



El régimen internacional de la pesca de ballenas: entre la conservación y la explotación (a propósito del asunto de la *pesca de ballenas en el océano antártico*)

*The International whaling Regime: between conservation
and exploitation (on the whaling in Antarctic Case)*

RECIBIDO: EL 30 DE SEPTIEMBRE 2010 / ACEPTADO: 11 DE OCTUBRE 2010

Raúl Ignacio RODRÍGUEZ MAGDALENO

Profesor Ayudante

Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.

Universidad de Oviedo

rodriguezraul@uniovi.es

Resumen: Australia ha demandado a Japón ante la Corte Internacional de Justicia por el incumplimiento de sus obligaciones en relación con la pesca de ballenas y el comercio con los productos derivados de esta actividad. En su demanda, Australia invoca el régimen de a pesca de ballenas sobre la base de tres tratados internacionales: el Convenio Internacional de Regulación de la Pesca de Ballenas, la Convención Internacional sobre Comercio de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres y el Convenio de Diversidad Biológica. Además solicita a la Corte que aplique estos tratados sistemáticamente y a la luz de las normas consuetudinarias que puedan haberse desarrollado en la materia. Se presenta una oportunidad para que la Corte se pueda pronunciar sobre las relaciones entre tratados internacionales, su interpretación y sus relaciones con las costumbres internacionales.

Palabras clave: Interpretación de tratados. Relaciones entre tratados sucesivos. Interacción entre tratados y costumbres. Derecho internacional del medio ambiente. Derecho del mar. Pesca de la ballena.

Abstract: Australia has instituted proceedings against Japan before the International Court of Justice on the basis of the breach of its obligations regarding whaling and whale-trading. The Australian application invokes the whaling regime as constituted of three treaties: the International Convention on the Regulation of Whaling, the Convention on International Trade of Endangered Species, and the Convention on Biological Diversity. Moreover it pledges the Court that those three treaties shall be interpreted in a systematic manner and, also with a view to international customs that may have developed on this field. The Court is given the chance to decide on relationships amongst treaties, their interpretation and their relationships with customary rules at stake.

Key words: Treaty interpretation. Conflicting treaties. Relations amongst customs and treaties. International environmental Law. Law of the sea. Regulation of whaling.

Resumé: L'Australie a demandé au Japon, devant la Cour internationale de Justice à propos de la violation des obligations relatives au le régime international de la chasse de la baleine. La demande australienne invoque le régime de chasse de la baleine qui se trouverait dans trois traités: la Convention internationale pour la réglementation de la chasse de baleines, la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore menacées d'extinction et la Convention sur la Diversité Biologique. Elle demande à la Cour que ces trois traités doivent être interprétés d'une manière systématique et à la lumière du droit coutumier international qui ont pu se développer sur cet matière. La Cour aura la chance de se prononcer sous les relations entre les dites traités, leur interprétation et leur relation avec les coutumes internationales.

Mots clés: Interprétation des traités. Traités successifs. Relations entre traités et coutumes. Droit international environnemental. Droit de la mer. Réglementation de la chasse de la baleine.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS OBLIGACIONES INVOCADAS POR AUSTRALIA. 1. La norma general y la excepción: la prohibición de la pesca de ballenas y la pesca científica en el CIRPB. 2. La relación entre el artículo 8 del CIRPB y el artículo 10 e) del Anexo. III. LA ARGUMENTACIÓN DE AUSTRALIA EN LA DEMANDA. 1. ¿Tres tratados internacionales y un solo régimen? 2. La interpretación y la aplicación del derecho consuetudinario y su posible alcance. 3. La omisión de la CNDUM en la demanda australiana. IV. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN.

El 31 de mayo de 2010, el Embajador de Australia en los Países Bajos depositaba en Secretaría de la Corte Internacional de Justicia una demanda contra Japón, fundada en el pretendido incumplimiento por parte de este Estado de sus obligaciones en materia de pesca de ballenas. La demanda australiana se centra en tres tratados internacionales que Japón habría podido vulnerar con su programa de pesca científica de ballenas, denominado JARPA-II: el Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena (CIRPB), de Washington, de 2 diciembre de 1946; la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), de Washington, de 3 de marzo de 1973; y el Convenio sobre Diversidad Biológica (CBD), de Río, de 5 de junio de 1992. Australia solicita además a la Corte que la interpretación de dichos tratados se haga de manera sistemática y teniendo en cuenta las posibles normas de derecho consuetudinario que puedan afectar a esta materia. Australia fundamenta la competencia de la Corte en las declaraciones de aceptación voluntaria de la jurisdicción del Tribunal que tanto ella como Japón han efectuado¹.

El objeto de este trabajo es analizar el problema que da origen a la demanda y los argumentos invocados por Australia, en un caso en el que se pueden apreciar coincidencias con el asunto del *atún de aleta azul*, desarrollado entre 1999 y 2000, con unos antecedentes de hecho muy similares: un convenio de conservación de pesquerías, un programa de pesca científico y la oposición a éste por poner en peligro, en opinión de Australia, la conservación de la especie².

¹ La declaración australiana se depositó el 22-3-2002, la japonesa, el 9-7-2007. La declaración japonesa prevé las siguientes restricciones de la competencia de la Corte: «This declaration does not apply to disputes which the parties thereto have agreed or shall agree to refer for final and binding decision to arbitration or judicial settlement. This declaration does not apply to any dispute in respect of which any other party to the dispute has accepted the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice only in relation to or for the purpose of the dispute; or where the acceptance of the Court's compulsory jurisdiction on behalf of any other party to the dispute was deposited or notified less than twelve months prior to the filing of the application bringing the dispute before the Court» (consultada en <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3&code=JP>). La Corte ya ha fijado fechas para la presentación de la memoria australiana, 9-5-2011, y la contramemoria japonesa, 9-3-2012.

² Laudo arbitral de 4 de agosto de 2000, *southern bluefin tuna case (Australia and New Zealand v. Japan)*, par. 24, tomado de *International Law Reports*, vol. 119, pp. 508-565.

II. LAS OBLIGACIONES INVOCADAS POR AUSTRALIA

1. *La norma general y la excepción: la prohibición de la pesca de ballenas y la pesca científica en el CIRPB*

El Convenio de Washington recoge en su preámbulo la intención de las partes de «proveer a la conveniente conservación de las existencias de ballenas y hacer posible de esa forma el desarrollo ordenado de la industria ballenera»; sin embargo, como ha puesto de manifiesto J. Juste Ruiz, el elemento relativo a la explotación de los stocks de ballenas ha ido cediendo a favor del componente conservacionista³. Esta evolución se produce en el seno de la Comisión Ballenera Internacional (CBI) mediante dos instrumentos claves. El primero de ellos son las resoluciones de la organización, en las que puede apreciarse un mayor interés por la conservación de las diferentes especies de ballenas⁴. El segundo se encuentra en las sucesivas enmiendas del Anexo del CIRPB, que, como indica el artículo 1, forma parte del Convenio y, desde el punto de vista material, contiene el grueso de la regulación de la pesca de ballenas, incluida la prohibición de pesca de ballenas, en su artículo 10.e).

³ JUSTE RUIZ, J.: *Derecho internacional del medio ambiente*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 399. En este mismo sentido indica LABAT, B.: «La Commission Baleinière Internationale à la croisée des chemins», *ADM*, 2004, pp. 211-240, en concreto p. 211: «initialement voué à l'exploitation d'un ressource vivante, peut [...] voir ses attributions évoluer jusqu'à se confondre avec la protection des espèces dont il s'agissait naguère d'organiser l'exploitation». Véase también BIRNIE, P. W.: «The Conservation and Management of Marine Mammals and Anadromous and Catadromous Species», en Ellen HEY (ed.), *Developments in International Fisheries Law*, Kluwer, La Haya, Boston, Londres, 1999, pp. 357-393, en concreto pp. 364-365. Algunos autores van aún más lejos al caracterizar esta evolución, véase SANDS, Ph.: *Principles of International Environmental Law*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 594: «in recent years, the Convention has been reoriented. Originally intended to be an instrument for the «orderly development of the whaling industry», it has been transformed into the primary international instrument prohibiting commercial whaling».

⁴ Véase BURKE, W. T.: *The New International Law of Fisheries. UNCLOS 1982 and Beyond*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 284-291. Sobre el valor de las resoluciones de este órgano en el plano internacional expone este autor lo siguiente: «The importance of membership in the IWC concerns the scope of authority to be accorded its decisions. Under normal international law principles, a state that eschews acceptance of the ICRW is not legally subject to the regulations or resolutions adopted by the organization. But for the past two decades, continuation of whaling by non-members has been called «pirate whaling» by advocates of whale protection, suggesting that the actions of the IWC somehow established standards that are binding on all states. The notion of universal standards may stem from the idea that all states are required to conserve animal species they take on the high seas (or within national jurisdiction) and that, in the case of whales, the actions of the IWC set the standards» (*ibid.*, p. 285).

La prohibición total de la pesca de ballenas con fines comerciales se acordó en 1982, entrando en vigor en la temporada costera de 1986 y la pelágica 1985/86. Su enmienda requiere del acuerdo de $\frac{3}{4}$ partes de los Estados miembros. Cuando se adopta un acuerdo de enmienda, a cada Estado le cabe la posibilidad de formular una objeción a dicho régimen, según dispone el artículo 5 del CIRPB, evitando de esta forma que se le aplique la nueva redacción del tratado. Japón presentó inicialmente una objeción al artículo 10.e) del Anexo, sin embargo, la retiró con prontitud, por lo que a todos los efectos está obligado a respetar la prohibición total de pesca de ballenas con fines comerciales. No obstante, esta prohibición no es absoluta, pues además del mecanismo de la objeción ya mencionado, Japón goza de los beneficios que corresponden a la pesca ballenera tradicional, llevada a cabo por los pueblos aborígenes que, asentados en su territorio, han vivido tradicionalmente de la pesca de ballenas. Además, Japón ha invocado el artículo 8 del Convenio que prevé que, bajo permisos especiales, los Estados parte puedan autorizar la pesca de ballenas con fines científicos, lo que Japón ha hecho mediante sus programas científicos⁵.

En la actualidad, la CBI se encuentra en un *impasse*, dado que, tras tomar la decisión de instituir la moratoria de la pesca comercial de ballenas, en 1982, la CBI encargó al Comité Científico que diseñara un programa que englobara todas las consideraciones relativas a la pesca de la ballena [llamado «Revised Management Scheme» (RMS)], siendo el elemento primordial del mismo el concretar un sistema de conservación y explotación de las ballenas, sobre la base de estudios científicos, que permitiera revisar la moratoria y sus efectos. El proceso de reforma ha sido especialmente complejo⁶, no pudiendo

⁵ Las previsiones sobre la objeción a las enmiendas, la pesca aborigen y la pesca científica operan como mecanismos de flexibilidad; véase con carácter general MARTÍN RODRÍGUEZ, P.: *Flexibilidad y tratados internacionales*, Tecnos, Madrid, Madrid, 2003, pp. 113-232.

⁶ En el curso de estas negociaciones, en 1994, se estableció un Grupo de Trabajo sobre dicho programa. En el año 2000, la CBI urgió el acuerdo sobre el RMS, ante lo dilatado del proceso. Esto permitió que se alcanzaran ciertos acuerdos en la sesión de Mónaco en 2001, fundamentalmente sobre el contenido y el procedimiento de la reforma. Con posterioridad, en la sesión de la CBI celebrada en Londres ese mismo año 2001, se decidió crear un Comité Redactor de Expertos, que debía preparar un borrador de RMS. En el año 2002, para contribuir a acelerar el proceso de reforma, se establecieron tres Grupos de Trabajo sobre costes, verificación de capturas y cumplimiento del CIRPB, de cara a simplificar los trabajos y aumentar la eficiencia del proceso. En el año 2003, se recibieron los informes de estos Grupos, ante lo que la CBI decidió crear un grupo de delegados, dirigidos por la presidencia, con el fin de hacer progresar el RMS. Dicho grupo llegó a la conclusión de que las negociaciones debían hacerse en «package», alcanzando una serie de acuerdos básicos para poder continuar con la revisión. Sin embargo, la sesión de 2004

do alcanzarse ningún acuerdo sobre las cuestiones fundamentales, debido al enfrentamiento entre los Estados partidarios de volver a permitir la pesca comercial de ballenas, entre los que figura Japón, y aquellos otros que pretenden mantener la moratoria, entre los que cabe contar a Australia⁷.

El JARPA-II es un programa de pesca científico de ballenas que utiliza métodos letales y se centra en rorcuales, rorcuales menores y ballenas jorobadas. Su origen esta en el programa de pesca científica JARPA-I, que se desarrolló entre las temporadas pesqueras 1987/1988-2004/2005. Concluido dicho programa, Japón anunció uno nuevo con idéntico fin, JARPA II. El programa JARPA-I se inició de manera simultánea a la entrada en vigor de la moratoria de la pesca de ballenas, por lo tanto, ambos programas se han desarrollado mientras se aplica la moratoria y tiene lugar la negociación del RMS.

El programa científico JARPA-I comenzó de manera simultánea a la entrada en vigor de la moratoria, concluyendo en la temporada de pesca 2004/2005 con unos resultados que no fueron satisfactorios para Japón, que estima el elemento científico como decisivo en la toma de decisiones en su política de pesquerías⁸. Dichos resultados motivaron que se diseñara JARPA II, programa que se ha iniciado en la temporada 2005/2006 con unas capturas menores, inicialmente, que en JARPA I, pero que progresivamente han aumentado⁹. Este volumen de pesca científica ha merecido críticas por parte

no logró los avances sustanciales que se esperaban, lo que llevó a que se rescatase al Grupo de Trabajo sobre el RMS. De esta manera, los trabajos del Grupo se han ido posponiendo sin que hubiera logros especialmente sustantivos, por lo que en 2008 la CBI constituyó un Grupo Reducido de Trabajo. Este Grupo Reducido cuenta con el auxilio de un Grupo de Apoyo, que trata de facilitar el consenso en los diferentes puntos controvertidos de las negociaciones, manteniendo la idea del «package deal». En cualquier caso, los trabajos de reforma no han concluido y parece que el acuerdo está lejos, sobre todo a la vista de que dos de los Estados que más activamente participan en las negociaciones forman parte de este asunto. Véase el resumen que hace la propia CBI en <http://www.iwcoffice.org/conservation/rms.htm>

⁷ SCOVAZZI, T.: «The Evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges», *R. des C.*, t.-286, pp. 39-244, en concreto pp. 187, 192.

⁸ Puede verse en diversas partes de CHYUKI, M.: «The Fisheries of Japan under the New Law of the Sea», *Asian YBIL*, Vol.8, 1998/1999, pp. 59-76.

⁹ Según las cifras que suministra la demanda australiana, en el período de adaptación de dos temporadas, se han pescado 1364 rorcuales menores y 13 rorcuales comunes; en la temporada 2007/2008, 551 rorcuales menores; en la 2008/2009, 680 rorcuales menores y uno común; en la temporada siguiente se citan cifras provenientes de medios de comunicación (506 rorcuales menores y un rorcual común); y se concluye recalando que el JARPA II prevé cuotas «científicas» anuales de aproximadamente 850 rorcuales menores (con una variación del 10%), 50 rorcuales comunes y 50 ballenas jorobadas.

de los Estados miembros y de la propia CBI. Estas críticas no eran nuevas, ya que desde el inicio de JARPA I, la CBI ha manifestado su preocupación por el alcance de esta pesca científica y su efecto sobre el total de la población de ballenas. Obviamente, estas preocupaciones se han mantenido con respecto a JARPA-II, como demuestra la resolución 2005-1 de la CBI:

«RECALLING that since the moratorium on commercial whaling came into force in 1985/1986, the IWC has adopted over 30 resolutions on Special permit whaling in which it has generally expressed its opinion that the Special Permit whaling should: be terminated and scientific research limited to non-lethal methods only (2002-3); refrain from involving the killing of cetaceans in sanctuaries (1998-4); ensure that the recovery of populations is not impeded (1987); and take account of the comments of the Scientific Committee (1987) [...]

CONCERNED that more than 6800 Antarctic minke whales (*Balaenoptera bonaerensis*) have been killed in Antarctic waters under the 18 year of JARPA, compared with a total of 840 whales killed globally by Japan for scientific research in the 31 year period prior to the moratorium [...]

ALSO NOTING that some humpback whales which will be targeted by JARPA II belong to small, vulnerable breeding populations around small island States in the South Pacific and that even small takes could have a detrimental effect on the recovery and survival of such populations [...]

STRONGLY URGES the Government of Japan to withdraw its JARPA II proposal or to revise it so that any information needed to meet the stated objectives of the proposal is obtained using non-lethal methods»¹⁰.

Esta petición de la CBI fue desatendida por el Gobierno Japonés, que continuó con cifras similares en cuanto a la pesca científica, también en aguas del Santuario del Océano Antártico, a tal punto que en la resolución 2007-1, de nuevo, se abordó el programa japonés, constatando la preocupación de la CBI al comprobar que el Gobierno nipón mantenía su conducta y además anunciaba una cuota de pesca científica que casi duplicaba la de años anteriores. Esto motivó que la CBI declarase que «the aims of JARPA II [that] do not address critically important research needs», pidiendo que el Gobierno de Ja-

¹⁰ Resolución 2005-1 de la CBI, adoptada en la sesión anual celebrada en Ulsan, Corea, en 2005. Tomada de <http://www.iwcoffice.org/meetings/resolutions/resolution2005.htm>

pón «to suspend indefinitely the lethal aspects of JARPA II, conducted within the Southern Ocean Whale Sanctuary»¹¹.

En este contexto debe situarse la demanda australiana, que incide sobre los siguientes elementos. En la actualidad, el artículo 10.e) del Anexo contempla que el total de capturas de ballenas permitido con fines comerciales es igual a cero, por tanto una prohibición total de pesca¹², estableciendo un régimen jurídico rígido para la pesca comercial. Junto con estas consideraciones sobre la moratoria, la demanda hace referencia a que Japón habría capturado ballenas en el «Santuario Antártico»¹³, previsto también el Anexo y en cuyas

¹¹ Resolución 2007-1, de la CBI, adoptada en la sesión anual celebrada en Anchorage, Estados Unidos, en 2007. Tomada de <http://www.iwcoffice.org/meetings/resolutions/resolution2007.htm>. Véase LABAT, B.: «La Commission Baleinière Internationale...», *op. cit.*, p. 215, el alcance científico del programa japonés puede valorarse comparándolo con Islandia, que también ha utilizado el artículo 8 y concedido permisos para pesca de ballenas con fines científicos, necesitando para ello 36 rorcuales menores en 2003 y 25 en la campaña del año 2004.

Japón ya ha utilizado este tipo de programas científicos que han colisionado con los intereses australianos. Nos referimos al caso del atún de aleta azul y el conflicto entre Japón, Australia y Nueva Zelanda relativo al programa de pesca experimental, en el que Japón también invocaba fines científicos para permitir la misma, y en el que se dieron coincidencias con el planteamiento del supuesto que nos ocupa. En efecto, como puede verse en Laudo arbitral de 4 de agosto de 2000, *southern bluefin tuna case (Australia and New Zealand v. Japan)*, doc. cit., par. 24, p. 519, donde se explica que al no poder alcanzarse un acuerdo sobre el TAC a partir del año 1994 entre los tres Estados: «... Japan pressed in the Commission not only for TAC increase, initially of 6000 tons and then of 3000 tons in its allotment, but also for agreement upon a joint Experimental Fishing Program [...] whose particular object would be to gather data in those areas where fishing SBT no longer took place, with a view to reducing scientific uncertainty about recovery of the stock. Japan sought agreement upon its catching 6000 FFP tons, annually for three years, for experimental fishing, in addition to its commercial allotment; it subsequently reduced that request to 3000 tons, also the same amount that it sought by way of increase in its TAC».

¹² Para SANDS, Ph.: *Principles of International...*, *op. cit.*, p. 594, se debe a que en aquel entonces la composición de la CBI pasó a contar con más países que se oponían a la pesca de ballenas a diferencia de lo que había ocurrido con anterioridad. En cuanto al valor de esta previsión del Anexo, queda aclarado en el CIRPB, cuyo artículo 1 establece que «el presente Convenio incluye el anejo adjunto al mismo y que forma parte integrante de dicho Convenio. Todas las referencias al «Convenio» se entenderá que incluyen dicho anejo bien en sus términos actuales o modificado con arreglo a lo dispuesto en el artículo V».

¹³ En el Anexo se detallan las coordenadas geográficas que ocupa, incluyendo gran parte de las aguas del Océano Antártico. Recordemos en este punto que el Derecho internacional otorga un régimen especial a este continente, véase BERMEJO GARCÍA, R. y BOU FRANCH, V.: «La celebración del Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente: orígenes y negociaciones», *ADI* (1993), pp. 155-211; *id.*: «El Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente: algunas reflexiones», *ADI* (1994), pp. 325-334; BERMEJO GARCÍA, R.: «Aplicando el Protocolo de Madrid sobre la protección del medio ambiente antártico: comentario en torno a la Ley francesa de 15 de abril de 2003, relativa a la protección del medio ambiente antártico», *REDI* (2004), pp. 516-52; BOU FRANCH, V.: «Nuevos desarrollos de la cooperación antártica: el protocolo de 1991 al acuerdo entre España y Argentina», *REDI* (1992), pp. 262-265.

aguas, según dispone dicho tratado, no cabría la pesca de ballenas, ni con fines comerciales, ni con fines científicos¹⁴. Australia considera que Japón emplea el artículo 8 del CIRPB, relativo a los permisos especiales de pesca científica, para dar cobertura legal a la pesca comercial de ballenas o, al menos, emplea la pesca científica de forma abusiva. A todo lo anterior, Australia añade consideraciones sobre el comportamiento japonés en el desarrollo de las negociaciones del RSM, haciendo especial hincapié en su negativa a cesar en la pesca científica de ballenas mientras se desarrolla dicha negociación, posición ya conocida por ambos países, pues es la misma que sostuvieron en el caso del *atún de aleta azul*¹⁵. En relación con el comportamiento durante las negociaciones, B. Labat señala:

«Percevoir avec quelque exactitude les contours de l'ensemble que composent les partisans de la reprise de la chasse est autrement plus délicat, ne fût-ce que dans la mesure où cet ensemble, ainsi qu'on l'a vu, n'est pas homogène d'un point de vue technique (les situations de la Norvège et du Japon étant par exemple différentes à l'égard de la moratoire). A cette première circonstance s'en ajoute toutefois une deuxième: la suspicion dans laquelle le Japon est tenu d'encourager les nouvelles adhésions, mais aussi d'échanger des aides financières contre un vote favorable à ses thèses au sein de la Commission, pratique que la terminologie anglo-saxonne qualifie parfois de «*vote-buying*» ou encore «*treaty-busting*» bien que ces formules soient évidemment dénuées de valeur proprement juridique. Au reste, il faut admettre d'emblé que ces pratiques, si elles existent, échappent à l'analyse comme à l'orthodoxie juridiques et qu'il est de surcroît à peu près impossible d'en démontrer l'exercice, ce qui est évidemment hors propos ici»¹⁶.

¹⁴ Véase LABAT, B.: «La Commission Baleinière Internationale...», *op. cit.*, pp. 212 y 213.

¹⁵ En concreto, Australia da a entender que Japón ha tratado de prolongar las negociaciones, con el fin de mantener su programa de pesca científica. Ya hemos visto que el proceso de reforma del CIRPB y su Anexo están resultando especialmente difíciles, tanto que la propia Organización ha acudido al método del «package deal» para proseguir las negociaciones. En el curso de las mismas, se han creado un Grupo Reducido de Trabajo y un Grupo de Apoyo, en el marco de cuyos trabajos se ha intentado negociar la cuestión de los permisos especiales, buscando un texto de consenso. La posición australiana ha consistido en exigir una revisión de los permisos especiales, obviamente, en la óptica de restringir los programas de pesca científica. Japón, por su parte, se ha amparado en el acuerdo sobre el «packaged deal», considerando que, en cualquier caso, para acordar una revisión del régimen de los programas de pesca científica, debe darse simultáneamente una revisión de la moratoria. Remitimos al Laudo arbitral de 4 de agosto de 2000, *southern bluefin tuna case (Australia and New Zealand v. Japan)*, par. 24.

¹⁶ LABAT, B.: «La Commission Baleinière Internationale...», *op. cit.*, p. 224.

Japón ha defendido su programa científico y lo ha empleado en las negociaciones del RMS. El elemento científico es básico en la política pesquera japonesa y en las negociaciones de la CBI, puesto que en el marco de la RMS se ha reafirmado siempre la necesidad de datos y estudios científicos amplios para poder fundar las decisiones que se tomen¹⁷. Las investigaciones efectuadas en el marco de JARPA-I y JARPA-II han resultado, hasta el momento, contradictorios con las posturas del Comité Científico de la CBI y otros Estados, pues parecen indicar que las ballenas, en concreto el rorcual menor y la ballena jorobada (las principales capturas de JARPA II), serían una de las causas que concurrirían a la extinción de algunas especies de peces, fundamentalmente migratorios y transzonales, esenciales para la alimentación humana, motivo por el cual deberían retomarse la pesca comercial de las ballenas¹⁸: es decir, salvar otras especies consumidas por humanos mediante la pesca comercial de rorcuales menores y ballenas jorobadas. En el caso del *atún de aleta azul*, Japón actuó de manera parecida, sosteniendo, con base en sus estudios científicos, que la regeneración de la población era óptima y permitía continuar la pesca comercial, mientras que Australia y Nueva Zelanda consideraban totalmente

¹⁷ Véase CORNAGO PRIETO, N.: «Conocimiento experto y ordenación internacional de pesquería: un acercamiento crítico a las implicaciones políticas de la investigación científica marina», en José Manuel SOBRINO HEREDIA (coord.), *Mares y océanos en un mundo en cambio: Tendencias jurídicas, actores y factores. XI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. A Coruña, 22-24 septiembre de 2005*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 749-772; GRAY, J. S.: «Integrating Precautionary Scientific Methods into Decision-Making», en David FREESTONE, Ellen HEY (eds.): *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, Kluwer, La Haya, 1996, pp. 133-146, en concreto pp. 143-146; MOLTKE, K., von: «The Relationship between Policy, Science, Technology, Economics and Law in the Implementation of the Precautionary Principle», en David FREESTONE, Ellen HEY (eds.): *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, Kluwer, La Haya, 1996, pp. 97-108, en concreto pp. 98 y 99; MOUTON, M. W.: «The Impact of Science on International Law», *R. des C.*, t.-119 (1966-III), pp. 183-260, en concreto p. 193: «The author does believe that the enormous scientific and technological advances are having a substantial impact on international affairs, and on international law itself»; SANDS, Ph.: *Principles of International Law*, op. cit., p. 592; SHELTON, D.: «The Impact of Scientific Uncertainty on Environmental Law and Policy in the United States», en David FREESTONE, Ellen HEY (eds.): *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, Kluwer, La Haya, 1996, pp. 209-229, en especial pp. 211-218; y WOLFRUM, R.: «Precautionary Principle», en Jean-Pierre BEURJER, Alexandre KISS y Said MAHMOUDI (eds.): *New Technologies and Law of the Environment. Nouvelles technologies et droit de l'environnement marin*, Kluwer, La Haya, Londres, Boston, 2000, pp. 203-213, en concreto pp. 205-208

¹⁸ Véase la exposición de la postura japonesa que hace LABAT, B.: «La Commission Baleinière Internationale...», op. cit., en varias partes del artículo, pero en especial en p. 250.

errónea semejante apreciación. Japón basó sus alegaciones en la fase de medidas provisionales ante el TIDM en las evidencias científicas, estrategia que reiteraría también ante el Tribunal arbitral¹⁹. Esta postura llevó a que el Juez Laing, en su Opinión Individual, afirmase lo siguiente:

«It is ironic that these disagreements about science and natural resources should result in judicial proceedings when the Respondent consumes the overwhelming majority of the harvest of southern bluefin tuna and is therefore the ultimate financial resource»²⁰.

La cuestión de los estudios científicos contradictorios es uno de los problemas que están apareciendo en la práctica forense internacional. La Corte Internacional de Justicia ya ha tenido ocasión de señalar que al órgano judicial que decide le corresponde recibir y estudiar las pruebas científicas que aportan las partes, teniendo en cuenta que las mismas deben servir al objeto de aclarar el asunto y determinar los hechos que se dan en el caso de manera plenamente racional y consciente²¹.

¹⁹ Véase Laudo arbitral de 4 de agosto de 2000, *southern bluefin tuna cases (Australia and New Zealand v. Japan)*, doc. cit., par. 39, p. 535.

²⁰ Decisión sobre la petición de medidas provisionales del TIDM, asunto *southern bluefin tuna cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, 27-8-1999, Opinión Separada del Juez Laing, par.22.

²¹ CIJ, Sentencia de 20-4-2010, asunto de las *plantas de pasta de papel en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, *ICJ Reports 2010*, pars.165-168: «The Court now turns to the issue of expert evidence. Both Argentina and Uruguay have placed before the Court a vast amount of factual and scientific material in support of their respective claims. They have also submitted reports and studies prepared by experts and consultants commissioned by each of them, as well as others commissioned by International Finance Corporation in its quality as lender to the project [...] The Parties, however, disagree on the authority and reliability of the Studies and reports submitted as part of the record and prepared, on the one hand, by their respective experts and consultants, and on the other, by experts on the IFC, which contain, in many instances, conflicting claims and conclusions [...] The Court has given most careful attention to the material submitted to it by Parties, as will be shown in its consideration of the evidence below with respect to alleged violations of substantive obligations [...] As for the independence of such experts, the Court does not find it necessary in order to adjudicate the present case to enter into a general discussion on the relative merits, reliability and authority of the documents and studies prepared by experts and consultants of the Parties. It needs only be mindful of the fact that, despite the volume and complexity of the factual information submitted to it, it is the responsibility of the Court, after having given careful consideration to all evidence placed before it by the Parties, to determine which facts must be considered relevant, to assess their probative value, and to draw conclusions from them as appropriate. Thus, in keeping with its practice, the Court will make its own determination of the facts, on the basis of the evidence presented to it, and then it will apply the relevant rules of international law to those facts which it has found to have existed».

En cuanto al incumplimiento del régimen especial del Santuario del Océano Antártico, recogido en el artículo 7.b) del Anexo, conforme al cual no cabe ningún tipo de pesca, comercial o científica, en las aguas que lo integran, conviene precisar que Japón sólo incumpliría esta obligación con respecto a la ballena jorobada y al rorcual común, dado que cuando se creó el Santuario, Japón presentó una objeción a que se incluyera al rorcual menor como una de las especies protegidas en dicho espacio marino²².

2. *La relación entre el artículo 8 del CIRPB y el artículo 10.e) del Anexo*

El caso que nos ocupa plantea la cuestión de la relación entre el artículo 8 CIRPB y el artículo 10.e) del Anexo, con el fin de determinar cuál es la regla general y cuál la excepción. Se trata de un problema de interpretación para cuya solución hay que acudir a los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. En concreto debemos interpretar el artículo 10.e) del Anexo, que establece que la cuota total permitida de captura de ballenas para fines comerciales es cero²³ y junto esta previsión, el artículo 8 del CIRPB, que establece que:

«No obstante lo dispuesto en el presente Convenio, cualquier Gobierno Contratante podrá conceder a sus nacionales un permiso especial que le autorice para matar, capturar y tratar ballenas a efectos de investigación científica, con sujeción a las restricciones en cuanto al número, así como a las demás condiciones que el Gobierno Contratante estime apropiadas; y la muerte, captura y tratamiento de ballenas con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, no quedarán afectados por las aplicación del presente Convenio».

Esta norma contiene una excepción a un régimen general, como indica la conjunción con la que se abre la frase, es decir, una forma de flexibilizarlas medi-

²² En la versión del CIRPB publicado en la página web de la CBI puede verse esta nota a pie de página con respecto al artículo 7.b) del Anexo: «The Government of Japan lodged an objection within the prescribed period to paragraph 7 (b) to the extent that it applies to the Antarctic minke whale stocks [...] For all Contracting Governments except Japan paragraph 7 (b) came into force on 6 December 1994».

²³ Los términos exactos del CIRPB son: «No obstante las demás disposiciones del párrafo 10, los límites de captura para la matanza con fines comerciales de ballenas de todas las poblaciones para la costera de 1986, temporadas pelágicas 1985-1986 y posteriores serán cero hasta que la Comisión decida otra cosa».

das generales adoptadas en el artículo 10.e)²⁴. Esta redacción no deja duda de que la norma general en el CIRPB es la prohibición de la pesca de ballenas, lo cual creemos que se corrobora con las resoluciones de la CBI, en las que se hace mención de las circunstancias excepcionales que deben presidir los permisos de pesca científica²⁵. El hecho de que estemos ante una excepción nos indica que la misma no puede erigirse en una norma general, o dicho de otra manera, no puede invertirse el objeto y el fin del tratado y convertir en norma general la excepción.

Así es, no puede privarse de efecto útil a la norma general, ya que como afirmaba G. Berlia: «Il s'agira bien comme dans le premier stade de la règle, d'opter en faveur d'une interprétation qui ne laisse pas un texte inopérant. Cependant ce ne sera plus l'existence d'un mot qui sera rendue effective; c'est la portée d'une clause toute entière, d'un traité dans son ensemble»²⁶. Para garantizar dicho resultado útil, es necesario determinar el objeto y el fin del tratado, con carácter general, y su materialización entre ambos artículos, como proponían L. Oppenheim y H. Lauterpacht²⁷. Esta operación permite poner de manifiesto su respectivo y recíproco alcance²⁸ y debe hacerse teniendo en cuenta el principio de buena fe²⁹, ya que «the combination of good faith and taking account of object and purpose results in an outcome that is more likely to reflect effectively the true intentions recorded in the text than would a purely literal approach»³⁰. El uso que del artículo 8 hace Japón, en relación con la regla general del artículo 10.e), a la luz de la evolución del CIRPB hacia

²⁴ Véase MARTÍN RODRÍGUEZ, P.: *La flexibilidad...*, *op. cit.*, pp. 161-174.

²⁵ Además de otras ya mencionadas más arriba nos referimos, en especial, a la Resolución de la CBI 2003-2, sobre la pesca de ballenas en régimen de permiso especial, adoptada en la sesión de Berlín en 2003.

²⁶ BERLIA, G.: «Contribution à l'interprétation des traités», *R. des C.*, t.-111 (1965-I), pp. 287-331, en concreto p. 308.

²⁷ Véase la edición a cargo de Hersch LAUTERPACHT (ed.) de OPPENHEIM, L.: *International Law. A Treatise*, 7ª ed., Longmans, Londres, Nueva York, Toronto, 1948, pp. 859: «The whole of the treaty must be taken into consideration, if the meaning of any one of its stipulations is doubtful; and not only the wording of the treaty, but also its purpose, the motives which led to its conclusion, and the conditions prevailing at the time».

²⁸ Véase también LALY-CHEVALIER, C.: *La violation du traité*, Bruylant, Bruselas, 2005, p. 121: «Le recours à l'objet et au but du traité aux fins de déterminer ce à quoi les parties se sont obligués, ne dispense guère de l'analyse *in concreto* des obligations conventionnelles. Cette operation se révèle être ardue et, dans certaines circonstances, peu gratifiante compte tenu du caractère hétérogène et complexe du contenu du traité».

²⁹ Véase KOLB, R.: *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, PUF, París, 2000, p. 276.

³⁰ GARDINER, R.: *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2008, p. 152.

la protección de las especies y de las resoluciones de la CBI ya citadas³¹, exige que las cifras de captura de JARPA II y su carácter letal sean valorados científicamente, con el fin de demostrar si verdaderamente responden a una finalidad tutelada por el CIRPB o si, por el contrario, encubren una pesca comercial bajo la apariencia de científica o son una pesca científica abusiva, pero deberá hacerse entendiendo que los permisos especiales son excepcionales³².

Como ya se ha apuntado, la posición de la CBI confirma esta interpretación. En efecto, la CBI ha tenido ocasión de pronunciarse sobre algunos aspectos relativos a la pesca científica de ballenas en relación con el programa, también japonés, JARPN que, a diferencia del que es objeto de la demanda australiana, se desarrolla en el Océano Ártico. En estos supuestos, la CBI ha recordado el carácter excepcional que debe tener la pesca científica y la preferencia por los métodos de investigación no letales³³. Pero además, la preocupación por la conducta japonesa ha llevado a la CBI a adoptar la siguiente declaración en relación con JARPA-I y JARPN:

«RFCALLING that since the adoption of the moratorium on commercial whaling in 1985/1986, the IWC has adopted over 30 resolutions on special permit whaling in which it has expressed its opinion that special permit whaling should: only be permitted in exceptional circumstances (1995-8 and 9); meet critically important research needs (1987); satisfy criteria established by the Scientific Committee; be consistent with the Commission's conservation policy (1987/1); be conducted using non lethal research techniques (1995-9); and ensure the conservation of whales in sanctuaries (1995-8)»³⁴.

³¹ Sobre el valor interpretativo de las resoluciones puede verse FERNÁNDEZ CASADEVANTE ROMANÍ, C.: *La interpretación de las Normas Internacionales*, Aranzadi, 1996, Pamplona, pp. 122-137; SCHACHTER, O.: «International Law in Theory and Practice. General Course in Public International Law», *R. des C.*, t.-178 (1982-V), pp. 9-396, en concreto pp. 110-132.

³² Véanse los comentarios de LALY-CHEVALIER, C.: *La violation du traité, op. cit.*, pp. 115 y 116, sobre las obligaciones de cooperación y de diligencia en diversos tratados y las dificultades que presenta determinar su incumplimiento.

³³ Resolución de la CBI 2000-5, sobre la pesca en régimen de permiso especial en el Santuario del Océano Ártico, adoptada en la sesión de Adelaida en 2000: «RFCALLING previous IWC Resolutions on whaling under Special Permit adopted by the Commission (1996-7, 1997-5, 1998-4, and 1999-3) and in particular Resolution 1995-9, in which the Commission recommended that scientific research involving the killing of cetaceans should only be permitted in exceptional circumstances where the questions address critically important issues which cannot be answered by the analysis of existing data and/or use of non-lethal research techniques».

³⁴ Resolución de la CBI 2003-2, sobre la pesca de ballenas en régimen de permiso especial, adoptada en la sesión de Berlín en 2003.

Visión que reiteraría en la ya citada resolución 2005-2, sobre JARPA-II, en la que pedía que se hiciera llegar al Comité Científico de la CBI los resultados de JARPA-I, así como tiempo para el análisis de los datos suministrados e instaba a Japón a utilizar métodos no letales en la pesca científica, sobre todo a la vista del efecto que podría tener sobre la población de ballenas jorobadas³⁵. La CBI no menciona un ánimo abusivo en el empleo del artículo 8, pero sin embargo ha recomendado ciertas condiciones para permitir la pesca científica: que se dé bajo circunstancias excepcionales, que la investigación trate sobre cuestiones de importancia crítica, que la investigación se adecue a los criterios establecidos por el Comité Científico de la CBI, que se lleve a cabo evitando los métodos letales y que garantice la conservación de las especies afectadas en los Santuarios; elementos que la propia CBI cuestiona que se den en el caso de JARPA-I, JARPA-II y JARPN.

3. *Las posibles violaciones de las obligaciones contenidas en la CITES y en el Convenio sobre Diversidad Biológica*

Australia alega en su demanda que Japón habría vulnerado también el artículo 2 de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), en el que se recogen los principios fundamentales de la Convención³⁶, uno de los cuales es que los Estados partes «no permitirán el comercio en especímenes de especies incluidas en los Apéndices I, II y III, excepto de acuerdo con las disposiciones de la presente Convención». A estos efectos, las especies de ballena pescadas en el marco de JARPA II están incluidas en el Apéndice I³⁷, aunque debe recordarse, como

³⁵ Resolución 2005-2 de la CBI, doc.cit.

³⁶ Véase ELIZALDE CARRANZA, M. Á.: «Las medidas comerciales multilaterales para la protección del medio ambiente», *ADI*, vol. XXIII, 2007, pp. 279-314, en concreto pp. 290-292.

³⁷ La inclusión de estas especies en el Apéndice es fruto de la cooperación entre la CBI y CITES, que la CBI considera fructífera y provechosa, como puede verse en la resolución 2001-5: «RECALCULATING that the IWC has passed numerous resolutions (IWC Resolutions 1994-7; 1995-6; 1996-3; 1997-2 and 1998-8 and 1999-6) welcoming the continuing cooperation between CITES and the IWC on issues related to trade in whale products, and urging all governments to continue to support IWC and CITES obligations with respect to this issue; COGNISANT that all species of whales in the Schedule to the IWC have been listed in Appendix I of CITES (with the exception of the Wets Greenland stock of minke whales, which is listed in Appendix II of CITES); and that by virtue of the inclusion of these species in Appendix I, CITES requires

hace la propia demanda australiana, que Japón ha objetado la inclusión del rorcual común y del rorcual menor en dicha lista. Australia entiende que se ha vulnerado el artículo 3 apartado 5:

«La introducción procedente del mar de cualquier espécimen de una especie incluida en el Apéndice I requerirá la previa concesión de un certificado expedido por una Autoridad Administrativa del Estado de introducción. Únicamente se concederá un certificado una vez satisfechos los siguientes requisitos:

a) que una Autoridad Científica del Estado de introducción haya manifestado que la introducción no perjudicará la supervivencia de dicha especie;

b) que una Autoridad Administrativa del Estado de introducción haya verificado que quien se propone recibir un espécimen vivo lo podrá albergar y cuidar adecuadamente; y

c) que una Autoridad Administrativa del Estado de introducción haya verificado que el espécimen no será utilizado para fines primordialmente comerciales».

Ésta es una consecuencia clara de la posición australiana: dado que entiende, como hemos visto, que se incumple el artículo 10.e) del Anexo, cualquier comercio que afecte a productos derivados de esa pesca ilegal es también ilegal. Por otro lado, para Australia las autoridades japonesas no verifican los extremos que requiere este artículo³⁸.

En cuanto a las obligaciones contenidas en el CBD, Australia sostiene, en su demanda, que Japón habría violado las obligaciones que le incumben en este Convenio y que le obligarían a:

«... ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of

that Parties not issue any import or export permits for whales stocks for which the IWC has set zero catch limits». Resolución 2001-5 de la CBI, adoptada en su sesión de Londres, año 2001, <http://www.iwcoffice.org/meetings/resolutions/resolution2001.htm>

Véase LABAT, B.: «La Commission baleinière internationale...», *op. cit.*, pp. 230 y 231, donde expone cómo Japón presionó a la Conferencia de las partes de la CITES con el fin de que el rorcual menor fuera eliminado del Apéndice I, ante lo cual la Conferencia consultó a la CBI, que mantuvo su posición en torno al peligro que corría esta especie.

³⁸ Por su semejanza con este caso, recordamos el Laudo Arbitral de 4 de agosto de 2000, *southern bluefin tuna cases (Australia and New Zealand v. Japan)*, doc. cit., par. 52, p. 548: «... the Tribunal recognizes as well that it is a commonplace of international law and State practice for more than one treaty to bear upon a given dispute [...] There is frequently a parallelism of treaties...»

national jurisdiction (Article 3), to cooperate with other Contracting Parties, whether directly or through a competent international organisation (Article 5), and to adopt measures to avoid or minimize adverse impacts on biological diversity (Article 10 [b])».

Como puede verse, estamos ante una consecuencia lógica de la primera alegación australiana: si se procede a la pesca científica con fines fraudulentos, poniendo en peligro una especie animal y perjudicando el interés de otros Estados y, además, se entorpece la negociación de la reforma del CIRPB para mantener dicha situación, parece natural que se invoquen estas obligaciones que obligan a preservar las especies pescadas en JARPA-II.

Es cierto que el Convenio sobre Diversidad Biológica (CBD) «has been criticized by a number of international lawyers, mainly because of its conditional drafting language, unclear provisions, and lack of compliance mechanisms»³⁹, pero el uso de este tipo de lenguaje no equivale a afirmar que no se puedan encontrar obligaciones en el texto y que el incumplimiento de las mismas sea imposible de determinar. En este sentido, como recuerdan P. Birnie y A. Boyle, «at very least it does provide some general basis for international action, having all states an interest in, and the right to conserve biodiversity, and for the parties to the Convention and even non-parties to observe and comment upon progress of other in fulfilling their respective obligations and responsibilities for this purpose, both within their own national jurisdiction and beyond it, as discussed below [...] Article 5 does require states to cooperate, directly or through international organizations concerning areas beyond national jurisdiction and other matters of mutual interest for conservation and sustainable use of biological diversity...»⁴⁰. Con independencia de que se requiera de una acción internacional más decidida en este ámbito⁴¹, pueden encontrarse elementos para conocer el alcance de estas obligaciones y formas de ejecutarlas⁴².

³⁹ KOESTER, V.: «The Nature of the Convention on Biological Diversity and its Application of Components of the Concept of Sustainable Development», *IYBIL* (2006), pp. 57-137, en concreto p. 58.

⁴⁰ BIRNIE, P. y BOYLE, A.: *International Law and the Environment*, *op. cit.*, pp. 573 y 575.

⁴¹ Véase PONTE IGLESIAS, M^a. T.: «Protección de la biodiversidad marina más allá de la jurisdicción nacional y gestión sostenible de las pesquerías de aguas profundas», en Jorge PUEYO LOSA y Julio JORGE URBINA (coords.): *La cooperación internacional en la ordenación de los mares y océanos*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 223-262, en concreto 228-235.

⁴² Véase SANDS, Ph., *Principles of Environmental Law*, *op. cit.*, pp. 517-519.

III. LA ARGUMENTACIÓN DE AUSTRALIA EN LA DEMANDA

Australia propone, para fundamentar su posición, una interpretación conjunta y sistemática de los tres tratados internacionales mencionados, articulada sobre las relaciones de compatibilidad previstas en sus textos. Además, trae a colación la costumbre internacional bajo dos puntos de vista diversos: la interpretación de los tratados y la aplicación de normas consuetudinarias pertinentes al caso.

1. *¿Tres tratados internacionales y un solo régimen?*

En primer lugar, puede establecerse una relación ley general-ley especial entre el CIRPB, la CITES y el CBD. En efecto, las obligaciones contenidas en los respectivos artículos del CBD son lo suficientemente amplias como para necesitar instrumentos de ejecución del tratado⁴³, por una parte, y como para afectar al ámbito de aplicación de otros tratados, por otra. En este sentido, el CBD actúa como

«...broad «Framework» convention that sets out general principles and commitments on an extensive range of issues related to biodiversity [...] There is a clear rationale for a complementary and mutually supportive relationship between these agreements. The policy aims appear complementary: CITES is a specific agreement addressing unsustainable exploitation due to international trade, an aim easily encompassed by the CBD's aims of conservation and sustainable use of biodiversity [...] There is no apparent legal conflict. CITES contains a provision stating that it does not affect obligations incurred deriving from subsequently concluded international agreements relating to «other aspects» of, *inter alia*, trade and taking of specimens, while the CBD contains an unusual provision preserving rights and obligations deriving from any existing international agreement...»⁴⁴.

A lo que añade el artículo 22 del CBD que se presume la compatibilidad de los tratados, «excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumpli-

⁴³ Véase JUSTE RUIZ, J.: *Derecho internacional del medio ambiente*, op. cit., pp. 415-417; SANDS, Ph.: *Principles of Environmental Law*, op. cit., p. 517.

⁴⁴ COONEY, R.: «CITES and the CBD: Tensions and Synergies», *RECIEL* (2001), pp. 259-267, en concreto, pp. 260 y 261.

miento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro», lo que no parece que se dé en relación con la CITES y el CIRPB⁴⁵.

La relación entre el CIRPB y el CBD es clara: el CIRPB pretende regular una pesca sostenible de cetáceos, garantizando, en primer lugar, la pervivencia de las especies balleneras, es decir, de una forma de biodiversidad⁴⁶. El CIRPB, aunque anterior al CBD, determinaría una medida mucho más concreta de protección de la biodiversidad y de cooperación, más precisa que aquellas contenidas en el CBD, una *lex specialis*, que respetaría los límites que recoge el artículo 22 del CBD.

Cabe recordar que el artículo 30 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, al regular estas cuestiones, emplea –como se ha dicho– «la más ambigua locución «aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia», [lo que] permite englobar en su ámbito, no sólo los supuestos de conflictos entre tratados, sino cualquier otra relación entre tratados sin necesidad de encontrarse en situación de contradicción», aunque en dichas normas se constata la «ausencia de disposición alguna que recoja una mínima referencia al criterio de la *lex specialis*; circunstancia que resulta ciertamente paradójica si tenemos presente el papel tan significativo que opera dicha regla en el derecho internacional, y que, por otra parte, supone una toma de posición de la CDI de ignorancia (no justificada) respecto de la aplicación que de la misma ha hecho la práctica y la jurisprudencia internacionales para la solución de los conflictos de tratados»⁴⁷. La Comisión de Derecho Internacional ha tenido

⁴⁵ Véase MAFFEI, M.C.: «The Relationship between the Convention on Biological Diversity and Other International Treaties on the Protection of Wildlife», *ADI* (1995), pp. 129-167, en p. 145, expone que: «Similarly the Biodiversity Convention could prevail over a previous treaty when the latter provides for sort of «objecting procedures» as regards some of its provisions. This is the case, for instance, of the 1946 International Convention for the Regulation of Whaling [...] The Parties to ICRW may object to the decisions of the International Whaling Commission which constitute the Schedule to the Convention. If they do so, they are not bound by the objected provisions which forma an integral part of the ICRW».

⁴⁶ Sobre el concepto de biodiversidad véase JUSTE RUIZ, J.: *Derecho internacional del medio ambiente*, *op. cit.*, pp. 412-415; KLEMM, C. de: «Fisheries conservation and Management and the Conservation of Marine Biological Diversity», en Ellen HEY (ed.): *Developments in International Fisheries Law*, *op. cit.*, pp. 423-500, en concreto, pp. 424-427.

⁴⁷ LÓPEZ MARTÍN, A. G.: *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, pp. 85 y 105; en idéntico sentido puede verse SADAT-AKHAVI, S. A.: *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Nijhoff, Leiden, Boston, 2003, pp. 59-84.

ocasión de examinar este tipo de conflictos entre tratados, apuntando a un doble valor de este criterio de relación entre normas que bien puede entenderse en el sentido de que

«la norma específica se debe leer e interpretar dentro de los límites o del marco de la norma general, típicamente como desarrollo, actualización o especificación técnica de la última. En tal caso, la norma específica y la norma general apuntan, por así decirlo, en la misma dirección.

57. Sin embargo, en algunas ocasiones la *lex specialis* se interpreta de manera más estricta cuando dos disposiciones jurídicas, que son tanto válidas como aplicables y que no tienen una relación jerárquica expresa entre ellas, marcan direcciones incompatibles en la forma de abordar el mismo conjunto de hechos. En tal caso, la *lex specialis* se presenta como una técnica de solución de conflictos. Sugiere que en vez de la norma (general) se debe aplicar la excepción (específica). Aun así, en ambos casos la prioridad corresponde a la disposición que es «especial», es decir, a la norma que tiene un campo de aplicación delimitado con mayor precisión.

58. No obstante, el principio no admite una aplicación automática»⁴⁸.

En este supuesto, entendemos que la posición australiana parte de la primera de las opciones que menciona la CDI, que parece también la más adecuada al caso. Por tanto, partiendo de la cláusula de compatibilidad del CBD y de la regulación del Convenio de Viena de 1969, todo parece indicar que la voluntad de las partes apunta a que la relación concurrente de ambos tratados internacionales no plantee problema de incompatibilidad⁴⁹. Por la mis-

Véase Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 20-2-2010, asunto relativo a las plantas de pasta de celulosa en el Río Uruguay (*Argentina c. Uruguay*), *ICJ Reports*, 2010, pár.271. También en el Laudo Arbitral de 4 de agosto de 2000, *southern bluefin tuna cases (Australia and New Zealand v. Japan)*, doc.cit., par. 52, pp. 548 y 549.

⁴⁸ Véase Informe del grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskenniemi, «Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y la expansión del Derecho internacional», *A/CN.4/L.682*, de 13-4-2006, tomado de <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/80/PDF/G0661080.pdf?OpenElement>

⁴⁹ Véase REMIRO BROTONS, A.: *Derecho internacional público 2. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 326-328, en concreto p. 327: «Para hacer frente a las situaciones de concurrencia lo primero que ha de hacerse es atender a la *voluntad de las partes*, pues entre las disposiciones concurrentes, abstracción hecha de las de naturaleza cogente y de los obligaciones de la Carta, no hay jerarquía».

En este sentido, puede verse como MAFFEI, M. C., opta por la posición contraria en «The Relationship between the Convention...», *op. cit.*, en p. 145.

ma razón, cabe colegir que una misma acción puede vulnerar ambos tratados, general y especial, puesto que de otra manera se admitiría que el tratado que contiene obligaciones más generales quedaría desplazado por el que contiene aquellas más concretas, abriéndose de esta forma una vía para que las partes en el más especial se liberen del cumplimiento del más general⁵⁰.

De esta manera, Australia ha tratado de configurar un régimen unitario regulado en tres tratados cuyas obligaciones concurren y son complementarias, en el que, pescar ballenas con permisos científicos especiales concedidos de manera abusiva, conlleva vulnerar el CIRPB y el Anexo, pero, además y simultáneamente, el CBD; y donde comerciar con productos derivados de esta pesca de ballenas implicaría vulnerar el CIRPB, la CITES y el CBD.

2. *La interpretación y la aplicación del derecho consuetudinario y su posible alcance*

Australia en su demanda no se limita a invocar estos tratados internacionales, sino que además hace referencia a las costumbres internacionales, con el fin de aplicarlas en la interpretación de los tratados y por su propia entidad normativa en estos ámbitos. Esta posición es similar a la sostenida por dicho Estado en el caso del *atún de aleta azul*, puesto que Australia invocaba los artículos 116 a 119 de la CNDUM, así como las costumbres internacionales que hubieran aparecido en el Derecho del mar en relación con la protección de las especies y, además, pedía al Tribunal que aplicara los tratados en cuestión a la luz del principio de precaución, para Australia y Nueva Zelanda parte de esas normas consuetudinarias⁵¹.

⁵⁰ En el Laudo Arbitral de 4 de agosto de 2000, *southern bluefin tuna cases (Australia and New Zealand v. Japan)*, doc.cit., par. 52, p. 549: «But UNCLOS obligations may be reviewed not only as going beyond this general obligation in the foregoing respects but as in force even where «measures» being considered under the 1993 Convention have not become binding thereunder. Moreover, a dispute concerning the interpretation and implementation of the CCSBT will not be completely alien to the interpretation and application of UNCLOS for the very reason that CCSBT was designed to implement broad principles set out in UNCLOS».

Es la segunda posibilidad a la que se refería la CDI en el párrafo transcrito más arriba sobre el contenido de la relación ley especial-ley general.

⁵¹ Pueden verse estas alegaciones en el Laudo Arbitral de 4 de agosto de 2000, *southern bluefin tuna cases (Australia and New Zealand v. Japan)*, doc.cit., pars. 33, 34 y 38, pp. 523, 524, 530 y 531.

Ciertamente, en el Derecho del medio ambiente pueden encontrarse normas consuetudinarias, como recogía el ya clásico pasaje de la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*:

«La Corte reconoce, también que el medio ambiente no es un concepto abstracto, sino que representa el espacio viviente, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, en particular, de las generaciones venideras. La existencia de la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que esté fueran de su jurisdicción nacional forma parte ya del *corpus* de normas internacionales en materia de medio ambiente»⁵².

Es en este orden de ideas en el que debe apreciarse la invocación de la CIRPB en relación con la CBD, puesto que cabe pensar que lo que pretende Australia es la incorporación de principios básicos de protección de la biodiversidad mediante este mecanismo, como costumbres internacionales que tendrían una función primordial en la interpretación de los convenios internacionales, por vía del artículo 31.c) del Convenio de Viena de 1969⁵³. La Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado sobre el efecto que estos principios de carácter medioambiental tienen sobre normas convencionales ya existentes:

«On the other hand, the Court wishes to point out that newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty and that the parties could, by agreement, incorporate them through the application of Articles 16, 19 and 20 of the Treaty. These articles do not contain specific obligations of performance but require the parties, in carrying out their obligations to ensure that the quality of water in the Danube is not impaired and that nature is protected, to take new environmental norms into

⁵² Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva de 8-7-1996, asunto de la *legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, tomado de Doc. A/51/218, de 19-7-1996, p. 18, la cursiva aparece en el original.

⁵³ Véase al respecto GARDINER, R.: *Treaty Interpretation*, *op. cit.*, pp. 260-263; REMIRO BROTONS, A.: *Derecho internacional 2...*, *op. cit.*, pp. 310-312; VILLIGER, M. E.: *Customary International Law and Treaties. A manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2ª ed., Kluwer, La Haya, Boston, Londres, 1997, pp. 197-204.

consideration when agreeing upon the means to be specified in the Joint Contractual Plan»⁵⁴.

O, como puede verse en la Opinión disidente del Juez Palmer, en el asunto relativo a la demanda de Nueva Zelanda para que se revisara la legalidad de las pruebas nucleares francesas en 1995:

«The second argument advanced by New Zealand as to why the Court should examine the 1974 Judgment revolved around the changes in the state of international law relating to the environment in general and nuclear testing in particular in the period between 1974 and the 1995 hearings [...] The obvious and overwhelming trend of these developments from Stockholm to Rio has been to establish a comprehensive set of norms to protect the global environment. There is a widespread recognition now that there are risks that threaten our common survival. We cannot permit the onward march of technology and development without giving attention to the environmental limits that must govern these issues. Otherwise the paradigm of sustainable development embraced by the world at Rio Conference cannot be reached [...]

91. What those principles of international law establish in my view are the following positions: (a) international law has developed rapidly and it is tending to develop in a way that provides comprehensive protection for natural environment [...] (c) customary international may have developed a norm requiring environmental impact assessment [...] (d) the norm involved in the precautionary principle has developed rapidly and may now be a principle of customary international law relating to the environment...»⁵⁵

En idéntico sentido pueden verse decisiones de otros Tribunales internacionales⁵⁶ en las que se reafirma la importancia y la existencia de estas normas internacionales relativas al medio ambiente. Estos principios han encontrado

⁵⁴ Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 25-9-1997, asunto relativo *al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria/Eslovaquia)*, *ICJ Reports*, 1997, pág. 112.

⁵⁵ Corte Internacional de Justicia, Auto de 22 de septiembre de 1995, *solicitud de examen de la situación de acuerdo con el párrafo 63 de la Sentencia de la Corte de 20 de diciembre de 1974 en los ensayos nucleares /Nueva Zelanda c. Francia*, *ICJ Reports*, 1995, Opinión Disidente del Juez Palmer, págs. 74, 84 y 91.

⁵⁶ Así puede verse en el Laudo Arbitral de 24-5-2005, asunto relativo al *Iron Rhine («Ijseren Rijn»)* *Railway*, pág. 59: «Today both international and EC Law require the integration of appropriate environmental measures in the design and implementation of economic development activities».

un lugar específico en la interpretación de los tratados, como ocurrió en la Sentencia del asunto *Gabcikovo-Nagymaros*:

«By inserting these evolving provisions in the Treaty, the parties recognized the potential necessity to adapt the Project. Consequently, the Treaty is not static, and is open to adapt to emerging norms of international law. By means of Articles 15 and 19, new environmental norms can be incorporated in the Joint Contractual Plan»⁵⁷.

O como exponía el Tribunal Arbitral en el asunto del *Rin de Hierro*:

«It has long been established that the understanding of conceptual or generic terms in a treaty may be seen as «essentially relative question; it depends upon the development of international relations» [...] Some terms «are not static, but were by definition evolutionary [...] The parties to the Covenant must consequently be deemed to have accepted them as such» [...] Where a term can be classified as generic «the presumption necessarily arises that its meaning was intended to follow the evolution of the law and to correspond with the meaning attached to the expression by the law at any given time[...] In the present case it is not a conceptual or generic term that is in issue, but rather new technical developments relating to the operation and capacity of the railway. But here, too, it seems that evolutive interpretation, which would ensure an application of the treaty that would be effective in terms of its object and purpose, will be preferred to a strict application of the intertemporal rule. Thus in the *Gabcikovo-Nagymaros case*, the International Court was prepared to accept, in interpreting a treaty that predated certain recent norms of environmental law, that «the Treaty is no static, and is open to adapt to emerging norms of international law»⁵⁸.

Por lo tanto, cabe aplicar esta norma a los tratados que invoca Australia en su demanda⁵⁹. Este conjunto de principios medioambientales deben incorporarse a la interpretación de estos tratados, sirviéndonos para dar una

⁵⁷ Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 25-9-1997, asunto relativo *al proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría/Eslavaquia)*, *ICJ Reports*, 1997, pág. 112.

⁵⁸ Laudo Arbitral de 24-5-2005, asunto relativo al *Iron Rhine («Ijseren Rijn»)* Railway, párs.79 y 80.

⁵⁹ Véase BERLIA, G.: «Contribution à l'interprétation...», *op. cit.*, pp. 308-311; GARDINER, R.: *Treaty Interpretation*, *op. cit.*, pp. 250-291; KOLB, R.: *La bonne foi...*, *op. cit.*, pp. 263-278; Hersch LAUTERPACHT (ed.), en OPPENHEIM, L.: *International Law...*, *op. cit.*, pp. 858-861.

interpretación lo más adecuada posible al objeto y el fin del tratado, elemento esencial en este punto. Para ello, partiendo del texto del tratado, es necesario prestar atención e incorporar las resoluciones de la propia CBI, que junto con las enmiendas del Anexo, muestran una cada vez mayor orientación de la Organización hacia la preservación de estas especies y, por tanto, de una forma de biodiversidad⁶⁰.

Además de esta función interpretativa de la costumbre, Australia pretende que se apliquen al presente caso las posibles costumbres internacionales que se hayan desarrollado en este ámbito, fundamentalmente, en el marco del CBD. A la vista de las alegaciones que en su día desarrolló Australia ante el Tribunal arbitral, en el caso del *atún de aleta azul*, es posible que este Estado busque que la Corte aplique el principio de precaución y que las partes en los tratados citados «act consistently with the precautionary principle», como en dicho caso pidió⁶¹.

La Corte Internacional de Justicia tuvo oportunidad de abordar dicho principio con ocasión de la solicitud neozelandesa del examen de la situación relativa a los ensayos nucleares franceses, en el año 1995. En concreto, Nueva Zelanda alegaba dicho principio a efectos de valorar la legalidad de los ensayos nucleares bajo tierra que desarrollaría Francia. Además lo invocaba de una manera particular, puesto que partía de la existencia del mismo y de que su efecto en el plano procesal, en este caso en concreto y por tratarse de un problema de radiación atómica, llevaba a que la Corte invirtiera la carga de la prueba, por tanto, exigiendo a Francia que demostrara que sus ensayos no dañarían el medio ambiente⁶². La Corte en esta ocasión no admitió la pretensión de Nueva Zelanda, dado que consideró que no se daba la identidad necesaria entre la su Sentencia en el asunto de los *ensayos nucleares*, en 1974, y el nuevo programa de ensayos nucleares propuesto por el Gobierno francés⁶³. En este caso, diversos

⁶⁰ Véase FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: *La interpretación de las normas internacionales*, op. cit., pp. 122-137, *mutatis mutandis*.

⁶¹ Laudo Arbitral de 4 de agosto de 2000, *southern bluefin tuna cases (Australia and New Zealand v. Japan)*, doc. cit., par. 33, p. 523.

⁶² Véase Corte Internacional de Justicia, Auto de 22 de septiembre de 1995, *solicitud de examen de la situación de acuerdo con el párrafo 63 de la Sentencia de la Corte de 20 de diciembre de 1974 en los ensayos nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, ICJ Reports, 1995, p. 34.

⁶³ Corte Internacional de Justicia, Auto de 22 de septiembre de 1995, *solicitud de examen de la situación de acuerdo con el párrafo 63 de la Sentencia de la Corte de 20 de diciembre de 1974 en los ensayos nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, ICJ Reports, 1995, p. 65.

jueces de la Corte se mostraron, en sus opiniones disidentes, favorables a la existencia del principio de precaución⁶⁴.

Con posterioridad, en la Sentencia del asunto *Gabcikovo/Nagymaros*, la Corte reconoció que «in the field of environmental protection, vigilance and prevention are required on account of the often irreversible character of damage to the environment and of the limitations inherent in the very mechanism of reparation of this type of damage [...] Such new norms have to be taken into consideration...»⁶⁵. Y, finalmente, en la Sentencia sobre las *plantas de papel de celulosa* recordó que:

«The Court points out that the principle of prevention, as a customary rule, has its origins in the due diligence that is required of a State in its territory. It is «every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for facts contrary to the rights of other States» (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Merits, Judgment, ICJ Reports*, 1949, p. 22). A State is thus obliged to use all the means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another State. This Court has established that this obligation «is now part of the corpus of international law relating to the environment»⁶⁶.

Posición que sobre el principio de prevención, como invoca Australia, han adoptado otros tribunales internacionales⁶⁷. La posición australiana sobre el principio de precaución cuenta tanto con detractores como defensores en la doctrina⁶⁸, pero en la jurisprudencia internacional no parece haber llegado, por el momento, a consolidarse su existencia en la manera que apunta Australia.

⁶⁴ Véase también en *solicitud de examen de la situación de acuerdo con el párrafo 63 de la Sentencia de la Corte de 20 de diciembre de 1974 en los ensayos nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, *ICJ Reports*, 1995, la Opinión Disidente del Juez Weeramantry y la ya citada del Juez Palmer.

⁶⁵ Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 25-9-1997, asunto relativo al proyecto *Gabcikovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, *ICJ Reports*, 1997, p. 140.

⁶⁶ CIJ, Sentencia de 20-4-2010, asunto de las *plantas de pasta de papel en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, *ICJ Reports*, 2010, par.101.

⁶⁷ Laudo Arbitral de 24-5-2005, asunto relativo al *Iron Rhine («Ijseren Rijn») Railway*, p. 222. En el caso del TIDM ya hemos mencionado la Opinión Individual del Juez Laing en los asuntos del *southern bluefin tuna cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, y también puede verse los párs. 77-79 del auto del Tribunal. En este mismo caso, el Tribunal arbitral no llegó a entrar en el fondo del asunto, pues consideró que no tenía competencia para ello, Laudo Arbitral de 4 de agosto de 2000, *southern bluefin tuna cases (Australia and New Zealand v. Japan)*, doc.cit., párs. 63-71, pp. 554-556.

⁶⁸ Véase CAMERON, J. y ABOUCHAR, J.: «The Status of the Precautionary Principle in International Law», en David FREESTONE, Ellen HEY (eds.): *The Precautionary Principle and International*

3. La omisión de la *CNDUM* en la demanda australiana

Es curioso en la demanda australiana que no se mencione la *CNDUM*, atendiendo al objeto de la misma, la pesca de un mamífero en el mar, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 65 de la *CNDUM* contiene previsiones concretas para los mamíferos marinos. Resulta también curioso que no se invoque el principio de pesca responsable, «íntimamente relacionado» con el principio de precaución⁶⁹, desarrollado a partir de la *CNDUM* de 1982, mediante el efecto que sobre la misma ha ejercido la Conferencia de Río, diversos tratados internacionales⁷⁰ y la labor de las organizaciones internacionales de pesquerías⁷¹.

Law..., *op. cit.*, pp. 29-52, en especial p. 37; KISS, A.: «The Rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle», en David FRESTONE, Ellen HFFY (eds.): *The Precautionary Principle and International Law...*, *op. cit.*, pp. 19-28, en especial pp. 27 y 28; KEYOUAN, Z.: «An Environmental Regime for the Arctic and the Antarctic Analogy», *Asian YBIL*, (1996), pp. 29-61, en especial p. 54; KOEFSTER, V.: «The Nature of the Convention...», *op. cit.*, pp. 66-69; PARADELL-TRIUSS, LL.: «Principles of International Environmental Law: an Overview», *RECIEL* (2000), pp. 93-99, en concreto pp. 97 y 98; WOLFRUM, R.: «Precautionary Principle», *op. cit.*, en especial, pp. 205-208.

⁶⁹ Parafraseamos a VÁZQUEZ, GÓMEZ, E. M^ª.: «La aplicación del concepto de «pesca responsable», *AADI*, vol. XV (2007), pp. 100-112, en concreto p. 107.

⁷⁰ En especial el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, de 4 de agosto de 1995.

⁷¹ Véase ABRUZA, A. D.: «Nuevos desafíos y conflictos de intereses en el aprovechamiento de los recursos vivos del mar», *AADI*, vol. XVI (2007-II), pp. 17-49; Birnie, P. W.: «The Conservation and Management of...», *op. cit.*, pp. 378-380; BIRNIE, P. W. y BOYLE, A.: *International Law & the Environment*, *op. cit.*, pp. 351-358; CASADO RAIGÓN, R.: «L'application des dispositions relatives à la pêche en haute mer de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer», *Espaces et ressources maritimes*, n° 8 (1994), pp. 210-219; *id.*: «Nuevas tendencias en materia de conservación y gestión de los recursos marinos vivos», en José Manuel SOBRINO HEREDIA (coord.), *Mares y océanos en un mundo en cambio: Tendencias jurídicas, actores y factores. XI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. A Coruña, 22-24 septiembre de 2005*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 73-98; CHURCHILL, R. R. y LOWE, A. V.: *The Law of the Sea*, 3ª ed., Manchester University Press, Manchester, 1999, pp. 279-323; IGLESIAS BERLANGA, M.: «La regulación jurídica de los recursos vivos de la alta mar: especial referencia a los intereses españoles», *Dilex*, Madrid, 2003, pp. 44-67, en concreto pp. 135-155 y 205-212; JUSTE RUIZ, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, *op. cit.*, pp. 182-193; PUEYO LOSA, J.: «Derecho del mar y libertad de pesca. Sobre las organizaciones regionales de ordenación pesquera y el Acuerdo de 1995», en Jorge PUEYO LOSA y Julio JORGE URBINA (coords.): *La cooperación internacional...*, *op. cit.*, pp. 159-183, en especial pp. 174-181; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: «El Derecho internacional del Mar y su evolución incesante», en Jorge PUEYO LOSA y Julio JORGE URBINA (coords.): *La cooperación internacional...*, *op. cit.*, pp. 25-40, en especial pp. 38-40; PONTE IGLESIAS, M^ª. T.: «Protección de la biodiversidad...», *op. cit.*, pp. 239-224; RODRÍGUEZ MANZANO, I.:

Esta omisión puede deberse, en primer lugar, a que la CNUDM es anterior a los textos internacionales que se utilizan cuando trata de demostrarse su existencia, como la Conferencia de Río, el Código de Pesca de la FAO, el Acuerdo relativo a peces transzonales y altamente migratorios, etc. Por lo que cabría entender que la CNUDM no contiene referencia al principio de precaución, que no se conocía en el plano internacional cuando se redactó, aunque en su articulado hay diversas disposiciones que se refieren al de prevención. Sin embargo, si Australia se ampara en el CBD, que expresamente recoge las referencias al principio de precaución tal y como se incluyó en la Conferencia de Río, a la Corte le cabría, hipotéticamente, incluir este principio o al menos la «precautionary approach»⁷². Esta posición está relacionada con la decisión del Tribunal arbitral en el asunto del *atún de aleta azul*, donde dicho Tribunal no entró a pronunciarse sobre estas consideraciones:

«64. The Tribunal does not exclude the possibility that there might be instances in which the conduct of States Party to UNCLOS and to a fisheries treaty implementing it would be so egregious, and risk consequences of such gravity, that a Tribunal might find that the obligations of UNCLOS provide a basis for jurisdiction, having particular regard to the provision of Article 300 of UNCLOS»⁷³.

«División de los océanos y unidad del ecosistema marino. Reflexiones sobre sus implicaciones y convergencia en el régimen de gestión de los recursos pesqueros», en José Manuel SOBRINO HEREDIA (coord.): *Mares y Océanos...*, *op. cit.*, pp. 713-747; SOBRINO HEREDIA, J. M.: «La mar, un escenario abierto», en José Manuel SOBRINO HEREDIA (coord.): *Mares y Océanos...*, *op. cit.*, pp. 23-37; VÁZQUEZ GÓMEZ, E. M^a.: «La aplicación del concepto «pesca responsable», *op. cit.*; *ibid.*, *Las organizaciones internacionales de ordenación pesquera. La cooperación para la Conservación y Gestión de los Recursos Vivos del Alta Mar*, Consejería de Agricultura, Junta de Andalucía, 2002, pp. 67-131.

⁷² Véase CAMERON, J. y ABOUCHAR, J.: «The Status of the Precautionary Principle in International Law», en David FREESTONE, Ellen HEY (eds.), *The Precautionary Principle and International Law...*, *op. cit.*, pp. 29-52, en especial pp. 32-40.

⁷³ Laudo Arbitral de 4 de agosto de 2000, *southern bluefin tuna cases (Australia and New Zealand v. Japan)*, doc. cit., p. 64, p. 554. El Tribunal debía decidir su competencia a la vista de las disposiciones del Convenio para la Conservación del Atún de Aleta Azul y las disposiciones de la CNDUM relativas al arreglo pacífico de controversias. Las tesis australianas y neozelandesas se basaban en que Japón vulneraba simultáneamente dicha Convención de pesquerías y la CNDUM, por lo que acudían a una interpretación de ambos tratados que les llevaba a afirmar la posibilidad de someter la controversia a un tribunal arbitral cuya resolución fuera obligatoria para las partes. Japón, por el contrario, sostenía que la Convención para la Conservación del atún de aleta azul había elegido unos métodos de arreglo pacífico concretos, cuyo fin era primar la negociación entre las partes y descartar una resolución obligatoria. El Tribunal aplicó la

Punto en el que coincidió con el TIDM al pronunciarse sobre las medidas provisionales solicitadas⁷⁴.

En segundo lugar, surge el problema de la regulación de los mamíferos marinos en la CNDUM, puesto que el artículo 65 afirma que «nada menoscabará el derecho de un Estado ribereño a prohibir, limitar o reglamentar la explotación de los mamíferos marinos en forma más estricta que la establecida en esta parte o, cuando proceda, la competencia de una organización internacional para hacer lo propio. Los Estados cooperarán con miras a la conservación de los mamíferos marinos y, en el caso especial de los cetáceos, realizarán, por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas, actividades encaminadas a su conservación, administración y estudio». En esta óptica, algunos autores han reconocido el papel de la CBI en relación con el artículo 65 y la compatibilidad de su régimen con la CNUDM⁷⁵, aunque no hay unanimidad al respecto, y en este sentido puede que esta cita de T. Scovazzi ilumine las reticencias australianas a mencionar la CNUDM:

norma especial, entendiendo que, de no hacerlo así, cualquier acuerdo que contuviera alguna cláusula sobre el sistema de arreglo pacífico de controversias y fuera posterior a la CNUDM carecería de sentido, puesto que se aplicaría siempre el sistema previsto en la CNUDM, aunque expresamente se hubiera pactado otro sistema de arreglo pacífico de controversias precisamente para excluir las previsiones generales. Australia y Nueva Zelanda presupusieron que, en el caso en cuestión, había un círculo cerrado que conllevaba que se acudiera siempre a un procedimiento de arreglo pacífico de controversias cuyas consecuencias fueran obligatorias para las partes, pero el Tribunal consideró que la CNUDM no prevé este tipo de régimen omnicompreensivo. Es en este orden de ideas en el que el Tribunal apunta al artículo 297, que permite limitar el arreglo pacífico de controversias mediante procedimientos compulsivos, ofreciendo una posible excepción: si se tratara de un abuso de derecho, por lo tanto en el ámbito del artículo 300 de la CNDUM, podría procederse a aplicar un procedimiento compulsivo de arreglo pacífico de controversias. Véase JORGE URBINA, J.: *Controversias marítimas, intereses estatales y Derecho internacional*, Dilex, Madrid, 2005, en concreto p. 62, donde comenta este caso; JUSTE RUIZ, J.: «La solución de controversias en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar», en Valentín BOU FRANCH (coord.): *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 327-383, en especial 337-355; IGLESIAS BERLANGA, M., *La regulación jurídica de los recursos vivos...*, *op. cit.*, pp. 288-315; TREVES, T.: «Dispute-Settlement Clauses in the Law of the Sea Convention and their Impact on the Marine Environment: Some Observations», *RECIEL* (1999), pp. 6-9.

⁷⁴ En el Auto de 27-8-1999, asunto *southern blufin tuna cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, párs. 77-80, donde el TIDM, como es lógico, solo debía conceder o denegar medidas provisionales, para lo que consideró simplemente si el Tribunal arbitral que conocería después tendría, *prima facie*, competencia y si se daba la urgencia y el *periculum in mora* para los derechos de las partes.

⁷⁵ Por ejemplo, SANDS, Ph.: *Principles of Environmental Law*, *op. cit.*, p. 591.

«It follows that, under article 65 and 120, the normal scheme of exploitation of marine resources provided for by the UNCLOS, that is the scheme based on the objective of optimum utilization of the living resources and the determination of the total allowable catch, does not apply to marine mammals. Unlike other marine resources of the sea, the exploitation of these animals can be prohibited, limited or regulated, irrespective of the fact that they are in danger of extinction or their stocks are being depleted.

It also follows that the special regime established by the UNCLOS for marine mammals can be taken into account for the implementation of the Whaling Convention, as today embodied in articles 65 and 120 of the UNCLOS and the relevant developments of international environmental law [...] This conclusion is in conformity with the general rule according to which in the interpretation of a treaty account shall be taken of «any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties» [...] The original purpose of the majority of the original parties in the original context of the Whaling Convention is being superseded by the present purpose of the majority of the present parties in the present context of the Whaling Convention [...] The dilemma between a policy of exploitation or a policy of protection is the main reason for the critical situation which is presently affecting the IWC»⁷⁶.

Sin embargo, otros autores como W. T. Burke, consideran que, en relación con las zonas sometidas a la soberanía o la jurisdicción del Estado ribereño, «the argument that whales are not subject to the ICRW is difficult to follow, in light of the straightforward provision in the agreement. Perhaps it stems from the belief that CLOS overrides the ICRW and reinstalls coastal state authority over whales. This position does not seem consistent with article 65, which indicates the clear expectation regarding cetaceans that States shall «work through the appropriate international organizations for their conservation, management and study». Furthermore, CLOS article 311 specifically addresses the issue of prior agreements and declares that «the Convention shall not alter the rights and obligations of State Parties which arise from other agreements compatible with this Convention [...]» There seems to be little question that the ICRW is consistent with CLOS»⁷⁷. Añadiendo el mismo autor que «widespread support now exists for the view that states har-

⁷⁶ SCOVAZZI, T.: «The Evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges», *R. des C.*, t.-286, pp. 39-244, en concreto pp. 190-192.

⁷⁷ BURKE, W. T., *The New International Law...*, *op. cit.*, p. 268.

vesting whales or any other species on the high seas are under customary law obligation to take conservation measures»⁷⁸; y precisando más aún al respecto de la pesca de ballenas en alta mar:

«One interpretation of this provision is that states party to the CLOS are also subject to the obligations of ICRW, although they are not formally parties. The argument is that, pursuant to article 65, parties to the treaty must accept the recommendations of the IWC as the minimum conservation standards for whales, unless they can demonstrate that the recommended measure is not necessary [...] Another view is that the article 65 statement obliging ratifiers to «work through the appropriate international organizations» for conservation of cetaceans refers only to IWC [...] It may well be that the drafters of article 65 had in mind the IWC as the appropriate organization for regulation of large whales. This would not be strange, considering the longevity of the IWC. On the other hand, it seems anomalous to seek to restrict organizational co-operation to single entity with sustained record of ineffectiveness, due largely to de deficiencies of its own charter»⁷⁹.

Por su parte, P. W. Birnie apunta a que la referencia de los artículos 65 y 120 de la CNUDM debe entenderse que responde a las características biológicas singulares de los mamíferos marinos, idea que refuerza el recordar que durante la negociación de el CNUDM «the supporters of a more conservatory approach to whaling pressed, *inter alia*, for the exemption of marine mammals from the requirement of optimum utilization as laid down in article 62 of the LOS Convention for fisheries. This effort resulted in the inclusion of article 65 in the LOS Convention»⁸⁰. Esta autora considera incorporada a las resoluciones de la CBI la perspectiva precautoria, lo que parece razonable teniendo en cuenta las enmiendas del Anexo, tanto la moratoria como la creación de los santuarios, así como las advertencias que ha hecho a Japón con respecto al peligro que sus programas podrían suponer para rorcuales menores y ballenas jorobadas⁸¹. Con respecto al régimen en general aplicable a las ballenas, a nuestro juicio, esta segunda postura parece

⁷⁸ *Ibid.*, p. 275.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 286 y 287.

⁸⁰ BIRNIE, P. W.: «The Conservation and management...», *op. cit.*, p. 369.

⁸¹ Véase los comentarios al respecto de BIRNIE, P. W.: «The Conservation and management...», *op. cit.*, p. 381.

más conforme con la evolución actual del Derecho internacional, a la vista de lo hasta aquí dicho.

Finalmente, Australia ha decidido no invocar normas materiales de la CNUDM y tampoco acudir a sus previsiones sobre el arreglo pacífico de controversias⁸², como hiciera con el asunto del *atún de aleta azul*⁸³, centrándose en las cláusulas de aceptación de la jurisdicción voluntaria de la Corte que ambos Estados han depositado.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La demanda australiana concluye pidiendo a la Corte Internacional de Justicia que declare el incumplimiento por parte de Japón, que este Estado cumpla con las obligaciones correspondientes del CIRPB, CITES y CBD, revocando los permisos y poniendo fin a JARPA-II; y que se den garantías de no repetición de estas vulneraciones en ningún programa futuro de pesca.

El asunto pone de relieve las posiciones contrapuestas de los Estados en relación con la preservación de determinadas especies marinas: por un lado, los intereses conservacionistas, que tratan de preservar y conservar los recursos vivos marinos; por otro lado, los intereses de los Estados que desean que termine la moratoria y se vuelva a permitir la pesca de ballenas con fines comerciales, buscando el rendimiento económico inmediato frente a otras posibilidades de explotación de estos recursos.

La demanda coloca a la Corte ante problemas interesantes de Derecho internacional, como las relaciones entre tratados sucesivos y la aplicación de las cláusulas de compatibilidad que operan entre ellos y los regímenes especiales en el marco del Derecho del mar y del Derecho internacional. En el ámbito de los principios medioambientales se le plantea a la Corte la posibilidad de desarrollar el principio de prevención o de entender que el principio

⁸² Véase IGLESIAS BERLANGA, M.: *La regulación jurídica de los recursos vivos...*, *op. cit.*, pp. 285-290; JORGE URBINA, J.: *Controversias Marítimas...*, *op. cit.*, pp. 69-115; JUSTE RUIZ, J.: «La solución de controversias en el Convenio...», *op. cit.*, en especial pp. 337-355.

⁸³ Laudo Arbitral de 4 de agosto de 2000, *southern bluefin tuna cases (Australia and New Zealand v. Japan)*, doc. cit., pár. 38, p. 533, en que Japón expone que no puede aplicarse los mecanismos de arreglo de controversias obligatorios a un Estado por vía de la CNUDM, cuando hay un tratado que contiene normas especiales sobre el arreglo pacífico de controversias, poniendo como ejemplo, precisamente, el CIRPB.



de precaución se ha desarrollado atendiendo a la práctica internacional o, al menos, una aproximación precautoria en la interpretación y aplicación de las normas. En el plano más concreto, la Corte puede clarificar el régimen de las obligaciones de los tratados mencionados por Australia y cómo afectan a la pesca ballenera, aportando, tal vez, un punto de claridad que permita a la CBI avanzar en la enmienda de su tratado constitutivo.