

EL TIDM COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO ¿CONSOLIDACIÓN O REDEFINICIÓN CONCEPTUAL?

ITLOS AS A MEAN OF SETTLEMENT OF DISPUTES AND PRECAUTIONARY PRINCIPLE. CONSOLIDATION OR REDEFINED CONCEPT?

*Magdalena García Elorrio**

Resumen: El presente trabajo sistematiza y analiza la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Mar del en materia de aplicación del principio precautorio, con el fin de verificar si existe o no una práctica coherente, consistente y uniforme en esa materia, capaz de constituir un factor influyente en la decisión jurídica y política de los Estados respecto de cuál es el medio de solución de sus controversias más indicado para utilizar en un caso determinado.

Palabras clave: Tribunal Internacional del Mar - Principio precautorio - Medio de solución de controversias.

Abstract: The present work systematizes and analyzes the International for the Law of the Sea Tribunal jurisprudence concerning the application of the precautionary principle. The objective is to verify the existence or not of a coherent, constant and uniform practice in that field, capable of being an influential factor in the legal and political decision regarding which is the best mean of settlement of controversies in a specific case.

Key words: International Tribunal for the Law of the Sea - Precautionary Principle - Means of settlement of disputes

*Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Magister en Género e Igualdad por la Universidad de Murcia (España), Magister en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto Ortega y Gasset de Madrid adscripto a la Universidad Complutense de Madrid, Becaria Doctoral de Conicet, Doctorando (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

Sumario: I. Introducción. II. Elementos esenciales del PP. III. La convergencia de los elementos esenciales en el caso *Southern Bluefin Tuna*. IV. La cooperación como “acción cautelar” y la ausencia de riesgo de daño grave e irreversible en el caso *MOX*. V. La cooperación como medio para superar la “incertidumbre científica” en el caso del *Land Reclamation*. VI. Conclusiones.

I. Introducción

La Convención del Derecho del Mar (CONVEMAR) impone a los Estados Parte la obligación de resolver las controversias sobre la interpretación y aplicación de la Convención por medios pacíficos. En principio, rige la libertad de los Estados para elegir el medio de solución de controversias que estimen conveniente conforme el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas ¹⁻². Sólo cuando no se haya llegado a una solución con el medio empleado y el acuerdo entre las partes no excluya la aplicación de otro procedimiento se aplica el sistema de solución de controversias que prevé la Convención. En este marco, la Convención establece que en caso de controversias sobre la interpretación y aplicación de la Convención, los Estados pueden elegir mediante una declaración escrita y al momento de la firma, ratificación, adhesión o en cualquier momento ulterior, cuáles son los medios de solución de controversias a los que van a someter la controversia. Los medios de solución de controversias que prevé la Convención son: 1) Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM); 2) La Corte Internacional de Justicia (CIJ); 3) Tribunal Arbitral; 4) Tribunal Arbitral especial ³.

A febrero de 2013 (fecha de la última actualización de los datos por NU ⁴) y transcurridos 19 años desde la entrada en vigor de la Convención,

¹ Artículo 33 de la Carta de NU: 1. *Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.*

² Artículo 279 de la CONVEMAR.

³ Artículo 287 de la CONVEMAR.

⁴ Véase: http://www.un.org/depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm

sólo 47⁵ de los 164 Estados y entidades son Parte en la Convención y han elegido uno o varios medios de solución de controversias entre los expuestos. Si analizamos las elecciones de los Estados⁶, el mayor dilema pareciera estar entre optar por la jurisdicción de la CIJ o por la del TIDM para la resolución de las controversias derivadas en la interpretación y aplicación de la Convención. No podemos conocer con exactitud cuáles han sido todos los factores políticos, jurídicos y socio-económicos que han tenido en cuenta cada uno de los 47 Estados para elegir entre los medios de solución de controversias disponibles. Pero claramente, la elección no es arbitraria. A modo ilustrativo, podemos señalar algunos factores que creemos pueden incidir en la elección *i.a.*: 1) la mayor representatividad de Estados en el TIDM compuesto por 21 miembros en comparación a la CIJ que incluye 15 y que cuenta siempre con los 5 Estados miembros del Consejo de Seguridad (CS); 2) el sistema de elección de los jueces del TIDM mediante votación de los Estados partes mientras que en la CIJ los elige la Asamblea General (AG) de NU previa propuesta de los Estados; 3) la resistencia a la fragmentación del DIP mediante la proliferación de tribunales internacionales; 4) el mayor alcance de la legitimación para acceder al Tribunal Internacional del Mar. La Convención legitima a los Estados Partes, pero también a “*entidades*” que son Parte en la Con-

⁵ Estados y entidades que han elegido medio de solución de controversias: Argelia, Angola, Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Bielorrusia, Bélgica, Canadá, Cabo Verde, Chile, China, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Estonia, Fiji, Finlandia, Alemania, Grecia, Honduras, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Madagascar, México, Montenegro, Holanda, Nicaragua, Noruega, Omán, Portugal, Rusia, San Vicente y las Granadinas, Estonia, España, Suecia, Suiza, Timor Oriental, Trinidad Tobago, Túnez, Ucrania, Reino Unido, Tanzania, Uruguay.

⁶ Es interesante observar que de los Estados mencionados, 19 han otorgado prioridad al TIDM como medio de solución de controversias, mientras que 8 han elegido a la CIJ. Asimismo, algunas partes han optado por otorgar prioridad equivalente a dos o más medios de solución de controversias: 10 han otorgado prioridad equivalente al TIDM y a la CIJ, 1 al tribunal arbitral y al TIDM y 4 al TIDM, la CIJ y algún tribunal arbitral. Los 5 Estados restantes han optado por un Tribunal arbitral como opción prioritaria. De ello puede concluirse que el medio de solución de controversias mayoritariamente elegido es el TIDM. La no elección de un Tribunal o Corte en el caso del resto de los Estados conlleva, en algunos supuestos, a la jurisdicción del Tribunal arbitral y en otros casos (medidas provisionales y prontas liberaciones de buques y tripulaciones hasta tanto se constituye el Tribunal arbitral) al TIDM.

vención como por ejemplo: Estados asociados autónomos, territorios que gocen de plena autonomía interna reconocida como tal por las Naciones Unidas y OI (artículos 291. 1, 305). Incluso respecto a la legitimación de la Sala de Fondos Marinos y Oceánicos (Zona), la Convención otorga legitimidad a los Estados Partes, la Autoridad, la Empresa, las empresas estatales y las personas naturales o jurídicas que realicen actividades en la Zona (artículo 187). Asimismo el TIDM contempla la posibilidad de la Opiniones Consultivas (OC) en la mencionada sala a requerimiento de la Asamblea o del Consejo (artículos 159, 191). En relación a la CIJ, en la que pueden acceder sólo Estados en la competencia contenciosa y la AG, CS y demás órganos de UN autorizados en las OC; 5) la competencia es otro punto de inflexión. Si bien la competencia material de la CIJ es, en principio, más amplia en tanto incluye cualquier cuestión de derecho internacional y por el contrario el TIDM se limita a la interpretación y aplicación de la Convención, es importante destacar que el TIDM a través de su Sala de Fondos Marinos y Oceánicos tiene una competencia muy amplia y novedosa en todo lo concerniente a la Zona porque incluye las controversias que pueden darse entre múltiples sujetos: acciones u omisiones de la Autoridad, controversias entre las partes contratantes privadas o públicas naturales o jurídicas, interpretación de la Convención pero también de un contrato privado, conflictos de ejecución de contrato entre la Autoridad y el contratista etc.

Además de los factores mencionados *supra*, creemos que los criterios interpretativos que ha fijado el TIDM en torno al Principio Precautorio (PP) también podrían incidir en la decisión política y jurídica de los Estados a la hora de optar por un medio de solución de controversias. Sabemos que la CIJ no ha resuelto ninguna de sus controversias mediante la aplicación del PP. Sin embargo, ha admitido su existencia en el caso *Gabèikovo-Nagymaros*⁷ (*Hungría / Eslovaquia*)⁸ y le ha otorgado

⁷ ICJ, Reports of Judgments, advisory opinions and orders”, Case Concerning Gabèikovo-Nagymaros Project (Hungary-Slovakia), Judgment of 25 september 1997, pág. 68.

⁸ Específicamente la Corte consideró: “113. *The Court recognizes that both Parties agree on the need to take environmental concerns seriously and to take the required precautionary measures, but they fundamentally disagree on the consequences this has for the joint Project. In such a case, third-party involvement may be helpful and instrumental in finding a solution, provided each of the Parties is flexible in its position*”.

valor normativo en la sentencia del caso *Pasteras sobre el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay)* al decir que el “*precautionary approach may be relevant in the interpretation and application of the provisions of the Statute*”⁹. Algunas Opiniones Disidentes en los casos *Pruebas Nucleares (Nueva Zelanda v. Francia)*¹⁰ también han reconocido el valor normativo del PP. Por su parte, del total de los 21 casos sometidos al TIDM, en 3 casos ha aplicado el PP¹¹ y en 1 caso se ha referido a su alcance¹², aun sin aplicarlo. En este marco, el objetivo del presente trabajo será sistematizar y analizar críticamente la jurisprudencia del TIDM en materia de PP para verificar si existe o no una “práctica” consistente y uniforme en materia de PP capaz de constituir un factor a considerar por los Estados, al momento de elegir el TIDM como medio de solución de controversias. Los ejes centrales de análisis: elementos esenciales del PP (II); la convergencia de los elementos esenciales en el caso *Southern Bluefin Tuna* (III); la cooperación como “acción cautelar” y la ausencia de riesgo de daño grave e irreversible en el caso *MOX* (IV) y la cooperación como medio para superar la “incertidumbre científica” en el caso del *Land Reclamation* (V). Finalmente, formularemos una breve conclusión (VI).

II. Elementos esenciales del PP

El primer interrogante que surge al hablar de “elementos del PP” es si, en términos de ético-jurídicos, es correcto referirse a la precaución como “principio” de DI ambiental o es preferible utilizar la noción de “enfoque”. Se ha sostenido¹³ que la respuesta a este planteamiento varía según cuál sea la percepción que se tenga de cómo debe consagrarse la cautela ambiental en el derecho. En este sentido, el TIDM ha empleado

⁹ ICJ, Case Concerning *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, 20th april 2010, pág. 51.

¹⁰ Véase: Opiniones Disidentes de los jueces Palmer y Weeramantry.

¹¹ 1) Medidas provisionales para preservar el atún de aleta azul del sur, 1999, Nueva Zelanda vs. Japón y Australia vs. Japón; 2) Medidas provisionales en el caso de la planta de MOX: 2001, Irlanda vs Reino Unido; 3) Medidas provisionales sobre reclamaciones de tierra en y alrededor del Estrecho de Johor: 2003, Malasia vs. Singapur.

el término más *soft* de “enfoque precautorio” (EP) en vez de “principio precautorio” (PP). Creemos que la razón de esta opción terminológica reside en la intención del tribunal de no sentar bases jurídicas que consoliden un *status* normativo para el PP respecto del cual todavía existe un debate doctrinal inconcluso. Tanto los jueces Edward A. Laing¹⁴, Tulio Treves¹⁵ e Ivan Shearer¹⁵ han señalado en sus Opiniones Separadas sobre el caso ‘Medidas provisionarias para preservar el atún de aleta azul del sur’ la resistencia del TIDM para expedirse en este sentido. Treves ha justificado la resistencia judicial, al sostener que no es necesario que el TIDM se expida sobre el *status* normativo del enfoque precautorio como norma consuetudinaria porque la precaución es un elemento inherente a la noción de medidas provisionarias. Para Treves la precaución es “*a logical consequence of the need to ensure that, when the arbitral tribunal decides on the merits, the factual situation has not changed*”¹⁷. Sin embargo, el TIDM en su reciente OC sobre las obligaciones y responsabilidades del Estado patrocinante en relación a las actividades de la zona/fondo marino oceánico ha admitido que la recepción del EP en distintos tratados e instrumentos “*has initiated a trend towards making this approach part of customary international law*”¹⁸.

¹²Opinión Consultiva sobre las obligaciones y responsabilidades del Estado patrocinante en relación a las actividades de la zona/fondo marino oceánico, 2011.

¹³Z. DRNAS DE CLEMENT, “Fuentes del Derecho Internacional del Medio Ambiente”, en F. SÍNDICO - R. FERNÁNDEZ EGEA - S. BORRÁS PENTINAT, *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Londres, Cameron May, 2011, pág. 63.

¹⁴Separate Opinion Edward A. Laing, ITLOS, Cases nos. 3 and 4, Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, Requests for provisional measures, Order 27 august 1999, pág. 6.

¹⁵Separate Opinion Tulio Treves, ITLOS, Cases nos. 3 and 4, Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, Requests for provisional measures, Order 27 august 1999, pág. 2.

¹⁶Separate Opinion Ivan Shearer, ITLOS, Cases nos. 3 and 4, Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, Requests for provisional measures, Order 27 august 1999, pág. 6.

¹⁷Separate Opinion Tulio Treves, ob. cit., nota 14, pág. 2.

¹⁸ITLOS, Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion (February 1, 2011), “Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area”, pág. 25.

Desde nuestra perspectiva creemos que el rol de los tribunales internacionales es clave en la cristalización de la costumbre internacional¹⁹. En alusión a lo razonado por Treves entendemos que para ese caso concreto no era necesario que el TIDM precise el *status* jurídico del PP para resolver la adopción o no de las medidas provisorias. Pero el pronunciamiento en torno al *status* sí es vital para el desarrollo y consolidación del DI. La resistencia del TIDM a la consolidación consuetudinaria²⁰ del PP mediante la utilización de denominaciones más flexibles y laxas demora el proceso de normativización pero no lo elude completamente. Aunque la denominación terminológica sea distinta (enfoque v. principio) la *raison d'être* es la misma y su materialización conlleva idénticos efectos. Creemos que las implicancias diferenciadas que pueden observarse en la práctica no se justifican en la concepción de cautela sino, como veremos, en el pragmatismo judicial del TIDM y en la aplicación de otros principios bajo el paraguas del EP.

Con respecto a los elementos que componen el PP, es preciso efectuar una breve revisión sobre las definiciones otorgadas por algunos instrumentos de *hard* y *soft law* en DI y su conceptualización doctrinaria. Entre los instrumentos de *soft law* más significativos encontramos la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 que establece en su principio 15 que “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente”. La Carta Mundial de la Naturaleza de UN (1982) establece que en su artículo 11 que a) “Se evitarán las actividades

¹⁹J. BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, págs. 78-81.

²⁰O. MCINTYRE - T. MOSEDALE, “Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law”, 9 *J. Envtl. L.*, 1997, pág. 221. L. GUNLING, “The Status in International Law of the Principle of Precautionary Action”, *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, vol. 5, Issue 3, 1990, págs. 23-30. S.J. MEAD, “The Precautionary Principle: A Discussion of the Principle’s Meaning and Status in an Attempt to Further Define and Understand the Principle”, *New Zealand Journal of Environmental Law*, vol. 8, 2004, págs. 137-176.

que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza”, b) “Las actividades que puedan extrañar graves peligros para la naturaleza serán precedidas por un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales”.

En el marco de los instrumentos de *hard law* encontramos, la Convención Macro de las UN sobre el Cambio Climático contempla en su artículo 3.3: “Las partes deberían tomar medidas de precaución para reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar los efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave e irreversible no deberían utilizarse la falta total de certidumbre científica como razón para postergar tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible”. Asimismo, el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica (1992) establece en su preámbulo que “cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas ñimo razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”.

Desde la perspectiva doctrinal, Drnas de Clement ha sostenido que el PP es aquél que “impone en caso de duda científica razonable sobre la posibilidad de que determinada actividad pueda producir un daño grave o irreversible al medio ambiente, demorar, limitar o impedir transitoriamente la actividad propuesta hasta adquirir seguridades científicas sobre la existencia o no de tales peligros o sobre la capacidad de responder frente a la eventualidad de su existencia”²¹. En este sentido, Drnas de Clement reconoce tres elementos: riesgo de daño grave o irreversible, incertidumbre científica y acción cautelar. En un sentido similar Freestone²² expresa “*the essence of the precautionary concept, the precautionary*

²¹Z. DRNAS DE CLEMENT, *El Principio de Precaución ambiental. La práctica argentina*, Córdoba, Lerner, 2009, pág. 10.

²²D. FREESTONE - E. HEY, “Origins and Developments in the Precautionary Principle” in D. FREESTONE - E. HEY, *The Precautionary Principle and International Law: the challenges*, ed. Kluwer, The Netherlands, 1995, pág. 13.

principle, is that once a risk has been identified, the lack of scientific proof of cause and effect shall not be used as a reason for not taking action to protect the environment”.

Boisson de Chazournes²³ no otorga una definición de PP pero establece que la idea está conformada por cuatro criterios fundamentales que pueden dividirse según sean *a priori* o *a posteriori* a la actitud precautoria. En la primera dimensión, Chazournes incluye el riesgo, el daño y la incertidumbre científica. En la segunda dimensión, hace referencia a las capacidades diferenciadas de los distintos actores. Por su parte, Fitzmaurice²⁴ ha establecido que el PP se caracteriza por “(i) *regulatory inaction threatens non negligible harm, (ii) there exists a lack of scientific certainty on the cause and effect relationship, and (iii) under these circumstances, regulatory inaction is unjustified*”.

De todas las definiciones expuestas observamos que la definición de Drnas de Clement es la que más claramente refleja los elementos del PP previstos en los instrumentos *hard* y *soft law*, a saber, el riesgo de daño grave e irreversible, la incertidumbre científica y la acción cautelar. Observamos que el riesgo de daño debe ser “grave” por lo que no alcanza el riesgo de daño significativo. Asimismo debe existir incertidumbre científica respecto de sí el daño va efectivamente a producirse o no. Esa es la diferencia central con el Principio de Prevención donde el riesgo de daño es cierto²⁵. Teniendo en cuenta los tres elementos mencionados, destacamos que los dos primeros constituyen los presupuestos esenciales para la procedencia del PP. La materialización de ambos en el caso concreto puede ser compleja si tenemos en cuenta por ejemplo, la dificultad que puede conllevar probar la gravedad del daño, su irreversibilidad o el nexo causal entre el daño eventual y la conducta de un sujeto. Más aún si

²³L. BOISSON DE CHAUZOURNES, “Le Principe de précaution: nature, contenu et limites”, en C. LEBEN et J. VERHOEVEN, *Le Principe de Précaution: aspects de Droit International et Communautaire*, Paris, Panthéon Assas, 2002, pág. 71.

²⁴M. FITZMAURICE, “International protection of the environment”, *Recueil des Cours*, vol. 293, The Hague, 2001, págs. 263-264.

²⁵A. TROWBORST, “Prevention, Precaution, Logic and Law - The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, Issue 2, 2009, págs. 105-128.

consideramos que la inversión de la carga de la prueba en materia de PP no ha sido aceptada de forma uniforme en el DI²⁶.

Sin embargo, la cuestión más controvertida en la aplicación del PP tiene que ver con la subjetividad en la apreciación de la “gravedad” o no del daño y en la determinación del alcance de la acción cautelar. En relación a este último punto, una vez constatada la convergencia los presupuestos esenciales del PP, entra a jugar la discrecionalidad de la labor hermenéutica de los jueces y/o demás funcionarios en torno al contenido y alcance de las medidas concretas. Hay, ineludiblemente, una decisión axiológica y política sobre qué o quién va ser protegido precautoriamente y cuál va ser el límite de esa protección.

²⁶A modo de ejemplo de aceptación de la inversión de la carga de la prueba: Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico Nordeste (1992): *Artículo 3. 1. Se prohíbe el vertido de todos los desechos u otros materiales, excepto de los desechos u otros materiales que figuran en las relaciones de los apartados 2 y 3 del presente artículo. 2. La relación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo es la siguiente: a) Material dragado. b) Materiales inertes de origen natural, es decir, material geológico sólido, no elaborado químicamente, cuyos componentes químicos no es probable que se liberen en el medio marino. c) Cieno de alcantarillado hasta el 31 de diciembre de 1998. d) Desechos de pescado de las industrias pesqueras. e) Buques o aeronaves hasta, a más tardar, el 31 de diciembre del 2004. 3. a) Se prohíbe el vertido de sustancias radiactivas de nivel bajo e intermedio, incluidos los desechos. b) Como excepción a la letra a) del apartado 3 del presente artículo, esas Partes Contratantes, el Reino Unido y Francia, que desean mantener la opción a una excepción a la letra a) del apartado 3 en ningún caso antes de la expiración de un plazo de quince años a partir del 1 de enero de 1993, informarán a la reunión de la Comisión a nivel ministerial en 1997 de los pasos dados para explorar opciones alternativas en tierra. c) A menos que, a la expiración de dicho plazo de quince años o antes, la Comisión decida por unanimidad no seguir con la excepción prevista en la letra b) del apartado 3, aquella tomará una decisión con arreglo al artículo 13 del Convenio sobre la ampliación de la prohibición por un plazo de diez años después del 1 de enero del 2008, después del cual se celebrará otra reunión de la Comisión a nivel ministerial. Las Partes Contratantes mencionadas en la letra b) del apartado 3 del presente artículo que todavía desean mantener la opción mencionada en la letra b) del apartado 3 informarán en las reuniones de la Comisión que se celebren a nivel ministerial a intervalos bianuales a partir de 1999 sobre los avances realizados para establecer opciones alternativas en tierra y de los resultados de estudios científicos que demuestren que cualesquiera posibles operaciones de vertido no provocarán riesgos para la salud humana, daños a los recursos vivos o los ecosistemas marinos, el deterioro de las posibilidades recreativas o la obstaculización de otros usos legítimos del mar.*

III. La convergencia de elementos esenciales en el caso *Southern Bluefin Tuna*

La primera decisión del TIDM que se refirió al enfoque precautorio fue la referida a las ‘Medidas provisionales para preservar el atún de aleta azul del sur’ entre Nueva Zelanda *vs.* Japón y Australia *vs.* Japón en 1999. La controversia versaba sobre un pedido de medidas provisionales efectuada por Nueva Zelanda y Australia contra Japón sobre la base del artículo 290 párrafo 5 de la CONVEMAR²⁷. Tanto Nueva Zelanda²⁸ como Australia²⁹ alegaban que Japón realizaba o autorizaba que sus na-

²⁷ Artículo 290. Medidas provisionales: 1. Si una controversia se ha sometido en la forma debida a una corte o tribunal que, en principio, se estime competente conforme a esta Parte o a la sección 5 de la Parte XI, esa corte o tribunal podrá decretar las medidas provisionales que estime apropiadas con arreglo a las circunstancias para preservar los derechos respectivos de las partes en la controversia o para impedir que se causen daños graves al medio marino, en espera de que se adopte la decisión definitiva. 2. Las medidas provisionales podrán ser modificadas o revocadas tan pronto como las circunstancias que las justifiquen cambien o dejen de existir. 3. Las medidas provisionales a que se refiere este artículo sólo podrán ser decretadas, modificadas o revocadas a petición de una de las partes en la controversia y después de dar a las partes la posibilidad de ser oídas. 4. La corte o tribunal notificará inmediatamente la adopción, modificación o revocación de las medidas provisionales a las partes en la controversia y a los demás Estados Partes que estime procedente. 5. Hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia con arreglo a esta sección, cualquier corte o tribunal designado de común acuerdo por las partes o, a falta de tal acuerdo en el plazo de dos semanas contado desde la fecha de la solicitud de medidas provisionales, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o, con respecto a las actividades en la zona, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos podrá decretar, modificar o revocar medidas provisionales conforme a lo dispuesto en este artículo si estima, en principio, que el tribunal que haya de constituirse sería competente y que la urgencia de la situación así lo requiere. Una vez constituido, el tribunal al que se haya sometido la controversia podrá, actuando conforme a los párrafos 1 a 4, modificar, revocar o confirmar esas medidas provisionales. 6. Las partes en la controversia aplicarán sin demora todas las medidas provisionales decretadas conforme a este artículo.

²⁸ Request for Provisional Measures, New Zealand, 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, International Tribunal for the Law of the Sea, In the Dispute Concerning Southern Bluefin Tuna, New Zealand v Japan, págs. 6-7.

²⁹ Request for Provisional Measures, Australia, 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea International Tribunal for the Law of the Sea In the Dispute Concerning Southern Bluefin Tuna Australia v Japan, págs. 74-75.

cionales realizar capturas de atún azul por encima de lo permitido en el marco de la *Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna* que regulaba la actividad y que violaba la obligación de cooperación en la conversación y administración de especies prevista en los artículos 64³⁰, 116³¹, 117³² 119³³ de la CONVEMAR. Las medidas provisionarias

³⁰ Artículo 64 de la CONVEMAR: “*Artículo 64 Especies altamente migratorias. 1. El Estado ribereño y los otros Estados cuyos nacionales pesquen en la región las especies altamente migratorias enumeradas en el Anexo I cooperarán, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas, con miras a asegurar la conservación y promover el objetivo de la utilización óptima de dichas especies en toda la región, tanto dentro como fuera de la zona económica exclusiva. En las regiones en que no exista una organización internacional apropiada, el Estado ribereño y los otros Estados cuyos nacionales capturen esas especies en la región cooperarán para establecer una organización de este tipo y participar en sus trabajos. 2. Lo dispuesto en el párrafo 1 se aplicará conjuntamente con las demás disposiciones de esta Parte*”.

³¹ Artículo 116 de la CONVEMAR: “*Derecho de pesca en la alta mar. Todos los Estados tienen derecho a que sus nacionales se dediquen a la pesca en la alta mar con sujeción a: a) Sus obligaciones convencionales; b) Los derechos y deberes así como los intereses de los Estados ribereños que se estipulan, entre otras disposiciones, en el párrafo 2 del artículo 63 y en los artículos 64 a 67; y c) Las disposiciones de esta sección*”.

³² Artículo 117 de la CONVEMAR: “*Deber de los Estados de adoptar medidas para la conservación de los recursos vivos de la alta mar en relación con sus nacionales. Todos los Estados tienen el deber de adoptar las medidas que, en relación con sus respectivos nacionales, puedan ser necesarias para la conservación de los recursos vivos de la alta mar, o de cooperar con otros Estados en su adopción*”.

³³ Artículo 119 de la CONVEMAR: “*Conservación de los recursos vivos de la alta mar: 1. Al determinar la captura permisible y establecer otras medidas de conservación para los recursos vivos en la alta mar, los Estados: a) Tomarán, sobre la base de los datos científicos más fidedignos de que dispongan los Estados interesados, medidas con miras a mantener o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes, incluidas las necesidades especiales de los Estados en desarrollo, y teniendo en cuenta las modalidades de la pesca, la interdependencia de las poblaciones y cualesquiera normas mínimas internacionales, sean subregionales, regionales o mundiales, generalmente recomendadas; b) Tendrán en cuenta los efectos sobre las especies asociadas con las especies capturadas o dependientes de ellas, con miras a mantener o restablecer las poblaciones de tales especies asociadas o dependientes por encima de los niveles en los que su reproducción pueda verse gravemente amenazada. 2. La información científica disponible, las estadísticas sobre capturas y esfuerzos de pesca y otros datos pertinentes para la conservación de las poblaciones de peces*”.

solicitadas por ambos Estados fueron las siguientes: 1) que Japón cese con la pesca experimental unilateral de atún azul; 2) que Japón restrinja el monto de pesca que anualmente le había sido adjudicado por la ‘Comisión de conservación de atún azul del sur’ mediante la reducción de lo capturado por Japón en la pesca experimental unilateral realizada entre 1998-1999; 3) que las partes actúen constantemente de acuerdo al principio precautorio mientras se encuentre pendiente la resolución final de la controversia; 4) que las partes aseguren que ninguna acción agravará, extenderá o tornará más difícil la solución de la controversia; 5) que las partes aseguren que ninguna acción perjudicará sus derechos respecto de la decisión sobre el fondo de la cuestión.

El 27 de agosto de 1999 el TIDM dictó una Orden³⁴ en la que consideró que las medidas provisionales solicitadas por Nueva Zelanda y Australia eran apropiadas conforme las circunstancias del caso³⁵ y dictó las siguientes medidas:

(a) Australia, Japan and New Zealand shall each ensure that no action is taken which might aggravate or extend the disputes submitted to the arbitral tribunal;

(b) Australia, Japan and New Zealand shall each ensure that no action is taken which might prejudice the carrying out of any decision on the merits which the arbitral tribunal may render;

(c) Australia, Japan and New Zealand shall ensure, unless they agree otherwise, that their annual catches do not

se aportarán e intercambiarán periódicamente por conducto de las organizaciones internacionales competentes, sean subregionales, regionales o mundiales, cuando proceda, y con la participación de todos los Estados interesados. 3. Los Estados interesados garantizarán que las medidas de conservación y su aplicación no entrañen discriminación de hecho o de derecho contra los pescadores de ningún Estado”.

³⁴ International Tribunal for Law of the Sea, Cases nos. 3 and 4, Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, Requests for provisional measures, Order 27 august 1999.

³⁵ ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Considerando N° 85 de la Orden.

exceed the annual national allocations at the levels last agreed by the parties of 5,265 tonnes, 6,065 tonnes and 420 tonnes, respectively; in calculating the annual catches for 1999 and 2000, and without prejudice to any decision of the arbitral tribunal, account shall be taken of the catch during 1999 as part of an experimental fishing programme;

(d) Australia, Japan and New Zealand shall each refrain from conducting an experimental fishing programme involving the taking of a catch of southern bluefin tuna, except with the agreement of the other parties or unless the experimental catch is counted against its annual national allocation as prescribed in subparagraph (c);

(e) Australia, Japan and New Zealand should resume negotiations without delay with a view to reaching agreement on measures for the conservation and management of southern bluefin tuna;

(f) Australia, Japan and New Zealand should make further efforts to reach agreement with other States and fishing entities engaged in fishing for southern bluefin tuna, with a view to ensuring conservation and promoting the objective of optimum utilization of the stock....”

Los puntos resolutivos de la decisión del TIDM no contemplan de forma explícita la mención al PP. Sin embargo, el *considerando* N° 77 recepta el PP al sostener que “en estas circunstancias las partes deben actuar con *prudencia* y *caución* para asegurar que se adopten medidas de conservación efectivas para prevenir el daño a las reservas de atún azul del sur”. Para arribar a esta conclusión el TIDM efectuó un análisis de la convergencia o no de los presupuestos esenciales del PP. Respecto del riesgo de daño grave e irreversible, los Estados intervinientes allanaron la difícil labor judicial de constatación de su existencia, al admitir que las reservas de atún azul del sur habían disminuido severamente y se encontraban en el nivel históricamente más bajo³⁶. En este sentido, el

³⁶ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Considerando N° 71 de la Orden.

argumento para aplicar el PP fue mayormente pragmático y se basó en aceptación de las partes de la existencia de un daño grave e irreparable derivado de la pesca de atún azul.

Por el contrario, la controversia de las partes en este caso versó sobre el segundo elemento del PP (incertidumbre científica). Nueva Zelanda y Australia sostenían que la evidencia científica disponible demostraba que las reservas de esta especie de atún se encontraban en peligro debido a la pesca unilateral de Japón³⁷. Por su parte, Japón sostenía que la evidencia científica disponible demostraba que la implementación de la pesca experimental no causaba una amenaza mayor a la especie en cuestión y que ese tipo de pesca era necesaria como medio para valorar de forma más confiable las posibilidades de recuperación de las reservas³⁸. Japón entendía que la evidencia científica demostraba una mejora en la recuperación de las reservas. En este sentido el Tribunal entendió que no podía valorar de forma concluyente la evidencia científica presentada por las partes y por tanto, debían adoptarse medidas urgentes para preservar los derechos de las partes y evitar el deterioro del atún azul del sur³⁹.

Con respecto a las medidas ordenadas por el Tribunal, el TIDM decidió que los Estados involucrados debían asegurar que las capturas de atún azul del sur no excedan las toneladas adjudicadas nacionalmente y tengan en cuenta las capturas realizadas en 1999 por Japón⁴⁰. Asimismo se ordenó que los Estados se abstengan de hacer pesca experimental de atún azul del sur, salvo el caso de acuerdo entre las partes o que la pesca sea realizada en el marco de la adjudicación anual de toneladas de pesca⁴¹. Si analizamos con profundidad el alcance de dichas medidas, podemos concluir que la percepción de dicho principio en este caso no puede catalogarse como estrictamente “fuerte”. Si bien es cierto que el TIDM no se

³⁷ ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Considerando N° 74 de la Orden.

³⁸ ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Considerando N° 73 de la Orden.

³⁹ ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Considerandos Nros 79 y 80 de la Orden.

⁴⁰ ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Punto resolutivo (c).

⁴¹ ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Punto resolutivo (d).

limita a la adopción de medidas que permitan superar la incertidumbre científica sino condiciona las acciones de los Estados involucrados en pos de la defensa de los intereses de las partes y de la protección del medio marino y sus especies ⁴², no suspende completamente la actividad de Japón ⁴³. Por el contrario, mantiene vigente los límites de adjudicación de toneladas por país pese a los bajos niveles de reservas admitidos por las partes intervinientes. Mientras Japón se mantenga en ese límite puede continuar la pesca. El razonamiento del tribunal es claro y carece de toda visión ecocéntrica: queda poco, pero mientras se respete la adjudicación por país, puede mantenerse la explotación.

IV. La cooperación como “acción cautelar” y la ausencia de riesgo de daño grave e irreversible en el caso MOX

El segundo caso del TIDM que se refirió a PP fueron las ‘Medidas Provisorias en el caso de la planta de MOX’ ⁴⁴ entre Irlanda y Reino Unido en 2001. Irlanda alegaba que Reino Unido había violado los artículos 192 ⁴⁵, 193 ⁴⁶, 194 ⁴⁷, 207 ⁴⁸, 211 ⁴⁹ y 213 ⁵⁰ de la CONVEMAR mediante

⁴²ITLOS, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 30, Considerando N° 67 de la Orden.

⁴³Véase: Separate Opinion Ivan Shearer International, Southern Bluefin Tuna Cases, ob. cit., nota 15, pág. 4.

⁴⁴International Tribunal for the Law of the Sea, Case N° 10, The Mox Plant case, (Ireland v. United Kingdom, Request for provisional measures, 2001).

⁴⁵Artículo 192. *Obligación general*: Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino.

⁴⁶Artículo 193. *Derecho soberano de los Estados de explotar sus recursos naturales*: Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente y de conformidad con su obligación de proteger y preservar el medio marino.

⁴⁷Artículo 194 *Medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino*: 1. Los Estados tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus

posibilidades, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto. 2. Los Estados tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que las actividades bajo su jurisdicción o control se realicen de forma tal que no causen perjuicios por contaminación a otros Estados y su medio ambiente, y que la contaminación causada por incidentes o actividades bajo su jurisdicción o control no se extienda más allá de las zonas donde ejercen derechos de soberanía de conformidad con esta Convención. 3. Las medidas que se tomen con arreglo a esta Parte se referirán a todas las fuentes de contaminación del medio marino. Estas medidas incluirán, entre otras, las destinadas a reducir en el mayor grado posible: a) La evacuación de sustancias tóxicas, perjudiciales o nocivas, especialmente las de carácter persistente, desde fuentes terrestres, desde la atmósfera o a través de ella, o por vertimiento; b) La contaminación causada por buques, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar, prevenir la evacuación intencional o no y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, la operación y la dotación de los buques; c) La contaminación procedente de instalaciones y dispositivos utilizados en la exploración o explotación de los recursos naturales de los fondos marinos y su subsuelo, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, el funcionamiento y la dotación de tales instalaciones o dispositivos; d) La contaminación procedente de otras instalaciones y dispositivos que funcionen en el medio marino, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, el funcionamiento y la dotación de tales instalaciones o dispositivos. 4. Al tomar medidas para prevenir, reducir o controlar la contaminación del medio marino, los Estados se abstendrán de toda injerencia injustificable en las actividades realizadas por otros Estados en ejercicio de sus derechos y en cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con esta Convención. 5. Entre las medidas que se tomen de conformidad con esta Parte figurarán las necesarias para proteger y preservar los ecosistemas raros o vulnerables, así como el hábitat de las especies y otras formas de vida marina diezmadas, amenazadas o en peligro.

⁴⁸ Artículo 207. Contaminación procedente de fuentes terrestres: 1. Los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de fuentes terrestres, incluidos los ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe, teniendo en cuenta las reglas y estándares, así como las prácticas y procedimientos recomendados, que se hayan convenido internacionalmente. 2. Los Estados tomarán otras medidas que puedan ser necesarias para prevenir, reducir y controlar esa contaminación. 3. Los Estados procurarán armonizar sus políticas al respecto en el plano regional apropiado. 4. Los Estados, actuando especialmente por conducto de las organizaciones internacionales competentes o de una conferencia diplomática, procurarán establecer reglas y estándares, así como prácticas y procedimientos recomendados, de carácter mundial y regional, para prevenir, reducir y controlar esa

contaminación, teniendo en cuenta las características propias de cada región, la capacidad económica de los Estados en desarrollo y su necesidad de desarrollo económico. Tales reglas, estándares y prácticas y procedimientos recomendados serán reexaminados con la periodicidad necesaria. 5. Las leyes, reglamentos, medidas, reglas, estándares y prácticas y procedimientos recomendados a que se hace referencia en los párrafos 1, 2 y 4 incluirán disposiciones destinadas a reducir lo más posible la evacuación en el medio marino de sustancias tóxicas, perjudiciales o nocivas, en especial las de carácter persistente.

⁴⁹ Artículo 211. Contaminación causada por buques: 1. Los Estados, actuando por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general, establecerán reglas y estándares de carácter internacional para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques y promoverán la adopción, del mismo modo y siempre que sea apropiado, de sistemas de ordenación del tráfico destinados a reducir al mínimo el riesgo de accidentes que puedan provocar la contaminación del medio marino, incluido el litoral, o afectar adversamente por efecto de la contaminación a los intereses conexos de los Estados ribereños. Tales reglas y estándares serán reexaminados del mismo modo con la periodicidad necesaria. 2. Los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques que enarboleden su pabellón o estén matriculados en su territorio. Tales leyes y reglamentos tendrán por lo menos el mismo efecto que las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados que se hayan establecido por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general. 3. Los Estados que establezcan requisitos especiales para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, como condición para que los buques extranjeros entren en sus puertos o aguas interiores o hagan escala en sus instalaciones terminales costa afuera, darán la debida publicidad a esos requisitos y los comunicarán a la organización internacional competente. Cuando dos o más Estados ribereños establezcan esos requisitos de manera idéntica en un esfuerzo por armonizar su política en esta materia, la comunicación indicará cuáles son los Estados que participan en esos acuerdos de cooperación. Todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón o esté matriculado en su territorio que, cuando navegue por el mar territorial de un Estado participante en esos acuerdos de cooperación, comunique, a petición de ese Estado, si se dirige a un Estado de la misma región que participe en esos acuerdos de cooperación y, en caso afirmativo, que indique si el buque reúne los requisitos de entrada a puerto establecidos por ese Estado. Este artículo se entenderá sin perjuicio del ejercicio continuado por el buque de su derecho de paso inocente, ni de la aplicación del párrafo 2 del artículo 25. 4. Los Estados ribereños podrán, en el ejercicio de su soberanía en el mar territorial, dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques extranjeros, incluidos los buques que ejerzan el derecho de paso inocente. De conformidad con la sección 3 de la Parte II, tales leyes y reglamentos no deberán obstaculizar el paso inocente de buques extranjeros. 5. Para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques,

a los efectos de la ejecución prevista en la sección 6, los Estados ribereños podrán dictar, respecto de sus zonas económicas exclusivas, leyes y reglamentos que sean conformes y den efecto a las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados y establecidos por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general. 6. a) Cuando las reglas y estándares internacionales mencionados en el párrafo 1 sean inadecuados para hacer frente a circunstancias especiales y los Estados ribereños tengan motivos razonables para creer que un área particular y claramente definida de sus respectivas zonas económicas exclusivas requiere la adopción de medidas obligatorias especiales para prevenir la contaminación causada por buques, por reconocidas razones técnicas relacionadas con sus condiciones oceanográficas y ecológicas, así como por su utilización o la protección de sus recursos y el carácter particular de su tráfico, los Estados ribereños, tras celebrar consultas apropiadas por conducto de la organización internacional competente con cualquier otro Estado interesado, podrán dirigir una comunicación a dicha organización, en relación con esa área, presentando pruebas científicas y técnicas en su apoyo e información sobre las instalaciones de recepción necesarias. Dentro de los doce meses siguientes al recibo de tal comunicación, la organización determinará si las condiciones en esa área corresponden a los requisitos anteriormente enunciados. Si la organización así lo determina, los Estados ribereños podrán dictar para esa área leyes y reglamentos destinados a prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques, aplicando las reglas y estándares o prácticas de navegación internacionales que, por conducto de la organización, se hayan hecho aplicables a las áreas especiales. Esas leyes y reglamentos no entrarán en vigor para los buques extranjeros hasta quince meses después de haberse presentado la comunicación a la organización; b) Los Estados ribereños publicarán los límites de tal área particular y claramente definida; c) Los Estados ribereños, al presentar dicha comunicación, notificarán al mismo tiempo a la organización si tienen intención de dictar para esa área leyes y reglamentos adicionales destinados a prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques. Tales leyes y reglamentos adicionales podrán referirse a las descargas o a las prácticas de navegación, pero no podrán obligar a los buques extranjeros a cumplir estándares de diseño, construcción, dotación o equipo distinto de las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados; serán aplicables a los buques extranjeros quince meses después de haberse presentado la comunicación a la organización, a condición de que ésta dé su conformidad dentro de los doce meses siguientes a la presentación de la comunicación. 7. Las reglas y estándares internacionales mencionados en este artículo deberían comprender, en particular, los relativos a la pronta notificación a los Estados ribereños cuyo litoral o intereses conexos puedan resultar afectados por incidentes, incluidos accidentes marítimos, que ocasionen o puedan ocasionar descargas.

⁵⁰ Artículo 213. Ejecución respecto de la contaminación procedente de fuentes terrestres: Los Estados velarán por la ejecución de las leyes y reglamentos que hayan dictado de conformidad con el artículo 207 y dictarán leyes y reglamentos y tomarán otras medidas necesarias para poner en práctica las reglas y estándares internacionales

la autorización de una planta procesadora de combustible nuclear en Sellafield (Cumbria) incumpliendo la obligación de adoptar las medidas necesarias para la prevención, reducción y/o control de la contaminación del medio marino. Específicamente, Irlanda alegaba que Reino Unido realizaba las siguientes conductas ilícitas: realización de descargas intencionadas y/o negligentes de desechos y/o materiales radiactivos provenientes de la planta MOX en mar irlandés, realización de movimientos internacionales de desechos radiactivos, omisión de evaluación apropiada de riesgo de ataque de la planta MOX por terroristas, omisión de estrategias o planes de prevención o respuesta en caso de ataques terroristas a la planta, negación a la realización de EIA y negación al intercambio de información con Irlanda⁵¹.

Las medidas provisionales solicitadas por Irlanda en relación a los hechos descritos *supra* fueron las siguientes: 1) que Reino Unido suspenda la autorización de la planta MOX o alternatively adopte las medidas necesarias para prevenir las operaciones de la planta MOX; 2) que Reino Unido asegure que no hay movimientos de materiales radiactivos o desechos asociados al funcionamiento de la planta o a actividades de preparación de las operaciones de la planta, dentro o fuera de las aguas sobre las que ejerce soberanía o derechos de soberanía; 3) que Reino Unido asegure que no adoptará ninguna acción para agravar, extender o tornará más difícil la solución de la controversia; 4) que Reino Unido asegure que ninguna no realizará ninguna acción que pueda perjudicar los derechos de Irlanda respecto de la decisión sobre el fondo de la cuestión⁵².

A diferencia del caso del atún aleta azul del sur, en el presente asunto existió una controversia entre las partes en tono a la existencia de riesgo de daño grave e irreversible como presupuesto esencial para la aplicación del PP. Irlanda entendía que tanto el funcionamiento normal de planta MOX, como los casos de ataques terroristas o accidentes industriales generarían daños graves e irreversibles derivados de la introducción de

aplicables establecidos por conducto de las organizaciones internacionales competentes o de una conferencia diplomática para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de fuentes terrestres.

⁵¹ ITLOS, The Mox Plant case, ob. cit., nota 40, págs. 5-6.

⁵² ITLOS, The Mox Plant case, ob. cit., nota 40, pág. 7.

plutonio en el medio marino irlandés⁵³. Por su parte, el Reino Unido exponía que el daño, de existir, sería pequeño (*infinitesimally small*)⁵⁴ y que el daño de plutonio no era irreversible. El TIDM no se expidió en ninguno de sus *considerandos* sobre la existencia o no de un daño grave o irreparable. Tampoco se pronunció sobre la situación de incertidumbre científica o no respecto del daño. Cabe preguntarse cómo habría de verificar el tribunal ambos presupuestos. ¿Es suficiente la valoración que pueda realizar de la información “objetiva” acompañada por las partes? ¿No sería necesario que los Jueces cuenten con asesoramiento científico imparcial para valorar las pruebas de las partes? Lo cierto es que el texto de la Orden no hace alusión a la valoración del Tribunal respecto de ambos presupuestos. Sólo refiere las posiciones de cada uno de los Estados: Irlanda (irreversibilidad), Reino Unido (reversibilidad). Conforme se expone en la Opinión Separada Conjunta de los Jueces Hugo Caminos, Soji Yamamoto, Choon-Ho Park, Joseph Akl, Mohamed Mouldi Marsit, Gudmundur Eiriksson, José Luis Jesús, el TIDM se basó en las consideraciones británicas de que el plutonio no causa el daño irreversible. Pero no explica por qué y sobre la base de cuáles argumentos excluyó la tesis de Irlanda. Al respecto consideramos que el Tribunal violó al artículo 30 del Estatuto del TIDM que establece en su inciso 1 que “*the judgment shall state the reasons on which it is based*”.

Los presupuestos del PP no fueron evaluados por el Tribunal en conexión con lo solicitado por Irlanda. Por el contrario, sólo se limitó a exponer que en el caso analizado no se cumplía el requisito de la “urgencia” exigido para el otorgamiento de las medidas provisionales⁵⁵ y por tanto, no ordenó la suspensión de la autorización de la planta de MOX solicitada por Irlanda. Sin embargo, el Tribunal adoptó medidas provisionales que no habían sido solicitadas por Irlanda. En el texto de la resolución dispuso que:

“Ireland and the United Kingdom shall cooperate and shall, for this purpose, enter into consultations forthwith in order to: (a) exchange further information with regard to possible consequences for the Irish Sea arising out of the

⁵³ ITLOS, The Mox Plant case, ob. cit., nota 40, Considerandos N^{ros} 68, 69 y 70.

⁵⁴ ITLOS, The Mox Plant case, ob. cit., nota 40, Considerando N^o 72.

⁵⁵ ITLOS, The Mox Plant case, ob. cit., nota 40, Considerando N^o 81.

commissioning of the MOX plant; (b) monitor risks or the effects of the operation of the MOX plant for the Irish Sea; (c) devise, as appropriate, measures to prevent pollution of the marine environment which might result from the operation of the MOX plant....”

Este punto resolutivo de la Orden del TIDM merece varias consideraciones. En primer lugar que el fundamento de la adopción de las medidas provisionales, aun siendo distintas a las solicitadas por Irlanda, es el PP. En su *considerando* 84 el TIDM estableció que la “prudencia y cautión” requería que ambos países cooperarán en el intercambio de información sobre los riesgos y efectos de la actividad y la planificación de su gestión. El TIDM admitió la aplicación del enfoque precautorio pero sólo para ordenar la cooperación interestatal en el cumplimiento de las obligaciones previstas en la CONVEMAR. Consideramos que la obligación de cooperación tal y cómo esta expresada en la Orden analizada no puede funcionar como una única acción cautelar. El diccionario de la Real Academia Española (RAE) establece que la cautela es toda “medida o regla destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”. Es decir, el sentido de la “cautela” es evitar que un determinado fin ocurra. Por el contrario, la noción de “cooperar” significa “obrar conjuntamente con otro u otros para un mismo fin”. El sentido de urgencia que deviene de la noción de cautela debe satisfacerse a través de medidas concretas que tengan como resultado evitar el fin dañoso que se conoce grave e irreversible. La cooperación puede jugar un rol secundario en el mantenimiento de medidas específicas.

En segundo lugar, y con respecto al contenido de las medidas ordenadas por el Tribunal, éstas aluden a las obligaciones sustanciales que Irlanda denuncia que han sido violadas por el Reino Unido: intercambio de información, monitoreo de riesgos y prevención de daño. En este sentido creemos que lo decidido por el Tribunal es propio de un pronunciamiento sobre los méritos del caso y no sobre medidas provisionales. Los Estados acuden al tribunal a solicitar medidas provisionales de urgencia para evitar daños irreversibles no para que el tribunal les recuerde cuáles son las obligaciones sustanciales que los Estados deben cumplir permanentemente y no en una circunstancia provisional.

En tercer lugar es reprochable que el TIDM haya justificado sus medidas en el PP pero no se haya pronunciado sobre cuál es, respecto de

esas medidas, el daño grave o irreversible que se intenta evitar y cuál es el grado de incertidumbre científica existente. Puede observarse que al enunciar en sus medidas las nociones de “possible consequences”, “risks and effects” y “prevent pollution”, parece admitir que podría existir riesgo de daño pero no efectúa un juicio sobre su gravedad e irreversibilidad que permita trazar una conexión lógica entre el enfoque precautorio y sus presupuestos esenciales. ¿No estará aplicando el Tribunal el principio de prevención en vez del PP?

V. La cooperación como medio para superar la “incertidumbre científica” en el caso de *Land Reclamation*

El tercer caso donde el TIDM se refirió al enfoque precautorio fue en el asunto ‘Medidas provisionales sobre reclamaciones de tierra en y alrededor del Estrecho de Johor’ entre Malasia vs. Singapur en 2003⁵⁶. Malasia alegaba que Singapur había violado los artículos 123⁵⁷, 192, 194, 198⁵⁸, 200⁵⁹, 204⁶⁰, 205⁶¹, 206⁶², 210⁶³ y 300⁶⁴ de la CONVEMAR y el

⁵⁶International Tribunal for the Law of the Sea, Case N° 12, Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures 2003.

⁵⁷Artículo 123. *Cooperación entre los Estados ribereños de mares cerrados o semicerrados. Los Estados ribereños de un mar cerrado o semicerrado deberían cooperar entre sí en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes con arreglo a esta Convención. A ese fin, directamente o por conducto de una organización regional apropiada, procurarán: a) Coordinar la administración, conservación, exploración y explotación de los recursos vivos del mar; b) Coordinar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes con respecto a la protección y la preservación del medio marino; c) Coordinar sus políticas de investigación científica y emprender, cuando proceda, programas conjuntos de investigación científica en el área; d) Invitar, según proceda, a otros Estados interesados o a organizaciones internacionales a cooperar con ellos en el desarrollo de las disposiciones de este artículo.*

⁵⁸Artículo 198. *Notificación de daños inminentes o reales: Cuando un Estado tenga conocimiento de casos en que el medio marino se halle en peligro inminente de sufrir daños por contaminación o los haya sufrido ya, lo notificará inmediatamente a otros Estados que a su juicio puedan resultar afectados por esos daños, así como a las organizaciones internacionales competentes.*

⁵⁹Artículo 200. *Estudios, programas de investigación e intercambio de información y datos: Los Estados cooperarán, directamente o por conducto de las organizacio-*

nes internacionales competentes, para promover estudios, realizar programas de investigación científica y fomentar el intercambio de la información y los datos obtenidos acerca de la contaminación del medio marino. Procurarán participar activamente en los programas regionales y mundiales encaminados a obtener los conocimientos necesarios para evaluar la naturaleza y el alcance de la contaminación, la exposición a ella, su trayectoria y sus riesgos y remedios.

⁶⁰ Artículo 204. *Vigilancia de los riesgos de contaminación o de sus efectos 1. Los Estados, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, procurarán, en la medida de lo posible y de modo compatible con los derechos de otros Estados, observar, medir, evaluar y analizar, mediante métodos científicos reconocidos, los riesgos de contaminación del medio marino o sus efectos. 2. En particular, los Estados mantendrán bajo vigilancia los efectos de cualesquiera actividades que autoricen o realicen, a fin de determinar si dichas actividades pueden contaminar el medio marino.*

⁶¹ Artículo 205. *Publicación de informes. Los Estados publicarán informes acerca de los resultados obtenidos con arreglo al artículo 204 o presentarán dichos informes con la periodicidad apropiada a las organizaciones internacionales competentes, las cuales deberán ponerlos a disposición de todos los Estados.*

⁶² Artículo 206. *Evaluación de los efectos potenciales de las actividades. Los Estados que tengan motivos razonables para creer que las actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control pueden causar una contaminación considerable del medio marino u ocasionar cambios importantes y perjudiciales en él evaluarán, en la medida de lo posible, los efectos potenciales de esas actividades para el medio marino e informarán de los resultados de tales evaluaciones en la forma prevista en el artículo 205.*

⁶³ Artículo 210. *Contaminación por vertimiento. 1. Los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino por vertimiento. 2. Los Estados tomarán otras medidas que puedan ser necesarias para prevenir, reducir y controlar esa contaminación. 3. Tales leyes, reglamentos y medidas garantizarán que el vertimiento no se realice sin autorización de las autoridades competentes de los Estados. 4. Los Estados, actuando especialmente por conducto de las organizaciones internacionales competentes o de una conferencia diplomática, procurarán establecer reglas y estándares, así como prácticas y procedimientos recomendados, de carácter mundial y regional, para prevenir, reducir y controlar esa contaminación. Tales reglas, estándares y prácticas y procedimientos recomendados serán reexaminados con la periodicidad necesaria. 5. El vertimiento en el mar territorial, en la zona económica exclusiva o sobre la plataforma continental no se realizará sin el previo consentimiento expreso del Estado ribereño, el cual tiene derecho a autorizar, regular y controlar ese vertimiento tras haber examinado debidamente la cuestión con otros Estados que, por razón de su situación geográfica, puedan ser adversamente afectados por él. 6. Las leyes, reglamentos y medidas nacionales no serán menos eficaces para prevenir, reducir y controlar esa contaminación que las reglas y estándares de carácter mundial.*

⁶⁴ Artículo 300. *Buena fe y abuso de derecho. Los Estados Partes cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas de conformidad con esta Convención y ejercerán los*

DI general mediante la realización de actividades de reclamación de tierra sin la debida notificación y consulta a Malasia. Asimismo establecía que dichas actividades vulneraban los derechos de Malasia en el estrecho de Johor y sus alrededores, que separan a la isla de Singapur de Malasia y que podían tener efectos perjudiciales en el medio marino.

En este marco, Malasia solicitó las siguientes medidas provisionales al TIDM: 1) que Singapur suspenda todas las actividades de reclamación de tierra actuales en las inmediaciones de la frontera marítima entre los dos Estados y en las áreas reclamadas como aguas territoriales por Malasia (especialmente cerca de Pulau, Tekong y Tuas); 2) provea a Malasia de información completa sobre los trabajos actuales y planificados, incluyendo su extensión, método de construcción, origen, tipo de materiales utilizados, y proyectos para la protección y remediación costera; 3) otorgue a Malasia la oportunidad completa de efectuar observaciones sobre los trabajos y el impacto potencial teniendo en cuenta la información provista; 4) acepte negociar con Malasia sobre cualquier asunto que se mantenga aun irresuelto.

El TIDM rechazó el pedido de medidas provisorias alegando que no había una situación de urgencia⁶⁵. A diferencia del caso *MOX* donde el TIDM ni siquiera enunció cuáles eran los presupuestos esenciales del PP que no se cumplían para justificar su exclusión, en esta oportunidad, el Tribunal entendió que Malasia no había probado que existiese riesgo de daño irreversible en los derechos de Malasia. No obstante, entendió que “*it cannot be excluded that, in the particular circumstances of this case, the land reclamation works may have adverse effects on the marine environment*”⁶⁶. La consideración acerca de la existencia de efectos adversos en el medio ambiente marino motivo que el Tribunal adoptase idéntica solución a la dispuesta para el caso *MOX*. Y en vez de

derechos, competencias y libertades reconocidos en ella de manera que no constituya un abuso de derecho.

⁶⁵ ITLOS, Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor, ob. cit., nota 52, Considerando N° 72.

⁶⁶ ITLOS, Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor, ob. cit., nota 52, Considerando N° 93.

dar curso a las medidas provisionales solicitadas por Malasia, dictó otras medidas fundadas en el enfoque precautorio de “prudencia y caución” que ordenaban a los Estados a cooperar y adoptar las siguientes acciones:

“I(...)

(a) Establish promptly a group of independent experts with the mandate:

*(i) to conduct a study, on terms of reference to be agreed by Malaysia and Singapore, to determine, within a period **not exceeding one year** from the date of this Order, the effects of Singapore’s land reclamation and to propose, as appropriate, measures to deal with any adverse effects of such land reclamation;*

(ii) to prepare, as soon as possible, an interim report on the subject of infilling works in Area D at Pulau Tekong;

(b) exchange, on a regular basis, information on, and assess risks or effects of, Singapore’s land reclamation works;

(c) implement the commitments noted in this Order and avoid any action incompatible with their effective implementation, and, without prejudice to their positions on any issue before the Annex VII arbitral tribunal, consult with a view to reaching a prompt agreement on such temporary measures with respect to Area D at Pulau Tekong, including suspension or adjustment, as may be found necessary to ensure that the infilling operations pending completion of the study referred to in subparagraph (a)(i) with respect to that area do not prejudice Singapore’s ability to implement the commitments referred to in paragraphs 85 to 87.

2. Unanimously,

Directs Singapore not to conduct its land reclamation in ways that might cause irreparable prejudice to the rights of Malaysia or serious harm to the marine environment, taking especially into account the reports of the group of independent experts...”

3. *Unanimously,*

Decides that Malaysia and Singapore shall each submit the initial report referred to in article 95, paragraph 1, of the Rules, not later than 9 January 2004 to this Tribunal and to the Annex VII arbitral tribunal, unless the arbitral tribunal decides otherwise.

4. *Unanimously,*

Decides that each party shall bear its own costs”.

Es de observar que la medida que ordena la creación de un grupo de científicos que permitan estudiar y analizar los riesgos de daño derivados de las actividades de Singapur es sin dudas, una medida atinada que permitirá superar la incertidumbre científica respecto del daño. Sin embargo, no tienen realmente un carácter cautelar si consideramos que los Estados tienen hasta un año para evaluar los efectos adversos de las actividades de reclamación de tierra. En ese año, Singapur no está obligado a suspender las actividades respecto de las cuales Malasia sostiene que existe un riesgo de daño grave e irreversible. En el caso de la zona Pulau Tekong, la Orden prevé que los Estados deben negociar medidas provisionales que podrían incluir incluso la suspensión de los trabajos. Pero lo deja librado a las partes.

Es preciso señalar que, las medidas ordenadas por el TIDM no han sido producto de una decisión jurídica razonada y planificada por Tribunal sino son el fiel reflejo de los acuerdos entre las partes en los procedimientos orales⁶⁷. En este caso, los procedimientos orales del proceso funcionaron como espacios de negociación entre las partes. En este sentido, vemos cómo la aplicación del PP está supeditada al grado de acuerdo entre las partes intervinientes en el caso, respecto de los presupuestos esenciales de procedencia del PP pero no a la valoración del Tribunal. En el caso del atún aleta azul del sur los Estados acordaban que existía un

⁶⁷ Véase Opinión Separada del Juez P. Chandrasekhara Rao. (International Tribunal for the Law of the Sea, Case N° 12, Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures 2003, págs. 3-8).

riesgo de daño grave y posiblemente irreversible que legitimó al Tribunal a adoptar el PP en relación a la experimental pesca unilateral de Japón. Por el contrario, en el caso MOX no hubo ninguna “concesión” que facilitase el trabajo del Tribunal. Ambos mantuvieron la controversia sobre los presupuestos esenciales del PP que llevó al Tribunal a aplicar el PP pero asociado a la obligación de cooperar en la prevención del daño, el intercambio de información y la evaluación de los daños pero que no se tradujo en ninguna obligación específica de creación de un grupo de investigación científica para evaluar los posibles daños y sus cualidades.

VI. Reflexiones finales

La elección de un tribunal internacional para la solución de una controversia es, sin dudas, una decisión compleja. El interrogante que motivó este trabajo fue en qué medida la aplicación del PP en el seno del TIDM podía constituir uno de los múltiples factores que los Estados debían considerar al momento de sopesar las ventajas y desventajas de los distintos de medios de solución de conflicto. Si bien sabemos que la jurisprudencia internacional puede ir cambiando con el paso del tiempo, el análisis de los pronunciamientos judiciales nos permite conocer el grado de evolución de los principios internacionales con la impronta de un tribunal en particular y en un momento dado. Cuando los principios jurídicos evolucionan y se consolidan, los Estados encuentran cierta “seguridad jurídica” en la hermenéutica judicial. Esa seguridad les otorga la posibilidad de anticiparse a los resultados y diagramar estrategias conforme a lo que “saben” o “creen” que piensan los jueces. Por el contrario, cuando la aplicación de los principios jurídicos se caracteriza por graves inconsistencias lógico-jurídicas propias de la maleabilidad de los conceptos jurídicos por los jueces, la confiabilidad de los Estados en relación a los órganos de decisión disminuye. El objetivo entonces, de este trabajo era poder reflexionar sobre sí la hermenéutica judicial en torno al PP podría incidir en su elección como medio de solución de controversias.

La primera cuestión que nos parece interesante rescatar es que tanto la doctrina como los instrumentos *hard* y *soft law* coinciden en afirmar que el PP cuenta con tres elementos esenciales: el riesgo de daño grave e irreversible, la incertidumbre científica acerca de ese daño y la acción

cautelar. Es decir, sin la presencia de algunos de estos elementos no estamos ante la aplicación del PP. Del análisis de las tres órdenes de medidas provisionales analizadas sólo en una de ellas (*Southern Bluefin Tuna*) el Tribunal constató la convergencia de los dos presupuestos esenciales (riesgo de daño/incertidumbre científica) y por tanto, dictó las medidas provisorias (acción cautelar). En este caso la decisión del Tribunal tuvo como factor determinante el hecho de que las partes en la controversia admitieron la existencia del riesgo de daño grave e irreversible. Si esto no hubiese sucedido, Nueva Zelanda y Australia hubiesen tenido que probar de forma convincente el peligro del daño y su magnitud. Salvo en el caso citado, en el resto de asuntos analizados se rechazó la existencia de “urgencia” que indirectamente implica entender que no existía peligro de daño grave e irreversible que legitime un acción cautelar o que las partes interesadas no supieron o pudieron probarlo correctamente.

La segunda cuestión que merece atención es cómo siguió la dialéctica del TIDM después de la decisión *Southern Bluefin Tuna*. Y en este sentido creemos que se produjo un punto de inflexión donde el Tribunal tenía dos caminos: continuar con el desarrollo y fortalecimiento del PP o resistirlo y aventurarse a la creación jurisprudencial de un esquema de ‘caución-cooperación’ que abandone los presupuestos esenciales del PP, aún bajo el nombre de PP. El Tribunal optó por esta segunda opción. En el caso de la planta *MOX* el TIDM entendió que no había “urgencia” y rechazó las medidas provisionales que había fundado Irlanda en el PP. En este sentido, los jueces no dieron razones sobre cuáles eran los presupuestos esenciales que no estaban presentes en el caso y por qué consideraban que los mismos no se cumplían en el caso. Entendemos que el Tribunal no puede alejarse de su obligación de fundamentar racionalmente sus sentencias aun cuando admitamos la cuota de subjetividad que encierra la aplicación del PP.

Además de rechazar injustificadamente las medidas solicitadas por Irlanda, el TIDM dictó medidas provisionales de cooperación fundadas en el PP y en la existencia de ciertos “efectos”, “riesgos”, “consecuencias” derivados de la actividad de la planta *MOX*. Es decir, utilizó el PP para justificar medidas provisionales de cooperación (prevención del daño, monitoreo del riesgo, intercambio de información). Al respecto cabe preguntarse: ¿Cómo es posible rechazar el PP por no estar presente sus elementos esenciales y después aplicarlo con otros elementos? ¿Eso significa que el PP tiene un nuevo alcance o que no se trata del PP?, ¿la

cooperación en ese sentido puede ser valorada como “acción cautelar”? Desde nuestra perspectiva, el TIDM no aplicó el PP cuando ordenó la cooperación frente a “efectos”, “consecuencias” y “riesgos” que sabe que existen, sino que utilizó el Principio de prevención de daño significativo.

Finalmente, en el caso de *Land Reclamation* el TIDM resolvió de forma similar el caso: rechazó las medidas provisionales solicitadas por Malasia alegando la falta de “urgencia”, no justificó su decisión, y utilizó el PP como fundamento para justificar otras medidas provisionales de cooperación entre las partes. A diferencia del caso *MOX*, estas medidas fueron más específicas y estaban orientadas a superar la situación de incertidumbre científica respecto del riesgo de daño. Se trataba de cooperar pero a través del hecho concreto de crear un comité de expertos científicos que permita evaluar el riesgo de daño. Sin embargo, que sean más específicas no las hace cautelares: los Estados tenían hasta un año para evaluar los daños. Y durante ese año ¿qué pasaba con los daños?

La tercera y última cuestión, tiene que ver con la valoración integral de estos casos y su incidencia en la elección del TIDM como medio de solución de controversias. En este sentido consideramos que la jurisprudencia del TIDM no ha contribuido a la consolidación y evolución del PP de forma consistente y uniforme. La resolución de los casos no ha estado supeditada a una valoración objetiva y razonada de los jueces en torno a los presupuestos esenciales del PP. Sino que ha estado sujeta a las mayores o menores capacidades y posibilidades de negociación que tengan o se esmeren por tener las partes en el proceso, como fue en los procedimientos orales del caso *Land Reclamation*. Asimismo, ha estado condicionada a la que las partes admitan de común acuerdo la existencia del riesgo de daño grave e irreversible como en el caso *Southern Bluefin Tuna*. El problema seguirán siendo los casos de alta conflictividad como el *MOX* donde ni las partes admiten la existencia de los presupuestos esenciales ni quieren negociar. ¿Qué respuesta dará el TIDM? Posiblemente sea la invitación a la cooperación, que poco tiene que ver con la función primordial del TIDM.