

NOVIEMBRE 2016

Contribución de ITLOS al derecho internacional ambiental: el enfoque de precaución en la Opinión Consultiva de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos

Por Elsa Kelly

Jueza del Tribunal Internacional del Derecho del Mar

Este año se conmemora el vigésimo aniversario de la creación del Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Es una ocasión propicia para destacar la contribución del Tribunal Internacional de Derecho del Mar al desarrollo del derecho internacional.

Existen múltiples aspectos de la jurisprudencia de este Tribunal susceptibles de ser considerados como ejemplos concretos de dicho desarrollo pero hoy quisiera referirme a una de sus decisiones que considero emblemática por su buena acogida tanto de parte de juristas como de instituciones: me refiero a la Opinión Consultiva de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos sobre las “Responsabilidades y Obligaciones de los Estados que Patrocinan a Personas o Entidades con respecto a Actividades en la Zona”.

Esta Opinión Consultiva fue dada en respuesta a la solicitud del Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (el Consejo), registrada en el documento ISBA/16/C/13 del 6 de mayo de 2010. Se trata de una de las decisiones del Tribunal que se refieren a las obligaciones ambientales de los Estados Partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (la Convención).

Dada la competencia específica de la Sala y el contenido de las preguntas planteadas en la Solicitud del Consejo, esta decisión se refiere primariamente a la Parte XI de la Convención, los anexos vinculados a esta Parte, el Acuerdo de 1994 relativo a la implementación de la Parte XI de la Convención, y los Reglamentos de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (la Autoridad).

* Reunión Conmemorativa del 20° Aniversario del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, organizada por el Instituto de Derecho Internacional del CARI, 2016.

Contribución de ITLOS al derecho internacional ambiental: el enfoque de precaución en la Opinión Consultiva de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos

CONSEJO ARGENTINO
PARA LAS
RELACIONES
INTERNACIONALES

Uruguay 1037, piso 1°
C1016ACA
Buenos Aires
República Argentina

Tel. +5411 4811 0071
Fax +5411 4815 4742

cari@cari.org.ar
cari.org.ar

Las opiniones expresadas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de sus autores y no reflejan necesariamente el pensamiento del CARI.

Las Preguntas planteadas por el Consejo fueron las siguientes:

1. ¿Cuáles son las responsabilidades jurídicas [legales] y las obligaciones de los Estados Partes de la Convención con respecto al patrocinio de actividades en la Zona de conformidad con la Convención, en particular con la Parte XI, y el Acuerdo de 1994 sobre la Implementación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982?
2. ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad (*liability*) de un Estado Parte por el incumplimiento de las disposiciones de la Convención, en particular de la Parte XI y del Acuerdo de 1994, de una entidad a la cual ha patrocinado de conformidad con el Artículo 153, párrafo 2 (b), de la Convención?
3. ¿Cuáles son las medidas necesarias y apropiadas que un Estado patrocinante debe tomar para cumplir con su responsabilidad bajo la Convención, en particular con el Artículo 139 de la Convención, el Anexo III y el Acuerdo de 1994? El enfoque de precaución, que es el tema de esta exposición, es una de las cuestiones jurídicas consideradas en esta

Opinión Consultiva que la Sala examinó en el contexto de las Preguntas 1 y 3 de la Solicitud del Consejo.

Antes de analizar esta cuestión en particular, es conveniente repasar brevemente los aspectos más relevantes de esta decisión que conforman el contexto de las definiciones de la Sala sobre el enfoque de precaución.

PRIMERA PARTE

Significado de términos claves:

Dos son los términos analizados primeramente por la Sala –dada su importancia para entender el sentido jurídico de varios artículos centrales del sistema normativo que rige para la prospección, exploración y explotación de los recursos minerales de la Zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Dichos conceptos, relacionados entre sí, se denotan en idioma inglés con dos vocablos: “responsibility” y “liability”. En idioma francés esos dos conceptos se denotan con un solo vocablo: “responsabilidad”, y lo mismo ocurre con el idioma español y con otros idiomas que menciona la Sala (ruso, árabe, chino, entre otros).

Según la Sala, el término inglés “responsibility” se refiere a las obligaciones primarias establecidas en la Convención mientras que el término inglés “liability” se refiere a las obligaciones secundarias, a saber, las consecuencias que se derivan del incumplimiento de una obligación primaria.

La Sala destaca que tanto en el texto francés como en el español, el mismo término “responsabilidad” (*responsabilité*) en la Convención se refiere a ambos tipos de obligaciones, a las obligaciones primarias y también a las consecuencias del incumplimiento de una obligación primaria, o sea la obligación de compensar (o indemnizar).

Este análisis del uso de los términos “responsibility” y “liability” en las disposiciones de la Convención permite determinar el significado de las tres preguntas contenidas en la Solicitud del Consejo de la Autoridad.

En tal sentido, la Sala señala que en la Pregunta 1, la expresión “responsabilidades jurídicas y obligaciones” se refiere a las obligaciones primarias, esto es, “a qué están obligados los Estados patrocinantes conforme a la Convención” (párrafo 69 de la Opinión Consultiva).

En la Pregunta 2 la expresión inglesa “liability” (y consecuentemente, las expresiones

española “Responsabilidad por daños” y francesa “Responsabilité en cas de dommages”) se refiere a las consecuencias por incumplimiento de las obligaciones correspondientes al Estado patrocinante (párrafo 70 de la Opinión Consultiva).

En la Pregunta 3, al igual que en la primera, el término inglés “responsibility” se refiere a las obligaciones primarias del Estado patrocinante.

La Sala aclara, asimismo, que la expresión “responsibility” tal como se emplea en el artículo 139 y en el Anexo III, artículo 4, párrafo 4 de la Convención significa “obligación” (párrafo 65 de la Opinión Consultiva).

La pregunta 2 no se analiza por exceder el marco de esta presentación. Se la ha transcripto sólo para mostrar la diferencia de significado con qué se usa el vocablo “responsabilidad” en el texto español.

Otras definiciones de la Sala relacionadas con las preguntas contenidas en la Solicitud del Consejo de la Autoridad.

La Sala aclara que la Pregunta 1 se refiere exclusivamente a las obligaciones de los Estados patrocinantes, por lo que el concepto de “patrocinio” es un elemento clave del

sistema de exploración y explotación de los recursos de la Zona.

El régimen jurídico que regula este sistema de explotación está contenido en la Parte XI de la Convención e instrumentos conexos.

Los artículos 139, párrafo 1, 153, párrafo 4 “in fine”, y el Anexo III, artículo 4, párrafo 4 son las disposiciones más relevantes relacionados con las obligaciones del Estado patrocinante.

Dichas disposiciones consideradas en conjunto establecen que el Estado patrocinante debe procurar (asegurar) que la persona o entidad patrocinada por él, al desarrollar actividades en la Zona, cumpla con los requisitos establecidos en su contrato y con las disposiciones de la Convención e instrumentos conexos.

El sistema también obliga a los Estados que patrocinen personas o entidades que desarrollan actividades en la Zona, a adoptar todas medidas necesarias y apropiadas a fin de procurar que dichas personas o entidades cumplan con las normas de la Convención e instrumentos conexos.

El sistema requiere que las personas o entidades estén efectivamente sujetas a la jurisdicción y control del Estado patrocinante en el marco de su propio orden jurídico interno.

En síntesis, para que una persona o entidad pueda ser elegible para contratar con la

Autoridad un plan de trabajo para desarrollar actividades en la Zona, dicha entidad debe reunir dos requisitos: ser nacional de un Estado Parte de la Convención o sujeto a su control efectivo o al de sus nacionales y obtener el “patrocinio” de dicho Estado de conformidad con lo establecido en el artículo 153, párrafo 2 (b) de la Convención.

La Sala observa que el sistema de patrocinio “tiene por objeto lograr que las obligaciones establecidas por la Convención, que es un tratado internacional que obliga sólo a los Estados Partes, sean efectivamente cumplidas por las personas o entidades patrocinadas por la vía de su sometimiento al ordenamiento jurídico interno del Estado patrocinante. Según interpreta la Sala, “este resultado se obtiene mediante las disposiciones de los Reglamentos de la Autoridad que se aplican a dichas entidades y mediante la implementación por parte de los Estado patrocinante de sus obligaciones bajo la Convención e instrumentos conexos”. (Párrafo 75 de la Opinión Consultiva).

Ningún Estado está obligado a conceder su patrocinio. La nacionalidad, por sí sola, no genera obligación alguna para el Estado, por lo que la existencia de un patrocinio no puede, dice la Sala, inferirse del hecho de que

las personas o entidades posean la nacionalidad de ese Estado. El patrocinio debe emanar de un acto de la voluntad del Estado en cuestión, de una decisión explícita de otorgar su patrocinio. (Ver párrafo 78 de la Opinión Consultiva).

¿En qué consisten las obligaciones del Estado patrocinante?

Las normas relevantes de la Convención son las siguientes:

Artículo 139, párrafo 1:

“Los Estados Partes están obligados a velar por que las actividades en la Zona, ya sean realizadas por ellos mismos, por empresas estatales o por personas naturales o jurídicas que posean su nacionalidad o estén bajo su control efectivo o sol de sus nacionales, se efectúen de conformidad con esta Parte (...)”

Artículo 153, párrafo 1, in fine:

“(...) Los Estados Partes prestarán asistencia a la Autoridad adoptando todas las medidas necesarias para lograr dicho cumplimiento, de conformidad con el artículo 139”.

Anexo III, artículo 4, párrafo 4, primera parte:

“El Estado o los Estados patrocinantes estarán obligados, con arreglo al artículo 139, a procurar, en el marco de sus ordenamientos jurídicos, que los contratistas patrocinados por ellos realicen sus actividades en la Zona de

conformidad con las cláusulas de sus contratos y con las obligaciones que les incumban en virtud de esta Convención (...)”.

La obligación “de procurar” (obligation “to ensure”) [Según la Sala ésta es la cuestión central que se plantea en la Pregunta 1]

Del examen de estas tres disposiciones surge, como se señaló anteriormente, que las mismas se refieren al Estado patrocinante y establecen, conforme observa la Sala, que la obligación (responsibility/responsabilidad) de dicho Estado es la de procurar (“to ensure”) que “las ‘actividades en la Zona’ se conduzcan por parte del contratista patrocinado ‘de conformidad con’ o ‘en cumplimiento de’ las normas a las que se refiere” (párrafo 103 de la Opinión Consultiva).

Según la opinión de la Sala, esta “responsabilidad de procurar” (*responsibility to ensure*) es una obligación “de conducta”, “de comportamiento”, (*obligation “of conduct”*) y no exige la obligación de obtener en todos y en cada uno de los casos, el resultado previsto.

Se trata de responsabilidades que conllevan la obligación de emplear los “medios adecuados, de ejercer los mejores esfuerzos posibles, de

hacer lo máximo” para la obtención del resultado de procurar que el contratista cumpla con sus obligaciones de conformidad con la Convención y normas anexas y con su contrato. (Párrafo 110 de la Opinión Consultiva).

La obligación de “diligencia debida” (“due diligence obligation”)

La Sala destaca que las obligaciones “de procurar” pueden caracterizarse, además, como obligaciones de “diligencia debida”, afirmando que existe una conexión entre la obligación de “procurar” y la obligación de “diligencia debida”.

La Sala sugiere (esta es mi interpretación) que el concepto de “diligencia debida” de conformidad con la Convención e instrumentos conexos forma parte del contenido de las obligaciones “de procurar”.

La Sala señala que la descripción de las medidas que debe adoptar un Estado patrocinante contenida en el artículo 139, párrafo 2 de la Convención aclara en qué consiste la “obligación de diligencia debida” cuando hace referencia a “todas las medidas necesarias y apropiadas para lograr el cumplimiento efectivo del contratista, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 153 y el párrafo 4 del artículo 4 del Anexo III”.

Más específica, según la Sala, es la norma del artículo 4, párrafo 4 del Anexo III, que requiere que el Estado patrocinante dicte “leyes y reglamentos” y adopte “medidas administrativas” en el marco de su sistema jurídico (interno) que “sean razonablemente adecuados para asegurar el cumplimiento de las personas bajo su jurisdicción” de las obligaciones que les incumban. (Ver párrafo 119 de la Opinión Consultiva).

Las obligaciones “directas” del Estado patrocinante.

La Sala señala que existen otras obligaciones que, conforme a la Convención y demás instrumentos vinculados a ella, los Estados patrocinantes deben cumplir independientemente de su obligación de procurar un cierto comportamiento del contratista patrocinado. Se trata de “obligaciones directas”, es decir, propias de dichos Estados y que, según observa la Sala, se expresan en la mayoría de los casos como obligaciones de procurar el cumplimiento de una norma en particular (Ver párrafo 123 de la Opinión Consultiva).

La Sala también afirma que el cumplimiento de estas “obligaciones directas” puede ser considerado como “un factor relevante para

cumplir con el elemento de la “diligencia debida” de las obligaciones “de procurar”.

La Sala destaca las siguientes obligaciones directas que conforme a la Convención y demás instrumentos conexos son obligaciones propias de los Estados patrocinantes:

La obligación de asistir a la Autoridad en el ejercicio del control sobre las actividades en la Zona; la obligación de aplicar el enfoque de precaución (que se considerará en detalle más adelante); la obligación de aplicar las mejores prácticas ambientales; la obligación de tomar medidas que aseguren el suministro de una garantía para el caso de una orden de emergencia dispuesta por la Autoridad para la protección del medio marino (estas obligaciones están establecidas en los Reglamentos de la Autoridad); la obligación de asegurar la disponibilidad del recurso de compensación (indemnización) por daños causados por polución; y la obligación de efectuar evaluaciones de impacto ambiental (Ver párrafo 122 de la Opinión Consultiva).

[No se analiza aquí el concepto de “liability” en la Pregunta 2 por exceder el marco de esta presentación y el escaso tiempo disponible].

SEGUNDA PARTE

El enfoque de precaución en la Opinión Consultiva.

El enfoque de precaución es uno de los temas ambientales considerados en la Opinión Consultiva y que la Sala examinó en el contexto de las Preguntas 1 y 3 de la Solicitud del Consejo.

Antes de analizar este concepto en la Opinión Consultiva es conveniente hacer un muy breve repaso de la manera en que surgió y evolucionó históricamente la noción del enfoque (o principio) de precaución. Su origen puede rastrearse hasta el año 1970 en el que por primera vez se introdujo dicho concepto en la legislación alemana.

En las décadas que siguieron esta noción evolucionó al ser incluido en varios instrumentos regionales e internacionales como, por ejemplo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 que se refiere al principio de precaución en su Preámbulo (sin nombrarlo); la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (Principio 15); la Convención Marco de Cambio Climático de 1992; El Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la diversidad Biológica de 2000; y la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (o

TFEU), artículos 191 y 192.

Como podrá observarse del examen del texto de los instrumentos mencionados, son diferentes las formulaciones del enfoque o principio de precaución, lo que muestra que no existe un entendimiento uniforme sobre el contenido y aplicaciones de este concepto salvo la idea básica de que en casos de seria amenaza o de daño irreversible al medio ambiente, la ausencia de certidumbre científica no debe ser invocada como una razón para impedir una acción preventiva.

No obstante, esta formulación, que no es otra que la contenida en el Principio 15 de la Declaración de Río, ha sido ampliamente aceptada a nivel internacional y ha sido reconocida por algunos juristas como el “núcleo” del contenido del principio de precaución.

Una formulación del enfoque (o principio) de precaución más elaborado puede observarse en las legislaciones internas de algunos países europeos aunque la más emblemática es la de Alemania cuya Constitución, que dispone (en su artículo 20 que el Estado “protegerá el fundamento natural de la vida y los animales”, se complementa con la inclusión del principio de precaución en los diferentes sectores regulados por su legislación ambiental tales como la Ley Federal de Control de Emisiones, la Ley de

Energía Atómica y la Ley de Ingeniería Genética, cuyas normas han sido, además, desarrolladas por la jurisprudencia de los tribunales alemanes.

La evolución del enfoque de precaución parece haber seguido en Alemania un curso diferente respecto de cada sector, en lo que se refiere a su contenido y aplicación y a quiénes afecta o puede llegar a afectar en relación a la carga de la prueba. Asimismo, cabe aclarar que si bien la legislación específica que se refiere al tema que se considera aquí –la Ley Minera de los Fondos Marinos (Seabed Mining Act)– no menciona explícitamente el enfoque de precaución, la obligación legal de aplicar este enfoque con respecto a las actividades mineras en la Zona de los Fondos Marinos está implícitamente contenida en sus disposiciones. Además, ésta fue la posición oficial de Alemania expuesta en su Declaración en ocasión de las audiencias orales convocadas por el Tribunal en 2010 con el objeto de oír a los Estados Partes de la Convención que desearan dar a conocer su opinión sobre el tema objeto de esta Opinión Consultiva.

Cabe agregar que esta legislación fue expresamente mencionada por la Sala en el párrafo 237 de esta Opinión Consultiva

señalando que “toma nota de la Ley Minera de los Fondos Marinos adoptada por Alemania”.

Otra importante contribución fue la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea sobre el Principio de Precaución (COM2000). En una nota explicativa, la Comisión expresa que el objeto de la Comunicación fue informar a todos aquéllos a quienes pudiera interesar cómo la manera en que la Unión Europea se disponía a aplicar el principio de precaución. Al respecto la Comisión declara que aplicaría el mencionado principio a los casos en que “la evidencia científica es insuficiente, no concluyente o incierta pero dónde la evaluación científica preliminar indicara que existen, en virtud de fundamentos razonables, motivos valederos de inquietud de que los efectos potencialmente peligrosos para el ambiente o la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto grado de protección elegido por la Unión Europea”.

Uno de los objetivos de la Comunicación según la Comisión de la UE, de interés para países como el nuestro temerosos de que la aplicación de este principio pueda ser usado para justificar barreras arancelarias y servir de pretexto para limitar el acceso de productos a los mercados europeos, es el de evitar desnaturalizar el uso del principio de precaución como una forma

disfrazada de proteccionismo.

Los elementos más importantes de este documento son los siguientes:

1. El alcance del principio de precaución en la práctica excede el objetivo declarado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU) “de proteger el medio ambiente” y se aplica específicamente “a los casos en que exista la preocupación de que dicha protección, conforme a la evidencia científica preliminar objetiva indique que los efectos potencialmente peligrosos para el ambiente y la salud humana, animal o vegetal pueden ser incompatibles con el alto grado de protección elegido por la Comunidad”.
2. El principio debe aplicarse en el marco de “un proceso de adopción de decisiones estructurado con información científica detallada y otros informes objetivos. Dicha estructura está compuesta de los tres elementos del análisis de riesgo: la evaluación de riesgo; la elección de la estrategia del manejo de riesgo y la comunicación del riesgo. El principio de precaución es particularmente relevante para el elemento de manejo de riesgo”.
3. La aplicación del principio de precaución “presupone que los efectos potencialmente peligrosos que pueden derivarse de un

fenómeno, de un producto o de un proceso han sido identificados, y que la evaluación científica no permite que el riesgo pueda ser identificado con suficiente certeza”.

4. La implementación de “un enfoque basado en el principio de precaución debe comenzar con una evaluación lo más completa que sea posible, y donde sea posible, identificando en cada etapa el grado de incertidumbre científica”.

La Comisión señaló también que, al considerar el nivel de riesgo y el grado de incertidumbre, la respuesta puede consistir en una decisión de actuar o de no actuar, o de establecer o no una “medida legal obligatoria”. Y si la decisión correcta fuese la de tomar acción “existe una amplia gama de iniciativas disponibles (...) desde la adopción de una medida legal obligatoria, de un proyecto de investigación o una recomendación”.

La Comisión aclaró también que si se recomendara una acción, las medidas basadas en un enfoque de precaución deberían ser proporcionales al nivel de protección elegido; no discriminatorias; coherentes con medidas similares adoptadas con anterioridad; basadas, cuando fuere posible y apropiado, en una evaluación del costo/beneficio con respecto a la decisión de actuar o no actuar; sujetas a revisión a la luz de nuevas informaciones científicas; y

asignando la responsabilidad de producir evidencia científica (a quién corresponde la carga de la prueba).

Es indudable que este documento COM2000 ha proporcionado importantes y muy valiosos elementos de juicio para comprender mejor toda la temática vinculada al enfoque de precaución. Sin perjuicio de ello, su definición sigue siendo una tarea no exenta de complicaciones y sigue manteniendo un alto grado de ambigüedad que hace difícil su aplicación.

Las conclusiones de la Sala con respecto al enfoque de precaución deben ser analizadas en el contexto de las respuestas dadas a las Preguntas 1 y 3 de la Solicitud del Consejo de la Autoridad (las que se han mencionado muy someramente).

Como se ha visto, en la pregunta 1 se solicita se determine cuáles son las responsabilidades jurídicas y las obligaciones de los Estados que patrocinan actividades de personas o entidades en la Zona conforme a la Convención, en particular la Parte XI e instrumentos conexos.

En la pregunta 3, se solicita se aclare cuáles serían las “medidas necesarias y apropiadas” que un Estado patrocinante debe tomar para cumplir con su responsabilidad conforme a la

Convención, en particular con el artículo 139, el Anexo III y el Acuerdo de 1994 sobre la implementación de la Parte.

Antes de analizar los aspectos relevantes de la Opinión Consultiva sobre el enfoque de precaución corresponde efectuar algunas consideraciones preliminares:

(i) El término “enfoque de precaución” corresponde al texto en idioma inglés de los Reglamentos de la Autoridad, observando la Sala que el texto en idioma francés de dichos Reglamentos usa la expresión “principe de precaution” (principio de precaución) lo que sugiere que ambas expresiones pueden usarse indistintamente, o sea, como si fueran sinónimos.

(ii) la Convención no contiene mención alguna del enfoque de precaución como tal. Son los Reglamentos de la Autoridad que la Sala tuvo ante sí, (el Reglamento sobre Prospección y Exploración de Nódulos Polimetálicos en la Zona (en adelante Reglamento sobre Nódulos) y el Reglamento sobre Prospección y Exploración de Sulfuros Polimetálicos en la Zona (en adelante Reglamento sobre Sulfuros) los que establecen que tanto la Autoridad como los Estados patrocinantes aplicarán el enfoque de precaución enunciado en el Principio 15 de la Declaración de Río, cuyo texto dice:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

[Se advierte que en la versión española del texto del Principio 15 de la Declaración de Río como en el de los Reglamentos de la Autoridad, la expresión “precautionary approach” se traduce como “criterio de precaución” en lugar de “enfoque de precaución”. Ambas traducciones son correctas].

(iii) El Principio 15 por sí mismo no establece una obligación jurídicamente vinculante para los Estados y ha sido generalmente considerado como una norma de “soft law”, vocablo que caracteriza a las normas internacionales de cumplimiento voluntario. Pero, incluido en un artículo de los Reglamentos de la Autoridad, el Principio se convierte en obligatorio para los Estados Partes de la Convención, dentro del marco del sistema jurídico establecido en la Convención e instrumentos conexos. La Sala confirma esta

interpretación cuando expresa que los Reglamentos de la Autoridad transformaron la norma no obligatoria contenida en el Principio 15 de la Declaración de Río en una norma obligatoria para los Estados patrocinantes y los contratistas patrocinados (párrafo 127 de la Opinión Consultiva).

(iv) El Reglamento sobre Nódulos fue modificado con posterioridad a la adopción de la Opinión Consultiva, y más tarde un tercer instrumento, el “Reglamento para la Prospección y Exploración de Costras de Ferromanganeso con alto contenido de Cobalto” (Reglamento de Cobalto Enriquecido), fue adoptado por la Autoridad.

[Al referirse a las reglamentaciones futuras la Sala observó que en los dos Reglamentos que tuvieron ante sí, el enfoque de precaución se aplica específicamente a las actividades contempladas en su texto, a saber, la prospección y exploración de nódulos polimetálicos y sulfuros polimetálicos”, agregando que es de esperar que la Autoridad repetirá o desarrollará aún más este enfoque cuando reglamente las actividades de explotación y las actividades relacionadas con otros tipos de minerales”. Eso fue exactamente lo que ocurrió con el Reglamento sobre Cobalto enriquecido cuyo Artículo 33 establece la obligación de aplicar el enfoque de precaución].

El enfoque de precaución como obligación directa del Estado patrocinante y como obligación de diligencia debida en el cumplimiento de la obligación “de procurar”.

En su Opinión Consultiva la Sala comprobó primeramente que la Convención e instrumentos conexos (los Reglamentos de la Autoridad, entre otros) incluyen normas que establecen obligaciones directas a cargo de los Estados patrocinantes, que deben ser implementadas por ellos independientemente de la debida diligencia con la que deben cumplir su “obligación de procurar” que el contratista patrocinado cumpla con una determinada conducta prevista en el contrato o en la Parte XI de la Convención (párrafo 121 de la Opinión Consultiva).

Cómo se ha visto, la Sala menciona algunas de estas obligaciones directas que estima importantes destacando entre ellas la obligación de aplicar el enfoque de precaución.

Sin embargo, afirma inmediatamente que estas obligaciones directas –entre ellas el enfoque de precaución– “pueden ser también consideradas como un factor relevante para cumplir con la debida diligencia la

“obligación de procurar” el cumplimiento de una norma específica” de la Convención e instrumentos conexos (párrafo 123 de la Opinión Consultiva).

Señala la Sala que el vínculo entre la obligación de diligencia debida y el enfoque de precaución se remonta a los Casos del Atún de Aleta Azul del Sur [Southern Bluefin Tuna Cases] (Nueva Zelanda v. Japón y Australia v. Japón) conforme surge de la declaración del Tribunal de que las Partes (en ese caso)

“Deben en las circunstancias actuar con prudencia y cautela a fin de asegurar la adopción de medidas de conservación (...)” (Informes de ITLOS 1999, p. 274, párrafo 77), lo que confirma declarando, en relación a la existencia de incertidumbre científica en lo que respecta a las medidas de conservación, que “aunque el Tribunal no puede evaluar de manera concluyente la evidencia científica presentada por las Partes, encuentra que las medidas deben ser adoptadas por una cuestión de urgencia” (párrafo 131 de la Opinión Consultiva).

La Sala, habiendo afirmado que el cumplimiento de las obligaciones directas de un Estado patrocinante es también un factor relevante para cumplir con debida diligencia la obligación de procurar el cumplimiento por parte del

contratista patrocinado, da un paso adicional al señalar que de las disposiciones de la Parte XI de la Convención e instrumentos conexos se desprende que “el enfoque de precaución es aplicable aún fuera del ámbito de los Reglamentos [de la Autoridad]” (párrafo 131 de la Opinión Consultiva).

Esta afirmación es una interpretación importante y significativa porque su efecto es el de retrotraer la cuestión de la aplicabilidad del enfoque de precaución a las disposiciones de la Convención al establecer que dicho enfoque debe ser aplicado por los Estados patrocinantes, independientemente de las obligaciones establecidas en los Reglamentos de la Autoridad.

La Sala reafirmó estas conclusiones al afirmar que las obligaciones de diligencia debida de los Estados patrocinantes establecidas en la Convención los obliga a tomar “todas las medidas necesarias para prevenir los daños que puedan resultar de las actividades de los contratistas que patrocinan” y que esta obligación rige “en situaciones donde la evidencia científica relativa al alcance y potencial impacto negativo de la actividad en cuestión es insuficiente pero existen indicaciones plausibles de riesgos potenciales” (párrafo 131 de la Opinión

Consultiva). De ahí que, según la opinión de la Sala, el Estado patrocinante no cumpliría con su obligación de diligencia debida si no aplicara el enfoque de precaución con relación a esos riesgos.

La Opinión se refiere, asimismo, al Anexo IV, Cláusula 5, párrafo 5.1, que, conforme interpreta la Sala, establece una “cláusula estándar” (*standard clause*) para los contratos de exploración que obliga al contratista a tomar “las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino otros riesgos para éste derivados de sus actividades en la Zona en la medida en que sea razonablemente posible, aplicando un criterio de precaución y las mejores prácticas ambientales”. Conforme opina la Sala, esta cláusula establece una obligación contractual del contratista patrocinado que indudablemente amplía el alcance de la obligación del Estado patrocinante de aplicar la debida diligencia en su “obligación de procurar”.

Contenido y alcance del enfoque de precaución.

La referencia al Principio 15 contenida en los Reglamentos de la Autoridad en realidad no es muy explícita en lo que concierne a establecer concretamente el significado de la expresión

“enfoque de precaución”.

El Principio 15 se refiere a la situación en que dicho enfoque debe ser aplicado pero no define su significado.

El Principio 15 tampoco requiere (no obliga) que se adopten medidas, aunque permite que las mismas sean adoptadas en casos de incertidumbre científica.

Existe coincidencia de opiniones entre juristas que el contenido del enfoque precautorio en el Principio 15 es insuficiente y no llega a constituir a definir adecuadamente dicho concepto.

Señalan dichos autores que el Principio se expresa con una terminología imprecisa tales como peligro de daño “grave” dan un contexto de incertidumbre científica. Además, el Principio indica que los Estados aplicarán el enfoque precautorio “conforme a sus capacidades”, con lo que sugiere que la existencia de diferencias en las capacidades entre los distintos países puede afectar, dado este grado de vaguedad, el modo concreto de su aplicación de parte de los Estados.

Otro motivo de incertidumbre es la frase “en función de los costos” (*cost-effective measures*) que pareciera referirse a algún tipo de decisión política con respecto a los casos o situaciones en que la aplicabilidad del

enfoque de precaución pueda estar en juego, lo que agrega un elemento de cierta discrecionalidad que afecta una adecuada comprensión de su significado.

[Es posible que la Comunicación del Consejo de la Unión Europea que se ha mencionado anteriormente pueda ser de ayuda para captar de una manera más clara el significado de esta metodología que encierra el concepto de “enfoque o principio de precaución”].

La contribución de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos en lo que respecta al contenido del enfoque (o principio) de precaución

Como se ha observado precedentemente, la Sala, al interpretar en la Opinión Consultiva las normas del sistema normativo de la Parte XI de la Convención e instrumentos conexos, considerados conjuntamente con los Reglamentos de la Autoridad, ha otorgado un alcance adicional al “enfoque de precaución”.

En efecto, la Sala afirma que el enfoque de precaución “debe ser considerado como una parte integral de la obligación general de diligencia debida de los Estados patrocinantes, que es aplicable aún fuera del alcance de los Reglamentos (de la Autoridad)”, agregando que

esta obligación general establecida por la Convención obliga al Estado patrocinante, más allá de los Reglamentos, “a tomar medidas dentro del marco de su propio sistema jurídico a fin de obligar a las entidades patrocinadas a adoptar dicho enfoque”.

La Sala, asimismo, se refiere a la cuestión relativa a la frase “conforme a sus capacidades”, mencionado en el Principio 15 en relación a los Estados, examinándola a la luz de la cuestión del trato diferencial que la Convención otorga a los países en desarrollo en comparación con el que otorga a los países desarrollados.

Al respecto, la Sala considera que la incorporación de esa frase en el Principio 15 tuvo por objeto establecer que “los requisitos para el cumplimiento de la obligación de aplicar el enfoque de precaución pueden ser más estrictos para los Estados desarrollados que para los en de desarrollo”, observando al mismo tiempo que esa referencia es sólo “una manera amplia e imprecisa” de referirse a las diferencias entre Estados desarrollados y en desarrollo pero que “lo que cuenta en una situación específica es el nivel de conocimiento científico y la capacidad técnica al alcance de un Estado en particular en los

campos científicos y tecnológicos relevantes”.

[La Sala advierte también en relación con la referencia a las “capacidades” que este criterio no se aplica al requerimiento establecido en el Artículo 33, párrafo 2, del Reglamento de Sulfuros de seguir “las mejores prácticas ambientales”, que estima constituye un complemento de la obligación del Estado patrocinante de aplicar el enfoque de precaución].

A los fines de una mayor claridad y precisión en la interpretación de las normas de la Convención e instrumentos conexos, debe, asimismo, tenerse presente que esta diferenciación entre Estados no afecta la decisión de la Sala en lo que respecta a la cuestión de si existe un trato preferencial para los Estados en desarrollo en el marco de la Convención en lo que concierne las obligaciones de los Estados patrocinantes. Al respecto la Sala afirma con toda claridad que “las disposiciones generales sobre responsabilidad (primaria y secundaria) del Estado patrocinante se aplican igualmente a todos los Estados patrocinantes, sean éstos desarrollados o en desarrollo”.

En este contexto, la norma del Principio 15 de la Declaración de Río (de que el mismo se aplica a los Estados “conforme a sus capacidades”) debe considerarse como una excepción a dicha norma general.

En el marco de su respuesta a la Pregunta 3 de la Solicitud [que se refiere al contenido de las medidas a ser adoptadas por el Estado patrocinante para cumplir con sus obligaciones conforme a la Convención] la Sala señala que si bien el enfoque de precaución es una de las obligaciones directas de los Estados patrocinantes, dado que dichos Estados están sujetos a la obligación “de procurar” que el contratista cumpla con su contrato, incluida la cláusula contractual establecida en los Reglamentos del Autoridad que requiere que el contratista aplique el enfoque de precaución, el Estado patrocinante debe, conforme a su obligación de debida diligencia, incluir este enfoque en sus leyes y reglamentos internos, los cuales, agrega la Sala, no pueden ser menos estrictos que los establecidos por la Autoridad, pero sí pueden ser más exigentes.

Consideración del enfoque de precaución en la Opinión Consultiva por parte de la comunidad internacional.

La cuestión de la condición jurídica del enfoque (o principio) de precaución en el campo internacional es aún debatida tanto desde el punto de vista académico como en el político, especialmente en relación con ciertos

sectores tales como el de la biogenética o el nuclear.

No obstante la persistencia de este debate, existe internacionalmente un grado aceptable de coincidencia en considerar que el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo ha adquirido la condición de norma de derecho internacional consuetudinario, aún cuando subsista la falta de uniformidad en lo que concierne a su interpretación y aplicación.

Al respecto, la posición asumida por la Sala fue la de observar primeramente “que el enfoque de precaución ha sido incorporado en un número cada vez mayor de tratados y otros instrumentos, mucho de los cuales reflejan la formulación del Principio 15 de la Declaración de Río” y afirma que en su opinión “se ha iniciado una tendencia orientada a que este enfoque sea parte del derecho internacional consuetudinario”.

En su Opinión la Sala afirma también que esta tendencia se ha fortalecido con la incorporación de la “cláusula estándar” en el Anexo 4, sección 5.1 del Reglamento sobre Sulfuros de la Autoridad, y con la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso sobre las Papeleras en el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay) [Case concerning the Pulp Mills on the

River Uruguay), en el que dicha Corte afirma que considera el enfoque de precaución un factor relevante para la interpretación del Tratado bilateral entre las Partes de esa controversia.

La Opinión Consultiva de la Sala ha fortalecido considerablemente la aceptación del enfoque de precaución, en lo que respecta a la “*opinio iuris*” de muchos autores e instituciones internacionales y por la práctica de un número considerable de Estados, como norma del derecho internacional consuetudinario. De hecho, la Opinión Consultiva ha recibido un amplio reconocimiento internacional como un instrumento orientador para la interpretación de la Convención.

Para citar este artículo:

Kelly, Elsa (2016), “Contribución de ITLOS al derecho internacional ambiental: el enfoque de precaución en la Opinión Consultiva de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos” [disponible en línea desde abril 2017], Serie de Artículos y Testimonios, N° 136. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Dirección URL: <http://www.cari.org.ar/pdf/at136.pdf>