

El cambio climático en el derecho internacional y comunitario

Edición a cargo de:

ANTONIO RAMIRO BROTONS

Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Autónoma de Madrid

ROSA M.^a FERNÁNDEZ EGEA

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid

Separata del capítulo 2

Los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Protocolo de Kioto

ANA PEYRÓ LLOPIS

Primera edición, 2009
ISBN: 978-84-96515-85-7

© Los autores, 2009
© Fundación BBVA, 2009

2. Los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Protocolo de Kioto

Ana Peyró Llopis
Universidad de Cergy-Pontoise, Francia

2.1. Introducción

Frecuentemente se suele asociar la efectividad de un convenio internacional al respeto de las obligaciones que éste contiene por parte de los Estados partes. Y rápidamente se considera que, para conseguir que los Estados respeten dicho convenio, es necesario contar con mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones en él previstas. Se trata de un enfoque clásico entre los juristas, que contiene una concepción de la cooperación internacional cuyo eje central es el cumplimiento de las reglas y normas que los acuerdos internacionales contienen (Le Prestre y Mülhenhöver 2007). Desde esta perspectiva, para asegurar dicho cumplimiento, resultaría imprescindible cierto grado de coacción. Por tanto, el mecanismo de control del cumplimiento tendría una función preventiva que permitiría hacer frente al desafío de la aplicación del derecho internacional.

El objetivo del presente estudio consiste en matizar el binomio eficacia-control a través del estudio del ejemplo de los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones que resultan del Protocolo de Kioto. Para ello, en primer lugar, recordaremos que con el establecimiento de un mecanismo de control original en el Protocolo de Kioto se pretendía dotar de efectividad dicho instrumento. En segundo lugar, tras la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes (COP/MOP) del Protocolo de Kioto desarrollada en Montreal en noviembre de 2005, quedó abierta la cuestión del alcance del mecanismo que fue entonces adoptado. Se trataba de nuevo de una cuestión de efectividad que iba a depender,

esta vez, de la naturaleza jurídica que los Estados partes estarían dispuestos a atribuir al mecanismo de control del cumplimiento.

2.2. El cumplimiento: un mecanismo original

Este controvertido mecanismo de cumplimiento ha constituido uno de los puntos fundamentales de los acuerdos de Bonn-Marra-kech de 2001. Se trata de un mecanismo de arreglo pacífico de controversias original que, más que convertirse en un sustituto de los mecanismos más clásicos de arreglo de controversias, permite completarlos.

2.2.1. El control del cumplimiento: ¿un complemento de los mecanismos clásicos de arreglo de controversias?

Los mecanismos clásicos de arreglo pacífico de controversias se encuentran a menudo inadaptados al derecho internacional de medio ambiente (DIMA). Por ejemplo, la responsabilidad internacional de los Estados es una institución poco desarrollada y con una práctica casi inexistente en el ámbito de la protección del medio ambiente. En cuanto a las jurisdicciones internacionales, suelen inspirar la desconfianza de los Estados puesto que el DIMA no contiene obligaciones precisas; al contrario, éstas suelen ser generales.

2.2.1.1. Las cláusulas de arreglo pacífico de controversias en los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente

Aun así, la mayoría de los Acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) contienen cláusulas por las que se prevé el arreglo pacífico de las controversias que podrían surgir a la hora de aplicar o interpretar el convenio. En general, establecen que cualquier controversia relativa a la interpretación o aplicación del convenio en cuestión será resuelta mediante medios diplomáticos y, si éstos fracasan, los Estados concernidos acudirán a los medios jurisdiccionales (se suele citar el arbitraje así como la Corte Internacional de Justicia). Ahora bien, en la práctica, dichas cláusulas son poco utilizadas. Aun así, cabe destacar que, últimamente, tres asuntos relativos a la protección del medio ambiente han dado lugar a la

invocación de dichas cláusulas a la hora de elegir el modo de resolver la controversia internacional. En el caso del *Atún de aleta azul*, Australia y Nueva Zelanda se han enfrentado a Japón ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.¹ A su vez, la controversia relativa a la «Planta de Mox» (Irlanda c. Reino Unido)² y la del *apurement des comptes* (Países Bajos c. Francia)³ han dado lugar a sendos arbitrajes.

En esto el Protocolo de Kioto es diferente puesto que no contiene una cláusula propia relativa al arreglo pacífico de controversias. Ahora bien, el artículo 19 del Protocolo realiza un reenvío al artículo 14 de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático (CMNUCC) que dispone, en su apartado primero, que «[E]n caso de controversia entre dos o más Partes sobre la interpretación o la aplicación de la Convención, las Partes interesadas tratarán de solucionarla mediante la negociación o cualquier otro medio pacífico de su elección». El apartado segundo añade que, si el arreglo diplomático fracasa, se podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia o al arbitraje, siempre y cuando las partes hayan sometido declaraciones previas de aceptación de dichos medios jurisdiccionales.⁴ Por tanto, nos hallamos de nuevo ante una cláusula de corte tradicional pero que ha sido poco —por

¹ *Award on Jurisdiction and Admissibility*, 4 de agosto de 2000, *Southern Bluefin Tuna Case*, Australia y Nueva-Zelanda c. Japón (<http://www.intfish.net>).

² Laudo arbitral, *Dispute concerning Access to Information under article 9 of the OSPAR Convention*, Irlanda c. Reino Unido, 2 de julio de 2003 (<http://www.pca-cpa.org>).

³ Laudo arbitral, *Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre les chlorures du 3 décembre 1976*, Países-Bajos c. Francia, 12 de marzo de 2004 (<http://www.pca-cpa.org>).

⁴ Dicho apartado dispone que «[A] ratificar, aceptar o aprobar la Convención o al adherirse a ella, o en cualquier momento a partir de entonces, cualquier Parte que no sea una organización regional de integración económica podrá declarar en un instrumento escrito presentado al Depositario que reconoce como obligatorio ipso facto y sin acuerdo especial, con respecto a cualquier controversia relativa a la interpretación o la aplicación de la Convención, y en relación con cualquier Parte que acepte la misma obligación: a) El sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia; o b) El arbitraje de conformidad con los procedimientos que la Conferencia de las Partes establecerá, en cuanto resulte factible, en un anexo sobre el arbitraje.

Una Parte que sea una organización regional de integración económica podrá hacer una declaración con efecto similar en relación con el arbitraje de conformidad con los procedimientos mencionados en el inciso b)».

no decir nada— exitosa entre las Partes puesto que, de los más de 180 Estados partes, las Islas Salomón son el único Estado que ha aceptado el arbitraje obligatorio que prevé el artículo 14.2. Se trata de un ejemplo revelador de la desconfianza de los Estados hacia los mecanismos clásicos de arreglo pacífico de controversias en este ámbito.

Y es que dichas cláusulas no están adaptadas a las controversias que nacen de la interpretación y aplicación de acuerdos multilaterales que fueron adoptados para la defensa de un interés colectivo. Es probable que los Estados no quieran utilizarlos para la defensa de un interés colectivo, temiendo el *efecto bumerán* (Maljean-Dubois 2005) de unos mecanismos que son, por naturaleza, recíprocos. Además, el número tan importante de Estados partes en el Protocolo de Kioto también puede explicar dicho rechazo.

2.2.1.2. *Las características del mecanismo de control del cumplimiento*

Frente a la desconfianza que inspiran los mecanismos clásicos de arreglo de controversias en el ámbito de la protección del medio ambiente, era necesario encontrar nuevos modelos que se adaptaran mejor a la defensa de intereses colectivos. El punto de partida era que el objetivo de un mecanismo de arreglo de controversias en este ámbito no podría ser exclusivamente represivo sino que debería contener también una componente preventiva importante. Y, precisamente, el mecanismo de control del cumplimiento del Protocolo de Kioto presenta las tres características siguientes:

- Se trata de un control continuo, es decir, que no se limita a hechos, situaciones o momentos determinados. Por tanto, se aleja de un control *caso por caso* tal y como sucede en el marco de los mecanismos más clásicos de arreglo de controversias.
- Dicho control es multilateral pero a su vez centralizado y de él se encargarán órganos creados convencionalmente. Por tanto, ya no se trata de un mecanismo recíproco que sólo concierne a los Estados afectados por la controversia, sino que implica al conjunto de los Estados partes.
- En cuanto a las medidas aplicables en el caso de que se constata un incumplimiento, se prevé desde una asistencia o inci-

taciones al cumplimiento hasta verdaderas sanciones *sensu stricto*. Se trata por tanto no sólo de sancionar sino también —e incluso principalmente— de ayudar al Estado que se hallaría en una situación de incumplimiento de sus obligaciones (estrategia *carrots and sticks*).

Por tanto, nos encontramos ante un procedimiento de *soft enforcement* (Maljean-Dubois 2005). Un mecanismo de control que incorpora estas tres características presenta la ventaja de ser mejor tolerado por los Estados que se encuentran en una situación de incumplimiento. Las medidas de ejecución forzada emitidas por un órgano colectivo resultan más fáciles de asumir para los Estados en situación de incumplimiento que una *confrontación* bilateral. Además, dichas medidas centralizadas alejan a los Estados del espectro de la discrecionalidad. Por supuesto, dichos mecanismos no sustituyen teóricamente a los mecanismos más clásicos de arreglo pacífico de controversias, aunque el objetivo sea que estos mecanismos más *modernos* primen en la práctica. Cabe recordar que no se trata del primer mecanismo de control del cumplimiento que presenta dichas características. En 1992, la COP/MOP ya elaboró, en el marco del Protocolo de Montreal relativo a sustancias que agotan la capa de ozono, el llamado *procedimiento de incumplimiento*.⁵

Ahora bien, no por ser *soft* el procedimiento deben serlo también las obligaciones por cuyo cumplimiento pretende velar. Muy al contrario, el núcleo duro del Protocolo de Kioto está compuesto de obligaciones *hard*: las obligaciones e instrumentos de reducción de emisiones de los gases de efecto invernadero (GEI). Se trata por tanto de obligaciones que los Estados contraen *erga omnes partes*, es decir, hacia todas las partes al tratado. Se trata por tanto de un régimen autogestionado (*self-contained regime*), de un «orden jurídico parcial» (Riphagen 1982).

⁵ *Protocolo de Montreal relativo a sustancias que agotan la capa de ozono*, adoptado el 16 de septiembre de 1987. Su art. 8, relativo al incumplimiento, dispone que «[L]as Partes, en su primera reunión, estudiarán y aprobarán procedimientos y mecanismos institucionales para determinar el incumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo y las medidas que haya que adoptar respecto de las Partes que no hayan cumplido lo prescrito». Los procedimientos de incumplimiento fueron adoptados en 1992, durante la cuarta COP/MOP al Protocolo de Montreal.

El Protocolo de Kioto prevé por tanto un mecanismo de control del cumplimiento muy perfeccionado. Se pueden avanzar varias razones que podrían justificar el establecimiento de un mecanismo tan refinado. En primer lugar, cabe destacar el reto ecológico al que intenta hacer frente el Protocolo de Kioto. En segundo lugar, una de las especificidades del Protocolo de Kioto es que recurre a instrumentos económicos para responder a dicho reto ecológico.

2.2.2. La originalidad del mecanismo de control del cumplimiento

Para entender por qué se dice del mecanismo de control del cumplimiento del Protocolo de Kioto que es «moderno», «original» o «refinado», cabe recordar ante todo su complicada negociación, principalmente a partir de 1998. En efecto, el propio Protocolo dejaba abierta en 1997 la cuestión del control del cumplimiento, con el fin de que ésta se negociara en las siguientes conferencias de las partes. Y así ocurrió, pero las dificultades que surgieron conllevaron que fuera una de las últimas cuestiones que se resolvieron en el marco de ese *package deal* que fueron los acuerdos de Bonn-Marrakech, adoptados en 2001. En efecto, el proyecto de *Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kioto* fue presentado durante la Conferencia de Marrakech⁶ y adoptado por la primera COP/MOP en Montreal, en diciembre de 2005.⁷

Se trata de un mecanismo, como ya se ha subrayado, original y, sobre todo, aparentemente muy acabado. Cuatro aspectos merecen ser señalados para entender su singular concepción del control: el objetivo del mecanismo, su marco institucional, la función de la rama de la facilitación y, por último, la del control del cumplimiento.

2.2.2.1. El objetivo del mecanismo de control

El propio texto de los Acuerdos de Bonn-Marrakech señala que «[E]l objetivo de estos procedimientos y mecanismos es facilitar, promover y hacer cumplir los compromisos previstos en el Protocolo

⁶ Decisión 24/CP.7, Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kioto, FCCC/CP/2001/13/Add.3.

⁷ Decisión 27/CMP.1, Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kioto, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3.

lo».⁸ En definitiva, se trata primero de prevenir los incumplimientos de las obligaciones del Protocolo, identificando las dificultades que han tenido los Estados y que los han llevado a una situación de incumplimiento. El objetivo primero es tratar con el Estado que incumple, cuánto antes y más arriba, en vez de arreglar controversias frente a un Estado que incumple. Por ello las ideas de prevención y asistencia están siempre en el núcleo duro del mecanismo de control. Ahora bien, también se prevén sanciones, cuya existencia pretende tener ante todo un carácter disuasorio. Pero éstas sólo serán empleadas como último recurso.

2.2.2.2. *El marco institucional: el Comité de cumplimiento*

El Comité de cumplimiento, esencial para cumplir con una de las características anteriormente señaladas, es el reflejo de la presencia colectiva de los Estados en el mecanismo de cumplimiento, la muestra de que estamos ante obligaciones cuyo incumplimiento tiene consecuencias no sólo para un Estado, sino para todos, puesto que se trata de proteger un interés colectivo.

El Comité se compone de un Pleno, de una Mesa y de dos Grupos: el Grupo de la Facilitación y el Grupo de Control del cumplimiento. La originalidad del mecanismo de control del cumplimiento reside precisamente en el conjunto que forman estos dos grupos. No sólo tenemos una dualidad de grupos sino que también estamos ante una dualidad de procedimientos, siendo uno preventivo y el otro reactivo. El Comité está compuesto por 20 miembros elegidos el 30 de noviembre de 2005 durante la COP/MOP en Montreal y funciona desde marzo de 2006.

En cuanto a los miembros del Comité, elegidos por cuatro años, cabe resaltar que los Acuerdos de Bonn-Marrakech, además de exigir una experiencia jurídica de los miembros del Comité, velan por la independencia del Comité: «[L]os miembros del Comité y sus suplentes se desempeñarán a título personal. Deberán tener reconocida competencia en el ámbito del cambio climático y otras esferas pertinentes, como la científica, la técnica, la socioeconómica o la jurídica».⁹

⁸ *Ibíd.*, sección I.

⁹ *Ibíd.*, sección II, apartado 6.

En cuanto al procedimiento, la Mesa del Comité se encarga primero de enviar al grupo competente las cuestiones de aplicación de las obligaciones del Protocolo de Kioto que le son sometidas.¹⁰ Dicho procedimiento puede ser iniciado de tres maneras distintas. En primer lugar, la Parte interesada puede —al igual que en el Protocolo de Montreal— iniciar el procedimiento.¹¹ Esta opción debería ser la más empleada puesto que permite al Estado parte que constata sus propias dificultades a la hora de cumplir con las obligaciones del Protocolo el pedir asistencia a los demás Estados partes. En segundo lugar, la Secretaría también puede someter una cuestión de aplicación, fundándose en los informes de los equipos de expertos.¹² Se trata de una prerrogativa importante de la Secretaría que le permite intervenir independientemente de los Estados partes, con lo que se asegura el carácter centralizado del mecanismo. Finalmente, otro Estado parte también podrá presentar una cuestión de aplicación respecto a otro Estado parte.¹³ En este último supuesto, el Estado que inicia el procedimiento actúa como representante de la comunidad convencional, como representante del conjunto de los Estados partes, erigiéndose por tanto en garante del respeto de los compromisos contraídos.

En el segundo y tercer supuesto, la posibilidad de iniciar un procedimiento cuando no se está directamente concernido encuentra su justificación en el objeto mismo del Convenio, puesto que éste trata de gestionar intereses comunes al conjunto de los Estados partes. Ahora bien, los demás convenios que admiten la competencia de todos los Estados partes a la hora de iniciar el procedimiento de control del cumplimiento no la han puesto en práctica. Sin embar-

¹⁰ *Ibíd.*, sección VII, apartado 1: «[L]a Mesa del Comité asignará las cuestiones de aplicación al grupo correspondiente, de conformidad con los mandatos de cada grupo enunciados en los §§ 4 a 7 de la sección IV y los §§ 4 a 6 de la sección V».

¹¹ *Ibíd.*, sección VI, apartado 1.a: «El Comité recibirá, por conducto de la secretaría, las cuestiones de aplicación que se planteen en los informes de los equipos de expertos previstos en el artículo 8 del Protocolo junto con todo comentario por escrito de la Parte a que se refiera el informe o las cuestiones de aplicación que plantee: a) Una Parte con respecto a sí misma».

¹² *Ibíd.*, sección VI, apartado 3: «[A]demás de los informes mencionados en el § 1, el Comité recibirá asimismo, por conducto de la Secretaría, otros informes finales de los equipos de expertos».

¹³ *Ibíd.*, sección VI, apartado 1.b: «[U]na Parte con respecto a otra, con apoyo de información corroborativa».

go, visto el reto económico que plantea el Protocolo de Kioto, la probabilidad de activar estos dos últimos supuestos en el caso de la aplicación de este Convenio es más alta. De hecho, de momento, las dos cuestiones de aplicación sobre las que se ha pronunciado a día de hoy el Grupo de control del cumplimiento han sido sometidas por la Secretaría, fundándose en los informes que los equipos de expertos remiten respecto de los informes sometidos por los Estados partes.¹⁴ Ahora bien, en el caso de Canadá,¹⁵ el Grupo de control del cumplimiento retiró poco después su cuestión,¹⁶ tras haber escuchado al Estado parte, sin que fuera por tanto necesario para Canadá remitir el Plan de acción que se le había solicitado en un primer momento. Sin embargo, en el caso de Grecia,¹⁷ el procedimiento se activó y dio lugar al sometimiento de un primer Plan por parte de Grecia,¹⁸ de un Plan revisado¹⁹ para desembocar en el levantamiento de la cuestión de aplicación y reconocer por tanto la posibilidad para Grecia de participar en los mecanismos de flexibilidad.²⁰

En cualquier caso, su mera existencia ya tiene un efecto disuasorio para los Estados a la hora de medir las consecuencias que un posible incumplimiento por su parte podría conllevar. Además, cabe resaltar que es el mismo Comité de Cumplimiento quien posee la facultad de determinar la elegibilidad para los mecanismos de flexibilidad. Por tanto, quienes quieran beneficiarse de dichos mecanismos deberán encontrarse en una situación de cumplimiento que establecerá dicho Comité.

2.2.2.3. *El Grupo de la facilitación*

Según dispone el propio Protocolo de Kioto, el Grupo de la facilitación (*facilitative branch*), «se encargará de prestar asesoramiento y apoyo a las Partes en la aplicación del Protocolo, así como de promover el cumplimiento por las Partes de sus compromisos dima-

¹⁴ Toda la documentación relativa a las cuestiones de aplicación de Grecia y Canadá están disponibles en http://unfccc.int/kyoto_protocol/compliance/enforcement_branch/items/3785.php.

¹⁵ FCCC/IRR/2007/CAN.

¹⁶ CC-2008-1-6/Canada/EB.

¹⁷ FCCC/IRR/2007/GRC.

¹⁸ CC-2007-1-9/Greece/EB.

¹⁹ CC-2007-1-11/Greece/EB.

²⁰ CC-2007-1-13/Greece/EB.

nantes del Protocolo, teniendo en cuenta el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las respectivas capacidades». ²¹ Este grupo cumple por tanto una función preventiva e incluso podría decirse *pedagógica*. De hecho, durante las negociaciones, se descartaron otras propuestas sometidas y que presentaban un carácter más «sancionatorio» como, por ejemplo, el declarar públicamente que determinado Estado parte no estaba respetando sus compromisos de reducción de GEI (medidas del tipo *blame and shame*). Incluso se descartó la posibilidad para el Grupo de facilitación de emitir *advertencias* hacia un Estado, así como de amenazarlo con ir ante el grupo de control del cumplimiento si dicho Estado no cumplía las recomendaciones que se le hacían.

Para que la acción de un grupo de estas características tuviera cierta eficacia, era imprescindible dotarlo de una serie de medios. Para empezar, habría que facilitar la obtención de ayudas económicas, no sólo en el marco convencional sino también fuera de éste para así poder prestar una asistencia efectiva a los Estados que se hallaran ante el grupo de la facilitación. La CMNUCC ya preveía un mecanismo financiero y en el acuerdo de Bonn se decidió a su vez la creación de tres fondos: el Fondo especial para el cambio climático, el Fondo para los países menos adelantados y el Fondo de adaptación. Mientras que los dos primeros serían financiados, de manera clásica, gracias a las contribuciones voluntarias de los Estados, el tercero debería ser financiado con cantidades obtenidas a través del mecanismo de desarrollo limpio (MDL). Este último, que celebró su primera junta el 28 de marzo de 2008, se presenta como un *régimen autofinanciado* puesto que se nutre de un impuesto al 2% del dinero utilizado para los proyectos del MDL.

2.2.2.4. *El Grupo de control del cumplimiento*

Mientras que el Grupo de facilitación asesora y ayuda a los Estados, el Grupo de control del cumplimiento (*enforcement branch*) se encarga de establecer si las partes del anexo I (es decir, las partes sometidas a obligaciones de reducción de GEI) respetan o no sus compromisos cifrados en materia de limitación y reducción de emisiones, así como los criterios de admisibilidad a los mecanismos de

²¹ *Ibíd.*, sección IV, apartado 4.

flexibilidad. Por tanto, la acción del Grupo de control del cumplimiento es menos «pedagógica» y más coactiva. En efecto, si tras el examen del incumplimiento por parte de un Estado parte de sus obligaciones de reducción este Grupo considera que ha existido incumplimiento, podrá adoptar una serie de medidas. Dichas reacciones al incumplimiento de las obligaciones van desde la incitación y el acompañamiento del Estado que incumple hasta la imposición de una verdadera sanción.

Así pues, cuando haya determinado que una Parte no cumple, el Grupo de control del cumplimiento podrá aplicar las medidas siguientes, teniendo en cuenta y valorando la causa, el tipo, el grado y la frecuencia del incumplimiento por ese Estado parte:

1. Declaración de incumplimiento.²² Se trata esta vez de una verdadera medida del tipo *blame and shame*.
2. Preparación de un plan que analice las causas del incumplimiento e indique las medidas y el calendario para que cese dicho incumplimiento.²³ El Estado tendrá entonces la obligación de remitir informes sobre dicho plan para que el Grupo de control del cumplimiento pueda controlar su aplicación.
3. Suspensión de los mecanismos de flexibilidad:

[C]uando el grupo de control del cumplimiento haya determinado que una Parte del anexo I no cumple alguno de los requisitos de admisibilidad en el ámbito de los artículos 6, 12 y 17

²² *Ibíd.*, sección XV, apartado 1.a: «[C]uando el grupo de control del cumplimiento haya determinado que una Parte no cumple lo dispuesto en el § 1 o 2 del artículo 5 o el § 1 o 4 del artículo 7 del Protocolo, aplicará las siguientes medidas, teniendo en cuenta la causa, el tipo, el grado y la frecuencia del incumplimiento de esa Parte: a) Declaración de incumplimiento».

²³ *Ibíd.*, sección XV, apartado 1.b: «[P]reparación de un plan de conformidad con los párrafos 2 y 3». Éstos disponen lo siguiente: «2. Dentro de los tres meses siguientes a la determinación del incumplimiento o de otro período más largo que el grupo de control del cumplimiento considere apropiado, la Parte mencionada en el párrafo 1 presentará a ese grupo, para su examen y evaluación, un plan que incluya: a) Un análisis de las causas del incumplimiento de la Parte; b) Las medidas que la Parte se proponga aplicar para remediar el incumplimiento; y c) Un calendario para la aplicación de esas medidas dentro de un plazo no superior a 12 meses que permita evaluar los progresos realizados en la aplicación; 3. La Parte mencionada en el párrafo 1 presentará periódicamente al grupo de control del cumplimiento informes sobre los progresos realizados en la ejecución del plan».

del Protocolo, suspenderá el derecho de esa Parte de conformidad con las disposiciones pertinentes de esos artículos. A petición de la Parte interesada, podrá restablecerse el derecho de la parte de conformidad con el procedimiento estipulado en el párrafo 2 de la sección X.²⁴

4. Finalmente, si un Estado parte emite más de la cantidad que le ha sido atribuida, se le deducirá de la cantidad atribuida a la Parte para el segundo período de compromiso, de un número de toneladas igual a 1,3 veces la cantidad en toneladas de las emisiones excedentarias.²⁵

Por tanto, las sanciones pueden ser muy importantes. De hecho, pocos convenios han ido tan lejos y esta singularidad del Protocolo de Kioto sólo puede entenderse teniendo en cuenta el uso que el Protocolo hace de los instrumentos económicos que pretenden ser un claro incentivo al cumplimiento, en el marco de una estrategia *sticks and carrots*.

Aun así, el sistema de reacciones al incumplimiento no queda completamente cerrado. No es difícil imaginar que un Estado que conozca dificultades mayores para aplicar sus obligaciones de reducción decida prescindir del sistema e ir acumulando deudas medioambientales. Por supuesto, quedaría excluido de los mecanismos de flexibilidad y sería rechazado por la comunidad de las partes, pero el Estado que incumple podría valorar todas estas cir-

²⁴ *Ibíd.*, sección XV, apartado 4.

²⁵ *Ibíd.*, sección XV, apartado 5: «Cuando el grupo de control del cumplimiento haya determinado que las emisiones de una Parte han excedido de su cantidad atribuida, calculada en función de su compromiso cuantificado de limitación o reducción de las emisiones consignado en el anexo B del Protocolo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Protocolo, así como las modalidades de contabilidad de las cantidades atribuidas a que se refiere el párrafo 4 del artículo 7 del Protocolo, teniendo en cuenta las unidades de reducción de las emisiones, las reducciones certificadas de las emisiones, y las unidades de la cantidad atribuida y las unidades de absorción que la Parte haya adquirido de conformidad con la sección XIII, declarará que esa Parte no cumple los compromisos dimanantes del párrafo 1 del artículo 3 del Protocolo, y aplicará las siguientes medidas: a) Deducción, de la cantidad atribuida a la Parte para el segundo período de compromiso, de un número de toneladas igual a 1,3 veces la cantidad en toneladas de las emisiones excedentarias; b) Elaboración de un plan de acción para el cumplimiento de conformidad con los párrafos 6 y 7; y c) Suspensión del derecho a hacer transferencias en virtud del art. 17 del Protocolo hasta que se restablezca el derecho de la Parte conforme a lo previsto en los párrafos 3 o 4 de la sección X».

cunstances y preferir, no obstante, el incumplimiento convencional. Para evitar, o al menos limitar, esta situación, los mecanismos de flexibilidad deben resultar lo más atractivos posible para los Estados partes. En efecto, cuanto más atractivo sea el mecanismo, más se temerá la exclusión y, por tanto, mayor será la presión que ejerza el sector privado a nivel interno hacia el Gobierno del Estado del que dependa para que dicho Estado se quede dentro del sistema.

Por tanto, vemos que, a pesar de las singularidades del mecanismo de control del cumplimiento previsto, el espectro del incumplimiento permanece bien presente. Cabe entonces preguntarse: ¿en qué medida un diseño tan elaborado tiene un efecto real en la eficacia del mecanismo? Para contestar a dicha pregunta, el alcance del procedimiento de cumplimiento del Protocolo de Kioto merece un análisis más detallado.

2.3. El alcance del procedimiento de control

Los Estados partes al Protocolo de Kioto sometidos a obligaciones de reducción de emisiones tienen un especial interés en el respeto por parte de los demás obligados de sus obligaciones respectivas. Para ofrecer cierta garantía a los Estados, era importante determinar la naturaleza jurídica que dicho mecanismo de control tendría. En función de lo que se decidiera al respecto, sería necesario enmendar el Protocolo y, por tanto, someter dicha modificación al acuerdo de los Estados partes.

2.3.1. La naturaleza jurídica del mecanismo de control

La discusión versa sobre la naturaleza jurisdiccional del mecanismo de control del cumplimiento. Para abordar esta cuestión, cabe identificar una serie de características que efectivamente lo acercarán a mecanismos jurisdiccionales, si bien otras consideraciones impiden realizar conclusiones precipitadas. De hecho, resulta interesante el análisis lingüístico de las disposiciones relativas al mecanismo de control del cumplimiento, en la medida en que se alejan del vocabulario más inquisitivo propio de la mayoría de los mecanismos jurisdiccionales.

2.3.1.1. *Las características jurisdiccionales del mecanismo de control*

La mayoría de los AMUMA han previsto «procedimientos de incumplimiento» cuya naturaleza no es contenciosa y está más cerca de los medios diplomáticos de arreglo de controversias que de los medios jurisdiccionales. Ahora bien, el mecanismo de control del Protocolo de Kioto, por su originalidad recién destacada, merece un análisis más profundo con el fin de determinar si ésta incide también sobre su naturaleza. Más concretamente, se trata de determinar si, junto a los rasgos no contenciosos propios de los procedimientos de incumplimiento, encontramos algunas características que, aun sin convertir el procedimiento de control en jurisdiccional, sí permiten concluir que se le han atribuido determinados poderes jurisdiccionales.

En primer lugar, los dos grupos del Comité del cumplimiento tienen la potestad de determinar su propia competencia (*Kompetenz Kompetenz*). En efecto, en la fase del procedimiento relativa a la asignación y el examen preliminar, se establece que:

[E]l grupo correspondiente procederá al examen preliminar de las cuestiones de aplicación para garantizar que, excepto en el caso de una cuestión planteada por una Parte con respecto a sí misma, la cuestión que tenga ante sí: *a)* esté respaldada por suficiente información; *b)* no sea insignificante o infundada; y *c)* se base en las disposiciones del Protocolo.²⁶

Cabe recordar que una cuestión de aplicación llega a un grupo u otro tras una decisión de la Mesa del Comité, decisión que es necesariamente adoptada de manera subjetiva y *prima facie*.

El análisis de los tres criterios, necesarios para que una cuestión de aplicación supere el examen preliminar, refuerza la concepción jurisdiccional que se tiene del procedimiento. Parece que estos tres criterios deban entenderse de manera cumulativa. Es interesante destacar que en el primero de ellos se prefiere hablar de «información» a emplear el término «prueba», si bien resulta difícil no hacer la relación entre la información que se pueda recabar y un amago

²⁶ *Ibíd.*, sección VII, apartado 2.

de prueba. En cuanto a los otros dos criterios, buscan la objetivación de la cuestión de aplicación y, a ese nivel, cabe destacar la voluntad de objetivarla en relación con las disposiciones del Protocolo. En definitiva, se trata de traducir en términos jurídicos la cuestión de aplicación.

En segundo lugar, tanto el grupo de la facilitación como el de control del cumplimiento tienen la *jurisdictio*, esto es, la capacidad de decir el Derecho aplicable. Y es que, para empezar, expertos del mundo del Derecho deben formar parte del Comité del cumplimiento.²⁷ En la elección de los miembros del Grupo de facilitación, los expertos del mundo jurídico estarán presentes puesto que se pide a la COP/MOP que procure «que se reflejen de manera equilibrada las competencias en los ámbitos mencionados en el párrafo 6 de la sección II».²⁸ Por tanto, los expertos del mundo jurídico deberán estar presentes. Esta exigencia se refuerza en el marco del grupo de control del cumplimiento: «[A]l elegir a los miembros del grupo de control del cumplimiento, la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo deberá asegurarse de que éstos tengan experiencia jurídica».²⁹ El conocimiento del Derecho se convierte, por tanto, en el marco de dicho grupo, en una exigencia suplementaria que afecta a todos los miembros del grupo.

En tercer lugar, los miembros del Comité del cumplimiento se desempeñan a título personal.³⁰ Esta exigencia pone de relieve la importancia que se acuerda a la independencia y la imparcialidad de los miembros del Comité. Es decir, que, una vez elegidos, al igual que ocurre en las jurisdicciones internacionales, éstos se desvinculan de quienes los propusieron y eligieron, para trabajar de manera independiente e imparcial, aplicando sus conocimientos técnicos en la materia. El Reglamento del Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kioto ha reforzado este requisito: «[C]ada miembro y miembro suplente se desempeñará a título personal y, con respecto a cualquier asunto que el Comité esté examinando, actuará de ma-

²⁷ *Ibíd.*, sección II, apartado 6: «[D]eberán tener reconocida competencia en el ámbito del cambio climático y otras esferas pertinentes, como la científica, la técnica, la socioeconómica o la jurídica».

²⁸ *Ibíd.*, sección IV, apartado 3.

²⁹ *Ibíd.*, sección V, apartado 3.

³⁰ *Ibíd.*, sección II, apartado 6.

nera independiente e imparcial y evitará todo conflicto de intereses real o aparente». ³¹ Con ese fin, dicho Reglamento precisa el juramento que cada miembro del Comité de cumplimiento deberá realizar antes de asumir sus funciones:

Declaro solemnemente que cumpliré mis funciones y ejerceré mi autoridad como miembro (suplente) del Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kioto establecido con arreglo a la decisión 27/CMP.1, honorable y fielmente, y en forma imparcial y diligente.

Declaro además solemnemente que, en el ejercicio de mis responsabilidades en el Comité de Cumplimiento, no revelaré, ni siquiera después de la terminación de mis funciones, ninguna información de carácter confidencial que llegue a mi conocimiento como consecuencia del desempeño de mis funciones en el Comité de Cumplimiento.

Informaré de inmediato al Secretario Ejecutivo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de cualquier interés en cualquier asunto que se esté tratando en el Comité de Cumplimiento que pudiera constituir un conflicto de intereses o ser incompatible con los requisitos de independencia e imparcialidad que deben satisfacer los miembros o miembros suplentes del Comité de Cumplimiento, y me abstendré de participar en la labor del Comité de Cumplimiento en relación con ese asunto. ³²

Si bien estas características son comunes a los dos Grupos del Comité del cumplimiento, cabe destacar que es sobre todo ante el Grupo de control del cumplimiento que los poderes jurisdiccionales del mecanismo aparecen más claramente. En efecto, el grupo de la facilitación conserva una componente diplomática, marcado por su objetivo que es el de prestar ayuda a los Estados que se encuentran en una situación de incumplimiento. Sin embargo, la misión del Grupo de control del cumplimiento es, como ya se señaló, menos

³¹ FCCC/KP/CMP/2006/10/Add.1, 26 de enero de 2007, Decisión 4/CMP.2, Anexo, Reglamento del Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kioto, art. 4.1.

³² *Ibíd.*, art. 4.2.

pedagógica y más coactiva, y por ello el procedimiento ante este Grupo velará por el respeto de una serie de principios propios a los procedimientos jurisdiccionales.

Así, además de lo ya señalado en cuanto a independencia e imparcialidad de los miembros del Comité, cabe destacar que el procedimiento vela por el respeto de los derechos de la defensa y del contradictorio para que se trate de un «proceso equitativo» (*due process*). Quizá sea ésta una de las exigencias más importantes a la hora de calificar de «jurisdiccional» un procedimiento. Se prevé al respecto que cualquier información examinada por cualquiera de los Grupos del Comité de control deberá ser comunicada a la Parte interesada.³³ En el marco del procedimiento ante el Grupo de control del cumplimiento, se establece claramente que «la Parte interesada podrá presentar por escrito una comunicación al grupo de control del cumplimiento para impugnar la información presentada a ese grupo».³⁴ Además,

[s]i la Parte interesada lo solicita por escrito dentro de las diez semanas siguientes a la fecha de recepción de la notificación prevista en el párrafo 4 de la sección VII, el grupo de control del cumplimiento celebrará una audiencia en que la Parte interesada tendrá la oportunidad de exponer sus puntos de vista. La audiencia tendrá lugar dentro de las cuatro semanas siguientes a la fecha de recepción de la solicitud o de la comunicación presentada por escrito en virtud del párrafo 1, si esta última es posterior. En la audiencia la Parte interesada podrá presentar testimonios u opiniones de expertos.³⁵

Por fin, «[e]l grupo de control del cumplimiento podrá hacer preguntas y pedir aclaraciones a la Parte interesada, ya sea en la audiencia o en cualquier otro momento por escrito, y la Parte intere-

³³ Decisión 27/CMP.1 (cit. supra), sección VIII, apartado 6: «[T]oda información examinada por el grupo correspondiente se pondrá a disposición de la Parte interesada. El grupo indicará a la Parte interesada qué partes de esa información ha examinado. La Parte interesada tendrá la oportunidad de formular observaciones por escrito sobre esa información [...]».

³⁴ *Ibíd.*, sección IX, apartado 1.

³⁵ *Ibíd.*, sección IX, apartado 2.

sada presentará una respuesta dentro de las seis semanas siguientes». ³⁶ En relación con la conclusión preliminar que adopte el Grupo de control del cumplimiento,

[d]entro de las diez semanas siguientes a la fecha de recepción de la notificación de la conclusión preliminar, la Parte interesada podrá presentar por escrito una nueva comunicación al grupo de control del cumplimiento. Si la Parte interesada no lo hace dentro de ese plazo, el grupo adoptará inmediatamente una decisión definitiva en que confirmará su conclusión preliminar. ³⁷

Por último, a la hora de identificar si un procedimiento es jurisdiccional, se suele examinar el efecto de la decisión que se adopta al final del procedimiento. En el caso del mecanismo de control del cumplimiento del Protocolo de Kioto, la Decisión 27/CMP.1 es muy discreta al respecto. Lo único que señala explícitamente es que la decisión del grupo de control del cumplimiento «será definitiva si 45 días después no se ha presentado ninguna apelación en su contra». ³⁸ Ahora bien, tal y como señalan unos autores, se puede considerar que las decisiones de los dos grupos son definitivas y obligatorias a través de una serie de elementos que conducen, implícitamente, a esta conclusión (Boisson de Chazournes y Mbengue Makane 2007). De entre ellos, cabe destacar el parecido que presentan con las sentencias de los tribunales internacionales o con los laudos arbitrales.

Pero, además, cabe destacar un elemento que nos lleva más allá puesto que, además de confirmar el carácter obligatorio de la decisión definitiva, presenta un carácter ejecutorio. Se trata de la posibilidad para los dos grupos de aplicar medidas correctivas para que sus decisiones sean respetadas ³⁹. Las más sólidas son sin duda las que puede aplicar el grupo de control del cumplimiento puesto que, como ya se señaló anteriormente, pueden presentar un verdadero carácter sancionador.

³⁶ *Ibíd.*, sección IX, apartado 3.

³⁷ *Ibíd.*, sección IX, apartado 7.

³⁸ *Ibíd.*, sección XI, apartado 4.

³⁹ *Ibíd.*, secciones XIV y XV.

Ahora bien, una vez finalizado el procedimiento ante el Grupo de control del cumplimiento, y en el caso de que el procedimiento haya sido irregular, subsiste la posibilidad de recurrir ante la COP/MOP, es decir, ante un órgano de naturaleza política.⁴⁰

Lo que sí podemos afirmar es que nos hallamos, en cualquier caso, ante competencias de tipo jurisdiccional, con las que se ha querido dotar de cierta «fuerza» al mecanismo de control, pero sin establecer claramente un mecanismo jurisdiccional dotado del efecto obligatorio que caracteriza a estos últimos. Un análisis lingüístico del Protocolo confirma esta conclusión.

2.3.1.2. *La diplomacia lingüística en torno al mecanismo de control*

El Protocolo recurre a numerosas perífrasis para evitar un vocabulario demasiado sancionatorio. Así pues, no se refiere a la «violación del tratado» sino que prefiere hablar de cuestiones de «aplicación»⁴¹ o de «incumplimiento».⁴² Pero va mucho más lejos en ese sentido puesto que, en las disposiciones relativas al incumplimiento, no habla —como era de esperar— de «Estado que incumple» sino que prefiere referirse a la «parte interesada».⁴³ De la misma manera,

⁴⁰ *Ibíd.*, sección XI, apartado 1: «La Parte respecto de la cual se haya adoptado una decisión definitiva podrá apelar ante la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo contra una decisión del grupo de control del cumplimiento relacionada con el párrafo 1 del artículo 3 del Protocolo si esa Parte considera que se ha visto privada del debido procedimiento».

⁴¹ *Ibíd.*, sección IV, apartado 5: «[E]n el marco de su mandato general, especificado en el párrafo 4, y sin entrar en el mandato del grupo de control del cumplimiento, descrito en el párrafo 4 de la sección V, el grupo de facilitación se encargará de abordar las cuestiones de aplicación». Asimismo, en la sección relativa a las comunicaciones (sección VI), las referencias a las «cuestiones de aplicación» son continuas: «[E]l Comité recibirá, por conducto de la secretaría, las cuestiones de aplicación que se planteen en los informes de los equipos de expertos previstos en el artículo 8 del Protocolo junto con todo comentario por escrito de la Parte a que se refiera el informe o las cuestiones de aplicación que plantee [...]». Y lo mismo ocurre en materia de asignación y examen preliminar (sección VII): «[L]a Mesa del Comité asignará las cuestiones de aplicación al grupo correspondiente».

⁴² *Ibíd.*, sección 5, apartado 6: «[E]l grupo de control del cumplimiento se encargará de aplicar las medidas correctivas expuestas en la sección XV en los casos de incumplimiento que se mencionan en el párrafo supra. Las medidas a raíz del incumplimiento del párrafo 1 del artículo 3 del Protocolo que aplique el grupo de control del cumplimiento tendrán por objeto restaurar la situación de cumplimiento a fin de asegurar la integridad ambiental y ofrecerán un incentivo para el cumplimiento».

⁴³ *Ibíd.*, sección VI, apartado 2: «[L]a secretaría pondrá inmediatamente a disposición de la Parte respecto de la cual se plantee la cuestión de aplicación (en adelante “la Parte interesada”) toda cuestión de aplicación que se comunique en virtud del párrafo 1».

el término «sanción» es cuidadosamente evitado para preferirle uno más suave, el de «medida correctiva».⁴⁴

Asimismo, durante todo el procedimiento, el vocabulario elegido es, en general, diferente del que se emplea en la mayoría de los procedimientos jurisdiccionales. Por ejemplo, tras el examen preliminar de una cuestión de aplicación, no se toma una decisión respecto a la «admisibilidad» de la cuestión sino que se toma una «decisión de proceder».⁴⁵ Para llegar a esa conclusión, el Grupo encargado del examen de la cuestión no se basará en «pruebas» sino en «informaciones».⁴⁶

2.3.2. El carácter vinculante de las *medidas* del Comité del cumplimiento

Recordemos que el artículo 18 del Protocolo de Kioto establece que:

[E]n su primer período de sesiones, la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo aprobará unos procedimientos y mecanismos apropiados y eficaces para determinar y abordar los casos de incumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo, incluso mediante la preparación de una lista indicativa de consecuencias, teniendo en cuenta la causa, el tipo, el grado y la frecuencia del incumplimiento. Todo procedimiento o mecanismo que se cree en virtud del presente artículo y prevea consecuencias de carácter vinculante será aprobado por medio de una enmienda al presente Protocolo.

Se discutió entonces la necesidad de aprobar el mecanismo de control del cumplimiento mediante una enmienda al Protocolo en función de la existencia de carácter vinculante o no de las «medidas» del Comité del cumplimiento. Ahora bien, como ya se ha señalado, el análisis de las disposiciones de los Acuerdos de Bonn-Ma-

⁴⁴ Las secciones XIV y XV enumeran, respectivamente, las «medidas correctivas aplicadas por el grupo de la facilitación» y las «medidas correctivas aplicadas por el grupo de control del cumplimiento».

⁴⁵ Decisión 27/CMP.1 (cit. supra), sección VII, apartado 7.

⁴⁶ *Ibid.*, sección VII, apartado 2.

rakech no permitía concluir de manera tajante en una dirección o en la otra.

Durante la COP/MOP que tuvo lugar en Montreal en noviembre de 2005, se discutió la necesidad de enmendar el Protocolo de Kioto para establecer el mecanismo de control del cumplimiento. Fue Arabia Saudita quien propuso la enmienda, que fue rechazada por la Conferencia de los Estados partes. En efecto, la Unión Europea presentó una contrapropuesta a la enmienda cuyo punto central era que el mecanismo de control debía ser operativo cuanto antes. Para ello, proponía que se distinguieran dos fases para establecer el mecanismo de control: se adoptaría en primer lugar el mecanismo a través de una decisión de la COP/MOP; se lanzaría después un proceso que podría llevar efectivamente, en su caso, a una enmienda del Protocolo de Kioto.

La decisión adoptada por la COP/MOP en Montreal siguió la propuesta de la Unión Europea. Tras destacar «la necesidad de que las Partes hagan cuanto esté a su alcance para resolver esta cuestión lo antes posible»,⁴⁷ la COP/MOP:

1. *Aprueba y adopta* los procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kioto, que figura en el anexo de esta decisión, sin perjuicio del resultado del proceso descrito en el párrafo 2 de esta decisión;
2. *Decide* iniciar el examen de la cuestión de una enmienda al Protocolo de Kioto con respecto a los procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 18, con miras a que la Conferencia las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kioto adopte una decisión en su tercer período de sesiones.⁴⁸

Quienes se opusieron a la enmienda argumentaron que, según el artículo 20 del Protocolo de Kioto, para que una enmienda entrara en vigor respecto a un Estado parte, este último debía haberla aceptado. Por tanto, cualquier Estado parte tendría la posibilidad de vetar dicha enmienda a la hora de ratificarla. Una enmienda así

⁴⁷ *Ibíd.*, considerando núm. 5.

⁴⁸ *Ibíd.*, §§ 1 y 2.

podría ser adoptada por la COP/MOP puesto que para su adopción es suficiente el consenso o, en su ausencia, la adopción por una mayoría de las tres cuartas partes presentes y votantes. Sin embargo, esta misma enmienda podría no ser ratificada por los Estados partes. Además, incluso en el caso de los Estados que estuvieran dispuestos a ratificarla, el procedimiento de ratificación podría ser muy largo. Por tanto, se correría el riesgo de tener distintas categorías entre los Estados puesto que algunos sí ratificarían la enmienda mientras que otros no lo harían. Esta situación crearía diferencias en cuanto al alcance de las consecuencias que derivarían de obligaciones que, sin embargo, sí podrían ser las mismas: la reducción de la emisión de GEI. Algunos Estados tendrían la obligación de aplicar las medidas correctivas que se les habrían impuesto en caso de incumplimiento mientras que otros Estados partes no.

Ahora bien, el tercer período de sesiones de la COP/MOP, que tuvo lugar en Bali entre el 3 y el 15 de diciembre de 2007, tampoco ha dado respuesta a esta cuestión. Mientras tanto, el Comité del cumplimiento se ha puesto en funcionamiento y, en cuanto respecta al Grupo de control del cumplimiento, en el caso de Grecia,⁴⁹ las consecuencias que derivan de la situación de incumplimiento de este Estado, tal y como fue reconocida por el Comité en abril de 2008, han surtido efecto. En efecto, Grecia sometió en plazo el Plan de acción que le había sido solicitado y posteriormente un Plan revisado que se le pidió en octubre de 2008. La sumisión de dichos planes dio lugar a una decisión de 13 de noviembre de 2008 por la que se consideraba que el plan revisado sometido por Grecia el 27 de octubre de 2008 era suficiente y que ya no había cuestión de aplicación por lo que Grecia ya podía participar plenamente en los mecanismos de los artículos 6, 12 y 17 del Protocolo.⁵⁰

⁴⁹ La documentación relativa a este caso está disponible en http://unfccc.int/kyoto_protocol/compliance/enforcement_branch/items/3785.php.

⁵⁰ CC-2007-1-13/Greece/EB, 13 de noviembre de 2008. En particular, el Grupo de control del cumplimiento dispone que «11. The branch further notes that the revised plan submitted by Greece in accordance with the request of the branch and referred to in paragraph 5 above, now addresses the stipulated elements and issues explicitly. 12. The branch concludes that the information now available is sufficient to conclude that the question of implementation has now been resolved. 13. In accordance with paragraph 2 of section X, the branch decides that there no longer continues to be a question of implementation with respect to Greece's eligibility, and that Greece is now fully eligible to participate in the mechanisms under Articles 6, 12 and 17 of the Protocol».

En cualquier caso, parece que la eventualidad de una enmienda al Protocolo se está alejando. A favor de la enmienda estaba el argumento del mantenimiento de una igualdad jurídica entre todos los Estados que se han comprometido a reducir sus GEI. Además, quedaría claro el carácter obligatorio del mecanismo, rasgo que parece *prima facie* indispensable para el buen funcionamiento de la parte represiva del mecanismo de cumplimiento (el control del cumplimiento) puesto que resulta difícil imaginar su eficacia si las medidas que decide no son obligatorias para las partes.

Ahora bien, cabe preguntarse si, en realidad, el mecanismo no es ya obligatorio de facto puesto que la elegibilidad de un Estado a los mecanismos de flexibilidad depende de su sometimiento a los procedimientos aplicables en materia de cumplimiento de las disposiciones del Protocolo de Kioto. Quizá sea éste uno de los argumentos de más peso a la hora de oponerse a la exigencia de enmendar el Protocolo; así se evita la explosión interna del Convenio y la multiplicidad y complejidad que conllevan relaciones disonantes entre Estados partes. Argumentar que, en el fondo, el procedimiento ante el Comité de Cumplimiento ya es obligatorio parece una opción tan jurídicamente fundada como diplomáticamente razonable.

En cualquier caso, mientras no se adopte la enmienda, o mientras no se acepte claramente que el mecanismo siempre fue obligatorio, la situación seguirá siendo confusa y algunos Estados —los que incumplen sus obligaciones de reducción— podrían aprovecharse de esta situación.

2.4. Conclusiones

Tras el análisis del mecanismo de control, una pregunta básica se pone de manifiesto: ¿es razonable un mecanismo de estas características en el marco de una sociedad internacional todavía tan descentralizada, o un mecanismo de control tan ambicioso está destinado a conocer un rotundo fracaso? Y, si el mecanismo de control fracasa, ¿acaso no se corre el riesgo de que el conjunto del Protocolo de Kioto conozca la misma suerte?: probablemente, en la medida en que el desafío que supone el control no puede ser desvinculado

de otro reto fundamental que plantea el Protocolo, el reto económico. En efecto, precisamente la existencia de un razonamiento económico, en la base del Protocolo de Kioto explica que los Estados pongan tanto empeño en evitar los comportamientos de pasajero clandestino o *free-riders* (Maljean-Dubois 2007).

Parecería por tanto que, de momento, sólo se pueda concluir celebrando la originalidad formal del mecanismo de control del cumplimiento, que hace hincapié en la sanción. Y que, si no se enmienda el Protocolo, prevalecerá la parte preventiva del mecanismo de control que corresponde al grupo de la facilitación, diluyendo la parte más coactiva del mecanismo. De permanecer las cosas paralizadas en este punto, sólo quedaría esperar que los mecanismos de flexibilidad resultaran tan atractivos que ninguno de los Estados sometidos a obligaciones de reducción de sus emisiones de GEI querría quedarse fuera. Y las presiones de los sectores privados pueden tener su efecto. Sobre todo en la medida en que se cuenta explícitamente con su participación en los mecanismos de flexibilidad. Además se prevé la apertura de los mecanismos que controlan la aplicación de los mecanismos de flexibilidad al sector privado, con lo que se diluye así la consistencia del Estado como intermediario tradicional entre el sector privado y las entidades supranacionales.

Poníamos en duda, al empezar este artículo, que la eficacia del sistema de reducción de GEI debiera necesariamente medirse en relación con los mecanismos de control establecidos, que el *cumplimiento* de las reglas fuera el elemento que permitiera concluir que un instrumento es *eficaz*. Pues bien, en el caso del mecanismo de control del Protocolo de Kioto, no parece que la eficacia del sistema dependa principalmente del grado de coacción que se aplique en caso de incumplimiento. En este caso, parece que la eficacia del convenio esté más bien ligada a la voluntad de los Estados de permanecer dentro del sistema. Y, para ello, la rama ejecutiva —más coactiva— del mecanismo no tiene, contrariamente a lo que se podía esperar, el papel primordial. Es esencial su presencia, como elemento disuasorio, pero importa más que los Estados estén dispuestos a aplicar todos los procedimientos previstos con tal de no ser excluidos del sistema de Kioto. Dicha exclusión implicaría la imposibilidad de participar en los mecanismos de flexibilidad del Protocolo y, de momento, parece que ningún Estado parte esté dispuesto a renunciar a tan jugoso mercado.

La eficacia del Protocolo de Kioto se encuentra por tanto más vinculada a la existencia de garantías que a la presencia de un mecanismo de control lo más coactivo posible. Por ello, aunque no está claro el carácter obligatorio del mecanismo de control, la eficacia del mecanismo no quedará necesariamente mermada, en la medida en que los Estados sigan sometiéndose al Comité de cumplimiento para beneficiarse de los mecanismos de flexibilidad.

Bibliografía

- BOISSON DE CHAZOURNES, L., y M. MBENGUE MAKANE. «A propos du caractère juridictionnel de la procédure de non-respect du Protocole de Kyoto». En S. Maljean-Dubois (ed.). *Changements climatiques. Les enjeux du contrôle international*. París: La documentation Française, 2007: 73-109.
- MALJEAN-DUBOIS, S. «La mise en route du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques». *Annuaire Français de Droit International* (2005): 433-463.
- . «L'enjeu du contrôle dans le droit international de l'environnement et le Protocole de Kyoto en particulier». En S. Maljean-Dubois (ed.). *Changements climatiques. Les enjeux du contrôle international*. París: La documentation Française, 2007: 17-28.
- PRESTRE, Ph. LE, y E. MÜLHENHÖVER. «Contrôle des engagements et effectivité du régime: l'observance est-elle un critère pertinent d'évaluation?». En S. Maljean-Dubois (ed.). *Changements climatiques. Les enjeux du contrôle international*. París: La documentation Française, 2007: 29-49.
- RIPHAGEN, W. «Troisième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles)». *Annuaire CDI*, 1982, vol. II, 1.^a parte (A/CN.4/354 y Add. 1 y 2).