

en función del grado de soberanía o jurisdicción ejercida sobre ellas por el Estado ribereño. Por consiguiente, hay que abordar la protección de la atmósfera diferenciando la atmósfera que está sujeta a la soberanía o el control de un Estado de la que no lo está. Esa distinción requerirá enmendar los proyectos de directriz 1 (Términos empleados) y 3 (Condición jurídica de la atmósfera).

19. Pasando a examinar el proyecto de directriz 1, el orador dice que, si bien es necesario adoptar una definición jurídica práctica que se corresponda con la definición científica de la atmósfera, limitar arbitrariamente aquella a la troposfera y la estratosfera le suscita dudas, aunque sea en esas capas donde tienen lugar predominantemente la contaminación del aire, el agotamiento de la capa de ozono y el cambio climático. Si se limita la definición de la atmósfera a las dos capas inferiores, se reducirá considerablemente la altitud a la que los Estados pueden ejercer la soberanía o el control sobre el aire que está situado o circula sobre su territorio y sus zonas marítimas.

20. También le suscita dudas la expresión «capa de gases», que podría acarrear un debate sobre lo que se entiende por «capa» y «gases», y expresa su preferencia por el término «envoltura gaseosa». Las tres cuestiones internacionales básicas de la contaminación del aire, el agotamiento de la capa de ozono y el cambio climático también deberían definirse en el proyecto de directrices, si bien hay que velar por no interferir en las negociaciones políticas pertinentes.

21. En cuanto al proyecto de directriz 2, sobre el ámbito de aplicación de las directrices, el orador manifiesta que la naturaleza de la contaminación atmosférica requiere un mayor análisis. Se debe aclarar, en términos jurídicos, que el lugar de origen o la causa de la contaminación es diferente del lugar en el que se sienten sus efectos. El movimiento en la atmósfera transporta rápidamente los agentes contaminantes por todo el planeta, lejos de sus fuentes originales, y su acumulación tiene efectos nocivos para la atmósfera. Sin embargo, a menudo resulta imposible determinar claramente las causas y las fuentes originales de la degradación de la atmósfera. Por ello, la protección de la atmósfera debe formularse desde el punto de vista de la restricción de las sustancias peligrosas, tal y como se hace en las convenciones vigentes pertinentes.

22. Le resulta difícil al orador suscribir la afirmación que figura en el párrafo 76 del informe según la cual el tema del proyecto de directrices abarcará la introducción de energía en la atmósfera. Ello plantea la cuestión de la contaminación radiactiva y los límites a las emisiones radiactivas, algo que ya se rige por las leyes nacionales, los documentos internacionales y los ocho protocolos del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, citado en la última nota del párrafo 76 del primer informe.

23. El proyecto de directriz 3 (Condición jurídica de la atmósfera) resulta igualmente difícil de aceptar. A juicio del orador, la condición jurídica de la atmósfera situada siquiera temporalmente sobre el territorio o el mar territorial de un Estado es completamente diferente de la de la atmósfera sobre la alta mar o sobre la zona de la Antártida. Esta última podría considerarse, quizás, una «preocupación común de la humanidad», pero no se puede

decir lo mismo de la atmósfera sobre el territorio de un Estado, que está bajo el control de ese Estado. Para seguir el régimen jurídico del derecho del mar, a los efectos de su condición jurídica, la atmósfera debería dividirse en la atmósfera en el espacio aéreo de un Estado y la atmósfera fuera de dicho espacio aéreo. Además, no está claro cómo se podrían establecer estándares jurídicos internacionales con respecto a una «preocupación común de la humanidad»; ello equivaldría seguramente a un desarrollo progresivo del derecho internacional.

24. Aunque indudablemente es necesario un marco jurídico que abarque toda la variedad de problemas ambientales relacionados con la atmósfera de manera sistemática, la protección de la atmósfera plantea claramente muchas cuestiones políticas y técnicas difíciles.

Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación**)

[Tema 1 del programa]

25. El Sr. SABOIA (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados está integrado por el Sr. Hmoud, el Sr. Kamto, el Sr. Kittichaisaree, el Sr. Murphy, el Sr. Park, el Sr. Vázquez-Bermúdez, el Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood, el Sr. Nolte (Relator Especial) y el Sr. Tladi (*ex officio*).

Se levanta la sesión a las 10.45 horas.

3211ª SESIÓN

Martes 27 de mayo de 2014, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Cafilisch, Sr. Candiotti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Protección de la atmósfera (*continuación*) (A/CN.4/666, cap. II, secc. I, A/CN.4/667)

[Tema 11 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del primer informe del Relator Especial sobre la protección de la atmósfera (A/CN.4/667).

* Reanudación de los trabajos de la 3200ª sesión.

2. El Sr. MURPHY dice que la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión, lejos de recibir un apoyo decidido y general en la Sexta Comisión, suscitó reacciones encontradas. Algunos Estados se opusieron frontalmente y muchos insistieron en la necesidad de respetar las condiciones del examen del tema que se habían acordado oficiosamente en 2013. En cambio, el primer informe del Relator Especial parece alejarse de la letra y el espíritu de ese acuerdo, que en modo alguno dice que la Comisión deba evitar interferir únicamente en «negociaciones políticas *en curso*» y que excluye claramente el análisis de determinadas cuestiones. Asimismo, las condiciones estipuladas, aun cuando no mencionen expresamente el derecho internacional consuetudinario, no se refieren solo a los regímenes convencionales, sino más bien al conjunto de las fuentes del derecho internacional.

3. A pesar de que el proyecto *no* debe tratar de «llenar» lagunas en los regímenes convencionales, el informe del Relator Especial parece asignarle precisamente como objetivo, en los párrafos 12, 13 y 15 de su primer informe, enumerar y llenar las lagunas de los tratados mediante la determinación de principios y normas jurídicos. De la misma manera, siendo así que el proyecto de directrices no debe «pretend[er] imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos»¹¹⁶, en el párrafo 13 del informe se prevé «formular directrices adecuadas para la armonización y la coordinación con otros regímenes convencionales», lo que equivaldría a completar un régimen con normas y principios de otro. El principio de precaución y diversas otras cuestiones, relativas especialmente a la responsabilidad, que debían descartarse del proyecto, se abordan sin embargo en el informe. Por ejemplo, en el párrafo 39, se afirma que las enmiendas de Londres¹¹⁷ al Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono reforzaron el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, a pesar de que los redactores de dicho instrumento evitaron mencionar expresamente dicho principio. Asimismo, en el párrafo 40, la descripción de los compromisos contraídos en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático lleva a crear, erróneamente, que únicamente los países desarrollados tienen adquirido el compromiso de reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero, lo que podría percibirse como una toma de posición de la Comisión respecto a cuestiones que se están negociando.

4. En lo que se refiere a la metodología adoptada, los proyectos de directriz y una parte del informe no se fundan ni en el derecho convencional, ni en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia, sino en las opiniones de las organizaciones no gubernamentales o en la doctrina. Ahora bien, en principio, la Comisión se centra en la aceptación, o no, por los Estados de una regla como derecho. Por ejemplo, las recomendaciones formuladas en el taller celebrado en Gotemburgo (Suecia) en junio de 2013 en relación con las futuras estrategias internacionales respecto de la contaminación del aire¹¹⁸, de las

que los Estados partes en el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia se limitaron a tomar nota¹¹⁹, no pueden justificar por sí solas la afirmación según la cual el nivel de las expectativas depositadas en la Comisión por la comunidad internacional es particularmente elevado en el caso del tema que se examina, y menos aún teniendo en cuenta que 50 Estados y la Unión Europea han discrepado de esta afirmación. Conviene asimismo analizar con prudencia los diferentes instrumentos jurídicos no vinculantes citados en el informe como fuentes importantes para determinar la *opinio iuris*, puesto que, si los Estados no atribuyeron carácter preceptivo a la mayoría de ellos, fue por considerar que, por un lado, no se encontraban ante obligaciones jurídicas y que, por otro lado, esos instrumentos elaborados para responder a problemas precisos no enuncian en modo alguno normas generales de derecho internacional.

5. Como ha señalado el Sr. Kittichaisaree, la definición de la atmósfera propuesta en el proyecto de directriz 1 parece incompleta, puesto que excluye sin explicaciones determinadas capas atmosféricas. Además, la presencia de «sustancias transportadas» no permite caracterizar la atmósfera, ya que también se encuentran en el espacio ultraterrestre. Así pues, la atmósfera se define por la simple constatación de que su delimitación se corresponde con el límite superior de la estratosfera, más allá de la cual comienza el espacio ultraterrestre, mientras que este, incluida su delimitación, queda excluido expresamente del proyecto en virtud del entendimiento alcanzado en 2013. Además, es imposible disociar los conceptos de atmósfera y de espacio aéreo —este es por definición un espacio en el que hay «aire» y sin «atmósfera» no hay «aire»— de modo que la definición propuesta puede interpretarse implícitamente en el sentido de que el espacio aéreo de un Estado acaba a 50 kilómetros de altitud. Asimismo, dado que los instrumentos convencionales sobre cuestiones relativas a la atmósfera no incluyen ninguna definición de este término, cabe preguntarse si resulta oportuno introducir una definición, cuanto más que las convenciones sobre el derecho del mar se abstienen de definir el mar. Por último, tal definición podría producir efectos adversos si se estableciera alguna relación con los regímenes convencionales existentes; además, su vínculo con el concepto de capa limítrofe del planeta, que figura en el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, no es nada obvio.

6. El proyecto de directriz 2 propone un ámbito de aplicación de las directrices que parece de entrada demasiado amplio, puesto que se refiere a todas las actividades humanas que alteren la composición de la atmósfera, lo que incluye el simple hecho de respirar, además de que, como ha mencionado el Sr. Park, las actividades en cuestión deben tener un efecto transfronterizo para quedar incluidas en el ámbito de aplicación del derecho internacional. Sin embargo, el ámbito de aplicación del proyecto se limita ulteriormente a las actividades que tengan repercusiones en el medio atmosférico terrestre en su conjunto, lo que supondría que las directrices solo se refieren a «problemas atmosféricos mundiales», tales como el agotamiento de

¹¹⁶ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168 d.

¹¹⁷ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1598, pág. 469.

¹¹⁸ P. Grennfelt y otros (eds.), *Saltsjöbaden V—Taking International Air Pollution Policies into the Future, Gothenburg 24-26 June 2013*,

Copenhagen, Nordic Council of Ministers, 2013, págs. 11 y ss.; disponible en línea en la siguiente dirección: www.saltsjobaden5.ivl.se/download/18.372c2b801403903d275747b/1383119195373/Saltsjobaden+V.pdf.

¹¹⁹ Véase ECE/EB.AIR/122, párr. 18.

la capa de ozono y el cambio climático. Además, el apartado *b* del proyecto de directriz 2 contraviene el entendimiento de 2013, que da preeminencia a la elaboración de directrices para evitar que se definan nuevos principios jurídicos. Por último, una disposición dedicada a esta cuestión no es indispensable, pero, de mantenerse, deberá reflejar la delimitación preliminar del proyecto tal como se desprende del entendimiento de 2013.

7. El proyecto de directriz 3 incluye elementos que, a primera vista, no parecen guardar relación con la condición jurídica de la atmósfera, salvo el concepto, controvertido, de «preocupación común de la humanidad». Este concepto tan solo figura en el preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que versa sobre un problema específico, y no se corresponde en ese instrumento con la «atmósfera» como tal, sino con la preocupación suscitada por los «efectos adversos de los cambios del clima de la Tierra». Ahora bien, como ha dicho el Sr. Park, la protección de un recurso natural no se ha considerado nunca como una «preocupación común de la humanidad». Este concepto no figura en ninguna de las convenciones sobre la atmósfera ni en ninguno de los regímenes elaborados desde entonces. El uso del concepto de «preocupación común» aplicado a la atmósfera en su conjunto se basa, en el informe, en una única referencia doctrinal, que, por lo demás, propone tres interpretaciones y subraya la novedad del concepto en derecho internacional. Otros trabajos doctrinales, que parecen haber servido igualmente de inspiración al Relator Especial, asocian a este concepto un contenido y unos efectos variables, que van de la responsabilidad jurídica de prevenir los menoscabos a un recurso natural (¿se trataría entonces de que los Estados previnieran todo tipo de emisión, fuera cual fuese, para proteger la atmósfera?) a derechos y deberes impuestos a los Estados, y por qué no a las personas, con el fin de garantizar la protección de la atmósfera mediante acciones individuales o colectivas, incluido por vía judicial, y hasta a una obligación general de solidaridad medioambiental entre Estados industrializados y Estados en desarrollo.

8. Aunque, en el párrafo 89 de su primer informe, el Relator Especial estima que el concepto de preocupación común puede llevar a la formulación de obligaciones exigibles *erga omnes*, el asunto relativo a la *Fundición de Trail* muestra que la contaminación atmosférica no da lugar necesariamente a la violación de obligaciones *erga omnes*, en particular cuando permanece localizada. Además, como recordó el Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, si bien ciertas obligaciones de derecho internacional son *erga omnes*, en lo esencial ese derecho se basa en las relaciones bilaterales entre Estados¹²⁰. Cabe señalar igualmente que las obligaciones *erga omnes* mencionadas en el *obiter dictum* del asunto *Barcelona Traction* conciernen a los derechos fundamentales, en particular la agresión o el genocidio, con los que la obligación de no contaminar la atmósfera es difícilmente comparable.

¹²⁰ Véase el informe del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional (A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1]), mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58º período de sesiones (2006). El texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte).

El informe no precisa qué consecuencias se derivarían de esa obligación, según los artículos sobre la responsabilidad del Estado, si se considerara *erga omnes*. Por ello, no es conveniente adoptar el concepto de «preocupación común», que, como ha dicho el Sr. Kittichaisaree, no está establecido en derecho internacional y podría resultar peligroso si la idea que lo sustenta es la de una *actio popularis* en caso de incumplimiento de los plazos y objetivos fijados en el marco de los trabajos sobre el cambio climático.

9. El orador no es partidario, en esta etapa de los trabajos, de remitir el proyecto de directriz 3 al Comité de Redacción. Estima que la Comisión debería enfocar el proyecto de directrices desde otra perspectiva, basada en la práctica de los Estados, y concebirlo para los encargados de la formulación de políticas cuando tuvieran que lidiar con problemas relacionados con la atmósfera. Así, un proyecto de directriz podría recordar que la práctica de los Estados pone de manifiesto que estos cooperan en estas cuestiones y que sería conveniente que perseveraran en esta vía; otro proyecto podría precisar que un amplio conjunto de tratados bilaterales, regionales y universales, así como otros instrumentos, que podrían enumerarse en el comentario, dan buena prueba de dicha cooperación y contribuyen a coordinar las actividades de los Estados; un tercer proyecto de directriz podría señalar la existencia de diferentes modelos de regímenes convencionales, especialmente el de las convenciones marco completadas con protocolos, y el comentario podría proponer un análisis de las técnicas utilizadas. Estos diferentes tipos de «indicadores de la práctica» permitirían a los Estados asimilar las técnicas empleadas en los regímenes actuales para aplicarlas a los nuevos regímenes. *A contrario*, un enfoque único del tema que presuponga, erróneamente, que todos los problemas relacionados con la atmósfera son de la misma naturaleza y cuyo objeto sea elaborar normas jurídicas uniformes para armonizar regímenes dispares será necesariamente una fuente de dificultades. Por ello, el orador propone que se constituya un grupo de trabajo que se encargue, en una etapa ulterior de los trabajos de la Comisión, de ayudar al Relator Especial a elaborar estas directrices, y suscribe la idea de que una hoja de ruta, o un plan general, serviría de útil orientación a la Comisión en su labor.

10. El Sr. NIEHAUS afirma que el Relator Especial pone claramente de manifiesto la importancia de proteger la atmósfera como problema común de la humanidad, por lo que es esencial que la Comisión lo aborde por el bien de las generaciones venideras. El primer informe parece adecuado para aplacar los temores que algunos Estados expresaron en la Sexta Comisión, ya que es manifiesta la voluntad del Relator Especial de abordar el tema desde un ángulo puramente jurídico.

11. Al igual que el Relator Especial, el orador considera útil mencionar las cuestiones de la contaminación atmosférica transfronteriza o del agotamiento de la capa de ozono y el cambio climático, en la medida en que no son objeto de negociaciones políticas en estos momentos. Además, en el informe se recuerda acertadamente que el objetivo no es tanto buscar culpables o responsables, sino posibles mecanismos de cooperación internacional para solucionar problemas comunes.

12. En cuanto al proyecto de directriz 1, el orador aprueba la definición propuesta por el Relator Especial, que ha optado por limitarse a las capas inferiores de la atmósfera, es decir, la troposfera y la estratosfera. Algunos miembros consideran que habría que incluir la mesosfera y la termosfera, pero, además de que en ellas el aire es inexistente, esas capas superiores forman parte del espacio ultraterrestre, que está excluido del tema. En la hipótesis, mencionada por el Sr. Kittichaisaree, de que la mesosfera resultase afectada por el cambio climático, ese cambio sería necesariamente natural y no causado por actividades humanas. En cuanto a la jurisdicción o la soberanía, parece imposible hablar en esos términos, ya que la atmósfera es una sustancia en movimiento y en esto se distingue del espacio aéreo, que es una delimitación espacial.

13. El proyecto de directriz 2 precisa que solo el daño causado por las actividades humanas pertenece al ámbito de aplicación del proyecto de directrices. En el apartado *b* alude a la interrelación que existe entre los principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera. Si de lo que aquí se trata es de los vínculos, mencionados en el párrafo 77 del primer informe, entre el derecho de la atmósfera y otras esferas del derecho internacional, esta disposición deberá formularse más claramente. El proyecto de directriz 3 define la condición jurídica de la atmósfera, que el Relator Especial ha optado por determinar remitiéndose al concepto de «preocupación común de la humanidad», utilizado en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y recuerda con acierto que las normas relativas a la condición jurídica del espacio aéreo siguen siendo aplicables.

14. Para concluir, el orador aprueba que los tres proyectos de directriz se remitan al Comité de Redacción y señala a la atención de los miembros dos estudios recientes de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la OMS, que, al poner de relieve el coste humano y material de la contaminación atmosférica, confirman una vez más la importancia del tema examinado.

15. El Sr. TLADI se pregunta, tras leer el primer informe, si queda alguna práctica convencional por estudiar más allá de los límites establecidos en 2013 para el examen del tema. Los principales instrumentos analizados en el informe conciernen a ámbitos por los que se supone que la Comisión no ha de interesarse, como la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, la capa de ozono o el cambio climático. Se excluyen asimismo del tema cuestiones como el principio de precaución y las responsabilidades comunes pero diferenciadas, omnipresentes en el derecho convencional relativo al medio ambiente. Y, como ha señalado el Sr. Park, el mero hecho de definir un concepto tan fundamental, en relación con la protección del medio ambiente, como el agotamiento de la capa de ozono supondría incumplir las condiciones a las que la Comisión ha supeditado sus trabajos. Por ello, resulta evidente que habrá que ver esas condiciones con cierta flexibilidad.

16. Uno de los objetivos definidos por el Relator Especial, en el párrafo 13 del informe, es facilitar la implantación de mecanismos de cooperación para resolver

problemas comunes, cosa que es de agradecer, siempre que no se olviden las obligaciones jurídicas existentes. En cuanto a la identificación de las fuentes del derecho, el Relator Especial afirma, en el párrafo 15, que habrá que distinguir los argumentos de derecho positivo de las «preferencias» de *lex ferenda* que, en la esfera del derecho ambiental internacional, «se introducen a veces de manera subrepticia» en el proceso de interpretación de la *lex lata*. Aunque ese enfoque estrictamente jurídico sea el acertado, ello supone hacer un juicio severo de la interpretación, elemento esencial de la identificación. Además, el propio Relator Especial declara que habrá que empezar por «aclarar el significado y la función de los principios jurídicos existentes», lo que supone cierto grado de interpretación, y prevé también «una reinterpretación» de estos si fuera necesario. En el párrafo 46, el Relator Especial cita la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)* para ilustrar que los argumentos no fundados en el derecho positivo, sino en «preferencias» o prioridades, no son pertinentes; sin embargo, en realidad, la Corte Internacional de Justicia se basó precisamente en el argumento del derecho aplicable para fallar contra Hungría en esta causa. A la inversa, en el párrafo 88 de su primer informe, el Relator Especial afirma que la aplicación del concepto de «preocupación común» al conjunto de los problemas atmosféricos se debería considerar apropiada, cosa que el orador no discute, a pesar de que se trata también de un argumento derivado de preferencias o prioridades, sin un fundamento jurídico sólido. El resumen que hace el Relator Especial de la jurisprudencia internacional en materia de derecho internacional del medio ambiente es muy útil. La causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* resulta de especial interés en el sentido de que la Corte Internacional de Justicia reconoció por primera vez la existencia de una obligación general, no convencional, de realizar estudios de impacto ambiental, sin que, no obstante, analizara todas las condiciones requeridas a este respecto, lo que permite a la Comisión precisar convenientemente esta obligación sin salir de los límites impuestos al examen del tema. El análisis de los principales instrumentos no vinculantes resulta igualmente útil y, con respecto a eso, el orador no comparte el enfoque limitado que defiende el Sr. Murphy. Por ejemplo, la pertinencia del principio de precaución como principio jurídico deriva del hecho de que este principio está presente no solo en los tratados, sino también en numerosos instrumentos no vinculantes o compromisos bilaterales. A este propósito, los principios de equidad, como los principios 9 y 11 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)¹²¹, son dignos de una mayor atención.

17. Pasando a examinar el proyecto de directriz 1, el orador se declara poco convencido de que sea oportuno dar una definición de la atmósfera, al menos en esta fase inicial de los trabajos. En lo que concierne al ámbito de aplicación, definido en el proyecto de directriz 2, la Comisión debería indicar expresamente que la exclusión de determinados principios y conceptos, de conformidad con el conjunto de condiciones a las que ha supeditado el

¹²¹ 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), primera parte, cap. I.

examen del tema, se entiende sin perjuicio del lugar que corresponde a esos principios y conceptos en el derecho internacional. En relación con el proyecto de directriz 3, el Relator Especial debería explicar por qué ha optado por hacer de la protección de la atmósfera una «preocupación común de la humanidad» en vez de recurrir al concepto de «patrimonio común de la humanidad». El hecho de que este concepto implique la explotación de unos recursos que exigiría una «estructura internacional de gran alcance», similar a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, no parece razón suficiente, cuanto más que, en el caso de la atmósfera, se tratará de preservación y no de explotación.

18. Por último, como ha subrayado el Sr. Park, será útil remitirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, especialmente en lo referente a la obligación de evaluar el riesgo para el medio ambiente, ya prevista por dicho instrumento, y la cuestión de la soberanía territorial; si bien es cierto que la atmósfera circula libremente entre las fronteras, lo mismo se puede decir de los océanos, cuya delimitación, por otra parte, ha complicado un poco la gestión.

19. El Sr. HASSOUNA señala que, en su enfoque, el Relator Especial ha respetado escrupulosamente las condiciones fijadas por la Comisión para el examen del tema, condiciones que, por otra parte, le complican considerablemente la labor, puesto que la protección de la atmósfera está estrechamente ligada al cambio climático y a otros ámbitos excluidos. No obstante, vista la falta de normas jurídicas al respecto, el Relator Especial se propone «reinterpretar» los conceptos, principios y normas de derecho existentes; al hacerlo, deberá tener presente el compromiso adquirido por la Comisión de no «llenar las lagunas» de los regímenes convencionales existentes.

20. La definición de la atmósfera propuesta en el proyecto de directriz 1 es demasiado específica y no tiene en cuenta una posible evolución de los conocimientos científicos. Convendría centrarse en el aspecto funcional de la atmósfera (su papel en el transporte y la dispersión de sustancias transportadas por el aire) antes que en su aspecto físico o su delimitación. En el proyecto de directriz 2, varios términos pueden limitar inútilmente el alcance del tema. Así, las actividades humanas enunciadas son las «que [...] introduzcan sustancias nocivas o energía en la atmósfera o que alteren la composición de la atmósfera» y «que tengan [...] efectos adversos sensibles para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra». Ahora bien, estas dos condiciones acumulativas fijan un umbral muy elevado, que excluiría, por ejemplo, las actividades de manipulación de las condiciones atmosféricas mencionadas en el párrafo 74 del informe, puesto que estas persiguen un efecto beneficioso. El término «nocivas» es igualmente problemático, ya que una misma sustancia puede ser nociva o inocua según el lugar donde se encuentre en la atmósfera. Asimismo, el adjetivo «sensibles» se presta a diversas interpretaciones y, en cualquier caso, es demasiado restrictivo, dada la importancia de la atmósfera, para calificar las únicas repercusiones adversas que pueden ser objeto de una reglamentación internacional. Sería preferible definir un ámbito de aplicación lo bastante amplio para abarcar todas las actividades humanas que incidan en

la atmósfera. También habrá que definir el concepto de protección. En el apartado *b* del proyecto de directriz 2, el adjetivo «básicos», que califica a los principios de la protección de la atmósfera, debería precisarse o incluso suprimirse. La última parte de la oración tampoco está clara, tanto más que en el informe se explica que el derecho de la atmósfera está estrechamente vinculado a otras esferas del derecho internacional.

21. La cláusula de salvaguardia del apartado *b* del proyecto de directriz 3 está justificada, dadas las diferencias, explicadas detalladamente en el informe, que existen entre los conceptos de espacio aéreo y de atmósfera. En cambio, el apartado *a* no incluye una definición satisfactoria de la condición jurídica de la atmósfera. En particular, ¿el hecho de que la protección de la atmósfera sea «una preocupación común de la humanidad» comporta obligaciones jurídicas o solo justifica la elaboración de normas internacionales porque esta cuestión excede del dominio reservado del derecho interno? El Relator Especial cree que el concepto de preocupación común dará lugar al reconocimiento de obligaciones *erga omnes* de proteger la atmósfera, pero afirma que es demasiado pronto para deducir que atribuya a todos los Estados un interés jurídico o una legitimidad procesal para actuar en este sentido. Es necesario realizar un análisis más a fondo de la existencia de esos derechos y obligaciones en derecho internacional, no solo para justificar la inclusión de esta disposición, sino también para precisar su significado y reforzar la comprensión de esta. No obstante, se puede remitir el proyecto de directriz 3 al Comité de Redacción, al igual que los proyectos de directriz 1 y 2.

22. Para concluir, el orador afirma que, si bien el tema de la protección de la atmósfera supone sin duda un reto, la Comisión debe velar por que se aborde como un tema *sui generis* sin seguir en exceso los regímenes existentes ni la forma como son tratados otros recursos naturales y dejando la puerta abierta a la evolución científica.

23. El Sr. PETRIČ dice que apoyó que se incluyera la protección de la atmósfera en el programa de la Comisión porque se trata de una cuestión urgente y porque en la actualidad aún queda mucho para que dicha protección esté garantizada en el derecho internacional general. Antes de abordar los proyectos de directriz propiamente dichos, quisiera hacer dos comentarios preliminares. En primer lugar, hay que tener presente en todo momento que la Comisión supeditó la inclusión del tema en su programa a la condición de que el resultado de los trabajos adoptara la forma de proyectos de directriz no vinculantes¹²², lo que obtuvo un amplio respaldo de los Estados en la Sexta Comisión. En segundo lugar, el Relator Especial, cuando afirma que el concepto de «preocupación común de la humanidad», aunque muy arraigado en el derecho internacional del medio ambiente, se aplica igualmente a la protección de la atmósfera, da pruebas de cierta osadía. En la práctica no hay elemento alguno que parezca indicar que los Estados estén dispuestos a aceptar ese concepto, tanto más cuanto que se utiliza en instrumentos relativos al clima o la biodiversidad que nada tienen que ver con la cuestión de la condición jurídica de la atmósfera. Habida cuenta de la inexistencia de una práctica y

¹²² *Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168 d.

de los estrechos vínculos entre los conceptos de espacio aéreo y de atmósfera, a los que es difícil distinguir, las conclusiones que saca el Relator Especial en los párrafos 88 y 89 del informe no son aceptables.

24. En lugar de esforzarse por definir la condición jurídica de la atmósfera aplicando el concepto de «preocupación común de la humanidad», ciertamente importante pero impreciso y susceptible de ser objeto de controversia, la Comisión debería hacer hincapié en la prevención de la contaminación atmosférica mediante la aplicación de las normas existentes del derecho internacional consuetudinario, la Carta de las Naciones Unidas u otros textos. El principio de cooperación está bien consolidado en derecho internacional —la Comisión así lo ha confirmado recientemente en sus trabajos sobre la protección de las personas en casos de desastre— y sin duda se podrían encontrar en la práctica ejemplos que pongan de manifiesto que los Estados, que ya tienen la obligación de cooperar para prevenir el cambio climático o preservar la biodiversidad, también están obligados a cooperar para proteger la atmósfera, sea cual sea su condición jurídica. Además de esta obligación, la Comisión debería tener en cuenta asimismo, para asentar el fundamento jurídico de la protección de la atmósfera, las normas de buena vecindad que constituyen un principio general del derecho y que, en tal concepto, son una fuente oficial de derecho internacional.

25. Por lo que hace al proyecto de directriz 1, el orador aprueba la propuesta del Relator Especial de establecer contactos con representantes de los organismos intergubernamentales interesados. También conviene en que hay que definir la atmósfera, como habrá que definir el concepto de «contaminación atmosférica», aunque solo a los efectos de este tema. Con respecto al proyecto de directriz 2, que merece ser estudiado más a fondo, el orador señala una contradicción entre el párrafo 80 del informe, donde se dice que el espacio aéreo y la atmósfera son dos conceptos muy diferentes, y el párrafo 73, en el que se dice que la atmósfera se ha utilizado de diversas maneras, en particular para la «navegación aérea», contradicción que ilustra claramente los estrechos vínculos entre el espacio aéreo y la atmósfera desde el punto de vista de su condición jurídica. En cualquier caso, el orador observa que no hay nada en ese proyecto de texto, ni siquiera en el apartado *b*, que indique que la definición de la condición jurídica de la atmósfera corresponda a los proyectos de directriz.

26. En lo concerniente al proyecto de directriz 3, el orador opina que es aceptable, salvo su título, puesto que es a la protección de la atmósfera a la que se califica de «preocupación común de la humanidad» y no a la atmósfera misma. En conclusión, el orador desea escuchar las aclaraciones del Relator Especial antes de pronunciarse sobre la remisión de los proyectos de directriz al Comité de Redacción.

27. El Sr. FORTEAU observa con satisfacción que el Relator Especial ha tomado muy en serio las dudas que ciertos miembros y ciertos Estados han expresado acerca de la oportunidad de estudiar el tema. Esto refleja su voluntad de trabajar con el debido respeto a las preocupaciones de todos. Para empezar, cabe observar que

el carácter técnico de las cuestiones que están en juego exigía elaborar un glosario. Por lo demás, en la fase inicial de los trabajos se tendría que haber ahondado en su orientación indicando concretamente qué puede hacer la Comisión que sea útil. Es tanto más necesario definir claramente esta orientación y proponer un plan de trabajo cuanto que la Comisión ha supeditado la inclusión del tema en su programa a determinadas condiciones. En definitiva, los proyectos de directriz propuestos invitan a crear nuevas normas o llenar lagunas, como se indica en los párrafos 13 y 15 del primer informe y en el párrafo 17, en la nota tras las palabras «jurisprudencia del derecho internacional general», y, por tanto, se apartan de hecho tanto del mandato de la Comisión como de lo que esta decidió en su período de sesiones anterior.

28. En lo que se refiere al proyecto de directriz 1, el orador afirma carecer de los conocimientos científicos necesarios para adoptar una posición determinada sobre la mejor forma de definir la atmósfera. En cualquier caso, para saber si se puede limitar a la troposfera y la estratosfera, opina que habría que asegurarse de que no se produzca o no se vaya a producir ninguna degradación del medio ambiente en las otras capas. Además de estas dificultades de índole científica, el proyecto de texto plantea también problemas jurídicos. Si, como se indica en el párrafo 69 del informe, «[e]n la mayoría de los tratados y documentos internacionales no se define la “atmósfera”», se plantean dos posibilidades: o bien existen tratados y hay que tenerlos en cuenta o bien nunca se ha estimado necesario definir la atmósfera, que parece ser el caso, y también la Comisión debe abstenerse de hacerlo.

29. En lo concerniente al proyecto de directriz 2, el orador considera que, antes de pronunciarse sobre su título, la Comisión debería acordar el alcance exacto de sus trabajos. Existen tres niveles de contaminación atmosférica: la contaminación causada en el territorio de un Estado y que no traspasa sus fronteras; la contaminación transfronteriza que solo afecta a un Estado; y la contaminación con repercusiones mundiales. En el párrafo 76, se afirma que los trabajos de la Comisión versarán a la vez sobre los aspectos transfronterizos y mundiales de la degradación atmosférica, lo que parece razonable. Sin embargo, el proyecto de directriz está formulado de una manera más amplia y parece abarcar también la contaminación puramente interna, por lo que requiere aclaraciones. En cuanto a la utilización del adjetivo «sensibles», el Relator Especial no la justifica en ningún momento, de modo que es imposible pronunciarse sobre su pertinencia.

30. Por lo que hace al proyecto de directriz 3, la idea de que la protección de la atmósfera sería una preocupación común de la humanidad carece de fundamento en la práctica actual. Los precedentes citados para respaldar esta afirmación son de otra naturaleza. Así, una cosa es afirmar que la evolución del clima o el cambio climático y sus efectos adversos son una preocupación común de la humanidad y otra diferente es afirmar que también lo sea la protección de la atmósfera. En otras palabras, decir que el incendio que arrasa la casa del vecino es una preocupación común de los habitantes de un pueblo no es lo mismo que decir que la protección de dicha casa frente a los incendios sea una preocupación de todos los habitantes del pueblo.

31. El Relator Especial indica con acierto en el párrafo 89 de su informe que este concepto a no dudarlo llevará a la formulación de obligaciones *erga omnes* de proteger la atmósfera mundial que incumban a todos los Estados y matiza inmediatamente sus palabras precisando que quizás sea demasiado prematuro interpretar el concepto de preocupación común en el sentido de que atribuya a todos los Estados un interés jurídico o una legitimidad procesal respecto de la aplicación de las normas relativas a la protección de la atmósfera. Varias observaciones se imponen a este respecto: en primer lugar, si el reconocimiento de obligaciones *erga omnes* es prematuro, resulta muy dudoso que la Comisión esté en condiciones de aprobar el proyecto de directriz propuesto; en segundo lugar, si la Comisión adopta la idea de que la protección de la atmósfera es una preocupación común de la humanidad, ello ciertamente traerá como consecuencia el nacimiento de ese tipo de obligaciones; en tercer lugar, en lugar de empezar la casa por el tejado, hubiera sido mejor dedicarse primero a determinar exactamente qué obligaciones incumben a los Estados y proponer después su calificación jurídica; en cuarto lugar, no está claro que se pueda aplicar tan fácilmente el concepto de interés común a la protección de la atmósfera. Si bien se puede afirmar que todo Estado tiene un interés jurídico en que otro Estado no torture ni cometa un genocidio, parece más difícil sostener que todo Estado tiene un interés jurídico en que otro Estado cumpla con la obligación de protección de la atmósfera, puesto que en este caso todos los Estados participan en diferente medida en su degradación.

32. Este tipo de responsabilidad tan particular y mundial, a la vez que inédito, suscita cuestiones de causalidad altamente complejas que dificultan cualquier razonamiento en términos de obligaciones *erga omnes* o de interés común en la protección de la atmósfera. Esas obligaciones, en efecto, suponen poder identificar a un responsable al que todos puedan exigir cuentas. Ahora bien, aquí nos encontramos con una densa maraña de responsabilidades en la que los responsables son igualmente las víctimas, aunque sea en diverso grado. A este respecto, algunos autores hablan de causalidad multipartita y subrayan las dificultades jurídicas que plantea la existencia de daños en los que todos participan en diversa medida y proporciones diferentes. La dificultad de razonar en términos de responsabilidad en este caso en particular ha sido señalada, por ejemplo, en el preámbulo de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales¹²³.

33. En el asunto relativo a la Agencia de Protección del Medio Ambiente (*Environmental Protection Agency*, asunto núm. 12-1182), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se pronunció sobre la difícil cuestión de la distribución de la responsabilidad cuando esta es compartida, y lo que es más en diverso grado, y estimó que las cuestiones de causalidad que entran en juego eran de una extrema complejidad y que por ello, para aportar soluciones apropiadas, había que remitirse a la decisión

administrativa y política antes que a los mecanismos jurídicos. Así pues, procede obrar con prudencia y no adoptar desde el comienzo de los trabajos una definición que convierta la protección de la atmósfera en preocupación común de la humanidad, lo que daría lugar a un nuevo tipo de régimen de responsabilidad cuyas consecuencias e implicaciones jurídicas la Comisión no conoce bien. El proyecto de directriz 3 suscita con carácter más general la pregunta del lugar que deben ocupar las cuestiones de responsabilidad en los trabajos de la Comisión sobre la protección de la atmósfera. Convendría saber si estas se enmarcan o no en el tema, pero también si la Comisión debe limitarse a enunciar obligaciones primarias, y de ser así, cuáles son estas.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3212ª SESIÓN

Miércoles 28 de mayo de 2014, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Cafilisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Protección de la atmósfera (continuación) **(A/CN.4/666, cap. II, secc. I, A/CN.4/667)**

[Tema 11 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen del primer informe del Relator Especial sobre el tema de la protección de la atmósfera (A/CN.4/667).
2. El Sr. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER dice que, aunque la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo ha sido bien recibida por muchos Estados, otros han manifestado su preocupación por los complejos aspectos políticos y técnicos que encierra. No obstante, el Relator Especial es digno de elogio por haber cumplido los objetivos básicos de un primer informe. El documento presenta un estudio exhaustivo y en profundidad del tema, basado en la legislación, la práctica y los principios vigentes y en el entendimiento alcanzado por la Comisión en su 65º período de sesiones, que se reproduce en el párrafo 5 del informe. El orador espera que el informe, como se indica en el párrafo 8, «estime el debate en el seno de la Comisión, a fin de que se pueda impartir al Relator Especial la orientación necesaria en cuanto al enfoque que se ha de aplicar y la meta que se quiera alcanzar». En este contexto, y teniendo en cuenta

¹²³ *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 143, de 30 de abril de 2004, pág. 56.