

EL MECANISMO DE CUMPLIMIENTO DEL PROTOCOLO DE KIOTO: UN NUEVO PASO EN ARAS AL CONTROL DE CUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES AMBIENTALES

Mar Campins Eritja*

La Convención Marco sobre el Cambio Climático y el ulterior Protocolo de Kyoto se caracterizan por prever, junto a medios clásicos de control del cumplimiento y de solución de controversias, el establecimiento de otros dispositivos tendentes a garantizar la aplicación de sus disposiciones y a prevenir el surgimiento de potenciales diferencias entre las Partes. En este sentido, la previsión expresa de procedimientos particulares para garantizar el correcto cumplimiento de las obligaciones internacionales refuerza las expectativas respecto a la efectividad y a la equidad de los compromisos asumidos por las Partes, a la vez que constituye una señal clara para aquellas que se muestran reticentes a su aplicación. Asimismo, la posibilidad de utilizar incentivos para favorecer la adecuación a lo que exige el convenio o emplear medidas para sancionar las situaciones contrarias al mismo constituye con frecuencia un instrumento poderoso para fomentar el cumplimiento de estas obligaciones internacionales.

El cumplimiento con los compromisos establecidos en el Protocolo de Kyoto resulta esencial para el logro del objetivo final de reducción y limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero que provocan el fenómeno del cambio climático, por lo que el diseño de un sistema que garantice su efectivo cumplimiento era una de las prioridades de las Partes. Generalmente, esta función suele atribuirse al órgano del convenio que detenta la máxima autoridad dentro del sistema, esto es la Conferencia de las Partes. No obstante, la intervención que atribuye el artículo 8 del Protocolo a la Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes del Protocolo (en adelante CdP/RdP) respecto a la adopción de decisiones puede no ser la vía más efectiva para la revisión de los casos de mala implementación o de incumplimiento. Dicho órgano se reúne habitualmente una sola vez al año, lo que resulta insuficiente para resolver el tipo de cuestiones que ahora comentamos; asimismo, su composición, su estructura y recursos y el contexto político característico de sus reuniones no hace de este órgano el más indicado para discutir adecuadamente

* Prof. Titular de Universidad. Departamento de Derecho y Economía Internacionales. Universitat de Barcelona.

los múltiples y diversos aspectos que rodean con frecuencia los casos de incumplimiento. Como consecuencia, lo más apropiado es la constitución de un Comité con competencias específicas, bajo la autoridad final de la CdP/RdP como máximo órgano del Protocolo.

En esta línea, el artículo 18 del Protocolo de Kyoto preveía explícitamente esta necesidad de establecer “procedimientos y mecanismos adecuados y efectivos para determinar y presentar los casos que no cumplen las disposiciones del Protocolo”, lo que, posteriormente, ha dado lugar al establecimiento del denominado Mecanismo de Cumplimiento, siendo la CdP/RdP la encargada de concretar su contenido y naturaleza. Las primeras negociaciones respecto al Mecanismo de Cumplimiento ya reflejaron las dificultades a las que habrían de enfrentarse las Partes del Protocolo, por aquel entonces aún pendiente de su entrada en vigor, y se materializaron en una serie de documentos que se presentaron a la Conferencia de las Partes del Convenio (CdP 6) en noviembre de 2000, sin que en aquel momento pudiera adoptarse acuerdo alguno. Sin embargo, la Conferencia de las Partes de Marrakech (CdP 7), celebrada en 2001, pudo aprobar, fruto de los trabajos previos, la Decisión 24/CP.7 la cual contenía un primer proyecto de texto y remitía a la primera CdP/RdP el establecimiento de los mecanismos relativos al cumplimiento. En dicha conferencia, celebrada en Montreal en 2005 (CdP 11/RdP 1), se adoptó finalmente, por medio de la Decisión 27/CMP.1, el texto del proyecto de Marrakech. No obstante, no pudieron resolverse las cuestiones relativas al carácter coercitivo de las eventuales sanciones aplicables y se remitió de nuevo su estudio a la tercera CdP/RdP, que tendrá lugar en diciembre de 2007. Ello no impidió que la segunda CdP/RdP (CdP 12/RdP 2) en Nairobi aprobara, después de largas negociaciones, el Reglamento de procedimiento del Comité de Cumplimiento y eligiera a sus miembros.

La novedad del Mecanismo de Cumplimiento consiste en que comprende aspectos relacionados con la diplomacia preventiva, la facilitación y el asesoramiento a las Partes del Protocolo, junto con aspectos más vinculados con la aplicación forzosa en caso de incumplimiento. Esta duplicidad de objetivos, y la estructura institucional del sistema que lo acompaña, determinan en gran parte su capacidad de promover y fomentar su aplicación y, en su caso, desalentar las conductas contrarias al Protocolo, de forma que se atienda correctamente al cumplimiento de los distintos niveles de compromisos suscritos en el texto internacional. El sistema, en definitiva, presenta esta doble perspectiva de la facilitación y la aplicación forzosa, puesto que en determinadas ocasiones será necesario tratar los problemas de incumplimiento o potencial incumplimiento como casos que requieren medidas de cooperación o de apoyo, mientras que en otros supuestos cabrá aplicar respuestas de carácter punitivo. Comprende, de este modo, tanto los supuestos de violación de una de las disposiciones convencionales, como aquellas otras situaciones en las que, a pesar de que no se haya infringido la letra del acuerdo, existe un comportamiento incompatible con los objetivos y el fin del mismo y con el principio de la buena fe que rige el cumplimiento de todo tratado internacional.

Ello explica la articulación del Mecanismo de Cumplimiento en dos salas o “grupos”: el Grupo de Facilitación, que se ocupará, por ejemplo, de advertir tempranamente al Estado de una eventual situación de incumplimiento o de valorar que el recurso a los mecanismos de flexibilidad sea realmente adicional a las políticas y medidas nacionales; y el Grupo de Control de Cumplimiento, responsable, entre otras cuestiones, de determinar cuando una Parte está incumpliendo sus objetivos cuantificados de limitación y reducción de emisiones, de pronunciarse respecto a la adecuación de las comunicaciones nacionales, o de determinar cuando un Estado no reúne las condiciones de elegibilidad para participar en los mecanismos de flexibilidad del Protocolo.

La multifuncionalidad del Mecanismo de Cumplimiento plantea la cuestión de su relación con el resto de garantías previstas en el Protocolo. Pudiendo darse casos en que sus respectivas funciones coincidan o se solapen, tanto la Decisión 24/CP.7 como la Decisión 27/CMP.1 ya prevén que la actuación del Mecanismo se produzca sin perjuicio de los artículos 16 y 19 del Protocolo, relativos respectivamente al Mecanismo Consultivo Multilateral y a los procedimientos para la solución de diferencias entre las Partes, con los que comparte alguna de sus características. Aunque algunas Partes han insistido en la necesidad de distinguir conceptualmente ambas figuras del Mecanismo de Cumplimiento del artículo 18 del Protocolo; otras, tan sensibles a las repercusiones del cambio climático como los países agrupados en la Alianza de Pequeños Estados Insulares (AOSIS), han defendido con empeño esta multifuncionalidad propia y característica del Mecanismo de Cumplimiento. Habida cuenta de la tradicional reticencia de los Estados a someter sus controversias ambientales a los mecanismos tradicionales de solución de diferencias, particularmente a los de carácter jurisdiccional, no es aventurado afirmar que este procedimiento se convertirá probablemente en la vía por la que se sustanciarán, en la práctica, auténticas controversias sobre la aplicación del Protocolo.

El conjunto de los veinte miembros de ambos grupos o salas, diez en cada uno de ellos atendiendo al criterio de representación regional equitativa (dos miembros de cada uno de los cinco grupos regionales de Naciones Unidas, dos representantes de los países en desarrollo que son pequeños Estados insulares, cuatro representantes de los Estados Parte incluidos en el Anexo I del Convenio, y cuatro representantes de los Estados Parte no incluidos en el mismo) conforman el Comité de Cumplimiento, en cuyo seno se sustancian dos procedimientos distintos, con diversas consecuencias. Con una composición de este tipo se asegura el respeto al necesario equilibrio entre las Partes del Anexo I del Convenio y el resto de Estados Parte en el Protocolo. Por otro lado, aunque se exija que los miembros ejerzan sus funciones a título personal, la presencia de miembros procedentes del Estado Parte supone una garantía de que las decisiones no se adoptarán desconociendo sus especificidades, prioridades o intereses, y favorece su mayor implicación.

Un aspecto que será determinante en el funcionamiento del Comité y en el logro de su objetivo es el del procedimiento a través del cual el Grupo de Facilitación y el Grupo de Control del Cumplimiento forman su voluntad. En principio el Comité de Cumplimiento se reúne dos veces al año, y adopta sus decisiones por consenso. Sin embargo, agotados los esfuerzos para lograr el consenso, cabe la posibilidad que las

decisiones puedan adoptarse por una mayoría de $\frac{3}{4}$ de los miembros presentes y votantes. En el caso de la adopción de decisiones en el marco del Grupo de Control de Cumplimiento se requiere, además, que ésta comprenda a la mayoría de los miembros que representan a los países del Anexo I y la mayoría de los miembros que representan a los países que no están incluidos en el mismo. Por un lado, sorprende el recurso al consenso como procedimiento para la adopción de decisiones en un mecanismo encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones; por el otro, un procedimiento de este tipo deja abierto el debate por cuanto que, aunque se prevé un procedimiento alternativo de decisión, no se determina ni cuándo ni cómo podrá entenderse que no se puede alcanzar el consenso y pasar, por tanto, a la decisión por mayoría. Asimismo, si bien las discusiones en torno a la composición del Comité no se zanjaron con una mayor presencia de las Partes del Anexo I en la composición de este grupo, en este otro punto se compensa su peso en el sistema, al establecerse un mecanismo de doble mayoría en el que es indispensable el voto favorable de la mayoría de los miembros que representan a estos Estados. Las dificultades para la consecución de un acuerdo en el seno de ambos grupos se han puesto de manifiesto en las primeras acciones del Comité de Cumplimiento, y se reflejan en el hecho de que el Grupo de Facilitación no pudo lograr, en junio de 2006 ni el consenso ni la mayoría necesaria para adoptar la decisión respecto a la admisibilidad de la comunicación presentada por Sudáfrica, en nombre del Grupo de los 77 y China, relativa a la corrección de las comunicaciones nacionales de varios Estados incluidos en el Anexo I (Alemania, Austria, Bulgaria, Canadá, Eslovenia, Federación Rusa, Francia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Polonia, Portugal y Ucrania), puesto que cinco de sus miembros votaron a favor y cinco lo hicieron en contra, por lo que debió adoptarse la decisión de no proceder.

Con respecto a la legitimación para plantear estas cuestiones, la decisión 24/CP.7 la atribuye a cualquiera de las Partes respecto a su propia actuación o respecto a la actuación de cualquier otra Parte, sin que se exija que cuando una Parte somete una cuestión al Comité tenga una relación o un vínculo particular con el tema concreto que presenta. De esta manera, de nuevo, la multifuncionalidad del procedimiento y la naturaleza *erga omnes partes contractantes* de las obligaciones establecidas por el Protocolo han propiciado que se reconozca una especie de *actio populares* en el marco del Mecanismo de Cumplimiento. Sin embargo no cabe presentar una cuestión de incumplimiento en nombre o por delegación de un grupo de Estados, lo que puede dificultar la acción de la Comunidad Europea en este contexto, mientras que sí pueden hacerlo los equipos de expertos previstos en el Artículo 8 del Protocolo.

Ambos procedimientos, tanto el que se lleva a término en el marco del Grupo de Facilitación como el que tiene lugar en el marco del Grupo de Control del Cumplimiento, se inician con la sumisión de una cuestión relativa a la implementación ante del Comité. La decisión sobre cuál de los dos grupos corresponde conocer de la cuestión que se presenta está a cargo de la Mesa del Comité, que lo determinará atendiendo a un criterio sustantivo, y no secuencial o progresivo. No obstante, en ocasiones, la determinación del Grupo al que corresponde conocer de la cuestión no estará exenta de complicación. Cabe pensar, por ejemplo, en la dificultad de determinar

el grado de cumplimiento o el potencial incumplimiento de las obligaciones suscritas por los Estados Parte en virtud del artículo 3 del Protocolo, debido principalmente a que la situación técnica de incumplimiento solo puede concretarse al final del período de compromiso. Sin embargo, la voluntad de evitar esta situación de incumplimiento y la finalidad de garantizar la integridad del Protocolo puede exigir en ocasiones la puesta en marcha del Mecanismo a través del Grupo de Facilitación, y solo en caso de que la situación no se resuelva en esta instancia, promover la iniciación del procedimiento en el seno del Grupo de Control de Cumplimiento.

Una vez determinado el grupo que debe conocer de la cuestión, se decide sobre su admisibilidad y su tramitación discurrirá de acuerdo con los procedimientos generales establecidos en la Decisión 24/CP.7. Ahora bien, el procedimiento ante el Grupo de Control de Cumplimiento permite la introducción de determinadas especialidades que parecen confirmar su carácter *cuasi-jurisdiccional*. En esta línea, cabe señalar, por ejemplo, la posibilidad de apelación ante la CdP/RdP respecto a una decisión adoptada en relación al cumplimiento de los objetivos cuantificados de limitación y reducción de emisiones, cuando se ha producido una vulneración del derecho a un proceso justo. Esta apelación, que sólo es posible por motivos de carácter procedimental y que debe ser resuelta por una mayoría de $\frac{3}{4}$ de las Partes de la CdP/RdP no deja de llamar la atención, ya que permite que la decisión de un órgano *cuasi-jurisdiccional*, como puede ser calificado el Grupo de Control de Cumplimiento, pueda ser recurrida ante un órgano político para decidir, precisamente, sobre la cuestión técnico-jurídica de si se ha observado o no el debido proceso.

Otro de los elementos principales del debate en torno al Mecanismo de Cumplimiento ha sido el de la determinación de las consecuencias que conlleva la situación declarada de incumplimiento, tanto en lo que respecta a su contenido, como en lo que se refiere a su carácter jurídicamente vinculante.

Respecto a su contenido, la noción de consecuencias atiende en principio a la específica naturaleza de la cuestión planteada y comprende distintos tipos de medidas. Por un lado, las medidas adoptadas en el seno del Grupo de Facilitación pueden consistir, básicamente, en el asesoramiento y la asistencia técnica o financiera. En cambio, las medidas adoptadas en el seno del Grupo de Control de Cumplimiento pueden comprender la declaración de no observancia y el establecimiento de medidas correctivas, la inadmisibilidad del Estado para participar en los mecanismos de flexibilidad (aplicación conjunta, Mecanismo de Desarrollo Limpio, comercio de emisiones), la deducción del exceso de emisiones de la cuota asignada en el segundo período de compromiso, o la suspensión de su participación en el mercado internacional de emisiones.

Por último, el artículo 18 del Protocolo exige la adopción formal de una enmienda del Protocolo para que las sanciones previstas puedan tener un carácter jurídicamente vinculante. Aunque algunos Estados Parte, principalmente Arabia Saudí, requirieron la adopción del Mecanismo de Cumplimiento a través de una enmienda del Protocolo, la necesidad de su rápida aprobación para poner en marcha los mecanismos

de flexibilidad, y la voluntad de la mayoría de las Partes de no obstaculizar su desarrollo, propició finalmente su adopción mediante una Decisión de la segunda CdP/RdP, pero ésta no juzgó conveniente pronunciarse sobre el carácter obligatorio de este régimen sancionador. No obstante, fruto del compromiso entre quienes defendían la adopción de los procedimientos y mecanismos a través de una Decisión y quienes consideraban que debían adoptarse como enmienda, la Decisión final hace referencia expresa a la voluntad de las Partes de iniciar la consideración de la posibilidad de una enmienda, con miras a adoptar una nueva decisión al respecto en la tercera CdP/RdP que tendrá lugar en Bali en diciembre de 2007. La razón de tal solución de compromiso se encuentra probablemente en el énfasis que pusieron algunos Estados en el enfoque facilitador del régimen de cumplimiento, y las dificultades prácticas para la adopción de la enmienda (mayoría de $\frac{3}{4}$ de las Partes presentes y votantes), siendo bastante impredecible el resultado final de este proceso. Por otro lado, esta delegación de poderes a la CdP/RdP para la creación del Mecanismo constituye, en cierto modo, un parámetro significativo para determinar el grado de confianza que tienen los Estados en su capacidad para controlar el proceso.

El Mecanismo de Cumplimiento ha empezado a ser operativo, finalmente, en el año 2006, casi diez años después de su previsión en el artículo 18 del Protocolo de Kyoto, y constituye actualmente el más elaborado de los regímenes de control de cumplimiento previstos en los convenios internacionales vinculados con la protección del medio ambiente. Con este nuevo Mecanismo, el Protocolo evidencia la voluntad de las Partes de enriquecer y reforzar los instrumentos para garantizar la aplicación del derecho internacional. Más allá de las típicas categorías de control, solución de controversias y actuación coercitiva, el Protocolo de Kyoto, siguiendo el modelo ya consolidado que ofrece el Protocolo de Montreal, se ha decantado por la utilización de un instrumento que responde específicamente a la idea de asistencia y de diplomacia preventiva, centrándose en actividades de carácter positivo que presuponen la voluntad de las Partes de respetar sus obligaciones internacionales. Paralelamente, no obstante, en algunas ocasiones la función presentada como de prevención de diferencias adquiere también unas connotaciones muy cercanas, cuando no propias, a las de un procedimiento de solución de controversias y permite, incluso, la adopción de medidas de carácter coercitivo. De este modo, el Mecanismo de Cumplimiento constituye un avance importante en el marco del control de la aplicación de los acuerdos internacionales ambientales, ya que refuerza el sistema de cumplimiento e intenta satisfacer las demandas de las Partes en pos de la seguridad jurídica y la previsibilidad del sistema, sin que ello excluya la posibilidad de invocar los mecanismos clásicos que proporciona el derecho internacional general contra un ilícito internacional.