarca diversas fuentes de contaminación atmosférica causada por buques, incluidas las que se derivan de la operación normal de los buques y también de siniestros marinos de resultados de abordajes y encallamientos. Las obligaciones concretas pueden encontrarse en los instrumentos pertinentes de la OMI, como el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, el Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes, y el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar. De modo similar, con el fin de prevenir, reducir y controlar la contaminación marina procedente de buques, el artículo 211, párrafo 6, autoriza a los Estados ribereños a establecer áreas especiales en su zona económica exclusiva tras las consultas apropiadas por conducto de la organización internacional competente. Para facilitar el cumplimiento de esta disposición, en 2005 la OMI aprobó la resolución A.982(24) relativa a las directrices revisadas para la determinación y designación de zonas marinas especialmente sensibles, que proporciona directrices sobre la designación de dichas zonas.

57. Un comentario del artículo 194 es esclarecedor al describir la interrelación (limitada) entre el derecho del mar y el derecho relativo a la atmósfera:

La palabra “atmósfera” aparece por primera vez en esta Convención en el párrafo 3 a), y se plantea la cuestión de la medida en que la atmósfera puede considerarse parte del medio marino. Varias disposiciones de la Convención se refieren a la atmósfera en términos del espacio aéreo suprayacente o alguna expresión relacionada ... Esto basta para indicar que la propia atmósfera puede considerarse como un componente del medio marino, al menos en la medida en que existe un vínculo directo entre la atmósfera en el espacio aéreo

¹⁵⁷ División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar, *El Derecho del Mar: Obligaciones de los Estados Partes conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar e Instrumentos complementarios* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.04.V.5), pág. 49.

suprayacente y las cualidades naturales del espacio oceánico subyacente. El artículo 194, párrafo 3 a), junto con los artículos 212 y 222, constituyen también así un vínculo entre el derecho relativo al medio marino y el derecho relativo a la atmósfera en sí, independientemente de que esté o no sobre los océanos. Al mismo tiempo, las disposiciones de esta Convención, y en particular las que figuran en la Parte XII, no prejuzgan de por sí la cuestión de si alguna parte de la atmósfera es por sí misma parte del medio marino¹⁵⁸.

El ámbito de aplicación del artículo 212 es el espacio aéreo territorial “bajo la soberanía” de un Estado determinado, y no se refiere al espacio aéreo sobre una zona económica exclusiva, por no mencionar el espacio aéreo común sobre la alta mar. El artículo 212 no trata directamente el problema de la contaminación de la propia atmósfera, o cualquier forma de contaminación distinta de la que se define en el artículo 1, párrafo 4, es decir, la contaminación del medio marino¹⁵⁹. El artículo 222 (“Ejecución respecto de la contaminación desde la atmósfera o a través de ella”) es el equivalente en materia de ejecución del artículo 212, el artículo que fija las normas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino desde la atmósfera o a través de ella. El artículo 222 puede solaparse en cierta medida con el artículo 223 relativo a la ejecución en lo que respecta a la contaminación del medio marino por fuentes terrestres, ya que, de hecho, la mayor parte de la contaminación de la atmósfera se deriva de fuentes terrestres¹⁶⁰.

58. Entre otros instrumentos en la materia cabe citar el Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (artículo 1 *e*)), el Convenio sobre la Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico (art. 2, párr. 2), el Protocolo sobre la protección del Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre (artículo 4, párrafo 1 *b*)¹⁶¹, el Protocolo sobre la Protección del Pacífico Sudoriental contra la Contaminación de Origen Terrestre (artículo II *c*)) y el Protocolo del Convenio Regional de Kuwait para la Protección del Medio Marino contra la Contaminación de Origen Terrestre (artículo III), que tratan de la contaminación a través de la atmósfera como una fuente de origen terrestre. El Protocolo Revisado sobre la Protección del Medio Marino del Mar Negro contra Fuentes y Actividades de Origen Terrestre¹⁶² regula la contaminación transportada a través de la atmósfera en su anexo III. En 1991, las partes en el Protocolo sobre la protección del Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre aprobaron un nuevo anexo (IV) del Protocolo relativo a las fuentes de contaminación de origen terrestre transportadas a través de la atmósfera¹⁶³. Antes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el único instrumento internacional de

¹⁵⁸ Nordquist y otros, *United Nations Convention on the Law of the Sea ...* (nota 152), pág. 67, párr. 194.10 *k*).

¹⁵⁹ *Ibid.*, págs. 212 y 213, párr. 212.9 *d*).

¹⁶⁰ *Ibid.*, págs. 315 a 319.

¹⁶¹ El Protocolo original fue modificado por las enmiendas aprobadas el 7 de marzo de 1996 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Protocolo sobre la protección del Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre, celebrada en Siracusa los días 6 y 7 de marzo de 1996 (UNEP(OCA)/MED IG.7/4). El Protocolo enmendado, registrado como “Protocolo para la Protección del Mar Mediterráneo frente a la Contaminación procedente de Fuentes Terrestres y Actividades Realizadas en Tierra”, entró en vigor el 11 de mayo de 2008.

¹⁶² El Protocolo aún no ha entrado en vigor.

¹⁶³ D. Bodansky y otros, “Oceans”, en *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 1, G. Handl, ed. (Londres, Graham and Trotman, 1991), págs. 111 a 137.

importancia era el Tratado por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua.

59. A través de las reglas de referencia en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el anexo VI del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques puede ser tratado como las “reglas y estándares convenidos internacionalmente” a los efectos de reducir la contaminación atmosférica causada por buques como el óxido de azufre y el óxido de nitrógeno¹⁶⁴. En cuanto a las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques, la interacción entre la OMI y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se complica más, debido a su interrelación con el régimen internacional sobre el cambio climático. Parece que la interrelación entre la OMI, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en cierto modo es conflictiva debido a la aplicación controvertida del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas a la reglamentación de la OMI sobre las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes del transporte marítimo internacional. No obstante, esencialmente, esa relación sigue siendo de apoyo mutuo, ya que el supuesto “conflicto” puede resolverse mediante la interpretación de buena fe.

60. Todo el proceso de negociación sobre la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero en el marco de la OMI estuvo aquejado y plagado de tensiones entre los países desarrollados y los países en desarrollo. El conflicto se centra en la cuestión de si debe aplicarse a la regulación de las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes del transporte marítimo internacional el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas o el principio de trato no más favorable¹⁶⁵. El primero de esos principios recorre la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, su Protocolo de Kyoto y el Acuerdo de París, mientras que el segundo principio se ha incorporado en todas las reglamentaciones de la OMI, incluido el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques. Así pues, hay opiniones diferentes firmemente defendidas acerca de qué principio debe aplicarse al régimen regulatorio para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes del transporte marítimo internacional. No obstante, es posible que esa tensión pueda resolverse siempre que se recurra a una interpretación basada en la

¹⁶⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 212, párr. 1. Sobre la base de la doctrina actual relativa a los criterios de “generalmente aceptados”, es menos probable, sin embargo, que pueda considerarse que el anexo VI constituya reglas y estándares internacionales generalmente aceptados conforme a lo establecido en el artículo 211, párr. 2, de la Convención. Véase, por ejemplo, Harrison, “Recent developments and continuing challenges ...” (nota 154), págs. 21 y 22.

¹⁶⁵ El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas exige que los Estados desarrollados y en desarrollo se ocupen de los problemas ambientales, pero recalca que los primeros deben asumir la responsabilidad primordial. Este acuerdo se basa en los niveles diferentes de responsabilidad que tienen los Estados en desarrollo y desarrollados por la causación de los problemas ambientales. El principio de trato no más favorable se refiere a que “los Estados del puerto hagan cumplir las normas aplicables de manera uniforme a todos los buques en sus puertos, independientemente del pabellón”; véase Y. Shi, “The challenge of reducing greenhouse gas emissions from international shipping: assessing the International Maritime Organization’s regulatory response”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 23, núm. 1 (2012), págs. 136 y 137.

Convención de Viena hecha de una manera que se apoyen mutuamente. En general, el mandato de la OMI en lo que respecta a las emisiones de gases de efecto invernadero procede de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, así como el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático¹⁶⁶, en el que se indica que los dos principios mencionados más arriba pueden aplicarse a la cuestión objeto de debate y su incorporación en la reglamentación puede lograrse mediante una interpretación más amplia y flexible del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas¹⁶⁷. En cierta medida, este enfoque ha quedado reflejado en la aprobación de las enmiendas de 2011 del anexo VI del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques y el debate en curso dentro de la OMI sobre las medidas basadas en el mercado¹⁶⁸.

61. Como solución global, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no ofrece definiciones sobre diversos tipos de contaminación marina, y la ausencia de determinados tipos de contaminación marina ha sido suplida por otros tratados regionales. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar reglamenta la contaminación procedente de fuentes terrestres, y una definición de “fuentes terrestres” fue proporcionada posteriormente por el Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste. El artículo 1 e) de la Convención dispone lo siguiente:

Por “fuentes terrestres” se entenderán las fuentes puntuales y difusas situadas en tierra desde las que las sustancias o la energía alcancen la zona marítima por agua, por la atmósfera o directamente desde la costa. Comprenden las fuentes relacionadas con cualquier evacuación deliberada por debajo del fondo

¹⁶⁶ El art. 2, párr. 2, del Protocolo de Kyoto autoriza a la OMI a regular las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes del transporte marítimo internacional. Por su lado, la OMI recibe su competencia sobre las emisiones de gases de efecto invernadero de los arts. 1 a) y 64 del Convenio Constitutivo de la Organización Marítima Internacional y los arts. 211, párr. 1, y 212, párr. 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Y. Shi, “Greenhouse gas emissions from international shipping: the response from China’s shipping industry to the regulatory initiatives of the International Maritime Organization”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29 (2014), págs. 77 a 115, en especial págs. 82 a 84.

¹⁶⁷ *Ibid.*, págs. 86 a 89.

¹⁶⁸ Las enmiendas aprobadas en 2011 al anexo VI del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (véase la resolución MEPC.203(62) de la OMI, de 15 de julio de 2011, documento MEPC 62/24/Add.1, anexo 19) introdujeron un índice de eficiencia energética de proyecto, obligatorio para los buques nuevos, y un plan de gestión de la eficiencia energética del buque para todos los buques. Además, entre 2000 y 2013 también se habían debatido y negociado en la OMI medidas basadas en el mercado, como tercer tipo de medidas además de las medidas técnicas y operacionales. Véanse OMI, “Main events in IMO’s work on limitation and reduction of greenhouse gas emissions from international shipping” (2011), párr. 18, puede consultarse en www.imo.org; Y. Shi, “Reducing greenhouse gas emissions from international shipping: is it time to consider market-based measures?”, *Marine Policy*, vol. 64 (2016), págs. 123 a 134, en especial pág. 125; y H. Zhang, “Towards global green shipping: the development of international regulations on reduction of GHG emissions from ships”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 16, núm. 4 (2016), págs. 561 a 577. En su 70º período de sesiones, del 24 al 28 de octubre de 2016, el Comité de Protección del Medio Marino de la OMI acordó reducir las emisiones de óxido de azufre procedentes de los buques, a partir de 2020 (con un plan de aplicación que se examinaría en 2017), pero aplazó la decisión sobre las emisiones de gases de efecto invernadero hasta después de un nuevo examen en 2017.

marino hechas accesibles desde tierra por túneles, tuberías u otros medios y las fuentes relacionadas con estructuras artificiales colocadas en la zona marítima bajo la jurisdicción de una Parte Contratante, para fines distintos de las actividades mar adentro.

62. Así pues, las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y otros instrumentos conexos se ocupan de la atmósfera mientras se encuentre dentro del espacio aéreo territorial, y siempre que afecte al medio marino. No se ocupan de la propia atmósfera ni de las situaciones en las que los océanos pueden afectar a la atmósfera. La interrelación entre el mar y la atmósfera abarcada por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es limitada y unilateral (de la atmósfera a los océanos, pero no a la inversa), lo que exige mayores esfuerzos de la comunidad internacional para superar esos conflictos negativos dentro del derecho internacional en la materia. Se recordará que el preámbulo del Acuerdo de París apunta la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos. Por lo tanto, se considera importante que el derecho del mar y el derecho relativo a la atmósfera se interpreten y apliquen de manera que se apoyen mutuamente.

2. Decisiones judiciales

63. Como se mencionó en el segundo informe del Relator Especial¹⁶⁹, Australia había solicitado a la Corte Internacional de Justicia, en su demanda en la *Causa relativa a los ensayos nucleares*, que fallara y declarara que la continuación de los ensayos atmosféricos de armas nucleares en la región del Pacífico meridional era incompatible con las obligaciones impuestas a Francia por las normas aplicables del derecho internacional¹⁷⁰. Aunque la Corte había indicado anteriormente la adopción de medidas provisionales el 22 de junio de 1973, dictó un fallo definitivo el 20 de diciembre de 1974, en el que declaró que el objetivo perseguido por los demandantes, a saber, la cesación de los ensayos nucleares, se había conseguido mediante las declaraciones de Francia de que no seguiría adelante con los ensayos atmosféricos, por lo que la Corte no estaba llamada a adoptar una decisión sobre las pretensiones planteadas por los demandantes¹⁷¹. Cabe señalar que Australia entabló

¹⁶⁹ A/CN.4/681, párr. 44.

¹⁷⁰ *Memoria sobre competencia y admisibilidad presentada por el Gobierno de Australia, I.C.J. Pleadings*, 1973, párr. 430.

¹⁷¹ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *I.C.J. Reports 1973*, pág. 99; *Nuclear Tests (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 253; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, *I.C.J. Reports 1973*, pág. 135; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 457. Véanse H. Thierry, “Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice”, *Annuaire français de droit international*, vol. 20 (1974), págs. 286 a 298; T. M. Franck, “Word made law: the decision of the ICJ in the Nuclear Test cases”, *American Journal of International Law*, vol. 69 (1975), págs. 612 a 620; P. Lellouche, “The International Court of Justice: the nuclear tests cases: judicial silence v. atomic blasts”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16 (1975), págs. 614 a 637; E. McWhinney, “International law-making and the judicial process, the world court and the French Nuclear Tests case”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 3 (1975), págs. 9 a 46; S. Sur, “Les affaires des essais nucléaires (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France: C.I.J. – arrêts du 20 décembre 1974)”, *Revue générale de droit international public*, vol. 79 (1975), págs. 972 a 1027; R. S. J. MacDonald y B. Hough, “The Nuclear Tests case revisited”, *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), págs. 337 a 357. La Corte señaló que “las declaraciones unilaterales de las autoridades francesas se habían

su acción con objeto de proteger no solo sus propios intereses jurídicos, sino también los intereses de otros Estados, pues consideraba que los ensayos nucleares franceses constituían una violación de la libertad de la alta mar. En su memoria afirmaba, entre otras cosas, que: “El mar no es estático; sus sistemas de vida son complejos y están estrechamente relacionados entre sí. Es evidente, pues, que nadie puede decir que la contaminación —especialmente la contaminación relacionada con la radiactividad— en un lugar no puede llegar a tener consecuencias en otro sitio. En verdad, la Corte no estaría cumpliendo su función de proteger por medios judiciales los intereses de la comunidad internacional si hiciera caso omiso de consideraciones de esta índole”¹⁷².

64. La decisión adoptada en 2001 por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en la *Causa relativa a la fábrica MOX*¹⁷³ ilustra la interrelación entre la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el régimen de derecho internacional pertinente en cuanto a la prevención, reducción y control de la contaminación atmosférica procedente de fuentes terrestres. El apoyo mutuo entre la Convención y el régimen de la contaminación atmosférica era uno de los factores que examinaba el Tribunal. En esta causa, Irlanda pidió que un tribunal arbitral constituido con arreglo al anexo VII fallase y declarara que el Reino Unido, a través de su fábrica MOX, había incumplido sus obligaciones en virtud de los artículos 192, 193 o el artículo 194 o el artículo 207 o los artículos 211 y 213 de la Convención. Irlanda afirmó que el Reino Unido no había adoptado las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina en el mar de Irlanda mediante la descarga intencionada o la liberación accidental de materiales o desechos radiactivos de la fábrica MOX¹⁷⁴. El razonamiento en que se basaba la presentación de Irlanda era que el cumplimiento de las normas convenidas de control de la contaminación en virtud del derecho internacional en la materia no bastaba para satisfacer la obligación más general de diligencia debida, que se había establecido en virtud de la Convención¹⁷⁵. Sobre la base de esa consideración, Irlanda solicitó al Tribunal que impusiera determinadas medidas provisionales, como que el Reino Unido suspendiera inmediatamente su autorización a la fábrica MOX. El Tribunal decidió no imponer las medidas provisionales solicitadas por Irlanda, pero pidió que las dos partes cooperasen de inmediato. Esta causa puede considerarse también como la búsqueda de un equilibrio por parte del Tribunal entre la continuidad del desarrollo económico y la protección del medio ambiente¹⁷⁶.

formulado fuera de la Corte, de manera pública y *erga omnes*”, lo que significaba que Francia pasaba a estar obligada respecto de todos los Estados (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 253 y ss., en especial pág. 269, párr. 50).

¹⁷² *Memoria sobre competencia y admisibilidad presentada por el Gobierno de Australia, I.C.J. Pleadings*, 1973, párr. 459.

¹⁷³ *The MOX Plant case (Ireland v. United Kingdom)*, medidas provisionales, providencia de 3 de diciembre, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, causa núm. 10.

¹⁷⁴ *Solicitud de medidas provisionales y justificación de la causa presentadas en nombre de Irlanda*, 9 de noviembre de 2001, puede consultarse en www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/request_ireland_e.pdf (consultado el 20 de febrero de 2017). En su solicitud de medidas provisionales, Irlanda afirmó que “las consecuencias para la salud humana y el medio ambiente de una liberación atmosférica accidental de los tanques de desechos radiactivos de alto nivel en Sellafield serían mucho mayores que el accidente de Chernobyl de abril de 1986” (párr. 11).

¹⁷⁵ Boyle, “Law of the sea perspectives on climate change” (véase la nota 143), pág. 162.

¹⁷⁶ *Ibid.*

65. La *Causa relativa a las plantas de celulosa*¹⁷⁷ ante la Corte Internacional de Justicia fue otro ejemplo en el que se trató de la interrelación entre el deber de diligencia debida en el marco de la Convención y el deber de proteger el medio ambiente previsto en otros acuerdos. El apoyo mutuo entre la Convención y otros instrumentos era de nuevo uno de los factores que examinaba la Corte. En esta causa, la Argentina afirmaba que el Uruguay había incumplido sus obligaciones en virtud del Estatuto del Río Uruguay¹⁷⁸, al autorizar una planta de celulosa y construir otra en el río Uruguay. La Argentina afirmó que el Uruguay había violado el derecho internacional, incluida la obligación de prevenir la contaminación, un deber de diligencia establecido en virtud de la Convención. Con ese fin, la Argentina presentó una solicitud de medidas provisionales. Sin embargo, esa solicitud fue desestimada por la Corte. La Corte sostuvo que el Uruguay solo había violado una obligación de procedimiento y no las obligaciones sustantivas en virtud del Estatuto, de protección del medio ambiente¹⁷⁹. De esta manera, la Corte delimitó la interrelación de apoyo mutuo entre el deber de diligencia debida en virtud de la Convención y las obligaciones sustanciales previstas en otros acuerdos.

C. El aumento del nivel del mar y sus efectos

66. Como se describe en el párrafo 48, el aumento del nivel del mar como resultado del calentamiento de la Tierra fue pronosticado por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático como la hipótesis más probable. Una de las consecuencias conocidas del aumento del nivel del mar es la importante regresión mundial de las costas, que ha dado lugar a cambios de las líneas de base para medir las aguas territoriales y otras zonas marítimas, incluidas las líneas archipelágicas, ya que la intención de las líneas de base es que sean “ambulantes”¹⁸⁰. A medida que aumenta el nivel del mar, la marca de bajamar a lo largo de la costa, que marca la “línea de base normal” a los efectos del artículo 5 de la Convención, se suele desplazar hacia el interior y algunos de los elementos geográficos principales utilizados como puntos de base pueden inundarse y perderse. Algunos autores opinan, sin embargo, que “un aumento considerable del nivel del mar, con independencia de cual sea la causa, no debería entrañar la pérdida de los espacios oceánicos de los Estados y sus derechos sobre los recursos marítimos, ya reconocidos por la

¹⁷⁷ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, párr. 14.

¹⁷⁸ Estatuto del Río Uruguay, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1295, pág. 340.

¹⁷⁹ La Corte consideró que no había ninguna prueba concluyente en el expediente que demostrase que el Uruguay no hubiese actuado con el grado necesario de debida diligencia o que las descargas de efluentes de la planta Orión (Botnia) habían tenido efectos nocivos o causado daños a recursos vivos o a la calidad del agua o al equilibrio ecológico del río desde que comenzó a funcionar en noviembre de 2007” (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*), fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14 y ss., en especial pág. 101, párr. 265).

¹⁸⁰ A. H. A. Soons, “The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries”, *Netherlands International Law Review*, vol. 37, núm. 2 (1990), págs. 207 a 232; M. Hayashi, “Sea level rise and the law of the sea: future options”, en *The World Ocean in Globalisation: Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues*, D. Vidas y P. J. Schei, eds. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2011), pág. 188 y ss. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone en su artículo 62 2) que: “Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él: a) si el tratado establece una frontera”.

Convención de 1982”¹⁸¹. El Comité de la International Law Association sobre las Líneas de Bases en virtud del Derecho Internacional del Mar ha sugerido que puede haber dos opciones: en primer lugar, una nueva norma que congele las líneas de base actuales en sus posiciones actuales, utilizando “las cartas a gran escala reconocidas oficialmente por el Estado costero”; o, en segundo lugar, una nueva norma que congele los límites exteriores actuales definidos de las zonas marítimas medidos desde las líneas de base establecidas de conformidad con la Convención¹⁸². Estas opciones parecen ser contrarias a la norma establecida del derecho internacional, ya que el cambio fundamental de las circunstancias no puede aplicarse a las fronteras¹⁸³. No obstante, existe una gran necesidad de que la comunidad internacional considere el problema *de lege ferenda* para superar las dificultades a que se enfrentan los Estados concernidos por los problemas con la línea de base¹⁸⁴.

67. Otra serie de problemas causados por el aumento del nivel del mar, que inciden directamente en la protección de la atmósfera, se refieren a las cuestiones de la migración forzada y los derechos humanos. El aumento del nivel del mar amenaza con la inundación parcial o total del territorio de algunos Estados, o su despoblación, en particular de los pequeños Estados insulares de baja altitud, y las consecuencias correspondientes en el marco del derecho internacional son enormes, y exigen un estudio serio y a fondo de las cuestiones. Los efectos combinados y acumulativos del aumento del nivel relativo del mar y otros efectos del cambio climático presentan una serie de consecuencias negativas directas e indirectas para las vidas humanas y las condiciones de vida en las zonas costeras y de litoral bajo¹⁸⁵. Sin embargo, esas cuestiones de derechos humanos y migración se prestan mejor a ser examinadas en el contexto del derecho de los derechos humanos y no en el del derecho del mar, por lo que se examinarán en la sección IV.

68. Sobre la base de lo expuesto, se propone el siguiente proyecto de directriz:

Proyecto de directriz 11: Interrelación del derecho relativo a la protección de la atmósfera con el derecho del mar

1. Los Estados deben adoptar medidas apropiadas en la esfera del derecho del mar, teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y otros instrumentos internacionales conexos, a fin de proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica y ocuparse de las cuestiones de la contaminación marítima desde la atmósfera o a través de ella. A fin de evitar cualquier conflicto, los Estados deben velar por que la

¹⁸¹ J. L. Jesus, “Rocks, new-born islands, sea level rise and maritime space”, en *Negotiating For Peace – Liber Amicorum Tono Eitel*, J. Frowein y otros, eds. (Berlin/Heidelberg, Springer, 2003), págs. 599 y 602.

¹⁸² Véase International Law Association, *Informe de la 75ª Conferencia celebrada en Sofía*, agosto de 2012 (Londres, 2012), págs. 385 a 428.

¹⁸³ La Corte Internacional de Justicia también confirmó que las fronteras estaban excluidas de la aplicación del cambio fundamental en las circunstancias en *Aegean Sea Continental*, fallo, *I.C.J. Reports 1978*, pág. 3 y ss., en especial págs. 35 y 36, párr. 85.

¹⁸⁴ International Law Association, *Conferencia de Johannesburgo (2016): Derecho internacional y aumento del nivel del mar* (informe provisional), págs. 13 a 18.

¹⁸⁵ *Ibid.*, págs. 18 a 28. Véase también Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, “Climate change 2014 synthesis report ...” (nota 137).

elaboración, la interpretación y la aplicación de las normas pertinentes del derecho internacional se ajusten al principio de apoyo mutuo.

2. Los Estados y las organizaciones internacionales competentes deben examinar la situación de los pequeños Estados insulares y los Estados de baja altitud con respecto a las líneas de base para la delimitación de sus zonas marítimas con arreglo al derecho del mar.

IV. Interrelación con el derecho internacional de los derechos humanos

69. El derecho internacional relativo a la protección de la atmósfera solo se puede coordinar adecuadamente con el derecho internacional de los derechos humanos en la medida en que elementos del derecho de protección de la atmósfera se consideren “antropocéntricos” (centrados en el ser humano) en lugar de estimar que tienen carácter ecocéntrico¹⁸⁶, es decir, que la protección del medio ambiente se considere principalmente un medio de proteger a los seres humanos y no un fin en sí misma¹⁸⁷. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un asunto relativo a la protección de marismas, indicó que: “Ni el artículo 8 ni ninguno de los demás artículos del Convenio están específicamente concebidos para proporcionar una protección general del medio ambiente como tal; otros instrumentos internacionales ... son más pertinentes en relación con este aspecto concreto”¹⁸⁸.

Para que los instrumentos de derechos humanos contribuyan a la protección del medio ambiente en general y a la protección de la atmósfera en particular, se debe establecer el vínculo directo entre la contaminación o la degradación atmosféricas y un menoscabo de un derecho humano protegido¹⁸⁹. En este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos solo puede ser pertinente en el contexto de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica que afecten al medio humano y natural, ya que estos están protegidos, en última instancia, para los seres humanos. Por consiguiente, el derecho internacional de los derechos humanos no necesariamente se solapa con el derecho ambiental internacional, pero puede hacerlo en cierta medida¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Véase C. D. Stone, “Ethics and international environmental law”, en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Brunée y E. Hey, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2007), págs. 291 a 301. El Relator Especial agradece particularmente a Masayuki Hiromi, de la Universidad Sophia, haber proporcionado el material correspondiente y redactado partes del presente informe acerca del derecho de los derechos humanos.

¹⁸⁷ Boyle, “Relationship between international environmental law ...” (véase la nota 36), pág. 141.

¹⁸⁸ *Kyrtatos v. Greece*, núm. 41666/98, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2003-VI, párr. 52. El Tribunal añadió que, “aun suponiendo que el medio ambiente haya sido gravemente dañado por el desarrollo urbano de la zona, los demandantes no han presentado ningún argumento convincente que demuestre que el presunto daño para las aves y otras especies protegidas que viven en el pantano era de naturaleza tal que afectaba directamente a sus propios derechos en virtud del artículo 8, párrafo 1, del Convenio” (*ibid.*, párr. 53).

¹⁸⁹ P.-M Dupuy y J. E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015), págs. 308, 309 y 319.

¹⁹⁰ Determinadas normas ambientales, como las convenciones relativas a la protección de la diversidad biológica, “reflejan una mayor conciencia ambiental y sugieren que la protección del medio ambiente a menudo es reconocida por sí misma, y no simplemente como un medio de proteger a los seres humanos” (Sands y Peel, *Principles of International Environmental Law*

A. Tratados y otros instrumentos

70. Con respecto a las referencias a los derechos humanos en los textos ambientales, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)¹⁹¹ reconoció por primera vez la interrelación entre el derecho ambiental internacional y el derecho internacional de los derechos humanos: su principio 1 se centró en los derechos reconocidos a las personas en lugar de las obligaciones impuestas a los Estados, al disponer que: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”¹⁹². En la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁹³ de 1992 también se expone brevemente en su principio 1 que “[L]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible” y que [t]ienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. Si bien la segunda oración no se refirió específicamente a la expresión “derecho humano”¹⁹⁴, el principio 1 ha contribuido a que el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos incorpore inquietudes relacionadas con la sostenibilidad y la protección del medio ambiente. Si bien esas declaraciones no son instrumentos jurídicamente vinculantes, sirvieron de base para el desarrollo posterior de un derecho humano a un medio ambiente sano¹⁹⁵.

71. Es importante señalar que el derecho internacional relativo a la protección de la atmósfera refleja significativamente un enfoque antropocéntrico, de modo que el derecho de los derechos humanos tiene grandes posibilidades de contribuir a esta esfera, ya que, después de todo, el aire puro es indispensable para la supervivencia humana. En el contexto de la contaminación atmosférica, el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia reconoce que la contaminación atmosférica tiene “una acción nociva de tal naturaleza que [pone] en peligro la salud humana” (artículo 1) y obliga a las partes a “proteger al hombre y su medio ambiente contra la contaminación atmosférica” (artículo 2). Asimismo, para la degradación de la atmósfera, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono incluye una disposición en virtud de la cual las partes deben adoptar las medidas apropiadas “para proteger la salud humana” (artículo 2), y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se ocupa de los efectos adversos del cambio climático, incluidos los efectos nocivos significativos “en la salud y el bienestar humanos” (artículo 1). Como se señaló en un estudio analítico reciente sobre la relación entre los derechos humanos y el

(véase la nota 106), pág. 776). En esa esfera, no hay margen para tomar en consideración las normas internacionales de derechos humanos.

¹⁹¹ Véase *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.73.II.A.14), cap. I.

¹⁹² L. B. Sohn, “The Stockholm Declaration on the Human Environment”, *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), págs. 423 a 515, en especial págs. 451 y 452.

¹⁹³ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo ...* (véase la nota 41), resolución 1, anexo I.

¹⁹⁴ D. Shelton, “What happened in Rio to human rights?”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), págs. 75 a 93, en especial pág. 75.

¹⁹⁵ F. Francioni, “Principle 1: human beings and the environment”, en *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, J. E. Viñuales, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2015), págs. 93 a 106, en especial págs. 97 y 98.

medio ambiente llevado a cabo por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos¹⁹⁶, la degradación del medio ambiente, en particular la contaminación atmosférica, el cambio climático y el agotamiento de la capa de ozono “puede afectar la efectividad de los derechos humanos”¹⁹⁷.

72. En cuanto a las consideraciones ambientales en los instrumentos de derechos humanos, solo después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 los tratados de derechos humanos han incluido el derecho específico al medio ambiente. Hasta la fecha, hay dos instrumentos que establecen expresamente ese derecho: la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, que dispone en su artículo 24 que “[t]odos los pueblos tendrán el derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo” y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dispone, en su artículo 11, párrafo 1, que “[t]oda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano”. En cambio, los tratados y otros instrumentos concertados antes de la Conferencia de Estocolmo de 1972 no se referían expresamente a ningún derecho específico al medio ambiente, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, “Convenio Europeo de Derechos Humanos”), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, los tribunales y los órganos de derechos humanos establecidos en virtud de esas convenciones han incorporado posteriormente consideraciones ambientales en las disposiciones en vigor sobre determinados derechos generales a través de una interpretación evolutiva de los tratados respectivos a fin de permitir la protección humana contra la contaminación o degradación ambientales¹⁹⁸. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, declaró que: “No existe ningún derecho explícito en el Convenio a un medio ambiente limpio y tranquilo, pero cuando una persona se ve afectada directa y gravemente por la contaminación acústica o de otro tipo, puede plantearse una cuestión al amparo del artículo 8”¹⁹⁹. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también reconoció expresamente el vínculo entre la protección del medio ambiente y el disfrute de los derechos humanos garantizados en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, afirmando que:

aunque ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluyen referencias

¹⁹⁶ Resolución 19/10 del Consejo de Derechos Humanos, de 19 de abril de 2012, relativa a los derechos humanos y el medio ambiente (A/HRC/RES/19/10).

¹⁹⁷ “Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos” (A/HRC/19/34), párrs. 15 y 16 (este informe fue realizado por un experto independiente, John Knox, para la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos).

¹⁹⁸ R. Desgagné, “Integrating environmental values into the European Convention on Human Rights”, *American Journal of International Law*, vol. 89 (1995), págs. 263 a 294. Véase el proyecto de conclusión 8 aprobado en primera lectura por la Comisión sobre el tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados” (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*), págs. 195 a 204).

¹⁹⁹ *Hatton and Others v. the United Kingdom* [Gran Sala], núm. 36022/97, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2003- VIII, párr. 96.

expresas a la protección del medio ambiente, es claro que varios derechos de rango fundamental que en ellas se consagran requieren, como una precondition para su debido ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales. La CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos] ha enfatizado en este sentido que existe una relación directa entre el entorno físico en el que viven las personas, y los derechos a la vida, a la seguridad y a la integridad física. Estos derechos resultan directamente afectados cuando se presentan episodios o situaciones de deforestación, contaminación de las aguas, polución u otros tipos de daños ambientales²⁰⁰.

B. Jurisprudencia de los tribunales internacionales y los órganos creados en virtud de tratados

73. Puede haber una dificultad, no obstante, en analizar la protección de la atmósfera mediante la aplicación de las normas de derechos humanos en el marco del derecho internacional general, debido a que las circunstancias concretas y las prioridades de las sociedades respectivas conducen a los tribunales regionales y órganos de tratados de derechos humanos a interpretar esas normas de manera diferente²⁰¹. De hecho, su foco de atención y su interpretación de los derechos relacionados con la protección del medio ambiente son ligeramente diferentes. En términos generales, la jurisprudencia ambiental del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido principalmente a los derechos individuales relativos a la salud humana y la vida privada y familiar, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se han centrado más en los derechos colectivos de los pueblos indígenas o tribales²⁰², aunque, es cierto, sobre la base de los elementos comunes de la jurisprudencia ambiental, las disposiciones pertinentes de los tratados pueden a la larga llegar a ser interpretadas y aplicadas de manera armoniosa²⁰³.

Comité de Derechos Humanos

74. A nivel mundial, solo después de 1990 se comunicaron al Comité de Derechos Humanos determinadas denuncias relacionadas con las preocupaciones ambientales, aunque esas denuncias tuvieron poco éxito en cuanto al fondo²⁰⁴. En el contexto de la protección de la atmósfera, es de particular importancia el caso *Bordes y*

²⁰⁰ *Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, informe de fondo de 13 de noviembre de 2012, Informe núm. 125/12, Caso 12.354, párr. 233.

²⁰¹ R. Higgins, "Human rights: some questions of integrity", *Modern Law Review*, vol. 52 (1989) págs. 1 a 21; y B. Simma, "International human rights and general international law: a comparative analysis", *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. IV-2 (La Haya, Martinus Nijhoff, 1995), págs. 153 a 236.

²⁰² Dupuy y Viñuales, *International Environmental Law* (véase la nota 189), págs. 307 a 311.

²⁰³ Eso no significa que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cuestión haya de ser seguida por otros tribunales y órganos de derechos humanos. Véase Higgins, "Human rights: some questions of integrity" (nota 201), pág. 7. Compárese L. Lixinski, "Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of international law", *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 3 (2010), págs. 585 a 604, en especial págs. 594 a 596.

²⁰⁴ Dupuy y Viñuales, *International Environmental Law* (véase la nota 189), pág. 306.

*Temeharo c. Francia*²⁰⁵, a pesar de que el Comité lo consideró inadmisibile. El caso se refería a los ensayos nucleares subterráneos en el Pacífico Sur realizados por Francia en 1995 y 1996, que llevaron a Nueva Zelandia a plantear la *Causa relativa a los ensayos nucleares II* ante la Corte Internacional de Justicia²⁰⁶. En el caso *Bordes y Temeharo*, ciudadanos franceses residentes en las Islas del Pacífico Sur sostuvieron que los ensayos de Francia habían violado su derecho a la vida (artículo 6) y a la vida privada y a la familia (artículo 17) garantizados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según ellos, los ensayos nucleares fracturaron la estructura geológica de los atolones, y partículas radiactivas que se filtraban por las grietas contaminaron la atmósfera y expusieron a la población en torno a la zona de ensayos a un mayor riesgo de radiación. El Comité declaró que “para que una persona pueda considerarse víctima de la violación de un derecho amparado por el Pacto, tiene que demostrar que un acto o una omisión de un Estado parte han tenido ya efectos adversos para su gozo del derecho en cuestión, o bien que existe una amenaza real de que se produzca ese resultado”²⁰⁷ y concluyó que los autores de la comunicación no podían considerarse “víctimas” de una violación debido a la improbabilidad de los daños, y que el caso era inadmisibile. Cabe señalar, no obstante, que el Comité no negó la posibilidad de que la contaminación atmosférica de un Estado atente contra el derecho a la vida y el derecho a la vida familiar garantizados por el Pacto, si se demuestra el vínculo directo entre esa contaminación y el menoscabo de sus derechos.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

75. En 1994, en el asunto *López Ostra c. España*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció por primera vez claramente las cuestiones ambientales dentro del Convenio Europeo de Derechos Humanos, incluso aunque no hubiese un derecho ambiental explícito²⁰⁸. En este asunto, la demandante, de nacionalidad española y residente en la ciudad de Lorca (España), afirmó que las emanaciones de una planta de tratamiento de desechos, que había sido construida por una empresa privada cerca de su residencia, contaminaban la atmósfera en esa ciudad y causaban problemas de salud y molestias a su familia y a ella misma, lo que constituía a una violación del artículo 8 (“Derecho al respeto a la vida privada y familiar”) del Convenio. El Tribunal hizo suyas las conclusiones anteriores de la Comisión de que “podría haber un vínculo causal entre las emisiones y la enfermedad de la hija de la demandante”²⁰⁹. El Tribunal añadió que “cierto es que las autoridades españolas, y en particular el ayuntamiento de Lorca, en teoría no eran directamente responsables de las emisiones en cuestión”²¹⁰, porque la propiedad, el control y la explotación de la planta estaban en manos de una empresa privada.

²⁰⁵ *Bordes y Temeharo c. Francia*, Comunicación núm. 645/1995, Decisión adoptada el 22 de julio de 1996, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/51/40)*, vol. II, anexo IX, secc. G.

²⁰⁶ *Solicitud de examen de la situación de conformidad con el párrafo 63 del fallo dictado por la Corte el 20 de diciembre de 1974 en la causa relativa a los Ensayos nucleares (Nueva Zelandia c. Francia)*, I.C.J. Reports 1995, pág. 288.

²⁰⁷ *Bordes y Temeharo c. Francia*, Comunicación núm. 645/1995, párr. 5.4.

²⁰⁸ M. Fitzmaurice, *Contemporary Issues in International Environmental Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2009), pág. 186. *López Ostra v. Spain*, 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 303-C.

²⁰⁹ *Ibid.*, párr. 49.

²¹⁰ *Ibid.*, párr. 52.

Según el Tribunal, no obstante, las autoridades españolas contrajeron “una obligación positiva de tomar medidas razonables y apropiadas para velar por los derechos de la demandante” garantizados en virtud de la Convención²¹¹, porque la ciudad permitió que se construyese la planta en sus terrenos y subvencionó su construcción²¹². Por último, el Tribunal llegó a la conclusión de que España era responsable de la violación del artículo 8 debido a que no había adoptado medidas al efecto.

76. El objeto del asunto de 1995 *Noel Narvii Tauria y otros 18 c. Francia*²¹³ ante la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos era el mismo que el del caso *Bordes y Temeharo c. Francia* ante el Comité de Derechos Humanos *supra* (véase el párrafo 74). En ese asunto, los demandantes alegaron que la decisión de Francia de reanudar las pruebas nucleares en el Pacífico Sur daría lugar a una violación entre otros derechos, de los artículos 2 (“Derecho a la vida”) y 8 (“Derecho al respeto a la vida privada y familiar”) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 1 (“Protección de la propiedad”) de su Protocolo núm. 1. Como había concluido el Comité, la Comisión afirmó que “para que un demandante se considere víctima de una violación del Convenio, debe haber un vínculo suficientemente directo entre el demandante y la pérdida que considera que ha sufrido como consecuencia de la presunta violación”²¹⁴, y que “invocar simplemente riesgos inherentes a la utilización de la energía nuclear no basta para que los demandantes puedan considerarse víctimas de una violación del Convenio, ya que muchas de las actividades humanas generan riesgos”²¹⁵. Finalmente, la Comisión llegó a la misma conclusión que el Comité, a saber, que la demanda era inadmisibile porque los demandantes no habían fundamentado sus alegaciones. Pero, a diferencia del Comité, la Comisión reconoció claramente la admisibilidad de la demanda contra el riesgo de una futura violación, y afirmó que “solo en circunstancias muy excepcionales puede no obstante un demandante considerarse víctima de una violación del Convenio debido al riesgo de una futura violación”, ya que los demandantes habían alegado el riesgo potencial que suponía para su vida, su salud y su vida familiar una fuga de radiactividad de los atolones quebrados²¹⁶. La Comisión añadió que: “para que un demandante se considere víctima en tal situación, debe ... presentar *pruebas* razonables y *convincientes* de la probabilidad de que se produzca una violación que le afecte personalmente; la simple sospecha o suposición no basta al respecto”²¹⁷.

77. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la protección de la atmósfera siguió desarrollándose en el asunto *Fadeyeva c. Rusia*²¹⁸ en 2005. Este asunto se refería a la contaminación atmosférica intrafronteriza de la planta siderúrgica de Severstal en la ciudad de Cherepovets de la Federación de Rusia, privatizada en 1993; según los demandantes que vivían en un apartamento cerca de la planta, esta había infringido su derecho a la salud y el bienestar

²¹¹ *Ibid.*, párr. 51.

²¹² *Ibid.*, párr. 52.

²¹³ *Noel Narvii Tauria and 18 others v. France*, núm. 28204/95, decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 1995, Decisiones e informes núm. 83-B, pág. 112.

²¹⁴ *Ibid.*, pág. 130.

²¹⁵ *Ibid.*, pág. 131.

²¹⁶ *Ibid.*, pág. 130.

²¹⁷ *Ibid.*, pág. 131 (sin cursiva en el original).

²¹⁸ *Fadeyeva v. Russia*, núm. 55723/00, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2005-IV.

garantizados en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal apuntó que, para que el demandante plantee una cuestión en relación con el artículo 8 (“Derecho al respeto a la vida privada y familiar”), tiene que demostrar: a) el vínculo causal entre la contaminación o degradación ambientales y un menoscabo de un derecho humano protegido y b) un determinado nivel mínimo de efectos adversos suficientes para que entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 de la Convención²¹⁹. Una vez que el Tribunal llegó a la conclusión de que se cumplían esos dos requisitos, observó que en ese caso, ni la propiedad, ni el control, ni el funcionamiento de la planta siderúrgica de Severstal estaban en manos de la Federación de Rusia en el momento de los hechos²²⁰. El Tribunal apuntó, sin embargo, que “la responsabilidad del Estado en casos ambientales puede derivarse de no haber regulado la industria privada” y examinó si el Estado había contraído una obligación positiva de tomar medidas razonables y apropiadas para garantizar el derecho del demandante en virtud del artículo 8, párrafo 1, de la Convención²²¹. Por último, el Tribunal concluyó que existe “un nexo suficiente entre las emisiones contaminantes y el Estado”, porque las autoridades estaban en condiciones de evaluar los riesgos de contaminación y adoptar medidas adecuadas para impedirlos o reducirlos²²², por lo que confirmó que la Federación de Rusia había incurrido en una violación del artículo 8 del Convenio.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

78. La causa *Ogoni* de 2001²²³ se refería a la degradación ambiental y los problemas de salud entre la población ogoni de Nigeria como consecuencia de la contaminación del agua, el suelo y el aire por la explotación de los recursos por un consorcio petrolero en el que el participaba el Gobierno de Nigeria. Los demandantes invocaron, entre otros derechos, los artículos 4 (“Derecho a la vida”), 16 (“Derecho a la salud”) y 24 (“Derecho a un entorno general satisfactorio”) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos como derechos importantes violados por los actos y omisiones de Nigeria. En esa causa, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en primer lugar mencionó la condición necesaria para que la demanda fuera admisible, a saber, el vínculo entre la contaminación o degradación ambientales y la violación de los derechos humanos, y declaró que: “esos derechos reconocen la importancia de un medio ambiente limpio y seguro en la medida en que el medio ambiente afecta a la calidad de la vida y la seguridad de la persona”²²⁴. Luego, la Comisión apuntó que la violación de los

²¹⁹ *Ibid.*, párrs. 68 y 69.

²²⁰ *Ibid.*, párr. 89. Aunque la planta había liberado sustancias tóxicas en el aire de la ciudad antes de su privatización en 1993, el Tribunal tuvo en cuenta solo el período posterior al 5 de mayo de 1998, fecha en que había entrado en vigor el Convenio Europeo de Derechos Humanos para la Federación de Rusia.

²²¹ *Ibid.*, párr. 89.

²²² *Ibid.*, párr. 92.

²²³ *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CDES)/Nigeria*, decisión de 27 de octubre de 2001, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación núm. 155/96. La causa también se refería a la conducta directa del ejército y las fuerzas de seguridad de Nigeria contra el pueblo ogoni, como ataques y quema y destrucción de varias aldeas y hogares ogonis. El presente informe, no obstante, se centra únicamente en cuestiones ambientales. Véase F. Coomans, “The *Ogoni* case before the African Commission on Human and Peoples’ Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (2003), págs. 749 a 760.

²²⁴ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación núm. 155/96, párr. 51.

derechos humanos que había invocado el demandante conllevaba obligaciones negativas y positivas²²⁵. Al concluir su opinión, la Comisión se refirió a determinados precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos²²⁶, y puso de relieve que: “como instrumento de derechos humanos, la Carta Africana no es ajena a esos conceptos”²²⁷. Según la Comisión, el derecho a la salud (artículo 16) impone a los Estados una obligación negativa “de desistir de amenazar directamente la salud y el medio ambiente de sus ciudadanos”²²⁸ y el derecho a un entorno general satisfactorio (artículo 24) impone a los Estados una obligación positiva de “adoptar medidas razonables y otras medidas para evitar la contaminación y la degradación ecológica, promover la conservación, y garantizar un desarrollo y una utilización de los recursos naturales ecológicamente sostenibles”²²⁹, incluidas evaluaciones del impacto ambiental, una vigilancia adecuada y el suministro de información. Por último, la Comisión Africana, después de examinar la conducta del Gobierno de Nigeria, determinó que se había producido una violación de los artículos 16 y 24 de la Carta. En cuanto al derecho a la vida, la Comisión concluyó que se había producido una violación del artículo 4, puesto que “la contaminación y la degradación ambiental a un nivel humanamente inaceptable ha hecho que vivir en las tierras ogonis sea una pesadilla”²³⁰.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

79. La petición de la *Comunidad de La Oroya vs. el Perú* se refería a la contaminación del aire, el suelo y el agua del complejo metalúrgico operado por la empresa estadounidense Doe Run en la comunidad de La Oroya (Perú)²³¹. Los peticionarios alegaron que el Perú era culpable por acción y omisión, especialmente por no haber controlado el complejo, su falta de supervisión, y no haber adoptado medidas para mitigar los efectos negativos. En sus observaciones preliminares, la Comisión Interamericana determinó que: “las supuestas muertes y/o afectaciones a la salud de las presuntas víctimas como consecuencia de acciones y omisiones estatales frente a la contaminación ambiental derivada del complejo metalúrgico que funciona en La Oroya, de ser probadas podrían caracterizar violación de los derechos consagrados en los artículos 4 [“Derecho a la Vida”] y 5 [“Derecho a la Integridad Personal”] de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]”²³².

Puesto que la contaminación ambiental fue causada por un complejo operado por una empresa privada, la Comisión afirmó la obligación positiva del Estado de adoptar medidas para evitar los riesgos para la vida y la salud causados por terceros.

80. El cambio climático tiene efectos concretos que se pueden distinguir en las regiones polares y las poblaciones que viven en la zona. Dos grupos indígenas presentaron de forma independiente peticiones a la Comisión Interamericana sobre

²²⁵ *Ibid.*, párr. 44.

²²⁶ *Ibid.*, párr. 57.

²²⁷ *Ibid.*, párr. 44.

²²⁸ *Ibid.*, párr. 52.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*, párr. 67.

²³¹ *Comunidad de la Oroya vs. el Perú*, decisión sobre admisibilidad de 5 de agosto de 2009, Informe núm. 76/09, Petición 1473-06. El complejo fue nacionalizado en 1974 y adquirido posteriormente por la empresa estadounidense en 1997.

²³² *Ibid.*, párr. 74.

cuestiones relacionadas con ese cambio climático²³³. En 2005, la Presidenta de la Conferencia Inuit Circumpolar, en nombre de los inuit de las regiones árticas de los Estados Unidos y el Canadá, presentó a la Comisión una petición contra los Estados Unidos, alegando que los efectos del cambio climático en el Ártico causados por las emisiones de gases de efecto invernadero de los Estados Unidos, violaban los derechos humanos fundamentales de los inuits protegidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros instrumentos internacionales²³⁴. Entre esos derechos estaban sus derechos a los beneficios de la cultura, a la propiedad, a la preservación de la salud, la vida, la integridad física, la seguridad y los medios de subsistencia, y sus derechos de residencia, circulación e inviolabilidad del domicilio. En 2006, la Comisión, sin embargo, desestimó la petición, y concluyó que los peticionarios no habían demostrado “si los presuntos hechos tenderían a caracterizar una violación de derechos amparados por la Declaración Americana”²³⁵. En 2013, el Consejo Atabascano Ártico, en nombre de todos los pueblos atabascanos de las regiones árticas del Canadá y los Estados Unidos, a su vez, presentó a la Comisión una petición contra el Canadá, alegando que el calentamiento del Ártico causado por la inacción del Canadá y la falta de una regulación efectiva de las emisiones de carbono negro, violaban los derechos humanos de los pueblos atabascanos árticos, entre ellos el derecho a los beneficios de su cultura, el derecho de propiedad y el derecho a la salud consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²³⁶. El examen de la admisibilidad de la petición de los atabascanos aún está pendiente.

C. Derechos sustantivos

81. Un análisis comparativo de la jurisprudencia ambiental y las decisiones de los tribunales y órganos de derechos humanos indica que los derechos sustantivos “generales” más utilizados comúnmente en las reclamaciones ambientales son “el derecho a la vida” (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; artículo 4 de la Convención Americana

²³³ V. de la Rosa Jaimes, “Climate change and human rights litigation in Europe and the Americas”, *Seattle Journal of Environmental Law*, vol. 5, núm. 1 (2015), págs. 165 a 196, en especial págs. 191 a 195.

²³⁴ Conferencia Inuit Circumpolar, *Petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la que se solicita reparación por las violaciones derivadas del calentamiento global causado por los actos y omisiones de los Estados Unidos*, 7 de diciembre de 2005, puede consultarse en www.inuitcircumpolar.com/uploads/3/0/5/4/30542564/finalpetitionicc.pdf (consultado el 20 de febrero de 2017).

²³⁵ Véase la carta de Ariel E. Dulitzky, Secretario Ejecutivo Adjunto, Organización de los Estados Americanos, a Paul Crowley, ref. Sheila Watt-Cloutier y otros, Petición núm. P-1413-05, Estados Unidos, 16 de noviembre de 2006, puede consultarse en <http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/science/16commissionletter.pdf> (consultado el 20 de febrero de 2017).

²³⁶ Consejo Atabascano Ártico, *Petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la que se solicita reparación por violaciones de los derechos de los pueblos atabascanos árticos derivadas del rápido calentamiento y deshielo del Ártico causados por las emisiones de carbono negro del Canadá*, 23 de abril de 2013, puede consultarse en [http://earthjustice.org/sites/default/files/AAC PETITION 13-04-23a.pdf](http://earthjustice.org/sites/default/files/AAC%20PETITION%2013-04-23a.pdf) (consultado el 20 de febrero de 2017).

sobre Derechos Humanos; y artículo 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), “el derecho a la vida privada y familiar” (artículo 17 del Pacto; artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y artículo 11, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y “el derecho de propiedad” (artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos)²³⁷. Cuando en los instrumentos de derechos humanos no está previsto expresamente un derecho “específico” al medio ambiente, los tribunales y órganos de tratados de derechos humanos interpretan esos derechos generales de modo que incluyan el contenido del derecho al medio ambiente y el derecho a la salud²³⁸. Además, incluso cuando existen derechos específicos al medio ambiente en convenciones de derechos humanos como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, los tribunales y los órganos de tratados correspondientes aplican derechos generales, como el derecho a la vida, así como el derecho específico al medio ambiente y el derecho a la salud, como se indicó en las causas *Ogoni e Inuit* que se mencionaron más arriba. Esos derechos generales son comunes a todos los instrumentos de derechos humanos, mundiales o regionales, y, por lo tanto, pueden ser de aplicación universal, si la jurisprudencia continúa en esa dirección en esta esfera.

82. Para que el derecho internacional de los derechos humanos contribuya a la protección de la atmósfera, sin embargo, deben cumplirse determinados requisitos básicos²³⁹. En primer lugar, el derecho internacional de los derechos humanos sigue siendo un “ordenamiento jurídico basado en el daño personal”²⁴⁰ y, como resultado, debe demostrarse el vínculo directo entre la contaminación o degradación atmosféricas y un menoscabo de un derecho protegido. En segundo lugar, los efectos adversos de la contaminación o degradación atmosféricas deben alcanzar determinado nivel mínimo para entrar dentro del ámbito de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. La determinación de ese nivel mínimo es relativa y depende del contenido del derecho que se invoque y todas las circunstancias pertinentes del caso, como la intensidad y la duración de las molestias y sus efectos físicos o mentales. En tercer lugar, y lo que es más importante, es necesario demostrar un vínculo causal entre la acción u omisión de un Estado, por una parte, y la contaminación o degradación atmosféricas, por la otra.

83. Las obligaciones de los Estados engendradas por los derechos en la materia son de dos dimensiones. En principio, los Estados incurren en la obligación negativa (o la obligación de respetar) de abstenerse de toda injerencia directa o indirecta en el disfrute de los derechos fundamentales. Sin embargo, como han sugerido la jurisprudencia y las decisiones de los tribunales y órganos de derechos humanos mencionadas más arriba, este deber de abstención va acompañado de la obligación positiva (o la obligación de proteger) de adoptar todas las medidas apropiadas para

²³⁷ D. Shelton, “Human rights and the environment: substantive rights”, en *Research Handbook on International Environmental Law*, M. Fitzmaurice, D. M. Ong y P. Merkouris, eds. (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), págs. 267 a 283, en especial págs. 267 y 269 a 278.

²³⁸ R. R. Churchill, “Environmental rights in existing human rights treaties”, en *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, A. E. Boyle y M. R. Anderson, eds. (Oxford, Clarendon Press, 1996), págs. 89 a 108, en especial págs. 89 a 98.

²³⁹ Dupuy y Viñuales, *International Environmental Law* (véase la nota 189), págs. 320 a 329.

²⁴⁰ *Ibid.*, págs. 308 y 309.

proteger los derechos humanos²⁴¹. Exige a los Estados que adopten medidas positivas para proteger los derechos contra cualquier injerencia de terceros, como particulares o empresas privadas. Esta última obligación incluye, entre otras cosas, la de adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias y eficaces para impedir que terceros infrinjan derechos garantizados. Como afirmó acertadamente el Comité de Derechos Humanos, las obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos “no producen ... un efecto horizontal directo como cuestión de derecho internacional”, pero puede haber circunstancias en las que surja la responsabilidad del Estado como resultado de que los Estados “permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar ... el daño causado por actos de personas o entidades privadas”²⁴².

D. Personas vulnerables

84. Determinados grupos de personas merecen atención especial con arreglo al derecho internacional a causa de su vulnerabilidad a los efectos de la contaminación y degradación atmosféricas. Entre ellos cabe citar a los pueblos indígenas, las personas que viven en pequeños países en desarrollo insulares y de baja altitud, las mujeres, los niños y las personas de edad y las personas con discapacidad. Según los datos más recientes publicados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en septiembre de 2016, alrededor de 6,5 millones de muertes al año (el 11,6% de todas las muertes en el mundo) pueden atribuirse a la contaminación atmosférica, y los mayores aumentos se registran en las zonas urbanas de los países de bajos ingresos²⁴³. En respuesta a ello, los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por la Asamblea General en su Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se ocupan de la contaminación atmosférica en los Objetivos 3.9 y 11.6, en los que se pide, en particular, una reducción sustancial del número de muertes y enfermedades causadas por la contaminación atmosférica, y una atención especial a la calidad del aire en las ciudades²⁴⁴.

²⁴¹ A. A. Cançado Trindade, “The contribution of international human rights law to environmental protection, with special reference to global environmental change”, en *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions*, E. Brown Weiss, ed. (Tokio, Dependencia de publicaciones de la Universidad de las Naciones Unidas, 1992), págs. 244 a 314, en especial págs. 272 y 280.

²⁴² Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, suplemento Núm. 40 (A/59/40)*, vol. I, anexo III, Observación general núm. 31 (2004) sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, párr. 8.

²⁴³ OMS, *Ambient Air Pollution: A Global Assessment of Exposure and Burden of Disease* (Ginebra, 2016). Véanse también OMS, “Burden of disease from the joint effects of household and ambient air pollution for 2012” (Ginebra, 2014); Resolución 1/7 (2014) de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, relativa al fortalecimiento de la función del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en la promoción de la calidad del aire, UNEP/EA.1/10, anexo I; Resolución WHA68.8 de la Asamblea Mundial de la Salud, de 26 de mayo de 2015, relativa a la salud y medio ambiente: impacto sanitario de la contaminación del aire; y J. Lelieveld y otros, “The contribution of outdoor air pollution sources to premature mortality on a global scale”, *Nature*, vol. 525, núm. 765 (2015), págs. 367 a 371.

²⁴⁴ Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015; véase B. Lode, P. Schönberger y P. Toussaint, “Clean air for all by 2030? Air quality in the 2030 Agenda and in international law”, *Review of European, Community and International Environmental Law*, vol. 25, núm. 1 (2016), págs. 27 a 38. Véanse también los indicadores de esas metas especificados

85. La OMS también ha señalado que: “todas las poblaciones se verán afectadas por el cambio climático, pero los riesgos iniciales para la salud varían considerablemente, dependiendo de dónde y cómo vive la población. Las personas que viven en los pequeños Estados insulares en desarrollo y otras regiones costeras, megalópolis y regiones montañosas y polares son particularmente vulnerables en distintas formas. Se prevé que los efectos para la salud sean más graves para las personas de edad y las personas con dolencias o enfermedades preexistentes”. También deben incluirse aquí las personas con discapacidad. La OMS observó además que: “los grupos que probablemente tendrían que asumir la mayor parte de los costos importantes de la carga de morbilidad resultante son los niños y los pobres, especialmente las mujeres²⁴⁵. Las principales enfermedades a las que más afecta el cambio climático (diarrea, enfermedades transmitidas por vectores como la malaria, e infecciones relacionadas con la desnutrición) son más graves en los niños que viven en la pobreza²⁴⁶”.

Así, por ejemplo, en los últimos años el Grupo Banco Mundial se ha centrado en la elaboración de políticas en apoyo de las personas más vulnerables al cambio climático. De conformidad con su Plan de Acción relativo al Cambio Climático, los grupos sumamente vulnerables son las personas más pobres (quienes no tienen acceso a los servicios de infraestructura básicos y la protección social), los niños, las mujeres y las personas de edad, las personas con discapacidad, las poblaciones indígenas, los refugiados y los migrantes y las personas que viven en zonas sumamente vulnerables como las islas pequeñas y los deltas de los ríos²⁴⁷.

86. Aparte de la limitada práctica convencional y los escasos instrumentos de derecho blando, la condición jurídica de los pueblos indígenas aún no está suficientemente asentada en el derecho internacional²⁴⁸. No obstante, como se declaró en el Informe de la Cumbre Mundial de los Pueblos Indígenas sobre el Cambio Climático, “los pueblos indígenas son los más vulnerables a los efectos del cambio climático porque viven en las zonas más afectadas por el cambio climático y

en 2016 (3.9.1: Tasa de mortalidad atribuida a la contaminación de los hogares y del aire ambiente; y 11.6.2: niveles medios anuales de partículas finas en las ciudades).

²⁴⁵ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer tiene un programa sobre las “dimensiones de la reducción del riesgo de desastres y el cambio climático relacionadas con el género”; véase www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx (consultado el 20 de febrero de 2017).

²⁴⁶ OMS, *Protecting Health from Climate Change: Connecting Science, Policy and People* (Ginebra, 2009), pág. 2.

²⁴⁷ Plan de Acción relativo al Cambio Climático del Grupo Banco Mundial, 7 de abril de 2016, párr. 104, puede consultarse en <http://pubdocs.worldbank.org/en/677331460056382875/WBG-Climate-Change-Action-Plan-public-version.pdf> (consultado el 20 de febrero de 2017).

²⁴⁸ En la resolución 61/295 de la Asamblea General, de 13 de septiembre de 2007, titulada “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” no se definen los “pueblos indígenas”, y se deja la cuestión para su desarrollo posterior. La autoidentificación del grupo se considera un elemento esencial para determinar su situación y alcance. Véase R. L. Barsh, “Indigenous peoples”, en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Brunée y E. Hey, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2007), págs. 829 a 852; B. Kingsbury, “Indigenous peoples”, en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. V, págs. 116 a 133; H. A. Strydom, “Environment and indigenous peoples”, en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. III, págs. 455 a 461.

suelen ser los más desfavorecidos socioeconómicamente”²⁴⁹ y, por lo tanto, no cabe duda de que deben incluirse en las categorías de personas a las que ha de protegerse especialmente contra los efectos de la degradación atmosférica.

E. Generaciones futuras

87. Como se puso de relieve en el proyecto de directriz 6 aprobado provisionalmente en 2016, y en el tercer informe del Relator Especial²⁵⁰, la utilización equitativa y razonable de la atmósfera debería también tener en cuenta los intereses de las generaciones futuras de la humanidad. Se considera necesario poner de relieve los intereses de las generaciones futuras en el contexto de la protección de los derechos humanos. Esta obligación intergeneracional ya se expresó en el principio 1 de la Declaración de Estocolmo (“solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras”) y en el concepto mismo de desarrollo sostenible tal como se formuló en el Informe Brundtland de 1987 (“desarrollo sostenible es aquel que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”)²⁵¹ así como en el Preámbulo de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (“satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras”). También se refleja en el artículo 4 de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (que reconoce “la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras” el patrimonio cultural y natural); en el artículo 3, párrafo 1, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (“Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras”), en el Preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica, y en otros tratados posteriores, como el artículo 4 vi) de la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos (las partes se esforzarán “en evitar acciones cuyas repercusiones razonablemente previsibles en las generaciones futuras sean mayores que las permitidas para la generación presente”). La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva de 1996 sobre las *Armas nucleares*, señaló que “es imperativo que la Corte tenga en cuenta las características peculiares de las armas nucleares, y en particular su capacidad para ... perjudicar a las generaciones venideras”²⁵²; y el Magistrado Weeramantry, en su opinión disidente, consideró que “los derechos de las futuras generaciones han sobrepasado la fase en que eran

²⁴⁹ Informe de la Cumbre Mundial de los Pueblos Indígenas sobre el Cambio Climático, 20 a 24 de abril de 2009, Anchorage, Alaska, pág. 12, puede consultarse en www.un.org/ga/president/63/letters/globalsummitoncc.pdfearch %27 (consultado el 20 de febrero de 2017).

²⁵⁰ A/CN.4/692, párrs. 69 a 78. Véase también la sugerencia de Malasia, durante el debate sobre el tema en la Sexta Comisión en octubre de 2016, de que se siguieran examinando los factores que habrían de evaluarse para equilibrar los intereses de las generaciones presentes y futuras (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 26ª sesión (A/C.6/71/SR.26)*, párr. 67).

²⁵¹ “Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: nota del Secretario General” (A/42/427), anexo, cap. 2, párr. 1.

²⁵² *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial pág. 244, párr. 36.

simplemente derechos en estado embrionario pugnando por ser reconocidos. Se han incorporado al derecho internacional”²⁵³.

88. Si bien no hay titulares de derechos presentes legitimados para invocar las obligaciones así contraídas, se ha sugerido en la doctrina que podría exigir el cumplimiento de los derechos que entrañan un “tutor” o representante de las generaciones futuras²⁵⁴. En cuanto a la protección de la atmósfera en particular, sí se han adoptado recientemente decisiones en tribunales nacionales de varios países en las que se defendían los derechos humanos de los menores, representados por tutores, a impugnar la acción (o la inacción) gubernamentales en esta esfera²⁵⁵. En algunos de esos procedimientos se concedió la legitimación activa sobre la base de lo que se denomina la “doctrina del fideicomiso público”²⁵⁶, haciendo a los Gobiernos responsables como fideicomisarios de la gestión de los recursos ambientales comunes²⁵⁷. Sin embargo, dado que no existen aún decisiones de tribunales internacionales que confieran derechos consuetudinarios intergeneracionales de este tipo²⁵⁸, el Comité de Redacción, en el 68º periodo de sesiones de la Comisión, optó por el término “intereses” en lugar de “beneficio” en el proyecto de directriz 6²⁵⁹. En consecuencia, en el párrafo 4 del proyecto de nueva directriz 12 que figura más abajo se emplean términos similares.

²⁵³ *Ibid.*, en especial pág. 455.

²⁵⁴ E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Tokio, Dependencia de publicaciones de la Universidad de las Naciones Unidas, 1989), pág. 96; M. Bruce, “Institutional aspects of a charter of the rights of future generations”, en *Our Responsibilities Towards Future Generations*, S. Busuttill y otros, eds. (Malta, UNESCO y Fundación de Estudios Internacionales, Universidad de Malta, 1990), págs. 127 a 131; T. Allen, “The Philippine children’s case: recognizing legal standing for future generations”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6 (1994), págs. 713 a 741, donde se hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de Filipinas en *Minors Oposa et al. v. Factoran* (30 de julio de 1993), *International Legal Materials*, vol. 33 (1994), págs. 173 a 206.

²⁵⁵ Con respecto a las causas relativas a los “fideicomisos atmosféricos en favor de los niños” resueltas o aún pendientes en varios tribunales estatales y federales de los Estados Unidos, véase M. C. Wood y C. W. Woodward, IV, “Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last”, *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6 (2016), págs. 634 a 684. Para una causa similar pendiente actualmente ante el Tribunal Supremo del Pakistán, véase *Rabab Ali v. Federation of Pakistan*, resumen disponible en www.ourchildrenstrust.org/pakistan (consultado el 20 de febrero de 2017).

²⁵⁶ Véanse C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester, Manchester University Press, 1999); K. Coghill, C. Sampford y T. Smith, eds., *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust* (Londres, Routledge, 2012); M. C. Blumm y M. C. Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, segunda ed. (Durham, Carolina del Norte, Carolina Academic Press, 2015); K. Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015).

²⁵⁷ En una sentencia histórica, el 13 de diciembre de 1996, el Tribunal Supremo de la India declaró que la doctrina del fideicomiso público era “derecho nacional”; *M. C. Mehta v. Kamal Nath and others*, (1997) 1 Supreme Court Cases 388, impreso de nuevo en C. O. Okidi, ed., *Compendium of Judicial Decisions in Matters Related to Environment: National Decisions*, vol. I (Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1998), pág. 259. Véase J. Razzaque, “Application of public trust doctrine in Indian environmental cases”, *Journal of Environmental Law*, vol. 13, núm. 2 (2001), págs. 221 a 234.

²⁵⁸ C. Redgwell, “Intra- and inter-generational equity”, en *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, C. P. Carlarne, K. R. Gray y R. G. Tarasofsky, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 185 a 201, en especial pág. 198.

²⁵⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, pág. 316, comentario sobre el proyecto de directriz 6, párr. 3).

F. Problemas de procedimiento: aplicación extrajurisdiccional****

89. El problema más interesante en la interrelación entre el derecho relativo a la atmósfera y el derecho de los derechos humanos es la falta de conexión en su aplicación. Mientras que el derecho relativo a la atmósfera ha de aplicarse no solo a los Estados de las víctimas sino también a los Estados de origen de los daños, el alcance de la aplicación de los tratados de derechos humanos se limita a las personas sujetas a la jurisdicción del Estado (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)²⁶⁰. Puesto que la mayor parte de la jurisprudencia y las decisiones examinadas más arriba se referían a casos de contaminación atmosférica intrafronteriza en los que los demandantes interponían sus demandas contra sus propios Estados, no había ningún problema en reconocer las obligaciones positivas de los Estados de hacer frente a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica en el contexto de los tratados de derechos humanos pertinentes. En cambio, cuando una actividad perjudicial para el medio ambiente en un Estado infringe un derecho de personas de otro Estado, el caso pasa a ser una cuestión de aplicación extrajurisdiccional y, por tanto, una situación que normalmente los tratados de derechos humanos no pueden afrontar. En otras palabras, los tratados de derechos humanos no pueden aplicarse extrajurisdiccionalmente al Estado de origen de los presuntos daños ambientales. Esta es la mayor dificultad para hacer frente a los problemas ambientales por conducto de los tratados de derechos humanos.

90. ¿Cómo sería posible superar esta dificultad? Una manera podría ser recurrir al objeto y fin de los tratados de derechos humanos. Cabe señalar que la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*, declaró: “si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y el fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parece lógico que, aunque así sea, los Estados que son parte en el Pacto están obligados a cumplir sus disposiciones”²⁶¹. Si el objeto y fin fundamentales de los tratados de derechos humanos son proteger los derechos humanos sobre la base del principio de no discriminación, no es razonable llegar a la conclusión de que el derecho internacional de los derechos humanos no se aplica a la contaminación atmosférica transfronteriza o la degradación mundial y que el derecho solo puede ofrecer protección a las víctimas de contaminación intrafronteriza. El principio de no discriminación exige que el Estado responsable trate esa contaminación o degradación de un modo que no sea distinto del que aplica a la contaminación nacional²⁶². En el mismo sentido, otra forma posible de resolver la dificultad consistiría en recurrir al criterio de “consecuencia necesaria y previsible”. El Comité de Derechos Humanos examinó el ámbito jurisdiccional de la aplicación de los instrumentos de derechos humanos respectivos en los casos de extradición por

**** La expresión aplicación “extrajurisdiccional” de un tratado se utiliza aquí para diferenciarla de la aplicación “extraterritorial” de una legislación nacional.

²⁶⁰ A. Boyle, “Human rights and the environment: where next?”, *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 3 (2012), págs. 613 a 642, en especial págs. 633 a 641.

²⁶¹ *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 179, párr. 109.

²⁶² Boyle, “Human rights and the environment ...” (véase la nota 260), págs. 639 y 640.

un Estado a otra jurisdicción donde el prófugo se enfrentaba a la pena de muerte (*Joseph Kindler c. Canadá*). El Comité de Derechos Humanos afirmó, sin embargo, que “si un Estado parte adopta una decisión relativa a una persona dentro de su jurisdicción, y la consecuencia necesaria y previsible es que los derechos de esa persona conforme al Pacto serán violados en otra jurisdicción, el propio Estado parte puede incurrir en una violación del Pacto”²⁶³. Esto podría considerarse una forma de no discriminación en el derecho de los derechos humanos. El mismo principio ha sido confirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un intento por superar la dificultad de la aplicación extrajurisdiccional de los tratados de derechos humanos²⁶⁴.

91. Otra vía para superar la dificultad jurisdiccional de los tratados de derechos humanos puede ser reconocer que las normas sustantivas de derechos humanos relativas a la protección de la atmósfera, como los derechos a la vida y a la propiedad, ya han cristalizado como derecho internacional consuetudinario. Dado que el derecho internacional consuetudinario puede aplicarse sin limitación jurisdiccional, las normas pertinentes de derechos humanos también pueden aplicarse a cualquier Estado, incluidos el Estado del autor y el Estado de la víctima. De hecho, muchas de las normas de derechos humanos ya están reconocidas como normas establecidas o emergentes de derecho internacional consuetudinario²⁶⁵. Si

²⁶³ *Kindler c. el Canadá*, Comunicación núm. 470/1991, dictamen aprobado el 30 de julio de 1993, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/48/40)*, anexo XII, sec. U, párr. 6.2. El autor era un prófugo que había sido declarado culpable de asesinato y secuestro y condenado a la pena de muerte en los Estados Unidos en 1983. Huyó al Canadá en 1984. El Canadá lo detuvo y encarceló en 1985 y lo extraditó a los Estados Unidos; por ello, él alegó que el Canadá había violado determinados derechos garantizados en el Pacto. El Canadá sostenía que el autor no podía considerarse víctima en la jurisdicción del Canadá, puesto que ya había sido extraditado a los Estados Unidos y, por consiguiente, ya estaba fuera de su jurisdicción. Los criterios de “riesgo necesario y previsible” o “riesgo real” o “prever razonablemente” han sido empleados sucesivamente por el Comité de Derechos Humanos al aplicar el Pacto extrajurisdiccionalmente frente a una extradición: *Kindler c. el Canadá*, *ibid.*, párrs. 6.2 y 13.2; *Chitat Ng c. el Canadá*, Comunicación núm. 469/1991, dictamen aprobado el 5 de noviembre de 1993, *ibid.*, *cuadragésimo noveno período de sesiones (A/49/40)*, anexo IX, secc. CC, párr. 7; *Cox c. el Canadá*, Comunicación núm. 539/1993, dictamen aprobado el 31 de octubre de 1994, *ibid.*, *quincuagésimo período de sesiones*, anexo X, secc. M, párr. 16.1; *A. R. J. c. Australia*, Comunicación núm. 692/1996, dictamen aprobado el 28 de julio de 1997, *ibid.*, *quincuagésimo segundo período de sesiones (A/52/40)*, anexo VI, secc. T., párr. 4.1; *Judge c. el Canadá*, Comunicación núm. 829/1998, dictamen aprobado el 5 de agosto de 2003, *ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones (A/58/40)*, anexo V, secc. G., párr. 10.4; *Esposito c. España*, Comunicación núm. 1359/2005, decisión adoptada el 20 de marzo de 2007, *ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones (A/62/40)*, anexo VIII, secc. P, párr. 7.5; *Munaf c. Rumania*, Comunicación núm. 1539/2006, dictamen aprobado el 30 de julio de 2009, *ibid.*, *sexagésimo cuarto período de sesiones (A/64/40)*, anexo VII, secc. LL, párr. 4.14.

²⁶⁴ El criterio del “riesgo real” es utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su aplicación extrajurisdiccional del Convenio frente a la extradición. Véanse *Soering v. the United Kingdom*, 7 de julio de 1989, serie A, núm. 161, párr. 4; *Chahal v. the United Kingdom*, 15 de noviembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-V*, párr. 68; *Saadi v. Italy* [Gran Sala], núm. 37201/06, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008.

²⁶⁵ B. Simma y P. Alston, “Sources of human rights law: custom, jus cogens and general principles”, *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988), págs. 82 a 108. V. Dimitrijevic, “Customary law as an instrument for the protection of human rights”, Working Paper, núm. 7 (Milán, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale (ISPI), 2006); B. Simma, “Human rights in the International Court of Justice: Are we witnessing a sea change?”, en *Unity*

las normas pertinentes de derechos humanos son reconocidas como tales, se considerará que se solapan con las normas ambientales, como la diligencia debida (proyecto de directriz 3), la evaluación del impacto ambiental (proyecto de directriz 4), la utilización sostenible (proyecto de directriz 5) y la utilización equitativa y razonable (proyecto de directriz 6), entre otras, lo que permitiría interpretar y aplicar ambas normas de manera armoniosa.

92. Sobre la base de lo expuesto, se propone el siguiente proyecto de directriz 12:

Proyecto de directriz 12: Interrelación del derecho relativo a la protección de la atmósfera con el derecho de los derechos humanos

- 1. Los Estados deben hacer todo lo posible por formular, interpretar y aplicar las normas internacionales de derechos humanos de manera que se apoyen mutuamente con las normas del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera, con miras a proteger eficazmente la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.**
- 2. Los Estados deben hacer todo lo posible por cumplir con las normas internacionales de derechos humanos al formular, interpretar y aplicar las normas y recomendaciones pertinentes para la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, en particular en lo que respecta a los derechos humanos de los grupos vulnerables de la población, incluidos la población indígena, la población de los países en desarrollo menos adelantados, y las mujeres, los niños y los ancianos, así como las personas con discapacidad.**
- 3. Los Estados deben tomar en consideración, al elaborar e interpretar y aplicar las normas pertinentes del derecho internacional, los efectos del aumento del nivel del mar en los pequeños Estados insulares de baja altitud, en particular en las cuestiones relativas a los derechos humanos y la migración.**
- 4. Los Estados también deben tener en cuenta los intereses de las generaciones futuras de la humanidad en la conservación a largo plazo de la calidad de la atmósfera.**

V. Conclusión

93. En el presente informe se ha tratado de demostrar que el derecho relativo a la protección de la atmósfera existe y funciona en la interrelación con otras esferas pertinentes del derecho internacional, sobre todo el derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, el derecho del mar y el derecho de los derechos humanos. Estas son las esferas que tienen vínculos intrínsecos con el derecho relativo a la atmósfera y, como tales, es evidente que deben tratarse de manera integrada en el ámbito del presente tema.

and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy, D. Alland y otros, eds. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2014), págs. 711 a 737; H. Thirlway, "International law and practice. Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues," *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), págs. 495 a 506.

94. El siguiente informe, en 2018, se ocupará de: a) la aplicación (en el plano de la legislación nacional); b) el cumplimiento (en el plano del derecho internacional); y c) las características específicas de la solución de controversias relacionadas con el derecho relativo a la protección de la atmósfera, con lo que se espera concluir la primera lectura del tema.
