

Traducción del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la 'Caza de ballenas en el Antártico' (Australia c. Japón; Nueva Zelanda –interviniente–). Decisión sobre el fondo

Ricardo Abello-Galvis*, Walter Arévalo-Ramírez**
y Giovanni Andrés Vega Barbosa***

Nota: a continuación se presenta una traducción no oficial al idioma español del texto de la sentencia proferida por la Corte Internacional de Justicia, el 31 de marzo de 2014, del caso *Caza de Ballenas en el Antártico (Australia v. Japón; Nueva Zelanda –interviniente–)*. El texto original de la sentencia

* Profesor principal de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), miembro de la Corte Permanente de Arbitraje (2014-2019) y del Centro de Pensamiento Estratégico de la Academia Diplomática Augusto Ramírez Ocampo, M/Phil en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra (IUHEI), doctorando en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, director/editor del *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, expresidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional (Accoldi), asociado del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Correo electrónico: ricardo.abello@urosario.edu.co

** Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), LL.M. (*Master of Laws*) en Derecho Internacional, asistente de investigación de la Stetson University College of Law (2014), especialista en Derecho Constitucional, abogado y politólogo (*cum laude*), investigador del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: walter.arevalo@urosario.edu.co

*** Abogado de la Universidad del Rosario, profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), asesor de la Oficina de Asuntos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. Correo electrónico: g.a.v.barbosa@hotmail.com

puede ser consultado en la página web de la Corte, en la siguiente dirección: <http://www.icj-cij.org>. La presente traducción es exclusivamente para fines de divulgación y no tiene carácter oficial. No existe una versión oficial en español de las sentencias de la Corte, estas se emiten solo en sus idiomas oficiales, los cuales son, según el artículo 39-1 del Estatuto, el francés y el inglés. Además, según lo ordenado en el párrafo 2 del mismo artículo, en cada sentencia la Corte determina cuál es el idioma en el cual hace fe. En el caso de la sentencia del 31 de marzo de 2014, este idioma es el inglés.

Por razones de espacio, no es posible incluir aquí el texto integral de las opiniones individuales y disidentes que algunos jueces decidieron añadir a la sentencia. Sin embargo, al final del presente texto, se incluyó la traducción de los resúmenes preparados por la Secretaría de la Corte.

Índice

	Párrafos
Cronología del procedimiento	1-29
I. Jurisdicción de la Corte	30-41
II. Supuestas violaciones de obligaciones internacionales bajo la Convención	42-243
1. Introducción	42-50
A. Resumen general de la Convención	42-47
B. Reclamos de Australia y respuesta de Japón	48-50
2. Interpretación del artículo VIII, parágrafo 1, de la Convención	51-97
A. La función del artículo VIII	51-55
B. La relación entre el artículo VIII y el objeto y fin de la Convención	56-58
C. La expedición de permisos especiales	59-61
D. El estándar de revisión	62-69
E. Significado de la frase “para propósitos de investigación científica”	70-97
a) El término ‘investigación científica’	73-86
b) El significado del término ‘para los propósitos de’ en el artículo VIII, parágrafo 1	87-97
3. El JARPA II a la luz del artículo VIII de la Convención	98-227
A. Descripción de los programas	100-126
a) El JARPA	100-108
b) El JARPA II	109-126
(i) Objetivos de investigación	113-118
(ii) Período de investigación y área	119-120
(iii) Métodos de investigación y tamaño de la muestra	121-125
(iv) Efectos en las poblaciones de ballenas	126
B. La cuestión de si el diseño e implementación del JARPA II son razonables en relación con el logro de los objetivos de investigación previstos por el programa	127-227
a) La decisión de Japón en relación con el uso de métodos letales	128-144
b) La escala de uso de los métodos letales en el JARPA II	145-212

(i)	Una comparación de los tamaños de muestra del JARPA II con los del JARPA	147-156
(ii)	Determinación del tamaño de la muestra para cada especie en específico	157-198
1)	Rorcuales comunes y ballenas jorobadas	174-181
2)	Pequeños rorcuales antárticos	182-198
(iii)	Comparación del tamaño de la muestra con la captura efectiva	199-212
c)	Aspectos adicionales del diseño e implementación del JARPA II	213-222
(i)	El período de tiempo ilimitado	214-216
(ii)	La producción científica del JARPA II a la fecha	217-219
(iii)	Cooperación con otras instituciones de investigación	220-222
d)	Conclusión con relación a la aplicación del párrafo 1 del artículo VIII al JARPA II	223-227
4.	Conclusiones relativas a las alegaciones de violación de las disposiciones del reglamento	228-233
5.	Incumplimiento de las obligaciones de Japón en virtud del párrafo 30 del reglamento	234-242
III.	Medidas	244-246
Dispositivo		247

**Corte Internacional de Justicia
Año 2014**

**2014
31 de marzo
Lista general
N° 148**

**31 de marzo de 2014
Caza de ballenas en el Antártico
(Australia c. Japón; Nueva Zelanda –interviniente–)**

Jurisdicción de la Corte - Declaraciones hechas por las partes en virtud del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto - Reserva de Australia - Diferendos “relativos a la delimitación de zonas marítimas o en relación con dicha delimitación” o que se “deriva de la explotación de cualquier zona objeto de un diferendo adyacente a cualquier zona marítima que se encuentre pendiente de delimitación o que haga parte de ella, concerniente a dicha explotación o en relación con ella” - Aplicabilidad de la reserva subordinada a la existencia de un diferendo en materia de delimitación marítima - Ausencia de diferendo en materia de delimitación marítima entre las partes - Reserva no aplicable - Excepción de falta de jurisdicción invocada por Japón que no puede ser aceptada.

*

Violaciones invocadas de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de Ballenas.

Génesis de la Convención - Reglamento anexo a la Convención - Comisión Ballenera Internacional - Comité científico y el rol de este comité - Líneas directrices establecidas por la Comisión.

Interpretación del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención - Artículo VIII debe ser interpretado a la luz del objeto y fin de la Convención - Artículo VIII no puede dar lugar ni a la interpretación restrictiva ni a la interpretación extensiva - Otorgamiento de permisos especiales en el marco del artículo VIII autorizando la muerte, la captura y el tratamiento de ballenas en aras de la investigación científica - Existencia y límites del poder discrecional conferido a un Estado parte por el artículo VIII - Criterio aplicado por la Corte para pronunciarse sobre la expedición de permisos especiales en el marco del artículo VIII - Cuestión de saber si el programa incluye investigación científica - Cuestión de saber si, en lo relativo a acudir a métodos letales, la concepción y la puesta en marcha del programa son razonables a la luz de los objetivos declarados - Carácter objetivo del criterio de evaluación - La Corte no está llamada a zanjar temas de política científica o ballenera - La tarea de la Corte se limita a asegurar que los permisos especiales expedidos

en el marco del JARPA II entren en el campo de aplicación del párrafo 1 del artículo VIII - Sentido de la expresión “en aras de la investigación científica” y “en aras de” - Noción de ‘investigación científica’ que no está definida por la Convención - Australia esgrime cuatro criterios para definir la ‘investigación científica’ - Criterios esgrimidos por Australia que no fueron adoptados por la Corte - Carencia de necesidad por parte de la Corte de establecer otros criterios o de proponer una definición general de la noción de ‘investigación científica’ - Sentido de la locución “en aras de” - Intenciones de los representantes gubernamentales desprovistas de pertinencia - Objetivos de investigación debiendo ser en sí mismos suficientes para justificar el programa tal y como fue concebido y puesto en marcha.

El JARPA II a la luz del artículo VIII de la Convención.

Descripción del JARPA - Descripción del JARPA II - Cuatro objetivos de investigación enunciados en el plan de investigación del JARPA II - Fecha de terminación del programa no especificado en el plan de investigación - Desarrollo del programa en el Santuario del Océano Austral creado en virtud del párrafo 7b) del reglamento anexo a la Convención - Plan de investigación del JARPA II asociando el recurso a métodos letales y a métodos no letales - Tamaño de las muestras de rorcuales comunes y de ballenas jorobadas de acuerdo con el plan de investigación - Tamaño de las muestras de los pequeños rorcuales de acuerdo con el plan de investigación - Ausencia de efecto perjudicial sobre las reservas de ballenas de acuerdo con el plan de investigación.

Aplicación al JARPA II del criterio de evaluación - Decisiones de Japón relativas al empleo de métodos letales - Imposibilidad, desde un punto de vista práctico, de emplear métodos no letales, al menos para ciertos datos que los investigadores del JARPA II desean obtener - Ausencia de elementos que permitan concluir que el empleo de métodos letales no sea en sí mismo razonable en el marco del JARPA II - Autores del plan de investigación, de una u otra forma, no se preguntaron sobre la opción del uso de métodos no letales - Ningún rastro de estudios relativos al carácter científico o realizable de métodos no letales - Alcance de recurrir a métodos letales en el marco del JARPA II - Comparación entre los tamaños de las muestras del JARPA II y del JARPA - Similitud entre los dos programas que ponen en duda el argumento según el cual los objetivos del JARPA II requerían el aumento del tamaño de las muestras de pequeños rorcuales - Decisión de Japón de fijar el tamaño de las muestras del JARPA II antes de la evaluación final del JARPA - Proceso de determinación de los tamaños de las muestras en cinco etapas - Determinación del tamaño de las muestras rorcuales comunes y de las ballenas jorobadas - Consecuencias de la escogencia de un período de investigación de doce años en el caso de los rorcuales comunes y de las ballenas jorobadas sobre el tamaño de la muestra - Tamaño de las muestras de los rorcuales comunes y de las ballenas jorobadas es insuficiente para producir resultados estadísticamente significativos en

lo relativo al menos a uno de los parámetros estudiados - Carácter parcial de la información suministrada en el plan de investigación en cuanto a las bases del cálculo del tamaño de las muestras de los rorcuales comunes y de las ballenas jorobadas - Determinación del tamaño de la muestra de los rorcuales pequeños - Falta de transparencia del plan de investigación en cuanto a las razones que conllevaron la selección de dichos tamaños de la muestra para los diferentes parámetros estudiados - Consecuencias de la selección de un período de investigación de seis años en el caso de los rorcuales pequeños sobre el tamaño de la muestra - Ausencia de elementos que expliquen cómo la selección de los períodos de investigación diferentes para las tres especies es compatible con los objetivos de investigación del programa - Falta de transparencia en cuanto a la selección del tamaño de las muestras de cada uno de los parámetros estudiados - Elementos de prueba no justifican las decisiones que se tomaron para escoger el objetivo de captura global - Separación entre los objetivos de captura y las tomas efectivas - Elementos de prueba parecen indicar las tallas de las muestras superiores a lo que sería razonable a la luz de los objetivos - Ausencia de límite en el tiempo del JARPA II incompatible con el anexo P - Aporte científico del JARPA II es mínimo al día de hoy - Cooperación limitada con los otros institutos de investigación - Actividades del JARPA II susceptibles, para algunas, de ser evaluadas globalmente como investigación científica - Elementos de prueba no permiten establecer que la concepción y puesta en marcha del programa son razonables bajo la perspectiva de los objetivos planteados - Permisos especiales en el marco del JARPA II no eran expedidos “en aras de investigación científica” de acuerdo con el párrafo 1 del artículo VIII.

Conclusiones relativas a las violaciones invocadas de los párrafos 7b), 10d) y 10e) del reglamento - Actividades de caza de ballenas excluidas en lo previsto en el párrafo 1 del artículo VIII, exceptuando la caza aborígen de subsistencia, que recaen en lo establecido en estas disposiciones del reglamento - No hay necesidad de determinar si el JARPA II es, en ciertos aspectos, de naturaleza comercial - Moratoria sobre la caza de ballenas para fines comerciales –párrafo 10e)– - Límite de captura fijado en cero - No respeto por parte de Japón de sus obligaciones por cada año a lo largo de los cuales otorgó permisos especiales en el marco del JARPA II - Moratoria sobre las fábricas flotantes –párrafo 10d)– - No respeto por parte de Japón de sus obligaciones por cada temporada a lo largo de las cuales fueron capturados, sometidos a muerte y tratados los rorcuales comunes en el marco del JARPA II - Santuario del Océano Austral –párrafo 7b)– - No respeto por parte de Japón de sus obligaciones por cada una de las temporadas a lo largo de las cuales fueron capturados rorcuales comunes en el marco del JARPA II.

Conclusiones relativas al no respeto del párrafo 30 del reglamento - Plan de investigación del JARPA II sometido a la evaluación del comité científico antes de que fuera expedido el primer permiso en el marco de este programa - Informaciones requeridas por el párrafo

30 suministradas en el plan de investigación del JARPA II - Deber de cooperación con la Comisión y su comité científico - Japón cumplió satisfactoriamente las exigencias del párrafo 30 en lo relativo al JARPA II.

*

Medidas por tomar - Necesidad de tomar medidas que vayan más allá de una sentencia declaratoria - Japón debe revocar todos los permisos, autorizaciones o licencias, ya expedidos para matar, capturar o tratar ballenas en el marco del JARPA II, abstenerse de expedir cualquier nuevo permiso en el marco de este programa - No es necesario ordenar la otra medida solicitada por Australia.

SENTENCIA

Presentes: Sr. TOMKA, *presidente*; Sr. SEPÚLVEDA-AMOR, *vicepresidente*; Sres. OWADA, ABRAHAM, KEITH, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, Sras. XUE, DONOGHUE, Sr. GAJA, Sra. SEBUTINDE, Sr. BHANDARI, *jueces*; Sra. CHARLESWORTH, *juez ad hoc*; Sr. COUVREUR, *secretario*.

En el caso relativo a la caza de ballenas en el Antártico,
entre
Australia,
representada por
Sr. Bill Campbell, Q. C., consejero general (derecho internacional),
Fiscalía General de Australia,
como agente, consejero y abogado;
S. Exc. Sr. Neil Mules, A. O., embajador de Australia ante el Reino
de los Países Bajos,
como coagente;
El honorable Mark Dreyfus, Q. C., M. P., ex fiscal general de Australia,
Sr. Justin Gleeson, S. C., procurador general de Australia,
Sr. James Crawford, A. C., S. C., F. B. A., profesor Whewell de Dere-
cho Internacional, Universidad de Cambridge, miembro de l'Institut
de droit international, abogado de Matrix Chambers (Londres),
Sr. Henry Burmester, A. O., Q. C., consejero especial, jurista del go-
bierno australiano,
Sr. Philippe Sands, Q. C., profesor de Derecho, University College de
Londres, abogado de Matrix Chambers (Londres),

Laurence Boisson de Chazournes, profesor de Derecho Internacional,
Universidad de Ginebra,

como consejeros y abogados;

Sra. Kate Cook, abogada de Matrix Chambers (Londres),

Sr. Makane Mbengue, profesor asociado, Universidad de Ginebra,
como consejeros;

Sra. Anne Sheehan, secretaria adjunta encargada del Fiscal General,

Sr. Michael Johnson, jurista principal, Fiscalía General,

Sra. Danielle Forrester, jurista principal, Fiscalía General,

Sra. Stephanie Ierino, jurista principal encargada, Fiscalía General,

Sra. Clare Gregory, jurista principal senior, Fiscalía General,

Sra. Nicole Lyas, jurista principal senior encargada, Fiscalía General,

Sra. Erin Maher, jurista, Fiscalía General,

Sr. Richard Rowe, ex jurista principal senior, Ministerio de Relaciones
Exteriores y de Comercio,

Sr. Greg French, secretario adjunto, Ministerio de Relaciones Exte-
riores y de Comercio,

Sr. Jamie Cooper, jurista, Ministerio de Relaciones Exteriores y de
Comercio,

Sra. Donna Petrachenko, primer secretario adjunto, Ministerio para
el Desarrollo Durable, del Medio Ambiente, del Agua, de las Poblacion-
es y las Comunidades,

Sr. Peter Komidar, director, Ministerio para el Desarrollo Durable,
del Medio Ambiente, del Agua, de las Poblaciones y las Comunidades,

Sr. Bill de la Mare, científico, División del Antártico Australiano, Mi-
nisterio para el Desarrollo Durable, del Medio Ambiente, del Agua,
de las Poblaciones y las Comunidades,

Sr. David Blumenthal, ex consejero principal, Fiscalía General,

Sra. Giulia Baggio, ex primera secretaria, consejera principal, Fiscalía
General,

Sr. Todd Quinn, primer secretario, Embajada de Australia ante el
Reino de los Países Bajos,

como consejeros;

Sra. Mandy Williams, administradora, Fiscalía General,
como asistente,

et

Japón,

representado por

S. Exc. Sr. Koji Tsuruoka, embajador, negociador jefe del Acuerdo de Cooperación Transpacífico,

como agente;

S. Exc. Sr. Yasumasa Nagamine, ministro adjunto de Relaciones Exteriores,

S. Exc. Sr. Masaru Tsuji, embajador extraordinario y plenipotenciario de Japón ante el Reino de los Países Bajos,

como coagentes;

Sr. Alain Pellet, profesor de la Universidad Paris Ouest, Nanterre-La Défense, presidente de la Sociedad Francesa para el Derecho Internacional, miembro del Instituto de Derecho Internacional,

Sr. Vaughan Lowe, Q. C., miembro de la Barra de Inglaterra, profesor emérito de Derecho Internacional, Universidad de Oxford, miembro del Instituto de Derecho Internacional,

Sr. Alan Boyle, profesor de Derecho Internacional, Universidad de Edimburgo, miembro de la Barra de Inglaterra,

Sr. Yuji Iwasawa, profesor de Derecho Internacional, Universidad de Tokio, miembro y expresidente del comité de derechos humanos,

Sr. Payam Akhavan, LL.M., S. J. D. (Harvard), profesor de Derecho Internacional, Universidad de McGill, miembro de la Barra de Nueva York y de la Barra del Alto - Canadá,

Sr. Shotaro Hamamoto, profesor de Derecho Internacional, Universidad de Kioto,

Sra. Yukiko Takashiba, director adjunto, división encargada del caso de la Caza de Ballenas ante la CIJ, Ministerio de Relaciones Exteriores, como consejeros y abogados;

Sr. Takane Sugihara, profesor emérito de Derecho Internacional, Universidad de Kioto,

Sra. Atsuko Kanehara, profesor de Derecho Internacional, Universidad de Sofía (Tokio),

Sr. Masafumi Ishii, director general, Oficina de Asuntos Jurídicos Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores,

Sra. Alina Miron, investigadora, Centro de Derecho Internacional de Nanterre (CEDIN), Universidad París Ouest, Nanterre-La Défense, como consejeros;

Sr. Kenji Kagawa, director general adjunto, Agencia de Pesquerías,

Sr. Noriyuki Shikata, ministro, Embajada de Japón ante el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte,

Sr. Tomohiro Mikanagi, director, División de Asuntos Jurídicos Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores,
 Sr. Joji Morishita, comisario ante la CBI, director general, Instituto Nacional de Investigación sobre la Pesca en Aguas Lejanas,
 Sr. Tatsuo Hirayama, director, División de Pesquerías, Ministerio de Relaciones Exteriores,
 Sr. Takero Aoyama, director, división encargada de la Caza de Ballenas ante la CIJ, Ministerio de Relaciones Exteriores,
 Sr. Naohisa Shibuya, director adjunto, división encargada del caso de la Caza de Ballenas ante la CIJ, Ministerio de Relaciones Exteriores,
 Sra. Yuriko Akiyama, PhD, división encargada del caso de la Caza de Ballenas ante la CIJ, Ministerio de Relaciones Exteriores,
 Sr. Masahiro Kato, división encargada del caso de la Caza de Ballenas ante la CIJ, Ministerio de Relaciones Exteriores,
 Sr. Hideki Moronuki, negociador principal para las pesquerías, División de Asuntos Internacionales, Agencia de Pesquerías,
 Sr. Takaaki Sakamoto, subdirector, División de Asuntos Internacionales, Agencia de Pesquerías,
 Sr. Shinji Hiruma, subdirector, División de Asuntos Internacionales, Agencia de Pesquerías,
 Sr. Sadaharu Kodama, consejero jurídico, Embajada de Japón ante el Reino de los Países Bajos,
 Sr. Nobuyuki Murai, LLD, primer secretario, Embajada de Japón ante el Reino de los Países Bajos,
 Sra. Risa Saijo, LLM, investigadora, Embajada de Japón ante el Reino de los Países Bajos,
 Sra. Héloïse Bajer-Pellet, miembro de la Barra de París, como consejeros;
 Sr. Douglas Butterworth, profesor emérito, Universidad de Cape Town,
 Sra. Judith E. Zeh, PhD, investigadora, profesora emérita, Universidad de Washington, como consejeros y científicos expertos;
 Sr. Martin Pratt, profesor, Departamento de Geografía, Universidad de Durham, como consejero experto;
 Sr. James Harrison, PhD, encargado del Curso en Derecho Internacional, Universidad de Edimburgo,
 Sra. Amy Sander, miembro de la Barra de Inglaterra,

Sr. Jay Butler, profesor asociado invitado, Facultad de Derecho, Universidad George Washington, miembro de la Barra de Nueva York, como consejeros jurídicos,
con Nueva Zelanda,
como Estado cuya declaración de intervención fue admitida por la Corte,
representada por

Sra. Penelope Ridings, consejera jurídica para el derecho internacional, Ministerio de Relaciones Exteriores y de Comercio,

como agente, consejera y abogada;

S. Exc. Sr. George Troup, embajador de Nueva-Zelanda ante el Reino de los Países Bajos,

como coagente;

el honorable Christopher Finlayson, Q. C., M. P., fiscal general de Nueva-Zelanda,

como consejero y abogado;

Sra. Cheryl Gwyn, jurista general adjunta, Oficina del Derecho de la Corona,

Sra. Elana Geddis, abogada, Harbour Chambers (Wellington), como consejeros;

Sr. Andrew Williams, consejero jurídico, Ministerio de Relaciones Exteriores y de Comercio,

Sr. James Christmas, jefe de gabinete, Servicios del Fiscal General,

Sr. James Walker, jefe de misión adjunto, Embajada de Nueva-Zelanda ante el Reino de los Países Bajos,

Sr. Paul Vinkenvleugel, consejero político, Embajada de Nueva -Zelanda ante el Reino de los Países Bajos,

como consejeros,

LA CORTE,

compuesta como ya se indicó,

luego de haber deliberado,

profiere la siguiente sentencia:

1. El 31 de mayo de 2010, Australia presentó ante el registro de la Corte una demanda iniciando procedimientos contra Japón en relación con una disputa concerniente a:

La persecución continuada de Japón de un programa a larga escala de caza de ballenas bajo la segunda fase del 'Programa Japonés para la In-

vestigación bajo Permiso Especial de Ballenas en el Antártico (JARPA II)', en violación de las obligaciones asumidas por Japón bajo la Convención Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena, y otras obligaciones internacionales para la preservación de mamíferos marinos y el ambiente marino.

En su demanda, Australia invocó, como base para la jurisdicción de la Corte, las declaraciones realizadas en observancia del artículo 36, parágrafo 2, del Estatuto de la Corte: por Australia el 22 de marzo de 2002 y por Japón el 9 de julio de 2007.

2. Según el artículo 40, parágrafo 2 del Estatuto, el Secretario comunicó la demanda remitida al gobierno de Japón y, siguiendo el parágrafo 3 del mismo artículo, todos los otros Estados capaces de comparecer ante la Corte fueron notificados de la demanda.

3. Por dirección de la Corte bajo el artículo 43 de su reglamento, el Secretario remitió a los Estados parte de la Convención Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena (en adelante, la Convención) la notificación prevista en el artículo 63, parágrafo 1, del Estatuto. De acuerdo con lo previsto por el artículo 69, parágrafo 3, del reglamento de la Corte, el Secretario también remitió a la Comisión Ballenera Internacional (CBI, o la Comisión) la notificación requerida por el artículo 34, parágrafo 3, del Estatuto. La Comisión indicó que no tenía intención de remitir ninguna observación por escrito bajo lo estipulado por el artículo 69, parágrafo 3, del reglamento de la Corte.

4. En tanto la Corte no incluye entre su panel un juez australiano, Australia procedió a ejercer el derecho conferido por el artículo 31, parágrafo 2, del Estatuto, a seleccionar un juez *ad hoc* para ser parte del caso, eligiendo a Ms. Hilary Charlesworth.

5. Por orden del 13 de julio de 2010, la Corte fijó el 9 de mayo de 2011 y el 9 de marzo de 2012 como los límites temporales respectivos para la presentación del Memorial de Australia y la contramemoria de Japón: aquellas súplicas fueron debidamente presentadas en los tiempos prescritos.

6. El 23 de abril de 2012, el Presidente de la Corte se reunió con los agentes de las partes para precisar sus puntos de vista en relación con la organización de los procedimientos orales. En esta reunión, el agente de Australia manifestó que su gobierno no consideraba necesaria la organización de una segunda ronda de argumentos escritos; el agente de Japón, por su parte, solicitó una segunda ronda de argumentos escritos.

La Corte, en observancia del artículo 45, párrafo 2, del reglamento de la Corte, decidió que una segunda ronda de argumentos escritos no era necesaria. Por cartas fechadas el 2 de mayo de 2012, el Secretario informó de ello a las partes.

*

7. El 19 de septiembre de 2013, el gobierno de Nueva Zelanda, refiriéndose al artículo 53, párrafo 1, de las Reglas de la Corte, solicitó a la Corte que lo abasteciera de las copias de las súplicas y de los documentos anexos al caso. Habiendo establecido los puntos de vista de las partes en relación con tal disposición, la Corte decidió otorgar tal petición. Los documentos en cuestión fueron debidamente transmitidos a Nueva Zelanda.

8. El 20 de noviembre de 2012, Nueva Zelanda, bajo el artículo 63, párrafo 2, del Estatuto, presentó ante la Secretaría de la Corte una declaración de intervención en el caso. En su declaración, Nueva Zelanda manifiesta que “Hará uso de su derecho... a intervenir como no parte en los procedimientos instaurados por Australia contra Japón en el presente caso”.

9. En concordancia con el artículo 83, párrafo 1, de las Reglas de la Corte, el Secretario, mediante cartas fechadas del 20 de noviembre de 2012, transmitió copias certificadas de la declaración de intervención a los gobiernos de Australia y Japón, que a su vez fueron informados de que la Corte había fijado el 21 de diciembre de 2012 como el plazo para presentar las observaciones escritas a la declaración. Según el párrafo 2 del mismo artículo, el Secretario también transmitió una copia de la declaración al Secretario General de las Naciones Unidas, como a los Estados habilitados para comparecer ante la Corte.

10. Australia y Japón remitieron sus observaciones escritas a la declaración de intervención de Nueva Zelanda dentro del plazo fijado por la Corte. El Secretario transmitió a cada parte copia de las observaciones de su contraparte y copias de las observaciones de ambas partes a Nueva Zelanda.

11. A la luz del artículo 84, párrafo 2, del reglamento de la Corte, y considerando la ausencia de objeciones de las partes, la Corte consideró que no sería necesaria la realización de una audiencia sobre la cuestión de la admisibilidad de la declaración de intervención de Nueva Zelanda.

12. Por orden del 6 de febrero de 2013, la Corte decidió que la declaración de intervención presentada por Nueva Zelanda bajo el artículo 63, párrafo 2, del Estatuto, era admisible. La Corte también fijó el 4 de abril de 2013 como el plazo para la presentación de Nueva Zelanda de sus

observaciones escritas, según lo referido en el artículo 86, parágrafo 1, del reglamento de la Corte: adicionalmente, autorizó la remisión de Australia y Japón de observaciones escritas sobre aquellas a remitir por Nueva Zelanda, fijando para ello el plazo del 31 de mayo de 2013.

13. Nueva Zelanda remitió en tiempo debido sus observaciones escritas. El Secretario transmitió copias de las observaciones de Nueva Zelanda a las partes.

Posteriormente, Japón, dentro del tiempo prescrito por la Corte en su orden del 6 de febrero de 2013, remitió sus observaciones sobre aquellas presentadas por Nueva Zelanda. El Secretario transmitió copias de las observaciones escritas de Japón a Australia y Nueva Zelanda.

Australia, por su parte, notificó a la Corte, por carta fechada del 31 de mayo de 2013, que no presentaría tales observaciones, pero que se “reservaba su derecho a tratar ciertos puntos de las observaciones escritas de Nueva Zelanda, en el curso de los argumentos orales”. El Secretario comunicó copias de esta carta a Japón y Nueva Zelanda.

*

14. Mediante cartas del 17 de octubre de 2012, el Secretario informó a las partes que la Corte había solicitado que presentarán, para el 28 de diciembre de 2012, información relativa a evidencia de expertos que pretendieran producir, incluyendo los detalles referidos en el artículo 57 del reglamento de la Corte. El Secretario informó a las partes, adicionalmente, que cada parte tendría la oportunidad de comentar sobre la comunicación de la otra y, de ser necesaria, enmendar información ya presentada, incluyendo la lista de expertos por ser llamados a la audiencia, para el 28 de enero de 2013. Finalmente, el Secretario informó a las partes que la Corte había decidido que cada parte debía comunicarle, para el 15 de abril de 2013, los textos completos de las declaraciones de los expertos a quienes las partes pretendían llamar a audiencia.

15. Por cartas del 18 de diciembre de 2012 y del 26 de diciembre de 2012, respectivamente, los agentes de Australia y Japón comunicaron información concerniente a un experto a ser llamado a la audiencia. Por carta del 25 de enero de 2013, el coagente de Australia comunicó tal información en relación con un segundo experto.

16. Por cartas del 15 de abril de 2013, las partes comunicaron los textos completos de los testimonios de expertos que pretendían llamar a las

audiencias. Aquellos textos fueron intercambiados entre las partes y transmitidos a Nueva Zelanda.

17. Por cartas del 23 de abril de 2013, el Secretario informó a las partes que la Corte había decidido que podrían presentar comentarios escritos en respuesta a los testimonios presentados por los expertos de cada una de las partes, y fijó como fecha para ello el 31 de mayo de 2013 como el plazo máximo para tal remisión. Dentro de esos plazos, Australia remitió sus comentarios en respuesta, por parte de los dos expertos que llamaría en la audiencia, y Japón remitió ciertas observaciones en respuesta a los testimonios de los dos expertos de Australia.

*

18. En concordancia con el artículo 53, párrafo 2, del reglamento de la Corte, tras establecer la opinión de las partes, la Corte decidió que copias de las súplicas y de los documentos anexos serían accesibles al público en la apertura de los procedimientos orales. Tras consultar a las partes y a Nueva Zelanda, la Corte decidió que lo mismo aplicaría para las observaciones escritas del Estado interviniente y aquellas de los Estados sobre la materia de su intervención, como también a los testimonios escritos de los expertos llamados a dar evidencia durante el caso y a los comentarios y observaciones escritas sobre esos testimonios.

19. Las audiencias públicas tuvieron lugar entre el 26 de junio y el 16 de julio de 2013, en las cuales la Corte escuchó los argumentos orales y las réplicas de:

Australia:

- Mr. Bill Campbell,
- Mr. Justin Gleeson,
- Ms Laurence Boisson de Chazournes,
- Mr. Henry Burmester,
- Mr. James Crawford,
- Mr. Philippe Sands,
- Mr. Mark Dreyfus.

Japón:

- Mr. Koji Tsuruoka,
- Mr. Alain Pellet,
- Mr. Payam Akhavan,
- Mr. Shotaro Hamamoto,
- Mr. Alan Boyle,

Mr. Vaughan Lowe,
Ms. Yukiko Takashiba,
Mr. Yuji Iwasawa.

Nueva Zelanda: Ms. Penelope Ridings,
Mr. Christopher Finlayson.

20. Durante las audiencias públicas del 27 de junio de 2013, Australia llamó a los siguientes expertos: Sr. Marc Mangel, profesor-investigador distinguido de Biología Matemática y director del Centro de Investigación para el Establecimiento de Reservas, Universidad de California, Santa Cruz; y Sr. Nick Gales, científico jefe del Programa Antártico Australiano. El Sr. Mangel fue interrogado por el Sr. Philippe Sands, consejero de Australia y conainterrogado por el Sr. Vaughan Lowe, consejero de Japón. Fue posteriormente reexaminado por el Sr. Gleeson. Varios jueces extendieron preguntas a los señores Mangel y Gales, las cuales respondieron oralmente.

21. Durante las audiencias públicas de la tarde del 3 de julio de 2013, Japón llamó al Sr. Lars Walløe, profesor emérito de la Universidad de Oslo y consejero científico del gobierno noruego en materia de mamíferos marinos. Fue interrogado por el Sr. Vaughan Lowe, consejero de Japón y conainterrogado por el Sr. Justin Gleeson, consejero de Australia. Varios jueces extendieron preguntas al señor Walløe, las cuales respondió oralmente.

22. Durante las audiencias, algunos jueces extendieron preguntas a las partes y a Nueva Zelanda como Estado interviniente, a las cuales respondieron tanto escrita como oralmente; las partes y Nueva Zelanda presentaron posteriormente sus comentarios a esa respuesta.

*

23. En su demanda, Australia hizo las siguientes solicitudes: “Por las razones presentadas en la demanda y reservándose el derecho a complementar, ampliar o enmendar la presente demanda, Australia solicita a la Corte que juzgue y declare que Japón se encuentra en violación de sus obligaciones internacionales al implementar el programa JARPA II en el océano Antártico”.

Adicionalmente, Australia solicita a la Corte que ordene a Japón:

- a) Cesar en la implementación del JARPA II
- b) Revocar toda autorización, permiso o licencia que permita realizar las actividades de las cuales es objeto esta demanda; y

c) Proveer seguridad y garantías suficientes de que no llevará a cabo ninguna acción futura bajo el JARPA II o algún programa similar hasta que tal programa se dé bajo conformidad del derecho internacional.

24. En el curso de los procedimientos escritos, las siguientes solicitudes fueron presentadas por las partes:

Por parte del gobierno de Australia,

En el memorial,

1. Por las razones esgrimidas en este memorial y reservándose el derecho a complementar, ampliar o enmendar la presente solicitud, Australia solicita a la Corte que juzgue y declare que Japón se encuentra en violación de sus obligaciones internacionales al autorizar e implementar el JARPA II en el océano Antártico.

2. En particular, se le solicita a la Corte que juzgue y declare que, con su conducta, Japón ha violado sus obligaciones internacionales a:

- a) observar el límite de captura cero en relación con la caza de ballenas para propósitos comerciales;
- b) abstenerse de conducir caza comercial de ballenas sobre rorcuales comunes en el Santuario del Océano Antártico;
- c) observar la moratoria para capturar, matar o tratar ballenas, excepto pequeños rorcuales (ballena minke común) por barcos fábrica o cazaballenas anexos a barcos fábrica.

3. Adicionalmente, se le solicita a la Corte que juzgue y declare que el JARPA II no es un programa con propósitos científicos dentro del significado del artículo VIII de la Convención Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena.

4. A su vez, se le solicita a la Corte que juzgue y declare que Japón debe:

- a) abstenerse de autorizar o implementar cualquier permiso especial de caza de ballenas que no sea para los propósitos científicos admitidos dentro del significado del artículo VIII;
- b) cesar con efecto inmediato, la implementación del JARPA II; y
- c) revocar toda autorización, permiso o licencia que permita la implementación del JARPA II.

Por parte del gobierno de Japón,

En su contramemoria,

Basado en los hechos y argumentos establecidos en esta contramemoria y reservándose el derecho a complementar o enmendar esta solicitud, Japón solicita a la Corte que juzgue y declare:

- Que carece de jurisdicción sobre el litigio traído por Australia contra Japón, referido en su demanda del 31 de mayo de 2010;
- De manera alternativa, que las pretensiones de Australia son denegadas.

25. En los procedimientos orales, las siguientes solicitudes fueron presentadas por las partes:

Por parte del gobierno de Australia,

1. Australia solicita a la Corte que juzgue y declare que la Corte tiene jurisdicción para estudiar la demanda presentada por Australia.
2. Australia solicita a la Corte que juzgue y declare que Japón se encuentra en violación de sus obligaciones internacionales al autorizar e implementar el JARPA II en el océano Antártico.
3. En particular, se le solicita a la Corte que juzgue y declare que, con su conducta, Japón ha violado sus obligaciones internacionales en relación con la Convención Internacional para Regular la Pesca de Ballenas a:
 - a) observar el límite de captura cero en relación con la caza de ballenas para propósitos comerciales, en el parágrafo 7 (e) del esquema;
 - b) abstenerse de conducir caza comercial de ballenas sobre rorcuales comunes en el Santuario del Océano Antártico, en el parágrafo 7 (b) del esquema;
 - c) observar la moratoria para capturar, matar o tratar ballenas, excepto pequeños rorcuales (ballena minke común) por barcos fábrica o caza-ballenas anexos a barcos fábrica, en el parágrafo 10 (d) del esquema; y
 - d) cumplir los requerimientos del parágrafo 30 del esquema.
4. Adicionalmente, se le solicita a la Corte que juzgue y declare que el JARPA II no es un programa con propósitos científicos dentro del signifi-

cado del artículo VIII de la Convención Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena.

5. A su vez, se le solicita a la Corte que juzgue y declare que Japón debe:

- a) abstenerse de autorizar o implementar cualquier permiso especial de caza de ballenas que no sea para los propósitos científicos admitidos dentro del significado del artículo VIII;
- b) cesar con efecto inmediato la implementación del JARPA II; y
- c) revocar toda autorización, permiso o licencia que permita la implementación del JARPA II.

Por parte del gobierno de Japón

Japón solicita a la Corte que juzgue y declare:

1. – Que carece de jurisdicción sobre el proceso traído contra Japón por Australia, referido en su demanda del 31 de mayo de 2010; y
– Que, en consecuencia, la solicitud de Nueva Zelanda para intervenir en los procedimientos no proceda.
2. Alternativamente, que las pretensiones de Australia sean denegadas.

*

26. Al final de sus observaciones escritas, remitidas en concordancia con el artículo 86, parágrafo 1, del reglamento de la Corte, Nueva Zelanda manifestó:

En resumen, los contenidos del artículo VIII deben ser interpretados de buena fe en su contexto y a la luz del objeto y propósito de la Convención, teniendo en cuenta la práctica subsecuente de las partes y las normas aplicables de derecho internacional, como se confirma en medios subsidiarios de interpretación. Según esas consideraciones, el artículo VIII es apropiadamente interpretado de la siguiente manera:

- a) El artículo VIII forma parte integral del sistema de regulación colectiva establecido por la Convención, no una excepción a este. Como tal, no puede ser aplicado para permitir la caza de ballenas cuyo efecto sea circunvenir otras obligaciones dentro de la Convención o afectar su objeto y fin.

- b) Solo la caza de ballenas que sea conducida ‘de acuerdo con’ el artículo VIII está exenta de la operatividad de la Convención.
- c) El artículo VIII solo permite al gobierno de una parte contratante el expedir un permiso especial para ‘propósitos de investigación científica’ de manera exclusiva. El propósito por el cual un permiso ha sido expedido es un asunto de determinación objetiva, teniendo en cuenta la metodología del programa, su diseño, sus características, incluyendo: la escala del programa, su estructura, la manera en que es conducido y sus resultados.
- d) El artículo VIII requiere que el gobierno de una parte contratante que expida un permiso especial limite el número de ballenas que serán sacrificadas a un nivel que sea el mínimo necesario, y proporcional a los objetivos de la investigación, y que pueda demostrarse que no tendrá efecto adverso en la conservación de ejemplares existentes.
- e) El gobierno de una parte contratante que expida un permiso especial debe desplegar su deber de cooperación efectiva y demostrar que ha tenido en cuenta las opiniones del comité científico y de la comisión.
- f) Solo la caza de ballenas bajo permiso especial que cumpla con los tres requisitos del artículo VIII mencionados arriba es permitida bajo el artículo VIII.

27. En las observaciones escritas a los escritos de Nueva Zelanda, que la Corte autorizó a las partes a presentar, Japón manifestó *inter alia*:

- Japón considera que la Corte debe diferir su consideración a las solicitudes de Nueva Zelanda hasta que decida si tiene o no jurisdicción para la demanda de Australia; y
- Nueva Zelanda llega a conclusiones erradas en variados puntos pertinentes en este caso. Nueva Zelanda malentendiendo el alcance de la discreción expresamente reservada al gobierno de las partes contratantes en el artículo VIII de la Convención, particularmente en relación con los métodos de investigación y el tamaño de las muestras, como al deber de cooperación. Nueva Zelanda intenta intercambiar la carga de la prueba en relación con el principio de precaución, los deberes procesales de la parte contratante que extiende los permisos especiales y la determinación de lo que constituye ‘propósitos científicos’ bajo el artículo VIII de la Convención. Japón considera que la caracterización de Nueva Zelanda sobre cada uno de esos puntos es incorrecta.

Nueva Zelanda implícitamente solicita que la Corte reemplace con su propio criterio el del gobierno de Japón frente al carácter de los permisos especiales extendidos por Japón. Se manifiesta respetuosamente que la Corte no tiene tal poder y no puede sustituir con su apreciación la de una parte contratante a extender un permiso especial.

28. Australia, por su parte, no remitió ninguna observación escrita (ver párrafo 13).

29. Al final de las observaciones orales que presentó en relación con la materia de su intervención, en concordancia con el artículo 86, párrafo 2, del reglamento de la Corte, Nueva Zelanda manifestó *inter alia*:

La Convención establece un sistema colectivo de regulación para la preservación y manejo de reservas de ballenas, el artículo VIII debe ser interpretado a la luz de ese objeto y fin.

El artículo VIII permite la extensión de permisos especiales solo para cazar ballenas para 'propósitos de investigación científica'. Japón ha buscado mistificar la determinación de lo que es investigación científica y de abrogarse para sí el derecho de decidir cuándo un programa de caza de ballenas es para ese propósito...

Aun cuando el gobierno de una parte contratante expide un permiso especial para 'propósitos de investigación' científica, sigue siendo necesario garantizar que el número de ballenas que se matarán es el mínimo necesario y proporcional al propósito científico, tomando en cuenta el interés colectivo de las partes. Este es un asunto de determinación objetiva a la luz de los hechos, como se evidencia a través de las guías y resoluciones del comité científico y la Comisión.

Existe, en todo caso, un deber sustantivo de cooperación eficaz en cabeza del gobierno de una parte contratante que se proponga extender permisos especiales. Esto le implica demostrar que ha tomado en consideración los intereses legítimos de los demás Estados parte de la Convención, que ha hecho un balance de los intereses de todas las partes respecto a la conservación y el manejo de reservas de ballenas.

*

* *

I. Jurisdicción de la Corte

30. En el presente caso, Australia sostiene que Japón ha violado ciertas obligaciones bajo la Convención Ballenera, de la que ambos Estados son partes, al proferir permisos especiales para la caza de ballenas bajo el marco del JARPA II. Japón sostiene que sus actividades son legales en tanto los permisos especiales son otorgados para ‘propósitos de investigación científica’, como lo prevé el artículo VIII de la Convención. La Corte debe examinar primero si tiene competencia sobre la disputa.

31. Australia invoca como base de la jurisdicción de la Corte las declaraciones realizadas por ambos Estados bajo el artículo 36, parágrafo 2, del Estatuto de la Corte. La declaración de Australia del 22 de marzo de 2002 indica en sus párrafos relevantes lo siguiente:

El gobierno de Australia declara que reconoce como vinculante *ipso facto* y sin acuerdo especial, en relación con cualquier Estado aceptando la misma obligación, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en conformidad con el parágrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte, hasta el momento en que noticia del retiro de la presente declaración sea entregada al Secretario General de las Naciones Unidas. Esta declaración tiene efecto inmediato.

Esta declaración no aplica para:

.....
 b) Ninguna disputa concerniente o relativa a la delimitación de zonas marítimas, incluyendo mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental, o producto de, concerniente a o relativa a la explotación de cualquier área disputada o adyacente a cualquier espacio marítimo pendiente de delimitación.

La declaración de Japón del 9 de julio de 2007 indica, en sus apartes relevantes:

Japón reconoce como vinculante *ipso facto* y sin ningún tipo de acuerdo especial, en relación con cualquier otro Estado aceptando la misma obligación y en condición de reciprocidad, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, sobre toda disputa originada el y después del 15 de septiembre de 1958 en relación con situación o hechos subsecuentes a esa fecha y que no hubiesen sido resueltos mediante otro medio de solución pacífica de controversias.

32. Japón debate la jurisdicción de la Corte sobre la disputa presentada por Australia en relación con el JARPA II, argumentando que cabe dentro de la reserva b) de Australia, que invoca en virtud de la reciprocidad. Aun reconociendo que esta disputa no concierne o se relaciona a la delimitación de espacios marítimos, Japón sostiene que es una disputa “producto de, concerniente a o relativa a la explotación de cualquier área disputada o adyacente a cualquier espacio marítimo pendiente de delimitación”.

Según Japón, la parte citada de la reserva de Australia, introducida por la conjunción ‘o’, es separada de la primera parte, con la consecuencia de que la reserva aplica tanto para disputas de delimitación como para otro tipo de disputas relativas a la explotación de zonas marítimas o adyacentes a áreas de delimitación. Japón agrega que esta interpretación se encuentra en conformidad con la intención de Australia al realizar su declaración. Según Japón, la frase “pendiente de delimitación” apenas describe un punto en el tiempo, pero no la materia de la disputa excluida de la jurisdicción de la Corte.

Japón sostiene que la presente disputa es “relativa a explotación” de una zona marítima disputada por Australia o un área adyacente a esa zona. Japón argumenta que este sería el caso bajo la caracterización australiana del JARPA II como un programa comercial de explotación ballenera, como de la propia calificación de Japón del JARPA II como un programa científico, dado que la investigación conducida en el JARPA II es un “elemento del proceso para la explotación”.

33. Japón adicionalmente considera que la disputa entre las partes es relativa a un área disputada en materia de reserva, dado que el “programa JARPA II se da en zonas o cerca de áreas marítimas que Australia disputa como parte de su zona económica exclusiva, derechos generados, según Australia, sobre su supuesta soberanía sobre una larga sección del continente antártico”. Desde el punto de vista de Japón, estas áreas marítimas son disputadas en tanto no reconoce las demandas de Australia y considera estas áreas en cuestión como parte de altamar. Aun concediendo que el área de operación del JARPA II y las áreas del océano Antártico reclamadas por Australia no se superponen de forma exacta, Japón argumenta que ello es irrelevante porque la reserva de Australia también incluye aguas ‘adyacentes’ al área en disputa, términos entendidos de forma amplia por Australia.

34. Australia rechaza la interpretación de Japón sobre su reserva, manteniendo que

“la reserva solo opera en relación con disputas entre Australia y otro país con un reclamo marítimo que se sobreponga a aquel de Australia

—es decir, una situación de delimitación—. Australia no tiene disputas de delimitación con Japón y por ello el párrafo b) de la reserva no le es aplicable”.

Añade que “en particular, la reserva no cubre una disputa relativa a la validez o semejanzas, de la Convención de 1946, del programa JARPA II: una disputa totalmente ajena a cualquier situación de delimitación”.

Según Australia, su intención sobre la reserva era darle efecto a su “creencia de que las disputas marítimas se resuelven mejor mediante negociaciones”, especialmente las delimitaciones de complejas fronteras marítimas con Nueva Zelanda y Timor-Leste, que persistían al momento de la declaración. Australia sostiene que la redacción de la reserva debe entenderse frente a su contexto. Así, el propósito de la segunda parte de la reserva es “aclarar que la reserva se extiende más allá de disputas sobre delimitación marítima *per se*, a disputas asociadas a la explotación de recursos que puedan surgir entre Estados con reclamaciones marítimas sobrepuestas que estén pendientes de delimitación”.

Australia también contradice la opinión de Japón de que la disputa sobre el JARPA II es acerca de ‘explotación’ en el sentido de su reserva, argumentando que la explotación contemplada en su reserva es explotación de recursos incluidos en un potencial acuerdo de delimitación y no cualquier explotación no relativa a la situación de delimitación que ocurra en el área geográfica relevante.

35. Australia, adicionalmente, considera que el área geográfica de operación del JARPA II, que en cualquier evento se extiende fuera de las áreas sostenidas por este, no puede determinar la jurisdicción de la Corte sobre una disputa de un tratado que no está relacionada con el estatus de las aguas en las cuales ocurre tal actividad. De acuerdo con Australia, “la disputa ante la Corte concerniente al cumplimiento del JARPA II con la Convención existe independientemente de lo que Australia afirme o no sobre zonas marítimas adyacentes a la Antártica e independientemente de cualquier delimitación con reclamos conexos”. Australia enfatiza que, en el contexto marítimo, la palabra ‘delimitación’ tiene un significado especial, referido únicamente a “fijar los límites entre Estados aledaños, tanto adyacentes como enfrentados”.

36. La Corte recuerda que, al interpretar una declaración aceptando su jurisdicción obligatoria, debe “buscar la interpretación que se armoniza con una forma natural y razonable de leer el texto, teniendo en cuenta la intención” del Estado declarante (*Anglo-Iranian Oil Co. –Reino Unido v. Irán–*,

Objeciones preliminares, sentencia, ICJ Reports, 1952, p. 104.). La Corte notó en el caso *Jurisdicción de pesquerías* que no “dudaría en poner énfasis en la intención del Estado depositante” (*Jurisdicción de pesquerías* –España v. Canadá–, Jurisdicción de la Corte, sentencia, ICJ Reports, 1998, p. 454, para. 48). La Corte, posteriormente, observó que “la intención de un Estado reservante puede ser deducida no solo del texto de la cláusula relevante, sino del contexto en el cual la cláusula debe ser leída y el examen de la evidencia relativa a las circunstancias de su preparación y los propósitos que intenta servir” (ibíd., p. 454, para. 49).

37. La reserva b) contenida en la Declaración de Australia (párrafo 31 arriba) refiere a disputas concernientes a “la delimitación de zonas marítimas” o a aquellas “producto de, concernientes o relativas a la explotación de cualquier zona disputada o adyacente a cualquier zona marítima pendiente de delimitación”. La redacción de la segunda parte de la reserva está cercanamente relacionada a la de la primera parte. La reserva debe entonces ser leída como una unidad. Las disputas a las que se refiere la reserva deben concernir a una delimitación marítima en un área donde existen solicitudes sobrepuestas o la explotación de una de esas áreas y sus áreas adyacentes. La existencia de una disputa concerniente a delimitación marítima entre las partes es necesaria según ambas partes de la reserva.

38. El significado resultado del texto de la reserva es confirmado por la intención manifestada por Australia cuando hizo su declaración aceptando la jurisdicción obligatoria de la Corte. Según un comunicado de prensa proferido por el Fiscal General y el Ministro de Relaciones Exteriores de Australia, el 25 de marzo de 2002, la reserva excluye “disputas que involucran delimitación de fronteras marítimas o disputas concernientes a la explotación de un área en disputa o adyacente a un área en disputa”. La misma información se encuentra contenida en el *Informe de interés nacional* presentado por el Fiscal General al Parlamento el 18 de junio de 2002, refiriéndose a “disputas de delimitación marítima” como el objeto de la reserva. Así, la reserva fue pretendida para incluir, aparte de disputas concernientes a la delimitación de zonas marítimas, aquellas relativas a la explotación de un área en donde tal disputa de delimitación exista, o un área marítima adyacente a ella. El requisito de una disputa entre las partes concerniente a la delimitación de zonas marítimas está claramente implícita.

39. Ambas partes reconocen que la disputa ante la Corte no es una disputa sobre delimitación marítima, la pregunta persistente es si el JARPA II involucra la explotación de un área sujeto de una disputa relativa a la delimitación o de un área adyacente a ella.

Parte de las actividades de caza de ballenas sostenidas en el JARPA II tienen lugar en la zona marítima reclamada por Australia como parte del territorio antártico australiano o un área adyacente. Adicionalmente, la captura de ballenas, especialmente en números considerables, puede ser vista como una forma de explotación de un área marítima aunque ocurra según un programa de investigación científica. A pesar de ello, aunque Japón ha debatido las pretensiones generadas por el afirmado territorio antártico australiano, no tiene ninguna reclamación soberana de derechos en esas áreas. El hecho de que Japón cuestione esos derechos marítimos no implica una delimitación de esas áreas como disputa entre ambas partes. Como la Corte lo manifestó en el caso del *Diferendo territorial y marítimo*, “la tarea de delimitación consiste en resolver las demandas superpuestas mediante el establecimiento de una línea de separación entre las áreas marítimas concernientes” (*Diferendo territorial y marítimo –Nicaragua v. Colombia–*, sentencia de fondo, CIJ Reports, 2012 (II), pp. 674-675, para. 141). No existen demandas o reclamos superpuestos de las partes en los presentes procedimientos que hagan la reserva b) aplicable.

40. Adicionalmente, es significativo que Australia alega que Japón ha violado ciertas obligaciones internacionales bajo la Convención, mas no sostiene que el JARPA II es ilegal porque las actividades de caza de ballenas realizadas bajo el programa tengan lugar en zonas marítimas sobre las cuales Australia predica derechos soberanos o en sus áreas adyacentes. La naturaleza y extensión de las zonas marítimas reclamadas son irrelevantes en la presente disputa, a propósito de si las actividades de Japón son o no compatibles con sus obligaciones bajo la Convención.

41. La Corte, por lo tanto, concluye que la objeción de Japón a la jurisdicción de la Corte no prospera.

II. Supuestas violaciones de obligaciones internacionales bajo la Convención

1. Introducción

A. Resumen general de la Convención

42. El presente procedimiento concierne a la interpretación de la Convención Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena y la cuestión acerca de si los permisos especiales otorgados bajo el JARPA II corresponden a propósitos de investigación científica dentro el significado del artículo VIII, parágrafo 1, de la Convención. Antes de examinar los

asuntos relevantes, la Corte considera útil proveer un resumen general de la Convención y sus orígenes.

43. La Convención estuvo precedida por dos tratados multilaterales relativos a la caza de ballenas, la Convención para la Regulación de la Caza Ballenera, de 1931, que trataba las preocupaciones sobre la sostenibilidad de la industria ballenera. La industria había seguido de forma sustancial el advenimiento de los barcos fábrica y de otras innovaciones tecnológicas que hacían posible conducir caza de ballenas extensiva en áreas lejanas a las estaciones terrestres, incluyendo aguas antárticas. La Convención de 1931 prohibía la matanza de cierto tipo de ballenas y requería que las operaciones de caza de los países miembros se hicieran bajo licencia, pero fallaba en tratar el asunto del incremento general en los niveles de captura.

Este incremento en los niveles de captura y un concurrente declinar en los precios de aceite de ballena llevaron a la adopción del Acuerdo Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas de 1937. El preámbulo de este acuerdo expresa el deseo de los Estados parte de “asegurar la prosperidad de la industria ballenera y, para el propósito, de mantener las reservas de ballenas”. El tratado prohibía la caza de ciertas categorías de ballenas, diseñaba temporadas para distintos tipos de ballenas, cerraba ciertas zonas geográficas a la caza e imponía adicionales regulaciones a la industria. Como había sido el caso bajo la Convención de 1931, los Estados parte debían recolectar de todas las ballenas cierta información biológica que, junto con otros datos estadísticos, debía ser transmitido a la Oficina Internacional de Estadística Ballenera en Noruega. El acuerdo también preveía la expedición, por “el gobierno contratante... a cualquiera de sus nacionales, un permiso especial autorizando a ese ciudadano a matar, capturar o tratar ballenas para propósitos científicos”. Tres protocolos al Acuerdo de 1937, subsecuentemente, impusieron restricciones adicionales a la actividad ballenera.

44. En 1946, una conferencia internacional sobre la caza de ballenas fue convenida bajo la iniciativa de los Estados Unidos. Los fines de la conferencia, según la descripción del Sr. Dean Acheson, para la época secretario de Estado en funciones de los Estados Unidos, en su conferencia inaugural, era “procurar por la coordinación y codificación de las regulaciones existentes”, y establecer “una maquinaria de administración efectiva para la modificación de esas regulaciones de tiempo en tiempo en el futuro según lo requieran las circunstancias”. La conferencia adoptó, el 2 de diciembre de 1946, la Convención Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena, cuyo único texto auténtico es en idioma inglés. La Convención entró en vigor para Australia el 10 de noviembre de 1948 y para Japón el 25 de

abril de 1951. Nueva Zelanda depositó su instrumento de ratificación el 2 de agosto de 1949, pero dio noticia de su retiro el 3 de octubre de 1968: se adhirió de nuevo a la Convención efectivamente desde el 15 de junio de 1976.

45. En contraste con los tratados de 1931 y 1937, el texto de la Convención no incluye provisiones sustantivas que regulen la conservación de reservas de ballenas o el manejo de la industria ballenera. Estos son encontrados en el ‘esquema’ (el programa), que forma ‘parte integral’ de la Convención, como se manifiesta en su artículo I, parágrafo I. El programa está sujeto a enmiendas, adoptadas por la Comisión Internacional Ballenera. Esta Comisión, establecida bajo el artículo III, parágrafo I, de la Convención, recibe un rol significativo en la regulación de la caza de ballenas. Está “compuesta por un miembro de cada Estado parte”. La adopción por parte de la Comisión de enmiendas al programa requiere una mayoría de tres cuartas partes de los votos emitidos (art. III, para. 2). Una enmienda se convierte en vinculante para un Estado parte a menos que presente una objeción, caso en el cual la enmienda no es efectiva para ese respectivo Estado hasta que remueva la objeción. La Comisión ha enmendado el programa muchas veces. Las funciones conferidas a la Comisión hacen de la Convención un instrumento en evolución.

Entre los temas de las posibles enmiendas, el artículo V, parágrafo 1, de la Convención, incluye “establecer a) especies protegidas y desprotegidas... c) abrir y cerrar aguas, incluyendo la designación de áreas como santuario... e) tiempo, métodos e intensidad de la caza de ballenas (incluyendo máximo de capturas de ballenas posibles en una temporada), f) tipos y especificaciones de la maquinaria y aparatos e instrumentos que puedan ser usados”. Las enmiendas al programa “deben ser aquellas necesarias para llevar a cabo los objetivos y propósitos de la Convención y procurar la conservación, desarrollo y óptima utilización de los recursos de ballenas” y “deben ser basados en evidencia científica” (art. V, para. 2).

46. El artículo VI de la Convención establece que “la Comisión puede de tiempo en tiempo hacer recomendaciones a cualquier o todos los gobiernos de los Estados parte en cualquier materia relativa a ballenas o la caza de ballenas y los objetivos y propósitos de la Convención”. Estas recomendaciones que tienen forma de resoluciones no son vinculantes. Aun así, cuando se adoptan por consenso o por voto unánime, pueden ser relevantes para la interpretación de la Convención y su programa.

47. En 1950, la Comisión estableció el comité científico (En adelante, el comité). Este comité está compuesto principalmente por científicos nominados por los Estados parte. A pesar de ello, asesores de organizaciones

intergubernamentales y científicos no nominados por los Estados pueden ser invitados a participar sin capacidad de voto.

El comité científico asiste a la Comisión cuando esta delega sus funciones, especialmente aquellas relacionadas con “estudios e investigaciones relativas a las ballenas y a la caza de ballenas” (art. IV). Este analiza información disponible a los Estados parte “con respecto a las ballenas y la caza de ballenas” y remitida por ellos en cumplimiento de sus obligaciones bajo el artículo VIII, parágrafo 3, de la Convención. Contribuye a realizar ‘descubrimientos científicos’ sobre la base de los cuales la Comisión podrá adoptar enmiendas al programa –art. V, para. 2b)–. Según el parágrafo 30 del programa, adoptado en 1979, el comité científico revisa y comenta los permisos especiales antes de ser expedidos por los Estados parte a sus nacionales con propósitos de investigación científica bajo el artículo VIII, parágrafo 1, de la Convención. El comité científico no ha sido empoderado para hacer ninguna manifestación vinculante en este sentido. Este comunica a la Comisión sus puntos de vista sobre los programas de investigación científica, incluyendo las opiniones de miembros individuales, en la forma de reportes o recomendaciones. A pesar de ello, cuando hay una división de opiniones, el comité generalmente se abstiene de adoptar formalmente una posición mayoritaria.

Desde mediados de los ochenta, el comité científico ha conducido una revisión de los permisos especiales mediante ‘guías’ expedidas o auspiciadas por la Comisión. Para el momento en que el JARPA II fue propuesto en 2005, las guías aplicables habían sido recopiladas en un documento titulado ‘Anexo Y: Guías para la revisión de propuestas de permisos científicos’ (en adelante, el anexo Y). Las guías actuales, elaboradas por el comité científico y auspiciadas por la Comisión en 2008 (y revisadas posteriormente en 2012), se ubican en un documento llamado ‘Anexo P: Proceso de revisión de propuestas de permisos especiales y resultados de investigación de permisos existentes y completados’ (en adelante, el ‘anexo P’).

B. Reclamos de Australia y respuesta de Japón

48. Australia alega que el JARPA II no es un programa con propósitos de investigación científica dentro del significado del artículo VIII de la Convención. Según Australia, esto significa que Japón ha violado y continúa en violación de ciertas obligaciones bajo el programa de la Convención. Los alegatos de Australia son concernientes al cumplimiento de las siguientes obligaciones de carácter sustantivo: 1) la obligación de respetar la moratoria

que establece un límite de captura cero de todas las reservas para propósitos comerciales –para. 10e)–; 2) la obligación de no realizar caza comercial de rorcuales comunes en el Santuario del Océano Antártico –para. 7b)–; y 3) la obligación de observar la moratoria en la captura, matanza o tratamiento de ballenas, excepto pequeños rorcuales, por parte de barcos fábrica o cazaballenas anexos a barcos fábrica –para. 10d)–. Adicionalmente, de acuerdo con las declaraciones finales de Australia, al autorizar el JARPA II, Japón también falló en el cumplimiento de los requisitos procedimentales establecidos en el parágrafo 30 del programa para permisos con propósitos científicos.

49. Japón niega las violaciones alegadas. En relación con las obligaciones sustantivas bajo el programa, Japón sostiene que ninguna de las obligaciones invocadas por Australia aplica al JARPA II, en tanto este programa ha sido realizado por propósitos científicos y, por lo tanto, está incluido en la excepción provista por el artículo VIII, parágrafo 1, de la Convención. Japón sostiene también que no ha violado los requisitos procesales establecidos en el parágrafo 30 del programa.

50. Los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del artículo VIII de la Convención son centrales en el presente caso y serán examinados primero.

2. Interpretación del artículo VIII, parágrafo 1, de la Convención

A. La función del artículo VIII

51. El artículo VIII, parágrafo 1, de la Convención, indica lo siguiente:

No obstante todo lo dispuesto en la presente Convención, cualquier gobierno contratante podrá otorgar a cualquiera de sus nacionales un permiso especial autorizado a dicho nacional a matar, tomar y tratar ballenas con finalidades de investigación científica, con sujeción a aquellas restricciones en cuanto a cantidad, y a aquellas otras condiciones que el gobierno contratante crea convenientes, y la muerte, captura y trata de ballenas, de acuerdo con las disposiciones de este artículo, estarán exentos de los efectos de esta Convención. Cada gobierno contratante dará cuenta de inmediato a la Comisión de todas las autorizaciones de tal naturaleza que haya otorgado. Cada gobierno contratante podrá, en cualquier momento, revocar cualquier permiso de tal naturaleza que haya otorgado.

52. Japón, inicialmente, sostuvo que “la caza de ballenas bajo permiso especial dentro del artículo VIII está enteramente por fuera del ámbito de aplicación de la Convención”. El artículo VIII, párrafo 1, sostuvo Japón, debe ser entendido como “independiente” y debe ser leído separado de las otras normas de la Convención. Posteriormente, Japón reconoció que el artículo VIII “debe ser interpretado y aplicado de forma consistente con las otras normas de la Convención”, pero enfatizó que una lectura coherente debe considerar el artículo VIII, párrafo 1, como tal que provee una excepción a la Convención.

53. Según Australia, el artículo VIII debe ser leído en contexto con las otras normas de la Convención, a las cuales puede proveer una excepción limitada. En particular, Australia sostuvo que las medidas de conservación adoptadas en procura de los objetivos de la Convención, “incluyendo la moratoria y los santuarios”, son relevantes también para la caza de ballenas con propósitos científicos, dado que la utilización del artículo VIII, párrafo 1, no puede tener el efecto de afectar la efectividad regulatoria del régimen ballenero como un todo.

54. Nueva Zelanda observa que la frase “No obstante todo lo dispuesto en la presente Convención”, que sirve de apertura para el párrafo 1 del artículo VIII, “otorga una discreción limitada a los gobiernos de los Estados parte para expedir permisos especiales para el propósito específicamente regulado de investigación científica”, mas no “constituye una carta blanca a la excepción a todos los aspectos de la Convención para la caza de ballenas bajo permiso especial”. Nueva Zelanda señala que la norma del párrafo 1, de decirse que la caza de ballenas según el artículo VIII está “exenta de la operación de la Convención”, “hubiera sido innecesaria, si las palabras de apertura del párrafo ‘No obstante todo lo dispuesto en la presente Convención’ tuvieron la pretensión de cubrir todos los aspectos de la caza de ballenas bajo permiso especial”.

55. La Corte nota que el artículo VIII es parte integral de la Convención. Por ello, este debe ser interpretado a la luz del objeto y fin de la Convención y teniendo en cuenta las demás normas de la Convención, incluyendo el programa. Aun así, en tanto el artículo VIII, párrafo 1, especifica que “la muerte, captura y trata de ballenas en concordancia con las provisiones de este artículo será exenta de la operación de la Convención”, la caza de ballenas conducida bajo permiso especial que cumpla con las condiciones del artículo VIII no está sujeta a las obligaciones del programa concernientes a la moratoria sobre la caza de ballenas con propósitos comerciales, la prohi-

bición de la caza de ballenas comercial en el Santuario del Océano Antártico y la moratoria relativa a barcos fábrica.

B. La relación entre el artículo VIII y el objeto y fin de la Convención

56. El preámbulo de la Convención indica que este persigue el propósito de garantizar la conservación de todas las especies de ballenas mientras permite su explotación sostenible. Así, el primer párrafo del preámbulo reconoce “los intereses de las naciones del mundo por salvaguardar para las futuras generaciones los grandes recursos naturales representados en las reservas de ballenas”. En la misma vía, el segundo párrafo del preámbulo expresa el deseo de “proteger todas las especies de ballenas de futura sobrepesca”, y el quinto párrafo expresa la necesidad de “permitir un intervalo para la recuperación de ciertas especies hoy agotadas en sus ejemplares”. Aun así, el preámbulo también se refiere a la explotación de ballenas, notando en el tercer párrafo que “los incrementos en la reserva de ballenas permitirán incrementos en el número de ballenas que pueden ser capturadas sin poner en riesgo esos recursos naturales”, agregando en el cuarto párrafo que “es de interés común lograr el nivel óptimo de reservas de ballenas tan rápido como sea posible sin causar amplia angustia económica y nutricional”, y en el quinto que “las operaciones para la caza de ballenas deben ser confinadas a esas especies capaces de explotación sostenible”. Los objetivos de la Convención son posteriormente indicados en el párrafo final del preámbulo, que establece que los Estados parte “decidieron concretar una Convención para procurar la conservación adecuada de ballenas y con ello hacer posible el desarrollo ordenado de la industria ballenera”. Enmiendas al programa y recomendaciones de la Comisión Internacional Ballenera pueden poner un énfasis en uno u otro objetivo buscado por la Convención, pero no pueden alterar su objeto y propósito.

57. Para reforzar sus argumentos concernientes a la interpretación del artículo VIII, párrafo 1, Australia y Japón han enfatizado respectivamente a la conservación y la explotación sostenible como el objeto y fin de la Convención a la luz de los cuales la norma debe ser interpretada. Según Australia, el artículo VIII, párrafo 1, debe ser interpretado restrictivamente porque permite la captura de ballenas, con ello generando una excepción a las reglas generales de la Convención que le dan efecto a su objeto y fin de conservación. Nueva Zelanda también solicita “una interpretación más restrictiva que expansiva de las condiciones en las cuales un Estado parte pueda

otorgar un permiso especial bajo el artículo VIII”, en orden de no afectar “el sistema de regulación colectiva bajo la Convención”. Esta aproximación es disputada por Japón, que sostiene en particular que el poder de autorizar la captura de ballenas para propósitos de investigación científica debe ser visto en el contexto de la libertad de participar de la caza de ballenas, en titularidad de los Estados según el derecho internacional consuetudinario.

58. Teniendo en cuenta el preámbulo y otras normas relevantes de la Convención referidas anteriormente, la Corte observa que ni una interpretación restrictiva ni una interpretación expansiva del artículo VIII puede justificarse. La Corte nota que los programas con propósitos de investigación científica deben fomentar conocimiento científico; aunque pueden perseguir un fin distinto a la conservación o la explotación sostenible de ballenas. Esto también se refleja en las guías expedidas por la Comisión para la revisión de propuestas de permisos científicos del comité científico. En particular, las guías inicialmente aplicables al JARPA II, el anexo Y, refieren no solo a programas que “contribuyan a la información esencial para el manejo racional de las reservas” o aquellos relevantes a “conducir una revisión comprensiva” de la moratoria de caza comercial, sino también a aquellos que responden a otras “necesidades importantes de investigación”. Las guías actuales, el anexo P, listan tres categorías amplias de objetivos. Además de programas encaminados a “mejorar la conservación y el manejo de las reservas de ballenas”, incluye programas que tienen por objetivo “mejorar la conservación y el manejo de otros recursos marinos vivos o el ecosistema del cual las ballenas son parte integral” y aquellos dirigidos a “probar hipótesis no directamente relacionadas con el manejo de recursos marinos vivos”.

C. La expedición de permisos especiales

59. Japón nota que, bajo el artículo VIII, párrafo 1, el Estado de la nacionalidad de la persona o entidad que solicita un permiso especial para propósitos de investigación científica es el único Estado competente bajo la Convención para expedir el permiso. Según Japón, ese Estado está en la mejor posición para evaluar un programa pretendido para propósitos científicos remitido por uno de sus nacionales. En ese sentido, disfruta de discreción, que puede ser definida como ‘un margen de apreciación’. Japón considera que esta discreción es enfatizada por la parte del párrafo que especifica que el Estado de nacionalidad del solicitante puede otorgar el permiso “sujeto a aquellas restricciones frente al número y sujeto a otras condiciones que el Estado parte considere apropiadas”.

60. Según Australia, si bien el Estado de la nacionalidad de la entidad solicitante tiene el poder de autorizar la caza de ballenas para propósitos de investigación científica bajo el artículo VIII, esto no implica que el Estado autorizante tiene la discreción de determinar cuándo un permiso especial para matar, capturar o tratar ballenas, cae dentro del ámbito de aplicación del artículo VIII, parágrafo 1. Los requisitos para otorgar un permiso especial, establecidos en la Convención, proveen un estándar de naturaleza objetiva al cual el Estado de la nacionalidad del solicitante debe conformarse. Nueva Zelanda también considera que el artículo VIII establece un “requisito objetivo”, no “algo a ser determinado por el Estado parte otorgante”.

61. La Corte considera que el artículo VIII otorga la discreción a un Estado parte de la Convención de rechazar una solicitud para un permiso especial, o para especificar las condiciones bajo las cuales un permiso será otorgado. Aun así, definir si la caza, captura o trata de ballenas, siguiendo el permiso especial solicitado, es o no para propósitos de investigación científica, no puede depender simplemente de la percepción del Estado.

D. El estándar de revisión

62. La Corte ahora torna su atención al estándar que aplicará en revisar el otorgamiento de permisos especiales que autorizan la caza, captura y tratamiento de ballenas bajo el artículo VIII, parágrafo 1, de la Convención.

63. Australia sostiene que la tarea ante la Corte en el presente caso es determinar si las acciones de Japón son consistentes con la Convención y las decisiones por esta permitidas. Según Australia, el poder de revisión de la Corte no debe estar limitado al escrutinio de la buena fe, bajo una fuerte presunción a favor del Estado autorizante, en tanto esto tornaría el régimen multilateral para el manejo colectivo de una reserva de ballenas común establecida por la Convención en algo inefectivo. Australia urge a la Corte a tener en cuenta los elementos objetivos pertinentes al evaluar cuándo o no un permiso especial ha sido otorgado para propósitos de investigación científica, refiriéndose en particular al “diseño e implementación del programa de caza de ballenas, como a sus resultados”.

64. Nueva Zelanda sostiene que la interpretación y aplicación del artículo VIII implica la “simple cuestión del cumplimiento” de los Estados parte frente a sus obligaciones convencionales, una cuestión que debe ser decidida por la Corte. Nueva Zelanda también enfatiza elementos objetivos, manifestando que la cuestión de si un programa es para propósitos científicos puede ser evaluada en referencia a su “metodología, diseño y características”.

65. Japón acepta que la Corte puede revisar la determinación de un Estado parte de la Convención de que la caza para la cual extendió un permiso especial sea “para propósitos de investigación científica”. En el curso de los procedimientos escritos y orales, Japón enfatizó que la Corte se encuentra limitada, al ejercer su poder de revisión, a establecer si la determinación fue “arbitraria caprichosa”, “manifiestamente irracional” o hecha de mala fe. Japón también sostiene que los asuntos relativos a una política científica no pueden ser apreciados de forma apropiada por la Corte. Agrega que el rol de la Corte, por lo tanto, es “asegurar la integridad del proceso por medio del cual se toma una decisión, pero no revisar la decisión como tal”.

66. Cerca del cierre de los procedimientos orales, no obstante lo anterior, Japón refinó su posición en relación con el estándar de revisión que se debía aplicar al caso:

“Japón concuerda con Australia y con Nueva Zelanda en relación con el examen, siendo este si la decisión de un Estado es objetivamente razonable, o soportada por un racionamiento coherente y evidencia científica respetable y, en este caso, objetivamente justificable”.

67. Al revisar el otorgamiento de un permiso especial que permite la caza, captura o trata de ballenas, la Corte ha de estudiar, primero, si el programa bajo el cual esas actividades tienen lugar es para la investigación científica. En segundo lugar, la Corte debe considerar si la matanza, captura o tratamiento de ballenas es “para propósitos de investigación científica, examinando si, ante el uso de métodos letales, el diseño del programa y su implementación son razonables en relación con la obtención de los contenidos mencionados. Este estándar de revisión es objetivo. Elementos relevantes del diseño de un programa y su implementación se establecen más adelante (parágrafo 88)”.

68. En este punto, la Corte nota que la disputa ante ella nace de la decisión de un Estado parte de la Convención de conceder permisos especiales bajo el artículo VIII del tratado. Inherente a esa decisión es la determinación de un Estado parte de que el uso de métodos letales por parte del programa es para propósitos científicos. Es consecuente que la Corte observará al Estado autorizante, que extendió los permisos, para que explique la base objetiva de tal determinación.

69. La Corte observa que, en aplicación del anterior estándar de revisión, no está llamada a resolver asuntos de política científica o ballenera. La Corte es consciente que los miembros de la comunidad internacional poseen

diferentes puntos de vista acerca de las políticas apropiadas en relación con las ballenas y a la caza de aquellas, pero no es asunto de la Corte terciar sobre estas diferencias. La tarea de la Corte es solo establecer si los permisos especiales extendidos en relación con el JARPA II se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo VIII, párrafo 1, de la Convención.

E. Significado de la frase “para propósitos de investigación científica”

70. Las partes relacionan dos aspectos cercanamente relacionados de la interpretación del artículo VIII —el significado de los términos “investigación científica” y el “para propósitos de” dentro de la frase “para propósitos de investigación científica”—. Australia analizó el significado de estos términos separadamente y observó que los dos elementos eran acumulativos. Japón no rehusó esta aproximación al análisis de la norma.

71. Desde el punto de vista de la Corte, los dos elementos de la frase “para propósitos de investigación científica” son acumulativos. Como resultado de ello, aun cuando el programa de caza de ballenas involucre investigación científica, la caza, captura y tratamiento de ballenas en persecución de tal programa no cabe dentro del artículo VIII, salvo que esas actividades sean con “propósitos de” investigación científica.

72. La Corte primero da consideración a los argumentos de las partes y del Estado interviniente en relación con el significado del término “investigación científica” y luego se detendrá en sus argumentos sobre el significado del término “con propósitos de” en la frase “con propósitos de investigación científica”.

a) El término ‘investigación científica’

73. Inicialmente, la Corte nota que el término ‘investigación científica’ no está definido por la Convención.

74. Australia, basándose principalmente en el punto de vista de uno de los científicos expertos que llamó al proceso, el Sr. Mangel, sostiene que la investigación científica (en el contexto de la Convención) tiene cuatro características especiales: objetivos definidos y alcanzables (preguntas o hipótesis) que buscan contribuir al conocimiento relevante en la conservación o manejo de reservas; ‘métodos apropiados’, incluyendo el uso de métodos letales solo cuando los objetivos de la investigación no pueden ser logrados por otros medios; revisión de pares; y el evitar efectos adversos en las reservas o existencias de ballenas. En soporte de estos criterios, Australia también

se fundamenta en resoluciones de la Comisión y en las guías relativas a la revisión de los permisos especiales por el comité científico (párrafo 47).

75. Japón no ofrece una interpretación alternativa al término 'investigación científica' y sostiene que los puntos de vista de un experto no pueden determinar la interpretación de una norma de un tratado. Como asunto de opinión científica, el experto llamado por Japón, el Sr. Walløe, concuerda en ciertos aspectos con los criterios expuestos por el Sr. Mangel, mientras difiere en ciertos detalles importantes. Japón rechaza el peso que Australia asigna a las resoluciones de la Comisión que fueron adoptadas sin el apoyo de Japón y nota que esas resoluciones tienen naturaleza de recomendación.

76. La Corte realiza las siguientes observaciones frente a los criterios expuestos por Australia en relación con el significado del término 'investigación científica'.

77. Frente a la cuestión de si las hipótesis experimentables o definidas son esenciales, la Corte observa que los expertos llamados por ambas partes concuerdan que la investigación científica debe proceder sobre la base de preguntas particulares, que pueden tomar la forma de hipótesis, aunque estos estuvieran en desacuerdo frente al nivel de especificidad requerido por tales hipótesis. En concreto, la opinión de los expertos revela cierto grado de acuerdo, sin descontar importantes distanciamientos, en relación con el rol de una hipótesis en la investigación científica en general.

78. Frente al uso de métodos letales, Australia sostiene que el artículo VIII, párrafo 1, autoriza el otorgamiento de permisos especiales para matar, capturar o tratar ballenas solo cuando los métodos no letales no son disponibles, invocando las opiniones de los expertos que presentó, como también ciertas resoluciones y guías de la Comisión Internacional Ballenera. Por ejemplo, Australia se refiere a la Resolución 1986-2 (que recomienda que, cuando se considere un permiso especial propuesto, el Estado parte debe tomar en cuenta si "los objetivos de investigación no son práctica y científicamente posibles mediante el uso de técnicas no letales) y el anexo P (que provee que las propuestas de permiso especial deben tratar el asunto de por qué los métodos no letales o análisis de datos existentes "han sido considerados insuficientes"). Ambos instrumentos fueron aprobados por consenso, en cuanto recomiendan que la caza de ballenas "solo debe ser permitida en circunstancias excepcionales cuya cuestión trata de asuntos críticamente importantes que no pueden ser resueltos por el análisis de datos existentes o el uso de métodos no letales de investigación".

79. Australia sostiene que las resoluciones de la Comisión deben informar a la Corte de la interpretación del artículo VIII en tanto comprometen

“acuerdo subsecuente entre las partes en lo relativo a la interpretación del tratado y “práctica subsecuente en la aplicación del tratado que establece el acuerdo entre las partes en relación con tal interpretación”, dentro del significado de los subparágrafos a) y b), respectivamente, del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

80. Japón se encuentra en desacuerdo con la afirmación de que los permisos especiales que autorizan métodos letales pueden ser expedidos según el artículo VIII únicamente si los métodos no letales no están disponibles, llamando la atención al hecho de que el artículo VIII autoriza el otorgamiento de permisos para la matanza de ballenas y con ello expresamente contempla métodos letales. Japón sostiene que no utiliza métodos letales “más allá de lo que considere necesario” en la conducción de investigación científica, pero nota que esa medida no es producto de una limitación legal emanada de la Convención, sino de “razones de investigación científica”. Japón anota que las resoluciones citadas por Australia fueron adoptadas dentro del poder de la Comisión de hacer recomendaciones. Japón acepta que tiene el deber de darle consideración a esas recomendaciones, pero enfatiza que no son vinculantes.

81. Nueva Zelanda sostiene que los permisos especiales deben ser otorgados “de un modo razonable y precavido” que requiere que “las ballenas solo sean asesinadas cuando es necesario para la investigación científica y no es posible lograr objetivos equivalentes para esa investigación con métodos no letales”. Como Australia, Nueva Zelanda acude a las resoluciones de la Comisión para soportar sus afirmaciones.

82. La Corte observa que, como un asunto de opinión científica, los expertos llamados por las partes concuerdan que los métodos letales pueden tener lugar en una investigación científica, aunque no estén de acuerdo entre ellos en las condiciones para su uso. Sus conclusiones como científicos, sin embargo, deben ser diferenciadas de la interpretación de la Convención, que es tarea de la Corte.

83. El artículo VIII expresamente contempla el uso de métodos letales, y la Corte considera que Australia y Nueva Zelanda sobredimensionan el significado legal de las resoluciones y guías de naturaleza recomendatoria en las cuales se apoyan. Primero, muchas resoluciones de la Comisión fueron adoptadas sin el apoyo de todos los Estados PARTE de la Convención y, en particular, sin la concurrencia de Japón. Así, estos instrumentos no pueden ser considerados como acuerdo subsecuente a la interpretación del artículo VIII, ni como práctica subsecuente, estableciendo el acuerdo entre las partes en la interpretación del tratado, dentro de lo estipulado al significado de los

subpárrafos a) y b), respectivamente, del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En segundo lugar, como asunto sustantivo, las resoluciones relevantes y las guías que han sido aprobadas por consenso hacen un llamado a los Estados parte a tener en cuenta cuándo los objetivos de investigación pueden ser práctica y científicamente obtenidos con el uso de métodos no letales, pero no establecen un requisito de usar los métodos letales solo cuando los métodos no letales no están disponibles.

La Corte, sin embargo, observa que los Estados parte de la Convención tienen la obligación de cooperar con la Comisión y el comité científico, y, con ello, darle debida consideración a las recomendaciones que hacen un llamado a evaluar la viabilidad de las alternativas no letales. La Corte retornará a este punto cuando considere los argumentos de las partes frente al JARPA II (párrafo 137).

84. En cuanto al criterio de la revisión de pares presentado por Australia, aun cuando la revisión por pares de propuestas y resultados es una práctica común en la comunidad científica, no es conducente afirmar que un programa involucra investigación científica únicamente si las propuestas y los resultados son sujetos a revisión de pares. La Convención toma una aproximación diferente (aunque no descarta la revisión por pares). El párrafo 30 del programa requiere una revisión previa de los permisos propuestos por parte del comité científico y las guías actuales (anexo P), también contemplan la revisión por parte del comité científico de programas completados o en curso.

85. En relación con el cuarto criterio expresado por Australia, Japón y Nueva Zelanda concuerdan con Australia que la investigación científica debe evitar efectos adversos en las existencias de ballenas.

Así, las partes y el Estado interviniente parecen estar de acuerdo al respecto de este criterio. En el contexto particular del JARPA II, sin embargo, Australia no sostiene que alcanzar el tamaño de muestras deseadas tenga un efecto adverso en las reservas relevantes, por lo que este criterio no tiene relevancia particular para el caso.

86. Teniendo en cuenta estas observaciones, la Corte no se ve persuadida frente a la afirmación de que las actividades deben satisfacer los cuatro criterios formulados por Australia en orden de constituir 'investigación científica' en el contexto del artículo VIII. Como fue estipulado por Australia, estos criterios aparentemente reflejan lo que uno de los expertos presentados considera como una investigación científica bien concebida, más que servir de interpretación de los términos usados en la Convención.

Tampoco considera la Corte necesario desarrollar criterios alternativos u ofrecer una definición de ‘investigación científica’.

b) El significado del término ‘para los propósitos de’ en el artículo VIII, párrafo 1

87. La Corte torna su atención ahora al segundo elemento de la frase “para los propósitos de investigación científica”, siendo este el significado del término ‘para los propósitos de’.

88. Los objetivos de investigación establecidos de un programa son la base del diseño de ese programa, pero la Corte no necesita juzgar el mérito científico o la importancia de esos objetivos en orden de evaluar el propósito de la caza de ballenas en dicho programa. No le corresponde tampoco a la Corte decidir cuándo el diseño y la implementación de un programa son los mejores medios posibles para lograr sus objetivos establecidos.

En orden de evaluar si el uso de métodos no letales por parte de un programa es para propósitos de investigación científica, la Corte debe considerar si los elementos del diseño del programa y su implementación son razonables en relación con los objetivos científicos establecidos (ver párrafo 67). Como se vio en los argumentos de las partes, estos elementos pueden incluir: decisiones relativas al uso de métodos letales, la escala del uso de los métodos letales en las muestras del programa, la metodología usada para seleccionar el tamaño de las muestras, una comparación entre el tamaño objetivo de las muestras y la muestra real, el marco temporal asociado al programa, el resultado científico del programa; y el grado en el cual el programa coordina sus actividades con proyectos de investigación relacionados (párrafos 129-132, 149, 158-159, 203-205, 214-222).

89. Las partes concuerdan en que el diseño y la implementación de un programa para propósitos de investigación científica difiere en elementos centrales respecto de la caza comercial de ballenas. La evidencia relativa al diseño e implementación del programa debe ser considerada a la luz de esta distinción. Por ejemplo, según Japón, en la caza comercial de ballenas, solo especies de alto valor comercial son capturadas y animales más grandes forman la mayor parte de la captura, en tanto en la caza científica “especies de menor o ningún valor comercial” pueden ser el objetivo y animales individuales son tomados de procedimientos de muestreo aleatorio.

90. Australia presenta dos características de un programa que, en su parecer, expresan la distinción entre el otorgamiento de un permiso especial que autoriza la caza de ballenas ‘con el propósito de’ investigación científica

y actividades de caza de ballenas que no corresponden al artículo VIII y, por lo tanto, según Australia, violan los párrafos 7b), 10d) y 10e) del programa.

91. En primer lugar, Australia reconoce que el artículo VIII, párrafo 2, de la Convención permite la venta de carne de ballena, que es el subproducto de la caza para investigación científica; esa norma indica:

“Toda ballena tomada bajo esos permisos especiales deberá ser, en tanto sea practicable, procesada y esos procesos deberán ser llevados a cabo en concordancia con las directivas expedidas por el gobierno que otorgó el permiso”.

Sin embargo, Australia considera que la cantidad de carne de ballena generada en el curso de un programa para el cual un permiso fue expedido bajo el artículo VIII, párrafo 1, y la venta de esa carne pueden generar una duda en cuanto a si la caza, captura y tratamiento de ballenas es o no para un propósito científico.

92. Japón sostiene en respuesta que la venta de carne de ballena como un método para patrocinar la investigación es permitida por el artículo VIII, párrafo 2, y es práctica común en investigación de pesca.

93. En este punto, Nueva Zelanda sostiene que el artículo VIII, párrafo 2, puede ser leído para permitir la venta de carne de ballenas, pero tal venta no es requerida.

94. Las partes y el Estado interviniente, entonces, aceptan que el artículo VIII, párrafo 2, permite el procesamiento y la venta de carne de ballenas incidental a la caza de ballenas en relación con el otorgamiento de permiso especial bajo el artículo VIII, párrafo 1.

Para la Corte, el hecho de que un programa involucre la venta de carne de ballena y el procesamiento para financiar la investigación no es suficiente por sí solo para hacer que un permiso especial salga del ámbito de aplicación del artículo VIII. Otros elementos deben ser examinados, como la escala del uso de los muestreos letales en el programa, que pueden sugerir que la caza es para otros propósitos más allá de investigación científica. En particular, un Estado parte, para financiar la investigación para la cual se otorgó un permiso especial, no debe usar muestreo letal en una escala mayor a la razonable en relación con el cumplimiento de los objetivos establecidos.

95. En segundo lugar, Australia sostiene que la persecución por parte de un Estado que va más allá de los objetivos científicos demuestra que el permiso especial otorgado para ese programa no corresponde a lo permitido

por el artículo VIII. Según Australia, por ejemplo, la realización de objetivos políticos, como proveer empleo o mantener una infraestructura ballenera, indican que la caza de ballenas no es para propósitos de investigación científica.

96. Japón acepta que “los permisos especiales solo pueden ser otorgados para caza de ballenas con propósitos científicos, no para propósitos comerciales”. Japón indica el hecho de que el programa establece una moratoria en caza comercial, el parágrafo 10e), y hace un llamado a “la mejor evidencia científica” en orden de revisar el moratorio o posiblemente levantarlo. Japón sostiene que un Estado parte está dentro de sus derechos a conducir un programa de investigación científica encaminado a avanzar en este objetivo de reanudar la pesca comercial sobre una base sostenible.

97. La Corte observa que un Estado suele buscar lograr más de un objetivo cuando ejecuta una política en particular. Por otra parte, un test objetivo de si un programa es para propósitos científicos no repara en las intenciones de oficiales de gobierno individuales, sino en si su diseño e implementación son razonables en relación con lograr sus objetivos manifiestos. En concordancia, la Corte considera que las motivaciones particulares de oficiales gubernamentales que puedan ir más allá de la investigación científica no precluyen la conclusión de que un programa sea para propósitos de investigación científica dentro del significado del artículo VIII. Igualmente, tales motivaciones no pueden justificar el otorgamiento de un permiso especial para un programa que use muestreo letal en larga escala más allá de lo razonable en relación con conseguir los objetivos manifiestos del programa. Los objetivos de investigación por sí mismos deben ser suficientes para justificar el programa como es implementado y diseñado.

3. El JARPA II a la luz del artículo VIII de la Convención

98. La Corte adoptará ahora el enfoque establecido en la sección precedente con el propósito de determinar, con base en la evidencia, si el diseño e implementación del JARPA II es razonable en relación con el logro del propósito previsto.

99. El JARPA II fue precedido por el Programa Japonés de Investigación Ballenera (JARPA). La legalidad del JARPA no es objeto de discusión en este caso. Sin embargo, en el transcurso de la presentación de sus argumentos en relación con el JARPA II, las partes realizaron diversas comparaciones entre el JARPA II y su programa predecesor. Por lo tanto, la Corte iniciará con una descripción del programa JARPA.

A. Descripción de los programas

a) El JARPA

100. En 1982, la CIB enmendó el calendario para adoptar una moratoria en relación con la caza comercial de ballenas. De manera oportuna, Japón formuló una objeción a la enmienda, la cual fue retirada en 1986. Australia alega que Japón retiró la objeción bajo la presión de otros países, y, en particular, a la luz de la posibilidad de que le fueran impuestas sanciones económicas por parte de los Estados Unidos de América. Con posterioridad al retiro de la objeción, la moratoria entró en vigor para Japón con posterioridad a la temporada 1986-1987 de caza de ballenas. Japón comenzó el JARPA en la siguiente temporada. Como en el caso del JARPA II, el JARPA fue un programa para el cual Japón expidió permisos especiales de conformidad con el artículo VIII, parágrafo 1, de la Convención.

101. En posición de Australia, el JARPA fue concebido con el propósito de darle continuidad a la caza comercial de ballenas bajo la ‘fachada’ de la investigación científica. Australia señala varias declaraciones de autoridades japonesas efectuadas después de la adopción de la moratoria a la caza comercial de ballenas. Por ejemplo, en 1983, un funcionario japonés señaló que el objetivo del gobierno frente a la adopción de la moratoria a la caza comercial de ballenas era “asegurar que nuestra caza de ballenas pueda continuar de algún forma u otra”. En 1984, un grupo de estudio comisionado por el gobierno de Japón le recomendó llevar a cabo una caza científica de ballenas “con el propósito de continuar cazando ballenas en el océano Antártico”.

102. Japón rechaza la calificación que Australia ha efectuado de los factores que condujeron al establecimiento del JARPA y alega que Australia ha descontextualizado las declaraciones de las autoridades japonesas. Japón explica que el JARPA fue iniciado después de que ese Estado aceptara la moratoria a la caza comercial de ballenas porque “la justificación de la moratoria fue que la información sobre la población de ballenas era inadecuada para hacer frente a la caza comercial de ballenas de forma apropiada” y, por lo tanto, era “mejor comenzar con el programa de investigación tan pronto como fuera posible”.

103. El JARPA comenzó durante la temporada 1987-1988 y se extendió hasta la temporada 2004-2005, después de lo cual fue sucedido por el JARPA II dentro de la temporada 2005-2006. Japón explica que el JARPA fue lanzado “con el propósito de recolectar información científica que permitiera contribuir al ‘análisis’ y al ‘análisis comprensivo’ de la moratoria a la caza

comercial de ballenas, según fue contemplado en el párrafo 10e) del calendario. Se diseñó para ser un programa de investigación de 18 años, ‘después de lo cual se analizaría la necesidad de investigación adicional’.

104. El plan de investigación JARPA de 1987 describe el JARPA como, *inter alia*, “un programa para la investigación del pequeño rorcual del hemisferio sur y para la investigación preliminar del ecosistema marino en el Antártico”. Se “diseñó para estimar el tamaño de la población” de los pequeños rorcuales del hemisferio sur con el propósito de suministrar una “base científica para resolver los problemas que enfrentaba la CIB” en relación con las “posiciones divergentes frente a la moratoria”. Para esos fines, propuso un tamaño de muestras letales anuales de 825 pequeños rorcuales del Antártico y de 50 cachalotes, obtenidas de dos ‘áreas de ordenación’ en el océano Antártico. Posteriormente, la propuesta para la obtención de muestras de los cachalotes mediante métodos letales fue retirada del programa y se redujo a 300 el tamaño de las muestras de pequeños rorcuales del Antártico en las primeras siete temporadas del JARPA (1987-1988 a 1993-1994). Japón explica que la decisión de reducir el tamaño de la muestra de 825 a 300 derivó en la extensión del período del programa de investigación, lo cual hizo posible obtener resultados precisos con tamaños de muestras más pequeños. Teniendo su inicio en la temporada 1995-1996, el tamaño anual máximo de la muestra del pequeño rorcual del Antártico se incrementó a 400, más o menos el 10%. Más de 6.700 pequeños rorcuales del Antártico fueron asesinados en el curso de los 18 años de historia del JARPA.

105. En enero de 2005, durante la temporada final del JARPA, Japón, de manera independiente, concertó una reunión por fuera de los auspicios de la CIB, con el propósito de revisar la evidencia e información entonces disponible, así como los resultados del programa. En diciembre de 2006, el comité científico sostuvo un taller de ‘revisión final’ para analizar la totalidad de la información y resultados obtenidos por el JARPA y evaluar la medida en que el JARPA había cumplido o progresado en el cumplimiento de sus objetivos propuestos; se emitieron varias recomendaciones para el análisis y estudio ulterior de los datos recolectados bajo el JARPA. En marzo de 2005, Japón presentó ante la CIB su plan de investigación para el JARPA II, y lanzó el JARPA II en noviembre de 2005, después de una reunión concertada por Japón en enero de 2005, pero antes de la revisión final del JARPA por parte del comité científico, la cual estaba agendada para diciembre de 2006.

106. Australia describe el ‘objetivo primario’ del JARPA como la estimación de la tasa natural de mortalidad del pequeño rorcual del Antártico (*i. e.*, la posibilidad de que una ballena muera por causas naturales en un año

determinado). Australia también sostiene que Japón pretendía recolectar los datos biológicos que consideraba relevantes para el nuevo procedimiento de ordenación (el ‘NPO’) —el modelo utilizado por la Comisión para regular la actividad de caza de ballenas al tiempo en que el JARPA fue lanzado—, pero abandonó ese enfoque inicial después de cinco años. Según lo sostiene Australia, el objetivo principal de estimar la mortalidad natural era “prácticamente inalcanzable” y la “irrelevancia” del JARPA fue confirmada en 1994 cuando la Comisión acordó reemplazar el NPO con otra herramienta de ordenación, el procedimiento revisado de ordenación (el ‘PRO’), el cual no requería el tipo de información que el JARPA obtenía a través de la obtención de muestras letales.

107. El PRO precisa de una breve explicación. Las partes concuerdan en que el PRO es una herramienta conservatoria y de precaución para la ordenación, y que, aunque su implementación no ha sido completada, continúa siendo el procedimiento de ordenación aplicable en la CBI. Australia mantiene que el PRO “superó las dificultades enfrentadas por el NPO” —el mecanismo que la Comisión había desarrollado previamente para fijar límites de capturas—, porque toma en cuenta la incertidumbre en estimaciones de abundancia y “no confía en parámetros biológicos que son difíciles de estimar”. Japón disputa esta caracterización del PRO y argumenta que la implementación requiere “una cantidad enorme de datos científicos” en cada paso. De esta forma, las partes están en desacuerdo sobre si los datos recolectados en el JARPA y JARPA II contribuyeron al PRO.

108. En relación con el JARPA, Australia indica que el comité científico fue incapaz de concluir, en el taller de revisión final que se llevó a cabo en 2006, que alguno de los objetivos establecidos en el JARPA se hubiera cumplido, incluyendo en esto la estimación precisa adecuada de la tasa de mortalidad. Japón sostiene que las recomendaciones efectuadas en el curso de la revisión final del JARPA conllevaron un análisis ulterior de los datos obtenidos en el JARPA y que en 2010 el comité científico aceptó un estimado de la tasa natural de mortalidad basado en esos datos. En general, las partes están en desacuerdo sobre si el JARPA hizo una contribución científica a la conservación y ordenación de las ballenas. La Corte no está llamada a abordar ese desacuerdo.

b) El JARPA II

109. En marzo de 2005, Japón presentó ante el comité científico un documento titulado “Plan para la segunda fase del Programa Japonés de

Investigación Ballenera con Permiso Especial en el Antártico (JARPA II) - Monitoreo del ecosistema antártico y desarrollo de nuevos objetivos de ordenación para los recursos balleneros” (en adelante, “Plan de investigación del JARPA II”). Con posterioridad a la revisión del “Plan de investigación del JARPA II”, en noviembre de 2005, Japón otorgó el primer grupo de permisos anuales para el JARPA II; después de esto, el JARPA II se volvió operacional. Como fue el caso bajo el JARPA, los permisos especiales conforme al JARPA II son emitidos por Japón a favor del Instituto de Investigación de Cetáceos del Japón, una fundación establecida en 1987 como una ‘corporación de utilidad pública’. La evidencia indica que el Instituto de Investigación de Cetáceos ha sido históricamente subsidiado por Japón y que Japón ejerce un rol de supervisión sobre las actividades del Instituto. Japón ha otorgado permisos especiales a ese instituto para el JARPA II para cada temporada desde 2005-2006.

110. El “Plan de investigación del JARPA II” describe los elementos fundamentales del diseño del programa: los objetivos de la investigación, el período y área de investigación, los métodos de investigación, el tamaño de las muestras y el efecto esperado en las poblaciones de ballenas. Como se discute a mayor profundidad más adelante, el programa contempla la toma de muestras letales de tres especies de ballenas, pequeños rorcuales del Antártico, rorcuales comunes y ballenas jorobadas (ver párrafo 123). Este fallo usa el término ‘pequeños rorcuales del Antártico’ y ‘pequeños rorcuales’ indistintamente.

111. Los pequeños rorcuales, los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas son todas ballenas barbadas o desdentadas, lo que significa que carecen de dientes; en vez de dientes, las ballenas utilizan placas de barba en sus bocas para filtrar su comida de las aguas del mar. Los pequeños rorcuales del Antártico se encuentran entre las ballenas más pequeñas: un adulto promedio tiene entre 10 y 11 metros de longitud, y pesa entre 8 y 10 toneladas. El rorcual común es la segunda especie más grande de ballenas (después de la ballena azul): un adulto promedio mide entre 25 y 26 metros de largo, y su masa corporal se encuentra entre las 60 y 80 toneladas. Las ballenas jorobadas son más grandes que los pequeños rorcuales, pero más pequeñas que los rorcuales comunes: los adultos tienen entre 14 y 17 metros de largo.

112. La Corte describirá ahora los elementos fundamentales del JARPA II, según fueron establecidos en el “Plan de investigación” y explicados ulteriormente por Japón en estos procedimientos.

(i) Objetivos de investigación

113. El “Plan de investigación del JARPA II” identifica cuatro objetivos de investigación: 1) monitoreo del ecosistema antártico; 2) modelación de la competencia entre especies de ballenas y objetivos futuros de ordenación; 3) elucidación de los cambios temporales y espaciales de la estructura poblacional; y 4) mejoramiento del procedimiento de ordenación para las poblaciones de pequeños rorcuales del Antártico.

114. *Objetivo 1.* El “Plan de investigación del JARPA II” señala que el JARPA II monitoreará los cambios en relación con la abundancia de ballenas y en los parámetros biológicos, densidad y abundancia de presas, y los efectos concomitantes en los cetáceos, y en el hábitat de los cetáceos en tres especies de ballenas –los pequeños rorcuales del Antártico, la ballena jorobada y los rorcuales comunes–, y que “los datos obtenidos serán indicadores de cambios en el ecosistema del Antártico”. El “Plan de investigación” resalta la importancia de la detección de cambios en la población de ballenas y en sus hábitats “tan pronto como sea posible” con el propósito de “predecir los efectos en la población y para suministrar la información necesaria para el desarrollo de las políticas de ordenación adecuadas”. Especialmente, el JARPA monitoreará “cambios en el reclutamiento, tasa de embarazos, edad de madurez y otros parámetros biológicos a través de estudios de muestras”, mientras que la ‘abundancia’ será monitoreada a través de ‘análisis de avistamiento’. El JARPA II también monitoreará el consumo de presas y los cambios en el grosor de grasa en el tiempo, así como la acumulación de contaminantes y los efectos de toxinas en los cetáceos.

115. *Objetivo 2.* El segundo objetivo se refiere a la “modelación de la competencia entre ballenas y los objetivos futuros de ordenación”. El “Plan de investigación del JARPA II” establece que “existe un fuerte indicio sobre competición entre las especies de ballenas en el área de investigación” y que, por lo tanto, el JARPA busca explorar “hipótesis relacionadas con la competición”. El “Plan de investigación del JARPA II” hace referencia a la “hipótesis del excedente de krill”. Según le fue presentado a la Corte, esta hipótesis refiere dos ideas interrelacionadas: primero, que la caza excesiva previa de ciertas especies de ballenas (incluidos los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas) generó un excedente de krill (una fuente de alimento compartido) para otros depredadores, incluyendo pequeños rorcuales más jóvenes, lo cual conllevó un incremento de la abundancia de esa especie; y, segundo, que la posterior recuperación de la población de ballenas jorobadas y rorcuales comunes (porque la captura comercial de esas especies fue

prohibida en 1963 y 1967, respectivamente) resultó en un incremento de la competencia por el krill entre las ballenas más grandes y los pequeños rorcuales. El “Plan de investigación del JARPA II” sugiere que las poblaciones de pequeños rorcuales del Antártico pueden reducirse como resultado de las condiciones actuales.

116. Japón explica que el “JARPA II... no pretende verificar la validez de la hipótesis del excedente de krill”, sino buscar “incorporar datos sobre otros animales/peces depredadores del krill con el propósito de desarrollar un ‘modelo de competencia entre especies de ballenas’ que pueda contribuir a explicar los cambios en los niveles de abundancia en diferentes especies de ballenas”. En la posición de Japón, la ‘hipótesis del excedente de krill’ solo es una de varias ideas (adición a otra que incluyen, por ejemplo, los efectos del cambio climático) que el JARPA II está diseñado para explorar, en conexión con la construcción de ‘un modelo ecosistémico’ para el Antártico. Adicionalmente, el “Plan de investigación del JARPA II” explica que ese modelo puede contribuir a establecer ‘nuevos objetivos de ordenación’ para la CBI, como puede ser el de encontrar vías para acelerar la recuperación de las ballenas azules y rorcuales comunes, y examinará “los posibles efectos de la reanudación de la caza comercial de ballenas en el número relativo de las varias especies y poblaciones”. El Sr. Mangel, el experto presentado por Australia, se refirió a la ‘hipótesis del excedente de krill’ como la “única hipótesis claramente identificable” en el JARPA II.

117. *Objetivo 3.* El tercer objetivo concierne a la estructura de la población. En relación con el rorcual común, el objetivo del programa es comparar la estructura de la población actual con la información histórica sobre esa especie. En relación con la ballena jorobada y el pequeño rorcual antártico, el plan describe la necesidad de “investigar los cambios en los límites de la población” anualmente.

118. *Objetivo 4.* El cuarto objetivo concierne al procedimiento de ordenación para las poblaciones de pequeños rorcuales del Antártico y se basa en los otros tres objetivos. El “Plan de investigación del JARPA II” señala que el primer objetivo proporcionará información sobre parámetros biológicos “necesarios para la ordenación de las poblaciones de manera más eficiente bajo un PRO modificado”; el segundo “conllevará a examinar un modelo de ordenación entre múltiples especies para el futuro”; y el tercero “suministrará información para el establecimiento de áreas de ordenación en el océano Antártico”. De conformidad con el “Plan de investigación”, la información relativa a los “efectos derivados de una relación ‘interespecies’ entre las especies de ballenas” podría demostrar que la determinación de la cuota de

captura para los pequeños rorcuales antárticos podría ser demasiado baja, demostrando incluso que su establecimiento en cero es innecesario. Como se anotó arriba (ver párrafo 107), las partes están en desacuerdo sobre el tipo de información necesaria para implementar el PRO.

(ii) Período de investigación y área

119. Japón explica que el JARPA II es “un programa de investigación de larga duración y no dispone de una fecha específica de terminación porque su objetivo primario (*i. e.*, el monitoreo del sistema antártico) requiere un programa continuo de investigación”. El JARPA II está estructurado en fases de seis años. Después de cada fase de seis años, se realizará una revisión para considerar la modificación del programa. La primera de esas fases de seis años se completó después de la temporada 2010-2011. Después de algún retraso, la primera revisión periódica del JARPA II por parte del comité científico está agendada para tener lugar en 2014.

120. El “Plan de investigación del JARPA II” opera en un área que está localizada en el Santuario Ballenero Austral establecido en el párrafo 7b) del anexo de la Convención.

(iii) Métodos de investigación y tamaño de la muestra

121. El “Plan de investigación” indica que el JARPA II está diseñado para usar una combinación de métodos letales y no letales para lograr los objetivos de investigación, siendo este un punto puesto de presente por Japón en estos procedimientos.

122. Japón señala que el muestreo letal es ‘indispensable’ para los dos primeros objetivos del JARPA II, relativos al monitoreo del ecosistema y la modelación de la competencia entre múltiples especies. El “Plan de investigación del JARPA II” explica que el tercer objetivo se fundamentará en ‘marcadores genéticos y biológicos’ tomados de las ballenas sobre las cuales se han realizado muestreos letales, en conexión con los dos primeros objetivos, así como en métodos no letales, como, por ejemplo, muestras de biopsia tomadas de ballenas azules, de rorcuales comunes y ballenas jorobadas.

123. El “Plan de investigación” prevé que en cada temporada el tamaño de las muestras para los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas será de 50 y que el tamaño de la muestra para los pequeños rorcuales antárticos será de 850, más o menos el 10% (*i. e.*, un máximo de 935 por temporada).

Estos tamaños de muestra serán analizados en mayor detalle más abajo (ver párrafos 157-198).

124. En relación con los métodos no letales, el “Plan de investigación del JARPA II” describe el uso propuesto de muestreo mediante biopsias y marcado satelital en adición a los análisis por avistamiento. Según Japón, en la medida en que sea practicable, se hace un uso extensivo de los métodos no letales para obtener datos e información.

125. En relación con la operación del JARPA II, Japón explica que los buques del programa siguen “líneas de ruta científicamente determinadas”, aplicables también a áreas “donde la densidad de las especies seleccionadas es baja”, con el propósito de obtener una distribución apropiada de muestras y observaciones. Las ballenas de las especies seleccionadas son capturadas si son encontradas dentro de las tres millas náuticas de las líneas de ruta pre-determinadas que siguen los buques del JARPA II. Si se encuentra un ballena en solitario, esta será capturada; si se encuentra un grupo de ballenas, dos ballenas se tomarán de forma aleatoria.

(iv) Efectos en las poblaciones de ballenas

126. El “Plan de investigación del JARPA II” establece las bases que fundamentan la conclusión de Japón, según la cual el tamaño de las muestras letales que se describieron más arriba están diseñadas para evitar generar un efecto adverso en las poblaciones de ballenas seleccionadas. El “Plan de investigación” señala que, con fundamento en los estimativos actuales de abundancia, las muestras tomadas de cada especie son demasiado pequeñas para generar efectos negativos. Japón también explica que, para analizar los efectos del tamaño de las muestras seleccionadas en las especies, el “Plan de investigación del JARPA II” utiliza estimativos conservadores sobre la abundancia de los pequeños rorcuales del Antártico.

B. La cuestión de si el diseño e implementación del JARPA II son razonables en relación con el logro de los objetivos de investigación previstos por el programa

127. La Corte observa que el “Plan de investigación del JARPA II” describe áreas de análisis que corresponden con los cuatro objetivos de investigación y presenta un programa de actividades que involucra la recolección sistemática y análisis de datos por parte de personal científico. Los objetivos de investigación se encuentran dentro de las categorías de investigación

identificadas por el comité científico en los anexos Y y P (ver párrafo 58 arriba). Basada en la información ante ella, la Corte encuentra entonces que las actividades bajo el JARPA II que involucraron el muestreo letal de ballenas pueden calificarse de manera amplia como ‘investigación científica’. Por lo tanto, no existe necesidad, en este contexto del caso, de examinar de manera general el concepto de ‘investigación científica’. En concordancia, el examen de la evidencia por parte de la Corte en relación con el JARPA II se enfocará en determinar si la matanza, la captura y el tratamiento de las ballenas en cumplimiento del JARPA es *con fines de investigación científica* y, entonces, puede ser autorizada mediante permisos especiales otorgados de conformidad con el artículo VIII, párrafo 1, de la Convención. Para este fin y a la luz del estándar aplicable de revisión (ver párrafo 67 arriba), la Corte examinará si el diseño e implementación del JARPA II son razonables en relación con el logro de los objetivos de investigación establecidos por el programa, tomando en consideración los elementos identificados más arriba (párrafo 88).

a) La decisión de Japón en relación con el uso de métodos letales

128. Los métodos letales son centrales en el diseño del JARPA II. Sin embargo, debe hacerse notar que las partes están en desacuerdo sobre las razones para ello.

129. Japón señala que no utiliza métodos letales más allá de lo que considera necesario para alcanzar los objetivos de investigación y que los métodos letales son ‘indispensables’ en el JARPA II, porque los dos primeros objetivos del programa requieren datos que solo pueden obtenerse de forma realista de órganos internos y de contenidos estomacales. Japón acepta que las biopsias no letales y el marcado satelital han sido utilizados para especies de ballena de gran tamaño, pero indica que esos métodos no son practicables en los pequeños rorcuales. Japón también indica que, aunque ciertos datos relevantes pueden ser obtenidos mediante medios no letales, esos datos serían de una calidad y confiabilidad menor, y, en algunos casos, involucrarían cantidades ‘irrealistas’ de tiempo y costos.

130. En contraste, Australia sostiene que Japón “se ha comprometido de manera inflexible a los métodos letales” y que el “JARPA II está fundamentado en la matanza de ballenas”. Según Australia, el JARPA II, como el JARPA antes de aquel, es “solamente una fachada” bajo la cual se continúa con la caza comercial de ballenas. Uno de los expertos llamados por Australia, el Sr. Mangel, señaló que el JARPA II “simplemente señala pero no demuestra que el muestreo letal es requerido”. Australia además alega que una variedad de

métodos no letales de investigación, incluyendo el seguimiento satelital, el muestreo de biopsias y el análisis mediante avistamiento, constituyen formas más efectivas para recolectar información para la investigación de ballenas y que la tecnología disponible ha mejorado dramáticamente en el último cuarto de siglo desde que el JARPA fuera lanzado.

131. Según se anotó previamente, Australia no disputa el uso de métodos letales de investigación *per se*. Australia acepta que pueden existir situaciones en las cuales los objetivos de investigación pueden, de hecho, requerir métodos letales, posición adoptada también por los dos expertos que ella llamó. Sin embargo, sostiene que los métodos letales deben ser usados en programas de investigación bajo el artículo VIII únicamente cuando “no exista otro medio disponible” y el uso de métodos letales es, por lo tanto, “esencial” a los objetivos establecidos por el programa.

132. En apoyo a sus alegatos respectivos en relación con el uso de métodos letales en el JARPA II, las partes abordan tres puntos: primero, la cuestión de si los métodos no letales son viables como medios para obtener datos relevantes para los propósitos de investigación del JARPA II; segundo, la cuestión de si los datos que el JARPA II recolecta a través de métodos letales son confiables o valiosos; y tercero, la cuestión de si, antes de implementar el JARPA II, Japón consideró la posibilidad de realizar un uso más extensivo de los métodos no letales. La Corte analiza cada punto.

133. La Corte nota que las partes acuerdan que los métodos no letales no son medios viables para examinar los órganos internos y los contenidos estomacales. La Corte, por lo tanto, considera que la evidencia demuestra que, al menos en relación con algunos de los datos perseguidos por los investigadores del JARPA II, los métodos no letales no son viables.

134. Pasando al punto de la confiabilidad y valor de los datos recolectados en el JARPA II, la Corte escuchó evidencia contradictoria. Por ejemplo, los expertos convocados por Australia cuestionaron la confiabilidad de los datos de edad obtenidos a partir de tapones de cera de los oídos y el valor científico del examen del contenido estomacal, dado el conocimiento preexistente de la dieta de las especies seleccionadas. Los expertos convocados por Japón disputaron los alegatos de Australia en relación con la confiabilidad y el valor de los datos recolectados en el JARPA II. Este desacuerdo parece consistir en un asunto de opinión científica.

135. Tomando en consideración la evidencia que indica que los métodos no letales alternativos no son viables, o al menos no lo son para la recolección de ciertos datos, y dado que el valor y confiabilidad de esos datos son un asunto de opinión científica, la Corte no encuentra fundamento para

concluir que el uso de métodos letales es *per se* irrazonable en el contexto del JARPA II. En su lugar, es necesario observar con mayor detenimiento los detalles de las decisiones de Japón en relación con el uso de métodos letales en el JARPA II, aspecto discutido más abajo, y la escala de su uso en el programa, sobre lo cual la Corte volverá en el párrafo 145.

136. La Corte examina un tercer aspecto del uso de métodos letales en el JARPA II, que es el alcance en el que Japón ha considerado si los objetivos establecidos en el JARPA II podrían ser alcanzados haciendo un mayor uso de métodos no letales, en vez de mediante el muestreo letal. La Corte recuerda que el “Plan de investigación del JARPA II” establece tamaños de muestras de 850 pequeños rorcuales (más o menos el 10%), 50 rorcuales comunes y 50 ballenas jorobadas (ver párrafo 123 arriba), en comparación con un tamaño de muestreo letal de 400 pequeños rorcuales (más o menos 10%) y ninguna ballena de otra especie (ver párrafo 104 arriba).

137. Según se indicó previamente, el hecho de que un programa use métodos letales, a pesar de la disponibilidad de alternativas no letales, no significa que un permiso especial otorgado por ese programa necesariamente queda por fuera del artículo VIII, párrafo 1 (ver párrafo 83). Existen, sin embargo, tres razones por las cuales el programa de investigación del JARPA II debió haber incluido algún análisis sobre la viabilidad de los métodos no letales como medios para reducir la escala planeada de muestreo letal en el nuevo programa. Primero, las resoluciones y directrices de la CBI llaman a los Estados parte a analizar si los objetivos de investigación pueden lograrse mediante el uso de métodos no letales. Japón ha aceptado que se encuentra bajo la obligación de prestar la atención debida a esas recomendaciones. Segundo, como se anotó arriba (ver párrafos 80 y 120), Japón señala que, por razones de política científica, “no... usa medios letales más allá de lo que considera necesario” y que las alternativas no letales no son prácticas ni viables en todos los casos. Esto implica la realización de algún tipo de análisis para determinar que el muestreo letal no se está utilizando en una medida mayor que la necesaria en relación con el logro de los objetivos de investigación establecidos del programa. Tercero, los tres expertos convocados por Australia refirieron los avances significativos en un gran rango de técnicas de investigación no letales en los últimos 20 años, y describieron algunos de esos desarrollos y su aplicación potencial en relación con los objetivos establecidos en el JARPA II. Parece lógico pensar que una propuesta de investigación que contempla de manera extensiva el muestreo letal necesitaría analizar la potencial aplicabilidad de estos avances en relación con el diseño del programa.

138. La Corte no escuchó directamente a los científicos japoneses involucrados en el diseño del JARPA II. Durante los procedimientos orales, sin embargo, un miembro de la Corte preguntó a Japón qué análisis había llevado a cabo para determinar la viabilidad de los métodos no letales antes de establecer los tamaños de las muestras para cada año del JARPA II, y qué significación, si es que hay alguna, tal análisis había tenido en los tamaños de muestras seleccionados. En respuesta, Japón refirió dos documentos: 1) anexo H a la revisión interina del JARPA por parte del comité científico y 2) un documento no publicado que Japón presentó ante el comité científico en 2007.

139. El primero de estos documentos no es un análisis del JARPA II y no es un estudio realizado por Japón. Se trata de un resumen de una página del comité científico que contiene perspectivas opuestas dentro del comité sobre la necesidad de utilizar métodos letales para la recolección de información en relación con la estructura de la población. Japón señaló que este documento “formó la base de la sección IX del ‘Plan de investigación del JARPA II’”. La sección IX, titulada “Necesidad de los métodos letales”, comprende dos párrafos cortos que no contienen referencias a estudios de viabilidad por parte de Japón o ninguna otra consideración por parte de Japón sobre desarrollos en materia de métodos de investigación no letales desde la revisión en 1997 del JARPA. Japón no identificó ningún otro análisis que fuera incluido en, o fuera contemporáneo con el “Plan de investigación del JARPA II”.

140. El documento de 2007 al que Japón hace referencia discute la necesidad de los métodos letales en el JARPA, no en el JARPA II. El documento señala, en formato de resumen, las conclusiones del autor sobre por qué ciertos parámetros biológicos (listados en relación con objetivos particulares del JARPA) requerían (o no requerían) muestreo letal, sin ningún análisis y sin ninguna referencia a los objetivos del JARPA II.

141. De esta forma, no existe evidencia sobre estudios de viabilidad o posibilidad práctica de utilizar métodos no letales, ni en el establecimiento de los tamaños de las muestras en el JARPA II ni en los años posteriores en los cuales el programa ha mantenido los mismos tamaños de muestras. No existe evidencia de que Japón haya examinado si sería viable combinar una muestra letal más pequeña (en particular, de pequeños rorcuales) con muestras no letales incrementadas, como un medio para alcanzar los objetivos de investigación del JARPA II. La ausencia de alguna evidencia que apunte a consideraciones de viabilidad de los métodos no letales no fue explicada.

142. Las decisiones sobre el uso de métodos letales en el JARPA II deben ser evaluadas a la luz de la conclusión previa de la Corte, según la cual un programa con propósito de investigación científica no puede utilizar

métodos letales a una escala más grande de la que es razonable en relación con el logro de los objetivos establecidos con el propósito de financiamiento de esa investigación (ver párrafo 94 arriba).

143. El documento de 2007 sobre el que Japón llamó la atención (ver párrafos 138 y 140 arriba) señala que los objetivos de investigación del JARPA, que requieren examinar los órganos internos y un gran número de muestras, significa que los métodos no letales eran “imprácticos, inefectivos en términos de sus costos y prohibidamente costosos”. También manifiesta que “la investigación de ballenas es costosa y, por lo tanto, los métodos letales con los que se pueden recuperar los costos de la investigación [son] más deseables”. No se incluye ningún análisis en apoyo a estas conclusiones. No existe explicación de los costos relativos de ningún método o una comparación de cómo los costos del muestreo letal, según fueron realizados en el JARPA (o bajo el JARPA II, que para el 2007 ya era operacional), pueden ser medidos contra el costo de un programa de investigación que utiliza de forma más extensiva alternativas no letales.

144. La Corte concluye que el documento sobre el que Japón llamó su atención revela poco análisis sobre la viabilidad de la utilización de métodos no letales para alcanzar los objetivos de investigación del JARPA II. Tampoco apunta a consideraciones sobre la posibilidad de realizar un uso más extensivo de métodos no letales con el objetivo de reducir o eliminar la necesidad del muestreo letal, ya sea cuando el JARPA II fue propuesto o en los años siguientes. Dado el uso expandido de métodos letales en el JARPA II, comparado con el JARPA, esto es difícil de reconciliar con la obligación de Japón de brindar la atención debida a las resoluciones y directrices de la CBI y su manifestación, según la cual el JARPA II utiliza métodos letales solo en la medida necesaria para alcanzar sus objetivos científicos. En adición, el documento de 2007 al cual Japón se refiere sugiere una preferencia por el muestreo letal porque provee una fuente de financiamiento para compensar los costos de la investigación.

b) La escala de uso de los métodos letales en el JARPA II

145. La escala de métodos letales utilizada en el JARPA II es determinada por el tamaño de las muestras, esto es, el número de ballenas de cada especie que deben ser asesinadas cada año. Las partes suministraron evidencia extensa sobre este tema, basándose en particular en el “Plan de investigación del JARPA II”, las acciones adoptadas bajo este durante su implementación y la opinión de los expertos que cada parte llamó.

146. Tomando en consideración los argumentos de las partes, así como la evidencia presentada, la Corte comenzará por comparar los tamaños de muestra del JARPA II con los tamaños de muestra establecidos en el JARPA. Después describirá cómo los tamaños de muestra fueron determinados en el “Plan de investigación del JARPA II” y presentará la posición de las partes en relación con los tamaños de muestra establecidos para cada una de las tres especies. Finalmente, la Corte comparará los tamaños de muestra seleccionados en el “Plan de investigación del JARPA II” con los efectivamente tomados de cada especie durante el programa. Cada uno de estos aspectos de los tamaños de muestra seleccionados por el JARPA II fue objeto de una extensa argumentación por parte de Australia, a la que Japón respondió a su turno.

(i) Una comparación de los tamaños de muestra del JARPA II con los del JARPA

147. No le corresponde a la Corte determinar si el muestreo letal de ballenas bajo el JARPA fue “con fines de investigación científica” bajo el artículo VIII, párrafo 1, de la Convención. La Corte no saca ninguna conclusión sobre ningún aspecto del JARPA, ni siquiera sobre el tamaño de la muestra utilizado en ese programa. Sin embargo, la Corte nota que Japón ha realizado comparaciones entre el JARPA y el JARPA II al abordar este último programa y, en particular, los tamaños de muestra que fueron escogidos por el JARPA II.

148. Según se hizo notar arriba (ver párrafo 104), el JARPA originalmente propuso un tamaño de muestra anual de 825 pequeños rorcuales por temporada. Esto fue reducido a 300 al momento en que el JARPA fue lanzado, y después de unos años fue aumentado a 400 (más o menos el 10%). De esta forma, el tamaño de muestra del JARPA II para los pequeños rorcuales, 850 ballenas (más o menos el 10%), es aproximadamente el doble del tamaño de la muestra en los últimos años del JARPA. Como también se hizo notar arriba (ver párrafo 110), el JARPA II también establece tamaños de muestra para dos especiales adicionales –los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas–, los cuales no fueron seleccionados para el muestreo letal bajo el JARPA.

149. Para explicar el aumento en el tamaño de la muestra y la adición de tamaños de muestra para los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas en el JARPA II, Japón enfatiza que los objetivos de investigación del programa son “diferentes y más sofisticados” que los del JARPA. Japón también señala que el surgimiento de “una creciente preocupación por el cambio climático, incluyendo el calentamiento global, necesitaba un tipo de investigación de la caza de ballenas diferente al del JARPA”. En particular, Japón argumenta que el

“JARPA se enfocó en una estimación, realizada una sola vez, de los diferentes parámetros biológicos aplicables a los pequeños rorcuales, mientras que el JARPA II constituye un programa mucho más ambicioso que intenta modelar la competencia entre las especies de ballena y detectar cambios en varios parámetros biológicos y en el ecosistema”. Según lo señala Japón, es sobre esta base que los ‘nuevos objetivos’ del JARPA II –“notablemente la investigación sobre los ecosistemas” – ordenan el establecimiento de tamaños de muestra mayores para los pequeños rorcuales y la adición de tamaños de muestras seleccionados para pequeños rorcuales y ballenas jorobadas.

150. En atención al énfasis de Japón en los nuevos objetivos del JARPA II –en particular la investigación del ecosistema y la construcción de un modelo de competencia entre múltiples especies– para explicar el incremento en el tamaño de la muestra del JARPA II en los pequeños rorcuales, así como la adición de dos nuevas especies, la comparación entre el JARPA y el JARPA II merece una atención cercana.

151. Desde un inicio, la Corte observa que una comparación de los dos planes de investigación revela que existe más una convergencia considerable entre los sujetos, objetivos y métodos de los dos programas, que una disimilitud. Por ejemplo, la propuesta de investigación para los dos programas describe la investigación como ampliamente dirigida a elucidar el rol de los pequeños rorcuales en el ecosistema antártico. Uno de los expertos convocados por Australia, Sr. Mangel, señaló que el JARPA II “enfoca la recolección de datos casi de manera exclusiva en los pequeños rorcuales”, lo cual, la Corte hace notar, es también cierto en relación con el JARPA. Específicamente, los dos programas están enfocados en la recolección de datos a través de muestreo letal con el propósito de monitorear varios parámetros biológicos en los pequeños rorcuales, incluyendo, en particular, datos relevantes para establecer tendencias en la población, así como también datos relacionados con la alimentación y nutrición (que involucran un examen de los contenidos estomacales y el grosor de la grasa). El JARPA incluye tanto un estudio de las estructuras de las poblaciones para mejorar su ordenación y la investigación de los efectos del cambio medioambiental en las ballenas (objetivos que no se incluyen en la propuesta original de investigación para el JARPA, pero que fueron agregados posteriormente); el JARPA II también incluye el estudio de estas cuestiones.

152. La Corte nota que Japón señala que “los ítems y métodos de investigación” del JARPA II son “básicamente los mismos a los empleados en el JARPA”, razón por la cual “la explicación sobre la necesidad del muestreo letal en el JARPA también aplica al JARPA II”. Australia señala que “en la práctica

Japón recolecta los mismos datos” bajo el JARPA II “que bajo el JARPA”. Japón también indica de manera general que ambos programas “están diseñados para promover una ordenación apropiada y efectiva de las poblaciones de ballenas, así como su conservación y uso sostenible”.

153. Analizados conjuntamente, los objetivos generales de investigación del JARPA y el JARPA II, así como también los sujetos de estudio y los métodos utilizados (*i. e.*, el muestreo letal extensivo de pequeños rorcuales), parecen tener entonces mucho en común, incluso si difieren en algunos aspectos. Estas similitudes ponen en duda el argumento de Japón según el cual los objetivos del JARPA II en relación con el monitoreo del ecosistema y la competencia entre múltiples especies son características distintivas de este último programa que han requerido un incremento significativo del tamaño de la muestra en pequeños rorcuales y el muestreo letal en dos especies adicionales.

154. Existe otra razón para cuestionar si el incremento en el tamaño de la muestra de pequeños rorcuales en el “Plan de investigación del JARPA II” está soportado en las diferencias entre los dos programas. Según se hizo notar previamente, Japón lanzó el JARPA II sin esperar a los resultados de la revisión final del JARPA por parte del comité científico. La explicación de Japón a la Corte fue que “era importante mantener la consistencia y continuidad de los datos obtenidos en el área de investigación” y que suspender la iniciación del JARPA II hasta conocer de la revisión final del JARPA hubiera significado “que no se realizara estudio alguno en uno o dos años”. El “Plan de investigación del JARPA II” también señala que el monitoreo de la tendencia en la abundancia de ballenas y los parámetros biológicos están diseñados “para asegurar la continuidad con los datos recolectados en el JARPA”.

155. El énfasis en la importancia de la continuidad confirma la convergencia en el enfoque de los dos programas y, más aún, socava la confianza de Japón en los objetivos del JARPA II como explicación del incremento en el tamaño de las muestras en los pequeños rorcuales en el precitado programa. Por ejemplo, Japón no explica por qué no habría resultado suficiente limitar el muestreo letal durante la fase de ‘viabilidad’ del JARPA II (sus primeros dos años) a 440 pequeños rorcuales, esto es, el máximo número de los que fueron seleccionados durante la temporada final del JARPA. En su lugar, 853 pequeños rorcuales fueron capturados durante el primer año del JARPA II, además de diez rorcuales comunes. Esto también significó que el JARPA II comenzó utilizando el tamaño de muestra más alto para los pequeños rorcuales, y métodos de investigación similares (*e. g.*, el análisis de los tampones de oídos para determinar la edad y el examen del grosor de grasa

para analizar las condiciones de nutrición), sin haberse beneficiado de la re-
troalimentación como consecuencia de la revisión final del JARPA por parte
del comité científico.

156. Estas debilidades en la explicación de Japón para justificar su
decisión de proceder con los tamaños de muestra del JARPA II sin conocer la
revisión final del JARPA le dan soporte a la posición de que esos tamaños de
muestra y la fecha de lanzamiento del JARPA II no fueron motivados estric-
tamente por consideraciones de investigación científica. Estas debilidades
también le dan peso a la teoría contraria elaborada por Australia –que la
prioridad de Japón era mantener las operaciones de caza de ballenas sin nin-
guna pausa, tal y como lo había hecho previamente al dar inicio al JARPA en
el primer año, después de que la moratoria de caza de ballenas por motivos
comerciales había entrado en vigor–.

(ii) Determinación del tamaño de la muestra para cada especie en específico

157. Teniendo en mente las anteriores consideraciones en relación
con la explicación general de Japón sobre las diferencias entre los tamaños
de muestra en el JARPA y el JARPA II, la Corte pasa ahora a analizar la evidencia
sobre la forma en que Japón determinó los tamaños de muestra específicos
para cada una de las tres especies en el JARPA II.

158. Como un asunto general, Australia señala que Japón ha fallado
en proveer “un razonamiento científico coherente” para justificar los tama-
ños de muestra en el JARPA II. Uno de los expertos llamados por Australia,
Sr. Mangel, tomó la consideración de que “[e]s muy difícil entender las
bases estadísticas para establecer el nivel de la muestra letal” en el JARPA II.
Él se enfocó en concreto en la determinación de los tamaños de muestra
específicos que se habrían requerido para estudiar diferentes parámetros, y
señaló que “se selecciona un rango y se escoge un número determinado sin
ninguna explicación para ese número”. En consideración de Australia, el
plan de investigación de Australia no logra proporcionar un razonamiento
adecuado para las escogencias efectuadas y emplea metodologías inconsis-
tentes. En esencia, el alegato de Australia es que Japón decidió que deseaba
tomar aproximadamente 850 pequeños rorcuales para fines diferentes a la
investigación científica y después ‘readaptó’ tamaños de muestras individua-
les para justificar el tamaño en conjunto de la muestra.

159. Japón alega que, contrario a la caracterización que Australia hace
del programa, los tamaños de muestra del JARPA II “fueron calculados sobre

la base de una selección cuidadosa de parámetros, usando una fórmula científica estándar, al tiempo que también tomó en consideración los potenciales efectos de la investigación en las poblaciones de ballenas”. Japón también argumenta que los tamaños de muestra se basan en “normas utilizadas por el comité científico”, el cual nunca ha expresado “ninguna preocupación acerca del tamaño de la muestra del JARPA II”.

El experto presentado por Japón, Sr. Walløe, también abordó el establecimiento de los tamaños de muestra en el JARPA II. El señaló que “los científicos japoneses no siempre han proporcionado explicaciones completamente transparentes y claras sobre cómo fueron calculados y determinados los tamaños de muestra”. Sin embargo, indicó que “el tamaño de la muestra del pequeño rorcual parece ser de ‘la magnitud correcta’ sobre la base de sus propios cálculos” (los cuales no fueron entregados a la Corte). Adicionalmente, el profesor Walløe expresó su impresión de que los tamaños de muestra del JARPA II habían sido “influenciados por consideraciones de financiación”, aunque estimó que esto no era objetable.

160. Con fundamento en los argumentos de Japón y la evidencia presentada por este, incluyendo, en particular, el “Plan de investigación del JARPA II”, la Corte discierne cinco pasos para este proceso de determinación del tamaño de la muestra.

161. El primer paso consiste en identificar los tipos de información que son relevantes para los objetivos más amplios de la investigación. Japón se refiere a estos como ‘ítems de investigación’. Por ejemplo, los ítems de investigación de interés en el JARPA II incluyen la tasa de maternidad, la edad a la que las ballenas alcanzan la madurez sexual y los patrones de alimentación.

162. El segundo paso consiste en identificar medios para obtener los datos que son relevantes para un determinado ítem de investigación. Por ejemplo, Japón sostiene que es necesario recolectar u obtener tapones de cera en los oídos de las ballenas para determinar la edad, los contenidos estomacales pueden ser examinados para evaluar los hábitos alimenticios y la medida del grosor de la grasa es un medio para estudiar cambios en las condiciones de las presas (*i. e.*, la disponibilidad de krill como una fuente de alimento).

163. Después de haber determinado que una cierta información relevante para un ítem de investigación debe ser obtenida mediante muestreo letal, el tercer paso es establecer cuántas ballenas son necesarias para obtener un número suficientemente grande de muestras para detectar cambios relevantes para el ítem de investigación en cuestión. Para varios ítems de investigación, la determinación de este número toma en consideración por lo menos tres variables: (i) el nivel de precisión pretendida; (ii) el cambio que

será medido; y (iii) el período de investigación (*i. e.*, el tiempo en el cual un cambio debe ser detectado). Esto significa que el número de ballenas que se necesitan en cada ítem de investigación depende, por ejemplo, de qué tan preciso se requiere que el resultado sea, de si el cambio que será medido es grande o pequeño, y del período en el que uno pretende detectar ese cambio.

164. Para un ítem de investigación dado, se usa una ecuación estándar para realizar un cálculo que demuestre el efecto que las diferencias en estas variables podrían tener en el tamaño de la muestra. Australia no disputó el uso de esa ecuación por parte de Japón.

165. Para ilustrar el tercer paso, la Corte llama la atención a un ejemplo del “Plan de investigación del JARPA II” que demuestra cómo los investigadores abordaron la selección del tamaño de la muestra para un ítem de investigación en particular: el cambio en la proporción de pequeños rorcuales gestantes en la población de hembras maduras. La tabla relevante del “Plan de investigación”, que aparece como tabla 2 al apéndice 6 (“Tamaños de muestras de pequeños rorcuales antárticos, rorcuales comunes y jorobadas requeridas para examen estadístico de las tendencias anuales en los parámetros biológicos) de ese documento se reproduce abajo. La columna más hacia la izquierda revela que los investigadores del JARPA II consideraron el uso de un período de investigación de 6 o 12 años, y la segunda columna demuestra que los investigadores consideraron usar cualquiera de dos estimativos de un ‘rango inicial’ (*i. e.*, si la proporción de pequeños rorcuales gestantes dentro de la población de hembras maduras al inicio de la investigación era de entre 80 o 90%). Después, los investigadores calcularon cuántas ballenas se requerirían—dependiendo del período de investigación y el ‘rango inicial’ estimado— para detectar diferentes rangos de cambio en la proporción de pequeños rorcuales gestantes (expuesto en porcentajes en la fila superior de la tabla). La tabla se muestra abajo:

Tabla 2. **Tamaño de muestra total de pequeños rorcuales antárticos requerida para el examen estadístico de la tendencia anual** [en la proporción de pequeños rorcuales gestantes en la población de hembras maduras]

Período de investigación	Rango inicial	Rango de cambios									
		+1%	-1%	+1,5	-1,5%	+2%	-2%	+2,5%	-2,5%	+3%	-3%
6 años	80%	2.022	2.544	984	1.089	618	591	462	369	402	249
	90%	912	1.617	609	663	-	348	-	210	-	138
12 años	80%	189	312	129	132	-	72	-	45	-	30
	90%	-	213	-	87	-	45	-	27	-	18

Fuente: contramemoria de Japón, Vol. IV. Ann. 150, App. 6.

166. Esta tabla ilustra cómo la selección de un valor particular para cada variable afecta el tamaño de la muestra. Por ejemplo, la decisión de usar un particular período de investigación tiene un efecto pronunciado en el tamaño de la muestra. Con el objetivo de detectar el rango de cambio de menos 1,5% y asumiendo un rango inicial del 90% (que fueron los criterios finalmente escogidos por los investigadores del JARPA II), un período de seis años requiere una tamaño de muestra anual de 663 ballenas, mientras que un período de doce años requiere una tamaño de muestra anual de 87 ballenas. La tabla también ilustra que pequeñas diferencias en el rango de cambio que será detectado puede tener efectos considerables en el tamaño de la muestra. Por ejemplo, con el propósito de detectar un cambio de menos 1% en un período de seis años (asumiendo un rango inicial del 90%), el tamaño anual requerido de la muestra es de 1.617 ballenas. Para detectar un cambio de menos 2% bajo las mismas circunstancias, el tamaño anual requerido de la muestra es de 348 ballenas.

167. El cuarto paso es la selección de un tamaño de muestra determinado para cada ítem de investigación dentro del rango de tamaños de muestra que se han calculado dependiendo de las decisiones subyacentes, relativas al nivel de precisión, rango de cambio y período de investigación. Con respecto al ejemplo de arriba, los investigadores del JARPA II recomendaron un tamaño de muestra en el rango de entre 663 y 1.617 ballenas con el propósito de detectar un rango de cambio de entre menos 1 y menos 1,5% dentro de un período de seis años.

168. Con base en la evidencia presentada por Japón, después de que los investigadores del JARPA II seleccionan un determinado tamaño de muestra para cada ítem de investigación, el quinto y final paso en el cálculo del tamaño de la muestra es escoger un tamaño total de muestra requerido para los diferentes aspectos del estudio, a la luz de los diferentes tamaños de muestras (o rangos de tamaño de muestra, como en el ejemplo de arriba). Dado que diferentes ítems de investigación precisan de tamaños diferentes de muestra, es necesario seleccionar un tamaño total de muestra para cada especie que tome en consideración los diferentes requerimientos de investigación.

169. Por ejemplo, Japón alega que, para determinar el tamaño general de la muestra para las pequeñas rorcuales antárticos en el JARPA II, observó los posibles rangos de tamaño de muestras para cada ítem de investigación y seleccionó el tamaño de muestra de 850 (más o menos el 10%) porque ese número de ballenas puede proporcionar datos precisos en la mayoría de los

ítems con un “nivel razonable de precisión estadística general”, pero “no causará daño alguno a la población”.

170. Es importar clarificar qué pasos dentro del proceso antes descrito dan lugar a un desacuerdo entre la partes, con el propósito de concentrar la atención sobre las razones que explican los argumentos detallados de las partes en relación con los tamaños de muestra. Como se discutió arriba, existe desacuerdo sobre si los métodos letales están permitidos y si la información que se obtiene a través del uso de medios letales es confiable y de valor (el primer y segundo paso), pero ese desacuerdo se aborda en otro acápite de este fallo (ver párrafos 128-144). Los procedimientos revelan algunos aspectos de acuerdo metodológico en relación con el tercer paso. Por ejemplo, no están en disputa la ecuación y los cálculos usados para crear tablas como la que se mostró arriba. También existe acuerdo en que los investigadores necesitan tomar decisiones sobre variables como el rango y el cambio que será detectado, o como la extensión del período de investigación como parte del diseño de un programa científico.

171. Para los propósitos actuales, la diferencia crítica entre las partes surge en el cuarto y quinto paso del proceso de establecimiento de los tamaños de muestra. Estas diferencias se reflejan en los argumentos que las partes resumieron más arriba (ver párrafos 157-159).

172. Al considerar los alegatos de las partes, la Corte reitera que no persigue emitir un fallo de mérito científico sobre los objetivos del JARPA II y que las actividades del JARPA II pueden caracterizarse de forma general como de ‘investigación científica’ (ver párrafos 88 y 127). Con respecto al establecimiento de los tamaños de muestra, la Corte no está tampoco en la posición de concluir si un valor particular de una variable dada (*e. g.*, el período de investigación o el rango de cambio por detectar) dispone de ventajas científicas sobre otro. En su lugar, lo que la Corte persigue aquí es evaluar si la evidencia soporta la conclusión de que los tamaños de muestra son razonables en relación con el logro de los objetivos establecidos en el JARPA II.

173. La Corte comienza por considerar la forma en que Japón estableció los tamaños de muestras seleccionados para los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas.

1) Rorcuales comunes y ballenas jorobadas

174. Para las ballenas rorcuales comunes y jorobadas, el tamaño de la muestra letal anual es de 50 especímenes. El “Plan de investigación del JARPA II” señala que las mismas condiciones y criterios fueron usados para

establecer los tamaños de muestra de las dos especies. Por esta razón, la Corte los considerará de manera conjunta.

175. Los tamaños de muestras para las dos especies fueron calculados sobre la base de dos ‘ítems de investigación’: tasa aparente de embarazo y edad de madurez sexual. El “Plan de investigación del JARPA II” describe estos ítems de investigación, que, de acuerdo con Japón, involucran el examen de tapones de cera de los oídos y los órganos reproductivos, como esenciales para los objetivos del programa. El “Plan de investigación” no indica la razón para usar solo dos parámetros para establecer los tamaños de las muestras para estas dos especies, en comparación con el más amplio número de parámetros utilizados para calcular el tamaño de muestra de pequeños rorcuales (ver párrafo 182 abajo). Sin embargo, como fue anotado arriba (ver párrafos 165-166), una revisión del “Plan de investigación del JARPA II” establece que las decisiones relativas, por ejemplo, al rango particular de cambio por detectar, entre otras variables relevantes, tienen un impacto pronunciado en el tamaño de la muestra resultante.

176. Aunque el “Plan de investigación del JARPA II” establece posibles tamaños de muestra para los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas, los cuales contemplan períodos de 6 y 12 años, el plan explica que los investigadores escogieron usar el período de doce años para las dos especies. El plan señala que un período de seis años sería “preferible dado que los programas de investigación serán revisados cada seis años”, pero requerirían tamaños de muestras “más grandes”. El “Plan de investigación del JARPA II” señala que un período de doce años fue escogido con un ‘enfoque de precaución’. En los procedimientos orales, Japón ofreció una razón adicional para escoger el período de doce años: que un período más corto es innecesario para estas dos especies, porque la implementación de un PRO para los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas no está aún bajo consideración.

177. La Corte no necesita decidir si un período de investigación particular, valorado de forma aislada, es más o menos apropiado para una especie dada de ballenas. Sin embargo, la selección de un período de doce años para 2 o 3 especies debe ser considerada a la luz de otros aspectos del diseño del JARPA II, incluyendo la selección de un período de investigación de seis años para detectar varios cambios en relación con los pequeños rorcuales. En particular, Japón enfatiza la competencia entre múltiples especies y la investigación del ecosistema como explicaciones para el tamaño de muestra de pequeños rorcuales (850), así como también como explicación para incluir a los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas en el programa. El JARPA II fue diseñado para una ‘fase de investigación’ de seis años, al cabo de

la cual se efectuaría una revisión. Es difícil observar cómo podría llevarse a cabo una revisión significativa del JARPA II en relación con estos dos objetivos críticos después de seis años si el período de investigación para estas tres especies es de doce años.

178. De esta forma, la selección de un período de doce años para las ballenas rorcuales comunes y jorobadas es un factor que pone en duda la centralidad de los objetivos que Japón destaca como justificativos del tamaño de la muestra de los pequeños rorcuales, esto es, 850 (más o menos el 10%).

179. Existe otro factor que pone en duda si el diseño del JARPA II es razonable en relación con el logro de los objetivos establecidos del programa. Los tamaños totales de muestra seleccionados para los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas –50 ballenas de cada especie por año– no son lo suficientemente grandes para permitir la medición de todas las tendencias que el programa pretende medir. Específicamente, el “Plan de investigación del JARPA II” señala que por lo menos 131 ballenas de cada especie deben ser capturadas anualmente para detectar un rango particular de cambio en la edad y la madurez sexual. El “Plan de investigación” no indica si los investigadores decidieron aceptar un nivel más bajo de precisión o si en cambio ajustaron el rango de cambio que pretendían detectar con la selección de menos ballenas; esto tampoco fue explicado por Japón en los presentes procedimientos. A la luz de los cálculos de sus propios científicos, el JARPA II no parece estar diseñado para producir información estadísticamente relevante para al menos uno de los ítems de investigación a los cuales el “Plan de investigación del JARPA II” le asigna particular importancia.

180. La Corte también nota que el experto presentado por Japón, Sr. Walløe, manifestó su preocupación por el componente de rorcual común del JARPA II que va más allá del tamaño de muestra. El Sr. Walløe testificó que existían dos razones por las cuales la propuesta en relación con el rorcual común “no estaba bien concebida”. Él señaló que el muestreo aleatorio de rorcuales comunes dentro del área de investigación del JARPA II no era posible, primero, porque la principal población de rorcual común está más allá del área de investigación del JARPA II –más hacia el norte–; y, segundo, porque los buques del JARPA II solo pueden asimilar la toma de muestras letales de rorcuales comunes más pequeños (un punto también puesto de presente por Australia). La Corte recuerda que Japón identificó el muestreo aleatorio como un elemento de un programa con fines de investigación científica.

181. La Corte encuentra que el “Plan de investigación del JARPA II”, como un todo, provee únicamente información limitada en relación con los fundamentos de la decisión utilizada para calcular el tamaño de muestra de

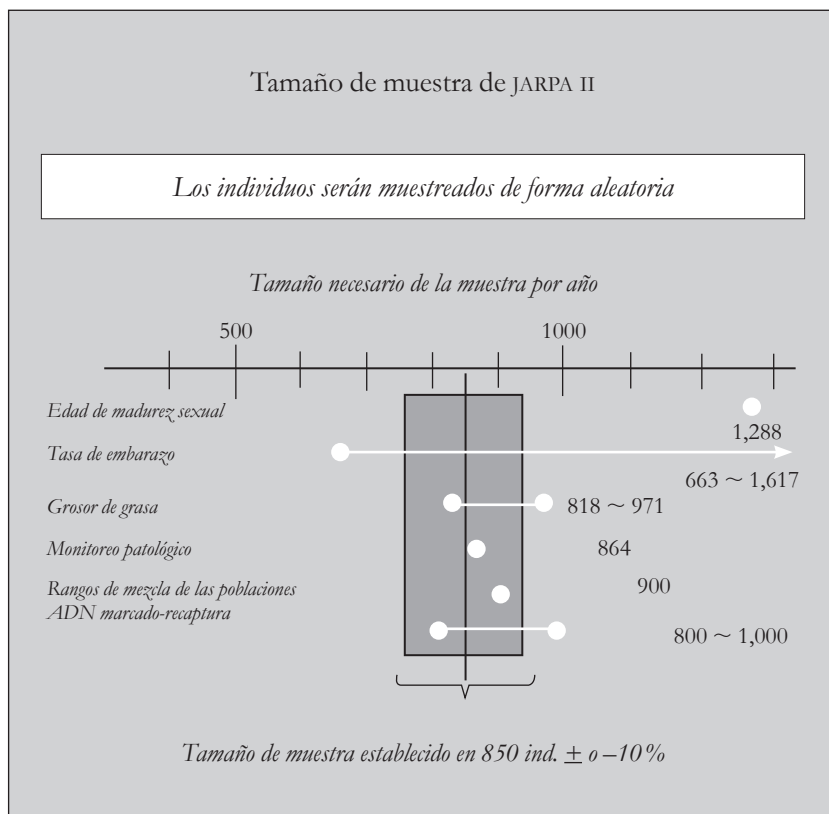
rorcuales comunes y ballenas jorobadas. Estos tamaños de muestra fueron establecidos usando un período de doce años, a pesar del hecho de que un período más corto fue fijado para establecer el tamaño de muestra de pequeños rorcuales, y a pesar de que el JARPA II debe ser revisado después de cada seis años de etapa de investigación. Con fundamento en los cálculos de Japón, estos tamaños de muestra para rorcuales comunes y ballenas jorobadas son demasiado pequeños para producir resultados estadísticamente útiles. Estos defectos, junto con los problemas específicos relativos a la decisión de muestras de rorcuales comunes, según fue anotado en párrafos precedentes, son importantes para el análisis de la Corte sobre si el diseño total del JARPA II es razonable en relación con los objetivos establecidos del programa. Esto, porque Japón conecta el tamaño de la muestra de pequeños rorcuales (que se discute abajo) a los objetivos de investigación del ecosistema y de competición interespecies, que, a su turno, están fundamentos en el muestreo letal de las rorcuales comunes y las ballenas jorobadas.

2) Pequeños rorcuales antárticos

182. La Corte pasa ahora a analizar el diseño de los tamaños de muestra para los pequeños rorcuales (ballenas enanas) antárticos en el JARPA II. El “Plan de investigación del JARPA II” indica que el tamaño total de la muestra para los pequeños rorcuales fue escogido siguiendo el cálculo que había hecho Japón sobre el tamaño mínimo de muestra para un número de diferentes ítems de investigación, entre los que se incluyen la edad de madurez sexual, la tasa aparente de embarazo, el grosor de grasa, los niveles de contaminantes, los patrones de mezcla entre las diferentes poblaciones y las tendencias de población. El plan también señala que, para la mayoría de los parámetros, “los tamaños de muestra calculados estuvieron en un rango de 800-1.000 animales, siendo deseable más de 800”. Japón hace referencia a la siguiente ilustración que aparece en la figura 5-4 de su contramemoria, para describir el proceso que siguió para determinar el tamaño total de la muestra para los pequeños rorcuales:

Figura 5-4. Tamaños necesarios de la muestra anual para los respectivos ítems de investigación bajo el JARPA II, los cuales fueron calculados mediante los procedimientos estadísticos establecidos

(Fuente: Instituto de Investigación de Cetáceos)



Fuente: contramemoria de Japón, Vol. I, p. 261.

183. Según se demuestra en la ilustración, el tamaño total de la muestra se encuentra dentro de un rango que corresponde a lo que el “Plan de investigación del JARPA II” establece como los requerimientos mínimos para la mayoría de la investigación que el JARPA II pretende realizar. Japón señala que, por esta razón, el tamaño total de la muestra letal anual se estableció en 850 (más o menos el 10%, lo cual permite un máximo de 935 pequeños rorcuales por año). Como se anotó arriba (ver párrafos 159 y 169), Japón consideró que este número de ballenas era suficientes para los propósitos de investigación, tomando en cuenta la necesidad de evitar generar un daño a las poblaciones.

184. En contraste, en la posición de Australia, Japón comenzó con el propósito de establecer un tamaño de muestra de aproximadamente 850 pequeños rorcuales por año y luego ‘readaptó’ el diseño del programa seleccionando valores diseñados para generar tamaños de muestra para ítems de investigación específicos que correspondían al tamaño total de la muestra pretendida por Japón. Australia enfatiza que el “Plan de investigación del JARPA II” no es claro en establecer las razones para la selección de un determinado tamaño de muestra para cada ítem de investigación. Australia también hace notar que las diferentes decisiones en relación con los valores por aplicar a ciertas variables habrían derivado en tamaños de muestra dramáticamente inferiores; en todo caso, en general, el “Plan de investigación del JARPA II” no proporciona ninguna explicación para las decisiones subyacentes a la utilización de valores que generan tamaños de muestra más grandes. Australia considera que estos defectos apoyan las conclusiones de que el tamaño de muestra para los pequeños rorcuales no fue establecido con propósitos investigativos, sino para cumplir con los requerimientos de financiación y objetivos comerciales de Japón.

185. A la luz de las consideraciones divergentes de las partes, la Corte considerará la evidencia en relación con la selección efectuada por Japón de varios tamaños de muestras mínimos, los cuales fueron escogidos para diferentes ítems de investigación individualmente considerados, y que constituyen el fundamento para el tamaño total de la muestra para pequeños rorcuales. Como se anotó arriba (ver párrafo 172), el propósito de ese análisis no es efectuar un análisis crítico de segunda instancia de las determinaciones científicas efectuadas por los expertos científicos o por Japón, sino examinar si Japón, a la luz de los objetivos establecidos del JARPA II, ha demostrado un fundamento racional para el establecimiento del tamaño anual de la muestra en relación con ítems de investigación específicos, los cuales conllevaron un tamaño total de la muestra de 850 pequeños rorcuales (más o menos el 10%).

186. En el “Plan de investigación del JARPA II”, los cálculos individuales del tamaño de muestra se presentan con respecto a cada uno de los ítems referidos en la ilustración: edad de madurez sexual, tasa de embarazo aparente, grosor de grasa, monitoreo de patologías (*i. e.*, monitoreo de los niveles de contaminantes), patrones de mezcla entre las diferentes poblaciones y ‘ADN marcado-recaptura’, que Japón describe como un método para investigación de las tendencias en la población.

187. La Corte nota desde un inicio que el “Plan de investigación del JARPA II” señala que, para todos los parámetros, “un tamaño de muestra necesario para detectar cambios en un período de seis años... ha sido adopta-

do como el criterio pertinente”. El “Plan de investigación del JARPA II” no explica la razón para este umbral de decisión; sin embargo, Japón ofreció algunas explicaciones durante estos procedimientos, las cuales se discuten abajo (ver párrafo 192).

188. La evidencia demuestra que el “Plan de investigación del JARPA II” carece de transparencia en relación con las razones para seleccionar un determinado tamaño de muestra para los ítems de investigación específicos. Según se describió arriba (ver párrafos 158-159), este es un asunto sobre el que los expertos llamados por las dos partes estuvieron de acuerdo. Con la excepción de una variable (discutida en el siguiente párrafo), el “Plan de investigación del JARPA II” proporciona información muy limitada en relación con la selección de los valores particulares para una variable dada. Por ejemplo, en la posición de la Corte, no existe un esfuerzo consistente para explicar por qué, para los diversos ítems de investigaciones relacionados con el monitoreo de los parámetros biológicos, el JARPA II solo está diseñado para detectar un rango o grado específico de cambio, por encima de otro que hubiera resultado en un tamaño de muestra más pequeño. Estos defectos del “Plan de investigación del JARPA II” tienen particular importancia, porque las decisiones relativas al rango y grado de cambio conllevaron de manera consistente un tamaño de muestra de aproximadamente 850 pequeños rorcuales por año.

189. Una excepción a este patrón es la discusión de tamaño de muestra aplicable al estudio de la edad de madurez sexual de los pequeños rorcuales, para lo cual el “Plan de investigación del JARPA II” sí proporciona algunos detalles sobre los factores que fueron considerados por Japón para seleccionar un específico rango de cambio por detectar. Para este ítem de investigación, el “Plan de investigación” también proporciona una indicación de la relación entre los datos que se pretende obtener y los dos primeros objetivos de investigación del JARPA. La Corte no encuentra que un razonamiento comparable se haya proporcionado en relación con los otros cinco ítems que fueron usados expresamente para fijar el tamaño total de la muestra en 850 ballenas (*i. e.*, los ítems de investigación establecidos en la figura 5-4 de la contramemoria de Japón). Esto destaca la ausencia de evidencia, al menos dentro del “Plan de investigación del JARPA II”, que pudiera soportar una determinación en el sentido de que el tamaño de la muestra letal para los pequeños rorcuales, el cual es un componente esencial en el diseño del JARPA II, es razonable en relación con el logro de los objetivos del programa.

190. La Corte también recuerda que uno de los expertos llamados por Australia, Sr. Mangel, indicó que casi el mismo nivel de precisión que el

JARPA II busca obtener hubiera podido ser conseguido con una muestra letal más pequeña; además, señaló que una muestra más pequeña y unos márgenes de error más alto pueden ser aceptados, dependiendo de la hipótesis bajo estudio. Japón no refutó esta opinión experta.

191. La Corte pasa ahora a la evidencia en relación con la decisión de Japón de utilizar un término de seis años para calcular el tamaño de la muestra para los ítems investigación aplicables a los pequeños rorcuales, en vez de un período de doce años como fue previsto para los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas. Esa decisión tuvo efectos considerables en el tamaño de la muestra, porque los períodos más cortos requieren generalmente cifras más altas, tal y como lo demuestra el “Plan de investigación del JARPA II” (ver párrafo 165).

192. En su contramemoria, en relación con la discusión sobre uno de los ítems de investigación (la edad de madurez sexual), Japón atribuye el uso del período de seis años a la necesidad de obtener al menos tres puntos de datos de cada área de investigación del JARPA II (dado que las ballenas son capturadas de cada área en temporadas alternantes), porque resultaría ‘altamente incierto’ detectar una tendencia sobre la base de solo dos puntos de datos. Japón también hizo referencia al deseo de detectar los cambios “tan pronto como fuera posible”. En los procedimientos orales, Japón ofreció dos tipos de razonamientos que justificaban la escogencia del período de seis años. Después de sugerir inicialmente que se buscaba que el período de seis años coincidiera con la revisión de los seis años del JARPA II por parte del comité científico, Japón retiró esta explicación y señaló que el período de seis años para los pequeños rorcuales se había escogido porque “coincidía con el período de revisión para el PRO”. Esto se ajusta a la explicación proporcionada por el experto presentado por Japón, Sr. Walløe, en su testimonio oral, quien, sin embargo, describió como ‘arbitrario’ el uso de un período de seis años para calcular el tamaño de la muestra.

193. A la luz de la evidencia, la Corte no tiene fundamento para concluir que el período de investigación de seis años para los pequeños rorcuales no es razonable en relación con el logro de los objetivos del programa. Sin embargo, la Corte sí encuentra problemático, primero, que el “Plan de investigación del JARPA II” no explique las razones para la escogencia del período de seis años para una especie de ballenas (los pequeños rorcuales); y, en segundo lugar, que Japón en este procedimiento no ofreció una explicación consistente para la decisión de usar ese período de investigación para el cálculo del tamaño de muestra para los pequeños rorcuales.

194. Adicionalmente, Japón no analiza cómo la existencia de períodos de investigación dispares para las tres especies de ballenas es compatible con los objetivos de investigación del JARPA II relativos a la modelación del ecosistema y la competencia entre múltiples especies. Aparentemente, el JARPA II está diseñado para que la información estadística en relación con los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas solo esté disponible y sea de utilidad después de doce años de investigación (y la evidencia indica que, incluso luego de doce años, los tamaños de muestra resultarían insuficientes para ser estadísticamente confiables, basado en los requisitos mínimos previstos en el “Plan de investigación del JARPA II”). Esto genera dudas sobre si resulta significativo revisar el programa en relación con sus dos primeros objetivos al cabo de seis años de operación, lo cual, a su turno, genera dudas sobre si el tamaño de muestra propuesto para los pequeños rorcuales es razonable en relación con el logro de los objetivos del programa.

195. De esta forma, la Corte identifica dos preocupaciones generales en relación con el tamaño de muestra de los pequeños rorcuales. En primer lugar, la figura 5-4 ilustra que el tamaño final de muestra de 850 pequeños rorcuales (más o menos el 10%) se encuentra dentro del rango derivado de los tamaños de muestra individuales de varios ítems de investigación, pero no existe transparencia en relación con la decisión realizada para seleccionar esos tamaños de muestra individuales. La Corte nota que la falta de transparencia en el “Plan de investigación del JARPA II” y en los esfuerzos siguientes de Japón por defender el tamaño de muestra del JARPA II no demuestra necesariamente que la decisión efectuada en relación con los ítems de investigación específicos carezca de justificación científica. Sin embargo, en el contexto del artículo VIII, la evidencia elativa a la selección del tamaño de muestra mínimo debería permitir entender por qué ese tamaño de muestra es razonable en relación con el logro de los objetivos del programa, en comparación con otros posibles tamaños de muestra que hubieran permitido asesinar menos ballenas. La ausencia de esa evidencia en conexión con la mayoría de los cálculos de los tamaños de muestra en el “Plan de investigación del JARPA II” permite soportar el alegato de Australia según el cual un tamaño total de muestra predeterminado habría sido el que habría dictado la escogencia del período de investigación y el rango de cambio por ser detectado, y no al revés.

196. En segundo lugar, según se anotó arriba (párrafo 149), Japón justifica el incremento en el tamaño de muestra de los pequeños rorcuales en el JARPA II (en comparación con el tamaño de muestra del JARPA) por referencia a los objetivos de investigación relativos a la investigación del ecosistema y

la competencia entre múltiples especies. Sin embargo, la evidencia sugiere que la capacidad del programa para alcanzar estos objetivos ha sido comprometida debido a los defectos en el diseño del programa en relación con los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas. Como tal, es difícil observar cómo estos objetivos pueden proveer una base razonable que justifique los tamaños de muestras seleccionados para los pequeños rorcuales en el JARPA II.

197. Adicionalmente, la Corte recuerda que Japón describe un número de características que, en su consideración, distinguen la caza comercial de ballenas de la caza de ballenas con propósitos de investigación. En particular, Japón hace notar que solo especies de alto valor son capturadas en la caza comercial de ballenas, mientras que, en la caza con propósitos investigativos, se capturan especies de alto y bajo valor comercial (por ejemplo, cachalotes o *sperm whale*) (ver párrafo 89 arriba). El uso de métodos letales en el JARPA II se enfoca casi exclusivamente en pequeños rorcuales. En relación con el valor comercial de esta especie, la Corte toma nota de una declaración de octubre de 2002 por parte del Director General de la Agencia Japonesa de Pesquerías. Ante el subcomité del comité de la Cámara de Representantes sobre auditoría y vigilancia de la administración, el director señaló que la carne de los pequeños rorcuales es “preciada, porque se dice que, cuando se come como sashimi o en formas similares, tiene un muy buen sabor y aroma”. Refiriéndose al JARPA II, él señaló adicionalmente que “el programa científico de caza de ballenas era necesario para lograr mantener un suministro estable de carne de pequeños rorcuales”. A la luz de estas declaraciones, el hecho de que casi la totalidad del muestreo letal bajo el JARPA II verse sobre pequeños rorcuales significa que la distinción entre especie de alto y bajo valor comercial, propuesta como Japón como fundamento para diferenciar la caza comercial de ballena de la caza con fines de investigación científica, no soporta el argumento según el cual el JARPA II se enmarca en la última categoría.

198. Analizada en su conjunto, la evidencia en relación con el tamaño de muestra de pequeños rorcuales, así como la evidencia en relación con el tamaño de muestra de los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas, provee un escaso análisis y justificación para las decisiones subyacentes que derivaron en el tamaño total de la muestra. Para la Corte, esto genera preocupaciones adicionales sobre si el diseño del JARPA II es razonable en relación con el logro de sus propósitos. Estas preocupaciones deben ser analizadas también a la luz de la implementación del JARPA II, lo cual la Corte pasa a considerar en la siguiente sección.

(iii) Comparación del tamaño de la muestra con la captura efectiva

199. Existe una brecha significativa entre el tamaño de muestra propuesto en el JARPA II y el número de ballenas que son efectivamente asesinadas en la implementación del programa. Las partes están en desacuerdo sobre las razones de esta brecha y sobre las conclusiones que la Corte debe extraer de ella.

200. La Corte recuerda que, después de un período de estudio de viabilidad de dos años en el que el objetivo de ballenas jorobadas sería de cero y de ballenas rorcuales comunes de 19, el tamaño de muestra propuesto sería de 50 ballenas en una y otra especie.

201. En relación con la captura efectiva, la evidencia ante la Corte indica que un total de 18 rorcuales comunes habían sido asesinados durante las primeras siete temporadas del JARPA II, incluyendo diez ballenas rorcuales comunes durante el primer año del programa cuando la viabilidad de capturar más ballenas se encontraba bajo estudio. Ninguna ballena jorobada ha sido asesinada bajo el JARPA II. Japón recuerda que, después de decidir que inicialmente no se tomarían muestras de ballenas jorobadas durante los dos primeros años del JARPA II, se ‘suspendió’ el muestreo de ballenas jorobadas desde 2007. La Corte observa, sin embargo, que los permisos emitidos bajo el JARPA II desde 2007 continúan autorizando la captura de ballenas jorobadas.

202. No obstante el tamaño de muestra propuesto para pequeños rorcuales –850– (más o menos el 10%), la captura total de pequeños rorcuales bajo el JARPA ha fluctuado de año a año. Durante la temporada 2005-2006, Japón capturó 853 pequeños rorcuales, un número dentro del rango establecido. La captura efectiva ha estado por debajo del tamaño de muestra propuesto para el JARPA II en los años subsiguientes. En promedio, aproximadamente 450 pequeños rorcuales han sido asesinados cada año. La evidencia ante la Corte indica que 170 ballenas fueron asesinadas en la temporada 2010-2011 y que 103 fueron asesinadas en la temporada 2012-2013.

203. En relación con las razones para la brecha entre el tamaño de muestra propuesto y la captura efectiva, Japón señala que decidió no capturar ballenas jorobadas en respuesta a la solicitud del entonces presidente de la CBI. En relación con los rorcuales comunes, Japón apunta a las actividades de sabotaje llevadas a cabo por organizaciones no gubernamentales contra la caza de ballenas, y alude en particular a la Sociedad de Conservación Pastor del Mar, así como a la incapacidad del principal buque de investigación del JARPA II, el Nisshin Maru, de subir a bordo ballenas más grandes. En relación con los pequeños rorcuales, Japón ofrece dos razones para explicar por qué

los tamaños efectivos de las muestras han sido más pequeñas que los propuestos: un incendio a bordo del Nisshin Maru en la temporada 2006-2007 y las precipitadas actividades de sabotaje.

204. En particular, Japón hace referencia a incidentes de sabotaje entre las temporadas 2008-2009 (el apisonamiento de buques en febrero de 2009 y las botellas de ácido que fueron arrojadas a los barcos japoneses), el abordaje desautorizado del buque Shonan-Marú en febrero de 2010, el cual resultó en el retiro de ese buque de la flota para el resto de la temporada 2009-2010 para que la escena del crimen fuera investigada, y adicionalmente el acoso durante la temporada 2012-2013. Japón anota que la CBI ha condenado estos actos de sabotaje violento mediante varias resoluciones adoptadas por consenso.

205. Australia contradice el recuento de explicaciones propuesta por Japón en relación con la brecha entre el tamaño de muestra propuesto y la captura efectiva. Australia no disputa que la decisión de no capturar ballenas jorobadas fue adoptada en respuesta a las solicitudes del presidente de la CBI, pero pone de presente que esta fue una decisión política y no una decisión adoptada por razones científicas. En relación con los rorcuales comunes, Australia hace énfasis en el hecho indiscutido de que los buques de Japón no están equipados para capturar ballenas más grandes. En relación con los pequeños rorcuales, Australia alude a la evidencia de que, en su consideración, demuestra que la captura efectiva está en función del mercado comercial de carne de ballena en Japón, y no de los factores identificados por Japón. Según Australia, Japón ha ajustado las operaciones del JARPA a la menor demanda de carne de ballenas, resultando en temporadas más cortas y la captura de menos ballenas. Australia también invoca algunos reportes de prensa y declaraciones de funcionarios japoneses que indican que los objetivos de investigación del JARPA II realmente no requieren la cantidad de muestras letales que se describen en el “Plan de investigación” y pueden ser logrados con capturas menores.

206. Tomando en consideración toda la evidencia, la Corte considera que ninguna razón puede explicar la brecha entre el tamaño de muestra propuesto y la captura efectiva. En relación con las ballenas jorobadas, la brecha resulta de la decisión de Japón de acceder a la solicitud del presidente de la CBI, lo cual, sin embargo, no significó ninguna modificación en los objetivos o el tamaño de muestra del JARPA II. La caída en la captura de rorcuales comunes puede ser atribuida, al menos en parte, a la selección de barcos por parte de Japón, un aspecto del diseño del JARPA II que fue criticado por el experto presentado por Japón (ver párrafo 180 arriba). En relación con el incendio a bordo de un buque en una temporada, Japón no aportó

información relativa a la extensión de los daños o la cantidad de tiempo durante el cual el buque estuvo comprometido. La Corte considera que es plausible que las actividades de sabotaje pudieran haber contribuido a la disminución en las capturas de pequeños rorcuales en algunas temporadas, pero considera difícil determinar la extensión de esa contribución. En este sentido, la Corte nota que la captura efectiva de pequeños rorcuales en las temporadas 2006-2007 y 2007-2008 fue de 505 y 551, respectivamente, antes de los condenables actos de sabotaje que Japón puso de presente. En este contexto, la Corte recuerda la Resolución 2011-2 de la CBI, adoptada por consenso. La resolución pone de presente reportes sobre las acciones peligrosas de la Sociedad de Conservación Pastor del Mar y condena "cualquier acción que ponga en riesgo la vida humana y la propiedad en las actividades de pesca de los buques en el mar".

207. La Corte abordará ahora el alegato de Australia según el cual la brecha entre el tamaño de muestra propuesto y la captura efectiva afecta la posición de Japón que señala que el JARPA II es un programa con fines de investigación científica. Australia indica que considera bienvenido que la captura efectiva bajo el JARPA II sea menor que el tamaño de muestra propuesto por el programa. Sin embargo, Australia manifiesta que Japón no ha hecho ningún esfuerzo por explicar cómo esta discrepancia afecta los objetivos de investigación del JARPA II y no ha adaptado el programa para dar cuenta del efectivo tamaño de muestra más pequeño. Japón tampoco ha explicado cómo la decisión política de no cazar ballenas jorobadas y la reducción en el número de rorcuales comunes cazados pueden ser reconciliadas con el énfasis que el "Plan de investigación del JARPA II" puso en la necesidad del muestreo letal en las dos especies. Australia pregunta cómo un modelo de la competencia entre múltiples especies puede ser construido sobre la base de datos obtenidos únicamente de los pequeños rorcuales, si, según lo señala el "Plan de investigación del JARPA II", la construcción de ese modelo o la exploración de la 'hipótesis del excedente de krill' requieren de información basada en el muestreo letal de las tres especies. Australia hace énfasis en que Japón ha señalado que la información que este necesita puede ser obtenida únicamente a través del muestreo letal, y, sin embargo, la captura efectiva ha sido completamente diferente de los tamaños de muestra sobre los que el JARPA II estuvo fundamentado. Citando estos tres factores, Australia describe el objetivo del modelo de la competencia entre múltiples especies del JARPA II como 'ilusorio'.

208. Japón señala que la discrepancia entre el tamaño de muestra y la captura efectiva, al menos en relación con los pequeños rorcuales, proba-

blemente significa que “le tomará varios años adicionales de investigación alcanzar los tamaños de muestra requeridos antes de que los objetivos de la investigación sean cumplidos”. En este orden de ideas, Japón indica: “Si llevamos a cabo la investigación durante un período más prolongado o si estamos dispuestos a aceptar un grado menor de precisión, un tamaño de muestra también nos daría resultados viables, pero podrían demorar la habilidad para detectar potenciales cambios importantes en las dinámicas de las ‘poblaciones’”. Japón también considera que la menor captura a la fecha —de rorcuales comunes y jorobadas— “no impide que los actuales modelos ecosistémicos sean mejorados mediante el uso de los datos que el JARPA II ha recogido en relación con estas dos especies a través de medios no letales”.

209. La Corte observa que, a pesar del número de años en los que la implementación del JARPA II ha diferido significativamente del diseño del programa, Japón no ha efectuado modificaciones a los objetivos del JARPA II ni a los tamaños de muestra propuestos, los cuales se siguen reproduciendo en los permisos que otorgan cada año. Para la Corte, dos conclusiones pueden derivarse de la evidencia relativa a la brecha entre los tamaños de muestra propuestos y la captura efectiva. Primero, Japón sugiere que la captura efectiva de pequeños rorcuales no compromete el programa porque tamaños de muestra más pequeños pueden en todo caso proporcionar información útil, ya sea porque el período de tiempo de investigación se puede extender o porque se pueden aceptar resultados menos precisos. La Corte recuerda, sin embargo, que los tamaños de muestra para los ítems de investigaciones específicos del programa se basaron en un período de investigación de seis años y en niveles de precisión que no fueron explicados en el “Plan de investigación del JARPA II” o en estos procedimientos. El señalamiento de Japón de que el programa puede alcanzar resultados científicamente útiles con un período de investigación más prolongado o con niveles de precisión menores genera dudas adicionales sobre si el tamaño de muestra propuesto de 850 ballenas resulta razonable en relación con el logro de los objetivos del JARPA II. Esto le suma fuerza al alegato de Australia según el cual el tamaño de muestra propuesto para las pequeñas rorcuales fue establecido por razones no científicas.

210. En segundo lugar, a pesar de que durante el JARPA II ninguna ballena jorobada fue capturada y que solo algunos rorcuales comunes sí lo fueron, el énfasis de Japón en la competencia entre múltiples especies y la investigación del ecosistema como bases para los tamaños de muestra del JARPA II permanecieron inquebrantables. Para la Corte, la brecha entre los tamaños de muestra propuestos para los rorcuales comunes y las ballenas

jorobadas en el “Plan de investigación del JARPA II”, y la caza efectiva de estas dos especies socava el argumento de Japón según el cual los objetivos relacionados con la investigación del ecosistema y la competencia entre múltiples especies justifican un tamaño de muestra más grande en tratándose de pequeños rorcuales, en comparación con el JARPA II.

211. La Corte también toma que Japón considera que puede confiar en métodos no letales para estudiar las ballenas rorcuales y jorobadas a efectos de construir un modelo ecosistémico. Si este objetivo de investigación del JARPA II puede ser alcanzado mediante métodos no letales, esto sugiere que no existe una estricta necesidad científica para usar métodos letales en relación con este objetivo.

212. La dependencia continua de Japón en los dos primeros objetivos del JARPA II para justificar los tamaños de muestras propuestos a pesar de la discrepancia entre la captura efectiva y esos objetivos, junto con su reconocimiento de que el JARPA II puede obtener resultados científicos significativos con base en una captura efectiva más limitada, generan dudas adicionales en la calificación del JARPA II como un programa con propósitos científicos. Esta evidencia sugiere que los tamaños de muestra propuestos son más grandes de lo que es razonable en relación con el logro de los objetivos establecidos del JARPA II. El hecho de que la captura efectiva de rorcuales comunes y ballenas jorobadas sea en su mayoría, si no en su totalidad, una consecuencia de consideraciones políticas y de logística debilita aún más la supuesta relación entre los objetivos de investigación del JARPA II y los tamaños de muestra específicos para cada especie —en particular, la decisión de embarcarse en el muestreo letal de pequeños rorcuales a una escalara relativamente grande—.

c) Aspectos adicionales del diseño e implementación del JARPA II

213. La Corte analizará ahora varios aspectos adicionales del JARPA II sobre los cuales las partes han llamado la atención.

(i) El período de tiempo ilimitado

214. Japón señala que el “JARPA II es un programa de investigación a largo plazo y no ha especificado una fecha de terminación por su objetivo primario (*i. e.*, el monitoreo del ecosistema antártico) que requiere de un programa de investigación continuo”. El programa está organizado en ‘fases de investigación’ de seis años y “una revisión tendrá lugar y se harán modificaciones al programa de ser requeridas” después de cada período. La

primera revisión por parte del comité científico está agendada para tener lugar en 2014 (ver párrafo 119). Según Japón, el artículo VIII, párrafo 4, de la Convención contempla la posibilidad de investigaciones de término ilimitado al señalar que “la continua recopilación y análisis de los datos biológicos... son indispensables para la cabal y constructiva administración de las actividades de pesca de las ballenas”.

215. Australia extrae dos conclusiones a partir de la ausencia de una fecha determinada de terminación en el JARPA II. Primero, Australia alega que esto demuestra que el diseño del JARPA II tiende hacia la perpetuación de la caza de ballenas por cualesquiera medios hasta que la moratoria a la caza comercial de ballenas sea levantada. En segundo lugar, Australia sostiene que la naturaleza ilimitada del JARPA II impide un análisis significativo sobre si el programa ha alcanzado sus objetivos de investigación, distorsiona el proceso de selección de muestras y, por lo tanto, hace del diseño del JARPA II uno de carácter no científico.

216. La Corte se percata del marco temporal ilimitado del JARPA II y observa que, en relación con un programa con fines de investigación científica, como el anexo P lo indica, hubiera resultado más apropiado un “marco temporal con metas intermedias”.

(ii) La producción científica del JARPA II a la fecha

217. Japón sostiene que, antes del período de revisión del JARPA II, no se puede hacer ninguna evaluación significativa de la producción científica del JARPA II. Sin embargo, Japón señala que el comité científico ha reconocido el valor de los datos derivados del JARPA II, incluyendo datos genéticos y de edad derivados del muestreo letal. Adicionalmente, el experto presentado por Japón, Sr. Walløe, testificó que, en su consideración, el JARPA II ya había proporcionado información valiosa en relación con el PRO y el ecosistema antártico.

218. Australia reconoce que el JARPA II ha producido algunos resultados en la forma de datos, los cuales han sido considerados por el comité científico. Sin embargo, el desacuerdo de las partes en relación con esta producción se evidencia en la consideración de Australia, según la cual los datos obtenidos mediante el muestreo letal y entregados al comité científico no se han probado útiles ni aportado un ‘conocimiento significativo’ en relación con la conservación y ordenación de las ballenas.

219. La Corte nota que el “Plan de investigación” utiliza un término de seis años para obtener información estadísticamente útil para los pequeños

rorcuales y un período de doce años para las otras dos especies, y nota además que puede esperarse que la producción académica más importante del JARPA II estaría en sintonía con estos períodos. Sin embargo, la Corte observa que la primera fase de investigación del JARPA (2005-2006 a 2010-2011) ya se ha completado (ver párrafo 119 arriba), pero Japón solo ha referido dos documentos revisados por pares/expertos y que son resultado del JARPA II hasta la fecha. Estos documentos no se relacionan con los objetivos del JARPA II y se basan en datos obtenidos de siete ballenas y otras dos que fueron capturadas durante los estudios de viabilidad del JARPA II. Aunque Japón también hace referencia a tres presentaciones hechas en simposios científicos y a ocho documentos que fueron presentados ante el comité científico, seis de estos últimos son informes de campaña, uno de los otros dos documentos es una evaluación del estudio de viabilidad del JARPA II y el otro versa sobre la identificación fotográfica no letal de ballenas azules. Ante la constatación de que el JARPA se encuentra activo desde 2005 y ha implicado la matanza de 3.600 pequeños rorcuales, la producción científica hasta la fecha parece limitada.

(iii) Cooperación con otras instituciones de investigación

220. Australia alude a la cooperación limitada entre los investigadores del JARPA II y otros científicos como evidencia que soporte su argumento, según el cual el JARPA II no es un programa con finalidades de investigación científica. Uno de los expertos convocados por Australia, Sr. Gales, señaló que el JARPA II “opera en completo aislamiento” de otros proyectos japoneses e internacionales de investigación del ecosistema antártico.

221. En respuesta a una pregunta formulada por la Corte, Japón hizo referencia a labores de cooperación con otras instituciones japonesas de investigación. El experto llamado por Japón, Sr. Walloe, sugirió que la cooperación con programas internacionales de cooperación “podría resultar difícil debido a razones personales y políticas”, dado que el uso de métodos letales es un asunto contencioso entre la comunidad científica. Él reconoció que la cooperación con otras instituciones japonesas de investigación, como el Instituto Nacional para la Investigación Polar, podría fortalecerse.

222. La Corte nota que la evidencia invocada por Japón para demostrar su cooperación con instituciones japonesas de investigación se refiere al JARPA y no al JARPA II. La Corte observa que, en atención al enfoque del JARPA II en el ecosistema antártico y los cambios medioambientales en la región,

podría haberse esperado evidencia adicional sobre la cooperación entre el JARPA II y otras instituciones domésticas e internacionales de investigación.

d) Conclusión con relación a la aplicación del párrafo 1 del artículo VIII al JARPA II

223. A la luz del estándar de revisión establecido anteriormente (ver párrafo 67), y habiendo considerado la evidencia existente en relación con el diseño e implementación del JARPA II, así como los argumentos de las partes, le corresponde ahora a la Corte concluir si la matanza, captura y procesamiento de ballenas bajo los permisos especiales otorgados en conexión con el JARPA II son “con fines de investigación científica” según el artículo VIII de la Convención.

224. La Corte encuentra que el uso de métodos letales de recolección de muestras no es *per se* irrazonable en relación con los objetivos de investigación del JARPA II. Sin embargo, en comparación con el JARPA, la escala del muestreo letal del JARPA II es mucho más extensiva en relación con los pequeños rorcuales, y el programa incluye el muestreo letal de dos especies adicionales de ballenas. Japón sostiene que esta expansión es requerida en función de los nuevos objetivos de la investigación, en particular, los objetivos relacionados con la investigación del ecosistema y la construcción de un modelo de competencia multiespecies. No obstante, en consideración de la Corte, los tamaños de muestra seleccionados en el JARPA II no son razonables en relación con el logro de los objetivos del programa.

225. Primero, los amplios objetivos del JARPA y el JARPA II se superponen de forma considerable. En los aspectos en que los objetivos de los programas son distintos, la evidencia no revela cómo esas diferencias conllevaron un incremento considerable en la escala del muestreo letal en el “Plan de investigación del JARPA II”. Segundo, los tamaños de muestra para los rorcuales comunes y las ballenas jorobadas son demasiado pequeños para suministrar la información necesaria para alcanzar los objetivos de investigación del JARPA II, según los propios cálculos japoneses; así mismo, el diseño del programa parece precaver la recolección aleatoria de muestras para los rorcuales comunes. Tercero, el proceso utilizado para determinar el tamaño de muestra para los pequeños rorcuales carece de transferencias, tal y como fue acordado por los expertos llamados por las dos partes. En particular, la Corte nota la ausencia de una explicación completa dentro del “Plan de investigación del JARPA II” para justificar las decisiones que conllevaron el establecimiento del tamaño de muestra en 850 pequeños rorcuales (más o

menos el 10%) cada año. Cuarto, alguna evidencia sugiere que el programa podría haberse ajustado para alcanzar un tamaño de muestra mucho menor, sin que Japón explique por qué no lo hizo. La evidencia ante la Corte sugiere adicionalmente que se le prestó poca atención a la posibilidad de utilizar métodos no letales de investigación de manera más extensiva con miras a alcanzar los objetivos del JARPA II, así como que las consideraciones sobre financiación, más que un criterio estrictamente científico, jugaron un rol en el diseño del programa.

226. Estos problemas en el diseño del JARPA II deben ser considerados también a la luz de su implementación. Primero, ninguna ballena jorobada ha sido cazada, y Japón no cita ninguna razón científica para esto. Segundo, la caza de rorcuales comunes solo constituye una pequeña fracción del número prescrito en el “Plan de investigación del JARPA II”. Tercero, en todas menos una temporada, la caza real de pequeños rorcuales ha sido también inferior al tamaño de muestra anual seleccionado. A pesar de estos vacíos entre el “Plan de investigación” y la implementación del programa, Japón ha mantenido su confianza en los objetivos de investigación del JARPA II—los más notables, la investigación del ecosistema y el objetivo de construcción de un modelo multiespecies de competencia— para justificar tanto el uso como la extensión del muestreo letal prescrito por el “Plan de investigación del JARPA II” para las tres especies. Ni los objetivos del JARPA II ni sus métodos han sido modificados o adaptados para tomar en consideración el número efectivo de ballenas cazadas. Japón tampoco ha explicado cómo esos métodos de investigación permanecen viables dada la decisión de usar períodos de investigación de 6 y 12 años para diferentes especies, aunado a la aparente decisión de abonar completamente el muestreo letal de las ballenas jorobadas y/o cazar una cantidad pequeña de rorcuales comunes. Otros aspectos del JARPA II también generan dudas sobre su caracterización como un programa con fines de investigación científica, como, por ejemplo, su período de tiempo ilimitado, una producción científica que hasta la fecha es limitada y la ausencia de una cooperación significativa entre el JARPA II y otros proyectos de investigación relacionados.

227. Habiéndolo analizado como un todo, la Corte considera que el JARPA II involucra actividades que en términos amplios pueden ser caracterizadas como investigación científica (ver párrafo 127), pero la evidencia no permite establecer que el diseño del programa y su implementación son razonables en relación con el logro de los objetivos establecidos. La Corte concluye que los permisos especiales otorgados por Japón para la matanza, captura o caza y procesamiento de ballenas, en conexión con el JARPA II no

son “con fines de investigación científica” de conformidad con el párrafo 1 del artículo VIII de la Convención.

4. Conclusiones relativas a las alegaciones de violación de las disposiciones del reglamento

228. A continuación, la Corte se centrará en las consecuencias de la conclusión enunciada anteriormente, a la luz de la afirmación hecha por Australia según la cual Japón violó tres disposiciones del reglamento que le imponen restricciones a la muerte, a la captura y al trato de las ballenas: la obligación de respetar el límite establecido en cero concerniente al número de ballenas que se pueden matar, sin hacer distinción alguna entre las diferentes especies, con fines comerciales –par. 10e)–, la moratoria sobre las fábricas flotantes –par. 10d)– y la interdicción de la caza con fines comerciales en el Santuario del Océano Austral –par. 7b)–.

229. La Corte observa que la redacción precisa de cada una de las tres disposiciones del reglamento invocadas por Australia (cuyos extractos pertinentes se reproducen a continuación en los párrafos 231-233) se diferencian las unas de las otras. La norma que establece la ‘moratoria sobre las fábricas flotantes’ no hace referencia de forma explícita a la caza ‘comercial’, mientras que aquellas que imponen el respeto del límite de captura fijado en cero y que crean el Santuario del Océano Austral prohíben de forma expresa este mecanismo de caza. En opinión de la Corte, a pesar de las diferentes formulaciones, las tres disposiciones del reglamento de forma clara hacen referencia a la muerte, captura y el trato de las ballenas en todos los casos en los que estas actividades no se hagan en el marco de ‘investigación científica’ de acuerdo con el título del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención o en el de la caza de subsistencia realizado por las comunidades aborígenes, tal y como se encuentra previsto en el párrafo 13 del reglamento, esta no tiene vínculo alguno con el presente caso. La referencia de la caza ‘comercial’ en los párrafos 7b) y 10e) del reglamento puede explicarse por el hecho de que en casi todos los casos esta sería la calificación más apropiada de la actividad apropiada de caza. La redacción de estas dos disposiciones no puede ser interpretada en el sentido de que existirían ciertas categorías de caza a la ballena que no se enmarcarían en lo estipulado en el párrafo 1 del artículo VIII de la Convención o del párrafo 13 del reglamento. Sin embargo, esto no quiere decir que se encuentre entonces en el marco de las prohibiciones enunciadas en los párrafos 7b) y 10e) del reglamento. Cualquier interpretación en este sentido dejaría por fuera del campo de aplicación de la

Convención determinadas categorías no definidas de la caza de ballenas, lo que iría en contra de su objeto y fin. Es necesario, igualmente, observar que, en ningún momento del actual proceso, las partes y el Estado interviniente manifestaron o insinuaron la existencia de este tipo de categorías.

230. La Corte partirá entonces del principio de que, en la medida en que no entra en las provisiones del párrafo 1 del artículo VIII, la caza de ballenas –excepto la caza aborigen de subsistencia– encaja en las tres disposiciones del reglamento invocadas por Australia. En esta conclusión que se desprende de la interpretación de la Convención y que, en consecuencia, se aplica a todo permiso especial que autorice la muerte, la captura y el tratamiento de ballenas que no sea expedido ‘para investigación científica’ en el sentido del párrafo 1 del artículo VIII, la Corte no encuentra ningún motivo para examinar los elementos probatorios que fueron aportados por las partes en apoyo de sus tesis contradictorias relativas al punto de determinar si la caza practicada en el marco del JARPA II es, en cierta medida, de naturaleza comercial.

231. El párrafo 10e), que establece la moratoria sobre la caza comercial, determina que

no obstante las demás disposiciones del párrafo 10, los límites de captura para la matanza con fines comerciales de ballenas de todas las poblaciones para la costera de 1986, temporadas pelágicas 1985-1986 y posteriores serán cero hasta que la Comisión decida otra cosa. Esta norma permanecerá sujeta a revisión de un más exacto consejo científico y para 1990, como mucho, la Comisión valorará los efectos de esta decisión en las poblaciones de ballenas y considerará la modificación de esta provisión y el establecimiento de otros límites de capturas (tomado de <http://ivc.int/schedule-es>; revisado el 6 de enero de 2015).

Desde el año 2005 hasta nuestros días, en los permisos que fueron expedidos en el marco del JARPA II, Japón estableció límites de captura superiores a cero para tres especies –850 para los pequeños rorcuales, 50 para los rorcuales comunes y 50 para las ballenas jorobadas–. Como ya se mencionó (ver párrafos 229-230), la Corte estima que todas las actividades de caza de ballenas que no se configuran con las provisiones del artículo VIII de la Convención (excepto la caza aborigen de subsistencia) recaen automáticamente en el párrafo 10e) del reglamento anexo. En consecuencia, Japón no actuó conforme a sus obligaciones en virtud de dicho párrafo, esto por cada uno de los años en los que otorgó permisos en el marco del JARPA II (es decir, de

2005 hasta nuestros días), en la medida que estos permisos establecieron límites de captura superiores a cero.

232. El párrafo 10d), que establece la mora de las fábricas flotantes (buque-factoría), determina que

“no obstante las demás disposiciones del párrafo 10 habrá una moratoria sobre la captura, muerte o procesamiento de ballenas, excluidos los rorcuales menores, por parte del buque-factoría o balleneros adscritos a buques-factoría. Esta moratoria será de aplicación a los cachalotes, orcas y ballenas con barbas (‘misticetos’), excepto rorcuales menores” (tomado de <http://iwc.int/schedule-es>; revisado el 6 de enero de 2015).

La Convención define un ‘buque-factoría’ como “un buque en el cual o sobre el cual se someta a tratamiento a las ballenas en su totalidad o en parte”, y un ‘ballenero’ como “un helicóptero u otra aeronave o un buque utilizados para la caza, captura, muerte, remolque y seguimiento de ballenas, o para realizar exploraciones y reconocimientos de localización de estas” (art. II, párrs. 1 y 3) (tomado de <http://iwc.int/convention-es#convention>; revisado el 6 de enero de 2015). El buque Nisshin Maru, usado en el marco del JARPA II, es una fábrica flotante, otros buques usados en el marco del JARPA II sirvieron de balleneros. Como ya se indicó (ver párrafos 229-230), la Corte estima que todas las actividades de caza de ballenas que no se enmarcan en las provisiones del artículo VIII de la Convención (excepto la caza aborígen de subsistencia) recaen en el marco del párrafo 10d) del reglamento que se anexa. En consecuencia, Japón no actuó de conformidad con sus obligaciones en virtud de dicho párrafo, esto con relación a cada temporada a lo largo de las cuales fueron capturados, sometidos a muerte y tratados los rorcuales comunes en el marco del JARPA II.

233. El párrafo 7b), que establece el Santuario del Océano Austral, dispone, en el acápite correspondiente, que,

“de acuerdo con el artículo V (1), c), de la Convención, la captura comercial de ballenas, bien sea mediante operaciones pelágicas, bien sea desde estaciones terrestres, queda prohibida en la región denominada Santuario del Océano Meridional” (tomado de <http://iwc.int/schedule-es>; revisado el 7 de enero de 2015).

Como ya se mencionó, el JARPA II se desarrolla en el Santuario del Océano Austral (también denominado meridional) (ver párrafo 120). El pá-

rrafo 7b) no se aplica a Japón con relación a los rorcuales pequeños, teniendo en cuenta la objeción que presentó al respecto. Como ya se indicó (ver párrafos 229-230), la Corte considera que todas las actividades de caza a la ballena que no entran en las provisiones del artículo VIII de la Convención (excepto la caza aborigen de subsistencia) recaen en el marco del párrafo 7b) del reglamento anexo. En consecuencia, se deduce que Japón no actuó de conformidad con sus obligaciones en virtud de dicho párrafo, esto en relación con cada una de las temporadas a lo largo de las cuales fueron capturados rorcuales comunes en el marco del JARPA II.

5. Incumplimiento de las obligaciones de Japón en virtud del párrafo 30 del reglamento

234. En sus conclusiones finales, Australia le solicita a la Corte decir y juzgar que Japón violó su obligación de conformarse a las disposiciones del párrafo 30 del reglamento. Estas estipulan que todo Estado parte debe someter al Secretario General de la CBI los permisos que se encuentran en la instancia de ser otorgados, en un plazo suficiente para permitirle al comité científico examinarlos y comentarlos. De acuerdo con los términos de dicho párrafo, el permiso debe especificar: los objetivos de la investigación; la cantidad, el sexo, el tamaño y la población animal que va ser capturada; las opciones de participación en la investigación de científicos de otros países; los efectos potenciales de esta caza sobre la conservación de la población concernida.

235. Si la violación invocada de las disposiciones del párrafo 30 no se encuentra entre las conclusiones formuladas por Australia en su memoria, la pregunta al menos fue invocada, así como lo fue también en la contra-memoria de Japón.

236. Australia formula dos aspectos con relación al párrafo 30, sostiene que Japón no sometió a examen la propuesta de los permisos con anterioridad al comienzo de cada temporada del JARPA II, y que los permisos anuales no contienen la información requerida de acuerdo con este párrafo.

237. En su defensa, Japón argumenta que, antes de la presente instancia, Australia no se había quejado nunca ante el comité científico de este supuesto incumplimiento del párrafo 30. Precisa que sometió el "Plan de investigación del JARPA II" dos meses antes de la reunión de la CBI en junio de 2005, es decir, antes de que se otorgara cualquier permiso especial en virtud de este programa, y que el comité científico examinó y comentó el proyecto de conformidad con las directrices aplicables en ese momento, tal

y como consta en el anexo Y. Japón sostiene que, en el caso de un programa plurianual como el JARPA II, el comité científico evalúa solamente el proyecto inicial, sin volver a examinar cada año las “propuestas relativas a los proyectos en curso que no hayan tenido modificaciones”. Esta era la práctica del comité científico antes de que Japón sometiera su plan de investigación para el JARPA II, práctica que posteriormente se formalizó en el anexo P.

238. En lo relativo al calendario, la Corte nota que Japón sometió el “Plan de investigación del JARPA II” al examen del comité científico antes de entregar el primer permiso en el marco de este programa. Con relación a los permisos siguientes que fueron entregados sobre la base de esta propuesta, se enmarcan en el párrafo 1 del artículo VIII de la Convención, que establece que “cada uno de los gobiernos contratantes pondrá inmediatamente en conocimiento de la Comisión todas las autorizaciones de este tipo que hubiere concedido” (tomado de <http://iwc.int/convention-es#convention>; revisado el 7 de enero de 2015). Australia no desconoce que Japón haya actuado así con relación a cada permiso otorgado en el marco del JARPA II.

239. En lo relativo a las obligaciones de fondo impuestas por el párrafo 30, la Corte considera que el “Plan de investigación del JARPA II”, sobre el cual se otorgaron los permisos especiales, incluye la información requerida por esta disposición, como lo reconoció el comité científico cuando examinó el “Plan de investigación” en 2005. La ausencia de información detallada en los permisos se explica por el carácter plurianual del programa, tal y como se describió en el “Plan de investigación del JARPA II”, en el que Japón nunca modificó ni los objetivos ni los métodos de investigación. La forma en que Japón procedió fue conforme con la práctica del comité científico.

240. La Corte observa que el párrafo 30 del reglamento y sus líneas directrices relativas a la comunicación de las propuestas de permisos, así como su examen por parte del comité científico (que en la actualidad conforman el anexo P), deben ser considerados a la luz del deber de cooperación con la CBI y el comité científico que se impone a todos los Estados parte, obligación que fue reconocida por los dos Estados parte y por el Estado interviniente. Como ya se señaló (ver párrafos 199-212), la forma como el JARPA II entró en funcionamiento se diferencia en varios aspectos importantes de lo que había sido inicialmente previsto y descrito en el “Plan de investigación”. Bajo esta circunstancia, un Estado parte que someta a examen del comité científico un proyecto revisado muestra su voluntad de cooperar con este.

241. La Corte señala que 63 miembros del comité científico tomaron la decisión de no participar en el examen del “Plan de investigación del JARPA II” en 2005, argumentando que el comité científico no podía examinar un

nuevo proyecto sin previamente haber realizado una evaluación final del JARPA. Estos científicos entregaron sus propios comentarios sobre el “Plan de investigación del JARPA II”, en estos criticaron los métodos y los objetivos buscados, sin por ello afirmar que la propuesta era insuficiente a la luz de la práctica del comité científico en virtud del párrafo 30.

242. En consecuencia, la Corte estima que Japón cumplió con las exigencias del párrafo 30 en lo relativo al JARPA II.

*

* *

243. De acuerdo con las conclusiones a las que se ha llegado, relativas a la calificación del JARPA II en el marco del artículo VIII, así como con las consecuencias de estas conclusiones, relativas a las obligaciones que recaen sobre Japón en virtud del reglamento, no hay lugar para que la Corte examine los demás argumentos invocados por Australia para sustentar sus pretensiones.

III. Medidas

244. Además de pedirle a la Corte que concluya que las ballenas sometidas a muerte, capturadas y tratadas bajo el título de permisos especiales otorgados en el marco del JARPA II no son para fines de investigación científica en el sentido del artículo VIII y que Japón, en consecuencia, actuó en violación de las disposiciones de los tres párrafos del reglamento, Australia le solicita a la Corte que diga y juzgue que Japón debe:

- a) abstenerse de autorizar o de ejecutar cualquier actividad de caza a la ballena bajo el título de un permiso especial que no sea dirigido a la luz de investigaciones científicas en el sentido del artículo VIII;
- b) poner fin, con efecto inmediato, a la ejecución del programa JARPA II; y
- c) revocar todos los permisos, autorizaciones o licencias que permiten la ejecución del programa JARPA II.

245. La Corte constata que el JARPA II está todavía en ejecución y que, bajo estas circunstancias, se imponen medidas que vayan más allá de un juzgamiento declarativo. En consecuencia, ella le ordenará a Japón que revoque todos los permisos, autorizaciones o licencias que haya otorgado para someter a muerte, capturar o tratar ballenas en el marco del JARPA II, y de abstenerse de otorgar nuevos permisos en virtud del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención a la luz de este programa.

246. La Corte no considera necesario ordenar la otra solución invocada por Australia, que le exigía a Japón que se abstuviera de autorizar, o de practicar, cualquier actividad de caza de ballenas bajo el marco de un permiso especial que no tenga relación con la investigación científica en el sentido del artículo VIII. Todos los Estados parte se encuentran sometidos a esta obligación. Debemos pensar que, cuando vayan a estudiar la posibilidad de otorgar permisos en el futuro que se enmarquen en el ámbito del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención, Japón tendrá en cuenta el razonamiento seguido por la Corte en la presente decisión, así como las conclusiones.

*
* *

247. Por lo anterior,

LA CORTE,

1) Por unanimidad,

Dice que es competente para conocer de la demanda interpuesta por Australia el 31 de mayo de 2010;

2) Por 12 votos contra 4,

Dice que los permisos especiales otorgados por Japón de acuerdo con el JARPA II no se enmarcan en lo estipulado en el párrafo 1 del artículo VIII de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de Ballenas;

A FAVOR: Sr. Tomka, *presidente*; Sr. Sepúlveda-Amor, *vicepresidente*; Sres. Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Sras. Xue, Donoghue, Sr. Gaja, Sra. Sebutinde, Sr. Bhandari, *jueces*; Sra. Charlesworth, *jueza ad hoc*;

EN CONTRA: Sres. Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf, *jueces*.

3) Por 12 votos contra 4,

Dice que, al otorgar permisos especiales autorizando el sometimiento a la muerte, la captura y el tratamiento de rorcuales comunes, de ballenas jorobadas y de pequeños rorcuales del Antártico en el marco del JARPA II, Japón no actuó de conformidad con las obligaciones establecidas en el párrafo 10e) del reglamento anexo a la Convención Internacional para Reglamentar la Caza de Ballenas;

A FAVOR: Sr. Tomka, *presidente*; Sr. Sepúlveda-Amor, *vicepresidente*; Sres. Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Sras. Xue, Donoghue, Sr. Gaja, Sra. Sebutinde, Sr. Bhandari, *jueces*; Sra. Charlesworth, *juez ad hoc*;

EN CONTRA: Sres. Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf, *jueces*.

4) Por 12 votos contra 4,

Dice que Japón no actuó de conformidad con las obligaciones establecidas en el párrafo 10d) del reglamento anexo a la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza a la Ballena con relación al sometimiento a muerte, captura y tratamiento de rorcuales comunes en el marco del JARPA II;

A FAVOR: Sr. Tomka, *presidente*; Sr. Sepúlveda-Amor, *vicepresidente*; Sres. Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Sras. Xue, Donoghue, Sr. Gaja, Sra. Sebutinde, Sr. Bhandari, *jueces*; Sra. Charlesworth, *juez ad hoc*;

EN CONTRA: Sres. Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf, *jueces*.

5) Por 12 votos contra 4,

Dice que Japón no actuó de conformidad con sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en el párrafo 7b) del reglamento anexo a la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de Ballenas con relación al sometimiento a muerte, captura y tratamiento de rorcuales comunes en el Santuario del Océano Austral en el marco del JARPA II;

A FAVOR: Sr. Tomka, *presidente*; Sr. Sepúlveda-Amor, *vicepresidente*; Sres. Keith, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Sras. Xue, Donoghue, Sr. Gaja, Sra. Sebutinde, Sr. Bhandari, *jueces*; Sra. Charlesworth, *juez ad hoc*;

EN CONTRA: Sres. Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf, *jueces*.

6) Por 13 votos contra 3,

Dice que Japón respetó las obligaciones establecidas en el párrafo 30 del reglamento anexo a la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de Ballenas en el marco del JARPA II;

A FAVOR: Sr. Tomka, *presidente*; Sr. Sepúlveda-Amor, *vicepresidente*; Sres. Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Sras. Xue, Donoghue, Sr. Gaja, *jueces*; Sra. Charlesworth, *juez* ad hoc;

EN CONTRA: Sra. Sebutinde, Sr. Bhandari, *jueces*; Sra. Charlesworth, *juez* ad hoc.

7) Por 12 votos contra 4,

Decide que Japón debe revocar todos los permisos, autorizaciones o licencias que haya otorgado en el marco del JARPA II y abstenerse de otorgar cualquier nuevo permiso en el marco de este programa.

A FAVOR: Sr. Tomka, *presidente*; Sr. Sepúlveda-Amor, *vicepresidente*; Sres. Keith, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, Sras. Xue, Donoghue, Sr. Gaja, Sra. Sebutinde, Sr. Bhandari, *jueces*; Sra. Charlesworth, *juez* ad hoc;

EN CONTRA: Sres. Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf, *jueces*.

Hecho en inglés y en francés, siendo el texto en inglés el que da fe, en el Palacio de la Paz, en La Haya, el treinta y uno de marzo de dos mil catorce, en cuatro ejemplares, uno de los cuales será depositado en los archivos de la Corte y los otros serán entregados respectivamente al gobierno de Australia, al gobierno de Japón y al gobierno de Nueva Zelanda.

El Presidente,
(*firmado*) Peter TOMKA

El Secretario,
(*firmado*) Philippe COUVREUR

Los Sres. jueces OWADA y ABRAHAM adjuntan a la decisión su opinión disidente; el Sr. juez KEITH adjunta una declaración a la decisión; el Sr. juez BENNOUNA adjunta a la decisión su opinión disidente; el Sr. juez CANÇADO TRINDADE adjunta a la decisión su opinión individual; el Sr. juez YUSUF adjunta a la decisión su opinión disidente; el Sr. juez GREENWOOD, las Sras. jueces XUE y SEBUTINDE, así como el Sr. juez

BHANDARI, adjuntan a la decisión su opinión individual; la Sra. juez *ad hoc* CHARLESWORTH adjunta a la decisión su opinión individual.

(*Rubricado*) P. T.

(*Rubricado*) Ph. C.

Opinión disidente del Sr. juez Owada

En su opinión disidente, el juez Owada estima que, para su mayor pesar, no puede sumarse a la sentencia respecto de los términos y las conclusiones establecidas en los párrafos 2, 3, 5 y 7 de su sección operativa, como el razonamiento expresado en su parte justificativa. El juez Owada escribe que su disenso es frente al entendimiento dado por la sentencia al carácter más básico de la Convención para la Regulación de la Caza de Ballenas, a la metodología que la sentencia emplea para interpretar y aplicar lo previsto en la Convención, y, por lo tanto, con varias conclusiones a la que esta llega.

I. Jurisdicción

El juez Owada comienza su opinión disidente notando que, en el asunto relativo a la jurisdicción de la Corte, él mantiene ciertas reservas en algunos aspectos del razonamiento del fallo, pero concurre con la conclusión del fallo en cuanto a que la Corte tiene jurisdicción. El juez pone de presente su reserva en cuanto a que, bajo ciertas circunstancias procesales desafortunadas, las partes no fueron provistas en los procedimientos con oportunidades amplias para desarrollar sus respectivos argumentos en materia de jurisdicción.

II. Objeto y fin de la Convención

El juez Owada, posteriormente, estudia el objeto y propósito de la Convención. Resalta que existen dos visiones opuestas de la Convención. Según una primera visión, ha existido una evolución de la percepción económico-social del mundo en lo relativo a las ballenas y a la caza a través de los años desde 1946, lo que debe reflejarse en la interpretación y aplicación de la Convención. Según una segunda visión, la base jurídico-institucional de la

Convención no ha cambiado desde que fue formulada, fundada como lo fue en principios bien establecidos de derecho internacional relativos a la conservación y el manejo de recursos pesqueros, incluyendo ballenas, siendo un carácter básico de la Convención que debe ser mantenido en lo esencial. Lo anterior, según el Juez Owada, es la división fundamental que separa las posiciones legales de Australia y Nueva Zelanda por un lado y Japón en el otro.

Al examinar el objeto y fin de la Convención, el juez Owada nota que fue creado frente a la historia de caza descontrolada de ballenas y la regulación débil que llegó a amenazar la sostenibilidad de las reservas de ballenas y con ello la viabilidad de la industria ballenera, y debe ser entendido en el contexto de esa situación. El juez Owada, posteriormente, observa que el objeto y fin de la Convención, como su propósito, están claramente enunciados en el preámbulo. Según el juez Owada, es claro que el objeto y fin de la Convención es perseguir el objetivo de lograr los propósitos conjuntos de la sostenibilidad del máximo posible de reservas en cuestión y, a su vez, la viabilidad de la industria ballenera. En ninguna parte de la Convención se encuentra la idea de una total y permanente prohibición a la caza de ballenas. El juez Owada también indica que esto se confirma por los Records Verbatim de la Comisión Internacional Ballenera, que votó por una moratoria en la caza de ballenas.

Según el juez Owada, es de importancia cardinal que la Corte entienda que este objeto y fin de la Convención es su perspectiva correcta, la cual define las características esenciales del régimen establecido por la Convención. En opinión del juez Owada, la sentencia ha fallado al abordar el análisis de las características esenciales del régimen de la Convención. La enunciación lacónica por parte de la sentencia de que “las funciones conferidas a la Comisión la hacen un instrumento en evolución” no especifica cuáles son sus implicaciones. El juez Owada encuentra que la Convención no es maleable como tal en el sentido jurídico, a partir de los cambios en los escenarios socioeconómicos colindantes.

III. Las características esenciales del régimen regulatorio bajo la Convención

El juez Owada sostiene que, para el propósito de entender las características esenciales del régimen establecido en la Convención, la estructura de la Convención debe ser analizada con cierto detalle. En este sentido, el juez Owada observa que 1) los gobiernos contratantes han creado la Comisión Internacional Ballenera como órgano ejecutivo, que puede tomar una decisión

por una mayoría de tres cuartos, si alguna acción es requerida a la luz del artículo V; 2) bajo el artículo V, la Comisión puede enmendar algunas provisiones del programa, que forma parte integral de la Convención, al adoptar regulaciones respecto de la conservación y la utilización de los recursos balleneros, sujeta a ciertas condiciones; 3) la Comisión puede también producir recomendaciones a todos los Estados parte en cualquier materia relativa a las ballenas o la caza de ballenas y los objetivos y propósitos de la Convención; y 4) no obstante todos los contenidos de la Convención, un Estado parte puede extender a cualquiera de sus nacionales un permiso especial autorizando a ese nacional a cazar, capturar y tratar ballenas para propósitos de investigación científica, sujeto a las restricciones de número y sujeto a aquellas condiciones que el gobierno contratante considere adecuadas, y la caza, captura y trata de ballenas en concordancia con lo previsto en el artículo VIII deberán estar exentas de la aplicación de la Convención.

El juez Owada establece que, basado en lo resumido anteriormente, es justo concluir que la Convención ha creado cierto tipo de régimen regulatorio autocontenido respecto a las ballenas y a la caza de ballenas, sin con ello afirmar que tal sistema frente a la autonomía de las partes esté por fuera del proceso de revisión judicial de la Corte. El juez Owada, posteriormente, anota que, dentro de ese régimen regulatorio autocontenido, ningún poder de decisión por mayoría es dado a la Comisión para vincular a las partes contratantes y ninguna de las enmiendas al programa se vuelve efectiva en relación con una parte contratante que objeta la enmienda en cuestión. El juez Owada recuerda que, tras la enmienda al programa para prohibir la caza comercial de ballenas de todas las especies a partir de la temporada 1985/86, Japón eventualmente ejerció su derecho a objetar según el artículo 5°, objeción que luego retiró por la presión de los Estados Unidos.

Según el juez Owada, el argumento adelantado en relación con esta situación por el demandante y, posteriormente, por el interviniente, de que la Convención ha sufrido una evolución durante 60 años en concordancia con el cambio del ambiente relativo a las ballenas y a la caza de ballenas puede parecer un argumento que es equivalente a un intento por cambiar las reglas del juego como fueron proveídas por la Convención y aceptadas por los Estados parte en 1946. El juez Owada observa que, según el demandado, enfrentándose a esta nueva situación de la adopción de la moratoria a la caza de ballenas con propósito comercial, le fue necesario adelantar un programa de actividades con propósito científico para que la evidencia científica pudiese ser recolectada para la consideración de la Comisión (o su comité científico), con la intención de lograr que la Comisión levantara o revisara

su moratoria, que había sido presentada como una medida adoptada que no tendría duración ilimitada y sujeta a revisión futura. Según el juez Owada, es difícil encontrar algo equivocado en el accionar del demandado.

El juez Owada resalta que, dado el lenguaje del artículo V, parágrafo 2, y el artículo VIII, parágrafo 1, de la Convención, en lo que el demandante se embarcó bajo el JARPA y el JARPA II es *prima facie* a ser considerado como en conformidad con la Convención y el programa revisado. Por lo tanto, de acuerdo con el juez Owada, toda la cuestión de la legalidad de las actividades balleneras de Japón según el JARPA y el JARPA II como su continuación ha de supeditarse a la pregunta de si tales actividades del demandante corresponden a actividades ‘para propósito de investigación científica’ dentro del significado del artículo VIII de la Convención.

IV. La interpretación del artículo VIII

Conforme con el juez Owada, el carácter esencial de la Convención, según fue examinado anteriormente, reside en el hecho de que los Estados parte han creado un régimen regulatorio autocontenido para regular las ballenas y la caza de ballenas. La prescripción contenida en el artículo VIII de la Convención, según el juez Owada, es un componente importante de este régimen regulatorio. El juez Owada considera que estaría mal en este sentido caracterizar el poder reconocido a una parte contratante a extender permisos especiales para “matar, capturar o tratar ballenas para propósitos científicos” (Convención, art. VIII, para. 1) como nada más que una excepción al régimen regulatorio establecido por la Convención. El juez Owada considera que un Estado parte al que se le ha reconocido esta prerrogativa bajo el artículo VIII está en efecto desarrollando una importante función dentro de este régimen regulatorio al recolectar material científico y datos requeridos para la promoción de los objetivos y fines de la Convención. El juez Owada, posteriormente, anota que, bajo este régimen regulatorio de la Convención, el poder de determinar cuestiones como cuáles deben ser los componentes de la investigación científica o cómo debe ser diseñada e implementada tal investigación científica en determinada situación está principalmente dejado a la decisión discrecional del gobierno que extiende el permiso. Según el juez Owada, el Estado parte está obligado a ejercer este poder discrecional solo para propósitos de investigación científica en buena fe y a ser eventualmente responsable por sus actividades de investigación científica frente a los órganos ejecutivos de la Convención, como la Comisión y su comité científico.

El juez Owada enfatiza que esto no significa que la Corte, como institución judicial encargada de la tarea de interpretar y aplicar las provisiones de la Convención, no tenga un rol dentro del proceso. Dada la naturaleza y las características específicas del marco regulatorio creado por la Convención, aun así, este poder de la Corte debe ser ejercido dentro de un grado de restricción, en tanto lo que involucra es a) relativo a la aplicación del marco regulatorio de la Convención y b) concerniente con la tarea tecnoespecífica de establecer los méritos de la investigación científica, asignada por la Convención al comité científico.

En cuanto al problema relativo a la aplicación del marco regulatorio de la Convención –punto a) arriba–, el juez Owada estima que la buena fe de lado de la parte contratante debe necesariamente presumirse. Según el juez Owada, la función de la Corte en este caso es contemplar que el Estado en cuestión este persiguiendo sus actividades de buena fe y en concordancia con los requerimientos del régimen regulatorio para los propósitos de investigación científica conducente a resultados científicos que ayuden a promover el objeto y fin de la Convención. El juez Owada manifiesta, aun así, que el diseño e implementación del programa deberían por su naturaleza no ser sujetos a revisión de la Corte. El juez Owada nota que el artículo VIII expresamente garantiza al Estado parte el poder primario para decidir sobre ello.

El juez Owada indica que las alegaciones presentadas por el demandante en cuanto a que las actividades fueron diseñadas e implementadas para propósitos diferentes a los de investigación científica encubiertas de investigación científica no pueden ser presumidas, y deben ser corroboradas por fuerte evidencia concluyente que pueda demostrar la existencia de mala fe atribuible al Estado en cuestión.

Frente al segundo aspecto del problema relativo a la determinación de aquello que constituye actividades ‘con el propósito de investigación científica’ –punto b) arriba–, el juez Owada no está de acuerdo con el enfoque de la sentencia que distingue entre ‘investigación científica’ como tal y ‘actividades con el propósito de investigación científica’. Para el juez Owada, esta distinción es tan artificial que pierde sentido de la realidad cuando se le aplica a una situación concreta. Por el contrario, el juez Owada indica que la Corte debe ocuparse pura y simplemente del asunto del ámbito de lo que constituye actividades ‘para propósitos de investigación científica’ según el significado general y ordinario de la frase.

El juez Owada, adicionalmente, resalta que, en cuanto a la cuestión de que constituye actividades ‘para propósitos de investigación científica’, esta Corte, como corte de derecho, no está profesionalmente calificada para

dar una respuesta con significado científico y no debe intentar pretender que puede hacerlo. El juez Owada estima que lo que es ‘investigación científica’ es una cuestión en la cual científicos calificados usualmente tienen divergencia de opinión y no logran un punto de vista consensuado. Aun así, el juez Owada observa que la sentencia se involucra en una ‘valoración científica’ de varios aspectos sustantivos de las actividades del JARPA/JARPA II, para llegar a la conclusión de que esas actividades no pueden calificarse como actividades conducidas ‘para propósitos de investigación científica’, porque no pueden ser consideradas como objetivamente razonables, según la propia evaluación científica de la Corte. Según el juez Owada, la pregunta que surge inmediatamente es “¿en qué contexto debe ser juzgada la razonabilidad?”. Si la Corte está hablando en el contexto legal, el juez Owada sostiene que la respuesta es clara, en tanto la Convención deja este punto principalmente a la apreciación de buena fe de la parte que realiza la investigación en cuestión. Si hablamos del contexto científico, sería imposible para la Corte establecer que ciertas actividades son objetivamente razonables o no sin entrar en un examen técnico-científico y una evaluación del diseño e implementación del JARPA/JARPA II, una tarea que esta Corte no puede ni debe intentar hacer.

V. Alcance del estudio de la Corte

El juez Owada escribe que las partes contratantes de la Convención expresamente reconocen la necesidad e importancia de la investigación científica para el propósito de apoyar el “sistema de regulación internacional para las pesqueras de ballenas y asegurar la adecuada y efectiva conservación y desarrollo de las existencias de ballenas” (preámbulo, para. 7). El juez Owada indica que la conferencia que fue convenida para la conclusión de la Convención en 1946 explicitó la importancia especial de la investigación científica por organizaciones científicas involucradas en el estudio de ballenas. Para el juez Owada, la intención de las partes contratantes, al suscribirse al lenguaje del artículo VIII, era proveer el derecho a las partes contratantes de extender a sus nacionales permisos especiales para capturar ballenas con propósitos de investigación científica. El juez Owada considera que los gobiernos de las partes contratantes pueden emprender esta acción sin consulta o aprobación previa por parte de la Comisión o de su comité científico.

El juez Owada resalta que esto no implica decir que el gobierno contratante tiene discreción ilimitada al extender el permiso especial. Según el juez Owada, es el rol de la Corte el examinar desde un punto de vista legal si los procedimientos expresamente prescritos por el régimen regulatorio

de la Convención, incluyendo los del artículo VIII, son escrupulosamente observados. El juez Owada considera que la Corte también puede analizar si las actividades en cuestión pueden comprenderse como generalmente aceptadas dentro de la noción de 'investigación científica' (un requisito sustantivo para las partes contratantes bajo el artículo VIII). Este proceso involucra la determinación del estándar de revisión aplicado por la Corte.

VI. El estándar de revisión aplicado por la Corte

El juez Owada nota que, al determinar el estándar de revisión, la sentencia concluye lo siguiente:

Al revisar la extensión de permisos especiales autorizando la caza, y trata de ballenas, la Corte va a abordar, primero, si el programa bajo el cual estas actividades ocurren involucra investigación científica. Segundo, la Corte deberá considerar si la caza, captura y trata de ballenas es para 'propósitos de' investigación científica al examinar si, en el uso de métodos letales, el diseño e implementación del programa son razonables en relación con conseguir los objetivos propuestos. Este estándar de revisión es objetivo (sentencia, párrafo 67.)

De acuerdo con el juez Owada, la sentencia, al establecer el estándar de revisión, ignora la diferencia de posiciones entre las partes en esta cuestión y, sin explicación mayor, toma la posición de una de las partes, siendo esta la del demandante. Según el juez Owada, el lenguaje usado por la sentencia sugiere que la aplicación de la razonabilidad de este estándar de revisión ha sido aceptada de forma común por las partes en relación con el ámbito general de esta, cuando, en realidad, existía una amplia diferencia en la posición entre las partes, especialmente en cuanto al alcance de la revisión misma. Posteriormente, según el juez Owada, el juicio no provee ninguna explicación acerca de si es legítimo o apropiado para la Corte el expandir el alcance de la revisión al encaminarse a examinar el 'diseño e implementación' del programa JARPA II.

El juez Owada observa que un cuidadoso examen de los argumentos de las partes revela que la génesis de este estándar de revisión aparenta derivar su origen de la jurisprudencia del Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial de Comercio (OMC) en el caso Estados Unidos-Suspensión de obligaciones en la diferencia CE-hormonas (en adelante, 'CE-hormonas'). Según el juez Owada, la sentencia toma esta fórmula mágica de razonabilidad

objetiva desde el contexto en que este estándar fue utilizado y lo aplica de forma mecánica para nuestros propósitos, sin darle consideración apropiada al contexto en el que este estándar de revisión se estaba aplicando.

El juez Owada resalta que el demandado manifestó lo siguiente con respecto al estándar de revisión: “Japón concuerda con Australia y Nueva Zelanda en relación con el test frente a si la decisión del Estado es objetivamente razonable o ‘apoyada por un razonamiento coherente y evidencia científica respetable y... en este caso, objetivamente justificable’” (énfasis añadido).

Para el juez Owada, el demandante se apoya en una cita, palabra por palabra, del caso CE-hormonas. Es importante, por esta razón, examinar el contexto preciso en que ese pasaje aparece, que es el siguiente:

En cuanto a lo que concierne a los paneles de la OMC respecto al estudio de los hechos, el estándar aplicable ‘no es una revisión *de novo* como total, tampoco «total deferencia», sino una evaluación objetiva de los hechos’ (...).

Es tarea de los miembros de la OMC realizar la evaluación de los riesgos. La tarea del panel es revisar esa evaluación de los riesgos. Cuando un panel va más allá de su mandato limitado y actúa como un evaluador de riesgos, estaría sustituyendo su propio juicio científico por aquel del evaluador de riesgos y creando un estudio *de novo* y, consecuentemente, estaría excediendo sus funciones bajo el artículo 11 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC. Por ello, el poder de revisión de un panel no está en determinar si la evaluación de riesgos realizada por un miembro de la OMC es correcta, sino determinar si esa evaluación de riesgos está soportada por un razonamiento coherente y evidencia científica respetable y, en este sentido, si es objetivamente justificable (énfasis añadido).

El juez Owada enfatiza que el Órgano de Apelaciones de la OMC estableció que el Órgano excedería sus funciones al actuar como un evaluador de riesgos y hacer una revisión *de novo*. Desde el punto de vista del juez Owada, por lo tanto, la sentencia comete un error al tomar este estándar de razonabilidad objetiva fuera de su contexto y aplicarlo mecánicamente para el propósito opuesto, que es el propósito de involucrar a la Corte en una evaluación *de novo* de las actividades del demandado, cuando a este Estado le es dado el poder principal bajo la Convención de extender permisos especiales con propósitos de investigación científica.

El juez Owada también resalta que en el diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua), la Corte se refirió al argumento del demandante (Costa Rica) que sostenía que la forma en que el demandado (Nicaragua) restringió los derechos de navegación de Costa Rica en el río San Juan “no era razonable”.

La Corte al respecto manifestó: “El regulador, en este caso el Estado con soberanía sobre el río, tiene la responsabilidad principal de evaluar la necesidad de regulación y de elegir, bajo el conocimiento de la situación, la medida que considere más apropiada para responder a esa necesidad. No es suficiente al contradecir tal regulación, simplemente manifestar en un sentido general que es poco razonable”.

El juez Owada considera que la posición del demandado en el caso presente es análoga en derecho a la del demandado en el caso arriba mencionado. Según el juez Owada, el *dictum* de esta Corte en aquel caso debería ser aplicable al caso presente.

VII. Aplicación del estándar de revisión al presente caso

El juez Owada indica que se abstendrá de involucrarse en el ejercicio de refutar las conclusiones de la sentencia resultantes de su evaluación sustantiva de cada uno de los aspectos concretos del diseño e implementación del programa JARPA II, en tanto proceder a tal ejercicio sería hacer precisamente lo que la Corte no debió realizar frente a la Convención. El juez Owada desea, en todo caso, criticar la metodología que la sentencia emplea al aplicar el estándar de razonabilidad objetiva al evaluar las actividades concretas del JARPA II. De acuerdo con el juez Owada, existe una fuerte pero refutable presunción de que el gobierno que extiende el permiso, al extender tales permisos bajo el artículo VIII, ha hecho la determinación no solo de buena fe, sino también a la luz de cuidadosas consideraciones de que las actividades que realizará son para propósitos de investigación científica. El juez Owada manifiesta que la función de la Corte es estudiar si la determinación del gobierno contratante es razonable, en el sentido de que el programa de investigación se base en un razonamiento coherente y apoyado por opiniones respetables dentro de la comunidad científica de especialistas en ballenas, aun cuando el programa de investigación pueda no necesariamente encontrar el apoyo mayoritario de la comunidad científica involucrada.

Para el juez Owada, la sentencia parece aplicar el estándar de razonabilidad objetiva de una manera tal que es la parte otorgante quien sufre la carga de establecer la escala de la captura letal prevista por el programa,

es razonable, en orden de calificar al programa como un programa genuino para ‘propósitos de investigación científica’. El juez Owada manifiesta que debería ser el demandante, más que el demandado, quien debe establecer con evidencia creíble que las actividades del demandado bajo el JARPA II no pueden ser consideradas como actividades de investigación científica ‘razonable’ para los propósitos del artículo VIII de la Convención. Para el juez Owada, el demandante ha fallado en lograr esta presentación en el caso.

El juez Owada considera que, a su parecer, las actividades adelantadas en ejercicio del JARPA II pueden ser caracterizadas como actividades ‘razonables’ para propósitos de investigación científica. El juez Owada nota que la evidencia, incluyendo un pronunciamiento de la dirección del comité científico, ha claramente mostrado que el JARPA II provee cierta información científica útil respecto a las ballenas orcual que ha sido de valor sustancial para el comité científico. El juez Owada, adicionalmente, recuerda que el reporte del grupo de trabajo intertemporal manifestó que el programa JARPA, que es en muchos aspectos sustancialmente similar al JARPA II, puede proveer información estadística importante que puede resultar en una reconsideración de la caza permitida de ballena orcual bajo el procedimiento revisado de administración. El juez Owada manifiesta que lo referido en este reporte es precisamente el tipo de datos que se consideraron útiles para la Convención, como lo evidencia el artículo VIII, manifestando que “la continua obtención y análisis de datos biológicos en conexión con la operación de barcos fábrica y estaciones de tierra es indispensable para la constante y constructiva administración de las pesquerías de ballenas”. El juez Owada considera que, a la luz de la evidencia, es difícil ver cómo las actividades del JARPA y su sucesor, el JARPA II, puedan ser consideradas ‘no razonables’.

VIII. Conclusión

Como conclusión, el juez Owada enfatiza que el único y crucial asunto al centro de la presente disputa es si las actividades bajo el programa JARPA II son “para propósitos de investigación científica” y no si el JARPA II ha obtenido un nivel de excelencia como un proyecto para investigación científica para lograr el objeto y fin de la Convención. El juez Owada manifiesta que puede ser cierto que el JARPA II está lejos de ser perfecto para conseguir tal objetivo. Aun cuando el JARPA II contenga ciertos defectos, el hecho en sí mismo no torna esas actividades en actividades de caza comercial de ballenas. El juez Owada concluye que esta ciertamente no puede ser la razón de la

Corte para declarar que “Japón debe revocar toda autorización, permiso o licencia extendida en relación con el JARPA II” –sentencia, parágrafo 247 (7)–.

Opinión disidente del Sr. juez Abraham

En su opinión disidente, el juez Abraham indica que, si votó a favor del punto del dispositivo de la decisión por medio del cual la Corte rechaza la excepción de falta de competencia presentada por Japón, él no está de acuerdo con el razonamiento seguido por la Corte para llegar a dicha conclusión. En efecto, si la Corte tuvo razón al dejar de lado la interpretación literal de la segunda parte de la reserva de Australia invocada por Japón, que excluye de la Corte todo diferendo que “surja de, concerniente a, o relativo a la explotación de cualquier área de o adyacente a cualquier zona marítima pendiente de delimitación”, esta hizo de esta parte una interpretación muy discutible e inútilmente restrictiva.

Para el juez Abraham, esta segunda parte debe ser entendida como teniendo por objeto excluir de la competencia de la Corte las diferencias que, sin ser directamente relativas a la delimitación marítima, sí deberían llamar a la Corte a que tome una posición de forma incidental sobre la extensión de zonas marítimas de Australia, esto en la medida que tendrían por objeto la explotación de un espacio marítimo cuya pertenencia aún hace parte de un litigio pendiente. Cuando se reúnen estas condiciones, la Corte debería buscar la forma de incluir el tema aun si las partes de forma concurrente no han reivindicado estos espacios.

*

Sobre el fondo, el juez Abraham está en desacuerdo con el procedimiento adoptado por la Corte.

Su desacuerdo es, por una parte, sobre la interpretación de la noción de programa ‘con la idea de investigación científica’ en el sentido del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de Ballenas. Al respecto, el juez Abraham acepta la propuesta según la cual el artículo VIII de la Convención no debe dar lugar ni a una interpretación restrictiva ni a una interpretación extensiva, y está de acuerdo con la forma como la Corte abordó la noción de ‘investigación científica’, específicamente rechazando la definición propuesta por el experto citado por Australia. Sin embargo, critica la decisión de la Corte de un criterio de

un examen ‘objetivo’ cuando pretende evaluar un programa como estando ‘con la idea de’ investigación científica. En efecto, la frase “con la idea de” conlleva necesariamente a la evaluación de los fines buscados por el Estado que dan origen al programa evaluado. Al pretender buscar si la concepción y la puesta en funcionamiento de un programa de investigación científica son razonablemente adaptadas a los objetivos anunciados, la Corte se erige en comité científico en lugar de cumplir con su rol, que consiste en determinar la naturaleza de las actividades respectivas.

El juez Abraham estima que, en una situación en la que un Estado se vale del artículo VIII para justificar la autorización de un programa de caza de ballenas que incluye actividades de investigación científica, concluir la inaplicabilidad de este artículo conlleva necesariamente a poner en duda la buena fe del Estado respectivo; cuando la buena fe se debe presumir.

Su desacuerdo se debe igualmente a lo relativo a la apreciación de los hechos por la Corte, así como sobre la presunción desfavorable que esta, según él, hace recaer sobre Japón. La Corte no cesa de exigirle a Japón explicaciones, demostraciones, justificaciones, con relación a diferentes aspectos de la concepción y la puesta en marcha del programa JARPA II. Ella concluye, equivocadamente, que la evaluación combinada de ciertos aspectos, que la concepción y la puesta en marcha del programa JARPA II no son razonables a la luz de sus objetivos. Cuando la evaluación de la Corte no ha hecho sino alimentar lo que ella reconoce que son sus dudas, estas no son suficientes para negarle al JARPA II el carácter de ser un programa que busca hacer investigación científica. La Corte debió concluir ante la ausencia de una adecuación clara entre los objetivos anunciados en el marco del JARPA II y los mecanismos de puesta en marcha para su realización, así como ante la ausencia manifiesta de excesos en la fijación del tamaño de las muestras, y admitir, en consecuencia, que el JARPA II tiene la calidad de ser un programa desarrollado para la investigación científica.

El juez Abraham, en consecuencia, votó en contra del punto 2 del dispositivo, que concluye que los permisos especiales otorgados por Japón en el marco del JARPA II no se enmarcan en lo establecido en el párrafo 1 del artículo VIII de la Convención, y, en consecuencia, contra los puntos 3, 4, 5 y 7.

Declaración del Sr. juez Keith

1. En su declaración, el juez Keith analiza tres temas apoyando la conclusión a la que llegó la Corte, así como los motivos que ella invocó. El

primer tema es el contexto más amplio en el que conviene reubicar el caso. A lo largo de los 65 años que han pasado desde que la Convención entró en vigor, la industria ballenera, las actitudes en materia de caza a la ballena y las políticas al respecto tuvieron una evolución considerable. Al comienzo, el reglamento anexo a la Convención Internacional para Reglamentar la Caza a la Ballena permitía capturar el equivalente a 16.000 ballenas azules en las aguas del océano Austral. La captura de muestras de esta especie fue prohibida en 1965 y, en 1972, año en el que la conferencia de Estocolmo sobre el medio ambiente hizo un llamado a una moratoria de diez años sobre la caza comercial, el límite de captura de pequeños rorcuales del Antártico se fijó en 5.000 especímenes. Hoy, el reglamento anexo a la Convención incluye numerosos límites de captura fijados en cero. Un sistema establecido para regular una industria que fue utilizado para, prácticamente, ¿prohibirla? El juez Keith subraya que los gobiernos contratantes tenían a su disposición varias opciones si deseaban evitar estos problemas o este resultado. Concluye recordando la tentativa realizada entre 2007 y 2010 con el objetivo de negociar un conjunto de problemas, entre ellos el diferendo presentado ante la Corte; esta tentativa, que se inscribió en el marco del proceso sobre el futuro de la CBI, fracasó.

2. El segundo tema que el juez Keith analiza es el vínculo intrínseco que existe entre el poder de expedir un permiso especial en virtud del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención y el alcance del poder de la Corte de examinar los permisos expedidos. Identifica tres características del poder de expedición de permisos especiales que testifican los verdaderos límites que afectan el poder de un gobierno contratante. El conjunto abundante de elementos que se encuentra en el expediente, que da luces sobre el proceso que conduce a las decisiones relativas a la creación del programa JARPA II, así como sobre su puesta en marcha, es bastante significativo. El criterio tomado por la Corte para examinar los permisos puede enunciarse de la siguiente forma: ¿la decisión del gobierno contratante de otorgar un permiso especial tiene un soporte objetivo en el sentido de que haya un razonamiento científico coherente? Este criterio no requiere que el programa se 'justifique', sino que pueda justificarse a la luz de los elementos que conforman el expediente. La Corte no tiene por qué pronunciarse sobre el beneficio científico de los objetivos del programa ni sobre el interrogante de saber si la concepción y su puesta en marcha constituyen el mejor medio posible para alcanzar estos objetivos. En cambio, su rol es el de determinar si, a la luz de las características del poder de expedición identificados con anterioridad, los elementos probatorios de los que dispone demuestran las

características esenciales del programa y tienen un soporte dado por un razonamiento científico coherente.

3. En la tercera parte de su declaración, el juez Keith señala, refiriéndose a los elementos probatorios, que las autoridades japonesas realmente no le dieron importancia, ni en el momento de la planificación ni en el de la puesta en marcha, a los elementos esenciales tal y como son examinados en esta declaración y de manera más profunda en la decisión. Estos elementos esenciales son, por un lado, las decisiones relativas al uso de métodos letales en lugar de métodos que no lo son, así como determinar el tamaño de las muestras y, por el otro, la comparación entre los tamaños de las muestras con las tomas efectivamente realizadas. Como el juez Keith lo precisa en su declaración, sus decisiones, por ejemplo, aquellas relativas a la puesta en marcha del programa, no tienen un soporte que demuestre que se realizaron estudios pertinentes, ni por un razonamiento científico coherente o por informes y explicaciones pertinentes que hubieran sido comunicados a la Comisión Ballenera Internacional o a su comité científico.

4. Por lo anterior y por lo expuesto por la Corte, el juez Keith concluye que el programa no se enmarca en el campo de aplicación del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención y que, en consecuencia, las medidas tomadas en aplicación de este en aras de matar, capturar y tratar ballenas constituye una violación de las disposiciones específicas de la Convención.

Opinión disidente del Sr. juez Bennouna

El juez Bennouna votó en contra de los puntos 2, 3, 4, 5 y 7 del dispositivo.

El juez Bennouna no está de acuerdo con la interpretación de la mayoría sobre las disposiciones pertinentes de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de Ballenas (en adelante, la ‘Convención’).

El juez Bennouna señala que la cuestión de la caza de ballena conlleva una gran carga emocional y cultural. Sin embargo, recuerda que no debe interferir en la tarea de la Corte que es la de juzgar aplicando el derecho internacional, tal y como lo señala el Estatuto.

El juez Bennouna considera que nada deja suponer que el antecesor del JARPA II, el JARPA, puesto en marcha de forma paralela a la aceptación por parte de Japón de la moratoria relativa a la caza comercial, constituía un medio para continuar la caza comercial bajo otra figura jurídica. Al contrario, el juez Bennouna subraya que la puesta en marcha del JARPA era un paliativo

de la ausencia de información científica, especialmente sobre el régimen alimenticio de las ballenas, obtenido en el marco de la caza comercial.

El juez Bennouna lamenta que la Corte se haya lanzado en un análisis detallado de cómo determinar el tamaño de las muestras, adornado con tablas y esquemas, para finalmente constatar la existencia de una simple duda sobre el carácter razonable de la concepción del JARPA II a la luz de sus objetivos. El juez Bennouna estima que la comparación entre los tamaños de las muestras y las tomas efectivas no es pertinente.

Así, el juez Bennouna se pregunta si una serie de dudas y cuestionamientos son suficientes para concluir que el JARPA II no fue concebido y puesto en marcha 'con el objetivo de investigación científica'.

El juez Bennouna constata que la Corte rechazó examinar los elementos de prueba relativos al carácter comercial del JARPA II. Para el juez Bennouna, la Corte no podía limitarse en la demostración del carácter comercial del JARPA II, ya que las disposiciones de su reglamento, cuya violación era alegada por Australia no se aplican a la caza comercial. El juez Bennouna estima que el JARPA II no podía ser calificado como un programa de caza comercial, en la medida que no se adelanta para obtener un provecho económico.

El juez Bennouna considera que el camino por el que optó la mayoría de la Corte no tuvo en cuenta el espíritu de la Convención, este reposa en la cooperación entre los Estados parte, en el marco del sistema institucional establecido por la Convención. Estima que la Corte, evitando calificar el JARPA II, en cierta medida, sustituyó los órganos creados por la Convención. A saber, la Comisión Ballenera Internacional y el comité científico. Para el juez Bennouna, es preferible acudir al sistema institucional creado por la Convención, ya que se trata del mejor método para reforzar la cooperación multilateral entre Estados parte y de lograr una interpretación auténtica de la Convención.

Opinión separada del Sr. juez Cançado Trindade

1. El juez Cançado Trindade da inicio a su opinión separada, la cual se compone de once partes, observando que, aunque ha votado a favor de la adopción del presente fallo en el caso de la Caza de Ballenas en la Antártica, hubiera deseado que algunos puntos hubiesen tenido un desarrollo mayor por parte de la Corte. Él se siente entonces obligado a dejar constancia, en la presente opinión separada, de las bases de su opinión personal al respecto. El primer punto que identifica versa sobre el objeto y propósito de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas

(la Convención, parte I). La adopción de una Convención está dotada de un órgano de supervisión propio, que abarca Estados que no practican la caza de ballenas, lo que permite colegir que el entendimiento del objeto y propósito de la Convención no puede limitarse al desarrollo de la caza industrial de ballenas.

2. El propósito de conservación integra su objeto y propósito, y este ciertamente no está limitado al desarrollo de la caza industrial de ballenas. Si el propósito principal de la Convención fuera solamente la protección y desarrollo de la caza industrial de ballenas, la totalidad del marco regulatorio de la Convención se hubiera estructurado de manera diferente. Adicionalmente, la adopción de una moratoria contra la caza comercial dentro del marco de la Convención también parece indicar que la conservación de las poblaciones de ballenas constituye un componente importante del objeto y propósito de la Convención (paras. 2-3). Esto también encuentra reflejo en el preámbulo de la Convención.

3. De acuerdo con una aproximación teleológica, la práctica de la Comisión Ballenera Internacional (CBI), conformada por sus resoluciones sucesivas, parece indicar que la conservación de las poblaciones de ballenas constituye un objetivo importante de la Convención (para. 5). El reglamento de regulaciones anexo a la Convención constituye una parte integral de esta, con idéntica fuerza legal; se han efectuado enmiendas al reglamento de forma regular con el propósito de dar cuenta de los desarrollos internacionales en materia medioambiental. Se ha establecido entonces como un esquema multilateral que busca evitar las acciones unilaterales como medida para promover la conservación (para. 6).

4. El juez Cançado Trindade recuerda que, en respuesta a una pregunta que él había considerado apropiado formularle, el interviniente (por Nueva Zelanda) recordó que, a diferencia del Acuerdo Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas de 1937, la Convención de 1946 cuenta con una Comisión permanente (la CBI) dotada de un rol de supervisión, lo cual evidencia la existencia de una ‘empresa colectiva’, y reconoció que la conservación de las ballenas “debe constituir un esfuerzo internacional”. En suma, en la posición expresada por Nueva Zelanda, el objeto y propósito de la Convención debe ser aproximado a la luz de los intereses comunes de los Estados partes en la conservación y ordenación de las poblaciones de ballenas. El rol de regulación colectiva de la CBI se encuentra en línea con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la cual requiere que los Estados (art. 65) cooperen con miras a la conservación de los mamíferos marinos y trabajen a través de las organizaciones internacionales

apropiadas. Tal esfuerzo de conversación se ha convertido en una 'responsabilidad colectiva' (para. 9).

5. En el entendimiento del juez Cançado Trindade, el sistema colectivo establecido por la Convención (parte II) apunta a reemplazar un sistema unilateral de caza de ballenas desprovisto de regulación, por un sistema de garantías y regulación colectivas, de manera que se dé cuenta de los intereses de los Estados partes en la adecuada conservación y ordenación de las ballenas. Esta regulación colectiva se alcanza a través de un proceso de toma de decisiones colectivo dentro de la CBI, la cual adopta regulaciones y resoluciones (paras. 10-11). De esta forma, la naturaleza y estructura de la Convención, el hecho de tratarse de una convención multilateral (que comprende Estados que cazan y Estados que no cazan ballenas) con un órgano de supervisión propio, el cual adopta resoluciones y recomendaciones, resalta el carácter colectivo del proceso de toma de decisiones bajo la Convención y la garantía de carácter colectivo que ella consagra (de conformidad con una regulación igualmente colectiva) (para. 12).

6. De hecho, en numerosas resoluciones, la CBI ha proporcionado directrices al comité científico en su revisión de los permisos especiales que se solicitan de conformidad con el párrafo 30 del reglamento. Esto apunta a la enmienda de algunos programas propuestos para el otorgamiento de permisos especiales que no cumplen con las condiciones establecidas. La expectativa que se deriva es que, entre otros, los métodos no letales serán utilizados cuando sea posible sobre la base de resoluciones sucesivas de la CBI que hacen énfasis en la relevancia de obtener información científica sin la necesidad de asesinar ballenas para 'la investigación científica'.

7. Las resoluciones posteriores de la CBI han requerido de manera consistente que los Estados partes concernidos no continúen sus actividades cuando no satisfagan los criterios del comité científico (para. 14). Guardando en mente las resoluciones de la CBI, las directrices del comité científico han procurado asistir a aquella en la realización adecuada de su función de revisión de las propuestas de permisos especiales y de los resultados de investigación derivados de permisos especiales ya existentes y terminados. En años recientes, las directrices han insistido en el uso de métodos no letales de investigación. Es claro que no existe aquí mucho espacio para la acción estatal unilateral y el libre albedrío (para. 15).

8. Según se desprende con claridad del párrafo 30 del reglamento, un Estado parte que emita un permiso especial está bajo la obligación de entregarle a la Secretaría de la CBI los permisos científicos propuestos antes de que sean emitidos, y con el suficiente tiempo para permitirle al comité

científico analizarlos y hacerles comentarios. Los Estados que otorguen permisos especiales no disponen de una libertad irrestricta para emitir esos permisos (paras. 16-17). Para los Estados que desean emitir esos permisos especiales, existe entonces una obligación (procedimental) positiva de cooperar con la CBI y el comité científico (paras. 18-19). En el marco del sistema de garantías colectiva y de regulación colectiva bajo la Convención, la Corte ha determinado que, en distintos puntos, el Estado demandado no ha actuado en conformidad con el párrafo 10d) y e), y el párrafo 7b) del reglamento de la Convención (puntos resolutivos 3-5).

9. A continuación, el juez Cançado Trindade aborda lo que él identifica como el alcance limitado del artículo VIII(1) de la Convención (parte III). El artículo VIII(1) aparece como una excepción al marco regulatorio general de la Convención, el cual debe ser interpretado de forma restrictiva. Un Estado que emite un permiso no dispone de una carta blanca para determinar que un programa determinado tiene “propósitos de investigación científica”. No es suficiente para el Estado parte describir su programa de caza de ballenas como uno “para propósitos de investigación científica”, sin demostrarlo (paras. 21-22). La Corte ha determinado que los permisos especiales otorgados por Japón en conexión con el JARPA II “no se enmarcan en las disposiciones del artículo VIII(1) de la Convención (punto resolutivo 1). En su percepción:

Tal discreción sin restricciones no estaría en línea con el objeto y propósito de la Convención, ni con la idea de una regulación multilateral. El Estado que emite un permiso especial debe tomar en consideración las resoluciones de la CBI, las cuales permiten conocer la perspectiva de los otros Estados partes sobre lo que constituye ‘investigación científica’. No hay punto en definir ‘investigación científica’ para todos los propósitos. En tratándose de decidir si un programa es ‘para propósitos de investigación científica’ con miras a la emisión de un permiso especial bajo el artículo VIII(1), el Estado parte concernido tiene, en mi entendimiento, un deber de sujetarse al principio de prevención y de precaución (para. 23).

10. El juez Cançado Trindade agrega que el artículo VIII, parte y componente de la Convención como un todo, debe ser interpretado tomando en consideración su objeto y propósito, el cual “descarta cualquier pretensión de construir en ella un así llamado régimen o sistema ‘autocontenido’” (para. 24). Él después concluye, en este punto en particular, que

un Estado parte no dispone de una discreción irrestricta para decidir el significado de 'investigación científica' o si un programa de caza de ballenas determinado es 'por propósitos de investigación científica'. La interpretación y aplicación de la Convención en décadas recientes atestiguan un gradual distanciamiento del unilateralismo hacia la conservación multilateral de los recursos marinos vivos, clarificando de esta forma el alcance limitado del artículo VIII(1) de la Convención (para. 24).

11. El juez Cançado Trindade pasa ahora al análisis y la interacción entre sistemas, en la evolución del derecho aplicable a la conservación (parte IV). Él observa que, con el crecimiento en épocas recientes de los instrumentos internacionales relativos a la conservación, ninguno de ellos es abordado aislando a los demás: sin sorpresa, la coexistencia de tratados internacionales de este tipo ha generado un llamado para que su análisis se efectúe desde una perspectiva sistémica, lo cual se ha perseguido en años recientes. Aquí se puede hacer referencia, *e. g.*, a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 1973 (CITES, por su sigla en inglés), la Convención sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres de 1979, la Convención para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos Antárticos de 1980, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, la Convención de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica de 1992 (CDB) (paras. 25-26).

12. Él agrega que la interpretación y aplicación de los tratados precitados, a la luz de una perspectiva sistémica, han estado contribuyendo a la formación gradual de una opinio juris communis en el dominio presente del derecho internacional contemporáneo (parte V). Como la misma Corte Internacional de Justicia lo ha señalado (para. 45), las funciones conferidas a la CBI han hecho de la Convención un 'instrumento en evolución'. Esta no es la primera vez que la Corte reconoce que los tratados internacionales y las convenciones son 'instrumentos vivientes'. La Corte lo hizo, *e. g.*, en su célebre opinión consultiva (de 21.06.1971) en Namibia y, más recientemente, en su fallo (de 25.09.1997) en el caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria contra Eslovaquia) (paras. 27 y 29-30).

13. El juez Cançado Trindade recuerda, adicionalmente, que otros tribunales internacionales contemporáneos han seguido la misma interpretación evolutiva, entre ellos, la Corte Europea de Derechos Humanos, en su fallo (de 25.04.1978) en el caso Tyrrer contra Reino Unido, y también en su fallo (de excepciones preliminares, de 23.03.1995) en el caso Loizidou contra Turquía; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su fallo

(de 31.08.2001) en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua y también en su célebre e innovadora opinión consultiva sobre el derecho a la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (paras. 31-32). A continuación ponderó que

la experiencia de los órganos de supervisión de varios tratados y convenciones internacionales también apunta en esta dirección. No raramente estos se han enfrentado con nuevos retos, requiriéndose nuevas respuestas de su parte, las cuales nunca hubieran podido ser anticipadas, ni siquiera imaginadas, por parte de los redactores de los respectivos tratados y convenciones. En suma, los tratados y convenciones internacionales son el producto de su tiempo, siendo también instrumentos vivientes. Ellos evolucionan con el tiempo; de otra forma, ellos caen en desuso. La Convención no es la excepción. Estos tratados dotados de órganos de supervisión propios (como la Convención) descubren una mayor aptitud para enfrentar las circunstancias cambiantes.

Más aún, en los distintos dominios del derecho internacional, los tratados dotados de mecanismos de supervisión propios han adoptado hermenéuticas propias, abordando los tratados y convenciones correspondientes como instrumentos vivientes. Los tratados y convenciones internacionales son el producto de su tiempo, y su interpretación y aplicación en el tiempo, dentro de una dimensión temporal, dan testimonio de que son en efecto instrumentos vivos. Esto ocurre no solamente en el ámbito de la conservación y ordenación de los recursos marinos vivos, sino de igual forma en otras áreas del derecho internacional (paras. 33-34).

14. Para el tiempo de la adopción de la Convención de 1946, en la mitad del siglo XX, no existía aún la conciencia de que los recursos marinos vivos no eran inagotables. Tres décadas y media después, la adopción de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 (Convemar) –un logro mayor del siglo XX– contribuyó al orden público de los océanos, y al crecimiento de la conciencia de que sus recursos vivos no eran inagotables. El unilateralismo gradualmente cedió a la regulación colectiva dirigida hacia la conservación, como lo ilustra la moratoria general de 1982 en relación con la caza comercial de ballenas bajo la Convención de 1946 (para. 35).

15. Otro ejemplo puede encontrarse en el establecimiento por parte de la CBI de un santuario de ballenas –bajo el artículo V(1) de la Convención–. El Juez Cançado Trindade recuerda que hasta la fecha la CBI ha adoptado tres santuarios de ballenas; primero, el Santuario Ballenero del Océano Austral

(1948-1955); en segundo lugar, el Santuario del Océano Índico (1979, renovado en 1989, y de forma definitiva desde 1992); y en tercer lugar, el Nuevo Santuario Ballenero del Océano Austral (desde 1994 en adelante). Además, en sus reuniones de 2011-2004, la CBI recibió una propuesta (modificada en 2005) de un nuevo santuario, el Santuario Ballenero del Atlántico Sur, con miras a reafirmar la necesidad de conservación de las ballenas (para. 36).

16. De manera paralela, las convenciones multilaterales (entre ellas Convemar y CDB) han establecido un marco para la conservación y ordenación de los recursos marinos vivos. La Unclos contiene una serie de disposiciones al efecto; en relación con la CDB, la conferencia de las partes que tuvo lugar en Yakarta en 1995, por ejemplo, adoptó el Mandato de Yakarta sobre Diversidad Costera y Marina, reafirmando la relevancia de la conservación y del uso sostenible de la biodiversidad, y de las actividades de pesca. Adicionalmente, en su reunión de 2002, los Estados partes de la Convención sobre Especies Migratorias (CEM) señalaron la necesidad de otorgarle una mayor protección a las seis especies de ballenas (incluyendo los pequeños rorcuales del Antártico) y a sus hábitats, zonas de cultivo y rutas migratorias (paras. 38-39).

17. Estas son –según continúa el juez Caçado Trindade– claras ilustraciones sobre la evolutiva *opinio juris communis* en la materia. 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 Ballenero del Atlántico Sur, y se ubicó a favor de la conservación y el uso no letal de las ballenas, así como en contra de la así llamada ‘caza de ballena científica’ (en particular en el caso de especies amenazadas o severamente reducidas). El ‘Grupo de Buenos Aires’ expresó su ‘más fuerte rechazo’ a la caza de ballenas actualmente en curso (incluyendo contra ballenas clasificadas como en peligro) en el Santuario Ballenero del Océano Austral, llamó al uso de métodos no letales y al mantenimiento de la moratoria comercial establecida desde 1986, y señaló que la caza de ballenas actualmente en curso constituye una violación del “espíritu y texto de la Convención de 1946”, y no respeta la “integridad de los santuarios balleneros” reconocidos por la CBI (paras. 39-40).

18. El siguiente punto analizado por el juez Caçado Trindade es el de la equidad intergeneracional (parte VI). Él comienza señalando que la Convención de 1946 “fue en efecto pionera” en reconocer, en su preámbulo, “el interés de las naciones del mundo en la salvaguarda para las generaciones futuras de los recursos naturales representados por las poblaciones de ballenas”. En ese tiempo, poco después de la Segunda Guerra Mundial, sus redactores difícilmente pudieron haber anticipado que esta preocupación

alcanzaría la dimensión que logró en la agenda internacional y la formación del derecho internacional (en particular, en el dominio del derecho internacional ambiental) en las décadas siguientes. La construcción conceptual de una equidad intergeneracional (en el proceso del que él hizo parte) iba a tener lugar, en la doctrina internacional, cuatro décadas después, desde mediados de los ochenta en adelante (para. 41).

19. Después recuerda (para. 42) sus propias consideraciones sobre la dimensión temporal a largo plazo en relación con la equidad intergeneracional, expresadas en su opinión separada en el caso Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina contra Uruguay, fallo de 20.04.2010). Aunque el contexto fáctico del *cas d'espèce* es bastante diferente al del caso de las Plantas de celulosa, no puede pasar desapercibido que, de manera significativa, en uno y en otro caso, la equidad intergeneracional marca su presencia en distintos instrumentos internacionales de derecho internacional ambiental, y en el ámbito de su dominio como un todo (para. 43). Él examina este aspecto en la Convención CITES, en la Convención de 1979 sobre Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres, en la Convención de 1992 sobre Diversidad Biológica (paras. 44-45), entre otras (paras. 46-47).

20. Pasando a la conservación de las especies vivas, él analiza la tensión entre la conservación y la explotación dentro de los argumentos expuestos por las partes contendientes durante el curso de los procedimientos en este caso (parte VII), tanto en la fase escrita (paras. 48-51) como en la fase oral. En relación con esta última, examina las respuestas de las partes y del interviniente a las preguntas por él formuladas durante las audiencias públicas del 08.07.2013 (paras. 52-56). Después concluye que

en décadas recientes se ha hecho claro que la comunidad internacional ha adoptado dentro de los regímenes convencionales una aproximación orientada hacia la conservación, incluso en tratándose de tratados sobre mamíferos marinos. La Convención debe ser adecuadamente interpretada en este contexto (...). [L]a Convención debe ser leída a la luz de otros instrumentos internacionales que siguieron un enfoque conservacionista y el principio de precaución. La existencia de la Convención en relación con convenciones dirigidas a la conservación de los recursos vivos apoya una interpretación restrictiva del artículo VIII de la Convención (paras. 57-58).

21. El juez Cañado Trindade le dedica la parte VIII de su opinión separada a los principios de prevención y precaución, abordándolos a partir

de los argumentos de las partes y del interviniente. Comienza señalando que, aunque la Corte no trató el principio de precaución en el presente fallo, en el curso de los procedimientos las dos partes (Australia y Japón), así como el interviniente (Nueva Zelanda), abordaron el principio de prevención y de precaución en relación con el *cas d’espèce* (para. 60). Después de surtir la revisión de sus argumentos, indica que esos principios, interrelacionados en el presente caso, “deben informar y conformar cualquier programa que se realice bajo permisos especiales dentro del ámbito limitado del artículo VIII de la Convención” (para. 70). Y concluye, sobre este punto, que en el dominio del derecho internacional ambiental en general, y en relación con la Convención en particular, “se ha generado, con el paso del tiempo, un giro hacia la conservación de los recursos marinos vivos como un asunto de interés común, el cual prevalece sobre la acción estatal unilateral en búsqueda de la rentabilidad comercial” (para. 71).

22. Luego, el juez Cançado Trindade pasa a hacer una revisión de las respuestas de los expertos (de Australia y Japón) a las diversas preguntas formuladas por él durante las audiencias públicas de la Corte (parte IX). A pesar de sus respuestas, se conserva, en su percepción, la impresión de una ausencia de criterios generales para la determinación del total de ballenas asesinadas, y del ámbito temporal en que fueron asesinadas por la así llamada ‘investigación científica’ (para. 73). Él continúa señalando que la expresión “investigación científica” está rodeada de incertidumbres, y se realiza sobre la base de incertidumbres. Resulta suficiente recordar –agrega– el legado del Karl Popper (principalmente sus conjeturas y refutaciones), quien solía ponderar sabiamente que

el conocimiento científico solo puede ser incierto y conjetural, mientras que la ignorancia es infinita. La investigación científica es una búsqueda de la verdad, en medio de conjeturas, y, dada nuestra falibilidad, uno debe aprender con los errores en que se incurre. Uno puede esperar estar más cerca de la verdad, pero sin saber con seguridad si se está cerca o lejos de ella. Sin refutaciones ineluctables, la ciencia caería en estancamiento, perdiendo su carácter empírico. Las conjeturas y las refutaciones son necesarias para que la ciencia pueda avanzar en su camino empírico. En relación con el *cas d’espèce*, ¿podría esto significar que las ballenas podrían seguir siendo asesinadas, y en número creciente, por ‘propósitos científicos’ y en medio de la incertidumbre científica? Yo no creo eso; también existen método no letales, y, después de todo, los recursos marinos vivos no son inagotables (para. 74).

23. Luego, el juez Cançado Trindade analiza los reiterados llamados efectuados por parte de las resoluciones de la CBI bajo la Convención sobre el Uso no Letal de los Cetáceos (parte X) (paras. 75-79). El camino se abona después para la presentación de sus observaciones finales en relación con el programa JARPA II y los requerimientos de la Convención y del reglamento (parte XI). Existen unas pocas características del JARPA II que no le permiten calificar bajo la excepción contenida en el artículo VIII, el cual debe interpretarse de forma restrictiva; en efecto, el programa no se parece estar genuina y exclusivamente motivado por el propósito de realizar investigación científica (para. 80).

24. En la práctica, el uso de métodos letales por parte del JARPA II en relación con lo que parece constituir un mayor número de ballenas no parece justificable como ‘investigación científica’; más aún, el hecho de que el JARPA II se prolongue por una duración indefinida milita en contra del propósito de ‘investigación científica’ que profesa (paras. 81-82). En la manera en que actualmente se lleva a cabo, el JARPA II puede generar efectos adversos en las poblaciones de ballenas; de forma pura y simple, está claro que la caza comercial de ballena no está permitida bajo el artículo VIII(2) de la Convención (paras. 83-84). La Corte ha determinado, en el presente fallo en el caso de la *Caza de Ballenas en el Antártico*, que Japón no ha actuado de conformidad con el párrafo 10d) y e) (moratoria en la caza de ballenas y determinación de los efectos de las capturas en la población); con el párrafo 7b) (prohibición de la caza comercial de ballenas en el Santuario Ballenero del Océano Austral); y con el reglamento (puntos resolutivos 3-5). El Estado demandado no parece haber satisfecho las obligaciones de tomar en consideración los comentarios, resoluciones y recomendaciones de la CBI y del comité científico (para. 85).

25. A continuación, el juez Cançado Trindade observa que el presente caso ha propiciado “una ocasión única para que la Corte se pronuncie sobre el sistema de regulación colectiva del medio ambiente para el beneficio de las generaciones futuras”. El fallo de la Corte en el presente caso, “más que únicamente la solución pacífica de la disputa entre las partes, puede tener implicaciones más amplias que son del beneficio de todos” (para. 87). Aunque los tratados y convenciones internacionales son un producto de su tiempo, tienen la aptitud de enfrentar condiciones cambiantes, y su interpretación y aplicación en el tiempo atestiguan que son instrumentos vivientes; la Convención de 1946 no es la excepción a esto y, estando dotada de un mecanismo de supervisión propio, ha demostrado constituir un instrumento viviente.

26. Adicionalmente, en distintos dominios del derecho internacional, los tratados y las convenciones –especialmente aquellos que consagran mecanismos de protección– “han requerido el cumplimiento de hermenéuticas propias, como instrumentos *vivos*. Esto no solamente ocurre en el presente dominio relativo a la conservación y uso sostenible de los recursos marinos vivos, sino de igual forma en otras áreas del derecho internacional” (para. 88). De esta forma, el juez Cançado Trindade concluye:

El presente caso sobre la *Caza de Ballenas en el Antártico* ha traído a la palestra el derecho en evolución sobre la conservación y el uso sostenible de los recursos marinos vivos, lo cual, a su turno, ha descubierto lo que yo percibo como su contribución a la formación gradual de una *opinio juris communis* en este dominio del derecho internacional contemporáneo. La *opinio juris*, en mi concepción, constituye un factor clave en la formación misma del derecho internacional (aquí, para la conservación y uso sostenible de los recursos marinos vivos); su incidencia para el derecho internacional ya no es únicamente la de ser uno de los elementos constitutivos de una de sus fuentes ‘formales’. La formación del derecho internacional en dominios de interés público o común constituye un proceso mucho más amplio que la formulación de sus ‘fuentes formales’, sobre todo en relación con la búsqueda de la legitimidad de las normas para gobernar la vida internacional.

De esta manera, la *opinio juris communis* viene a asumir una dimensión considerablemente más amplia que la que cumple el elemento subjetivo constitutivo de la costumbre, y a ejercer un rol clave en el surgimiento y evolución gradual de las normas del derecho internacional. Después de todo, la conciencia jurídica de lo que es necesario (*jus necessarium*) se sitúa por encima del ‘libre albedrío’ de los Estados individualmente considerados (*jus voluntarium*), haciendo posible la evolución del derecho internacional que gobierna la conservación y uso sostenible de los recursos marinos vivos. En este dominio, el voluntarismo estatal cede ante el *jus necessarium*, y de forma notable en la presente era de los tribunales internacionales, en medio de los esfuerzos crecientes para asegurar la tan esperada primacía del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium*. Al final, esto llega a ser de importancia clave en la consecución de bien común perseguido (paras. 89-90).

Opinión disidente del Sr. juez Yusuf

1. El juez Yusuf anexa a la decisión de la Corte una opinión disidente en la que manifiesta sus serias dudas en cuanto al rigor jurídico de la motivación de la Corte y de las conclusiones a las que llegó en lo relativo, por un lado, a la conformidad con la Convención de la decisión tomada por Japón para autorizar el JARPA II, y, por otro lado, a los criterios jurídicos que conviene aplicar para evaluar esta conformidad.

2. Según el juez Yusuf, el diferendo enfrenta a las partes en la interpretación y aplicación del artículo VIII de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de Ballenas. La pregunta formulada era la de saber si Japón había hecho un uso lícito del poder discrecional dado a todo gobierno contratante de otorgar permisos especiales a sus nacionales para autorizar a los interesados a matar ballenas en aras de la investigación científica. No se trataba, entonces, de determinar si la concepción y la puesta en marcha del JARPA II estaban adaptadas a los objetivos anunciados del programa, como podría dejarlo pensar el análisis hecho por la Corte en su decisión.

3. El juez Yusuf observa que los criterios jurídicos más pertinentes que son necesarios tener en cuenta en el examen del carácter lícito o no de los actos de Japón en lo relativo al JARPA II son aquellos enunciados en el artículo VIII de la Convención, así como en el párrafo 30 del reglamento anexo a la Convención y en sus líneas directrices para la aplicación del artículo VIII que figura en el ‘anexo P’, adoptado por consenso por la Comisión Ballenera Internacional (a continuación, ‘CBI’). Para el juez Yusuf, este era el derecho aplicable en el caso en concreto, sobre esta base la Corte debió tratar de resolver el diferendo que le fue sometido. En lugar de esto, la Corte elaboró un criterio de examen ajeno a la Convención (párrafo 67 de la decisión), que le aplicó directamente a la ‘concepción y la puesta en marcha del JARPA II’ en lugar de analizar el carácter lícito o no de la actuación de Japón cuando este otorgó permisos especiales en el marco del JARPA II. Así, el juez Yusuf estima que el derecho aplicable al diferendo entre las partes fue puesto de lado por la Corte en beneficio de un criterio oscuro y discutible que no se encuentra en ninguna parte de la Convención, y que se basa en “el carácter razonable de la concepción y de la puesta en marcha del JARPA II bajo la perspectiva de los objetivos declarados del programa”. Este razonamiento no tiene fundamento, según el juez Yusuf, ni en el derecho ni en la jurisprudencia de la Corte.

4. El juez Yusuf reafirma que, mientras la Corte reconoce, en el párrafo 50 de la decisión, el carácter central de la interpretación y de la aplicación

del derecho aplicable, ella se inclina rápidamente en el análisis de los dos elementos para pasar a un examen supremamente detallado de la adecuación entre la concepción y la puesta en marcha del JARPA II y de los objetivos declarados del programa. El juez Yusuf es de la opinión de que el examen de la concepción y de la puesta en marcha del programa de investigación científica es una misión que le convendría hacer al comité científico de la CBI más que a la Corte. De cualquier manera, el carácter razonable de la concepción y de la puesta en marcha del JARPA II bajo la mirada de los objetivos del programa es una cuestión cuyo examen conlleva necesariamente una controversia, y con relación a la cual los científicos pueden tener diferentes opiniones.

5. Para el juez Yusuf, el artículo VIII constituye una excepción al régimen reglamentario establecido por la Convención para la caza comercial, sin embargo, no se escapa del campo de aplicación de la Convención, como tampoco lo hace el poder discrecional de otorgar permisos especiales en aras de la investigación dado a los Estados parte, el cual no es ilimitado. Este poder debe ser utilizado de manera lícita únicamente para alcanzar los objetivos enunciados en la Convención.

6. El juez, sin embargo, es de la opinión de que los elementos probatorios allegados al expediente no sustentan la conclusión según la cual los permisos especiales otorgados en el marco del JARPA II lo fueron con un fin diferente a la investigación científica, tampoco establece que estos permisos especiales no satisfacen sus exigencias y condiciones enunciadas en la Convención. El juez Yusuf señala que, en 2005, de acuerdo con el artículo VIII, en el párrafo 30 del reglamento anexo a la Convención y a las líneas directrices aplicables (actualmente, anexo P), el comité científico de la CBI examinó y comentó, en debida forma, los métodos empleados en el marco del JARPA II, la concepción de este programa, así como las tomas realizadas en el marco de este sobre la población concernida. Mientras que, en los otros casos, cuando el comité estimaba que una propuesta de permiso no satisfacía sus criterios, él reconoce expresamente no otorgar permisos. Este no es el caso del JARPA II.

7. El juez Yusuf llama la atención sobre el hecho de que, en su informe publicado en 2012, el comité científico de la CBI recomendó de forma expresa que el análisis de las tomas por edad usadas para establecer el modelo dinámico de la población de pequeños rorcuales que estudia el comité sea efectuado a partir de los datos que resulten del JARPA y del JARPA II, y que, en el informe que publicó en 2013, calificaron las muestras no letales practicadas sobre esta especie en el marco de los programas JARPA y JARPA II de útiles para la evaluación de reservas reproductoras de ballenas jorobadas.

Ya que el comité científico de la CBI había declarado en sus informes que el JARPA II generaba datos útiles para su trabajo, el juez Yusuf encuentra poco convincente la conclusión de la mayoría en la que este programa no se adelanta bajo la perspectiva de la investigación científica.

8. El juez Yusuf tampoco está convencido de que la conclusión de la Corte según la cual el JARPA II viola la moratoria establecida en el párrafo 10e) del reglamento anexo a la Convención, la interdicción de la caza en el Santuario del Océano Austral –párrafo 7b)– del reglamento anexo a la Convención y la moratoria sobre las fábricas flotantes –párrafo 7b)– reposa sobre un fundamento jurídico cualquiera. Todas estas disposiciones se aplican en efecto a la caza comercial, a la caza científica. El juez Yusuf estima que esta conclusión de la Corte es particularmente injustificada ante la ausencia del elemento probatorio que demuestra claramente que el JARPA II es un programa de caza comercial llevado bajo la cobertura de investigación científica. La Corte no estableció que el objeto principal del programa era la caza comercial. Concretamente, sin que sea enunciado de forma expresa, la decisión concluye la mala fe de Japón.

9. El juez Yusuf es de la opinión de que la Corte ha debido buscar si, a la luz de la evolución de la Convención y del derecho internacional del medio ambiente en general, el hecho de continuar con la puesta en marcha del JARPA II, en el marco del cual Japón hace uso de métodos letales en virtud del artículo VIII, constituye una anormalidad susceptible de poner en jaque el objeto y el fin de la Convención con relación a las modificaciones recientes que fueron incluidas a esta y en la medida en que estas modificaciones podrían haber aportado restricciones al derecho de otorgar permisos especiales.

10. Para el juez Yusuf, las modificaciones incluidas al reglamento anexo a la Convención, en lo relativo al marco reglamentario de la caza comercial, especialmente la moratoria adoptada en 1982, que se encuentra aún en vigor, y las disposiciones relativas a la prohibición de la caza comercial en el Santuario del Océano Austral, no podrían ser consideradas como carentes de cualquier influencia sobre la interpretación y la aplicación del artículo VIII de la Convención, en la medida en que son la expresión de una evolución de los comportamientos y los valores sociales en lo relativo a los recursos a métodos letales en el marco de la caza de ballenas en general. Por esto, para aplicar el artículo VIII en el contexto del JARPA II, se habría tenido que interpretar esta disposición a través del prisma de todas sus evoluciones y teniendo en cuenta las consecuencias de estas sobre el objeto de la Convención.

11. Según el juez Yusuf, interpretar el artículo VIII a la luz de la evolución del marco reglamentario establecido por la Convención habría

anclado la motivación y las conclusiones de la Corte en el derecho aplicable al diferendo entre las partes, pero, igualmente, habría sido de gran interés para los Estados parte de la Convención, dada la disfunción creciente entre el artículo VIII y las modificaciones recientemente incluidas en la Convención, aportándoles los útiles necesarios para establecer un equilibrio apropiado en el seno del régimen de la Convención.

Opinión Separada del Sr. juez Greenwood

A la Corte no le conciernen los asuntos morales, éticos o ambientales relativos a los programas balleneros de Japón en el presente caso, sino solamente si el JARPA II es compatible con las obligaciones internacionales de Japón bajo la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas. La respuesta a esa pregunta resulta de la interpretación del artículo VIII de la Convención, que autoriza a cada Estado el poder de expedir permisos especiales autorizando la caza de ballenas para propósitos de investigación científica. No existe una presunción de que el artículo VIII deba ser interpretado de una manera restrictiva o expansiva. Aunque las recomendaciones de la Comisión Internacional Ballenera constituyen parte de la práctica subsecuente de las partes de la Convención, no son legalmente vinculantes y ofrecen una guía a la interpretación de la Convención solo hasta donde reflejen lo convenido entre las partes. La mayoría de las recomendaciones que han sido invocadas en soporte de una lectura restrictiva del artículo VIII fueron adoptadas por ajustada mayoría y no reflejan tal consenso.

Si la caza, captura y trata de ballenas en el ejercicio del JARPA II se corresponde con el artículo VIII, entonces el efecto es que esta conducta no puede ser contraria a las otras provisiones de la Convención y del programa. Por el contrario, si quedan por fuera del JARPA II, entonces son contrarias al programa, específicamente al párrafo 7b) (que prohíbe la caza de ballenas rorcual en el Santuario del Océano Antártico), 10d) (que prohíbe la captura de rorcuales por barcos fábrica) y 10e) (que prohíbe el establecimiento de límites más allá de cero respecto a cualquier especie de ballenas para propósitos comerciales).

El juez Greenwood concuerda con el razonamiento de la sentencia en cuanto a que la caza de ballenas dentro del JARPA II no cumple con los requisitos del artículo VIII, párrafo 1, de la Convención. Para hacer parte de la excepción contenida por el artículo VIII, párrafo 1, es necesario que los ejemplares de ballenas que sean cazadas bajo el JARPA II estén suficientemente relacionados con el logro de objetivos del programa. El número mucho

mayor de ballenas por ser cazadas bajo el JARPA II comparado con el JARPA no encuentra justificación en este sentido. Una diferencia esencial entre el JARPA y el JARPA II es el objetivo de este último respecto a “modelar la competición entre especies de ballenas y futuros objetivos de su administración”. Ese objetivo claramente requiere investigación frente a más de una especie de ballenas. Aun así, Japón no ha capturado ballenas jorobadas y el número de ballenas rorcual es bastante pequeño. El experto independiente de Japón manifestó que la muestra de ballenas rorcual era injustificable y no hubiera generado ningún dato útil. Aun cuando Japón no está siendo criticado por no haber cazado más rorcuales o acceder a las solicitudes de la Dirección de la Comisión de no cazar más ballenas jorobadas, no hay señales de que Japón intentara adaptar el tamaño de la muestra del JARPA II a las circunstancias cambiantes. Japón tampoco ha provisto a la Corte con alguna respuesta frente al porqué, si la información respecto a otras especies podría ser obtenida por métodos no letales, esos métodos no fueron empleados respecto a ballenas minke. Adicionalmente, si el objetivo de modelar la competición entre especies de ballenas se hace a un lado, el incremento dramático en el número de pequeños rorcuales por ser cazados bajo el JARPA II, en comparación a los capturados bajo el JARPA, es difícil de justificar.

Japón no ha violado sus obligaciones bajo el parágrafo 30 del programa, en cuanto ha provisto la información requerida al comité científico, pero el juez Greenwood cuestiona si Japón ha cumplido plenamente con su deber de cooperación en la Convención.

La Corte estuvo en lo correcto al no ordenar una segunda ronda de argumentos escritos en el presente caso.

Opinión separada de la Sra. jueza Xue

Aunque la jueza Xue concuerda con la decisión de la Corte según la cual los permisos especiales otorgados bajo el JARPA II no se enmarcan dentro del significado del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención, ella no concuerda con algunos considerandos de la decisión mayoritaria.

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

La jueza Xue considera que el artículo VIII, al establecer la categoría especial de caza científica de ballenas, permite a las partes contratantes especificar el número de matanzas y otras condiciones “según lo estimen adecuado”, y

exonera la matanza, la captura y el procesamiento de ballenas bajo permisos especiales de aquellas restricciones impuestas a la caza comercial de ballenas bajo el régimen de la Convención. A través de estos términos, la Convención confiere poder discrecional a las partes contratantes en relación con la caza científica de ballenas. Lo que permanece sin clarificar es la extensión del ejercicio de esa discrecionalidad por parte de los Estados contratantes.

La jueza Xue observó, primero, que, como parte del propósito de mantener una utilización sostenible y la conservación de los recursos, una parte contratante debe evitar cualquier efecto adverso a las poblaciones de ballenas. Segundo, debe prestarse atención a la situación de la caza comercial de ballenas, por cuanto existe un vínculo intrínseco entre la caza comercial y la caza científica de ballenas, particularmente cuando la caza científica se pretende llevar a cabo a gran escala y de manera continua. Ella agrega que, de manera previa al establecimiento de la moratoria contra la caza comercial de ballenas, no se hubiera generado una disputa similar a la actual con el programa JARPA II; el muestreo letal no oponía un obstáculo. Tercero, en virtud del principio de buena fe bajo el derecho de los tratados, la discreción bajo el párrafo 1 del artículo VIII también implica un deber para cada parte autorizante a ejercer esa facultad de manera apropiada y razonable. Ella concluye que, por estas razones, el artículo VIII no ha conferido un derecho autodefinido a las partes contratantes.

Según la jueza Xue, la Corte debe abordar primero la cuestión de si la parte autorizante puede determinar libremente, “según lo estime adecuado”, el número de muertes, capturas y ballenas que deben ser procesadas con finalidades de investigación científica, un asunto que atañe a la relación entre el artículo VIII y las otras disposiciones de la Convención. Ella enfatiza que, aunque los términos del artículo VIII continúan intactos, varias restricciones contra la caza comercial de ballenas, cuyos propósitos son de conservación, han generado en los últimos 68 años un efecto en la forma en que se puede llevar a cabo la investigación científica, particularmente en relación con la metodología y el tamaño y escala de la muestra. Las revisiones de las directrices y análisis de los permisos especiales por parte del comité científico también se mueven en la dirección de la conservación. Con estos desarrollos, es difícil alegar que la caza científica de ballenas está totalmente desligada y es independiente del funcionamiento de la Convención, así como que el ‘margen de apreciación’ de las partes para el otorgamiento de los permisos especiales, de existir alguno, es hoy el mismo que antes. De esta forma, la jueza Xue observa que la parte autorizante está obligada a usar el mejor conocimiento para determinar, según lo perciba apropiado, si otorgar

o no permisos especiales a los programas de investigación científica que se les proponen. Una vez adoptada, la decisión en todo caso está sujeta a revisión, ya sea científica o judicial. Por supuesto, el análisis de la decisión no puede simplemente confiarse a la percepción de la parte autorizante, sino que debe llevarse a cabo sobre una base objetiva. La parte autorizante debe justificar su decisión con evidencia científica y un razonamiento sólido.

II. El estándar de revisión

En relación con el estándar de revisión, la jueza Xue enfatiza que el examen de la Corte debe enfocarse en cuestiones legales. Primero, al analizar el ejercicio por parte de Japón de su derecho bajo el párrafo 1 del artículo VIII, la revisión judicial de la Corte debe conectarse con la interpretación del tratado. En su opinión, la cuestión de si las actividades bajo el JARPA II involucran investigación científica es un asunto de hecho y no de derecho, y, por lo tanto, debe someterse a una revisión científica. De conformidad con el bien establecido principio *onus probando incumbit actori*, le corresponde a Australia probarle a la Corte con evidencia convincente que el JARPA II no involucra investigación científica.

La jueza Xue también encuentra problemática la distinción que se hace dentro del fallo entre el término ‘investigación científica’ y la frase ‘con finalidades de’ en el párrafo 1 del artículo VIII de la Convención. En su opinión, la interpretación complica indebidamente el significado de la frase ‘con finalidades de investigación científica’ en el párrafo 1 del artículo VIII, extendiendo el rol de la Corte más allá de su función judicial. Como se señaló anteriormente, las determinaciones sobre la investigación científica son de manera primaria un asunto de hecho que debe estar sujeto a escrutinio científico. Cuando a la Corte se le asigna la tarea de determinar si, en la utilización de muestreos letales, los elementos del diseño e implementación del JARPA II fueron o no fueron implementados de forma razonable en relación con los objetivos científicos declarados, inevitablemente se verá dirigida a examinar el mérito científico del programa.

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

Aunque la jueza Xue concuerda con algunas de las decisiones adoptadas por la Corte, ella cree que aquella debió otorgarle una mayor consideración a las

cuestiones de financiación, por cuanto estas atañen directamente al asunto principal del caso –el tamaño de la muestra letal–.

Ella observa que Japón no niega que las consideraciones sobre financiación están involucradas en la decisión del otorgamiento de los permisos especiales, y alega que esa práctica es normal en la investigación pesquera. En relación con la escala del muestreo letal del JARPA II, ella considera que Japón no ha suministrado explicación que satisfaga a la Corte sobre cómo los tamaños de las muestras fueron calculados y determinados con el propósito de alcanzar los objetivos del programa; la complejidad técnica del asunto no releva a la parte de la carga de la prueba.

Adicionalmente, en respuesta al alegato de Australia según el cual la intención real de Japón en la conducción del JARPA II es la de mantener su operación de caza de ballenas, y aquel que señala que se trata de un programa encubierto de caza comercial de ballenas, la jueza considera que la réplica de Japón es débil y poco persuasiva. Aun cuando es cierto que el recaudo de fondos por medios comerciales no hace del programa uno de caza comercial de ballenas, o un programa encubierto de caza comercial de ballenas, dada la escala del muestreo letal y la duración ilimitada del JARPA II, el efecto acumulado de la captura letal en la conservación de los recursos balleneros no es insignificante ni despreciable, lo cual agrega razones para exigirle a Japón la justificación de sus decisiones en relación con el otorgamiento de permisos especiales. Por estas razones, la jueza Xue no comparte la opinión de que en el momento en que fue impuesta la moratoria contra la caza comercial de ballenas el término “con finalidades de investigación científica” bajo el párrafo 1 del artículo VIII debía interpretarse de forma restrictiva; por lo tanto, los tamaños de muestra que son determinados por consideraciones de recaudación de fondos no pueden considerarse “objetivamente razonables” o “con finalidades de investigación científica”.

IV. Relación entre el párrafo 1 del artículo VIII y el reglamento anexo a la Convención

En relación con el interrogante relativo a la supuesta violación de tres disposiciones del reglamento anexo (moratoria contra la caza comercial de ballenas, la moratoria contra los buques factoría y la moratoria en el Santuario Ballenero Austral), la jueza Xue no concuerda con el razonamiento de la Corte, según el cual, por cuanto el JARPA II no se enmarca dentro del significado del párrafo 1 del artículo VIII de la Convención, debe estar sujeto a las tres disposiciones arriba citadas. Ella considera que las deficiencias del

JARPA II analizadas por la Corte son, en gran medida, fallas técnicas asociadas con el diseño e implementación del programa, las cuales por sí mismas no transforman al JARPA II en una operación de caza comercial de ballenas. La recaudación de fondos, aunque se lleve a cabo mediante la venta comercial de carne de ballena, no altera necesariamente la naturaleza científica del programa, a menos que la Corte determine que Japón ha obrado de mala fe. De acuerdo con la jueza, la caza científica de ballenas, incluso con estas fallas, conserva su naturaleza científica.

Finalmente, la jueza Xue subraya que las consecuencias de la violación del artículo VIII y las de los párrafos del reglamento anexo pueden ser diferentes. En el primer caso, las condiciones y el número de permisos especiales pueden ser revisados o revocados como consecuencia del examen y los comentarios del comité científico. En el segundo caso, como se considera que, al violar la moratoria contra la caza comercial de ballenas, Japón también está violando sus obligaciones internacionales bajo el reglamento (anexo), debe estar obligado a revocar todos los permisos vigentes y evitar emitir nuevos permisos para el JARPA II, anticipando así la futura revisión del comité científico. En su opinión, el JARPA II continúa siendo un programa con propósitos de investigación científica, y se le debe dar la oportunidad a Japón para que, en sede del comité científico y durante el siguiente período de revisión, resuelva las deficiencias en el diseño e implementación del programa.

Opinión separada de la Sra. jueza Sebutinde

La jueza Sebutinde concurre con las decisiones de la Corte en los puntos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 de la sentencia, pero considera que la Corte debió clarificar de forma más precisa los límites de la discreción de un gobierno contratante bajo el artículo VIII de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de la Ballena, como también el alcance del poder de la Corte de revisar el ejercicio de tal discreción.

En particular, la jueza Sebutinde es de la opinión de que la Corte debió especificar los criterios que guiaron e informaron su determinación frente a si los permisos especiales otorgados bajo el JARPA II eran para ‘propósitos científicos’, teniendo en cuenta los parámetros que los Estados parte de la Convención consideran relevantes en esta materia. Esos parámetros se reflejan en el parágrafo 30 del programa y son elaborados posteriormente en resoluciones y guías vinculantes de la Comisión. Entre estos últimos, las guías del anexo P deben recibir una relevancia particular, en cuanto son las más recientes guías adoptadas por consenso y bajo las cuales el JARPA II sería

estudiado por el comité científico en 2014. Partiendo de ello, la jueza Sebutinde considera que la Corte debió tener en cuenta los siguientes parámetros.

Primero, el programa de caza de ballenas para el cual se buscan los permisos especiales debe incluir objetivos de investigación definidos y debe estar basado en una metodología científica apropiada. Segundo, el gobierno contratante que expide un permiso especial de caza para investigación científica debe establecer límites al número de ballenas cazadas, en adicional a cualquier otra condición que considere apropiada, y debe especificar el número, sexo y talla del grupo de animales por ser capturado. Si bien el gobierno contratante disfruta de una discreción considerable al determinar los límites de esa caza, debe ejercer esa discreción de forma consistente con el objeto y fin de la Convención, en la medida en que las ballenas solo podrán ser cazadas hasta lo necesario para lograr las metas establecidas para el programa científico. Tercero, el Estado otorgante debe asegurar que el programa de investigación científica sea diseñado e implementado de forma que no pondrá en peligro las reservas de ballenas, y debe especificar el posible efecto del programa de investigación en la conservación de tales reservas. Finalmente, el gobierno contratante debe enviar los permisos otorgados al comité científico para una revisión previa y sus comentarios. Este requisito procedimental le permite a la Comisión y al comité científico tener un rol de monitoreo respecto a la caza con permiso especial y obliga al Estado otorgante a cooperar con la Comisión.

Adicionalmente, la jueza Sebutinde no concuerda con el razonamiento y los hallazgos de la Corte en relación con el cumplimiento de Japón frente a su obligación bajo el párrafo 30 del programa. En su posición, Japón ha fallado en cumplir su obligación de cooperar de forma significativa con la Comisión y su comité científico.

En particular, en contra de la recomendación de la Comisión de que ningún programa de permiso adicional japonés se realizara en el Antártico hasta que el comité científico hubiese completado una revisión a fondo de los resultados del JARPA, Japón lanzó el JARPA II antes de que el comité hubiese terminado tal revisión. En segundo lugar, no hay indicaciones de que Japón hubiese considerado debidamente los comentarios de la Comisión y las recomendaciones relativas a ciertos aspectos controversiales del JARPA II, como el uso de métodos letales. Tercero, aunque el plan del JARPA II otorgaba la información esencial requerida bajo el párrafo 30 del programa, mucha de esa información no es lo suficientemente detallada para considerarla acorde a las guías de la Comisión, una debilidad que probablemente afecte la revisión del comité al JARPA II. Cuarto, Japón ha fallado en enviar los

permisos especiales específicos expedidos para el JARPA II al comité científico para una revisión previa, como lo requiere el párrafo 30. Dado que esos permisos son virtualmente réplicas de aquellos expedidos bajo el JARPA y que el JARPA II difiere de su predecesor en materia de implementación, es imperativo que el comité científico tuviese la oportunidad previa de revisarlos y comentarlos. Quinto, como se anota en la sentencia (párrafo 222), aparte de la referencia a la colaboración con institutos de investigación japoneses en relación con el JARPA I, no hay evidencia de cooperación entre el JARPA II y otra institución de investigación doméstica o internacional, más allá de la manifestación en el plan del JARPA II en cuanto a que “la participación de científicos extranjeros es bienvenida, mientras se den las condiciones establecidas por el gobierno de Japón”.

Frente a esas falencias, la jueza Sebutinde no puede unirse a la mayoría al encontrar que “Japón ha cumplido con su obligación bajo el párrafo 30 del programa en relación con el JARPA II”.

Opinión separada del Sr. juez Bhandari

En su opinión separada, el juez Bhandari explica las razones que justifican su voto en contra del subpárrafo operativo (6) del fallo. Si bien reconoce la existencia de un deber de cooperación derivado del párrafo 30 del reglamento (anexo) de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas cuando los Estados partes interactúan con la Comisión Ballenera Internacional y con el comité científico en relación con la expedición de permisos especiales con finalidades de investigación científica, el juez Bhandari rechaza la conclusión de la Corte según la cual el gobierno de Japón ha cumplido con el párrafo 30. En su consideración, si bien Japón ha demostrado un cumplimiento formal con lo ordenado por el párrafo 30, sus acciones no han demostrado un cumplimiento sustancial del amplio y decidido propósito del deber de cooperación. Así mismo, el juez Bhandari cree que, además de haber determinado que el JARPA II no es un programa con finalidades de investigación científica bajo el párrafo 1 del artículo VIII de la Convención, la Corte debía haber decidido que el JARPA II constituye un programa de caza comercial de ballenas. En su opinión, esta conclusión es inexorable dada las categorías mutuamente excluyentes que prevé la Convención, así como la abundante evidencia que traza la cronología alrededor del JARPA II, su duración indefinida y ciertas cualidades inequívocamente comerciales del programa.

Opinión separada de la Sra. jueza *ad hoc* Charlesworth

En su opinión separada, la jueza *ad hoc* Charlesworth desarrolla dos áreas específicas en las cuales ella difiere de aquellas de la mayoría, expresamente, la naturaleza de las restricciones al uso de métodos letales “con propósitos de investigación científica” bajo el artículo VIII de la Convención Internacional para Regular la Caza de la Ballena de 1946, y el cumplimiento de Japón del párrafo 30 del programa.

La jueza *ad hoc* Charlesworth considera que el artículo 30 de la Convención debe ser leído a la luz de las resoluciones sobre métodos de investigación adoptadas por consenso por la Comisión. En ese sentido, ella indica que las resoluciones aplicables apoyan una interpretación del artículo VIII donde el uso de métodos letales debe ser esencial para los objetivos del programa de investigación científica. Según la jueza *ad hoc* Charlesworth, el enfoque de precaución, que también es relevante en la interpretación de la Convención, refuerza la conclusión de que los métodos letales deben ser el último recurso en los programas de investigación científica bajo el artículo VIII.

La jueza *ad hoc* Charlesworth concluye que Japón ha violado el párrafo 30 del programa en cuanto ha fallado en el cumplimiento de la obligación de los Estados parte de cooperar con el comité científico, lo que ella considera un elemento esencial en la construcción de la Convención. Si bien las consideraciones del comité científico respecto a las propuestas de permiso especial no son vinculantes para los Estados parte según el párrafo 30, la Convención ha empoderado al comité para revisar y comentar tales propuestas, generando una obligación a los Estados proponentes de colaborar con el comité. Esa obligación requiere que los Estados parte demuestren la voluntad genuina de reconsiderar sus posiciones a la luz de las recomendaciones del comité.

Para la jueza *ad hoc* Charlesworth, Japón ha fallado en el cumplimiento de su deber de cooperación, *inter alia*, al (i) lanzar el JARPA II antes de que la revisión del JARPA por el comité tuviera lugar; (ii) fallar en darle debida consideración a la posibilidad de emplear métodos no letales en el diseño del JARPA II; y (iii) continuar con el plan original de investigación del JARPA II como base de subsecuentes permisos anuales en circunstancias donde la conducción del JARPA II difiere de forma sustancial del esquema planteado en el plan de investigación.