Capítulo VIII

PROTECCIÓN DE LA ATMÓSFERA

A. Introducción

77. En su 63.º período de sesiones (2011), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo[783] el tema «Protección de la atmósfera», conforme a la propuesta que figuraba en el anexo II del informe de la Comisión sobre la labor realizada en dicho período de sesiones[784]. En el párrafo 7 de su resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2011, la Asamblea General tomó nota de la inclusión de este tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

78. En su 3197.ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2013, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Protección de la atmósfera», junto con un entendimiento[785], y nombrar Relator Especial al Sr. Shinya Murase.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

79. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/667). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3209.ª a 3214.ª, celebradas los días 22, 23, 27, 28 y 30 de mayo y 3 de junio de 2014.

1. Presentación por el Relator Especial de su primer informe

80. El primer informe tenía por objeto examinar el objetivo general del proyecto y, entre otras cosas, determinar la justificación de los trabajos sobre el tema, delimitar su ámbito general, identificar los conceptos básicos pertinentes y ofrecer perspectivas y enfoques que debían adoptarse en relación con el tema. A este respecto, en el informe se ofrecía un panorama general de la evolución del derecho internacional sobre la protección de la atmósfera, se examinaban las fuentes de derecho pertinentes, como el derecho internacional consuetudinario, la práctica convencional y la jurisprudencia, y se analizaban los aspectos definitorios del tema, los elementos que permitían delimitar su alcance y la cuestión de la condición jurídica de la atmósfera, al tiempo que se proponían proyectos de directrices al respecto.

81. Al presentar el informe, el Relator Especial, recordando los antecedentes de la inclusión del tema en el programa de la Comisión, así como los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General, destacó que se tomaba en serio las críticas a la viabilidad del tema, habida cuenta de su carácter sumamente técnico y de que las normas del derecho en esa esfera se basaban en tratados. El Relator trataría, junto con la Comisión, de consultar a los expertos en la materia para recabar su asesoramiento científico y técnico puesto que, para abordar de manera efectiva la protección de la atmósfera, era esencial comprender los aspectos científicos y técnicos de la degradación atmosférica. Subrayó además que el informe se había elaborado en plena conformidad con el entendimiento de 2013 y aseguró a la Comisión, en particular, que en ningún momento había tenido intención de interferir con las negociaciones políticas relevantes ni de ocuparse de las sustancias contaminantes específicas. Al mismo tiempo señaló que, como se trataba de un entendimiento «sin perjuicio», nada impedía a la Comisión referirse a determinadas cuestiones mencionadas en el apartado *a* del entendimiento en el estudio del tema. La tarea principal de la Comisión consistía en determinar las normas consuetudinarias, establecidas o de nueva aparición sobre el tema e identificar, más que llenar, cualquier laguna de los regímenes convencionales vigentes, además de tratar de estudiar posibles mecanismos de cooperación internacional.

82. Recordando que el estado de deterioro de la atmósfera había hecho que su protección fuera una preocupación acuciante para la comunidad internacional, el Relator Especial señaló que el tema proporcionaba a la Comisión la oportunidad de abordar cuestiones pertenecientes a regímenes especiales desde la perspectiva del derecho internacional general, una responsabilidad funcional que la Comisión estaba en perfectas condiciones de asumir. A su juicio, había numerosas pruebas de práctica de los Estados, incluidos tratados, precedentes judiciales y otros documentos normativos, que permitirían a la Comisión abordar el tema esencialmente como una cuestión jurídica más que política. El Relator Especial también hizo una reseña histórica del desarrollo del derecho internacional relativo a la atmósfera desde el siglo VI, pasando por el siglo XVIII, cuando comienza su historia moderna, hasta

---

[783] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 365 a 367.

[784] Ibíd., págs. 209 a 218.

[785] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 168: «La Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo en el entendimiento de que: *a*) la labor sobre el tema se desarrollará de manera que no interfiera con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, el agotamiento de la capa de ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia. Sin perjuicio de las cuestiones que se mencionan a continuación, en el tema no se abordarán aspectos como la responsabilidad (*liability*) de los Estados y sus nacionales, el principio de "quien contamina, paga", el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual; *b*) en el tema tampoco se abordarán sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados. El proyecto no tratará de "llenar" lagunas en los regímenes convencionales; *c*) las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación, no formen parte del tema; *d*) el resultado de la labor sobre el tema será un proyecto de directrices que no pretenda imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos. Los informes del Relator Especial partirán de dicho entendimiento».

el *locus classicus* relativo a la contaminación atmosférica transfronteriza del laudo de 1941 en el caso *Fundición de Trail (Trail Smelter)*[786], que culminó en el establecimiento del derecho internacional ambiental como campo especializado de estudio en los años posteriores, por ejemplo en los años setenta con la aprobación de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)[787]. Propugnó que se realizara un estudio detallado y crítico del tema basado en las diversas fuentes del derecho internacional sobre la cuestión.

83. El Relator Especial destacó que los problemas actuales relacionados con la atmósfera se planteaban en tres ámbitos, a saber: *a*) la contaminación troposférica transfronteriza; *b*) el agotamiento del ozono estratosférico; y *c*) el cambio climático; y señaló a ese respecto que ningún régimen convencional regulaba todos los ámbitos de los problemas atmosféricos ni trataba la atmósfera como una unidad singular global, aunque se habían iniciado actividades de elaboración de tratados con respecto a cada uno de esos ámbitos.

84. El Relator Especial ofreció información pertinente sobre las características físicas de la atmósfera, que sirve de base para la definición de «atmósfera» a los efectos del proyecto de directrices; un esbozo general de los diversos elementos que componen el ámbito de aplicación del proyecto, con miras a determinar las principales cuestiones jurídicas que se han de examinar; y un análisis de la cuestión de la condición jurídica de la atmósfera que, en su opinión, constituye un requisito previo para el examen del tema por la Comisión. En particular, el Relator Especial se mostró partidario de aplicar el concepto de «preocupación común de la humanidad» para calificar la condición jurídica de la atmósfera en lugar del concepto de *res communis* o de patrimonio común de la humanidad. En este contexto, presentó también tres proyectos de directriz, de carácter general, propuestos en su primer informe, sobre: *a*) la definición del término «atmósfera», que abarca el aspecto sustantivo, como capa de gases, y el funcional, como medio en el que se producen el transporte y la dispersión de sustancias transportadas por el aire[788]; *b*) el ámbito de aplicación del proyecto de directrices[789], que abarca el tratamiento de la degradación atmosférica causada por las actividades antropógenas que entrañen la introducción de sustancias nocivas o energía en la atmósfera o la alteración de su composición, con objeto de proteger el entorno natural y humano, y establecer vínculos entre la atmósfera y otras esferas como el mar, la biodiversidad (silvicultura, desertificación y humedales) y otros aspectos de la actividad humana y el derecho que regula esas actividades; y *c*) la condición jurídica de la atmósfera[790], que presenta la atmósfera como recurso natural, distinguiéndola del «espacio aéreo», cuya condición jurídica no se prejuzga, y plantea la idea de que la protección de la atmósfera es una preocupación común de la humanidad.

2. Resumen del debate

a) *Observaciones generales*

85. Los miembros de la Comisión reconocieron que la protección de la atmósfera era sumamente importante para la humanidad, al tiempo que se hacían eco de los problemas, fundamentados en datos científicos, que constituían para la atmósfera, en particular, la contaminación del aire, el agotamiento del ozono y el cambio climático. Se afirmó que el tema, complejo desde el punto de vista jurídico, político, técnico y científico, se refería a una cuestión real y apremiante con efectos adversos visibles en la vida cotidiana de las personas, como, por ejemplo, los desastres naturales, que causaban estragos en muchas partes del mundo, y la contaminación, causante de la muerte prematura de muchas personas y de importantes problemas de salud. Al mismo tiempo, los miembros eran perfectamente conscientes de las dificultades insalvables que se planteaban en relación con el tema y que surgían en los debates entre los Estados y reconocieron que, para la Comisión, el reto era la función que ella podía desempeñar para contribuir de manera adecuada a las iniciativas generales de nivel mundial para proteger el medio ambiente.

86. Para algunos miembros era esencial, más aún teniendo en cuenta los antecedentes de la inclusión del tema en el programa de la Comisión y la diversidad de las observaciones formuladas en la Sexta Comisión en 2012 y 2013, que la Comisión adoptase un enfoque más reflexivo y prudente. En ese sentido, se debatió en detalle el entendimiento de 2013 y lo que implicaba para la labor de la Comisión. En opinión de algunos miembros el entendimiento debía tomarse en serio, gustara o no su contenido. Era indispensable para iniciar la labor sobre el tema. Lo que es más, algunos miembros se mostraron preocupados por que, al elaborar y presentar su informe, el Relator Especial no se había ajustado plenamente a los términos del entendimiento; y otros consideraron inquietante que pareciera restarle importancia al tratar de eludir sus claros

[786] *Trail Smelter*, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss.

[787] *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, n.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I, pág. 3.

[788] El texto del proyecto de directriz 1 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«*Términos empleados*

A los efectos del presente proyecto de directrices:

a) se entiende por "atmósfera" la capa de gases que circunda la Tierra en la troposfera y la estratosfera, en la que se producen el transporte y la dispersión de sustancias transportadas por el aire.»

[789] El texto del proyecto de directriz 2 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«*Ámbito de aplicación de las directrices*

a) El presente proyecto de directrices se refiere a las actividades humanas que directa o indirectamente introduzcan sustancias nocivas o energía en la atmósfera o que alteren la composición de la atmósfera y que tengan o probablemente puedan tener efectos adversos sensibles para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.

b) El presente proyecto de directrices versará sobre los principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera, así como sobre su interrelación.»

[790] El texto del proyecto de directriz 3 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«*Condición jurídica de la atmósfera*

a) La atmósfera es un recurso natural esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres; por lo tanto, su protección es una preocupación común de la humanidad;

b) nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices tiene por finalidad afectar a la condición jurídica del espacio aéreo reconocida en el derecho internacional aplicable.»

términos o de orientar el proyecto en una dirección que no sería fiel a la letra ni al espíritu del entendimiento. En particular, se señaló que la conclusión implícita de que se elaborarían nuevas normas o se llenarían los vacíos del derecho iba en contra del entendimiento. Además, se expresó preocupación por el hecho de que la propuesta del Relator Especial de centrar la atención en la contaminación del aire, el agotamiento del ozono y el cambio climático pudiera interferir con las negociaciones políticas sobre esas cuestiones.

87. Según otra opinión, al aprobar el entendimiento de 2013, la Comisión había colocado al Relator Especial en una posición insostenible, ya que todo posible progreso en relación con el tema fuera de los parámetros que figuraban en el entendimiento dependía de que se le diera una interpretación estricta o flexible. También se señaló que el entendimiento planteaba un problema fundamental: el Relator Especial se enfrentaba al dilema de que casi toda la práctica convencional en la que se basaba el informe probablemente podía incluirse en los temas que, según el entendimiento, no debían abordarse. Algunos miembros consideraban que el entendimiento era algo inusual que sentaba un mal precedente para la Comisión. Por consiguiente, se propuso que la Comisión lo reconsiderara o acordara un enfoque flexible con respecto a su aplicación.

88. Algunos miembros dijeron que el entendimiento era suficientemente flexible para que el Relator Especial se fijara el modesto objetivo de identificar los principios generales del derecho internacional ambiental existentes, basados en el derecho consuetudinario o en principios generales del derecho, y declarara su aplicabilidad a la protección de la atmósfera.

89. Varios miembros, que consideraban que dicha tarea no era inalcanzable, destacaron el carácter colegiado y colectivo de la labor de la Comisión y subrayaron la importancia de adoptar un enfoque moderado y sensato, como proponía el Relator Especial, si bien dejándole cierto margen de maniobra, teniendo presentes los términos del entendimiento. Era preciso reconocer que las decisiones más importantes sobre la protección de la atmósfera debían adoptarse a nivel político, y no podía esperarse que, en sus trabajos, la Comisión prescribiera o sustituyera esas decisiones y medidas políticas concretas.

90. A pesar de que el Relator Especial había indicado en su informe que abrigaba la esperanza de examinar, en los dos años restantes del actual quinquenio (2015 y 2016), las cuestiones relativas a los principios básicos para la protección de la atmósfera, incluidas las obligaciones generales de los Estados de proteger la atmósfera, el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* y los principios de equidad, desarrollo sostenible y buena fe y, en el quinquenio siguiente (2017-2021), concluir el examen de otros asuntos conexos, como la cooperación internacional, el cumplimiento de las normas internacionales, la solución de controversias y las interrelaciones, algunos miembros manifestaron su preocupación por que no se vislumbrara aún un panorama claro, ya que la información presentada no era suficiente para dar una idea de la orientación y dirección generales del tema. Algunos miembros pidieron un plan de actuación o de trabajo que estableciera el objetivo general del proyecto e identificara los principales problemas, incluidos los principios básicos que debían o podían ser pertinentes y su aplicación, y que planteara las cuestiones que la Comisión debía abordar con carácter prioritario. Se propuso que dicho plan de actuación detallara también en qué modo la labor de la Comisión se diferenciaría de trabajos similares realizados, como los de la Asociación de Derecho Internacional sobre los principios jurídicos relacionados con el cambio climático.

91. Algunos miembros también expresaron su opinión sobre sus diferencias respecto de los enfoques metodológicos adoptados por el Relator Especial en el tratamiento del tema. En lugar de centrarse en la atmósfera como unidad singular global y su protección, que era el enfoque que parecía propugnar el Relator Especial en su informe, se propuso prestar atención a la forma de regular las actividades de los agentes estatales y no estatales que directa o indirectamente afectaran a la atmósfera. Ese enfoque alternativo, que no se centraría en la atmósfera *per se*, sino en los «derechos y obligaciones» de los Estados y de agentes no estatales en esa esfera, se consideraba la mejor garantía de protección y conservación de la atmósfera y era más coherente con la práctica de los Estados y las realidades prácticas. Por analogía con el derecho del mar, en virtud del cual el mar se divide en zonas según el grado de ejercicio de soberanía o control por el Estado ribereño, se sugirió que se considerara la posibilidad de dividir la atmósfera en partes sujetas y no sujetas a la soberanía o el control del Estado. Por otra parte, el enfoque adoptado por el Relator Especial contaba con cierto respaldo, puesto que otros miembros entendían que, ante la amenaza que pesaba sobre la atmósfera, la mejor forma de protegerla en beneficio de la humanidad era tratarla como una única unidad.

92. También planteaban una inquietud metodológica el trato que el Relator Especial daba a las diversas fuentes que consideraba pertinentes para el examen del tema y el uso que hacían de ellas. Se señaló que, en ocasiones, el Relator Especial mostraba una fe casi absoluta en las opiniones de actores no gubernamentales y especialistas sin hacer referencia a la práctica de los Estados y, cuando invocaba dicha práctica, no hacía un análisis claro de los instrumentos no vinculantes como fuente para determinar la *opinio juris*. Algunos miembros tampoco veían clara la relación del catálogo de práctica convencional y jurisprudencia citado en el informe con el tema ni su vinculación con las cuestiones que el Relator Especial deseaba abordar. Además, en algunos casos daba la sensación de que en el informe se consideraban apropiadas preferencias normativas que no tenían ningún fundamento jurídico sólido ni reunían los estrictos requisitos necesarios para ser consideradas normas de derecho.

93. Los miembros también expresaron su apoyo a la posibilidad de consultar a expertos técnicos y científicos en el desarrollo del tema.

b) *Observaciones sobre el proyecto de directriz 1 (Términos empleados)*

94. Varios miembros convinieron con el Relator Especial en la necesidad de una definición a los efectos del proyecto de directrices, que en ese caso se correspondería con la definición científica de la atmósfera. Se señaló

que dicha definición facilitaría la labor de la Comisión. Teniendo en cuenta la naturaleza científica del tema, algunos miembros sugirieron que tal vez sería más útil elaborar un glosario de los términos científicos que se emplearían, mientras que otros señalaron que el examen de una definición podía ser prematuro en este momento y que, con cierto tiempo, existiría la posibilidad de implicar a la comunidad científica, lo que de hecho permitiría a la Comisión elaborar una definición que fuera sólida desde el punto de vista tanto jurídico como científico. También se señaló que la definición debía ser general, sin mencionar términos como «troposfera» y «estratosfera».

95. Otros cuestionaron la necesidad de una definición. En particular, se indicó que los diversos tratados que se ocupaban directamente de cuestiones atmosféricas como la contaminación transfronteriza a larga distancia, el agotamiento del ozono o el cambio climático no definían el término «atmósfera». En la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar tampoco se definía el mar.

96. Algunos miembros señalaron también que el contenido de la definición propuesta era problemático. Dicha definición parecía carecer de fundamento en la práctica de los Estados, la jurisprudencia o la doctrina. Además, se observó que la definición propuesta mencionaba la troposfera y la estratosfera, pero dejaba fuera, de una manera un tanto arbitraria y sin ningún motivo aparente, la mesosfera, la termosfera y la exosfera, que también formaban parte de la atmósfera. Aun admitiendo, como estaba científicamente demostrado, que los tres problemas contemporáneos que afectaban a la atmósfera —la contaminación del aire, el agotamiento del ozono y el cambio climático— solo tuvieran impacto en la troposfera y la estratosfera, algunos miembros, sobre la base del principio de precaución, se pronunciaron en contra de un enfoque que compartimentara determinados segmentos de la atmósfera. Por ejemplo, se destacó el estudio del cambio climático en la mesosfera realizado por el Programa de la Antártida del Gobierno de Australia, que detectó una manifestación del efecto invernadero (mayor enfriamiento) en la estratosfera y la mesosfera[791]. También se indicó que los satélites lanzados al espacio ultraterrestre podían causar daños ambientales en la atmósfera superior. Por consiguiente, se consideró que lo ideal sería una definición más general de la atmósfera que se correspondiera con su identificación científica, según la cual está formada por la troposfera, la estratosfera, la mesosfera y la termosfera, o hiciera referencia a su impacto en la existencia humana y el medio ambiente.

97. Algunos miembros también observaron que, al definir la atmósfera como «la capa de gases que circunda la Tierra en la troposfera y la estratosfera», la definición podía haber impuesto implícitamente un límite superior, interfiriendo así con cuestiones relacionadas con el «espacio ultraterrestre», como su delimitación, que quedaban excluidas del examen con arreglo a los términos del entendimiento de 2013. Otros miembros se mostraron partidarios de la noción de «capa gaseosa que envuelve la Tierra», empleada por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, en lugar de la expresión «capa de gases» para describir la atmósfera. Algunos miembros también plantearon si el concepto de «sustancias transportadas por el aire» podía por sí solo servir para describir adecuadamente la atmósfera. Según otra opinión, era fundamental incluir en la definición las características naturales de la atmósfera, a saber, la idea de la circulación atmosférica.

98. También se señaló que, si bien el proyecto de directrices no tenía por finalidad afectar a la condición jurídica del espacio aéreo reconocida en el derecho internacional aplicable, la definición propuesta, al incluir sus características físicas, señalaba de manera implícita un límite superior del espacio aéreo.

99. Asimismo se propuso, si bien teniendo presente el entendimiento de 2013, definir también la «contaminación del aire», el «agotamiento del ozono» y el «cambio climático», a los efectos del proyecto de directrices, así como la «protección».

c) *Observaciones sobre el proyecto de directriz 2 (Ámbito de aplicación de las directrices)*

100. Si bien algunos miembros consideraban satisfactorio el proyecto de directriz 2, otros señalaron la necesidad de abordar las cuestiones relativas al ámbito de aplicación de las directrices desde una perspectiva de «causa y efecto», dado que el lugar de origen de la contaminación suele ser distinto del lugar en que se producen los efectos adversos. A tal fin, se sugirió formular el proyecto de directriz sobre el ámbito de aplicación teniendo en cuenta, para su posible inclusión en el mismo, tres dimensiones espaciales, a saber, territorial, transfronteriza y global, prestando especial atención a estos dos últimos aspectos. Ya que no siempre era posible determinar claramente la causa y el origen de la degradación de la atmósfera, se indicó la conveniencia de abordar las cuestiones de protección desde una perspectiva encaminada a restringir las sustancias peligrosas, que era el enfoque adoptado en los instrumentos vigentes.

101. En relación con el apartado *a*, si bien algunos miembros estuvieron de acuerdo con su esencia, en particular su referencia a los efectos en el entorno humano y natural, se expresó la opinión de que era demasiado amplio y demasiado limitado a la vez, en el sentido de que, aunque parecía abarcar una amplia gama de posibles actividades humanas, al mismo tiempo establecía, en la última parte del apartado, un umbral elevado. Algunos miembros también consideraban problemática la inclusión de la «energía» en la medida en que abarcaba problemas de contaminación radiactiva o nuclear, en particular habida cuenta de que los usos pacíficos de la energía nuclear estaban regulados por regímenes especiales. Según otra opinión, el apartado *a* inducía a error porque también parecía ahondar en cuestiones de fondo, debido al empleo de términos como «sustancias nocivas» o «efectos adversos sensibles». A fin de subsanar ese defecto, se propuso volver a redactar el proyecto de directriz en términos generales para abarcar todas las actividades humanas que afectaran a la atmósfera, con miras a asegurar su protección, o suprimir todo el apartado.

[791] Véase: www.antarctica.gov.au/about-antarctica/environment/atmosphere/studying-the-atmosphere/hydroxyl-airglow-temperature-observations/climate-change-in-the-mesosphere.

102. En lo que respecta al apartado *b*, algunos miembros indicaron que la referencia a «los principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera» corría el riesgo de hacer que el ámbito de aplicación del proyecto de directrices entrara en conflicto con el entendimiento alcanzado en 2013. También se argumentó que el apartado parecía guardar más relación con la naturaleza del ejercicio que con el ámbito de aplicación. Se sugirió que, sin ser prescriptivo, el objetivo debería consistir en elaborar directrices que sirvieran de base a los Estados en sus esfuerzos por afrontar los problemas relacionados con la atmósfera. Otros miembros apoyaron la formulación del apartado *b*, ya que también establecía un objetivo.

103. Algunos miembros consideraron que la referencia a los «principios básicos» imponía límites y que las palabras «así como sobre su interrelación» eran poco claras e imprecisas con respecto al proyecto de directriz en su conjunto. Otros miembros incluso cuestionaron la utilidad y oportunidad de contar con una directriz sobre el ámbito de aplicación. A ese respecto, se señaló la necesidad de tener en cuenta los términos del entendimiento de 2013. Habida cuenta de la advertencia recogida en el entendimiento de no abordar y no prejuzgar cuestiones como el principio de «quien contamina, paga», el principio de precaución y las responsabilidades comunes pero diferenciadas, se sugirió la inclusión de una cláusula de salvaguardia que reflejara la idea de que, al no abordar tales principios, la Comisión lo hacía sin perjuicio de su condición en el derecho internacional.

d) *Observaciones sobre el proyecto de directriz 3 (Condición jurídica de la atmósfera)*

104. El proyecto de directriz 3 suscitó diversas observaciones de los miembros tanto sobre el enfoque adoptado por el Relator Especial como sobre el contenido del proyecto de directriz. En general, algunos miembros expresaron dudas acerca de la fundamentación de la condición jurídica de la atmósfera en el concepto de la preocupación común de la humanidad como concepto jurídico, y señalaron en particular que existía el riesgo de que se estuviera sobrestimando su posición actual en el derecho internacional. Se consideró que, en su formulación actual, el proyecto de directriz era amplio y tenía implicaciones de largo alcance.

105. Los miembros coincidieron en general en que tal vez fuera necesario seguir trabajando para justificar plenamente las propuestas y opciones normativas adoptadas por el Relator Especial en el proyecto de directriz. En particular, en lo que respecta al enfoque, los miembros que creían que el Relator Especial debería elaborar el proyecto de directrices en términos de derechos y obligaciones de los Estados opinaban que no se ajustaba a la práctica considerar la atmósfera como elemento integral o unificado en relación con los derechos y obligaciones de los Estados. Tomando como base el derecho del mar, y la jurisprudencia, como el laudo en el caso *Fundición de Trail (Trail Smelter)*[792], se señaló la importancia de considerar esos derechos y obligaciones desde la perspectiva de la soberanía y el control, que supondría, por ejemplo, que la atmósfera situada directamente encima de un Estado tendría que abordarse en términos de soberanía. Del informe no se desprendía con claridad la razón por la que el Relator Especial había decidido apartarse de un enfoque, establecido en la práctica, que atribuía el daño localizado al Estado en que este se produjera o daba lugar a que se invocara el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* en caso de daño transfronterizo. A este respecto, se planteó la cuestión de cómo se aplicaría el principio *sic utere tuo* a la protección de la atmósfera. Algunos miembros, por otra parte, suscribieron el planteamiento del Relator Especial al afirmar que el enfoque por zonas de la protección del medio marino adoptado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar simplemente no podía aplicarse a la protección de la atmósfera por ser inadecuado y poco práctico, y señalaron la dificultad de establecer la jurisdicción nacional sobre cualquier segmento de la atmósfera. Además, se indicó que, aunque se tomara el derecho del mar como modelo, habían surgido problemas en esa esfera, en particular a propósito de zonas situadas al margen de la jurisdicción nacional en relación con las cuales los Estados partes seguían debatiendo y negociando sobre la gestión de los recursos comunes de los océanos.

106. En cuanto al fondo, algunos miembros acogieron con satisfacción las afirmaciones del informe sobre la atmósfera como recurso natural, aunque se puso en duda que la práctica demostrara que se trataba de un recurso que cabía calificar de compartido o común. Algunos miembros señalaron que el texto del proyecto de directriz carecía de fundamento en la práctica estatal o convencional y en la jurisprudencia. Además, el proyecto de directriz no parecía guardar ninguna relación con la condición jurídica de la atmósfera, a menos que se atribuyera sentido a la afirmación de que su protección era una «preocupación común de la humanidad». Ese era un concepto con un contenido normativo poco claro; no solo era controvertido, sino también vago, ya que admitía diversas interpretaciones, incluida la posibilidad de que reconocía derechos a las personas y las generaciones futuras. Asimismo, su aplicación a la atmósfera no parecía sustentarse en la práctica de los Estados.

107. En vista de la escasez de práctica, el tratamiento que el Relator Especial daba al concepto en su informe no era completo ni exhaustivo. Presentaba prematuramente un texto sin proporcionar un análisis completo ni explicar las consecuencias jurídicas del concepto propuesto. Por ejemplo, no estudiaba de manera exhaustiva las consecuencias jurídicas de la noción de «preocupación común de la humanidad». Se planteaban varias cuestiones: ¿Existe una responsabilidad jurídica de prevenir el daño? ¿Incumbe esa responsabilidad jurídica a todos los Estados? ¿Crea obligaciones *erga omnes* y, por tanto, genera la responsabilidad de los Estados? ¿Impone obligaciones a la sociedad en su conjunto y a cada uno de los miembros de la comunidad? ¿Establece *locus standi*, en particular para ejercer una *actio popularis*? ¿Crea un deber de solidaridad ambiental internacional? ¿No resta el proyecto de directriz, de manera involuntaria, relevancia al principio *sic utere*? Aunque el Relator Especial insinuó en el informe que el concepto llevaría a la creación de obligaciones jurídicas sustantivas por parte de todos los Estados para proteger la atmósfera global exigibles *erga omnes*, lo hizo sin presentar un análisis completo.

[792] Véase la nota 786 *supra*.

Varios miembros destacaron también que la preocupación común de la humanidad no era la atmósfera *per se*, sino su protección. No obstante, se dijo que la degradación de las condiciones de la atmósfera sería un ejemplo de esa preocupación.

108. Otros miembros indicaron que el concepto merecía una consideración favorable y señalaron que la Comisión podía contribuir a aclarar y definir su alcance en lo que respecta a la protección de la atmósfera. También se sugirió la conveniencia de considerar que el concepto implicaba la necesidad de cooperación internacional en la protección de la atmósfera, con los consiguientes deberes de prevención y cooperación. Asimismo, se consideró que, en lugar de centrarse en la condición jurídica de la atmósfera, debía prestarse atención a la protección de la atmósfera como preocupación común de la humanidad, y que el concepto de «preocupación común» debía constituir la base tanto de una directriz específica como de una directriz que desarrollara los principios básicos pertinentes para la protección de la atmósfera.

109. Según otro punto de vista, el concepto era demasiado débil para aplicarse a la protección de la atmósfera. Si bien algunos miembros se mostraron partidarios de reflejar la aplicabilidad del concepto en relación con la protección de la atmósfera, se señaló, no obstante, que el razonamiento jurídico de esa preferencia en el informe era escaso. No estaba claro, por ejemplo, por qué el concepto de «patrimonio común de la humanidad» no podía ser ideal, sin la «estructura institucional de gran alcance para controlar la asignación de los derechos de explotación y los beneficios» que parecía haber llevado al Relator Especial a descartarlo. A este respecto, se hizo referencia a la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972 y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997[793], que se refieren al «patrimonio común de la humanidad» pero no cuentan con una compleja estructura institucional. Otros miembros criticaron al Relator Especial por desestimar con cierta precipitación y sin ninguna razón convincente la posible aplicación del «patrimonio común de la humanidad» a la condición de la atmósfera.

110. En relación con el apartado *a*, se propuso que se simplificara la referencia a los «ecosistemas acuáticos y terrestres».

111. En cuanto al apartado *b*, se señaló que era innecesario. Además, se consideró que, aunque la condición jurídica del espacio aéreo con arreglo al derecho internacional aplicable no se viera afectada por el proyecto de directrices, ello no significaría que las actividades realizadas en el espacio aéreo no estarían abarcadas por el presente proyecto.

e) *Otras consideraciones*

112. Varios miembros acogieron con satisfacción la indicación del Relator Especial de que se centraría en mecanismos de cooperación para abordar las cuestiones de interés común, e instaron a que se diera prioridad a este aspecto. A juicio de algunos miembros, también debían examinarse en cierta medida las obligaciones de los Estados, no solo respecto de la preservación, sino también de la conservación de la atmósfera y de la relación entre las normas ya establecidas del derecho ambiental internacional consuetudinario y la reglamentación de la atmósfera, incluidos los principios de no causar daño y de prevención, así como los principios del desarrollo sostenible.

113. En vista de que, en la causa relativa a las *Plantas de Celulosa en el Río Uruguay*[794], la Corte Internacional de Justicia declaró que la realización de una evaluación del impacto ambiental en caso de que existiera el riesgo de que la actividad propuesta tuviera efectos adversos sensibles en un contexto transfronterizo debía considerarse obligatoria en virtud del derecho internacional general, la Comisión también podría hacer una contribución significativa, entre otras cosas abordando todos los aspectos relativos al contenido de la obligación en relación con el tema.

114. También se propuso que, al abordar consideraciones de equidad, la Comisión se basara en los principios 6[795], 9[796] y 11[797] de la Declaración de Estocolmo[798] en el tratamiento del tema.

115. Algunos miembros expresaron su preferencia por un enfoque alternativo que tratara de identificar «indicadores de la práctica» específicos, basados concretamente en la práctica de los Estados, que podían ser de utilidad a los encargados de la formulación de políticas cuando tuvieran que lidiar con problemas relacionados con la atmósfera. Con dicho enfoque, el proyecto de directrices

---

[793] Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Actas de la Conferencia General, 29.ª reunión*, vol. I, *Resoluciones*, resolución 16, refrendada por la resolución 53/152 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998.

[794] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en particular págs. 82 y 83, párr. 204. Véase también *In the matter of the Indus Waters Kishenganga Arbitration before the Court of Arbitration constituted in accordance with the Indus Waters Treaty 1960 between the Government of India and the Government of Pakistan signed on 19 September 1960 between the Islamic Republic of Pakistan and the Republic of India*, laudo parcial de 18 de febrero de 2013, ILR, vol. 154, págs. 1 y ss.; los laudos de la Corte Permanente de Arbitraje pueden consultarse en: www.pca-cpa.org. Por lo que respecta al Tratado relativo al Uso de las Aguas del Indo, firmado en Karachi el 19 de septiembre de 1960, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 419, n.º 6032, pág. 125.

[795] El principio 6 dice lo siguiente:

«Debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias y a la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas, para que no se causen daños graves irreparables a los ecosistemas. Debe apoyarse la justa lucha de los pueblos de todos los países contra la contaminación.»

[796] El principio 9 dice lo siguiente:

«Las deficiencias del medio originadas por las condiciones del subdesarrollo y los desastres naturales plantean graves problemas, y la mejor manera de subsanarlas es el desarrollo acelerado mediante la transferencia de cantidades considerables de asistencia financiera y tecnológica que complemente los esfuerzos internos de los países en desarrollo y la ayuda oportuna que pueda requerirse.»

[797] El principio 11 dice lo siguiente:

«Las políticas ambientales de todos los Estados deberían estar encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en desarrollo y no deberían menoscabar ese potencial ni obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida para todos, y los Estados y las organizaciones internacionales deberían tomar las disposiciones pertinentes con miras a llegar a un acuerdo para hacer frente a las consecuencias económicas que pudieran resultar, en los planos nacional e internacional, de la aplicación de medidas ambientales.»

[798] Véase la nota 787 *supra*.

podía centrarse en cuestiones como la cooperación entre los Estados a nivel mundial, regional y bilateral, y los diversos enfoques, marcos y técnicas que los Estados prevén para mejorar sus acuerdos de cooperación.

3. Conclusiones finales del Relator Especial

116. El Relator Especial agradeció los útiles comentarios, sugerencias y críticas constructivas de los miembros. Reiteró la importancia de que la Comisión abordara el tema con moderación y sensatez, y convino en que la celebración de consultas con la comunidad científica ayudaría a la Comisión en su labor. A tal efecto, manifestó su intención de estudiar la posibilidad de organizar una reunión informativa para 2015. También señaló que prefería aplazar la remisión del proyecto de directrices al Comité de Redacción hasta el año siguiente y así tener la oportunidad de volver a redactar algunas partes del mismo a la luz de las observaciones formuladas.

117. El Relator Especial reconoció que existía un amplio espectro de opiniones entre los miembros sobre el entendimiento de 2013. Insistió en particular en que no preveía ningún conflicto entre su tratamiento del tema, en especial la concentración en la contaminación del aire, el agotamiento del ozono y el cambio climático, y las negociaciones políticas. Propugnó un enfoque conciliador y señaló que no había necesidad de desestimar el entendimiento, puesto que la Comisión había basado en él su decisión de ocuparse del tema el año anterior. Al mismo tiempo, expresó la esperanza de que se le diera la flexibilidad necesaria para identificar cuestiones relevantes para el tema de manera que ayudara a la Comisión a avanzar en su examen.

118. El Relator Especial señaló también que en el párrafo 92 de su informe había incluido un plan de trabajo completo sobre el tema, y reconoció la importancia de la cooperación internacional como elemento fundamental de la protección de la atmósfera. En su segundo informe tenía la intención de abordar el contenido de las responsabilidades de los Estados con respecto a la protección de la atmósfera.

119. En lo referente al proyecto de directriz 1, el Relator Especial destacó que pretendía ser una definición de trabajo a los efectos del proyecto de artículos, que se proponía como cuestión de necesidad práctica, dado que los instrumentos existentes no contenían ninguna definición de la atmósfera. Señaló que su decisión de centrar la definición en la troposfera y la estratosfera no era arbitraria. Como la atmósfera superior solo ocupa el 0,0002% de la masa total de la atmósfera, consideró que era una parte insignificante excluida del ámbito de aplicación del proyecto de directriz. Además, no existían pruebas significativas de que el cambio climático contribuyera a los cambios en las condiciones de la mesosfera o la termosfera o de que fuera el responsable de ellos. El Relator Especial expresó sus dudas de que el estudio del «cambio climático» en la mesosfera realizado por el Programa de la Antártida del Gobierno de Australia, que se refería al «flujo solar», o la medida de la actividad del sol durante el mismo período de tiempo, vinculara específicamente los cambios detectados «directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima», que era la definición del cambio climático aprobada en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Asimismo, el Relator Especial admitió que había un conocimiento limitado de los cambios en la atmósfera superior debido a la falta de datos científicos. No obstante, consideraba que establecer un régimen de protección para esa zona sería demasiado ambicioso. En cuanto a los daños que podían causar los satélites, el Relator Especial recordó que la protección ambiental del espacio ultraterrestre, incluida la cuestión de los desechos espaciales, es un tema del que se ocupaba la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos. El Relator Especial también destacó que, en el derecho internacional, el espacio aéreo y la atmósfera eran dos conceptos totalmente distintos. Por consiguiente, la definición de los límites de la atmósfera no afectaba a las fronteras del espacio aéreo nacional o el espacio ultraterrestre. No obstante, se mostró dispuesto a eliminar la referencia a la troposfera y la estratosfera de la definición del proyecto de directriz 1, siempre que en un comentario se aclarara en mayor medida la relación entre la atmósfera y el espacio ultraterrestre.

120. En relación con el proyecto de directriz 2, el Relator Especial confirmó que este se centraría en el daño que tuviera efectos transfronterizos o globales. Afirmó que la utilización de expresiones como «sustancias nocivas» que «tengan o probablemente puedan tener efectos adversos sensibles» tiene por objeto limitar debidamente la gama de actividades humanas y sustancias nocivas a que se refiere el proyecto de directrices. El Relator Especial recordó que la Comisión había utilizado conceptos sustantivos en disposiciones sobre definiciones, así como el término «sensible», en trabajos anteriores. Así ocurrió, por ejemplo, en los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[799]. La Comisión observó que «sensible» era una determinación fáctica y objetiva que entrañaba una valoración que dependía de las circunstancias de cada caso particular; significaba algo más que «detectable», pero sin necesidad de alcanzar el nivel de «grave» o «sustancial». El Relator Especial también señaló que la inclusión del término «energía» en la definición propuesta se correspondía con la definición contenida en el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Dicha inclusión no pretendía interferir con las políticas de los Estados sobre energía nuclear y su utilización.

121. Con respecto al proyecto de directriz 3, el Relator Especial confirmó que la preocupación común no era la atmósfera, sino la *protección* de la atmósfera. Su alcance debía ser limitado, y centrado en establecer un marco de cooperación para la protección de la atmósfera, y no una propiedad o gestión común de la atmósfera. Creaba obligaciones sustantivas de protección del medio ambiente, además de las ya reconocidas por el derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial confirmó su convicción de que había una estrecha vinculación entre las

[799] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 97. Los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007.

obligaciones *erga omnes*, y su cumplimiento, y la noción de «preocupación común», cuyos aspectos, incluido el concepto conexo de *actio popularis*, se seguirían examinando en futuros informes. En su opinión, el proceso de elaboración de normas jurídicas era a la vez inductivo y deductivo. Incumbía a la Comisión estudiar las obligaciones jurídicas que podía contener la noción de «preocupación común», que no estaba desprovista de contenido normativo, y articular dichas obligaciones como parte del proyecto de directrices. El Relator Especial se mostró de acuerdo con los miembros que afirmaban que la noción de «preocupación común» implicaba un deber de cooperar a fin de garantizar la protección de la atmósfera para las generaciones futuras. Tampoco veía ningún impedimento para ampliar el principio *sic utere tuo* a la protección de la atmósfera, habida cuenta de que su aplicación no se limitaba a los daños en el contexto bilateral transfronterizo; tanto la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (párr. 8 del preámbulo) como el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (art. 2, párr. 2 *b*) han reconocido el principio. El Relator Especial señaló también que no se oponía totalmente a utilizar el concepto de «patrimonio común» en la protección de la atmósfera si la Comisión lo prefería para el proyecto.

122. El Relator Especial destacó asimismo la importancia de considerar la atmósfera como una unidad singular integral, no sujeta a divisiones en función de las fronteras de los Estados. Su naturaleza fluida y dinámica hacía que fuera impracticable, cuando no imposible, a los efectos del proyecto, dividirla separando el aire sujeto a la jurisdicción territorial y el control de un Estado del que quedara fuera de esa jurisdicción.