

**208. CAZA DE LA BALLENA EN EL ANTÁRTICO (AUSTRALIA C. JAPÓN;
INTERVINIENTE: NUEVA ZELANDIA)**

Sentencia de 31 de marzo de 2014

El 31 de marzo de 2014, la Corte Internacional de Justicia dictó su Sentencia en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. el Japón; interviniente: Nueva Zelandia)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente: Tomka; Vicepresidente Sepúlveda-Amor; magistrados Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; magistrada *ad hoc* Charlesworth; Secretario Couvreur.

*

* *

El párrafo resolutivo de la sentencia (párr. 247) dice lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) Por unanimidad,

Determina que tiene competencia para conocer de la demanda presentada por Australia el 31 de mayo de 2010;

2) Por doce votos contra cuatro,

Determina que los permisos especiales otorgados por el Japón en relación con el programa JARPA II no están comprendidos en las disposiciones del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena;

VOTOS A FAVOR: *Presidente* Tomka; *Vicepresidente* Sepúlveda-Amor; *magistrados* Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; magistrada *ad hoc* Charlesworth;

VOTOS EN CONTRA: *magistrados* Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf;

3) Por doce votos contra cuatro,

Determina que el Japón, al otorgar permisos especiales para matar, cazar y faenar ballenas de aleta, ballenas jorobadas y ballenas enanas del Antártico en cumplimiento del programa JARPA II, no ha actuado de conformidad con sus obligaciones con arreglo al párrafo 10 e) del Anexo de la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena;

VOTOS A FAVOR: *Presidente* Tomka; *Vicepresidente* Sepúlveda-Amor; *magistrados* Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; magistrada *ad hoc* Charlesworth;

VOTOS EN CONTRA: *magistrados* Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf;

4) Por doce votos contra cuatro,

Determina que el Japón no ha actuado de conformidad con sus obligaciones con arreglo al párrafo 10 *d*) del Anexo de la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena en relación con la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas de aleta en cumplimiento del programa JARPA II;

VOTOS A FAVOR: *Presidente* Tomka; *Vicepresidente* Sepúlveda-Amor; *magistrados* Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; *magistrada ad hoc* Charlesworth;

VOTOS EN CONTRA: *magistrados* Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf;

5) Por doce votos contra cuatro,

Determina que el Japón no ha actuado de conformidad con sus obligaciones con arreglo al párrafo 7 *b*) del Anexo de la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena en relación con la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas de aleta en el “Santuario Ballenero Austral” en cumplimiento del programa JARPA II;

VOTOS A FAVOR: *Presidente* Tomka; *Vicepresidente* Sepúlveda-Amor; *magistrados* Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; *magistrada ad hoc* Charlesworth;

VOTOS EN CONTRA: *magistrados* Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf;

6) Por trece votos contra tres,

Determina que el Japón ha cumplido sus obligaciones con arreglo al párrafo 30 del Anexo de la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena con respecto al programa JARPA II;

VOTOS A FAVOR: *Presidente* Tomka; *Vicepresidente* Sepúlveda-Amor; *magistrados* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja;

VOTOS EN CONTRA: *magistrados* Sebutinde, Bhandari; *magistrada ad hoc* Charlesworth;

(7) Por doce votos contra cuatro,

Decide que el Japón debe revocar todas las autorizaciones, permisos o licencias vigentes que haya otorgado en relación con el programa JARPA II, y abstenerse de otorgar nuevos permisos en cumplimiento de dicho programa.

VOTOS A FAVOR: *Presidente* Tomka; *Vicepresidente* Sepúlveda-Amor; *magistrados* Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; *magistrada ad hoc* Charlesworth;

VOTOS EN CONTRA: *magistrados* Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf”.

*

* *

Los magistrados Owada y Abraham anexaron opiniones disidentes a la sentencia de la Corte. El magistrado Keith anexó una declaración a la sentencia de la Corte; el magistrado Bennouna anexó una opinión disidente a la sentencia de la Corte; el magistrado Cançado Trindade anexó una opinión separada a la sentencia de la Corte; el magistrado Yusuf anexó una opinión disidente a la sentencia de la Corte; los magistrados Greenwood, Xue, Sebutinde y Bhandari anexaron opiniones separadas a la sentencia de la Corte; la magistrada *ad hoc* Charlesworth anexó una opinión separada a la sentencia de la Corte.

*

* *

Cronología del procedimiento (párrs. 1 a 29)

La Corte recuerda que, el 31 de mayo de 2010, Australia presentó ante la Secretaría de la Corte una demanda por la cual incoaba un procedimiento contra el Japón con respecto a una controversia atinente a “la continuación de la aplicación por parte del Japón un programa de caza de ballenas de gran escala con arreglo a la Segunda Fase de su Programa Japonés de Investigación Ballenera con Permiso Especial en el Antártico (‘el programa JARPA II’), con violación de las obligaciones asumidas por el Japón con arreglo a la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena (en adelante la “Convención” o la “CIRCB”). La Corte recuerda asimismo que, el 20 de noviembre de 2012, Nueva Zelandia, con arreglo al párrafo 2 del Artículo 63 del Estatuto, presentó ante la Secretaría de la Corte una Declaración de Intervención en la causa. En su Declaración, Nueva Zelandia dijo que “ejerc[ía] su derecho. . . de intervenir sin calidad de parte en el procedimiento incoado por Australia contra el Japón en la presente causa”. Mediante una providencia de 6 de febrero de 2013, la Corte decidió que la Declaración de Intervención presentada por Nueva Zelandia era admisible.

I. COMPETENCIA DE LA CORTE (párrs. 30 a 41)

La Corte señala que Australia invoca como fundamento de la competencia de la Corte las declaraciones formuladas por ambas Partes con arreglo al párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte. Observa que el Japón, por su parte, impugna la competencia de la Corte respecto de la controversia, argumentando que está comprendida en la reserva *b*) de la declaración de Australia, que el Japón invoca sobre la base de la reciprocidad. Esa reserva excluye de la competencia de la Corte a “toda controversia atinente o relativa a la delimitación de zonas marítimas, incluidos el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, o que surja de o sea atinente o relativa a la explotación de cualquier área controvertida de cualquiera de dichas zonas o sea adyacente a ellas, mientras su delimitación esté pendiente”.

La Corte considera que las controversias a que se refiere la reserva *b*) de Australia deben ser atinentes a la delimitación marítima en un área en que existan pretensiones superpuestas o relacionarse con la explotación de una de tales áreas o de un área adyacente a ellas. Así pues, de conformidad con ambas partes de la reserva es necesario que exista entre las Partes una controversia atinente a la delimitación marítima. Después de señalar que ambas

Partes reconocen que la presente controversia no se refiere a delimitación marítima, la Corte examina si el programa JARPA II entraña la explotación de un área que sea objeto de una controversia relativa a la delimitación o de un área adyacente a ella. La Corte observa a este respecto que parte de las actividades de caza de la ballena previstas en el programa JARPA II tienen lugar en la zona marítima reclamada por Australia en relación con el Territorio Antártico Australiano o en un área adyacente, y la caza de ballenas, en especial en cantidades considerables, podría considerarse una forma de explotación de una zona marítima, incluso si ello ocurre de conformidad con un programa de investigación científica. Sin embargo, si bien el Japón ha controvertido las pretensiones marítimas de Australia generadas por el Territorio Antártico Australiano reivindicado, no afirma tener derechos soberanos en esas áreas. El hecho de que el Japón cuestione esos derechos marítimos no hace que la delimitación de esas áreas marítimas sea una controversia entre las Partes. Las Partes en el presente procedimiento no tienen pretensiones superpuestas respecto de áreas marítimas que hagan que la reserva *b)* sea aplicable. Además, la Corte considera que la naturaleza y extensión de las zonas marítimas reclamadas no son pertinentes para la presente controversia, que se refiere a si las actividades del Japón son o no compatibles con sus obligaciones con arreglo a la CIRCB. Por consiguiente, la Corte concluye que no es posible aceptar la objeción a la competencia de la Corte formulada por el Japón.

II. ALEGACIONES DE VIOLACIÓN DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES PREVISTAS EN LA CONVENCIÓN (párrs. 42 a 243)

1. Introducción (párrs. 42 a 50)

La Corte señala que la CIRCB estuvo precedida por el Convenio de 1931 para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (que prohibía la matanza de determinadas categorías de ballenas y exigía que las operaciones de caza de la ballena por embarcaciones de los Estados Partes estuviesen sujetas a licencia, pero no hacía referencia al incremento de los niveles globales de captura) y el Convenio internacional de 1937 para la reglamentación de la caza de la ballena (que, entre otras cosas, prohibía la caza de determinadas categorías de ballenas, designaba temporadas para distintos tipos de caza de la ballena, establecía en determinadas áreas geográficas la veda de la caza de la ballena e imponía otras reglamentaciones a este ramo de actividad; asimismo preveía que los Gobiernos Contratantes otorgaran permisos especiales a sus nacionales autorizándolos a matar, cazar y faenar ballenas para fines de investigación científica). La CIRCB fue adoptada el 2 de diciembre de 1946, entró en vigor para Australia el 10 de noviembre de 1948 y para el Japón el 21 de abril de 1951; Nueva Zelandia depositó su instrumento de ratificación el 2 de agosto de 1949, pero notificó el retiro el 3 de octubre de 1968; volvió a adherirse a la Convención con efecto a partir del 15 de junio de 1976.

La Corte señala que, en contraste con los instrumentos que la precedieron, la CIRCB no contiene disposiciones sustantivas que reglamenten la conservación de las poblaciones de ballenas o la ordenación de la industria de la caza de ballenas. Tales disposiciones figuran en el Anexo, que forma parte integral de la Convención y está sujeto a enmiendas, que serán adoptadas por la Comisión Ballenera Internacional (la “CBI” o la “Comisión”). Las enmiendas pasan a ser vinculantes para los Estados partes a menos que presenten una objeción. En 1950, la Comisión estableció un Comité Científico que, de conformidad con el párrafo 30 del Anexo, entre otras cosas, examina los permisos especiales y formula observaciones sobre ellos antes de que los Estados partes los expidan a sus nacionales para

finde investigación científica con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII de la Convención. Desde mediados del decenio de 1980, el Comité Científico realiza su examen de los permisos especiales sobre la base de “Directrices” expedidas o avaladas por la Comisión. En el momento en que se propuso el programa JARPA II en 2005, las Directrices aplicables habían sido compiladas en un documento titulado “Anexo Y: Directrices para el examen de las propuestas de permisos científicos” (“Anexo Y”). Las Directrices actuales están enunciadas en un documento titulado “Anexo P: Proceso para el examen de las propuestas de permisos especiales y resultados de las investigaciones con arreglo a los permisos existentes y concluidos” (“Anexo P”).

A continuación la Corte se aboca a la presentación de las pretensiones de Australia y las respuestas del Japón. Recuerda, a este respecto, que Australia alega que, como el programa JARPA II no es un programa para fines de investigación científica en el sentido del artículo VIII de la Convención, el Japón ha violado y continúa violando tres obligaciones sustantivas con arreglo al Anexo: la obligación de respetar la moratoria que fijó un límite de captura cero para la matanza de ballenas de todas las poblaciones para fines comerciales (párr. 10 *e*)), la obligación de no emprender la caza comercial de ballenas de aleta en el Santuario Ballenero Austral (párr. 7 *b*)), y la obligación de observar la moratoria de la caza, la matanza o el faenamiento de ballenas, con excepción de las ballenas enanas, por buques factorías o pequeños buques cazaballenas que tengan a aquéllos como buques nodrizas (párr. 10 *d*)). Australia alega asimismo que el Japón ha violado los requisitos de procedimiento para las propuestas de permisos científicos enunciadas en el párrafo 30 del Anexo. El Japón controvierte todas esas alegaciones. Con respecto a las obligaciones sustantivas, argumenta que ninguna de las disposiciones invocadas por Australia se aplica al programa JARPA II, pues ese programa fue emprendido para fines de investigación científica y por consiguiente está comprendido en la exención prevista en el párrafo 1 del artículo VIII de la Convención. El Japón niega que haya existido una violación de los requisitos de procedimiento enunciados en el párrafo 30 del Anexo.

2. Interpretación del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención (párrs. 51 a 97)

La Corte pasa luego a exponer su interpretación del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención, que dice lo siguiente:

“No obstante lo dispuesto en otras disposiciones de la presente Convención, cualquier gobierno contratante podrá otorgar a cualquiera de sus nacionales un permiso especial que lo autorice a matar, cazar y faenar ballenas con fines de investigación científica, con sujeción a las limitaciones de cantidad y de otra índole que los gobiernos contratantes juzguen adecuadas, y la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas que se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo quedarán exentas de las disposiciones de la presente Convención. Cada gobierno contratante informará a la Comisión sobre las autorizaciones que otorgue. Cada gobierno contratante podrá en cualquier momento revocar cualquier permiso especial de esa índole que haya otorgado.”

La Corte comienza por examinar la función de esta disposición. Señala que el artículo VIII forma parte integral de la Convención y, por lo tanto, debe interpretarse a la luz de su objeto y fin y teniendo en cuenta sus demás disposiciones, incluido el Anexo. La Corte considera, sin embargo, que, como el párrafo 1 del artículo VIII especifica que “la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas que se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo quedarán exentas de las disposiciones de la presente Convención”, la caza de ballenas que se

lleve a cabo con arreglo un permiso especial que satisfaga las condiciones del artículo VIII no está sujeta a las obligaciones previstas en los mencionados párrafos 10 *e*), 7 *b*), y 10 *d*) del Anexo.

A continuación, la Corte analiza las relaciones entre el artículo VIII y el objeto y el fin de la Convención. Teniendo en cuenta el preámbulo y otras disposiciones pertinentes de la Convención mencionadas *supra*, la Corte observa que no se justifica ni una interpretación restrictiva ni una interpretación expansiva del artículo VIII. La Corte señala que los programas para fines de investigación científica deben promover el conocimiento científico; pueden dirigirse a un objetivo distinto de la conservación o la explotación sostenible de las poblaciones de ballenas. Esto se refleja también en las Directrices emitidas por la CBI para el examen de las propuestas de permisos científicos por el Comité Científico. En particular, las Directrices inicialmente aplicables al programa JARPA II, contenidas en el Anexo Y, se refería no sólo a programas que “aporten una información esencial para la ordenación racional de la población” o sean pertinentes para llevar a cabo “la evaluación completa” de la moratoria de la caza comercial de la ballena, sino también los que respondan a “otras necesidades críticamente importantes de investigación”. Las Directrices actuales, contenidas en el Anexo P, enumeran tres grandes categorías de objetivos. Además de los programas dirigidos a “mejor[ar] la conservación y la ordenación de las poblaciones de ballenas”, hacen referencia a los programas que tengan el objetivo de “mejorar la conservación y la ordenación de otros recursos marinos vivos o el ecosistema de que forman parte integral las poblaciones de ballenas” y los que se dirijan a poner a prueba “hipótesis no relacionadas directamente con la ordenación de los recursos marinos vivos”.

La Corte examina luego el poder del Estado que expide un permiso especial y considera que el artículo VIII da a los Estados partes en la CIRCB discrecionalidad para rechazar una solicitud de permiso especial o especificar las condiciones en que se otorgará un permiso, pero que la cuestión de si la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas con arreglo a un permiso especial solicitado es para fines de investigación científica no puede depender simplemente de la percepción de ese Estado.

Seguidamente, la Corte enuncia el criterio que aplicará para el examen del otorgamiento de un permiso especial que autorice la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII de la Convención: evaluará, primero, si el programa con arreglo al cual se llevan a cabo esas actividades comprende investigación científica, y, segundo, si, en la utilización de métodos letales, el diseño y la aplicación del programa son razonables en relación con el logro de sus objetivos declarados.

La Corte observa que, en la aplicación del criterio de examen indicado, no ha de resolver asuntos de política científica o relativa a la caza de ballenas. La Corte tiene conciencia de que los miembros de la comunidad internacional tienen opiniones divergentes acerca de cuál es la política adecuada respecto de las ballenas y la caza de la ballena, pero no incumbe a la Corte zanjar esas diferencias. El cometido de la Corte consiste sólo en determinar si los permisos especiales otorgados en relación con el programa JARPA II están comprendidos en el alcance del párrafo 1 del artículo VIII de la CIRCB.

Con respecto al sentido de la frase “para fines de investigación científica”, la Corte considera que los dos elementos de dicha frase – “investigación científica” y “para fines de” – son acumulativos. En consecuencia, aun cuando un programa de caza de ballenas comprenda investigación científica, la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas en aplicación de dicho programa no están comprendidos en el artículo VIII a menos que esas

actividades sean “para fines de” investigación científica. La Corte señala que la expresión “investigación científica” no está definida en la Convención y que Australia, fundándose principalmente en las opiniones de uno de los expertos científicos que presentó, sostiene que la investigación científica (en el contexto de la Convención) tiene cuatro características esenciales: objetivos definidos y alcanzables (cuestiones o hipótesis) que tengan el fin de aportar un conocimiento importante para la conservación y la ordenación de las poblaciones; “métodos adecuados”, incluida la utilización de métodos letales sólo cuando los objetivos de la investigación no puedan alcanzarse por ningún otro medio; examen por los pares, y evitación de efectos negativos en la población. La Corte no está convencida de que las actividades deban satisfacer los cuatro criterios propuestos por Australia para constituir “investigación científica” en el contexto del artículo VIII. La Corte estima que esos criterios parecen reflejar en gran medida lo que uno de los expertos presentados por Australia consideraba una investigación científica bien concebida, en lugar de servir como interpretación de la expresión empleada en la Convención. La Corte tampoco considera necesario formular criterios alternativos ni dar una definición general de “investigación científica”.

Pasando a considerar el sentido de la expresión “para fines de”, la Corte observa que, si bien los objetivos de investigación declarados de un programa son los fundamentos del diseño de un programa, no necesita hacer un juicio de valor sobre la importancia o el mérito científicos de dichos objetivos para evaluar la finalidad de la matanza de ballenas con arreglo a tal programa, ni incumbe a la Corte decidir si el diseño y la aplicación de un programa son los mejores medios de lograr sus objetivos declarados. La Corte reitera que para determinar si la utilización de métodos letales por un programa se hace para fines de investigación científica, considerará si los elementos del diseño y la aplicación de un programa son razonables en relación con sus objetivos científicos declarados. Tales elementos pueden comprender: decisiones relativas a la utilización de métodos letales; la escala de utilización de muestreos letales por el programa; la metodología utilizada para seleccionar el tamaño de las muestras; una comparación entre el tamaño previsto de las muestras y la caza efectiva; el marco temporal vinculado con un programa; el producto científico del programa, y el grado en que un programa coordina sus actividades con proyectos de investigación conexos.

La Corte señala, y las Partes y el Estado interviniente aceptan, que el párrafo 2 del artículo VIII permite procesar y vender la carne de ballena obtenida de manera accesoria por la matanza de ballenas llevada a cabo en virtud del otorgamiento de un permiso especial con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII. En opinión de la Corte, el hecho de que un programa entrañe la venta de carne de ballena y la utilización de los ingresos así obtenidos para financiar la investigación no es suficiente, tomado aisladamente, para determinar que un permiso especial quede fuera del artículo VIII. Sería necesario examinar otros elementos, tales como la escala de la utilización de muestreos letales por un programa, que puedan sugerir que la caza de la ballena se lleva a cabo para fines distintos de la investigación científica. En particular, un Estado parte no puede, para financiar la investigación para la que se ha otorgado un permiso especial, utilizar muestreos letales en una escala mayor que la que resulte razonable en relación con el logro de los objetivos declarados del programa.

La Corte observa que es frecuente que los Estados procuren alcanzar más de un objetivo cuando aplican una política determinada. Además, un criterio objetivo para determinar si un programa es para fines de investigación científica no depende de las intenciones de determinados funcionarios gubernamentales, sino más bien de si el diseño y la aplicación de un programa son razonables en relación con el logro de los objetivos de investigación declarados. Consiguientemente, la Corte considera que el hecho de que

determinados funcionarios gubernamentales tengan motivaciones que van más allá de la investigación científica no impide llegar a la conclusión de que un programa es para fines de investigación científica en el sentido del artículo VIII. Al mismo tiempo, esas motivaciones no pueden justificar el otorgamiento de un permiso especial para un programa que utilice muestreos letales en una escala mayor que la que sea razonable en relación con el logro de los objetivos de investigación declarados del programa. Los objetivos de investigación por sí solos deben ser suficientes para justificar el programa tal como ha sido diseñado y se aplica.

3. El programa JARPA II a la luz del artículo VIII de la Convención (párrs. 98 a 227)

La Corte pasa a describir el programa JARPA II y su antecesor, el programa JARPA, antes de examinar si el diseño y la aplicación del programa JARPA II son razonables en relación con el logro de los objetivos de investigación declarados del programa.

A. Descripción de los programas (párrs. 100 a 126)

La Corte recuerda que, en 1982, la CBI enmendó el Anexo de la Convención para establecer una moratoria de la caza comercial de la ballena. El Japón formuló en tiempo una objeción a la enmienda, y la retiró en 1986. La temporada siguiente, inició el programa JARPA, para lo cual expidió permisos especiales con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII de la Convención. El Plan de investigación de 1987 del programa JARPA describía al programa JARPA como, entre otras cosas, “un programa para la investigación de la ballena enana del hemisferio sur y para la investigación preliminar del ecosistema marino en el Antártico”, que estaba “dirigido a estimar el tamaño de la población” de ballenas enanas del hemisferio sur para obtener una “base científica para resolver los problemas a que se enfrentaba la CBI” en relación con “las opiniones divergentes sobre la moratoria”. Con tales fines, se preveía la captura anual de 825 ballenas enanas del Antártico y 50 cachalotes en dos “áreas de ordenación” en el Océano Austral. Posteriormente, se eliminó del programa la propuesta de tomar muestras de cachalotes por métodos letales y el tamaño de la muestra de ballenas enanas del Antártico se redujo a 300 para las siete primeras temporadas del programa JARPA. El Japón explica que la decisión de reducir el tamaño de la muestra de 825 a 300 tuvo como consecuencia la prolongación del período de investigación, lo cual permitió obtener resultados precisos con muestras de menor tamaño. A partir de la temporada 1995-1996, el tamaño máximo anual de las muestras de ballenas enanas del Antártico se elevó a 400, más o menos un 10%. En total, se mató a más de 6.700 ballenas enanas del Antártico durante los 18 años que duró el programa JARPA.

En marzo de 2005, el Japón presentó al Comité Científico el Plan de investigación del programa JARPA II y lanzó el nuevo programa en noviembre de 2005, antes del examen final del programa JARPA por el Comité Científico, en diciembre de 2006. Igual que con arreglo al programa JARPA, los permisos especiales para el programa JARPA II son expedidos por el Instituto de Investigación de Cetáceos del Japón, una fundación establecida en 1987 como “organismo de utilidad pública” con arreglo al Código Civil del Japón. El programa JARPA II prevé muestreos letales de tres especies de ballenas (ballenas enanas del Antártico, ballenas de aleta y ballenas jorobadas) y su Plan de investigación describe los elementos esenciales del diseño del programa, entre ellos: i) sus cuatro objetivos de investigación (seguimiento del ecosistema del Antártico, modelización de la competencia entre las especies de ballenas y los futuros objetivos de ordenación, elucidación de los cambios temporales y espaciales de la estructura de las poblaciones, y mejoramiento del procedimiento de ordenación de las poblaciones de ballenas enanas del Antártico); ii) el período y la zona de investigación (el

programa JARPA II, que está estructurado en fases de seis años, es un programa de investigación de largo plazo sin fecha determinada de terminación, que opera en un área ubicada dentro del Santuario Ballenero Austral establecido en el párrafo 7 b) del Anexo); iii) sus métodos de investigación y el tamaño de las muestras (una combinación de muestreos letales de 850 ballenas enanas del Antártico, 50 ballenas de aleta y 50 ballenas jorobadas, así como métodos no letales, a saber, muestreo de biopsias, seguimiento por satélite y observación de ballenas), y iv) el efecto esperado en las poblaciones de ballenas (el Plan de investigación dice que, sobre la base de las actuales estimaciones de abundancia, la captura prevista de cada especie es demasiado pequeña para tener un efecto negativo).

B. Si el diseño y la aplicación del programa JARPA II son razonables en relación con el logro de los objetivos de investigación declarados del programa (párrs. 127 a 227)

A la luz del criterio de examen aplicable, la Corte pasa a examinar si el diseño y la aplicación del programa JARPA II son razonables en relación con el logro de los objetivos declarados del programa.

a) Las decisiones del Japón acerca de la utilización de métodos letales (párrs. 128 a 144)

La Corte considera que las pruebas indican que, por lo menos respecto de algunos de los datos que buscan los investigadores mediante el programa JARPA II, no son viables los métodos no letales. Sobre esta base, y habida cuenta de que el valor y la fiabilidad de los datos reunidos son un tema científico opinable, la Corte no encuentra fundamentos para concluir que la utilización de métodos letales es en sí misma irrazonable en el contexto del programa JARPA II. En cambio, analiza con mayor detenimiento los detalles de las decisiones del Japón acerca de la utilización de métodos letales en el programa JARPA II y la escala de su utilización en el programa. A este respecto, la Corte menciona tres razones por las cuales el Plan de investigación del programa JARPA II debió haber incluido algún análisis de la viabilidad de métodos no letales como medio de reducir la escala de los muestreos letales previstos en el programa: i) en las resoluciones y Directrices de la CBI se exhorta a los Estados partes a tener en cuenta si se pueden lograr los objetivos de investigación utilizando métodos no letales; ii) el Japón dice que, por razones de política científica, “[n]o . . . utiliza medios letales más de lo que considera necesario” y que las alternativas no letales no son prácticas o viables en todos los casos, y iii) los dos expertos presentados por Australia hicieron referencia a significativos adelantos en una amplia gama de técnicas de investigación no letales durante los 20 últimos años y describieron algunas de esas novedades y su posible aplicación con respecto a los objetivos declarados del programa JARPA II.

La Corte no ha encontrado pruebas de estudios realizados por el Japón acerca de la viabilidad o la practicabilidad de métodos no letales, sea al establecer el tamaño de las muestras del programa JARPA II o en los años posteriores en los cuales el programa ha mantenido las mismas metas en lo tocante al tamaño de las muestras, ni de que el Japón haya realizado algún examen de si sería viable combinar una menor captura con un incremento de muestreos no letales como medio de alcanzar los objetivos de investigación del programa JARPA II.

b) La escala de utilización de métodos letales en el programa JARPA II (párrs. 145 a 212)

La Corte pasa a examinar la escala de utilización de métodos letales en el programa JARPA II. Comparando el tamaño de las muestras en el programa JARPA II con las del programa JARPA, la Corte recuerda que el tamaño de las muestras de ballenas enanas en el programa JARPA II (850, más o menos un 10%) es aproximadamente el doble del tamaño de

las muestras de ballenas enanas en los últimos años del programa JARPA, y que el programa JARPA II fija el tamaño de las muestras de otras dos especies – ballenas de aleta y ballenas jorobadas – respecto de las cuales no se preveían muestreos letales en el programa JARPA. La Corte señala, sin embargo, que la comparación entre los dos planes de investigación también revela una considerable superposición de temas de estudio, objetivos y métodos de ambos programas. La Corte considera que esas semejanzas arrojan dudas sobre el argumento del Japón de que los objetivos del programa JARPA II relacionados con el seguimiento del ecosistema y competencia entre múltiples especies son rasgos distintivos del último programa que requieren un incremento significativo del tamaño de las muestras de ballenas enanas y los muestreos letales de otras dos especies. La Corte también se refiere al hincapié que hace el Japón en la necesidad de continuidad entre los dos programas como justificación para lanzar el programa JARPA II sin esperar los resultados del examen final del programa JARPA por el Comité Científico, señalando que las debilidades de la explicación que da el Japón acerca de la decisión de llevar adelante el programa JARPA II con modificaciones en el tamaño de las muestras antes del examen final del programa JARPA dan apoyo a la idea de que la fijación del tamaño de las muestras y la fecha de lanzamiento del programa JARPA II no se determinaron por consideraciones estrictamente científicas.

En lo tocante a la determinación de distintos tamaños de las muestras para cada una de las especies, la Corte examina las cinco etapas del proceso de determinación del tamaño de las muestras, señalando las etapas respecto de las cuales existe desacuerdo entre las Partes. A este respecto, reitera que no pretende abrir juicio sobre el mérito científico de los objetivos del programa JARPA II y que las actividades del programa JARPA II pueden caracterizarse en general como “investigación científica”. Con respecto a la fijación del tamaño de las muestras, la Corte indica también que no está en condiciones de concluir si un determinado valor para una variable dada tiene ventajas científicas sobre otro; procura, en cambio, evaluar sólo si las pruebas respaldan una conclusión en el sentido de que los tamaños de las muestras son razonables en relación con el logro de los objetivos declarados del programa JARPA II. La Corte concluye que, tomados en conjunto, los elementos de prueba relativos a la determinación de un distinto tamaño de las muestras para cada especie brindan escasas explicaciones y justificación para las decisiones a partir de las cuales se generó el tamaño global de las muestras.

Comparando el tamaño de las muestras y la captura efectiva, la Corte advierte una diferencia importante entre el objetivo del programa JARPA II respecto del tamaño de las muestras y la cantidad real de ballenas que fueron matadas en aplicación del programa: durante las primeras siete temporadas del programa JARPA II se mataron en total 18 ballenas de aleta, entre ellas diez ballenas de aleta durante el primer año del programa, cuando estaba a estudio la viabilidad de cazar ballenas más grandes. En los años posteriores, se cazaron anualmente de cero a tres ballenas de aleta. En aplicación del programa JARPA II no se mató ninguna ballena jorobada. El Japón explica que, después de haber decidido inicialmente no tomar muestras de ballenas jorobadas durante los dos primeros años del programa JARPA II, “suspendió” la toma de muestras de ballenas jorobadas a partir de 2007. La Corte observa, sin embargo, que los permisos expedidos con arreglo al programa JARPA II a partir de 2007 siguen autorizando la captura de ballenas jorobadas. En lo tocante a las ballenas enanas, a pesar de que el tamaño previsto para las muestras era de 850, la captura efectiva con arreglo al programa JARPA II ha fluctuado de un año a otro: 853 ballenas enanas durante la temporada 2005-2006, aproximadamente 450 en las temporadas siguientes, 170 en la temporada 2010-2011 y 103 en la temporada 2012-2013.

Analizando la afirmación de Australia de que la diferencia entre el tamaño previsto de las muestras y la captura efectiva debilita la posición del Japón de que el programa JARPA II es un programa para fines de investigación científica, la Corte observa que, a pesar de la cantidad de años en que la aplicación del programa JARPA II se ha apartado significativamente del diseño del programa, el Japón no ha hecho ningún cambio en los objetivos y el tamaño previsto de las muestras con arreglo al programa JARPA II, los cuales se reproducen en los permisos especiales otorgados anualmente. En opinión de la Corte, el hecho de que el Japón continúe apoyándose en los dos primeros objetivos del programa JARPA II para justificar el tamaño previsto de las muestras, a pesar de la discrepancia entre la captura efectiva y esas previsiones, unido a su declaración de que el programa JARPA II puede obtener resultados científicos significativos basándose en una captura efectiva mucho más limitada, arrojan nuevas dudas sobre la caracterización del programa JARPA II como un programa para fines de investigación científica. Esas pruebas sugieren, de hecho, que el tamaño previsto de las muestras es mayor de lo que sería razonable en relación con el logro de los objetivos declarados del programa JARPA II. El hecho de que la captura efectiva de ballenas de aleta y ballenas jorobadas se explique en gran medida, si no en su totalidad, por consideraciones políticas y logísticas, debilita aún más la pretendida relación entre los objetivos de investigación del programa JARPA II y el tamaño específico de los objetivos en materia de muestras para cada especie — en particular, la decisión de llevar a cabo muestreos letales de ballenas enanas en una escala relativamente grande.

c) Aspectos adicionales del diseño y la aplicación del programa JARPA II (párrs. 213 a 222)

La Corte considera a continuación varios aspectos adicionales del programa JARPA II que las Partes han señalado a la atención. Con respecto al marco temporal abierto del programa JARPA II, la Corte observa que, con respecto a un programa para fines de investigación científica, como se indica en el Anexo P, habría sido más adecuado un “marco temporal con metas intermedias”. Examinando el limitado producto científico del programa JARPA II hasta la fecha, la Corte observa que, si bien ya ha concluido la primera fase de investigación del programa JARPA II (2005-2006 a 2010-2011), el Japón sólo menciona como resultado del programa hasta la fecha dos documentos sometidos a examen por los pares. Además, la Corte señala que esos trabajos no se refieren a los objetivos del programa JARPA II y se fundan en datos reunidos sobre ballenas enanas capturadas durante el estudio de viabilidad del programa JARPA II. Habida cuenta de que el programa JARPA II se está ejecutando desde 2005 y ha comprendido la matanza de cerca de 3.600 ballenas enanas, la Corte considera que el producto científico hasta la fecha es limitado. En lo tocante a la cooperación con otras instituciones de investigación, la Corte observa que podrían haberse esperado algunas pruebas adicionales de cooperación entre el programa JARPA II y otras instituciones de investigación nacionales e internacionales habida cuenta de que el programa está centrado en el ecosistema del Antártico y de los cambios ambientales en la región.

d) Conclusión relativa a la aplicación del párrafo 1 del artículo VIII al programa JARPA II (párrs. 223 a 227)

La Corte determina que la utilización de muestreos letales no es en sí misma irrazonable en relación con los objetivos de investigación del programa JARPA II. Sin embargo, en comparación con el programa JARPA, la escala de muestreos letales en el programa JARPA II es mucho mayor con respecto a las ballenas enanas del Antártico, y el programa comprende muestreos letales de otras dos especies de ballenas. Por consiguiente, la Corte considera que el tamaño previsto de las muestras en el programa JARPA II no es

razonable en relación con el logro de los objetivos del programa. Primero, los objetivos generales del programa JARPA se superponen en gran medida con los del programa JARPA II. En la medida en que los objetivos son diferentes, las pruebas no revelan la forma en que esas diferencias determinan el considerable incremento de la escala de muestreos letales en el Plan de investigación del programa JARPA II. Segundo, el tamaño de las muestras de ballenas de aleta y ballenas jorobadas es demasiado pequeño para suministrar la información necesaria para alcanzar los objetivos de investigación del programa JARPA II, sobre la base de los propios cálculos del Japón, y el diseño del programa parece impedir un muestreo al azar de ballenas de aleta. Tercero, el proceso utilizado para determinar el tamaño de las muestras de ballenas enanas carece de transparencia, tal como convinieron los expertos presentados por cada una de las Partes. Cuarto, algunos elementos de prueba sugieren que se podría haber ajustado el programa a fin de lograr que las muestras fueran de tamaño mucho menor, y el Japón no explica por qué no se ha hecho tal cosa. Las pruebas que la Corte tiene ante sí sugieren asimismo que se ha prestado poca atención a la posibilidad de utilizar en mayor grado métodos de investigación no letales para alcanzar los objetivos del programa JARPA II y que en el diseño del programa incidieron consideraciones financieras, más que criterios estrictamente científicos.

A juicio de la Corte, esos problemas relacionados con el diseño del programa JARPA II deben considerarse también a la luz de su aplicación. Primero, no se han cazado ballenas jorobadas, y el Japón cita razones no científicas para ello. Segundo, la caza de ballenas de aleta es sólo una pequeña fracción de la cantidad prescrita en el Plan de investigación del programa JARPA II. Tercero, la captura efectiva de ballenas enanas también ha sido mucho menor que el tamaño anual previsto de las muestras en todas las temporadas menos una. A pesar de esas diferencias entre el Plan de investigación y la aplicación del programa, el Japón ha seguido apoyándose en los objetivos de investigación del programa JARPA II – principalmente, la investigación del ecosistema y el objetivo de construir un modelo de competencia entre múltiples especies – para justificar tanto la utilización como la extensión de los muestreos letales prescritos por el Plan de investigación del programa JARPA II para las tres especies. Ni los objetivos del programa JARPA II ni sus métodos han sido revisados o adaptados para tener en cuenta la cantidad real de ballenas cazadas. Tampoco ha explicado el Japón cómo esos objetivos de investigación siguen siendo viables, habida cuenta de la decisión de utilizar períodos de investigación de seis años y 12 años para diferentes especies, unida a la aparente decisión de abandonar totalmente los muestreos letales de ballenas jorobadas y cazar muy pocas ballenas de aleta. También arrojan dudas sobre la caracterización del programa JARPA II como un programa para fines de investigación científica otros aspectos del programa, como el carácter abierto de su marco temporal, su limitado producto científico hasta la fecha y la ausencia de cooperación significativa entre el programa JARPA II y otros proyectos de investigación conexos.

En conjunto, la Corte considera que el programa JARPA II comprende actividades que pueden caracterizarse generalmente como investigación científica, pero que las pruebas no establecen que el diseño y la aplicación del programa sean razonables en relación con el logro de sus objetivos declarados. Por consiguiente, la Corte concluye que los permisos especiales otorgados por el Japón para la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas en relación con el programa JARPA II no son “para fines de investigación científica” con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII de la Convención.

4. Conclusiones relativas a las alegaciones de violación del Anexo (párrs. 228 a 233)

La Corte considera a continuación las consecuencias de la conclusión que antecede, a la luz de la afirmación de Australia de que el Japón ha violado tres disposiciones del Anexo que establecen restricciones a la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas: la obligación de respetar un límite de captura cero para la matanza para fines comerciales de ballenas de todas las poblaciones (párr. 10 *e*); la moratoria de buques factoría (párr. 10 *d*) y la prohibición de la caza comercial de la ballena en el Santuario Ballenero Austral (párr. 7 *b*).

La Corte observa que las formulaciones precisas de las tres Disposiciones del Anexo invocadas por Australia difieren entre sí. La “moratoria de buques factoría” no hace referencia expresa a la caza comercial de la ballena, mientras que la exigencia de observar un límite de captura cero y la disposición que establece el Santuario Ballenero Austral expresan sus prohibiciones con referencia a la caza “comercial” de la ballena. En opinión de la Corte, a pesar de esas diferencias de redacción, las tres disposiciones del Anexo tienen claramente la intención de comprender toda matanza, caza y faenamiento de ballenas que no sean ni “para fines de investigación científica” con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII de la Convención, ni la caza aborígen de ballenas para subsistencia con arreglo al párrafo 13 del Anexo, que no es pertinente para la presente causa. La referencia a la caza “comercial” de la ballena en los párrafos 7 *b*) y 10 *e*) del Anexo puede explicarse por el hecho de que en casi todos los casos ésa sería la caracterización más adecuada de la actividad de caza de la ballena de que se tratará. No se puede entender el texto de las dos disposiciones en el sentido de que implica que existen categorías de caza de la ballena que no están comprendidas en las disposiciones del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención o el párrafo 13 del Anexo pero que de todos modos están fuera del alcance de las prohibiciones enunciadas en los párrafos 7 *b*) y 10 *e*) del Anexo. Una interpretación de esa índole dejaría a algunas categorías indefinidas de actividades de caza de la ballena fuera del alcance de la Convención, lo cual sería contrario a su objeto y su fin. Asimismo cabe observar que en ningún momento en el presente procedimiento sugirieron las Partes o el Estado interviniente que existieran tales categorías adicionales.

Por consiguiente, partiendo de la base de que la caza de la ballena que no está comprendida en el párrafo 1 del artículo VIII, fuera de la caza aborígen de ballenas para subsistencia, está sujeta a las tres disposiciones del Anexo invocadas por Australia, la Corte llega a las conclusiones siguientes;

- i) En lo tocante a la moratoria de la caza comercial de la ballena prevista en el apartado *e*) del párrafo 10 del Anexo, la Corte observa que, desde 2005 hasta la fecha, el Japón, mediante la expedición de permisos con arreglo al programa JARPA II, ha establecido límites de captura superiores a cero para tres especies: 850 para ballenas enanas, 50 para ballenas de aleta y 50 para ballenas jorobadas. Por consiguiente, la Corte concluye que el Japón no ha actuado de conformidad con sus obligaciones con arreglo al párrafo 10 *e*) en cada uno de los años en que ha otorgado permisos para el programa JARPA II (desde 2005 hasta el presente), porque en esos permisos se han fijado límites de captura superiores a cero.
- ii) En relación con la moratoria de buques factoría contenida en el párrafo 10 *d*) del Anexo, la Corte considera que, al utilizar el buque factoría *Nisshin Maru*, así como otras embarcaciones que han actuado como capturadores de ballenas, con finalidades de caza, captura, remolque, retención o búsqueda de ballenas, el Japón no ha actuado de conformidad con sus obligaciones con arreglo al párrafo 10 *d*) en cada una de las temporadas en que se cazó, mató y faenó a ballenas de aleta en el programa JARPA II.

iii) Con respecto al Santuario Ballenero Austral establecido por el párrafo 7 *b*) del Anexo, la Corte observa que esta disposición no se aplica a las ballenas enanas en relación con el Japón (como consecuencia de la objeción del Japón a dicho párrafo). Observa asimismo que el programa JARPA II opera dentro del Santuario Ballenero Austral y concluye que el Japón no ha actuado de conformidad con sus obligaciones con arreglo al párrafo 7 *b*) en cada una de las temporadas del programa JARPA II durante las cuales se capturó a ballenas de aleta.

5. Alegaciones de incumplimiento por el Japón de sus obligaciones con arreglo al párrafo 30 del Anexo (párrs. 234 a 242)

La Corte recuerda que Australia pide también que se juzgue y declare que el Japón violó su obligación de cumplir con el párrafo 30 del Anexo. Esta disposición requiere que los Gobiernos Contratantes sometan las propuestas de permisos al Secretario de la CBI antes de expedirlos, con anticipación suficiente para permitir que el Comité Científico los examine y formule observaciones sobre ellos, y establece una lista de temas que se deben incluir en las propuestas de permisos.

En lo tocante a la cuestión de la presentación en tiempo, la Corte observa que el Japón sometió el Plan de investigación del programa JARPA II al Comité Científico para su examen antes de otorgar el primer permiso para el programa, y que los permisos posteriores que se otorgaron sobre la base de esa propuesta debían someterse a la Comisión con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII de la Convención. La Corte señala que Australia no controvierte que el Japón haya procedido así con respecto a cada uno de los permisos otorgados para el programa JARPA II. En lo tocante a los requisitos sustantivos del párrafo 30, la Corte determina que el Plan de investigación del programa JARPA II, que constituye la propuesta de otorgamiento de permisos especiales, contiene la información especificada por dicha disposición, como lo reconoció el Comité Científico en 2005 en su examen del Plan de investigación del programa JARPA II. La Corte entiende que la falta de detalles en los permisos mismos es congruente con el hecho de que el programa es un programa multianual, como se describe en el Plan de investigación del programa JARPA II. Así pues, el enfoque del Japón es acorde con la práctica del Comité Científico, y la Corte concluye que el Japón ha cumplido los requisitos del párrafo 30 en lo tocante al programa JARPA II.

III. REPARACIONES (párrs. 244 a 246)

Además de pedir a la Corte que determine que la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas con arreglo a permisos especiales otorgados con arreglo al programa JARPA II no es para fines de investigación científica en el sentido del artículo VIII y que en consecuencia el Japón ha violado tres párrafos del Anexo, Australia pide a la Corte que juzgue y declare que el Japón deberá: “*a*) abstenerse de autorizar o cumplir cualquier permiso especial de caza de la ballena que no sea para fines de investigación científica en el sentido del artículo VIII; *b*) cesar con efecto inmediato la aplicación del programa JARPA II, y *c*) revocar todas las autorizaciones, permisos o licencias que habiliten la aplicación del programa JARPA II”. La Corte observa que, como el programa JARPA II es un programa en curso, se justifica la adopción de medidas que vayan más allá del solo efecto declarativo. Por consiguiente, la Corte ordena que el Japón revoque todas las autorizaciones, permisos o licencias vigentes para matar, cazar o faenar ballenas en relación con el programa JARPA II, y se abstenga de otorgar nuevos permisos con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII de la Convención en cumplimiento de dicho programa.

La Corte no estima necesario ordenar la reparación adicional solicitada por Australia, consistente en exigir que el Japón se abstenga de autorizar o cumplir cualquier permiso especial de caza de la ballena que no sea para fines de investigación científica en el sentido del artículo VIII. En opinión de la Corte, como esa obligación se aplica ya a todos los Estados partes, cabe esperar que el Japón tenga en cuenta el razonamiento y las conclusiones contenidos en la presente sentencia al evaluar la posibilidad de otorgar futuros permisos con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII de la Convención.

Opinión disidente del magistrado Owada

En su opinión disidente, el magistrado Owada dice que, con gran pesar, no puede asociarse a la sentencia en lo tocante a las conclusiones enunciadas en los párrafos 2, 3, 5 y 7 de su parte resolutive, ni al razonamiento correspondiente. El magistrado Owada dice que su desacuerdo se refiere a la forma en que la sentencia ha interpretado el carácter fundamental de la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena (“la Convención”), a la metodología empleada por la sentencia para interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención, y, consiguientemente, con varias de las conclusiones a que se llega en la sentencia.

I. Competencia

El magistrado Owada comienza su opinión disidente señalando que, sobre la cuestión de la competencia de la Corte, mantiene algunas reservas sobre ciertos aspectos del razonamiento de la sentencia, pero concuerda con la conclusión de la sentencia de que la Corte es competente. Asimismo deja constancia de su reserva fundada en que, en las circunstancias procesales en cierta forma desafortunadas, las Partes no contaron en el procedimiento con oportunidades amplias para desarrollar sus respectivos argumentos sobre la cuestión de competencia.

II. El objeto y el fin de la Convención

El magistrado Owada considera a continuación el objeto y el fin de la Convención. Observa que hay dos opiniones contrapuestas acerca de la Convención. De acuerdo con la primera, ha habido una evolución en la visión económica y social del mundo que rodea a las ballenas y a la caza de la ballena durante los años transcurridos desde 1946, y que esto debe reflejarse en la interpretación y la aplicación de la Convención. De acuerdo con la segunda opinión, la base jurídico-institucional de la Convención no ha cambiado desde que fue redactada, pues estaba basada en los principios establecidos de derecho internacional relativos a la conservación y la ordenación de los recursos pesqueros, incluidas las ballenas, y este carácter fundamental de la Convención debe ser esencialmente mantenido. Según el magistrado Owada, ésta es la divisoria fundamental que separa las posiciones jurídicas de Australia y Nueva Zelandia, por un lado, y del Japón, por el otro.

Examinando el objeto y el fin de la Convención, el magistrado Owada señala que fue creada teniendo como telón de fondo una historia de caza irrestricta de la ballena y de una débil reglamentación que llegaba a amenazar la sostenibilidad de las poblaciones de ballenas, y con ello la viabilidad de la industria de la caza de ballenas, y debe ser entendida en el contexto de esa situación. El magistrado Owada observa asimismo que el objeto y el fin de la Convención están claramente enunciados en su Preámbulo. Según el magistrado Owada, está claro que el objeto y el fin de la Convención consisten en procurar como objetivo el logro de los fines gemelos de la sostenibilidad del máximo rendimiento sostenible de las poblaciones en cuestión y la viabilidad de la industria de la caza de ballenas. En ninguna parte de la

Convención podrá encontrarse la idea de una prohibición total y permanente de la captura de ballenas. El magistrado Owada también señala que esto está confirmado por las actas literales de la Comisión Ballenera Internacional que votó a favor de la moratoria de la caza de la ballena.

Según el magistrado Owada, es de importancia capital que la Corte comprenda el objeto y fin de la Convención en su perspectiva adecuada, que define las características esenciales del régimen establecido con arreglo a la Convención. En opinión del magistrado Owada, la sentencia se abstuvo de analizar las características esenciales del régimen de la Convención. La lacónica afirmación contenida en la Sentencia de que “[l]as funciones conferidas a la Comisión [Ballenera Internacional] han convertido a la Convención en un instrumento evolutivo” no especifica lo que ello implica. El magistrado Owada considera que la Convención no es maleable como tal en sentido jurídico, siguiendo los cambios del ambiente socioeconómico circundante.

III. Las características esenciales del régimen reglamentario establecido en la Convención

El magistrado Owada dice que, con la finalidad de comprender las características esenciales del régimen establecido en la Convención, se debe analizar con cierto detalle la estructura de la Convención. En este sentido, el magistrado Owada observa que 1) los Gobiernos Contratantes han creado una Comisión Ballenera Internacional (“CBI”) como órgano ejecutivo, que puede tomar una decisión por mayoría de tres cuartos, si es necesario tomar medidas en cumplimiento del artículo V; 2) con arreglo al artículo V, la CBI puede enmendar las disposiciones del Anexo, que forma parte integral de la Convención, adoptando reglamentaciones atinentes a la conservación y la utilización de los recursos balleneros, con sujeción a determinadas condiciones; 3) la CBI también puede hacer recomendaciones a algunos Gobiernos Contratantes o a todos ellos sobre asuntos que se relacionen con las ballenas o la caza de la ballena y con los objetivos y fines de la Convención, y 4) sin perjuicio de las demás disposiciones contenidas en la Convención, un Gobierno Contratante puede otorgar a cualquiera de sus nacionales un permiso especial que autorice a dicho nacional a matar, cazar y faenar ballenas para fines de investigación científica, con sujeción a las restricciones en materia de número y demás condiciones que el Gobierno Contratante estime adecuadas, y la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas de conformidad con las disposiciones del artículo VIII estará exenta de la aplicación de la Convención.

El magistrado Owada dice que, sobre la base de lo que se ha resumido *supra*, parece justo concluir que la Convención ha creado una especie de régimen reglamentario autosuficiente sobre las ballenas y la caza de la ballena, aunque es innecesario aclarar que ese sistema – que establece la autonomía de las Partes – no escapa al proceso de control judicial por la Corte. El magistrado Owada señala asimismo que, dentro de este régimen reglamentario autosuficiente, no se otorga a la CBI ningún poder de adopción de decisiones por mayoría para obligar automáticamente a las Partes Contratantes, y ninguna enmienda al Anexo surtirá efectos en relación con una Parte Contratante que objete dicha enmienda. El magistrado Owada recuerda que, luego de la enmienda al Anexo por la que se prohibía la caza comercial de la ballena de todas las especies a partir de la temporada 1985/86, el Japón en definitiva ejerció su derecho a formular una objeción con arreglo al artículo V, que posteriormente retiró bajo presión de los Estados Unidos.

Según el magistrado Owada, el argumento formulado con respecto a esta situación por el demandante, y desarrollado más extensamente por el interviniente, en el sentido de que

la Convención ha tenido una evolución durante estos 60 años en consonancia con el cambio del medio ambiente que circunda a las ballenas y la caza de la ballena, parecería ser un argumento que equivaldría a un intento de cambiar las reglas del juego previstas en la Convención y aceptadas por las Partes Contratantes en 1946. El magistrado Owada observa que, según el demandado, al enfrentarse a esta nueva situación constituida por la adopción de una moratoria de la caza de la ballena para fines comerciales, resultó necesario que el demandado presentara un programa de actividades para fines de investigación científica para poder reunir pruebas científicas para someterlas a la consideración de la CBI (o de su Comité Científico), con miras a permitir que la CBI levantara o reviera la moratoria, que según se había expresado era una medida adoptada que no había de tener una duración ilimitada y estaría sujeta a una futura revisión. Según el magistrado Owada, parecería difícil encontrar algo incorrecto en el curso de acción seguido por el demandado.

El magistrado Owada subraya que, habida cuenta del texto del párrafo 2 del artículo V y el párrafo 1 del artículo VIII de la Convención, lo que el demandado emprendió con arreglo al programa JARPA y el programa JARPA II debe considerarse *prima facie* como conforme con la Convención y su Anexo revisado. Así pues, según el magistrado Owada, toda la cuestión de la legalidad de las actividades de caza de la ballena del Japón con arreglo al programa JARPA, y al programa JARPA II como su continuación, ha venido a depender de la cuestión de si esas actividades del demandado pueden rotularse como actividades “para fines de investigación científica” en el sentido del artículo VIII de la Convención.

IV. La interpretación del artículo VIII

Según el magistrado Owada, el carácter esencial de la Convención que se examinó *supra* radica en que las Partes Contratantes han creado un régimen reglamentario autosuficiente para la reglamentación de las ballenas y la caza de la ballena. El precepto contenido en el artículo VIII de la Convención, en opinión del magistrado Owada, es un importante componente de dicho régimen reglamentario. El magistrado Owada dice que sería equivocado en este sentido caracterizar al poder reconocido a las Partes Contratantes de otorgar a sus nacionales permisos especiales “para matar, cazar y faenar ballenas para fines de investigación científica” (Convención, Art. VIII párr. 1) como nada más que una excepción al régimen reglamentario establecido por la Convención. El magistrado Owada dice que la Parte Contratante a la que se otorga esta prerrogativa con arreglo al artículo VIII está en efecto desempeñando una importante función dentro de ese régimen reglamentario reuniendo datos y materiales científicos necesarios para la promoción de los objetivos y fines de la Convención. El magistrado Owada señala asimismo que según el régimen reglamentario de la Convención el poder de determinar cuáles son las cuestiones que deberían ser componentes de la investigación científica, o cómo debería diseñarse y aplicarse la investigación científica en una situación determinada, es algo que incumbe principalmente a una decisión discrecional del gobierno otorgante. Según el magistrado Owada, el Gobierno Contratante está obligado a ejercer ese poder discrecional sólo para fines de investigación científica de buena fe y puede estar sujeto a responder por sus actividades de investigación científica ante los órganos ejecutivos de la Convención, la CBI y el Comité Científico.

El magistrado Owada pone de relieve que esto no significa que la Corte, en su calidad de institución judicial encargada del cometido de interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención, no tenga una función que desempeñar en este proceso. Sin embargo, habida cuenta de la naturaleza y las características específicas del marco reglamentario creado por la

Convención, este poder de la Corte debe ejercerse con cierto grado de prudencia, en la medida en que aquello de lo que se trate *a)* esté relacionado con la aplicación del marco reglamentario de la Convención, y *b)* esté referido al cometido tecnocientífico de evaluar el mérito de la investigación científica, que la Convención ha asignado al Comité Científico.

En lo tocante al problema relacionado con la aplicación del marco reglamentario de la Convención (punto *a)* *supra*), el magistrado Owada afirma que se debe presumir la buena fe por parte del Estado Contratante. Según el magistrado Owada, la función de la Corte a este respecto consiste en cerciorarse de que el Estado en cuestión esté llevando a cabo sus actividades de buena fe y de conformidad con los requisitos del régimen reglamentario para los fines de investigación científica que sean conducentes a productos científicos que contribuyan a promover el objeto y el fin de la Convención. El magistrado Owada dice que, en cambio, el diseño y la aplicación del programa, por su propia naturaleza, no deberían ser una materia adecuada de control por la Corte. El magistrado Owada señala que el artículo VIII otorga expresamente al Gobierno Contratante el poder primario de decidir sobre esto.

Por consiguiente, el magistrado Owada dice que las alegaciones hechas por el demandante en el sentido de que las actividades fueron diseñadas y aplicadas para fines distintos de la investigación científica bajo pretexto de investigación científica no pueden ser objeto de presunción, y tendrán que ser establecidas por medio de pruebas sólidas y concluyentes que señalen la existencia de mala fe atribuible al Estado en cuestión.

Sobre el segundo aspecto del problema, relativo a la determinación de lo que son actividades “para fines de investigación científica” (punto *b)* *supra*), el magistrado Owada no está de acuerdo con el enfoque de la sentencia que distingue entre “investigación científica” como tal y “[actividades] para fines de investigación científica”. Para el magistrado Owada, esa distinción es tan artificial que pierde todo sentido de realidad cuando se aplica a una situación concreta. El magistrado Owada dice que la Corte debería, en cambio, centrar la atención pura y simplemente en la cuestión del alcance de lo que constituye actividades “para fines de investigación científica” de conformidad con el sentido corriente de la frase.

El magistrado Owada observa asimismo que, sobre la cuestión de lo que constituye actividades “para fines de investigación científica”, esta Corte, como tribunal de derecho, no está calificada profesionalmente para dar una respuesta científicamente significativa, y no debería tratar de pretender que puede hacerlo. El magistrado Owada argumenta que lo que es “investigación científica” es una cuestión sobre la cual suelen discrepar científicos calificados, que no pueden llegar a una opinión de consenso. De todos modos, el magistrado Owada observa que la sentencia se aboca *de hecho* a una “evaluación científica” sobre diversos aspectos sustantivos de las actividades de los programas JARPA y JARPA II, para llegar a la conclusión de que esas actividades no pueden calificarse como actividades realizadas “para fines de investigación científica” porque no pueden considerarse objetivamente razonables, de conformidad con la propia evaluación científica de Corte. Según el magistrado Owada, la pregunta que se plantea inmediatamente es “¿en qué contexto debe juzgarse esa razonabilidad?” Si la Corte está hablando del contexto jurídico, el magistrado Owada argumenta que la respuesta es clara, pues la Convención deja este punto librado principalmente a la apreciación de buena fe de la parte que emprende la investigación en cuestión. Si estamos hablando del contexto científico, sería imposible que la Corte estableciera si determinadas actividades son objetivamente razonables o no sin entrar a un examen y una evaluación tecnocientíficos del diseño y la aplicación de los programas JARPA y JARPA II, tarea que esta Corte no puede realizar, ni puede siquiera intentar.

V. El alcance del control de la Corte

El magistrado Owada escribe que las Partes Contratantes en la Convención reconocen expresamente la necesidad y la importancia de la investigación científica con la finalidad de apoyar “un sistema de reglamentación internacional para la pesquería ballenera a fin de asegurar de manera adecuada y efectiva la conservación y el incremento de las poblaciones de ballenas” (Preámbulo, párr. 7). El magistrado Owada señala que en la Conferencia que se convocó para la adopción de la Convención en 1946 se puso de relieve la capital importancia de la investigación científica llevada a cabo por organizaciones científicas dedicadas a la investigación sobre ballenas. Según el magistrado Owada, la intención de las Partes Contratantes al convenir en el texto del artículo VIII era prever el derecho de los Gobiernos Contratantes de otorgar a sus nacionales permisos especiales para cazar ballenas para fines de investigación científica. El magistrado Owada argumenta que los Gobiernos Contratantes pueden tomar esa medida sin previa consulta de la CBI o su Comité Científico, y sin su aprobación previa.

El magistrado Owada observa que ello no quiere decir que los Gobiernos Contratantes tengan una discrecionalidad ilimitada para otorgar un permiso especial. Según el magistrado Owada, es función de la Corte examinar desde el punto de vista jurídico si se han observado escrupulosamente los procedimientos prescritos expresamente en el régimen reglamentario de la Convención, incluidos los del artículo VIII. El magistrado Owada señala que la Corte también puede controlar si puede considerarse que las actividades se ajustan al concepto generalmente aceptado de “investigación científica” (el requisito sustantivo para las Partes Contratantes con arreglo al artículo VIII). Este proceso entraña la determinación del criterio de examen que ha de aplicar la Corte.

VI. El criterio de examen de la Corte

El magistrado Owada señala que, para determinar el criterio de examen, la sentencia concluye lo siguiente:

“Para el examen del otorgamiento de un permiso especial que autorice la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas, la Corte evaluará, primero, si el programa con arreglo al cual se llevan a cabo esas actividades comprende investigación científica. Segundo, la Corte considerará si la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas es ‘para fines de’ investigación científica examinando si, el diseño y la aplicación del programa son razonables en relación con el logro de sus objetivos declarados. Este criterio de examen es un criterio objetivo.” (Sentencia, párrafo 67.)

En opinión del magistrado Owada, la sentencia, al establecer ese criterio de examen, hace caso omiso de la diferencia en las posiciones adoptadas por las Partes sobre esta cuestión y, sin otra explicación, parece hacer suya la posición de una de las Partes, a saber, la del demandante. Según el magistrado Owada, los términos empleados por la sentencia sugieren que la aplicación de ese criterio de razonabilidad objetiva había sido aceptado de manera coincidente por ambas Partes en relación con el alcance general del examen, mientras que, en realidad, había una amplia diferencia entre las posiciones de las Partes, en especial en relación con el alcance del examen. Además, según el magistrado Owada, la sentencia no da explicación alguna acerca de por qué es legítimo o adecuado que la Corte amplíe el alcance del examen emprendiendo un examen del “diseño y la aplicación” del programa JARPA II.

El magistrado Owada observa que un detenido examen de los argumentos de las Partes revela que la génesis de este criterio de examen parece derivar su origen de la jurisprudencia del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”) en el asunto Estados Unidos — *Continuación de la suspensión de obligaciones en el asunto Controversia EC-Hormonas* (en adelante “*EC-Hormonas*”). En opinión del magistrado Owada, la sentencia toma esta fórmula mágica de razonabilidad objetiva fuera del contexto en que se empleó ese criterio y la aplica en cierto modo mecánicamente para nuestros fines, sin prestar la debida consideración al contexto en que se aplicó ese criterio de examen.

El magistrado Owada señala que el demandado dijo lo siguiente con respecto al criterio de examen:

“el Japón concuerda con Australia y Nueva Zelanda en considerar que el punto consiste en determinar si la *decisión [de un Estado] es objetivamente razonable, o [está] ‘respaldada por un razonamiento coherente y pruebas científicas respetables y . . . , en este sentido, [es] objetivamente justificable’.*” (Cursiva añadida).

Según el magistrado Owada, el demandado se basaba en una cita, palabra por palabra, del asunto *EC-Hormonas*. Por tal razón, es importante examinar el contexto preciso en que aparece ese pasaje citado, que es el siguiente:

“[E]n lo tocante a la determinación de hechos por los grupos especiales [de la OMC], el criterio aplicable es ‘ni examen *de novo* como tal, ni ‘deferencia total’, sino una ‘evaluación objetiva de los hechos’ . . .

Incumbe a los miembros de la OMC llevar a cabo la evaluación de riesgos. El cometido del grupo especial es examinar esa evaluación de riesgos. Cuando un grupo especial se excede de ese limitado mandato y *actúa como evaluador de riesgos*, estaría poniendo su propia apreciación científica en lugar de la del evaluador de riesgos y haciendo un examen *de novo* y, consiguientemente, se extralimitaría en el ejercicio de sus funciones con arreglo al artículo 11 del [Entendimiento relativo a la solución de diferencias de la OMC]. Por consiguiente, *el poder de examen de un grupo especial no consiste en determinar si la evaluación de riesgos llevada a cabo por un miembro de la OMC es correcta, sino en determinar si esa evaluación de riesgos está respaldada por un razonamiento coherente y pruebas científicas respetables y es, en este sentido, objetivamente justificable.*” (Cursiva añadida.)

El magistrado Owada pone de relieve que la decisión del Órgano de Apelación de la OMC dice que el órgano se extralimitaría en sus funciones si actuara como evaluador de riesgos e hiciera un examen *de novo*. Por consiguiente, en opinión del magistrado Owada la sentencia incurrió en error al tomar ese criterio de razonabilidad objetiva fuera de su contexto, y aplicarlo mecánicamente para el fin opuesto, es decir, con la finalidad de hacer que la Corte realizara una evaluación *de novo* de las actividades del demandado, cuando a ese Estado se le ha dado con arreglo a la Convención el poder primario de otorgar permisos especiales para fines de investigación científica.

El magistrado Owada también señala que en la *Causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Corte se refirió a la afirmación del demandante (Costa Rica) que argumentó que la forma en que el demandado (Nicaragua) restringía los derechos de navegación de Costa Rica en el río San Juan era “no razonable”. La Corte dijo que

“la autoridad competente para la reglamentación, en esta causa el Estado con soberanía sobre el río, tiene la responsabilidad principal de apreciar la necesidad de reglamentación y a elegir, sobre la base de su conocimiento de la situación, la medida que estime más adecuada para satisfacer esa necesidad. Para impugnar una reglamentación no será suficiente afirmar simplemente de manera general que es irrazonable.”

El magistrado Owada dice que la posición del demandado en la presente causa es análogo en derecho a la del demandado en la causa mencionada. Según el magistrado Owada, el *dictum* de esta Corte en dicha causa sería aplicable a la situación de la presente causa.

VII. Aplicación del criterio de examen en la presente causa

El magistrado Owada dice que se abstendrá de realizar el ejercicio de refutar las conclusiones de la sentencia resultantes de su evaluación sustantiva de cada uno de los aspectos concretos del diseño y la aplicación del programa JARPA II, porque si lo hiciera estaría haciendo precisamente lo que la Corte no debería haber hecho con arreglo a la Convención. Sin embargo, el magistrado Owada desea criticar la metodología que emplea la sentencia al aplicar el criterio de razonabilidad objetiva al evaluar las actividades concretas del programa JARPA II. En opinión del magistrado Owada, hay una fuerte, aunque refutable, presunción de que el gobierno otorgante, al otorgar permisos con arreglo al artículo VIII ha hecho esa determinación no sólo de buena fe, sino también a la luz de una detenida consideración de que las actividades llevadas a cabo son para fines de investigación científica. El magistrado Owada dice que la función de la Corte es apreciar si esa determinación del Gobierno Contratante es objetivamente razonable, en el sentido de que el programa de investigación se base en un razonamiento coherente y esté respaldado por opiniones respetables de miembros de la comunidad científica de especialistas en ballenas, aun cuando tal vez el programa de investigación no cuente necesariamente con el apoyo de una opinión mayoritaria dentro de la comunidad científica correspondiente.

En opinión del magistrado Owada, la sentencia parece estar aplicando el criterio de razonabilidad objetiva de manera tal que es la Parte otorgante quien tiene la carga de establecer que la escala y el tamaño de la caza letal prevista con arreglo al programa es razonable para que el programa sea calificado como un auténtico programa “para fines de investigación científica”. El magistrado Owada dice que debería ser el demandante, y no el demandado, quien tuviera que establecer mediante pruebas creíbles que las actividades del demandado con arreglo al programa JARPA II no pueden considerarse actividades “razonables” de investigación científica a los efectos del artículo VIII de la Convención. En opinión del magistrado Owada, el demandante no ha demostrado tal cosa en la presente causa.

El magistrado Owada dice que, en su opinión, las actividades llevadas a cabo con arreglo al programa JARPA II pueden caracterizarse como actividades “razonables” para fines de investigación científica. El magistrado Owada señala que las pruebas, en particular una declaración de la Presidencia del Comité Científico, han demostrado claramente que el programa JARPA II brinda alguna información científica útil con respecto a las ballenas enanas que ha tenido un valor sustancial para el Comité Científico. El magistrado Owada recuerda asimismo que el grupo de trabajo entre períodos de sesiones de la CBI expresó la opinión de que el programa JARPA, que en muchos aspectos es sustantivamente análogo al programa JARPA II, podía proporcionar valiosos datos estadísticos que podrían determinar

una reconsideración de la captura permitida de ballenas enanas con arreglo al Procedimiento Revisado de Ordenación. El magistrado Owada dice que en ese informe se hace referencia precisamente al tipo de datos que fue contemplado como útil por la Convención, como lo prueba el pasaje del artículo VIII que dice que “la continua colección y análisis de datos biológicos vinculados a las operaciones de los buques-fábrica y estaciones terrestres, son indispensables para una dirección constructiva y eficaz de la caza ballenera”. El magistrado Owada argumenta que, a la luz de esas pruebas, es difícil ver cómo las actividades del programa JARPA y su sucesor, el programa JARPA II, pueden considerarse “irrazonables”.

VIII. Conclusión

A manera de conclusión, el magistrado Owada pone de relieve que la única y crucial cuestión que está en el centro de la presente controversia es si las actividades realizadas con arreglo al programa JARPA II son “para fines de investigación científica”, y no si el programa JARPA II ha alcanzado un nivel de excelencia como proyecto de investigación científica para el logro del objeto y el fin de la Convención. El magistrado Owada dice que tal vez sea cierto que el programa JARPA II diste de ser perfecto para el logro de ese objetivo. Sin embargo, aun cuando el programa JARPA II tenga algunos defectos, ese hecho por sí sólo no convertiría a esas actividades en actividades de caza comercial de la ballena. El magistrado Owada concluye que ciertamente esto no podría ser la razón para que esta Corte decida que “el Japón debe revocar todas las autorizaciones, permisos o licencias vigentes que haya otorgado en relación con el programa JARPA II” (Sentencia, párrafo 247 (7)).

Opinión disidente del magistrado Abraham

En su opinión disidente, el magistrado Abraham dice que ha votado a favor del punto del párrafo resolutivo por el cual la Corte desestima la objeción a la competencia planteada por el Japón, pero discrepa con el razonamiento por el cual la Corte llegó a esa conclusión. En efecto, si bien la Corte actuó correctamente al rechazar la interpretación literal que hizo el Japón de la segunda parte de la reserva de Australia, que excluye de la competencia de la Corte toda controversia “que surja de o sea atinente o relativa a la explotación de cualquier área controvertida de cualquiera de dichas zonas o sea adyacente a ellas, mientras su delimitación esté pendiente”, su propia interpretación de dicha parte de la reserva es sumamente discutible e innecesariamente restrictiva.

En opinión del magistrado Abraham, esa segunda parte debe entenderse como dirigida a excluir de la competencia de la Corte las controversias que, sin estar directamente relacionadas con la delimitación marítima, requerirían que la Corte adoptase una posición – incidentalmente – sobre la naturaleza y la extensión de las zonas marítimas de Australia, pues el objeto de tales controversias sería la explotación de un espacio marítimo cuya pertenencia a una de dichas zonas hubiese dado lugar a una controversia aún pendiente. Por consiguiente, cuando se reúnan esas condiciones la reserva deberá aplicarse, aun cuando las Partes no tengan pretensiones superpuestas respecto de las áreas marítimas de que se trate.

*

Sobre el fondo de la causa, el magistrado Abraham discrepa fundamentalmente con el enfoque adoptado por la Corte.

Discrepa, primero, con la interpretación del concepto de programa “para fines de investigación científica” en el sentido del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención

internacional para la reglamentación de la caza de la ballena. A este respecto, el magistrado Abraham acepta la proposición de que el artículo VIII de la Convención no debe interpretarse ni restrictivamente ni expansivamente, y está de acuerdo con la forma en que la Corte ha considerado la noción de “investigación científica”, en particular al rechazar la definición propuesta por un experto presentado por Australia. En cambio, critica el que la Corte haya optado por un criterio “objetivo” para la determinación de si un programa es “para fines de” investigación científica. De hecho, la frase “para fines de” entraña necesariamente un examen de los objetivos procurados por el Estado responsable del programa en cuestión. Al tratar de determinar si el diseño y la aplicación de un programa de investigación científica corresponden razonablemente con sus objetivos declarados, la Corte se está actuando como si fuera un comité científico en lugar de llevar a cabo su función de determinar la naturaleza de las actividades en cuestión. El magistrado Abraham considera asimismo que, en una situación en la que un Estado se funda en el artículo VIII para justificar la autorización de un programa de caza de ballenas que comprende actividades de investigación científica, concluir que el programa está fuera de los términos de dicho artículo implica necesariamente poner en tela de juicio la buena fe del Estado de que se trata; sin embargo, la buena fe debe presumirse.

El magistrado Abraham también discrepa con la evaluación que hace la Corte de los hechos de la causa, y con la presunción desfavorable que, a su juicio, la Corte ha hecho pesar contra el Japón. La Corte exige constantemente que el Japón proporcione explicaciones, demostraciones, justificaciones, respecto de diversos aspectos del diseño y la aplicación del programa JARPA II. Concluye, equivocadamente, basándose en un examen combinado de algunos de esos aspectos, que el diseño y la aplicación del programa JARPA II son irrazonables a la luz de sus objetivos declarados. Sin embargo, el examen llevado a cabo por la Corte simplemente ha planteado lo que, según admite, son dudas, que no pueden bastar para negar al programa JARPA II el carácter de un programa realizado para fines de investigación científica. La Corte debería haber determinado que no había una inadecuación manifiesta entre los objetivos declarados del programa JARPA II y los medios empleados para lograrlos, y que el tamaño de las muestras no se había fijado en un nivel manifiestamente excesivo; consiguientemente, la Corte debería haber aceptado que el programa JARPA II tiene efectivamente el carácter de programa realizado para fines de investigación científica.

Por lo tanto, el magistrado Abraham votó en contra del punto 2 del párrafo resolutivo, en el que se determina que los permisos especiales otorgados por el Japón en relación con el programa JARPA II no están comprendidos en las disposiciones del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención, así como, en consecuencia, en contra de los puntos 3, 4, 5, y 7.

Declaración del magistrado Keith

1. En su declaración, el magistrado Keith se refiere a tres puntos que respaldan a la conclusión a que ha llegado la Corte y a sus razones. El primero es el contexto general en el que debe considerarse la causa. Durante los 65 años de vigencia de la Convención ha habido cambios masivos en la industria de la caza de ballenas y en las actitudes y políticas respecto de la caza de la ballena. Inicialmente, el Anexo de la Convención internacional sobre la caza de la ballena permitía en las aguas australes la captura del equivalente de 16.000 ballenas azules. En 1965 se prohibió la captura de ballenas de esa especie, y en 1972, año en el cual la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano pidió que se estableciera una moratoria de diez años de la caza comercial de la ballena, el límite para las ballenas enanas del Antártico se fijó en 5.000. Actualmente el Anexo comprende muchos límites de captura fijados en cero. ¿Se ha establecido un sistema de reglamentación de una industria para

prohibirla prácticamente? El magistrado Keith señala que los Gobiernos Contratantes disponían de varias opciones si hubieran deseado evitar esas restricciones o ese resultado. Concluye recordando que fracasó el intento hecho entre 2007 y 2010, con el *proceso sobre el futuro de la CBI*, de resolver mediante la negociación un conjunto de temas, incluida la controversia que la Corte tiene ante sí.

2. El segundo punto considerado por el magistrado Keith es la interrelación esencial entre el poder de otorgar un permiso especial con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII de la Convención y la extensión del poder de la Corte de someter a revisión la decisión de otorgamiento. Señala tres caracteres del poder de otorgar un permiso especial que indican límites reales al poder de los Gobiernos Contratantes. También estima significativa el abundante conjunto de elementos de información que constan en el expediente ante la Corte relativos al proceso que llevó a las decisiones de establecer el programa JARPA II y acerca de su aplicación. Según él, el criterio de examen puede enunciarse así: ¿puede la decisión del Gobierno Contratante de otorgar un permiso especial justificarse objetivamente en el sentido de que dicha decisión esté respaldada por un razonamiento científico coherente? El criterio no requiere que el programa esté “justificado”, sino que pueda justificarse mediante los elementos que constan en el expediente. Tampoco incumbe a la Corte decidir acerca del mérito científico de los objetivos del programa, ni acerca de si su diseño y su aplicación son los mejores medios de lograr esos objetivos. Pero la Corte tiene efectivamente la función de determinar, a la luz de los caracteres del poder que se señalaron *supra*, si las pruebas que tiene ante sí demuestran que existe un razonamiento científico coherente que respalde los caracteres centrales del programa.

3. En la tercera parte de su declaración, el magistrado Keith pone de relieve, en referencia a dichas pruebas, que las autoridades japonesas, al planificar y aplicar el programa, no prestaron verdadera atención, o no prestaron atención alguna, a los elementos centrales del programa que se examinan en esta declaración, y con mayor profundidad en la sentencia: las decisiones relativas a la utilización de métodos letales, por oposición a los métodos no letales, y la determinación del tamaño de las muestras; y la comparación del tamaño de las muestras con la captura efectiva. Como se indica en la declaración, esas decisiones, incluidas las relativas a la aplicación del programa, no estuvieron respaldadas por pruebas de estudios pertinentes, ni por un razonamiento científico coherente, ni por la presentación de informes y explicaciones pertinentes a la Comisión Ballenera Internacional o su Comité Científico.

4. Por esas razones y las que ha dado la Corte, el magistrado Keith concluye que el programa no está comprendido en el párrafo 1 del artículo VIII de la Convención y, en consecuencia, las acciones llevadas a cabo con arreglo a dicho programa para la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas, violan disposiciones particulares de la Convención.

Opinión disidente del magistrado Bennouna

El magistrado Bennouna ha votado en contra de los puntos 2, 3, 4, 5 y 7 del párrafo resolutivo.

El magistrado Bennouna no está de acuerdo con la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena (en adelante la “Convención”) hecha por la mayoría.

El magistrado Bennouna señala que la cuestión de la caza de la ballena tiene una pesada carga emocional y cultural. Recuerda, sin embargo, que ello no debe interferir en el

cometido de la Corte, que consiste en hacer justicia aplicando el derecho internacional, de conformidad con su Estatuto.

El magistrado Bennouna considera que no hay nada que sugiera que el programa JARPA, antecesor del programa JARPA II, que fue lanzado paralelamente a la aceptación de la moratoria de la caza comercial de la ballena por el Japón, haya sido una manera de continuar la caza comercial de la ballena bajo una cobertura jurídica diferente. Por el contrario, el magistrado Bennouna pone de relieve que el lanzamiento del programa JARPA fue un medio para paliar la falta de informaciones científicas, en particular acerca del régimen alimentario de las ballenas, que anteriormente se obtenían en el marco de la caza comercial.

El magistrado Bennouna deplora que la Corte se haya lanzado a un análisis detallado de la determinación del tamaño de las muestras, ilustrada con cuadros y gráficos, para terminar simplemente constatando una duda acerca de la razonabilidad del diseño del programa JARPA II a la luz de sus objetivos declarados. Estima que tampoco es pertinente la comparación entre el tamaño de las muestras y la captura efectiva.

En consecuencia, se pregunta si una serie de dudas e interrogantes es suficiente para justificar la determinación de que el programa JARPA II no fue diseñado y aplicado “para fines de investigación científica”.

El magistrado Bennouna señala que la Corte se negó a considerar los elementos de prueba relativos a la cuestión del carácter comercial del programa JARPA II. Sin embargo, en opinión del magistrado Bennouna, la Corte no podía soslayar la demostración del carácter comercial del programa JARPA II, porque las disposiciones del Anexo cuya violación había sido alegada por Australia sólo se aplican a la caza comercial de la ballena.

El magistrado Bennouna estima que el programa JARPA II no puede ser descrito como un programa comercial de caza de ballenas, porque no se lleva a cabo con fines de lucro.

El magistrado Bennouna considera que la posición adoptada por la mayoría de la Corte no ha tenido en cuenta el espíritu de la Convención, que está fundada en la cooperación entre los Estados partes, en el marco del sistema institucional establecido por la Convención. Considera que, al llevar a cabo una evaluación del programa JARPA II, la Corte, en algunos aspectos, ha actuado reemplazando a los órganos creados por la Convención, a saber, la Comisión Ballenera Internacional y el Comité Científico. En opinión del magistrado Bennouna, es preferible recurrir al sistema institucional establecido por la Convención, porque ésta es la mejor manera de fortalecer la cooperación multilateral entre los Estados partes y llegar a una interpretación auténtica de la Convención.

Opinión separada del magistrado Cançado Trindade

1. El magistrado Cançado Trindade comienza su opinión separada, dividida en once partes, observando que, si bien ha votado a favor de la adopción de la presente sentencia en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, habría deseado que la Corte hubiese desarrollado más extensamente algunos puntos. Por lo tanto, se siente obligado a dejar constancia, en la presente opinión separada, de los fundamentos de su posición personal al respecto. El primer punto que señala tiene que ver con el objeto y el fin de la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena (la CIRCB — Parte I). La adopción de una Convención como la CIRCB, que cuenta con un órgano de supervisión

propio, que tiene Estados miembros que no practican la caza de la ballena, revela la comprensión de que el objeto y fin de la CIRCB no pueden limitarse al desarrollo de la industria de la caza de ballenas.

2. El objetivo de conservación integra su objeto y fin, ciertamente no limitado al desarrollo de la industria de la caza de ballenas. Si el objetivo principal de la CIRCB fuera sólo proteger y desarrollar la industria de la caza de ballenas, todo el marco de la CIRCB habría sido estructurado de manera diferente. Además, la adopción de una moratoria de la caza comercial de la ballena en el marco de la CIRCB también parece indicar que la conservación de las poblaciones de ballenas es un importante componente del objeto y el fin de la CIRCB (párrs. 2 y 3). Esto se refleja también en el preámbulo de la Convención.

3. Aplicando un enfoque teleológico, la práctica de la Comisión Ballenera Internacional (CBI), integrada por sus sucesivas resoluciones, parece indicar que la conservación de las poblaciones de ballenas es un importante objetivo de la CIRCB (párr. 5). El Anexo de reglamentaciones adjuntado a la CIRCB forma parte integral de ella, con igual fuerza jurídica; periódicamente se han hecho enmiendas al Anexo, para tener en cuenta los nuevos acontecimientos ambientales internacionales. Ha pasado a ser un dispositivo multilateral, que se propone evitar las medidas unilaterales con el fin de promover la conservación (párr. 6).

4. El magistrado Cançado Trindade recuerda que el interviniente (Nueva Zelanda), dando respuesta a una pregunta que el magistrado entendió adecuado formularle, recordó que, a diferencia del Convenio internacional de 1937 para la reglamentación de la caza de la ballena, la CIRCB de 1946 tiene una Comisión permanente (la CBI) con funciones de supervisión, lo que es muestra de una “empresa colectiva”, y un reconocimiento de que la conservación de la ballena “debe ser una tarea internacional”. En suma, en opinión de Nueva Zelanda, el objeto y el fin de la CIRCB deben abordarse a la luz del interés colectivo de los Estados Partes en la conservación y la ordenación de las poblaciones de ballenas. Esa función de reglamentación colectiva de la CBI, armoniza con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que exige que los Estados (artículo 65) cooperen con miras a la conservación de los mamíferos marinos y que lo hagan por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas. Esas tareas de conservación han pasado a ser una “responsabilidad colectiva” (párr. 9).

5. Según entiende el magistrado Cançado Trindade, el sistema colectivo establecido por la CIRCB (Parte II) tiene el objetivo de reemplazar un sistema de caza unilateral y no reglamentada de la ballena por un sistema de *garantía y reglamentación colectivas*, para cuidar los intereses de los Estados Partes en la conservación y la ordenación adecuadas de las ballenas. Esa reglamentación colectiva se logra mediante un proceso colectivo de adopción de decisiones por la CBI, que adopta reglamentaciones y resoluciones (párrs. 10 y 11). De tal modo, la naturaleza y la estructura de la CIRCB, su carácter de Convención multilateral (que comprende tanto Estados que se dedican a la caza de la ballena como Estados que no lo hacen) con un órgano de supervisión propio, que adopta resoluciones y recomendaciones, pone de relieve el proceso colectivo de adopción de decisiones con arreglo a la Convención y la garantía colectiva (con arreglo a una reglamentación colectiva) prevista en ella (párr. 12).

6. De hecho, en numerosas resoluciones, la CBI ha dado orientaciones al Comité Científico para su examen de los permisos especiales con arreglo al párrafo 30 del Anexo. La finalidad es enmendar los programas de permisos especiales propuestos que no satisfagan las condiciones. De ello se deriva la expectativa de que, por ejemplo, se usen métodos no letales

siempre que sea posible, sobre la base de sucesivas resoluciones de la CBI que destacan la importancia de obtener información científica sin necesidad de matar ballenas para “investigación científica”. De conformidad con las resoluciones de la CBI, el Comité Científico, por su parte, ha elaborado una serie de *Directrices* que le permiten cumplir su función de examen de los permisos especiales (párr. 13).

7. En sucesivas resoluciones de la CBI se ha pedido constantemente a los Estados Partes a que se dirigen que no continúen sus actividades cuando ellas no satisfacen los criterios del Comité Científico (párr. 14). Teniendo presentes las resoluciones de la CBI, las Directrices del Comité Científico han tratado de prestarle asistencia para cumplir adecuadamente su función de examen de las propuestas de permisos especiales y de los resultados de las investigaciones realizadas con arreglo a los permisos especiales existentes y concluidos. En los últimos años, en las Directrices se ha insistido en la utilización de métodos de investigación no letales. Está claro que no hay aquí mucho espacio para el libre albedrío y la acción unilateral de los Estados (párr. 15).

8. Del párrafo 30 del Anexo se desprende claramente que el Estado parte que expide un permiso especial tiene la obligación de proporcionar a la Secretaría de la CBI los permisos científicos propuestos antes de que sean expedidos, y con tiempo suficiente para permitir que el Comité Científico los examine y formule comentarios sobre ellos. Los Estados que otorgan los permisos especiales no tienen una libertad irrestricta para expedir tales permisos (párrs. 16 y 17). Existe, así, una obligación *positiva* (de procedimiento) del Estado que desea expedir un permiso especial de cooperar con la CBI y el Comité Científico (párrs. 18 y 19). En el marco del sistema de garantía colectiva y reglamentación colectiva con arreglo a la CIRCB, la Corte ha determinado, en puntos separados, que el Estado demandado no ha actuado de conformidad con el párrafo 10 *d)* y *e)* y el párrafo 7 *b)* del Anexo a la CIRCB (puntos resolutivos 3 a 5).

9. El magistrado Cançado Trindade pasa a continuación a lo que señala como el alcance limitado del párrafo 1 del Artículo VIII de la CIRCB (Parte III). El párrafo 1 del Artículo VIII aparece como una *excepción* al marco normativo de la CIRCB, lo que significa que debe ser interpretado restrictivamente. El Estado que expide un permiso no tiene carta blanca para dictar que determinado programa es “para fines de investigación científica”. No es suficiente que un Estado parte describa a su programa de caza de la ballena como “para fines de investigación científica”, sin demostrarlo (párrs. 21 y 22). La Corte ha determinado que los permisos especiales otorgados por el Japón en relación con el programa JARPA-II “no están comprendidos en las disposiciones del párrafo 1 del Artículo VIII” de la CIRCB (punto resolutivo 2). En su percepción,

“esa discrecionalidad irrestricta no estaría en armonía con el objeto y el fin de la CIRCB, ni con la idea de reglamentación multilateral. El Estado que expide un permiso especial debe tomar en consideración las resoluciones de la CBI que proporcionan las opiniones de los otros Estados Partes acerca de lo que constituye ‘investigación científica’. No tiene sentido tratar de definir ‘investigación científica’ para todos los fines. Cuando decide si un programa es ‘para fines de investigación científica’ a fin de expedir un permiso especial con arreglo al párrafo 1 del Artículo VIII, el Estado Parte de que se trata tiene, a mi juicio, el deber de acatar el principio de prevención y el principio de precaución” (párr. 23).

10. El magistrado Cançado Trindade añade que el artículo VIII es parte inseparable de la CIRCB en su conjunto, y debe interpretarse teniendo en cuenta su objeto y fin, que

“descartan cualquier pretensión de entender que constituye un régimen o sistema ‘autosuficiente’” (párr. 24). Concluye entonces, sobre este punto en particular, que

“un Estado parte no tiene una discrecionalidad irrestricta para decidir el sentido de ‘investigación científica’ ni si determinado programa de caza de la ballena es ‘para fines de investigación científica’. La interpretación y aplicación de la CIRCB en los últimos decenios testimonia un gradual movimiento de alejamiento del unilateralismo y acercamiento a la conservación multilateral de los recursos marinos vivos, aclarando así el limitado alcance del párrafo 1 del Artículo VIII de la CIRCB” (párr. 24).

11. El magistrado Cançado Trindade pasa a considerar las interacciones entre sistemas, en el marco del derecho relativo a la conservación, que está en constante evolución (Parte IV). Observa que, con el crecimiento en los últimos decenios de los instrumentos internacionales relacionados con la conservación, ninguno de ellos es considerado aisladamente de los demás: no es sorprendente que la coexistencia de tratados internacionales de ese tipo haya hecho necesario un *enfoque sistémico*, que se ha aplicado en los últimos años. Aquí puede hacerse referencia, por ejemplo, a la Convención de 1973 sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES), la Convención de 1979 sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres, la Convención de 1980 sobre la conservación de los recursos marinos vivos del Antártico, la Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar, el Convenio de las Naciones Unidas de 1992 sobre la Diversidad Biológica (CDB) (párrs. 25 y 26).

12. Añade que la interpretación y la aplicación de los tratados mencionados, a la luz del enfoque sistémico, están contribuyendo a la gradual formación de una *opinio juris communis* en esta esfera del derecho internacional contemporáneo (Parte V). Como la propia Corte ha dicho (párr. 45), las funciones conferidas a la CBI han convertido a la Convención en un “instrumento evolutivo”. No es ésta la primera vez que la Corte reconoce que los tratados y convenciones internacionales son “instrumentos vivos”. Lo hizo, por ejemplo, en su célebre opinión consultiva (de 21.06.1971) sobre *Namibia*, y, más recientemente, en su sentencia (de 25.09.1997) en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)* (párrs. 27 y 29 y 30).

13. El magistrado Cançado Trindade recuerda que otros tribunales internacionales contemporáneos han seguido la misma interpretación evolutiva, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia (de 25 de abril de 1978) en la causa *Tyrer c. Reino Unido*, y también en su sentencia (sobre las objeciones preliminares, de 23 de marzo de 1995) en la causa *Loizidou c. Turquía*; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia (de 31 de agosto de 2001) en la causa de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni c. Nicaragua*, y también en su célebre y pionera opinión consultiva (de 1 de octubre de 1999) sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (párrs. 31 y 32). A continuación hace la siguiente reflexión:

“La experiencia de los órganos de supervisión de diversos tratados y convenciones internacionales también apunta en ese sentido. No ha sido infrecuente que se enfrentaran a nuevos desafíos, que los obligan a dar nuevas respuestas, que jamás podrían haber sido previstas, ni aún imaginadas, por los redactores de los respectivos tratados y convenciones. En suma, los tratados y convenciones internacionales son un producto de su época, siendo también *instrumentos vivos*. Evolucionan con el tiempo; de no ser así, caen en desuso. La CIRCB no es una

excepción. Los tratados que cuentan con órganos de supervisión propios (como la CIRCB) demuestran tener una mayor capacidad para hacer frente a los cambios en las circunstancias.

Además, en distintas esferas del derecho internacional, los tratados que cuentan con un mecanismo de supervisión propio han aplicado una hermenéutica propia, considerando a los respectivos tratados y convenciones como *instrumentos vivos*. Los tratados y convenciones internacionales son productos de su época, y su interpretación y aplicación *en el tiempo*, con una dimensión temporal, es testimonio de que son efectivamente instrumentos vivos. Ello ocurre no sólo en esta esfera, relativa a la conservación y la ordenación de los recursos marinos vivos, sino también en otras esferas del derecho internacional” (párrs. 33 y 34).

14. En la época en que se adoptó la CIRCB, a mediados del siglo XX, aún no se había formado conciencia acerca de que los recursos marinos vivos no son inagotables. Tres decenios y medio después, la Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar — un importantísimo logro del derecho internacional en el siglo XX — contribuyó al orden público de los océanos, y a la creciente conciencia de que sus recursos vivos no son inagotables. El unilateralismo fue cediendo gradualmente ante la reglamentación colectiva con fines de conservación, como lo demostró la moratoria general de la caza comercial de la ballena dispuesta en 1982 con arreglo a la CIRCB de 1946 (párr. 35).

15. Otro ejemplo es el establecimiento por la CBI de santuarios balleneros (con arreglo al párrafo 1 del artículo V de la CIRCB). El magistrado Cançado Trindade recuerda que la CBI ha establecido hasta la fecha tres santuarios balleneros: primero, el Santuario Ballenero Austral (1948-1955); segundo, el Santuario del Océano Índico (1979, renovado en 1989, e indefinidamente a partir de 1992), y tercero, el nuevo Santuario Ballenero Austral (a partir de 1994). Además, en las reuniones de la CBI de 2001 a 2004, se presentó una propuesta (revisada en 2005) de establecer un nuevo Santuario, el Santuario del Atlántico Sur, de modo de reafirmar la necesidad de conservación de las ballenas (párr. 36).

16. Paralelamente a lo antedicho, numerosas convenciones multilaterales (como la Convención sobre el Derecho del Mar y la CDB) han establecido un marco para la conservación y la ordenación de los recursos marinos vivos. La Convención sobre el Derecho del Mar contiene una serie de disposiciones a tal efecto; en cuanto a la CDB, la Conferencia de las Partes celebrada en Yakarta en 1995, por ejemplo, adoptó el *Mandato de Yakarta sobre la diversidad biológica marina y costera*, reafirmando la importancia de la conservación y la utilización ecológicamente sostenible de la diversidad biológica marina y costera, y, en particular, vinculando la conservación, la utilización sostenible de la diversidad biológica y las actividades pesqueras. Además, en su reunión de 2002, los Estados Partes en la Convención sobre las Especies Migratorias (CEM) señaló la necesidad de dar una mayor protección a seis especies de ballenas (incluidas las ballenas enanas del Antártico) y sus hábitats, zonas de reproducción y rutas migratorias (párrs. 38 y 39).

17. Éstas son – continua diciendo el magistrado Cançado Trindade – claras ilustraciones de la evolución de la *opinio juris communis* sobre el tema. En su reunión de 2010, llevada a cabo en Agadir (Marruecos), el “Grupo de Buenos Aires” reiteró su apoyo a la creación de un nuevo Santuario del Atlántico Sur para las ballenas, y tomó posición a favor de la conservación y las utilidades no letales de las ballenas, y en contra de la llamada “caza científica de la ballena” (en particular en el caso de las especies en peligro o gravemente diezmadas). El “Grupo de Buenos Aires” expresó su “más enérgico rechazo” de

las actividades actuales de caza de la ballena (incluso de especies calificadas como en peligro) en el Santuario Ballenero Austral, exhortó a que se emplearan métodos no letales y a que se mantuviera la moratoria comercial en vigor desde 1986, y dijo que las actividades actuales de caza de la ballena constituían una violación del “espíritu y la letra” de la CIRCB de 1946, y no respetaban la “integridad de los santuarios balleneros” reconocidos por la CBI (párrs. 39 y 40).

18. El siguiente punto examinado por el magistrado Cançado Trindade es el de la equidad intergeneracional (Parte VI). Comienza señalando que la CIRCB de 1946 fue “efectivamente pionera”, al reconocer, en su preámbulo, “el interés de las naciones del mundo en preservar para las futuras generaciones las grandes riquezas naturales constituidas por las existencias balleneras”. En esa época, poco después de la segunda guerra mundial, los redactores de esa Convención mal podían haber previsto que esa preocupación alcanzaría las dimensiones que ha alcanzado en los decenios siguientes, en la agenda internacional y en la elaboración del derecho internacional (en particular en la esfera del derecho ambiental internacional). La construcción conceptual de la *equidad intergeneracional* (en la que él ha participado) habría de producirse, en la doctrina jurídica internacional, cuatro decenios más tarde, a partir de mediados del decenio de 1980 (párr. 41).

19. A continuación el magistrado recuerda (párr. 42) sus propias consideraciones acerca de la dimensión temporal de largo plazo, en relación con la equidad intergeneracional, expresadas en la opinión separada que anexó a la sentencia de 20 de abril de 2010 en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*. Si bien el contexto fáctico de la presente causa es bien distinto del de la causa de las *Plantas de celulosa*, no es posible dejar de advertir que, significativamente, tanto en una como en la otra, la equidad intergeneracional marca su presencia en diferentes instrumentos internacionales de derecho ambiental internacional, y en esa esfera en su conjunto (párr. 43). Examina el punto en la CITES de 1973, en la Convención de 1979 sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres, en la CDB de 1992 (párrs. 44 y 45), entre otras (párrs. 46 y 47).

20. Pasando a la conservación de las especies vivas, examina la tensión entre conservación y explotación en los argumentos de las Partes en litigio en el curso del procedimiento de la presente causa (Parte VII), tanto en la fase escrita (párrs. 48 a 51) como en la oral. Con respecto a ésta, examina las respuestas de las Partes en litigio y del interviniente a las preguntas que él les hizo en la audiencia pública de la Corte de 8 de julio de 2013 (párrs. 52 a 56). A continuación concluye que

“ha quedado claro, en los decenios últimos, que la comunidad internacional ha adoptado un enfoque orientado a la conservación en los regímenes convencionales, incluidos los tratados relativos a los mamíferos marinos. Es correcto interpretar a la CIRCB en ese contexto (...). [L]a CIRCB debe leerse a la luz de los otros instrumentos internacionales que aplican un enfoque orientado a la conservación y el principio de precaución. La propia existencia de la CIRCB, en relación con las convenciones que se dirigen a la conservación de los recursos vivos, respalda una interpretación estricta del artículo VIII de la CIRCB” (párrs. 57 y 58).

21. El magistrado Cançado Trindade dedica la Parte VIII de su opinión separada a los principios de prevención y de precaución, desde el punto de vista de los argumentos de las Partes en litigio y el interviniente. Comienza señalando que, si bien la Corte no se detuvo a considerar el principio de precaución en la presente sentencia en la causa relativa a la *Caza de*

la ballena en el Antártico, en el curso del procedimiento en la presente causa, tanto las dos Partes en litigio (Australia y el Japón) como el interviniente (Nueva Zelandia) se refirieron a los principios de prevención y de precaución considerándolos relacionados con la presente causa (párr. 60). Después de examinar sus argumentos, observa que ambos principios, interrelacionados en la presente causa, “deben informar y dar forma a todos los programas que se lleven a cabo con arreglo a los permisos especiales dentro del alcance limitado del artículo VIII de la CIRCB” (párr. 70). Y concluye, sobre este punto, que, en la esfera del derecho ambiental internacional en general, y con respecto a la CIRCB en particular, “ha tenido lugar, con el paso del tiempo, un movimiento hacia la conservación de los recursos marinos vivos como interés común, prevaleciendo sobre la acción unilateral del Estado en busca de la rentabilidad comercial” (párr. 71).

22. El magistrado Cançado Trindade examina a continuación las respuestas de los expertos (de Australia y el Japón) a las diversas preguntas que les formuló durante las audiencias públicas de la Corte (Parte IX). A pesar de sus respuestas, en la percepción del magistrado quedó la impresión de una carencia de criterios generales para la determinación de cuál era el total de ballenas que habían de matarse, y durante cuánto tiempo, para los fines de la llamada “investigación científica” (párr. 73). La “investigación científica”, – continúa diciendo – está rodeada de incertidumbres, y se lleva a cabo sobre la base de incertidumbres. Baste aquí recordar – añade – el legado de Karl Popper (principalmente su obra *Conjeturas y refutaciones*), que solía reflexionar sabiamente que el conocimiento científico sólo puede ser incierto o conjetural, mientras que la ignorancia es infinita. La investigación científica es una búsqueda de la verdad, en medio de conjeturas, y, habida cuenta de la propia falibilidad, uno tiene que aprender de los errores en que incurre. Se puede tener la esperanza de estar aproximándose a una verdad, pero sin saber con certeza si se está lejos o cerca de ella. Sin las inevitables refutaciones, la ciencia caería en un estancamiento, perdiendo su carácter empírico. Se necesitan conjeturas y refutaciones para que la ciencia siga avanzando en su camino empírico. A partir de esos conceptos de Popper, el magistrado Cançado Trindade se pregunta: “En relación con la presente causa, ¿ello significa que se podrá seguir matando a las ballenas, cada vez más, para ‘fines científicos y en medio de la incertidumbre científica?’” Y responde a esa interrogante: “No lo creo; existen también métodos no letales, y, después de todo, los recursos marinos vivos no son inagotables.” (párr. 74).

23. El magistrado Cançado Trindade pasa entonces a examinar los reiterados llamamientos a que se hagan utilidades no letales de los cetáceos que, con arreglo a la CIRCB, ha formulado la CBI en sus resoluciones (Parte X, párrs. 75 a 79). De tal modo está en condiciones de presentar sus observaciones sobre el programa JARPA-II y las condiciones prescritas en la CIRCB y su Anexo (Parte XI). Hay varias características del programa JARPA-II que no permiten considerar que esté comprendido en la excepción del artículo VIII, que debe ser interpretada restrictivamente; en efecto, dicho programa no parece estar auténtica y únicamente motivado por la finalidad de realizar investigación científica (párr. 80).

24. En la práctica, la utilización de métodos letales por el programa JARPA-II en relación con lo que parece ser una gran cantidad de ballenas no resulta justificable como “investigación científica”; Además, el hecho de que el programa JARPA-II tenga una duración indefinida también milita en contra de su objetivo declarado de “investigación científica” (párrs. 81 y 82). En la forma en que se está llevando a cabo actualmente, el programa JARPA-II puede tener efectos negativos en las poblaciones de ballenas; la caza comercial de la ballena, pura y simple, no puede permitirse con arreglo al párrafo 2 del artículo VIII de la CIRCB (párrs. 83 y 84). La Corte ha determinado, en la presente sentencia

en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico* (puntos resolutiveos 3 a 5), que el Japón no ha actuado de conformidad con los párrafos del Anexo 10 *d*) y *e*) (moratoria de la caza de la ballena, y evaluación de los efectos de las capturas de ballenas en las poblaciones) y 7 *b*) (prohibición de la caza comercial de la ballena en el Santuario Ballenero Austral). El Estado demandado no parece haber cumplido esa obligación de tener en cuenta los comentarios, las resoluciones y las recomendaciones de la CBI y el Comité Científico (párr. 85).

25. El magistrado Cançado Trindade observa a continuación que la presente causa ha brindado “una ocasión única para que la Corte se pronuncie sobre un sistema de reglamentación colectiva del medio ambiente en beneficio de las generaciones futuras”. La presente sentencia de la Corte sobre la *Caza de la ballena en el Antártico* “puede tener consecuencias más amplias que las consistentes únicamente en el arreglo pacífico de la presente controversia entre las Partes en litigio, en beneficio de todos” (párr. 87). Si bien los tratados y convenciones internacionales son producto de su época, tienen la aptitud de adaptarse a las condiciones cambiantes, y su interpretación y su aplicación en el tiempo es testimonio de que son *instrumentos vivos*; la CIRCB de 1946 no es una excepción, y, al contar con un mecanismo de supervisión propio, ha demostrado ser un instrumento *vivo*.

26. Además, en distintas esferas del derecho internacional, los tratados y convenciones – en especial los que establecen un mecanismo de protección – “han requerido la búsqueda de una hermenéutica propia, como *instrumentos vivos*. Ello es así no sólo en la presente esfera de la conservación y la utilización sostenible de los recursos marinos vivos, sino también, análogamente, en otras esferas del derecho internacional” (párr. 88). El magistrado Cançado Trindade concluye entonces que

“La presente causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico* ha puesto en primer plano la evolución del derecho relativo a la conservación y la utilización sostenible de los recursos marinos vivos, lo cual, a su vez, ha revelado lo que percibo como su contribución a la formación gradual de una *opinio juris communis* en la presente esfera del derecho internacional contemporáneo. La *opinio juris*, en mi concepción, pasa a ser un factor en la propia formación del derecho internacional (en este caso, la conservación y la utilización sostenible de los recursos marinos vivos); su incidencia ya no es sólo la de ser uno de los elementos constitutivos de una de sus fuentes ‘formales’. La formación del derecho internacional en las esferas de interés público o común, como las de la conservación y la utilización sostenible de los recursos marinos vivos, es un proceso mucho más amplio que la formulación de sus ‘fuentes formales’, sobre todo en la búsqueda de la legitimidad de las normas que rigen la vida internacional.

De esta manera, la *opinio juris communis* pasa a asumir una dimensión considerablemente más amplia que la de ser el elemento subjetivo constitutivo de la costumbre, y a ejercer un papel clave en el surgimiento y la gradual evolución de las normas jurídicas internacionales. Después de todo, la conciencia jurídica de lo que es necesario (*jus necessarium*) está por encima del ‘libre albedrío’ de los diversos Estados (*jus voluntarium*), lo cual hace posible la evolución del derecho internacional que rige la conservación y la utilización sostenible de los recursos marinos vivos. En esta esfera, el voluntarismo de los Estados cede ante el *jus necessarium*, muy particularmente en la presente era de tribunales internacionales, entre crecientes esfuerzos por asegurar la largamente esperada primacía del *jus necessarium* sobre el

jus voluntarium. En última instancia, esto pasa a ser de fundamental importancia para la realización del bien común buscado” (párrs. 89-90).

Opinión disidente del magistrado Yusuf

1. El magistrado Yusuf anexa a la sentencia de la Corte una opinión disidente en la que expresa serias dudas acerca de la corrección jurídica del razonamiento de la Corte y de sus conclusiones respecto de la conformidad a la CIRCB de la decisión del Japón de autorizar el programa JARPA II, así como de los criterios jurídicos que deben aplicarse para evaluar esa conformidad.

2. Según el magistrado Yusuf, la controversia entre las Partes se refiere a la interpretación y la aplicación del artículo VIII de la CIRCB. La cuestión que la Corte tiene ante sí consiste en determinar si el Japón empleó lícitamente el poder discrecional otorgado a todo Gobierno Contratante de expedir a sus nacionales permisos especiales para matar ballenas con fines de investigación científica. No se refiere a la adecuación entre el diseño y la aplicación del programa JARPA II y sus objetivos declarados, como puede sugerir el análisis que se hace en la sentencia.

3. El magistrado Yusuf observa que los criterios jurídicos más pertinentes que deben considerarse en la evaluación de la licitud de las acciones del Japón en relación con el programa JARPA II son los del artículo VIII de la Convención, junto con el párrafo 30 del Anexo y las directrices para la aplicación del artículo VIII que figuran en el “Anexo P”, que fue adoptado por consenso en la Comisión Ballenera Internacional (CBI). Para el magistrado Yusuf, ése es el derecho aplicable a la presente causa, sobre cuya base la Corte debería haber tratado de resolver la controversia que tenía ante sí. En lugar de hacerlo, la Corte recurrió a un criterio de examen que es extraño a la Convención (sentencia, párrafo 67) y luego lo aplicó directamente al “diseño y la aplicación del programa JARPA II”, en lugar de a la licitud de la conducta del Japón al expedir permisos especiales para el programa JARPA II. Por ello, el magistrado Yusuf considera que el derecho aplicable a la controversia entre las Partes fue dejado de lado por la Corte, que utilizó en cambio un oscuro y discutible criterio que no puede encontrarse en parte alguna de la Convención, y que se basa en la “razonabilidad del diseño y la aplicación del programa JARPA II en relación con los objetivos declarados del programa”. Esto, en opinión del magistrado, no tiene fundamento ni en derecho ni en la práctica de esta Corte.

4. El magistrado Yusuf señala que, si bien la Corte reconoce la centralidad de la interpretación y la aplicación del derecho aplicable en el párrafo 50 de la sentencia, se desliza rápidamente sobre ese análisis para embarcarse en una sumamente detallada evaluación de la coincidencia entre el diseño y la aplicación del programa JARPA II y sus objetivos declarados. Según el magistrado Yusuf, el examen del diseño y la aplicación de un programa de investigación científica es una tarea adecuada para el Comité Científico de la CBI, y no para la Corte. En todo caso, la razonabilidad del diseño y la aplicación del programa JARPA II en relación con sus objetivos es un tema discutible sobre el cual los científicos pueden tener genuinas diferencias de opinión.

5. Según el magistrado Yusuf, el artículo VIII constituye una excepción al régimen reglamentario establecido por la Convención para la caza comercial de la ballena, pero no está fuera del alcance de la CIRCB. El poder discrecional otorgado a los Estados partes de expedir un permiso especial para fines de investigación científica tampoco es *irrestricto*. *Debe ser utilizado lícitamente sólo para el logro de los fines enunciados en la Convención.*

6. Sin embargo, el magistrado Yusuf opina que las pruebas presentadas ante la Corte no respaldan la conclusión de que los permisos especiales para el programa JARPA II hayan sido expedidos por el Japón para fines distintos de la investigación científica. Esas pruebas tampoco establecen que los permisos especiales para el programa JARPA II no cumplan con los requisitos y condiciones enunciados en la Convención. Según el magistrado Yusuf, el programa JARPA II fue debidamente objeto de examen y comentarios por el Comité Científico de la CBI en 2005 de conformidad con el artículo VIII, el párrafo 30 del Anexo y las directrices aplicables (actualmente Anexo P) con respecto a su metodología, su diseño y el efecto de las capturas en la población afectada. En otros casos, cuando el Comité opinó que una propuesta de permiso no se ajustaba a sus criterios, recomendó específicamente que no se expidiera el permiso. Tal no fue el caso con respecto al programa JARPA II.

7. El magistrado Yusuf también señala que el Comité Científico de la CBI, en su Informe de 2012, recomendó específicamente la utilización de los datos provenientes tanto del programa JARPA como del programa JARPA II para el análisis basado en la captura por edades para el modelo dinámico relativo a las ballenas enanas que el Comité está investigando; y en su Informe de 2013 el Comité se refirió a muestreos no letales de ballenas jorobadas llevados a cabo con arreglo al programa JARPA o el programa JARPA II indicando que eran útiles para la evaluación de determinadas poblaciones reproductoras de ballenas jorobadas. A la luz de esos informes del Comité Científico de la CBI relativos a la generación por el programa JARPA II de datos que son útiles para la labor del Comité Científico, el magistrado Yusuf considera inconvincente la conclusión de la mayoría de que el programa JARPA II no es para fines de investigación científica.

8. El magistrado Yusuf tampoco ha sido persuadido de que exista algún fundamento jurídico para la conclusión de la Corte de que el programa JARPA II es violatorio de la moratoria establecida en el párrafo 10 *e*) del Anexo, de la prohibición de la caza de la ballena en el Santuario Ballenero Austral (párr. 7 *b*) del Anexo) o de la moratoria de buques factoría (párr. 7 *b*)). Todas esas disposiciones se aplican a la caza comercial de la ballena, y no a la caza de la ballena para la investigación. En opinión del magistrado, esa conclusión de la Corte es particularmente injustificada en ausencia de pruebas claras de que el programa JARPA II sea un programa de caza comercial disimulado. La Corte no ha establecido que la finalidad preponderante del programa sea la caza comercial de la ballena. En efecto, la sentencia entraña una comprobación de mala fe de parte del Japón que no se formula explícitamente.

9. En opinión del magistrado Yusuf, la Corte debía haber evaluado, teniendo en cuenta la evolución que se ha operado tanto en la CIRCB como en el derecho ambiental internacional en general, si la continuación de la ejecución del programa JARPA II, en su carácter de programa que utiliza métodos letales con arreglo al artículo VIII, constituye una anomalía que pueda frustrar el objeto y el fin de la Convención a la luz de las recientes enmiendas a ella, así como la medida en la cual dichas enmiendas hayan restringido el derecho a expedir permisos especiales.

10. Para el magistrado Yusuf, no se puede considerar que las enmiendas introducidas en el Anexo con respecto al marco reglamentario para la caza comercial de la ballena, y en particular la moratoria adoptada en 1982, que sigue en vigor, y el Anexo relativo a la prohibición de la caza comercial de la ballena en el Santuario Ballenero Austral, carezcan de influencia en la interpretación y la aplicación del artículo VIII de la Convención, en la medida en que reflejan un cambio en las actitudes y los valores de la sociedad respecto de la utilización de métodos letales para la caza de la ballena en general. Así pues, la aplicación del

artículo VIII en el contexto del programa JARPA II debió haberse interpretado a través del prisma de todos esos nuevos acontecimientos, y a la luz de su efecto en el objeto y el fin de la Convención.

11. En opinión del magistrado, una interpretación del artículo VIII a la luz de la evolución del marco reglamentario de la Convención, además de anclar el razonamiento y las conclusiones de la Corte en el derecho aplicable a la controversia entre las Partes, habría sido de gran valor para los Estados partes en la Convención, habida cuenta de la cada vez mayor desconexión entre el artículo VIII y las recientes enmiendas a la Convención, y les habría proporcionado los instrumentos necesarios para restablecer un equilibrio adecuado dentro de la Convención.

Opinión separada del magistrado Greenwood

La Corte no se ocupa de las cuestiones morales, éticas o ambientales relativas a los programas de caza de la ballena del Japón en la presente causa, sino sólo de si el programa JARPA II es compatible con las obligaciones jurídicas internacionales del Japón con arreglo a la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena (“la Convención”). La respuesta a esa cuestión depende de la interpretación del artículo VIII de la Convención, que otorga a cada Estado el poder de expedir permisos especiales que autoricen la caza de la ballena para fines de investigación científica. No hay ninguna presunción en el sentido de que el artículo VIII deba interpretarse de manera restrictiva o expansiva. Si bien las recomendaciones de la Comisión Ballenera Internacional (“la Comisión”) constituyen parte de la práctica subsiguiente de las partes en la Convención, no son jurídicamente vinculantes y sólo sirven de orientación para la interpretación de la Convención en la medida en que reflejen un acuerdo entre las partes. La mayor parte de las recomendaciones que se han invocado en apoyo de una lectura restrictiva del artículo VIII fueron adoptadas solo por muy estrechas mayorías y no reflejan ese acuerdo.

En consecuencia, el efecto de que la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas en el curso del programa JARPA II estén comprendidos en el artículo VIII será que esa conducta no puede ser contraria a las demás disposiciones de la Convención y su Anexo. En cambio, si no están comprendidas en el artículo VIII, son contrarias al Anexo, específicamente a los párrafos 7 *b*) (que prohíbe la caza de ballenas de aleta en el Santuario Ballenero Austral), 10 *d*) (que prohíbe la caza de ballenas de aleta por buques factoría) y 10 *e*) (que prohíbe la fijación de límites superiores a cero con respecto a todas las especies de ballena para fines comerciales).

El magistrado Greenwood concuerda con el razonamiento de la sentencia en el sentido de que el programa JARPA II de caza de la ballena no se ajusta a los requisitos del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención. Para que estuviera comprendido en la exención contenida en el párrafo 1 del artículo VIII sería necesario que las cantidades de ballenas que hubieran de matarse con arreglo al programa JARPA II estuvieran suficientemente relacionadas con el logro de los objetivos del programa. Las cantidades mucho mayores de ballenas que han de cazarse con arreglo al programa JARPA II, en comparación con el programa JARPA, no están justificadas sobre esa base. Una diferencia clave entre el programa JARPA y el programa JARPA II es el objetivo del segundo consistente en la “modelización de la competencia entre especies de ballenas y los futuros objetivos en materia ordenación”. Ese objetivo requiere claramente una investigación relativa a más de una especie de ballenas. Sin embargo, desde el comienzo el Japón no ha cazado ballenas jobadas, y la cantidad de ballenas de aleta cazadas ha sido muy pequeña. El experto

independiente del Japón dijo que el tamaño de las muestras de ballenas de aleta era injustificable y no habría producido ningún dato útil. Si bien no cabe criticar al Japón por no haber matado más ballenas de aleta o por haber accedido a la solicitud de la Presidencia de la Comisión de no cazar ballenas jorobadas, no hay ninguna señal de que el Japón haya intentado adaptar el tamaño de las muestras del programa JARPA II como consecuencia del cambio de las circunstancias. El Japón tampoco ha proporcionado a la Corte ninguna respuesta acerca de por qué, habida cuenta de que pueden obtenerse datos con respecto a otras especies mediante la utilización de métodos no letales, no se emplearon tales métodos con respecto a las ballenas enanas. Además, si se deja de lado el objetivo de modelización de la competencia entre especies de ballenas, es difícil justificar el drástico incremento de la cantidad de ballenas enanas a cazar con arreglo al programa JARPA II en comparación con las cazadas con arreglo al programa JARPA.

El Japón no ha violado sus obligaciones con arreglo al párrafo 30 del Anexo, pues ha proporcionado la información necesaria al Comité Científico de la CBI, pero el magistrado Greenwood duda de haya cumplido el deber de cooperación con arreglo a la Convención.

La Corte actuó correctamente al no ordenar una segunda ronda de argumentos escritos en la presente causa.

Opinión separada de la magistrada Xue

La magistrada Xue concuerda con la determinación de la Corte de que los permisos especiales otorgados con arreglo al programa JARPA II no están comprendidos en el sentido del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena (la Convención), pero no comparte algunas partes del razonamiento de la decisión de la mayoría.

I. Interpretación del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención

La magistrada Xue opina que el artículo VIII, al establecer la categoría especial de la caza científica de la ballena, permite que las Partes Contratantes especifiquen la cantidad de matanzas y otras condiciones que “juzguen adecuadas”, y exime a la matanza, la caza y el faenamiento de ballenas con arreglo a permisos especiales de las restricciones impuestas a la caza comercial de la ballena en el régimen de la Convención. En esos términos, pues, la Convención confiere a las partes contratantes un poder discrecional con respecto a la caza científica de la ballena. Lo que no queda claro es en qué medida puede una Parte Contratante ejercer esa discrecionalidad. La magistrada Xue observa que, primero, una Parte Contratante debe evitar todo efecto negativo en las poblaciones con el fin de mantener la utilización sostenible y la conservación de los recursos. Segundo, debe prestarse atención a la situación de la caza comercial de la ballena, pues existe un vínculo intrínseco entre la caza comercial de la ballena y la caza científica de la ballena, particularmente cuando está previsto que la caza científica de la ballena se lleve a cabo en gran escala y de manera continua. Añade que antes de la moratoria de la caza comercial de la ballena, no se podían plantear controversias como la presente, referida al programa JARPA II; los muestreos letales no planeaban un problema. Tercero, la discrecionalidad con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII también significa que la parte que otorga la autorización tiene el deber de ejercer ese poder de manera adecuada y razonable, en virtud del principio de la buena fe con arreglo al derecho de los tratados. La magistrada concluye que, por esas razones, el artículo VIII no ha investido a las partes contratantes de un derecho que ellas mismas puedan definir.

Según la magistrada Xue, la Corte debería comenzar abordando la cuestión de si la parte autorizante puede determinar libremente, como “juzgue adecuado”, la cantidad de matanzas, cazas y faenamientos de ballenas para fines de investigación científica, cuestión que depende de las relaciones entre el artículo VIII y las demás disposiciones de la Convención. Pone de relieve que, si bien los términos del artículo VIII permanecen incambiables, diversas restricciones a la caza comercial de la ballena adoptadas con fines de conservación en el curso de los últimos 68 años han ido ejerciendo paso a paso un efecto en la forma en que puede llevarse a cabo la investigación científica, particularmente con respecto a la metodología y la escala del tamaño de las muestras. Las revisiones de las directrices y los exámenes de los permisos especiales por el Comité Científico también avanzan en el sentido de la conservación. Habida cuenta de esa evolución, es difícil sostener que la caza científica de la ballena está totalmente desligada y es totalmente independiente de la aplicación de la Convención y que el “margen de apreciación”, si es que existe, de las partes contratantes al otorgar permisos especiales sigue siendo el mismo que antes. Por lo tanto, la magistrada Xue observa que la parte autorizante está obligada a utilizar sus mejores conocimientos para determinar, según lo considere apropiado, si ha de otorgar o no permisos especiales para los programas de investigación científica propuestos. Después de adoptada, esa decisión está de todos modos sujeta a examen, científico o judicial. Desde luego, la evaluación de la decisión no puede simplemente depender de la percepción de la parte autorizante, sino que debe llevarse a cabo sobre una base objetiva. La parte autorizante debe justificar su decisión con pruebas científicas y un sólido razonamiento.

II. El criterio de examen

Sobre el criterio de examen, la magistrada Xue pone de relieve que el examen de la Corte debe centrarse en cuestiones jurídicas. Primero, al evaluar el ejercicio por parte del Japón de su derecho con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII, el control judicial de la Corte debe vincularse con la interpretación del tratado. En opinión de la magistrada, la cuestión de si las actividades llevadas a cabo con arreglo al programa JARPA II comprenden investigación científica es un asunto de hecho y no de derecho, y por consiguiente debe estar sujeto a un examen científico. De conformidad con el reconocido principio *onus probandi incumbit actori*, incumbe a Australia demostrar a la Corte, con pruebas convincentes, que el programa JARPA II no comprende investigación científica.

La magistrada Xue también encuentra problemática la distinción entre la expresión “investigación científica” y la frase “para fines de” en el párrafo 1 del artículo VIII de la Convención en la sentencia. En su opinión, esa interpretación complica indebidamente el sentido de la frase “para fines de investigación científica” en el párrafo 1 del artículo VIII, y hace salir a la Corte de su competencia judicial. Como ya se dijo, la determinación relativa a la investigación científica es principalmente un asunto de hecho sujeto a examen científico. Cuando la Corte se aboca a determinar, en la utilización de muestreos letales, si los elementos del diseño y la aplicación del programa JARPA II son razonables o no en relación con sus objetivos científicos declarados, estará inevitablemente evaluando el mérito científico del programa.

III. El programa JARPA II a la luz del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención

Si bien la magistrada Xue concuerda con algunas de las determinaciones a que ha llegado la Corte, estima que la Corte debió haber prestado una mayor consideración a la cuestión de la financiación, pues incide directamente en la cuestión central de la causa: el tamaño de los muestreos letales.

La magistrada Xue observa que el Japón no niega que la consideración de la financiación está involucrada en la determinación de otorgamiento de permisos especiales, y sostiene que esa práctica es normal en la investigación pesquera. Con respecto a la escala de los muestreos letales del programa JARPA II, la magistrada estima que el Japón no ha explicado a satisfacción de la Corte cómo se calcula y determina el tamaño de las muestras con el fin de alcanzar los objetivos del programa; la complejidad técnica del asunto no libera a la parte de la carga de la prueba.

Además, en respuesta a la afirmación de Australia de que la verdadera intención del Japón al llevar a cabo el programa JARPA II consiste en mantener su operación de caza de la ballena y que el programa constituye caza comercial encubierta de la ballena, la réplica del Japón es débil e inconvincente. Aun cuando la recaudación de fondos por medios comerciales no convierte necesariamente al programa en caza comercial de la ballena, o caza comercial encubierta de la ballena, habida cuenta de la escala de los muestreos letales y la duración ilimitada del programa JARPA II, el efecto acumulativo de su caza letal en la conservación de los recursos balleneros no es insignificante y despreciable, lo que da aún mayores razones para exigir que el Japón justifique su decisión acerca de los permisos especiales. Por esas razones, la magistrada Xue opina que desde el momento en que se impuso la moratoria de la caza comercial de la ballena, la expresión “para fines de investigación científica” en el párrafo 1 del artículo VIII debe interpretarse estrictamente; por consiguiente, no puede considerarse que los tamaños de las muestras determinadas por consideraciones relacionadas con la recaudación de fondos sean “objetivamente razonables” o “para fines de investigación científica”.

IV. Relaciones entre el párrafo 1 del artículo VIII y el Anexo

Sobre la cuestión de la alegada violación de las tres disposiciones del Anexo (moratoria de la caza comercial de la ballena, moratoria de los buques factoría y Santuario Ballenero Austral moratoria), la magistrada Xue no está de acuerdo con el razonamiento de la Corte según el cual, si el programa JARPA II no está comprendido en el sentido del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención, debe estar sujeto a las tres disposiciones mencionadas. Opina que las deficiencias del programa JARPA II analizadas por la Corte son, en gran medida, fallas técnicas relacionadas con el diseño y la aplicación del programa, que por sí solas no transforman al programa JARPA II en una operación de caza comercial de la ballena. La recaudación de fondos, aunque sea mediante la venta de carne de ballena en el mercado, no alteran necesariamente la naturaleza científica del programa, a menos la Corte determine que hubo mala fe por parte del Japón. En su opinión, la caza científica de la ballena, aunque tenga fallas, sigue siendo de naturaleza científica.

Finalmente, la magistrada Xue subraya que las consecuencias de la violación del artículo VIII y las de los párrafos del Anexo pueden ser diferentes. En el primer caso, las condiciones y la cantidad de permisos especiales pueden ser revisadas o revocadas a partir del examen y los comentarios del Comité Científico. En la segunda situación, en cambio, como se considera que el Japón ha violado las obligaciones internacionales que le impone el Anexo de la Convención por haber violado la moratoria de la caza comercial de la ballena, estará obligado a revocar todos los permisos vigentes y a abstenerse de otorgar nuevos permisos para el programa JARPA II, adelantándose así al futuro examen por el Comité Científico. En su opinión, el programa JARPA II sigue siendo un programa de investigación científica, y se debe dar al Japón la oportunidad de corregir las deficiencias en el diseño y la aplicación del programa en el marco del próximo examen periódico ante el Comité Científico.

Opinión separada del magistrado Sebutinde

El magistrado Sebutinde concuerda con las determinaciones de la Corte que figuran en los puntos resolutivos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 de la sentencia, pero considera que la Corte debió haber aclarado más precisamente los límites de la discrecionalidad de los Gobiernos Contratantes con arreglo al artículo VIII de la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena (CIRCB), así como el alcance del poder de la Corte de revisar el ejercicio de esa discrecionalidad.

En particular, el magistrado Sebutinde opina que la Corte debió haber especifica los criterios que guiaron e informaron su determinación acerca de si los permisos especiales expedidos con arreglo al programa JARPA II eran “para fines de investigación científica”, teniendo en cuenta los parámetros que los Estados Partes en la CIRCB consideran pertinentes a este respecto. Dichos parámetros se reflejan en el párrafo 30 del Anexo y fueron desarrollados en las directrices y resoluciones vinculantes de la CBI. Entre estos últimos, debe asignarse un peso particular a las directrices del Anexo P, porque son el conjunto más reciente de directrices adoptadas por consenso y constituirán la base para la evaluación del programa JARPA II que llevará a cabo el Comité Científico en 2014. Sobre esta base, el magistrado Sebutinde considera que la Corte debió haber tenido en cuenta los parámetros siguientes.

Primero, el programa de caza de la ballena para el que se procure un permiso especial debe comprender objetivos de investigación definidos y debe basarse en una metodología científica apropiada. Segundo, el Gobierno Contratante que expide un permiso especial de caza de la ballena para investigación científica debe fijar límites a la cantidad de ballenas que se podrá matar, además de las otras condiciones que estime adecuadas, y debe especificar la cantidad, el sexo, el tamaño y la población de los animales que se cazarán. Si bien el Gobierno Contratante tiene una considerable discrecionalidad para determinar los límites de captura, debe ejercer esa discrecionalidad en forma compatible con el objeto y el fin de la CIRCB, de modo que sólo se pueda matar ballenas en la medida necesaria para el logro de los objetivos declarados del programa de investigación científica. Tercero, el Estado que expide permisos debe asegurarse de que el programa de investigación científica propuesto esté diseñado y sea aplicado de manera de no poner en peligro a las poblaciones de ballenas a las que se dirige, y debe especificar el posible efecto del programa de investigación en la conservación de las poblaciones de ballenas. Por último, el Gobierno Contratante debe presentar los permisos especiales propuestos al Comité Científico para que éste, con carácter previo, los examine y formule comentarios al respecto. Este requisito de procedimiento permite que la CBI y su Comité Científico cumplan una función de seguimiento con respecto a los permisos especiales de caza de la ballena, al paso que obligan al que Estado los expide a cooperar con la CBI.

Además, el magistrado Sebutinde discrepa con el razonamiento y las determinaciones de la Corte con respecto al cumplimiento por parte del Japón de sus obligaciones con arreglo al párrafo 30 del Anexo a la CIRCB. En su opinión, el Japón no ha cumplido su obligación de cooperación significativa con la CBI y el Comité Científico.

En particular, actuando en contra de la recomendación de la CBI de que no se siguieran ejecutando programas japoneses de permisos especiales en el Antártico hasta que el Comité Científico hubiese concluido un examen a fondo de los resultados del programa JARPA, el Japón lanzó el programa JARPA II antes de que el Comité Científico hubiese concluido ese examen. Segundo, no hay indicación alguna de que el Japón haya prestado la

debida consideración a los comentarios y recomendaciones de la CBI con respecto a algunos aspectos polémicos del programa JARPA II, tales como su utilización de métodos letales. Tercero, aunque el Plan del programa JARPA II proporcionaba la información esencial requerida con arreglo al párrafo 30 del Anexo, gran parte de la información no tiene el grado de detalle suficiente para que se considere que ha cumplido las directrices pertinentes de la CBI, deficiencia que verosímilmente planteará dificultades al Comité Científico en su próximo examen del programa JARPA II. Cuarto, el Japón no ha presentado al Comité Científico para su examen previo los permisos especiales específicos con respecto al programa JARPA II, como lo requiere el párrafo 30. Habida cuenta de que esos permisos son virtuales réplicas de los permisos expedidos con arreglo al programa JARPA y de que el programa JARPA II difiere de su antecesor por lo menos en la aplicación, era imperioso que el Comité Científico tuviera, con carácter previo, la oportunidad de examinarlos y formular comentarios sobre ellos. Quinto, como se expresa en la sentencia (párrafo 222), aparte de la referencia a la colaboración con institutos de investigación japoneses en relación con el programa JARPA I, no hay pruebas de cooperación entre el programa JARPA II y otras instituciones de investigación nacionales e internacionales, con excepción del compromiso, en el Plan del programa JARPA II, de que “[s]e acogerá con beneplácito la participación de científicos extranjeros, en la medida en que tengan las calificaciones establecidas por el Gobierno del Japón”.

Habida cuenta de esas deficiencias, el magistrado Sebutinde no pudo acompañar a la mayoría en la determinación de que “el Japón ha cumplido sus obligaciones con arreglo al párrafo 30 del Anexo de la [CIRCB] con respecto al programa JARPA II”.

Opinión separada del magistrado Bhandari

En su opinión separada, el magistrado Bhandari explica las razones de su voto en contra del punto 6) del párrafo resolutivo de la sentencia. Si bien reconoce la existencia de un deber de cooperar emergente del párrafo 30 del Anexo de la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena cuando los Estados Partes interactúan con la Comisión Ballenera Internacional y su Comité Científico en relación con la expedición de permisos especiales para fines de investigación científica, el magistrado Bhandari rechaza la conclusión de la Corte de que el Gobierno del Japón ha cumplido el párrafo 30. En su opinión, si bien el Japón ha demostrado un cumplimiento formal de lo preceptuado en el párrafo 30, sus acciones no han demostrado un cumplimiento sustantivo del amplio alcance y la finalidad del deber de cooperar. Asimismo, el magistrado Bhandari cree que, además de determinar que el programa JARPA II no es un programa para fines de investigación científica con arreglo al párrafo 1 del artículo VIII de la Convención, la Corte debió haberse pronunciado en el sentido de que el programa JARPA II es un programa comercial de caza de ballenas. En su opinión, esa conclusión es inevitable, habida cuenta de que las categorías de caza de la ballena previstas en la Convención son mutuamente excluyentes, así como de las abundantes pruebas que constan en el expediente en las que se refleja la historia que rodea al programa JARPA II, su duración indefinida y algunos caracteres inequívocamente comerciales del programa.

Opinión separada de la magistrada *ad hoc* Charlesworth

En su opinión separada, la magistrada *ad hoc* Charlesworth se refiere a dos esferas específicas en las que sus opiniones difieren de las de la mayoría; la naturaleza de las restricciones a la utilización de métodos letales “para fines de investigación científica” con

arreglo al artículo VIII de la Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena 1946 (CIRCB), y el cumplimiento del párrafo 30 del Anexo por parte del Japón.

La magistrada *ad hoc* Charlesworth opina que el artículo VIII de la CIRCB debe leerse a la luz de las resoluciones relativas a métodos de investigación adoptadas por consenso por la Comisión Ballenera Internacional (CBI). A este respecto, argumenta que las resoluciones aplicables respaldan una interpretación del artículo VIII según la cual la utilización de métodos letales debería ser esencial para los objetivos del programa de investigación científica. Según la magistrada *ad hoc* Charlesworth, el enfoque de precaución –que también es pertinente para la interpretación de la CIRCB – fortalece la conclusión de que los métodos letales deben ser el último recurso en los programas de investigación científica con arreglo al artículo VIII.

La magistrada *ad hoc* Charlesworth concluye que el Japón ha violado el párrafo 30 del Anexo, pues no ha cumplido el deber de los Estados Partes de cooperar con el Comité Científico, cosa que ella considera que es un elemento crítico del régimen de la CIRCB. Si bien las opiniones del Comité Científico sobre las propuestas de permisos especiales no son jurídicamente vinculantes para los Estados Partes con arreglo a los términos del párrafo 30, la CBI ha dado al Comité el poder de examinar dichas propuestas y formular comentarios sobre ellas, con lo cual ha creado para el Estado proponente la obligación de cooperar con el Comité. Esa obligación requiere que los Estados Partes demuestren una auténtica voluntad de reconsiderar sus posiciones a la luz de las opiniones del Comité.

Según la magistrada *ad hoc* Charlesworth, el Japón no ha cumplido su deber de cooperación, entre otras cosas, al i) lanzar el programa JARPA II antes de que el Comité Científico hubiera llevado a cabo el examen del programa JARPA; ii) no prestar una consideración significativa a la viabilidad de los métodos no letales en el diseño del programa JARPA II, y iii) seguir basándose en el Plan de investigación original del programa JARPA II como fundamento de los subsiguientes permisos anuales en circunstancias en que la ejecución del programa JARPA II difería de manera sustancial de lo que estaba previsto en el Plan de investigación.