

LA OBLIGACIÓN DE COOPERAR
(EN PARTICULAR, LA OBLIGACIÓN DE INTERCAMBIAR INFORMACIÓN Y
MONITOREAR LA EXISTENCIA DE RIESGOS)
COMO PARTE DE LAS OBLIGACIONES DE PROTECCIÓN Y PRESERVACIÓN
PRECAUTORIA DEL MEDIO MARINO

*Zlata Drnas de Clément**

Introducción

Las presentes reflexiones surgen de la convergencia de tres circunstancias: a) la obligación de los Estados de proteger y preservar el medio marino establecida en la Parte XII de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM)¹; b) la facultad de los órganos jurisdiccionales para decretar, modificar o revocar medidas provisionales bajo ciertas condiciones establecida en la Parte XV de la misma Convención²; c) la naturaleza jurídica y alcance del principio de precaución³.

* Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ Parte XII de la CNUDM.; *Protección y preservación del medio marino* (Art. 192 a 237).

² Art. 290. *Medidas Provisionales* 1. “Si una controversia se ha sometido en la forma debida a una corte o tribunal que, en principio, se estima 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(...). 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 (...)”.

³ La referencia a “principio de precaución” (por su condición de “principio”), es indicativa de una regla jurídica. En cambio, la preferencia por el uso de la expresión “enfoque precautorio”, implica el rechazo de la idea de una obligación jurídica de carácter precautorio, entendiendo al accionar precavido como una mera política, de carácter no normativo, flexible. Un destacable número de doctrinarios considera sin relevancia la distinción, entendiendo que la segunda es un paso previo para la aplicación del principio.

La confluencia de este triple enfoque es observable en varios casos jurisprudenciales⁴, particularmente, en el de la *MOX⁵ Plant de Sellafield*, caso que tuvo varias etapas jurisdiccionales, en distintos ámbitos y por diferentes fundamentos jurídicos, si bien todos encadenados. Esas etapas jurisdiccionales se han dado:

a)-ante el *Tribunal Arbitral* de conformidad al Anexo VII de la CNUDM, en base a solicitud de Irlanda presentada el 25 de octubre de 2001, para la solución del problema de fondo, relativo básicamente a las descargas en el Mar de Irlanda de desechos radiactivos producidos por la MOX Plant ubicada en el Reino Unido, el movimiento de materiales radiactivos y la obligación de protección y preservación del medio marino⁶;

b)-ante el *TIDM* con la solicitud de Irlanda (9 de noviembre de 2001) de adopción de medidas provisionales de conformidad al Art. 290.5 de la Convención, estando pendiente de constitución el tribunal arbitral referido en el punto anterior⁷;

c) ante un *Tribunal Arbitral* constituido de conformidad a la Convención para la Protección de Medio Marino en el Noreste Atlántico (Convención OSPAR), en la

⁴ Vg.: En el caso *Atún de Aleta Azul (Southern Bluefin Tuna)-Medidas Provisionales (Australia y Nueva Zelanda v. Japón)*, el TIDM ordenó a Japón suspender sus “experimentos pesqueros” en orden a dar tiempo al atún a recuperarse hasta tanto se celebrasen nuevos acuerdos de gestión entre los Estados (para. 77,79,80). En el caso *Reclamación Territorial de Singapur en y alrededor del Estrecho de Jahor (Malasia v. Singapur)*, por ordenanza de 8 de octubre de 2003, el TIDM también adoptó medidas cautelares en base al Art. 290. 5 de la CNUDM.

⁵ El “MOX” (mixed oxid fuel) es un combustible nuclear obtenido de la reutilización del plutonio y su combinación con uranio. La Planta de MOX a que se refiere el caso está ubicada en Sellafield-Cumbria-Reino Unido en proximidades de la costa del Mar de Irlanda.

⁶ Si bien el Tribunal arbitral, en ordenanza de 24 de junio de 2003, decidió suspender los procedimientos por considerar, *i.a.*, que podía surgir un conflicto de jurisdicción con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Art. 282 de la CNUDM), por tratarse de una materia delegada por Irlanda y el Reino Unido en la Comunidad, confirmó la medida provisional establecida por el TIDM el 3 de diciembre de 2001 (V. punto b) referido a continuación)

⁷ V. *infra* Punto B) relativo a la aplicación de medidas provisionales.

disputa concerniente a su derecho al acceso a la información ambiental con base en al Art. 9 de la Convención⁸.

d) ante el *Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE)*, ya que el asunto de la Mox Plant fue llevado el 30 de octubre de 2003 por la Comisión de las Comunidades Europeas (CE) al TJCE, por considerar que Irlanda, al iniciar procedimiento arbitral, no había tomado en consideración que la CE es parte de la CNUDM, colocando así normas comunitarias a consideración de tribunales externos al ordenamiento jurídico comunitario, violando la jurisdicción exclusiva del TJCE, garantizada por el Art. 292 del Tratado de la CE y el Art. 193 del Tratado de la CEEA (Euratom) y violando el deber de leal cooperación impuesto por los Arts. 10 del Tratado de la CE y el 192 de Euratom (pronunciamiento de 10 de mayo de 2004, p. 24)⁹.

A-LA OBLIGACIÓN DE PROTEGER Y PRESERVAR EL MEDIO MARINO

⁸ El Tribunal, en laudo final de 2 de julio de 2003, concluyó por mayoría que, *i.a.*, la reclamación de Irlanda no encuadraba en el Art. 9 invocado y que Irlanda no había probado la razonable posibilidad de daños sustanciales al medio ambiente en esa área. El árbitro Gavan Griffith QC, en opinión disidente, en el caso de referencia, recordó que, erróneamente, el Tribunal exigió a Irlanda probar esa posibilidad cuando la aplicación del principio de precaución (no considerado en el voto de la mayoría) exigía que la carga de la prueba de que riesgo no existía debía recaer en el Reino Unido (para. 72 y ss.). Griffith se basó en el Art. 2.2. a) de la *Convención OSPAR* (Art. 2.2.: “Las partes contratantes aplicarán: a) el principio de precaución, en virtud del cual serán tomadas medidas preventivas cuando haya fundamentos razonables para considerar que las sustancias o energía introducidas, directa o indirectamente, en el medio marino pueden acarrear riesgo para la salud humana, peligro a los recursos vivos y los ecosistemas marinos, dañar usos recreativos u otros usos legítimos del mar, incluso cuando no haya evidencia concluyente de la relación causal entre actividades y efectos; (...)”) y reforzó la posición invocando la *Comunicación de la Comisión de las CE sobre el principio precautorio COM (2000) 1*, para.6.4. Es de observar que el Reino Unido no desconoció el principio de precaución. Por el contrario, en su respuesta de 24 de abril de 2003 (para.8.34), expresó: “El RU estuvo, y lo está hoy, guiado por el principio de precaución, tal como ha sido elaborado por la normativa de CE en el contexto de la *Estrategia 2001-2020*”.

⁹ V. VIRZO, R. “Note e Commenti” “In tema di misure cautelari comportanti obblighi di cooperazione per la protezione dell’ambiente marino”, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LXXXVIII, 2005-2, p. 398.

De conformidad a la Parte XII de la CNUDM, relativa a *Protección y preservación del medio marino*, los Estados tienen la “obligación” general de proteger y preservar el medio marino (Art. 192) y, si bien, tal como ya consuetudinariamente se ha ido consolidando¹⁰, los Estados poseen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente, ese derecho tiene limitaciones de conformidad con su obligación de asegurarse que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción o control no perjudiquen al medio de otros Estados o zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. Así, a pesar de sus libertades soberanas, tienen la “obligación de proteger y preservar el medio marino”¹¹. Los inc. 2 y 3 del Art. 194.2 de la CNUDM disponen que “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”, agregando que “las medidas que se tomen con arreglo a esta Parte se referirán a todas las fuentes de contaminación del medio marino”, contempladas en particular las evacuaciones de sustancias nocivas, la contaminación causada por buques, instalaciones, etc.

Es de observar que el Art. 206 de la CNUDM, relativo a la *evaluación de los efectos potenciales de las actividades*, con percepción precautoria establece una norma de preservación propia del principio de precaución, al establecer que “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”. (El resaltado nos pertenece). Es decir, publicando los resultados de la vigilancia y observación de los riesgos de contaminación o

¹⁰ V. i.a.: Principio 21 de la *Declaración sobre Medio Humano*, de Estocolmo de 1972 y Principio 2 de la *Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, de Río de Janeiro de 1992.

¹¹ V. Art. 193 de la CNUDM.

sus efectos (que establece el Art. 204 de la misma Convención) o informando a las organizaciones internacionales competentes, las que “deberán” ponerlos a disposición de los Estados. Es de observar que la formulación del Art. 204 es muy feble, ya que establece que “los Estados, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, *procurarán, en la medida de lo posible, (...) observar, medir, evaluar y analizar mediante métodos científicos reconocidos, los riesgos de contaminación del medio o sus efectos*”. (El resaltado nos pertenece). Sin embargo, ya al referirse a las actividades del Estado, torna más definida la obligación: “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”. (El resaltado nos pertenece). Dado el ensamble que la propia Convención ha hecho entre los tres artículos, esa obligación responde tanto a la prevención (riesgo cierto, daño potencial) como a la precaución (riesgo dudoso, pero con motivos razonables para creer que hay peligro de daño potencial).

El Art. 211 de la CNUDM, al referirse a la contaminación causada por buques, en el Inc. 6.a) también hace referencia a obligaciones de los Estados ribereños cuando *tengan motivos razonables para creer* que un área definida de sus zonas económicas exclusivas requiere medidas “obligatorias” especiales para prevenir la contaminación causada por buques.

Es decir, en el caso de este ordenamiento (CNUDM), al igual que en numerosos otros¹², la precaución aparece como un verdadero principio normativo, un deber.

B)-FACULTAD PARA APLICAR MEDIDAS PROVISIONALES

De conformidad a la Parte XV de la CNUDM, relativa a la solución de controversias, entre los procedimientos que los Estados pueden elegir para arribar a

¹² V. *infra* Nota 18.

decisión vinculante a distintos ámbitos: la Corte Internacional de Justicia, el TIDM, un Tribunal arbitral de acuerdo a lo establecido en el Anexo VII o un Tribunal arbitral especial establecido en el Anexo VIII del mismo Convenio. Las partes, de común acuerdo, pueden elegir cualquier vía de solución de controversia, pero en caso de desacuerdo, deberán recurrir al procedimiento de arbitraje establecido en el Anexo VII de la CNUDM.

El Art. 290 de la CNUDM, al ocuparse de la aplicación de medidas provisionales en los procedimientos obligatorios, a más de reconocer la facultad del TIDM de aplicarlas en asuntos sometidos a su jurisdicción, dispone que, hasta que se constituya el tribunal arbitral que le corresponda entender en un asunto y, a solicitud de parte, podrá adoptar medidas provisionales.

En respuesta a la solicitud de Irlanda (9 de noviembre de 2001) de aplicación de medidas provisionales cautelares¹³ por parte del TIDM (*i.a.* la inmediata suspensión de la autorización dada a la Planta de MOX), el Tribunal, aparentemente, adoptó por unanimidad medidas provisionales distintas a las solicitadas¹⁴⁻¹⁵, por las cuales las partes debían cooperar y con tal propósito realizar consultas para: a) intercambiar información ulterior relativa a las posibles consecuencias en el Mar de Irlanda de las actividades de la MOX Plant; b) monitorear los riesgos de los efectos en el Mar de Irlanda de las operaciones de

¹³ En el “Considerando” 71 de la Ordenanza de 3 de diciembre de 2001, el TIDM ha expresado: “Considerando que Irlanda argumenta que el principio de precaución ubica la carga de la prueba sobre el RU, que debe demostrar que no puede haber riesgo alguno en la descarga y otras consecuencias de la operación de la Planta de MOX (...)”.

¹⁴ Si hubiese hecho lugar a lo solicitado (declarar que el RU violó *i.a.* los Arts. 192, 193, 194, 197, 207,211, 213 de la CNUDM), relativos a la protección y preservación del medio marino) habría resuelto sobre el fondo del asunto.

¹⁵ Debe tenerse en cuenta que la adopción de medidas provisionales por parte del Tribunal es una facultad discrecional del mismo ya que el Art. 290.1 de la CNUDM dispone que el tribunal “puede” adoptar las medidas provisionales, que “estime apropiadas con arreglo a las circunstancias”, según su percepción *prima facie*.

MOX; c) proyectar, según lo apropiado, medidas para la prevención de la contaminación del medio marino, que *podría*¹⁶ resultar de las operaciones de la MOX Plant¹⁷.

El Juez Treves, para. 8 y 9 de su Opinión separada, ha hecho presente que el Tribunal al disponer las medidas provisionales no ha hecho referencia alguna al principio de precaución. Además, el Juez ha planteado la cuestión de si es apropiado el enfoque precautorio para la preservación de derechos procedimentales, como la cooperación (información, etc.). Por nuestra parte, creemos que no se trata de derechos procedimentales sino sustanciales, ya que el monitoreo, el intercambio de información, la cooperación en general hacen a la posibilidad misma de definir la situación de riesgo o no, punto central de la diferencia entre la precaución y la prevención *stricto sensu*.

C- NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

¹⁶ Obsérvese el uso del verbo en potencial, el que podría ser usado así para referirse tanto a las consecuencias de la actividad como a la posibilidad de que las mismas nunca se inicien. Téngase presente que el Informe 2004 de actividades del RU a Euratom, no incluye referencia alguna a operaciones con MOX. La BNLF (firma controlada por el gobierno británico que maneja la Planta) ha tenido que acudir al Grupo francés *Cogema* para lograr que la costosa planta de Sellafield (Euros 684 millones) comience a operar apropiadamente. (*The Independent*, 17 de Octubre de 2004).

¹⁷ Es de observar, que el punto c) usa el término “prevención” en sentido amplio, resultando éste abarcativo tanto de la prevención como de la precaución.

Numerosos convenios internacionales¹⁸ y fallos internacionales¹⁹ han consagrado al principio de precaución en su condición de principio general ambiental. Uno de sus mandatos exige estudiar los posibles riesgos antes de obrar o autorizar a obrar, imponiendo la carga de la prueba en caso de dudas sobre la existencia de riesgo sobre quien pretende realizar la actividad. Cuando hay dudas sobre el riesgo de un eventual daño transfronterizo existe la obligación de informar sobre la actividad al posible afectado, consultar sobre las alternativas técnicas, etc.

El TIDM al aplicar las medidas provisionales en el asunto de la Planta MOX, no hizo recaer sobre el RU la carga de la prueba de la falta de riesgos. Sin embargo, dado los informes y controles rigurosos que la propia CE impone a ese tipo de actividades, podía darse por aceptable la afirmación del RU que el riesgo de las actividades era infinitésimamente pequeño. El Tribunal puso el acento en la obligación de información y de consulta, actividades que forman parte de la obligación general de cooperación. Esas actividades son parte *sustancial* (no procedimental) de la obligación internacional cautelar,

¹⁸ *I.a.*: **Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* (1985), el que si bien no utiliza la palabra precaución en la parte normativa ni establece reglas precisas autoejecutorias, es un ejemplo claro de compromiso internacional en base al principio precautorio en tanto, a la fecha de adopción del Convenio no había base científica suficiente que avalara las teorías sobre los riesgos que implicaban los cambios en la capa de ozono (V. Art. 2.1) y su *Protocolo de Montreal* (1987); * *La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático* (1992) y su *Protocolo de Kyoto* (1997); * *La Convención sobre la Diversidad Biológica* (1992) y el *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica* (2000); * *Convención de París para la Prevención de la Contaminación Marina por Fuentes Continentales*; * *Convención de Bamako sobre Desechos Peligrosos en África* (1991); * *Convención sobre el Noreste Atlántico* (1992); * *Convención sobre Protección y Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales* (1992), * *Convención sobre la Protección del Medio Marino en el Mar Báltico* (1992); * *Convención de Oslo y París para la Protección del Medio Marino en el Noreste Atlántico* (1992); * *Convención sobre la Conservación y Administración de los Recursos en el Mar de Bering Central* (1994) (Anexo Parte I b); * *Convención de Barcelona para la Protección de Medio Marino y de las Regiones Costeras del Mediterráneo* (1995); * *Acuerdo para la Implementación de las Disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 Relativo a la Conservación y Manejo de las Especies Transzonales y Altamente Migratorias* (1995); * *Protocolo a la Convención de Londres sobre la Prevención de la Contaminación Marina por Vertido de Desechos y otras Materias* (1996); * *Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en el Alta Mar del Pacífico Sur-Acuerdo de Galápagos* (2000); * *Convención sobre la Conservación y Manejo de las Especies Altamente Migratorias en el Océano Pacífico Oeste y Central* (2000); * *Convención sobre la Conservación y Manejo de los Recursos Pesqueros en el Atlántico Sur* (2001); etc.

¹⁹ *I.a.*: *Pruebas Nucleares* (Corte Internacional de Justicia, 1995), *Gabčíkovo-Nagymaros* (Corte Internacional de Justicia, 1997), *Bifos con Hormonas* (OMC Órgano de Apelación, 1997), *Productos Agrícolas* (OMC Órgano de Apelación, 1998), *Southern Bluefin Tuna* (Tribunal Internacional de Derecho del Mar, 1999).

tal como lo afirmáramos precedentemente y reiteradamente en trabajos anteriores²⁰. Es decir, el TIDM al hacer lugar a la medida provisional solicitada, respondió al principio de precaución invocado por Irlanda, manifestándolo en obligaciones para las partes dirigidas a agotar los medios para despejar la duda sobre los riesgos. La medida provisional es transitoria por naturaleza, tal como lo es la duda sobre los riesgos que una actividad dada entraña, atento los avances de la ciencia. Bien ha señalado el Juez Treves en opinión separada en el caso de la MOX Plant que “las medidas ordenadas por el Tribunal son correctamente basadas en consideraciones derivadas del enfoque precautorio” (Para. 9). Más aún, podemos afirmar que las medidas provisionales responden por su propia naturaleza (transitoria) a las de medida precautoria.

Mal podría afirmarse que hay una “obligación” general, amplia, frente a terceros (a menos que se haya concertado convencionalmente²¹) de suspender actividades previstas por la falta de certeza científica sobre si la actividad entraña riesgo, ya que, prácticamente, todos los nuevos emprendimientos y descubrimientos del ser humano han importado e importan riesgos. Distinta es la sospecha razonable de “severo”, “grave” “irreversible”

²⁰ *I.a.* * “La Diligencia debida como eje de articulación entre el Derecho internacional y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales producidas por actos no prohibidos por el Derecho internacional”, en REY CARO, E. J. *et al. Derecho Internacional Ambiental: Nuevas Tendencias*, Lerner, Córdoba, 1998; * “El ‘Principio de Precaución’ en Materia Ambiental”, en *ANALES* de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Morales, Instituto de Política Ambiental, Buenos Aires, 2000; * “Principio de Precaución en Materia Ambiental. Tendencias en Europa y América”, en *Humanismo Ambiental. Terceras Jornadas de Reflexión*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2001; * “Principios de Precaución y Prevención en el Derecho Internacional Americano”, en *Jornadas de Derecho Internacional de la OEA*, Secretaría de la OEA, Washington, 2001; * “Responsabilidad Internacional por Daño Transfronterizo”, en *Cuaderno de Federalismo* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Vol. 15, 2002; * “Responsabilidad Internacional de los Estados en Materia Ambiental”, en *Simposio Internacional sobre Legislación y Derecho Ambiental*, ICAM-UICN, Madrid, 2002; * “El Daño Deliberado y Sustancial al medio Ambiente como Objetivo, Medio o Método de Guerra”, en *Lecciones y Ensayos*. Universidad de Buenos Aires. Comité Internacional de la Cruz Roja, Lexis Nexis, Buenos Aires-Ginebra, 2003; * “The Environmental Precautionary Principle (With Particular Reference to the Law of the Sea)”, en *Annals of Maritime Studies-2004*, London- y Pomorski Zbornik, Rijeka-Zagreb-Split, V. LVI; * “Principios Generales del Derecho Internacional Ambiental como Fuente Normativa. El Principio de Precaución”, Contribución en el *Libro Homenaje al Prof. Carlos Febres Pobeda* (Venezuela), Facultad de Derecho. Universidad de Los Andes, Caracas, Venezuela, 2005 (en prensa).

²¹ Si un sujeto viola un acuerdo internacional que contempla la obligación de obrar en virtud del principio de precaución, el ilícito no habrá de surgir de la no aplicación del principio, como tal, sino de la violación de la norma contractual.

riesgo, caso en el que la cautela debiera indicar despejar primero las dudas para luego decidir sobre la actividad. La cautela radica esencialmente en la obligación de agotar los medios científico-tecnológicos para despejar la duda sobre el riesgo, siendo parte esencial de ella el monitoreo de la existencia de riesgos, el intercambio de información, etc. Bien ha dicho el Juez Treves en el para. 9 de su Opinión separada en el Asunto *Southern Bluefin Tuna-Medidas Provisionales (Australia y Nueva Zelanda v. Japón)* que “el enfoque precautorio (...) parece inherente a la noción misma de medidas provisionales”.