

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
INSTITUTO DE RELACIONES INTERNACIONALES
MAESTRÍA EN RELACIONES INTERNACIONALES

TESIS

EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR. LA INSTITUCIÓN JUDICIAL PARA EL RÉGIMEN DE LOS OCÉANOS

TESISTA: ABG. MARTÍN CABRERA MIRASSOU

DIRECTOR: DR. NORBERTO CONSANI

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.
La Institución Judicial para el Régimen de los Océanos

Who are we? We find that we live on an insignificant planet of a humdrum star lost in a galaxy tucked away in some forgotten corner of a universe in which there are far more galaxies than people. Carl Sagan

PREFACIO

El presente texto es fruto de la tesis realizada por el autor para obtener el título de Magister en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de La Plata, el 18 de noviembre de 2013. La misma fue calificada con nota diez (10) sobresaliente. Se mantiene y respeta el texto original, al cual solo se le corrigieron errores de forma y se actualizó su contenido.

La tesis fue dirigida por el Dr. **Norberto Consani**, Director del Instituto de Relaciones Internacionales y profesor titular de Derecho Internacional Público. El jurado que evaluó la tesis estuvo integrado por el Profesor **Fabián Salvioli**, Director del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y Vice Presidente del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; el Embajador **Horacio Basabe** quien estuvo a cargo del Instituto del Servicio Exterior de la Nación y la Consejería Legal de la Cancillería y el Magister **Carlos Biangardi Delgado**, docente de grado y posgrado en la UNLP.

Se agradece a las siguientes personas que posibilitaron que el proceso fuera exitoso: Prof. Norberto Consani como Director del IRI y del tesista; a la Secretaria de la Maestría, Mg. Laura Bogado Bordazar; a los profesores Roberto Miranda, Daniel Berrettoni, Javier Surasky; a los jurados de la tesis Emb. Horacio Basabe, Dr. Fabián Salvioli y Mg. Carlos Biangardi. Asimismo, al Juez Hugo Caminos, al Dr. Diego Moreno, a los amigos y compañeros de la Maestría.

ÍNDICE

JURISPRUDENCIA	9
DOCUMENTOS	15
ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN	23

CAPÍTULO I

LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL SIGLO XXI. MULTIPLICIDAD DE INSTITUCIONES Y FUNCIONES

1. La Inevitable Expansión y Diversificación de la Jurisdicción Internacional	
A. Introito a la problemática de la multiplicación de las cortes y tribunales.....	29
B. Sobre las funciones y la legitimidad de las instituciones judiciales.....	34
2. De las Razones Detrás de la Existencia de Órganos Jurisdiccionales para el Régimen de los Océanos	
A. Sobre los regímenes internacionales	37
B. El cambiante contexto del régimen de los océanos. Las características que hacen de la Convención su principal instrumento.....	40
C. Las instituciones para la gobernanza de los océanos.....	44
D. Un sistema de solución de controversias exclusivo para el régimen.....	46

CAPÍTULO II

EL TRIBUNAL Y EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA CONVENCIÓN

1. Los Atributos del Sistema que Fundamentan su Existencia

A. Primer elemento distintivo del sistema: su flexibilidad	49
1. Procedimientos voluntarios a elección de las partes.....	49
2. Hacia la jurisdicción obligatoria en el derecho internacional	52
3. La flexibilidad expresada en la estructura del Tribunal	53
B. Segundo elemento distintivo: la competencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar	55
1. La competencia material del Tribunal	56
a. La competencia específica de la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos.....	57
2. La debatida competencia consultiva del Tribunal.....	58
a. La competencia consultiva de la Sala.....	59
3. Lo que no se puede hacer en Hamburgo	61
4. Toc Toc: ¿puedo acceder al Tribunal?.....	62

2. La Competencia Especial del Tribunal

A. Pronta liberación de buques y sus tripulaciones.....	63
B. Medidas provisionales. Resaltando su valor y utilidad	68

CAPÍTULO III

LA COEXISTENCIA DEL TRIBUNAL CON LOS FUEROS DEL SISTEMA

1. La Necesaria Coexistencia de los Fueros del Sistema

A. Conviviendo con el arbitraje	74
B. La relación entre el Tribunal y la Corte Internacional de Justicia.....	77

2. El Tribunal y la Unidad del Derecho Internacional: ¿Convergencia o Divergencia en su Jurisprudencia?

- A. La evidencia empírica de la supuesta ‘fragmentación’ del Derecho Internacional.....82
- B. La práctica del Tribunal desde la óptica descripta85

3. Los Factores que Explican el Éxito del Tribunal

- A. Eficiencia en la administración de los casos87
- B. Eficacia al momento de resolver88
- C. Escuchar y tomar en cuenta a las partes de una controversia89
- D. La forma de transmitir el mensaje es tan importante como su contenido ...90
- E. La delicada cuestión de los desechos nucleares: solo acudir a Hamburgo...91

CAPÍTULO IV

LA ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN DE LOS OCÉANOS.

EL MANTENIMIENTO DEL BALANCE DE LOS INTERESES ESTATALES

1. El Tribunal como mediador: Estados ribereños, Estados del pabellón y sus intereses

- A. El mantenimiento del balance desde el procedimiento de pronta liberación de buques y sus tripulaciones99
- B. La autonomía del procedimiento.....100
- C. Sobre el contexto en la pronta liberación: ¿Pudo y/o debió el Tribunal avanzar más?103
- D. Efectos de la confiscación del buque sobre la pronta liberación.....104
- E. Detención del buque y el uso de la fuerza, el derecho de persecución.....106
- F. La calificación legal del bunkering.....108
- G. Derechos Humanos en el Derecho del Mar. Sobre los derechos de la tripulación109

2. El Eje del Balance: La Razonabilidad de la Fianza

- A. El pensamiento del Tribunal.....111

B. Los factores a tener en cuenta para constituir una fianza razonable de acuerdo a la práctica del Tribunal.....	114
---	-----

3. Facilitando Soluciones para Vecinos con Discrepancias

CAPÍTULO V

LA PROTECCIÓN DEL RÉGIMEN PARA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

1. La Protección del Medio Marino en Beneficio de la Comunidad Internacional

A. El ‘reciente’ interés por la protección del medio ambiente	124
B. Proveyendo de un adecuado alcance al concepto de medio marino.....	127

2. Aportes del Tribunal para una correcta gobernanza de los océanos

A. El deber de cooperación. Flexibilidad y sustancia	128
B. La progresiva cristalización del enfoque precautorio en el derecho internacional.	132
C. Sobre la Evaluación de Impacto Ambiental en el derecho internacional...137	
D. Instando a la cooperación, o sobre cómo conservar los recursos marinos vivos.....	139

3. La Humanidad Presente: la Protección de la Zona

A. La función del Tribunal para el éxito del régimen	146
B. El sistema del patrocinio como mecanismo de protección de la Zona	148

CONCLUSIONES	154
BIBLIOGRAFÍA	160
ANEXO I	170
ANEXO II	176
ANEXO III	181

JURISPRUDENCIA

Aquí se lista la jurisprudencia utilizada y citada en la tesis, en idioma español, como también se enumeran la totalidad de casos presentados ante el Tribunal, en idioma inglés, incluidos aquellos en los cuales no se emitió sentencia aún.

1. Jurisprudencia

A. Tribunal Internacional del Derecho del Mar

- *Caso M/V “SAIGA” (San Vicente y las Granadinas v. Guinea)*, pronta liberación, sentencia del 4 de diciembre de 1997.
- *Caso M/V “SAIGA” (No. 2) (San Vicente y las Granadinas v. Guinea)*, medidas provisionales, orden del 11 de marzo de 1998 y sentencia sobre el fondo de la controversia del 1 de julio de 1999.
- *Casos del Atún de Aleta Azul del Sur (Nueva Zelanda v. Japón; Australia v. Japón)*, medidas provisionales, orden del 27 de agosto de 1999.
- *Caso “Camouco” (Panamá v. Francia)*, pronta liberación, sentencia del 7 de febrero del 2000.
- *Caso “Monte Confurco” (Seychelles v. Francia)*, pronta liberación, 18 de diciembre de 2000.

- *Caso concerniente a la Conservación y Explotación Sostenible de la Población de Pez Espada en el Pacífico del Sudeste (Chile/Unión Europea)*, desistido.
- *Caso “Grand Price” (Belice v. Francia)*, pronta liberación, sentencia del 20 de abril de 2001.
- *Caso “Chaisiri Reefer 2” (Panamá v. Yemen)*, pronta liberación, desistido.
- *Caso de la Planta de MOX (Irlanda v. Reino Unido)*, medidas provisionales, orden del 3 de diciembre de 2001.
- *Caso “Volga” (Federación Rusa v. Australia)*, pronta liberación, sentencia del 23 de diciembre de 2002.
- *Caso concerniente a la recuperación de tierras de Singapur en y alrededor del Estrecho de Johor (Malasia v. Singapur)*, medidas provisionales, orden del 8 de octubre de 2003.
- *Caso “Juno Trader” (San Vicente y las Granadinas v. Guinea-Bissau)*, pronta liberación, sentencia del 18 de diciembre de 2004.
- *Caso “Hoshinmaru” (Japón v. Federación Rusa)*, pronta liberación, sentencia del 6 de agosto de 2007.
- *Caso “Tomimaru” (Japón v. Federación Rusa)*, pronta liberación, sentencia del 6 de agosto de 2007.
- *Delimitación Marítima en la Bahía de Bengala (Bangladesh/Myanmar)*, sentencia del 14 de marzo de 2012.
- *Opinión Consultiva de la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades con respecto a las actividades en la Zona Internacional de los Fondos Marinos*, 1 de febrero de 2011.
- *Caso M/V “Louisa” (San Vicente y las Granadinas v. Reino de España)*, medidas provisionales, orden del 23 de diciembre de 2010, sentencia sobre el fondo del 28 de mayo de 2013.
- *Caso M/V “Virginia G” (Panamá/ Guinea Bissau)* pendiente.
- *Caso “ARA Libertad” (Argentina v. Ghana)*, medidas provisionales, orden del 15 de diciembre de 2012.
- *Opinión Consultiva sobre Pesca Ilegal, No Declarada y No Regulada*, pendiente.
- *Caso “Artic Sunrise” (Holanda v. Rusia)*, medidas provisionales, orden del 22 de noviembre de 2013.

B. Arbitrajes

- *Award between the United States and the United Kingdom, relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering's sea and the preservation of fur seals*, 15 de agosto de 1893.
- *Trail smelter case (United States, Canada)*, 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941.
- *Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, 16 de noviembre de 1957.
- *Caso del Atún de Aleta Azul del Sur (Nueva Zelanda v. Japón, Australia v. Japón)*, 4 de agosto de 2000.
- *Procedimientos de acuerdo a la Convención OSPAR (Irlanda – Reino Unido)*, 2 de julio de 2003.
- *Caso concerniente a la recuperación de tierras de Singapur en y alrededor del Estrecho de Johor (Malasia v. Singapur)*, 1 de septiembre de 2005.
- *Arbitraje en el caso de la Planta de MOX (Irlanda v. Reino Unido)*.
- *Delimitación Marítima (Barbados v. Trinidad y Tobago)*, 11 de abril de 2006.
- *Delimitación Marítima (Guyana y Suriname)*, 17 de septiembre de 2007.
- *Caso del Área Marina Protegida en el Archipiélago de Chagos (Mauricio v. Reino Unido)*, pendiente.
- *Caso “ARA Libertad” (Argentina v. Ghana)*, finalizado.
- *Derechos Marítimos sobre el South China Sea, (Filipinas v. China)*, pendiente.
- *Caso “Arctic Sunrise” (Holanda v. Rusia)*, pendiente.

C. Corte Europea de Justicia

- *Asunto C-459/03 (Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda)*, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), 30 de mayo de 2006.

D. Corte Internacional de Justicia

- *Case of the S. S. Wimbledon*, 1923.
- *Asylum case (Colombia/Peru)*, 1950.

- *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* Second Phase, 18 de Julio de 1966.
- *Fisberies Jurisdiction (United Kingdom v. Zealand)*, 1974.
- *Nuclear Tests (Australia v. France)*, 1974.
- *Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teberán (Estados Unidos c. el Irán)*, 1980.
- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 1986.
- *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, 1 de julio de 1994.
- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 9 de julio de 1996.
- *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovakia)*, 1997.
- *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, 25 de marzo de 1999.
- *Lagrand Case (Germany v. United States of America)*, 27 de junio de 2001.
- *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, 23 de octubre de 2001.
- *Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)* (El Salvador v. Honduras), 18 de diciembre de 2003.
- *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, 8 de octubre de 2007.
- *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, 13 de diciembre de 2007
- *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, 23 de mayo de 2008.
- *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, 3 de febrero de 2009.
- *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, 20 de abril de 2010.
- *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, pendiente.
- *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)*, pendiente.

- *Aerial Herbicide (Ecuador v. Colombia)*, pendiente.

E. Órgano de Apelación de la OMC

- *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, 29 de abril de 1996.
- *Estados Unidos – Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón*, 12 de octubre de 1998
- *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al Amianto y a los Productos que contienen Amianto*, 12 de marzo de 2001

F. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

- *Prosecutor v. Dusko Tadic, judgment*, Cámara de Apelaciones, 15 de julio de 1999.

G. Corte Europea de Derechos Humanos

- *Loizidou v. Turkey, judgment on preliminary objections*, 23 de marzo de 1995.

2. Casos sometidos al Tribunal

- 1** *The M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Prompt Release.*
- 2** *The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*
- 3 y 4** *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures*
- 5** *The "Camouco" Case (Panama v. France), Prompt Release*
- 6** *The "Monte Confurco" Case (Seychelles v. France), Prompt Release*

- 7 *Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/ European Union)*
- 8 *The "Grand Prince" Case (Belize v. France), Prompt Release*
- 9 *The "Chaisiri Reefer 2" Case (Panama v. Yemen), Prompt Release*
- 10 *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures*
- 11 *The "Volga" Case (Russian Federation v. Australia), Prompt Release*
- 12 *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures*
- 13 *The "Juno Trader" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Prompt Release*
- 14 *The "Hoshinmaru" Case (Japan v. Russian Federation), Prompt Release*
- 15 *The "Tomimaru" Case (Japan v. Russian Federation), Prompt Release*
- 16 *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*
- 17 *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber)*
- 18 *The M/V "Louisa" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*
- 19 *The M/V "Virginia G" Case (Panama/ Guinea Bissau)*
- 20 *The ARA Libertad Case (Argentina v. Ghana)*
- 21 *Obligations of flag States regarding IUU fishing (Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission)*
- 22 *The Artic Sunrise Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation)*

DOCUMENTOS

Principales instrumentos internacionales utilizados a lo largo del trabajo:

- Acuerdo de la FAO sobre medidas del Estado rector del puerto para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.
- Agenda 21 de la Conferencia de Río de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- Anexo V a la Convención, Conciliación.
- Anexo VI a la Convención, Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.
- Anexo VII a la Convención, Arbitraje.
- Anexo VIII a la Convención, Arbitraje especial.
- Código de Conducta para la Pesca Responsable, FAO.
- Comisión de Derecho Internacional, 'Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional', A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.
- Comisión de Derecho Internacional, 'Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law', 2006.
- Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

- Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos.
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969
- Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna, 1993.
- Declaración francesa, Declaración del Presidente de la Conferencia sobre la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos del 19 de mayo de 1980.
- Informe del 2012 de la FAO: 'El estado mundial de la pesca y la acuicultura'.
- Informes anuales del Tribunal Internacional del Derecho del Mar a la Reunión de Estados Partes de la Convención, 1996-1997 al 2010.
- Plan de Acción Internacional para Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada. FAO, 2001 (PAI-INDR).
- Reglamento del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, versión del 17 de marzo de 2009.
- Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona.
- Reglamento sobre prospección y exploración de sulfuros polimetálicos en la Zona.
- Settlement Agreement, Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v Singapore), 26 of April of 2005.
- Tratado Antártico de 1959.

ABREVIATURAS

Abreviaturas y siglas más utilizadas en el texto, incluidos los nombres con los cuales se hace referencia a los casos del Tribunal.

Acuerdo de 1994	Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, de 28 de julio de 1994
<hr/>		
Acuerdo de Nueva York	Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, de 4 de agosto de 1995
<hr/>		
AG	Asamblea General de Naciones Unidas
<hr/>		
AIFM o Autoridad	Autoridad Internacional de los Fondos Marinos
<hr/>		
AJIL	American Journal of International Law

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CCAMLR	Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos
Convención	Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982
Corte o CIJ	Corte Internacional de Justicia
EJIL	European Journal of International Law
Estatuto	Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IJMCL	International Journal of Marine and Coastal Law
LP ICT	The Law and Practice of International Courts and Tribunals
MJIL	Melbourne Journal of International Law
MPYUNL	Max Planck Yearbook of United Nations Law
MRS	Máximo Rendimiento Sostenible
N.Y.U. J. INT'L L. & POL	New York University Journal of International Law and Politics
OMC	Organización Mundial de Comercio
ONG	Organización no Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Pesca IUU	Pesca Ilegal, No Regulada, No Declarada

Reglamento	Reglamento del Tribunal
Sala	Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos
SVG	San Vicente y las Granadinas
TAC	Total Admisible de Capturas
Tnm	Toneladas métricas
Tribunal o TIDM	Tribunal Internacional del Derecho del Mar
ZEE	Zona Económica Exclusiva
Zona o Zona Internacional de los Fondos Marinos	Fondos Marinos y Océánicos y su Subsuelo Fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional

Casos ante el Tribunal

Saiga	<i>Caso M/V “SAIGA” (San Vicente y las Granadinas v. Guinea), pronta liberación</i>
Saiga 2	<i>Caso M/V “SAIGA” (No. 2) (San Vicente y las Granadinas v. Guinea), medidas provisionales y fondo</i>
Atún de Aleta Azul	<i>Casos del Atún de Aleta Azul del Sur (Nueva Zelanda v. Japón; Australia v. Japón), medidas provisionales</i>
Camouco	<i>Caso “Camouco” (Panamá v. Francia), pronta liberación</i>

Monte Confurco	<i>Caso “Monte Confurco” (Seychelles v. Francia), pronta liberación</i>
Conservación del Pez Espada	<i>Caso concerniente a la Conservación y Explotación Sostenible de la Población de Pez Espada en el Pacífico del Sudeste (Chile/Unión Europea)</i>
Grand Price	<i>Caso “Grand Price” (Belize v. Francia), pronta liberación</i>
Chaisiri Reefer	<i>Caso “Chaisiri Reefer 2” (Panamá v. Yemen), pronta liberación</i>
Planta de MOX	<i>Caso de la Planta de MOX (Irlanda v. Reino Unido), medidas provisionales</i>
Volga	<i>Caso “Volga” (Federación Rusa v. Australia), pronta liberación</i>
Estrecho de Johor	<i>Caso concerniente a la reclamación territorial de Singapur en y alrededor del Estrecho de Johor (Malasia v. Singapur), medidas provisionales</i>
Juno Trader	<i>Caso “Juno Trader” (San Vicente y las Granadinas v. Guinea-Bissau), pronta liberación</i>
Hoshinmaru	<i>Caso “Hoshinmaru” (Japón v. Federación Rusa), pronta liberación</i>
Tomimaru	<i>Caso “Tomimaru” (Japón v. Federación Rusa), pronta liberación</i>
Delimitación Marítima en la Bahía de Bengala	<i>Delimitación Marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh/Myanmar)</i>
Opinión Consultiva	<i>Opinión Consultiva de la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades con respecto a las actividades en la Zona Internacional de los Fondos Marinos</i>
Louisa	<i>Caso M/V “Louisa” (San Vicente y las Granadinas v. Reino de España)</i>

Virginia	<i>Caso M/V “Virginia G” (Panamá/Guinea Bissau)</i>
<hr/>		
ARA Libertad	<i>Caso “ARA Libertad” (Argentina v. Ghana)</i>
<hr/>		
Derechos Marítimos sobre el South China Sea	<i>Caso “Derechos Marítimos sobre el South China Sea” (Filipinas v. China)</i>
<hr/>		
Opinión Consultiva sobre pesca IUU	<i>Opinión Consultiva “Obligaciones del Estado del Pabellón ante la pesca IUU”</i>
<hr/>		
Artic Sunrise	<i>Caso “Artic Sunrise” (Holanda v. Rusia)</i>

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar es uno de los mecanismos jurisdiccionales del sistema de solución de controversias previsto en la Parte XV de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982. Junto a la Corte Internacional de Justicia y dos clases de tribunales arbitrales, tiene la finalidad de resolver las controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención o cualquier acuerdo relacionado con los fines y propósitos de aquella. Su entrada en funcionamiento, a fines de 1996, representó un cambio trascendental para la comunidad internacional, iniciando la primera etapa del sistema jurisdiccional destinado a regular, administrar y proteger uno de los regímenes internacionales más complejos y delicados que existen, el régimen de los océanos. Por ello, los mecanismos de solución de controversias previstos en la Convención constituyen uno de los desarrollos más significativos del derecho internacional en las últimas décadas. El primer Presidente de la Conferencia expresó, justamente, que la existencia de un procedimiento efectivo para solucionar diferendos fue esencial para estabilizar y mantener los compromisos necesarios en orden a llegar a un acuerdo sobre la Convención: ‘Los mecanismos de solución de controversias serán el eje sobre el cual el delicado equilibrio debe balancearse.’¹

La creación y puesta en marcha del Tribunal se da en un contexto de expansión del ámbito normativo del derecho internacional y la consecuente diversificación de la jurisdicción

¹ Hamilton Shirley AMERASINGHE, que textualmente expresa: *‘The provision of effective dispute settlement procedures is essential for stabilizing and maintaining the compromises necessary for the attainment of agreement on a convention. Dispute settlement procedures will be the pivot upon which the delicate equilibrium must be balanced.’* citado en el laudo “*Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan*”, 4 de agosto del 2000, párr. 41. Traducción realizada por el autor.

internacional. Los Estados crean tribunales especializados para que se ocupen de las áreas reguladas por el derecho internacional, las cuales contienen reglas específicas. Estas recientemente creadas instituciones judiciales tienen que estar preparados para responder a las necesidades de la comunidad internacional, y su trabajo debe contribuir a desarrollar el orden jurídico internacional, a fin de regular adecuadamente las diferentes actividades, fenómenos y desafíos propios de las relaciones internacionales actuales. Las controversias internacionales han dejado, en gran parte, de tener una dimensión estrictamente interestatal, y por ejemplo, aquello que la CIJ no ha podido resolver por las limitaciones propias de su Estatuto, está siendo abordado por la amplia gama de órganos judiciales internacionales existentes.² Este contexto lleva a preguntarnos: ¿En nombre de quién actúa y qué funciones cumple una institución judicial internacional como el Tribunal?

La respuesta tiene que contemplar que el fenómeno de la multiplicación de los tribunales internacionales y su coexistencia debe ser comprendido y analizado entendiendo a las instituciones judiciales internacionales como actores multifuncionales, de manera opuesta al pensamiento habitual que sólo admite una única función: la solución de controversias. Esta visión tradicional y unidimensional es deficiente, ya que eclipsa e ignora otras funciones importantes que muchos tribunales y cortes internacionales desarrollan actualmente.³ Hoy en día no es convincente pensar en ellas con la función exclusiva de solucionar controversias, sino que deben considerarse como instituciones esenciales para el fortalecimiento de la comunidad internacional.⁴ Así, el Tribunal, como institución perteneciente a un régimen internacional, tiene una función principalmente judicial que se expresa a través de su jurisprudencia, con el fin de administrar, regular y proteger el régimen del cual forma parte.⁵ Además, está cumpliendo funciones tales como el desarrollo normativo del derecho

² Cfr. CANÇADO TRINDADE A. A., 'Towards Compulsory Jurisdiction: Contemporary International Tribunals and Developments in the International Rule of Law', en *XXXVII Curso de Derecho Internacional* (OEA Washington D.C., 2011) p. 254 y 255.

³ Cfr. BODANSKY Armin Von y VENZKE Igor, 'On the Functions of International Courts: an Appraisal in Light of their Burgeoning Public Authority', (2012) *Amsterdam Center for International Law No. 2012-10*, disponible en el sitio web de la Social Science Research Network: <http://papers.ssrn.com>, p. 2. Último acceso el 20 de junio de 2012.

⁴ Sostiene Cesare ROMANO: 'Indeed, since its institutionalization at the beginning of the twentieth century, the single most consequential change affecting the international judicial process probably has been its transformation from just another instrument hatched by sovereign states to provide themselves, and only themselves, with a viable alternative to raw force and diplomatic dialectics, into a tool accessible by all international actors, whether sovereign states or not, to achieve justice and build the international rule of law.', en 'The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle', (1999) 31 (4) *New York Journal of International Law and Politics*, p. 749-750.

⁵ En similar sentido, SHANY Yuval, 'No longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary', (2009) 20 (1) *EJIL*, p. 76. También KINGSBURY Benedict, 'International Courts: Uneven Judicialization in Global Order', (2011) 11-05 *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, New York University School of Law No. 11-05 p. 10 y sig.

internacional, promover su cumplimiento dictando decisiones efectivas, y colaborando en la labor de otras instituciones internacionales.

Sin embargo, como todo aquello novedoso y desconocido, la creación del TIDM generó sus cuotas de suspicacias y rechazos, tanto en los gobiernos y respectivas cancillerías como en el ámbito académico, cada cual por sus razones. Entre ellas, desde que el Tribunal al ejercer sus funciones iba a actuar fuera del control de los Estados, hasta que la Corte Internacional de Justicia debía ser –como por un tiempo lo fue– el único órgano judicial internacional permanente, en donde no se concebía que la misma compartiera o resignara su función de portavoz del camino que el derecho internacional tenía que recorrer. De lo contrario, si existían tribunales con competencias superpuestas, el orden jurídico internacional se ‘fragmentaría’, arribando los diferentes órganos jurisdiccionales a decisiones contradictorias sobre los mismos o similares asuntos. Se preguntaban con escepticismo algunos juristas y funcionarios estatales sobre la necesidad de crear un nuevo tribunal internacional, y si los supuestos beneficios que generaría justificaban tal expendio de recursos.

Desde la perspectiva opuesta, se impulsaba la creación de un tribunal especializado para la gobernanza de los océanos, que pudiera dedicarse a esta creciente y cada vez más compleja área de las relaciones internacionales, en la cual entidades distintas a los Estados pudieran tener acceso a su competencia contenciosa y consultiva. Con el Tribunal se daba respuesta a la necesidad de contar con un ámbito especializado para resolver controversias sobre temas complejos y novedosos, como son las cuestiones referidas a los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, o aquellas que difícilmente podrían presentarse ante otras jurisdicciones, como por ejemplo, determinar cuando la fianza para liberar a un buque es razonable. A su vez, la disponibilidad de este fuero podía fomentar su uso por parte de los Estados y demás sujetos de la comunidad internacional. De esta manera, puede sostenerse que la expansión de las instituciones judiciales es una consecuencia natural del constante desarrollo del derecho internacional y su subsecuente especialización.⁶

Se advierte que el marco teórico propuesto para esta tesis ha sido aplicado al estudio de otros tribunales internacionales, pero no se ha utilizado para analizar la labor del Tribunal. Por ello, es de suma importancia determinar y verificar la importancia del TIDM como

⁶ Los fundamentos a favor y en contra de la creación del Tribunal pueden verse en CHARNEY Jonathan, ‘The implications of expanding international dispute settlement systems: the 1982 Convention on the Law of the Sea’, (1996) 90 (1) *American Journal of International Law* pp. 69–75 y en GARCIA GARCIA-REVILLO Miguel, ‘El Tribunal Internacional del Derecho del Mar: origen, organización y funcionamiento’ (Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005).

institución judicial internacional con sus funciones propias, y por ende, fundamentar la necesidad de un sistema judicial internacional como elemento indispensable en las relaciones internacionales. Aquí cobran importancia las fuentes de legitimación de la jurisdicción internacional, o sea: ¿Deben las cortes internacionales decidir en base a los intereses de los Estados que las crearon, en nombre de la comunidad internacional, o de un régimen específico?⁷ Se sostiene aquí que el Tribunal reconoce su legitimación principalmente en la última, pero no por ello ha dejado de plasmar un equilibrio entre las tres fuentes, robusteciendo su papel –justamente– como institución judicial internacional contemporánea.

Tanto el éxito del régimen de los océanos como el de los mecanismos del sistema de solución de controversias de la Convención recaen, en gran medida, sobre cómo desempeñan sus funciones estos últimos. Y no menos cierto es que el futuro del Tribunal estará influenciado e íntimamente relacionado con su labor en esta primera etapa. Entonces, en este contexto descrito, es válido plantearse si el Tribunal pudo ejercer las funciones que le corresponden, responder satisfactoriamente a las expectativas creadas y a las necesidades propias del régimen de los océanos. O si ha sucedido lo contrario, y el TIDM no ha podido legitimar su existencia ante la comunidad internacional, transformándose en una institución superflua e innecesaria. De esta manera, el argumento central de la tesis recae en la afirmación de que en el ejercicio de sus funciones judiciales, el Tribunal ha cumplido las funciones propias y contemporáneas de una institución judicial internacional y ello le permitió establecerse como un fundamental actor del régimen de los océanos, paralelamente fortaleciendo el proceso de diversificación de la jurisdicción internacional.

Las variables a tener en cuenta a fin de verificar las afirmaciones vertidas son, por un lado, la relación del TIDM con otros tribunales internacionales con similar competencia, la cual lo caracteriza como un fuero judicial único y diferente a los demás. Por el otro, su función de administración y defensa del régimen de los océanos, en donde se toman dos puntos de partida, ambos íntimamente ligados al mantenimiento del régimen. El primero, aquel vinculado a sostener el equilibrio de los intereses de los Estados Parte, vgr., entre Estados del pabellón y ribereños, paradigmáticamente expresado en el instituto de la fianza razonable. El segundo, representado por el fin comunitario del régimen, o sea, la protección del medio marino y las normas que involucran a la Zona. Se adopta una transversalidad en el texto, que

⁷ BODANSKY Armin Von y VENZKE Igor, op. cit., p. 6. Si bien se hace hincapié en el marco conceptual desarrollado por estos autores, también se incluyen estudios de otros académicos sobre el tema, ya que aún cuando hay ciertas diferencias terminológicas o de enfoque, los autores que se citan a lo largo de la tesis comparten una idea y marco de abordaje común para la temática.

permitirá comprender la interrelación existente entre las variables a utilizar, las funciones de un tribunal internacional y su legitimación en el contexto internacional.

El Tribunal, en esta etapa, ha ejercido la gobernanza de los océanos con diferentes herramientas, vgr. promoviendo la cooperación, conservando y protegiendo los recursos marinos, guiando a las instituciones y Estados en sus acciones con decisiones eficaces, oportunas y aceptadas por las partes, pero siempre respetando los fines, propósitos y principios de la Convención. Ha tenido un papel en la administración de conflictos opuesto a la solución de controversias tradicional, induciendo a las partes a retornar a los medios diplomáticos. Además, estableció importantes avances en el derecho internacional, proveyendo de guías de acción a otras instituciones del régimen. Es claro, en base a lo dicho, que no puede abordarse la temática exclusivamente desde la dogmática jurídica, ésta se revela insuficiente cuando se intentan comprender las funciones del TIDM en el contexto actual. Justamente, el régimen de los océanos se sustenta, entre otros pilares, en sus instituciones administradoras, y en el derecho del mar como marco normativo para lograr sus objetivos y propósitos. Una perspectiva con una mayor interdisciplinariedad es más apropiada para una correcta comprensión del tema.

En este estudio se abarca, temporalmente, lo que puede denominarse la primera etapa de la labor judicial del Tribunal, que comienza con su primera sentencia del 4 de diciembre 1997, para terminar con la Orden de medidas provisionales en el Caso ‘Arctic Sunrise’, del 22 de noviembre de 2013. Se trata de una etapa en la cual los jueces entendieron en controversias de distinto tenor y trasfondo, a saber: pronta liberación de buques, protección del medio marino, medidas provisionales y delimitaciones marítimas. Esta última, con la Delimitación Marítima en la Bahía de Bengala, representó el primer ‘*major case*’ ante el TIDM – categorización acuñada por iusinternacionalistas– y además sobre una materia que tradicionalmente estaba reservada a la CIJ y algunos tribunales arbitrales. En base a lo dicho hasta aquí, se desprende que hay temas que no forman parte de la tesis. Así, no es la intención ofrecer un estudio detallado de la competencia del Tribunal y sus diversos procedimientos, aspecto ya abordado de manera exhaustiva por la doctrina. Lo mismo puede decirse respecto a sus antecedentes históricos o aspectos institucionales, sino solo cuando estos puedan aportar a los objetivos de la tesis.

Siguiendo esta metodología, la tesis se estructura en cinco Capítulos. En el primero se ofrece un panorama sobre el actual contexto de expansión y diversificación de la jurisdicción internacional, las posturas que legitiman su existencia, y las funciones que cumplen las cortes y tribunales internacionales en la actualidad. Se describen los elementos que componen un

régimen internacional, y como ellos se manifiestan en el régimen de los océanos. Para ello, se identifican los principios rectores del mismo con la finalidad de exponer los aspectos especiales o únicos que llevaron a la necesidad de crear el Tribunal. En el segundo Capítulo se describe su función en el sistema de solución de controversias de la Convención, haciendo hincapié en su competencia material y personal, como en su relación -formal, normativa y estática- con los otros fueros de la Parte XV de la Convención. Esto permite precisar las características del Tribunal que le diferencian del resto de los fueros y, a su vez, el alcance de lo que el TIDM puede hacer. El tercer Capítulo, por su parte, ya se adentra en el trabajo judicial del mismo y su relación, a nivel jurisprudencial, con los demás fueros del sistema. La coexistencia con tribunales arbitrales y la Corte puede generar –preliminarmente– consecuencias no deseadas, ahora bien, ¿es esto suficiente para afirmar que el Tribunal ‘fragmenta’ el derecho internacional? Veremos cómo se impone la respuesta negativa.

En el cuarto Capítulo se avanza desde la postura de los intereses estatales, sus expectativas y relaciones recíprocas, y cómo el Tribunal ha logrado mantener el balance de los intereses de los Estados ribereños y los del pabellón, para sostener el que fue el principal compromiso que permitió la firma de la Convención. Habiendo establecido la importancia del TIDM como órgano judicial en el balance de intereses estatales, falta un aspecto esencial: la protección del régimen oceánico para la comunidad internacional en su conjunto. Este punto se refleja en otorgarle especial atención a la preservación y protección del medio marino, a través del desarrollo de las normas y principios correspondientes y, por supuesto, erigir un andamiaje acorde con la naturaleza de Patrimonio Común de la Humanidad que ostentan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, lo que forma parte del Capítulo quinto. Este recorrido permite arribar a las conclusiones, en donde se realizan las últimas consideraciones y se expresan las principales ideas desarrolladas en la tesis, a modo de verificar la hipótesis y objetivos propuestos.

CAPÍTULO I

LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL SIGLO XXI. MULTIPLICIDAD DE INSTITUCIONES Y FUNCIONES

1. La Inevitable Expansión y Diversificación de la Jurisdicción Internacional

A. Introito a la problemática de la multiplicación de las cortes y tribunales

El vertiginoso desarrollo del derecho internacional en las últimas décadas es incuestionable. Si se analiza en perspectiva su contenido en la década de 1940, puede advertirse un conjunto de normas jurídicas que regulaban exclusivamente las relaciones entre Estados soberanos, cuyo proceso de formación era notoriamente euro centrista, y con un ámbito material de aplicación restringido a solo algunos aspectos de las relaciones internacionales, al conservar los Estados la casi totalidad de sus prerrogativas. En suma, el derecho internacional clásico se limitaba a la reglamentación de las relaciones entre los Estados en tiempo de paz y en tiempo de guerra. Unos 70 años más tarde, la situación cambió radicalmente, los sujetos del derecho internacional no son ya sólo los Estados, se encuentran también las organizaciones

internacionales, el individuo, y actores como las empresas transnacionales y las ONG, ampliando así el ámbito personal de éste sistema legal.

Por otra parte, el desarrollo de las comunicaciones, la creciente interdependencia entre los Estados y los avances tecnológicos han propuesto nuevos ámbitos materiales de regulación y cooperación internacional. Se extiende así el ámbito normativo del orden jurídico internacional. Además de las áreas que tradicionalmente formaban parte del mismo, el derecho internacional comienza a regular temas como la protección del medio ambiente, la protección de los derechos humanos, la responsabilidad penal del individuo y el comercio internacional, entre tantos otros. Los regímenes regionales, como la Unión Europea y su complejo entramado normativo junto a la interrelación entre las fuentes del derecho internacional, pueden generar múltiples obligaciones a cargo de los sujetos y no siempre es claro cuál es la norma aplicable a una relación entre dos o más partes.

Esta expansión del derecho internacional se ha caracterizado, entonces, por una ampliación de su ámbito material de aplicación, una multiplicación de los sujetos y actores llamados a participar, y en el esfuerzo por mejorar la eficiencia y eficacia de las normas y obligaciones internacionales.⁸ Estas características del derecho internacional han sido utilizadas para sostener que se está produciendo una fragmentación del ordenamiento jurídico, esto es, que la existencia de normas específicas para cada área regulada se realiza sin considerar al derecho internacional general, generando conflictos normativos de difícil solución. A esto también se suma la aparición de regímenes autónomos⁹ –*self contained regimes*– en donde cada uno de ellos cuenta con sus propios principios e instituciones, a veces contrapuestos entre sí, como puede ser el caso de las normas que protegen el medio ambiente con aquellas que tienen por objetivo promover el comercio internacional. Sin dejar de lado tampoco como parte de este fenómeno al regionalismo, un conjunto de normas vigentes para ciertos países o regiones con la finalidad de contemplar las particularidades propias de su ámbito de regulación. Es común señalar al derecho internacional americano, en especial a partir del caso del *Asilo* en la Corte, como un ejemplo de conjunto de normas de carácter regional, junto al derecho comunitario europeo.¹⁰

⁸ DUPUY Pierre-Marie, 'The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice', (1999) 31 (4) *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, p. 795.

⁹ Véase esta diferencia en el uso del concepto en SIMMA Bruno y PULKOWSKI Dirk, 'Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law', (2006) 17 (3) *EJIL* p. 491.

¹⁰ El caso del Asilo: '*Asylum case*' (*Colombia/Peru*) I.C.J. Reports 1950. La expansión del derecho internacional aparece como positiva, y sus manifestaciones no producen inestabilidad o graves discordancias en el sistema. En similar sentido, SIMMA Bruno y PULKOWSKI Dirk: '*Similarly, legal subsystems coexisting in isolation from the remaining bulk of international law are*

La Comisión de Derecho Internacional se hace eco de este fenómeno y decide incluirlo como parte de su programa de trabajo en el año 2000. Con el título de ‘Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional’, el informe final es aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2006. La CDI pone de manifiesto los posibles conflictos que pueden darse entre las normas existentes a nivel internacional, entre los cuales se encuentran: las relaciones entre el derecho especial y el general –en particular las dificultades que se derivan de la existencia de normas *lex specialis*, de los regímenes autónomos y el regionalismo– los conflictos entre las normas sucesivas –o sea, la cuestión de la *lex prior* y la *lex posterior*– aquellos derivados del diferente rango jerárquico normativo –en especial el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*– y, por último, el denominado entorno normativo o integración sistémica del apartado c) del párrafo 3 del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, que establece que al momento de interpretar un tratado, habrá que tenerse en cuenta el contexto del mismo, como también toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes del tratado.

Un aspecto no abordado por la CDI, pero con importante incidencia en el proceso descrito, es la diversificación de la jurisdicción internacional.¹¹ Desde 1989, más de una decena de tribunales han sido creados, profundamente reformados o comenzaron activamente a ejercer sus funciones. Aún más, la competencia de estos es de la más diversa, desde el juzgamiento de individuos por crímenes de lesa humanidad, pasando por arbitrajes inversor-Estado, a diferencias producto de la profundización de procesos de integración regional. Este último punto es meritorio de puntualizar, ya que las cortes regionales introducen nuevas visiones, al estar más en contacto e influenciadas por la práctica y sistemas jurídicos internos de los Estados de la región, que un órgano universal. Y ello por mencionar solo algunos casos. Ahora bien, este irreversible proceso no ha sucedido en el vacío, es una consecuencia del aumento igualmente destacado del número y funciones de instituciones consagradas a asegurar

inconceivable’, op. cit., p. 492. Como dijo el Órgano de Apelación de la OMC: ‘no debe leerse el Acuerdo General aislándolo clínicamente del derecho internacional público.’ en ‘Estados Unidos–Pautas para la gasolina reformulada y convencional’, AB-1996-1, (29 de abril de 1996), WT/DS2/AB/R, punto III, B.

¹¹ Se utilizan indistintamente los términos organismos judiciales, instituciones judiciales, tribunales y/o cortes internacionales. Suele utilizarse el término *proliferación* para denominar el creciente número de jurisdicciones internacionales. Su connotación negativa, debida a su asociación con las armas nucleares, nos lleva a decantarnos por el término más neutral de *diversificación*. Es común también utilizar como sinónimos jurisdicción y competencia, principalmente por que el Estatuto de la Corte así lo hace, y la mayoría de los autores consultados siguen el mismo criterio. Sin perjuicio de ser conscientes del diferente significado que ambos conceptos tienen en los ordenamientos internos de los Estados.

el cumplimiento, por parte de los sujetos de la comunidad internacional, de las normas y obligaciones internacionales.

Las razones detrás de la creación de tribunales internacionales se vinculan con el crecimiento del derecho internacional, en donde existen áreas complejas y diversificadas, que requieren de fueros altamente especializados. Por mencionar e identificar sólo algunas áreas, existen los sistemas de protección de derechos humanos a nivel universal y regional, el derecho penal internacional, el derecho de las inversiones extranjeras, el comercio internacional, el derecho comunitario y el derecho del mar. Asimismo, se hace necesario incorporar al ámbito jurisdiccional a los nuevos sujetos en el ámbito internacional y, en definitiva, poder contar con una respuesta eficaz para un cada vez más complejo derecho internacional. Visto en perspectiva, era impensable a mediados del siglo pasado que pudieran existir instituciones internacionales con competencias jurisdiccionales tan amplias. Por consiguiente, se puede afirmar que las funciones, competencias y características de las instituciones judiciales contemporáneas difieren sustancialmente con aquellas que podían encontrarse en tiempos pasados.¹²

Debe tenerse presente que por varias décadas, tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional como su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, fueron los únicos tribunales permanentes a nivel internacional y con competencia universal. En la actualidad, además de la Corte y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, existe la Corte Penal Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Europea de Justicia, la Corte Centroamericana de Justicia, la Corte de Justicia de la Comunidad Andina, el Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC, entre los principales organismos más utilizados.

También, y si bien no reúnen todos los requisitos presentes en una institución judicial internacional,¹³ deben mencionarse algunos organismos que pueden denominarse ‘cuasi-

¹² Tan importante es este proceso que autores como Cesare ROMANO han expresado: *‘When future international legal scholars look back at international law and organizations at the end of the twentieth century, they probably will refer to the enormous expansion and transformation of the international judiciary as the single most important development of the post-Cold War age’*, ‘The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle’, (1999) 31 (4) *New York Journal of International Law and Politics*, p. 709.

¹³ Una institución judicial internacional cuenta con las siguientes características: es permanente, fue creada por un instrumento legal internacional, aplica el derecho internacional, cuenta con normas procedimentales previas a la controversia que se le somete, sus decisiones son obligatorias, está compuesto por jueces, y decide diferencias entre dos o más sujetos del derecho internacional. Se sigue el estudio de Cesare ROMANO, op. cit., ‘The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle’, p. 713 y siguientes.

judiciales’, ya que tienen un rol relevante en la solución de controversias internacionales. Así, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, como el del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), el Tribunal de Reclamaciones entre Irán y EE.UU y la Corte Permanente de Arbitraje Internacional. A estas instituciones permanentes, hay que sumar los tribunales arbitrales que se constituyan ad-hoc y los tribunales administrativos de las organizaciones internacionales. Entre instituciones judiciales, cuasi-judiciales, e instituciones que prestan servicios de arbitraje, más de dos docenas de fueros desempeñan sus funciones de manera simultánea.

La pregunta que ha generado un intenso debate académico es si esta multiplicación de tribunales internacionales amenaza la coherencia del sistema legal internacional.¹⁴ Entre los posibles efectos negativos de este fenómeno se han resaltado la inexistencia de una jerarquía o autoridad judicial internacional que pueda homogeneizar los criterios de los diferentes tribunales que llevaría a decisiones contradictorias, ‘fragmentando’ el derecho internacional. Cada organismo judicial tiene su propia fuente de legitimación, de la cual deriva su jurisdicción. También habría conflictos de jurisdicción entre varias instituciones judiciales o el llamado “*forum shopping*”, en donde los Estados, al contar con varios tribunales con competencia sobre una controversia, aprovecharían recurrir al fuero más favorable para sus intereses.¹⁵ En este sentido, la fragmentación cuestiona la coherencia del derecho internacional. La coherencia recibe una valoración positiva por su relación con la previsibilidad y la seguridad jurídica, ya que sólo un sistema jurídico coherente trata de forma igual a los sujetos jurídicos. Asimismo, el pluralismo debe considerarse un valor constitutivo del sistema. Los Estados forman una comunidad con necesidades comunes y el deseo de contar con un sistema jurídico, pese a las muchas obvias diferencias entre ellos. Esta relativamente pequeña comunidad da fuerza al sistema jurídico internacional que compensa con creces la ausencia de instituciones centralizadas.

¹⁴ AUST Anthony, ‘Peaceful Settlement of Disputes: A Proliferation Problem?’, en WOLFRUM Rüdiger y NDIAYE Tafsir Malick (eds), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007) p. 137, y CHARNEY Jonathan: ‘*Consequently, the International Court never has stood alone as the sole tribunal to settle disputes in accordance with international law.*’, en ‘The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals’, (1999) 31 (4) *N.Y.U. J. INT’L L. & POL.*, p. 698.

¹⁵ Un análisis de la práctica internacional en OELLERS – FRAHM Karin, ‘Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions’, (2001) 5 *MPYUNL* pp. 67-104, SIMMA Bruno, ‘Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner’, (2009) 20 (2) *EJIL* pp. 265-297. Estos autores relativizan las diferencias de criterio o interpretación del derecho internacional por parte de diferentes tribunales.

Pero lo que esta visión ignora es que siempre existieron arbitrajes internacionales, y la Corte nunca fue el único tribunal existente para resolver controversias internacionales. Jonathan Charney, luego de realizar un estudio pormenorizado de la jurisprudencia de diferentes tribunales internacionales en relación a ciertas áreas del derecho internacional, llega a la conclusión de que los diferentes tribunales comparten visiones coherentes sobre el derecho internacional y que en la práctica judicial, los efectos negativos mencionados no se han producido.¹⁶ Debe considerarse como positivo el hecho que los diversos tribunales internacionales exploren variaciones en el derecho internacional y apliquen el derecho internacional a una diversidad de circunstancias. Las variaciones no han sido tan significativas como para poner en cuestionamiento la coherencia del derecho internacional. Pero efectivamente cada tribunal tiene su propia agenda, y la cautela reside en no olvidar que cada régimen, tratado internacional o normas regionales forman parte de un sistema legal internacional.

B. Sobre las funciones y la legitimidad de las instituciones judiciales

La comprensión de las funciones de las cortes internacionales debe ser reformulada en tiempos de gobernanza global, y a la luz de los notables desarrollos de las instituciones judiciales internacionales en las últimas dos décadas. El cambio cuantitativo mencionado ut supra, es acompañado de un cambio cualitativo, precisamente por la multifuncionalidad de la práctica judicial internacional. Las cortes y tribunales internacionales son creadas en orden a avanzar en el logro de determinadas funciones. Estas proveen un ángulo crítico para evaluar el desempeño judicial de las mismas. Tenemos entre estas funciones: promover el cumplimiento de normas internacionales, resolver y prevenir controversias internacionales, contribuir al funcionamiento de regímenes de cooperación y legitimar instituciones y normas internacionales. Se formulan de manera abierta, y no son exclusivas de otras ni entre sí, y puede haber algunas más específicos o incluso abstractos o generales (el mantenimiento de la paz internacional). Al mismo tiempo, algunas de ellas pueden llegar a estar en tensión entre sí, y la decisión judicial que promueva una, puede tener efectos adversos en otra, por ejemplo: sostener una norma legal que vaya contra intereses estatales, puede llegar a poner en peligro la

¹⁶ CHARNEY Jonathan, op. cit. 'The Impact on the International Legal System...', p. 699. Además ver AUST Anthony, que escribió: 'No wise judge (international or national) wants to reinvent the wheel.', op. cit., p. 137. Para profundizar en las razones que permiten comprender el fenómeno, puede verse ROMANO Cesare, 'The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle', (1999) 31 (4) *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.*, p. 729.

solución de la controversia, e incluso al régimen dentro del cual la corte o tribunal opera.¹⁷ No es la intención establecer una pirámide categorizando que una función es más importante que otra, solo proveer un marco para comprender las decisiones del Tribunal.

Una decisión judicial puede actuar sobre uno o más de estas funciones. Así, los remedios judiciales pueden no tener efectos en la práctica estatal ya sea porque son rechazados por los Estados, al estar completamente divorciados de sus intereses, o porque reflejan la práctica existente independientemente de la sentencia, y por lo tanto ésta no tiene sentido. A su vez, las cortes internacionales, a través de varios mecanismos discursivos, como el llamado *'cross-fertilisation'* y *'cross-referencing'* construyen caminos jurisprudenciales con la intención de mejorar la importancia de sus decisiones para el derecho internacional. Más específicamente, necesitan implementar medidas atractivas a nivel legal (en relación a otras cortes en términos de competencia y coexistencia), a nivel político (gobernanza del régimen que administran) y a nivel social (acceso y participación de la sociedad civil y sujetos de la comunidad internacional para hacer valer sus derechos legales).

En contraste a esta visión contemporánea, la mayoría del mundo académico y textos de derecho internacional, suelen dar por sentado que las cortes internacionales son exclusivamente, o por lo menos predominantemente, instrumentos para solucionar controversias.¹⁸ Dicha perspectiva cree estar en lo correcto al citar el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, donde el arbitraje y el arreglo judicial son mecanismos de solución pacífica de controversias. Pero se olvidan que esta disposición es de 1945!!! y los cambios a nivel mundial han sido muchos y demasiado profundos en estos casi 70 años como para ignorarse. Esta miopía de las funciones de los tribunales internacionales viene de la mano de la única fuente de legitimidad que reconoce la postura clásica, esto es, el consentimiento estatal a su competencia contenciosa.¹⁹

No hay que pasar por alto que el reconocimiento de la función de solucionar controversias entre las partes por un tribunal internacional es una idea clásica y siempre estuvo presente. Pero ya hace tiempo que la jurisdicción internacional está realizando otras funciones, así para ilustrar el punto, es dudoso si la CIJ con la decisión en el caso de Nicaragua y los

¹⁷ SHANY Yuval, 'Compliance with Decisions of International Courts as Indicative of their Effectiveness: A Goal-Based Analysis', (2012) *Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law Research Paper No. 04-10*, <http://papers.ssrn.com>, accedido el 1 de marzo de 2012, p. 7.

¹⁸ Como mencionan BODANSKY Armin Von y VENZKE Igor: '*Such a prevailing perspective is clear to see in courts' treatment under the heading of dispute settlement in the same breath with good offices and mediation. In textbooks as well as in great works of the discipline, they usually enter the scene in a late chapter as one means for settling dispute among others.*', en obra citada ut supra, p. 3.

¹⁹ *Ibidem*, p. 3.

contras, contribuyó a solucionar la controversia entre este país y Estados Unidos. Incluso se puede sostener que tuvo el efecto negativo de que Estados Unidos retirara su reconocimiento unilateral a la jurisdicción de la Corte. Pero si se analiza la sentencia desde la función de estabilizar expectativas normativas y la contribución que ha hecho al derecho internacional, la perspectiva cambia. La misma realizó aportes que son hasta hoy resaltados por la doctrina y que mantienen su vigencia en lo que hace al principio que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. La decisión ha apoyado los argumentos jurídicos que avalan una interpretación amplia de la prohibición del uso de la fuerza y una estrecha del derecho de legítima defensa. La sentencia en el caso de Nicaragua y los contras explica perfectamente el desarrollo progresivo del derecho internacional por una corte internacional.

Por último, resulta apropiado mencionar una perspectiva de análisis no siempre advertida en la doctrina. La referencia recae en la legitimidad de las instituciones judiciales, esto es, donde se reconoce su justificación como autoridad internacional y su facultad para dictar decisiones obligatorias y, en definitiva, regular los diferentes aspectos de las relaciones internacionales. Actualmente pueden reconocerse tres posturas que buscan explicar la legitimidad de la jurisdicción internacional. Una de ellos sostiene que los tribunales internacionales son instrumentos de los Estados y de las partes en una controversia, que solo pueden entender en ella si los Estados soberanos prestan su consentimiento. Luego las cortes internacionales pueden tomarse como organismos de la comunidad internacional, con la tarea esencial de proteger los valores e intereses de la misma. Deciden en nombre de ella más que en nombre de los Estados, y además de solucionar la disputa, como los Estados son miembros de una comunidad, la jurisdicción internacional no debe solo considerar la relación bilateral entre las partes, sino tomar en cuenta los intereses de la misma.²⁰ Por último, su legitimidad puede surgir de los regímenes internacionales, y en este sentido, los tribunales internacionales son instituciones de aquellos con el fin de regularlos y administrarlos.²¹ A lo largo del texto, se podrá apreciar donde reconoce su legitimidad el TIDM.

2. De las Razones Detrás de la Existencia de Órganos Jurisdiccionales para el Régimen de los Océanos

²⁰ BODANSKY Armin Von y VENZKE Igor, op. cit., p. 19.

²¹ *Ibidem*, p. 29.

A. *Sobre los regímenes internacionales*

Íntimamente vinculado al fenómeno de la multiplicación de tribunales internacionales, se encuentran los regímenes internacionales. Cualquier relevamiento que se haga de aquellas áreas actualmente reguladas, en todo o en parte, por el derecho internacional, mostraría un listado de considerable extensión y en constante actualización. Intentar una enumeración exhaustiva de los temas sería una tarea infructuosa e incluso se correría el riesgo de no mencionar algunas de relevancia. Como asimismo, es un hecho notorio la existencia de miles de instrumentos internacionales vigentes de todo tipo, naturaleza y propósito. Por otra parte, las fronteras entre el derecho interno y el internacional tienden a difuminarse, dando lugar a un derecho transnacional. La distinción entre las normas públicas y privadas ya no es tan clara, y ambas se integran para formar regímenes altamente especializados. A decir de la Comisión de Derecho Internacional:

‘La fragmentación del mundo social internacional ha alcanzado significado jurídico especialmente al ir acompañada de la aparición de normas o complejos de normas, instituciones jurídicas o esferas de práctica jurídica especializados. Lo que antes aparecía regido por el "derecho internacional general", se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especialistas tales como el "derecho mercantil", el "derecho de los derechos humanos", el "derecho ambiental", el "derecho del mar", el "derecho europeo" e incluso conocimientos tan exóticos y sumamente especializados como el "derecho de las inversiones" o el "derecho internacional de los refugiados", etc. cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones.’²²

Áreas que tradicionalmente estaban reservadas a la soberanía exclusiva de los Estados, léase la justicia criminal, o que no tenían una regulación específica, como los recursos naturales del alta mar o el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad, pasaron a la órbita internacional. Esto implica, por lo general, que se debe dotar de competencias a organismos internacionales, y transferir a órganos judiciales el control sobre las normas que se crean, siendo una consecuencia lógica del proceso de complejización de un sistema legal.²³ Para dar un ejemplo, el régimen de inversiones extranjeras se encuentra regido tanto por el derecho internacional como por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, pero casi sin excepción, las

²² Informe de la CDI, ‘Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional’, 2006, párr. 8.

²³ ROMANO Cesare, op. cit., ‘The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle’, p. 728.

controversias entre el inversor y el Estado receptor se someten a procesos internacionales, ya sea por las reglas del CIADI o las de UNCITRAL.

Sin mayores miramientos, el acceso a la justicia internacional por parte de entidades distintas a los Estados, dotadas de legitimación procesal, constituye un desarrollo de singular importancia. Desde organizaciones internacionales, el individuo, personas jurídicas y, en ciertos aspectos las ONG, participan hoy en día y de manera activa en la solución de controversias internacionales y en los procedimientos consultivos. La jurisdicción internacional ha dejado de pertenecer únicamente a los Estados soberanos y se ha universalizado, al punto tal de que sólo la CIJ mantiene abierta su competencia exclusivamente para los Estados.²⁴ En la evolución del derecho del mar se pueden percibir estos profundos cambios, viéndose reconocido, plasmado, regulado y aplicado este nuevo contexto en el ordenamiento jurídico receptado en el texto de la Convención.

En la medida en que la globalización se profundiza, los regímenes tienden a basarse menos en prácticas nacionales y más en normas internacionales, tendiendo a su universalización. El concepto de régimen internacional sirve para ilustrar los procesos de generación, mantenimiento, reforma y caducidad de las normas que regulan un determinado ámbito, la variedad de normas, principios y prácticas que pueden aplicarse al mismo. De acuerdo a Oran Young: *'With few exceptions, the formation of international regimes or governance systems features a process aimed at reaching agreement on packages of mutually acceptable provisions suitable for expression in documents that are treated as constitutive contracts...'*,²⁵ utilizando el autor como ejemplo de este proceso la Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar que finalizó con la firma de la Convención.

En base a ello, es que las características de los regímenes internacionales proveen un valioso punto de partida para comprender más acabadamente el objeto de estudio de la tesis. Suele utilizarse el término gobernanza de los océanos para hacer referencia al conjunto de reglas adoptadas por la comunidad internacional para la regulación, administración y conservación de los océanos. También se incluye a las personas, órganos e instituciones a las que se les confía la administración de las normas. En cambio, para la CDI un régimen consiste en un grupo de normas y principios concernientes a una materia particular, y que tiene por lo general sus propias instituciones para administrarlo. El derecho del mar se compone de normas y principios reguladores, y su importancia radica en la manera que sus normas expresan un objeto y propósito unificado. La interpretación y aplicación de dichas normas y

²⁴ *Ibidem*, p. 739.

²⁵ YOUNG Oran R., *'Creating regimes: Artic accords and international governance'*, (Cornell University Press, New York, 1998) p. 4.

principios deben reflejarlo.²⁶ Otra definición de un régimen, proveniente de la teoría de las relaciones internacionales, habla de principios y normas explícitas o implícitas, reglas y procesos de toma de decisiones alrededor de los cuales las expectativas de los actores convergen en una determinada área de las relaciones internacionales.²⁷

Sin perjuicio de las numerosas definiciones que existen, lo relevante para analizar al Tribunal, es que la administración de los asuntos relativos a los regímenes internacionales recae en instituciones internacionales, las cuales pueden afectar el comportamiento de los Estados u otros actores. Se asume que la cooperación es posible y que los regímenes son instancias de cooperación internacional. Una institución, por ende, asigna roles a los participantes y guía las interacciones entre ellos, realiza elecciones colectivas en cuestiones de preocupación comunes de los miembros del régimen. Específicamente, se considera que la competencia otorgada a la mayoría de las cortes y tribunales se fundamenta en la necesidad de que participen de la administración del régimen del cual forman parte, y el Tribunal no es extraño a esta particularidad.

Puede corroborarse también la existencia del régimen de los océanos desde el derecho aplicable por el Tribunal. En el Artículo 293 de la Convención se dispone que: ‘1. La corte o tribunal competente en virtud de esta sección aplicará esta Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella.’ Con ello se establece por un lado, que la principal fuente para el TIDM en donde buscar una norma aplicable, es la Convención, la cual como mencionamos, es el principal instrumento jurídico del régimen oceánico. Por otro lado, no cualquier norma del Derecho Internacional entra en juego ante la insuficiencia o silencio de la Convención. Solo aquellas que respeten los valores, principios del régimen – compatibilidad con la Convención – pueden ser interpretadas y aplicables por los jueces.²⁸

Surge también la relación entre el término gobernanza de los océanos y el de régimen, por ello su utilización en el texto como conceptos ligados entre sí. Así, se ha hecho mención a que:

(...) oceans governance can be described as a chosen course of collective action that follows a given set of goals and identifies tools and mechanisms to steer it towards those goals. Broadly,

²⁶ Comisión de Derecho Internacional, ‘Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law’, 2006, apartados 11 y 13 en particular.

²⁷ KRASNER Stephen D., ‘Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables’, en KRASNER S. D. (ed.), *International Regimes* (Cornell University Press, Ithaca, NY, 1983), p. 1.

²⁸ En consonancia con la CDI: ‘Ninguno de los regímenes creados en virtud de tratados actualmente en vigor es autónomo, en el sentido de que excluya en general la aplicación del derecho internacional general.’, en ‘Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional’, 2006, párrafo 172.

*oceans governance can be called both a process and an outcome involving (i) rules to secure human needs from the oceans and to protect and preserve the living and non-living marine environment, (ii) organizational and implementation systems and institutions, (iii) provisions to settle disputes over access to and control over ocean resources and space, and (iv) many jurisdictional and ecological boundaries in an ever-changing matrix of political, economic, social and environmental factors.*²⁹

B. El cambiante contexto del régimen de los océanos. Las características que hacen de la Convención su principal instrumento

La III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, que culminó el 10 de diciembre de 1982 con la firma de la Convención³⁰, representó el mayor esfuerzo realizado por la comunidad internacional para regular los diferentes espacios y actividades que se realizan en los océanos. Hacía ya tiempo que el principio de libertad de los mares había sido superado por un complejo entramado de espacios marítimos, derechos y obligaciones a cargo de los Estados, que requería de un proceso de codificación para otorgar una mayor estabilidad y certeza al actuar estatal. Los magros resultados obtenidos en las primeras dos Conferencias auspiciadas por Naciones Unidas, los Convenios de Ginebra de 1958 con demasiadas lagunas en su texto, y disposiciones que devinieron obsoletas rápidamente, llevaron a que el proceso de creación y desarrollo del derecho del mar, eminentemente consuetudinario desde sus comienzos, fuera trasladado a un tratado internacional que sirviera como una ‘Constitución para los océanos’.

Es claro que en un breve período de tiempo, bruscos y profundos cambios sucedieron en el mundo. Desde la década de 1960, se inicia el proceso de descolonización, que ve nacer decenas de Estados en desarrollo, con importantes zonas marítimas y necesidad de sostener sus economías. El avance tecnológico se aplicó también a la explotación de los recursos marinos; los fondos marinos dejaron de ser solo relatos en novelas, y la pesca se transformó en una industria y fuente de ingresos para millones de personas. No por ello disminuyó el celo de los Estados respecto a su soberanía y seguridad. Pero si se generó un contexto en el cual

²⁹ CHAKRABORTY Anshuman, ‘Dispute Settlement Under the United Nations Convention on the Law of the Sea and its Role in Oceans Governance’ (Faculty of Law Victoria University of Wellington, Nueva Zelanda, 2006), disponible en <http://researcharchive.vuw.ac.nz>, p. 21.

³⁰ En la firma, la Convención obtuvo 130 votos a favor, 4 en contra y 17 abstenciones. Entró en vigor el 16 de noviembre 1994, mientras que el Tribunal comenzó oficialmente su funcionamiento el 18 octubre de 1996.

fue inevitable para ellos reunirse a negociar como se iba a regular, en todos sus aspectos, el régimen oceánico.

La Convención está destinada, de acuerdo a su preámbulo, a establecer, sin avasallar el respeto a la soberanía estatal, un ordenamiento jurídico para los océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos, la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos. Contiene los principios básicos sobre los cuales se erige el régimen de los espacios marítimos. A su vez, crea instituciones con diferentes funciones, pero con el común denominador de regular en sus diferentes aspectos las actividades en el océano. La participación casi universal en la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar le otorga legitimidad hacia la comunidad internacional. El contenido político y económico de sus disposiciones, junto a la distribución de competencias que limitan la soberanía de los Estados, coadyuva a la idea de norma fundamental que es la Convención.

Una característica presente a lo largo del texto y los propósitos de la Convención, es que es fruto de varios compromisos cuyo fin era lograr un consenso en el texto final. El mayor conjunto de ellos se relacionan con el establecimiento de la ZEE. Por un lado, se le otorgó a los Estados ribereños derechos sobre los recursos naturales en dicho espacio marítimo. Por el otro, el Estado ribereño debe asegurar la libertad de navegación y sobrevuelo por parte de terceros Estados. También puede apreciarse en el régimen de los estrechos internacionales, por mencionar sólo estos dos ejemplos. El balance de los intereses de los diferentes actores impregna el contenido y los propósitos de la Convención. La salvaguarda esencial para la libertad de navegación, sobrevuelo y el tendido de cables y tuberías submarinos está suministrado por las disposiciones de la Parte XV, sobre solución de controversias.³¹

En particular, se estableció que la zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como sus recursos, son Patrimonio Común de la Humanidad, cuya exploración y explotación se realiza en beneficio de toda la humanidad, independientemente de la situación geográfica de los Estados. El desarrollo progresivo y la codificación del derecho del mar, logrados en la Convención contribuyen al fortalecimiento de la paz, la seguridad, la cooperación y las relaciones de amistad entre todos los Estados. Receptó e introdujo categorías innovadoras, por ejemplo, la Zona Económica

³¹ ROSENNE Shabtai, 'Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea', (1995) 89 (4) *AJIL*, p. 812.

Exclusiva y los fondos marinos situados más allá de las jurisdicciones nacionales, estableciendo a su vez parámetros en materia de preservación del medio marino.³²

Si prestamos atención a uno de los temas regulados en el régimen, como lo es la administración y conservación de los recursos marinos vivos, la pertinencia e importancia de esta regulación se desprende de un informe de la FAO, en el cual se expresa que la producción mundial de la pesca de captura en 2008 ascendió a unos 90 millones de toneladas, con un valor de primera venta estimado de 93.900 miles de millones de dólares.³³ Los análisis indican que la flota pesquera mundial está compuesta por unos 4,3 millones de buques. Por ello no es extraño que surjan incidentes o detenciones de buques por parte de Estados ribereños que cuidan celosamente de sus recursos. La actividad pesquera se ha convertido en un tema que llevó a la comunidad internacional a buscar mecanismos destinados a proteger los recursos marinos de la sobrepesca.³⁴

De acuerdo a la FAO, la proporción de poblaciones de peces consideradas infra explotadas o moderadamente explotadas disminuyó desde el 40 % a mediados de la década de 1970 hasta el 15 % en 2008, mientras que la proporción de poblaciones sobreexplotadas, agotadas o en recuperación aumentó desde el 10 % en 1974 hasta el 29,9 % en 2009. Mientras tanto, la proporción de poblaciones plenamente explotadas ha permanecido relativamente estable en cerca del 50 % desde la década de 1970. Se estima que en 2008 solo el 12,7 % de los grupos de poblaciones seguidos por la FAO estaban infra explotados o moderadamente explotados.³⁵ Estos datos confirman las percepciones de que los recursos marinos vivos necesitan de un control eficaz sobre su explotación para evitar su agotamiento.

Desde la finalización de la Conferencia, han sido varios los temas que surgieron y que llevaron a buscar respuestas no previstas en la Convención. En este sentido, nada puede considerarse inmutable, y todos aquellos puntos que quedaron sin resolver en 1982, como los nuevos fenómenos que generaron la atención de la comunidad internacional, requieren de la creación de normas para regularse. Podemos encontrar entre ellos, al concepto de pesca ilegal, no regulada y no declarada, la adopción del Acuerdo de Nueva York de 1995, donde se buscó

³² No podemos dejar de mencionar al sistema Antártico y en particular al régimen de CCMALR, como otro de los temas siempre presentes en su relación con la Convención. El tema se trata más profundamente al analizar el procedimiento de pronta liberación de buques y sus tripulaciones.

³³ Informe 'El estado mundial de la pesca y la acuicultura', 2012, FAO, p. 12.

³⁴ Demostrativo de esto es la solicitud de Opinión Consultiva realizada por la *Sub-Regional Fisheries Commission*, en relación a las obligaciones y responsabilidad del Estado del pabellón sobre los buques que enarbolan su bandera y se encuentren realizando pesca IUU en la ZEE de un tercer Estado. Como también se solicitó al TIDM que se expida sobre los derechos y obligaciones del Estado ribereño en asegurar la administración de poblaciones de recursos vivos compartidos.

³⁵ *Ibidem*, p. 8.

asegurar la conservación y ordenación a largo plazo y el uso sostenible de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, la firma del Acuerdo sobre la Parte XI de la Convención -que modifica el complejo régimen de la Zona- la regulación de los recursos genéticos y los efectos del cambio climático sobre los océanos.³⁶

Con respecto a la explotación de los recursos genéticos de los fondos marinos, se genera la necesidad para la comunidad internacional de concebir un nuevo marco regulatorio para los mismos, ante la insuficiencia y confusión del actual. En estos últimos años ha surgido un interés político y jurídico por la cuestión, buscando una respuesta en diversos foros internacionales y en el proceso evolutivo del derecho del mar. Ya que lo que se trata de determinar es básicamente si los recursos genéticos de los fondos marinos son Patrimonio Común de la Humanidad o son recursos del alta mar. A efectos prácticos, esto se traduce en quien puede explotar los mismos: la comunidad internacional en su beneficio o los Estados individualmente.

Las normas que regulan la conservación y a la explotación de los recursos vivos marinos pueden encontrarse en la Convención, en su Artículo 117, el cual establece que todos los Estados tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para la conservación de los recursos vivos del alta mar, o de cooperar con otros Estados en su adopción, y en el Artículo 192, que prevé la obligación de los Estados de proteger y de preservar el medio marino. Luego, con la intención de esclarecer el alcance de sus disposiciones o de fortalecer estas normas, otros instrumentos adoptados en el seno de la FAO, como el Acuerdo sobre Cumplimiento de 1993, y el Código de Conducta sobre la Pesca Responsable de 1995, abordaron algunos aspectos de la temática. El concepto de pesca IUU abarca diversas situaciones, como lo son la pesca ilegal, la pesca no declarada o no informada y la pesca no regulada o no reglamentada.³⁷

³⁶ Véase al respecto ABRUZA Armando Daniel, 'Nuevos Desafíos y Conflictos de Intereses en el Aprovechamiento de los Recursos Vivos del Mar', (2007) XVI T. 2 *Anuario de la AADI* pp. 17-49. Y CANIO Alejandro, 'En Búsqueda del Régimen Jurídico Aplicable a los Organismos Vivos de los Fondos Marinos: Entre la Insuficiencia del Régimen Actual y el Laberinto de los Nuevos Desarrollos', (2008) XVII *Anuario de la AADI* pp. 49-99.

³⁷ Asimismo, y concomitante con lo ya mencionado, la creación de numerosas Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera (OROP) tiene por objetivo ir más allá de lo previsto en la Convención y el derecho consuetudinario, al pretender prohibir el acceso a la pesca en una zona determinada a Estados no miembros de una OROP o no partes en un acuerdo regional o subregional de ordenación pesquera. A través del Artículo 8.3, el Acuerdo de Nueva York permite aplicar medidas no consentidas por los Estados que no sean miembros de una OROP, al establecer que deben comprometerse 'a aplicar las medidas de conservación y ordenación establecidas por la organización o el arreglo', si desean pescar en su área de competencia. En este contexto, cobran relevancia los grupos de presión creados, como lo es la iniciativa denominada High Seas Task Force desplegada entre 2003 y 2006. Ésta concluyó sus trabajos con un documento titulado '*Closing the Net*', el cual

C. Las instituciones para la gobernanza de los océanos

La complejidad descrita es lo que llevó a los negociadores en la Conferencia a decidir que la Convención establezca un marco institucional con órganos permanentes para implementar sus disposiciones. Las actividades de estos se complementan entre sí para asegurar una implementación eficiente y coherente de los principios de la Convención, como con los organismos a los cuales se refiere este instrumento.³⁸ La administración es confiada a tres instituciones: el Tribunal, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y la Comisión del Límite Exterior de la Plataforma Continental. A su vez, funciones le son otorgadas a otras instituciones, como la Organización para la Alimentación y la Agricultura o la Organización Marítima Internacional. Cada una de ellas cuenta con su propia y especial atribuciones y objetivos, circunciso a un tema o función particular. Pero todas comparten la función de administrar y preservar el régimen de los océanos, para lo cual deben coadyuvarse con dicho propósito.

La Comisión del Límite Exterior de la Plataforma Continental examina los datos y otros elementos de información presentados por los Estados ribereños respecto de los límites exteriores de la Plataforma Continental cuando ésta se extienda más allá de 200 millas marinas y hace recomendaciones. Presta asesoramiento científico y técnico, si lo solicita el Estado ribereño interesado, durante la preparación de los datos mencionados y puede cooperar, en la medida que se considere útil y necesario, con la Comisión Oceanográfica Intergubernamental de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Organización Hidrográfica Internacional y otras organizaciones internacionales competentes a fin de intercambiar información científica y técnica que pueda ser útil para el desempeño de sus funciones.

La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos es la organización mediante la cual los Estados Partes en la Convención organizan y controlan las actividades que se llevan a cabo en la Zona, de conformidad con el régimen establecido en la Parte XI y en el Acuerdo, particularmente con miras a la administración de los recursos. La Autoridad cuenta con una Asamblea, un Consejo, una Comisión Jurídica y Técnica, un Comité de Finanzas y una Secretaría. La Asamblea es el órgano supremo, está integrada por todos los Miembros de la

contiene una propuesta de mecanismos para combatir la pesca ilegal y que a la vez encara, como objetivo final, la consolidación de posiciones hegemónicas en la distribución de los recursos vivos del alta mar.

³⁸ *Delimitación Marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh/Myanmar)*, sentencia del 14 de marzo de 2012, párr. 373.

Autoridad y determina la política general de la Organización. El Consejo es el órgano ejecutivo y trabaja sobre la política concreta dentro de los lineamientos establecidos por la Autoridad. La Comisión Jurídica y Técnica es un órgano del Consejo de la Autoridad y está compuesta actualmente por 25 miembros. Entre sus funciones está la de examinar las propuestas de planes de trabajo que se presentan, supervisar las actividades de exploración o extracción de minerales, evaluar el impacto ambiental de tales actividades y asesorar a la Asamblea y al Consejo de la Autoridad en todos los asuntos relacionados con la exploración y explotación de los recursos de la Zona.

La coexistencia de estas dos instituciones con el Tribunal debe ser en pos de la gobernanza del régimen. De esta manera, el TIDM debe estar atento, cuando ejerce sus funciones, de no sobrepasar o inmiscuirse en competencias que le corresponden a la Autoridad o a la Comisión. Asimismo, debe colaborar y asistirles para que estas puedan cumplir con su cometido más eficientemente. Se establece una relación horizontal entre ellas. Así, por ejemplo, una decisión del Tribunal donde declina su competencia sobre una controversia relacionada con la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, no solo fracasaría en resolver una controversia, pero a su vez no sería conducente con el funcionamiento eficiente del régimen.³⁹ Los mismos jueces admiten que sería contrario al objeto y fin de la Convención no resolver el impasse existente en un tema tan importante para los Estados como lo son sus límites marítimos. La inacción del órgano judicial dejaría a las partes en una posición que las incapacitaría de beneficiarse completamente de sus derechos sobre la plataforma continental.⁴⁰

Obviamente, el Tribunal debe actuar con cautela para no traspasar o inmiscuirse en el trabajo y funciones de la Comisión del Límite Exterior de la Plataforma Continental. Concluyó por ello el Tribunal en el diferendo citado, que en orden de cumplir sus responsabilidades bajo la Parte XV de la Convención, tiene la obligación de dictar sentencia sobre la controversia y delimitar la plataforma continental entre las partes más allá de las 200 millas marinas, sin perjuicio del establecimiento del límite exterior de la plataforma a través del procedimiento correspondiente.⁴¹ Con respecto a su relación con la Autoridad, puede apreciarse en el último Capítulo del presente texto, donde se aborda la protección de la Zona y la Opinión Consultiva sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan actividades en dicho espacio marítimo.

³⁹ *Ibidem*, párr. 391.

⁴⁰ *Delimitación Marítima en la Bahía de Bengala*, párr. 392.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 394.

D. Un sistema de solución de controversias exclusivo para el régimen

Este panorama internacional sobre el tema, brevemente expuesto aquí, demuestra la necesidad de contar con mecanismos jurisdiccionales llamados a resolver las disputas que, casi inevitablemente, surgen de la actividad en los océanos. Consecuentemente, el diseño normativo de la Convención es acompañado por un diseño institucional, en particular uno jurisdiccional, destinado a que se respeten y se cumplan las disposiciones del instrumento, respetando sus fines y propósitos. Además, deviene necesario proveer de claridad y previsibilidad a las normas que regulan los océanos. Puede advertirse que el Tribunal ha sido investido de funciones sustanciales y, al mismo tiempo, delicadas, debiendo ejercerlas en un ámbito complejo e interrelacionado.

Los delegados estatales presentes en las reuniones que se desarrollaron durante la Conferencia, tenían distintas visiones sobre como implementar un sistema de arreglo jurisdiccional de controversias. Sus pensamientos, sin duda, estaban dirigidos a que los Estados han sido tradicionalmente reacios a aceptar someter de manera incondicional sus controversias a órganos internacionales cuyas decisiones sean vinculantes, y aquellos que sí la aceptan, tratan de limitar el alcance de la misma. Por esta razón, no era considerado realista requerir que todos los Estados Parte a la Convención accedieran, sin reservas, a someter todas sus controversias que surgieran bajo el instrumento a un único órgano judicial. Por el otro lado, había un reconocimiento general a la necesidad de asegurar que las controversias sobre la interpretación y aplicación de la Convención debían resolverse por medios pacíficos y, en lo posible, a través de medios jurisdiccionales.⁴²

Esta era la situación imperante en 1975, cuando en la reunión de la Conferencia en la ciudad de *Montreux*, nace la fórmula de elección de fuero que lleva su nombre. La solución de controversias era parte de un '*package deal*', diseñado para lograr estabilidad entre intereses contrapuestos tales como los del Estado del pabellón y los Estados ribereños. Mientras había aceptación general de las ventajas de contar con procedimientos obligatorios y vinculantes, había menos acuerdo respecto al fuero. Algunas delegaciones preferían a la Corte, que ya había decidido cuestiones importantes relacionadas con el derecho del mar. Otros apoyaban la creación de un nuevo tribunal permanente que tendría un rol central en la interpretación y aplicación de la Convención. La necesidad de un tribunal especial para las controversias sobre

⁴² MENSAH Thomas, 'The Dispute Settlement Regime of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea', (1998) 3 *MPYUNL*, p. 308.

la exploración y explotación de los fondos marinos, que involucran a personas jurídicas, era ampliamente reconocida. El resultado fue la fórmula de elección del fuero expresada en el Artículo 287, también conocida como la fórmula *Montreux*.⁴³

El profesor Charney, en respuesta a las críticas recibidas a la Parte XV de la Convención, expuso los aspectos centrales del sistema que definen su importancia. Primero sostiene que la flexibilidad propia del sistema permite que los Estados acepten resolver sus controversias por un procedimiento jurisdiccional. Segundo, recuerda que la Corte es uno de los medios que los Estados pueden elegir de acuerdo al Artículo 287 de la Convención, por lo que no es de temer una pérdida de su papel a nivel internacional. El tercer punto se vincula con el derecho aplicable, a sazón de explicar que el Tribunal no puede ignorar al derecho internacional general, y por ende, aislarse del mismo, y de esta manera, convertir a la Convención en un régimen autónomo. El derecho del mar es parte del derecho internacional público, y las controversias se resuelven aplicando el derecho internacional como un todo. Y cuarto, los nuevos fueros creados por la Convención pueden beneficiarse tanto del derecho internacional del mar como del derecho internacional general, fomentando su uso a través de la disponibilidad y adaptabilidad con la que cuentan.⁴⁴

⁴³ ANDERSON David, *Modern Law of the Sea: selected essays* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008) p. 549. Este autor realiza un sucinto racconto de la historia detrás del art. 287. Originalmente, la fórmula *Montreux* preveía 3 fueros, más adelante se añadió el arbitraje especial previsto en el Anexo VIII de la Convención.

⁴⁴ En una famosa editorial publicada en el *American Journal of International Law*, CHARNEY Jonathan, 'The implications of expanding international dispute settlement systems: the 1982 Convention on the Law of the Sea', (1996) 90 (1) *AJIL*, pp. 69–75.

CAPÍTULO II

EL TRIBUNAL EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA CONVENCION

1. Los Atributos del Sistema que Fundamentan su Existencia

Desde un inicio, es esencial tener en claro que los procedimientos de solución de controversias previstos en la Convención forman parte de un sistema, no están aislados, sino interconectados, entrelazados y solo a través de la consideración de ellos como un todo permite comprender el alcance y sentido del sistema. El Tribunal, por lo tanto, constituye una de sus partes, y el hecho de que sea una organización internacional creada por la Convención, no significa necesariamente que tenga un rol preeminente respecto a otros mecanismos. Las virtudes del sistema determinan las posibilidades con las que cuenta el TIDM para ejercer cabalmente su función. Recordemos que en la Convención se manifiestan los diversos intereses en juego respecto al régimen oceánico, que derivó en una serie de compromisos entre los Estados para lograr su adopción. La principal columna ideada para sostener el diseño de la Convención fue, justamente, la aceptación por todo Estado que quisiera ser parte de la misma, de su Parte XV sobre solución de controversias.

Por lo tanto, el sistema de solución de controversias de la Convención se caracteriza por ser flexible, exhaustivo (*comprehensive*) y de fácil aplicación (*user friendly*). Es flexible porque permite a los Estados la opción de elegir entre diferentes fueros para solucionar sus

controversias, exhaustivo ya que en principio todas las controversias relativas a la interpretación y aplicación de la Convención y acuerdos relacionados pueden someterse a este sistema, y de fácil aplicación por la posibilidad de acceso a entidades diferentes a los Estados y su factible utilización. Esto abarca reglas simples, lenguaje claro, guías para presentar escritos, flexibilidad en las decisiones sobre procedimiento donde se tomen en cuenta las opiniones de las partes y, principalmente, la estructura del Tribunal, que puede actuar en pleno o en salas con procedimientos especiales para algunos supuestos. Con la eficiencia en el manejo de los casos se busca que el Tribunal siga procesos efectivos para determinar los hechos y el derecho, que sea justo para las partes, sin dilaciones innecesarias y se utilice la tecnología en los procedimientos. Estas características permiten comprender los alcances y límites del sistema en general, como también los de uno de sus mecanismos: el Tribunal.

A. Primer elemento distintivo del sistema: su flexibilidad

1. Procedimientos voluntarios a elección de las partes

El primer paso consiste en tratar de resolver las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención por medios pacíficos a elección de las partes. Cualquier medio es válido, y lo eligen las partes de común acuerdo.⁴⁵ Sólo cuando no se haya llegado a una solución sobre los medios elegidos y el acuerdo entre las partes no excluya la posibilidad de emplear otro procedimiento, se aplicarán aquellos establecidos en la Parte XV de la Convención, de acuerdo a su Artículo 281. El Artículo 282 dispone que cuando las partes en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de la Convención hayan convenido, en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral o de alguna otra manera, en que dicha controversia se someta, a petición de cualquiera de las partes en ella, a un procedimiento conducente a una decisión obligatoria, dicho procedimiento se aplica en lugar de los previstos en la Parte XV, a menos que las partes convengan en otra cosa. De nuevo, el acuerdo de las partes prima, y las disposiciones de la Convención son supletorias.

Hay una clara interrelación entre estos artículos (280 a 282). En el caso del Atún de Aleta Azul se plantea justamente la coexistencia de dos sistemas de solución de controversias. Australia y Nueva Zelanda alegaban que Japón había emprendido de manera unilateral un programa de pesca experimental de la mencionada especie, y de este modo no había cumplido con las obligaciones previstas en los Artículos 64, 116 y 119 de la Convención relativas a la

⁴⁵ Art. 279 y 280 de la Convención.

conservación de los recursos vivos en el altamar, como tampoco con la Convención para la Conservación del Atún de Aleta Azul de 1993, vigente entre las partes. Japón, en su defensa, sostenía que el sistema de solución de controversias previsto en este último tratado, tenía prioridad sobre aquel de la Convención y por lo tanto lo excluía, en el sentido del Artículo 281 de la Convención.⁴⁶

Esto implicaba en la práctica que, al no haberse satisfecho los requisitos para conferir jurisdicción ya sea al Tribunal o a un arbitraje, se debían reanudar los procedimientos previstos en el tratado regional. El tribunal arbitral constituido, al momento de analizar si tenía competencia sobre la controversia, entendió que el acuerdo regional aplicable excluía otros procedimientos, incluidos los de la Convención.⁴⁷ Por ello, se declaró sin competencia y dejó sin efecto las medidas provisionales que había decretado el Tribunal, que sí había sostenido que, *prima facie*, tenía jurisdicción sobre la controversia el tribunal arbitral. En otras palabras, el tribunal arbitral limitó sustancialmente la competencia de los mecanismos de la Parte XV, tema que se aborda con mayor profundidad en el Capítulo V.

En otro asunto (el caso de la Planta de MOX), el Tribunal entendió que los acuerdos a los que se refiere el Artículo 282 son aquellos que disponen de mecanismos de solución para controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención. Los derechos y obligaciones contenidos en otros tratados, por más similares o idénticos que sean a los previstas en la Convención, tienen una existencia separada de estos últimos. Su interpretación o aplicación podría dar como resultado conclusiones diferentes, teniendo en cuenta el contexto de cada tratado, como su objeto y naturaleza, la práctica subsecuente de las partes al mismo y los trabajos preparatorios a su adopción.⁴⁸ Esto por un lado permitiría ampliar la competencia de los órganos judiciales de la Convención, que no se verían impedidos de conocer en una controversia, a pesar de que esta fuera sometida a otros fueros. Por otro lado,

⁴⁶ *Casos del Atún de Aleta Azul del Sur (Nueva Zelanda v. Japón; Australia v. Japón).*

⁴⁷ El Tribunal Arbitral del caso del Atún de Aleta Azul concluye: '59. *For all these reasons, the Tribunal concludes that Article 16 of the 1993 Convention "exclude[s] any further procedure" within the contemplation of Article 281(1) of UNCLOS.*' En cambio, el Tribunal, al decretar medidas provisionales entiende que: '51. *Considering that the fact that the Convention of 1993 applies between the parties does not exclude their right to invoke the provisions of the Convention on the Law of the Sea in regard to the conservation and management of southern bluefin tuna;*' y '55.... *the fact that the Convention of 1993 applies between the parties does not preclude recourse to the procedures in Part XV, section 2, of the Convention on the Law of the Sea;*'

⁴⁸ *Caso de la Planta de MOX (Irlanda v. Reino Unido)*, medidas provisionales, orden del 3 de diciembre de 2001, párr. 48 a 53. Este fue el razonamiento dado por el Tribunal para otorgarle, *prima facie*, jurisdicción a un tribunal arbitral bajo el Anexo VII, y descartar la aplicación del art. 282 ante la negativa de una de las partes en la controversia, que consideraba que ésta caía dentro de un acuerdo regional, por lo que excluía al sistema de la Convención. Así, el párrafo 52 dice: '*Considering that the Tribunal is of the opinion that, since the dispute before the Annex VII arbitral tribunal concerns the interpretation or application of the Convention and no other agreement, only the dispute settlement procedures under the Convention are relevant to that dispute;*'

se reduce notablemente el ámbito de aplicación del Artículo 282, al exigir el Tribunal que las disposiciones del acuerdo general, regional o bilateral objeto de controversia se vinculen directamente con la interpretación o aplicación de la Convención. Se conoce esta construcción doctrinaria como el ‘paralelismo de tratados’.

Un aspecto novedoso es el previsto en el Artículo 283 de la Convención, que tiene la finalidad de evitar el abuso en el inicio de procedimientos ante mecanismos jurisdiccionales, para que sea la negociación entre las partes la que pueda solucionar la controversia en cuestión. Lo interesante de la disposición es que obliga a las partes, cuando surja una controversia, a intercambiar sin demora opiniones con miras a resolverla mediante negociación u otros medios pacíficos. Asimismo, deben proceder a intercambiar opiniones cuando se haya puesto fin a un procedimiento para la solución de una controversia, sin que ésta haya sido resuelta o cuando se haya llegado a una solución y las circunstancias requieran consultas sobre la forma de llevarla a la práctica. Lejos de considerar a este intercambio como una mera formalidad, por él se intenta facilitar la solución de una disputa sin poner en movimiento los procedimientos arbitrales o judiciales, y las partes deben tomarlo seriamente.⁴⁹ Resaltó el Tribunal que debe existir una controversia para que se aplique el Artículo 283, y su contenido obliga a ambas partes por igual.⁵⁰ Solo cuando una de ellas concluye que las posibilidades de llegar a un acuerdo se han agotado, finaliza la obligación de continuar con el intercambio de opiniones.⁵¹

La conciliación es otro de los procedimientos previstos en la Parte XV. Siempre debe existir el acuerdo de las partes en someter la controversia a este mecanismo. Asimismo, son ellas las que deciden si regirse por las disposiciones del Anexo V a la Convención, o por otras reglas. Si la invitación a conciliar no es aceptada o las partes no convienen en el procedimiento a seguir, se entiende que la conciliación está terminada. Este mecanismo cobra relevancia al momento de tener que aplicar la Sección III de la Parte XV, ya que puede utilizarse al no poder llevarse a un órgano judicial una controversia que verse sobre las materias excluidas de la jurisdicción obligatoria de la Convención. Más abajo en el presente Capítulo, se mencionan la considerable cantidad de materias que están limitadas o excluidas de la competencia del

⁴⁹ Véase la opinión disidente del juez Treves en el *Caso M/V “Louisa” (San Vicente y las Granadinas v. Reino de España)*, medidas provisionales, orden del 23 de diciembre de 2010, en especial el párrafo 10. Como también la Opinión Disidente del juez Wolfrum en el mismo caso, párr. 28, donde estima que en dicha controversia, la norma se dejó sin sentido, al considerar el Tribunal que se había cumplido su cometido, cuando para Wolfrum, el intercambio de notas no reflejaba que las partes consideraran que hubiera una controversia o que la quisieran resolver.

⁵⁰ *Caso concerniente a la recuperación de tierras de Singapur en y alrededor del Estrecho de Johor (Malasia v. Singapur)*, medidas provisionales, orden del 8 de octubre de 2003, párr. 36 y 38.

⁵¹ Caso de la Planta de MOX, párr. 60, caso del ARA Libertad, párr. 70-72, caso del Artic Sunrise, párr. 76 y 77.

TIDM, es por ello que aún cuando sea un medio diplomático de solución de controversias, la conciliación eventualmente podrá verse en demanda por parte de los Estados.

2. *Hacia la jurisdicción obligatoria en el derecho internacional*

De acuerdo al Artículo 286 de la Convención, toda controversia relativa a la interpretación o la aplicación de éste instrumento, cuando no haya sido resuelta siguiendo los pasos explicados en el apartado anterior, se someterá, a petición de cualquiera de las partes, a la corte o tribunal que sea competente de acuerdo a lo dispuesto en la Sección II. El Juez Caminos ha resaltado esta disposición, ya que por su innovación, constituye un importante paso en el desarrollo de esta área del derecho internacional.⁵² A primera vista escaparía al lector que por el solo hecho de ser parte de la Convención, un Estado queda sometido al sistema de solución de controversias, algo no muy común en el derecho internacional. Más allá de los límites y excepciones a la jurisdicción obligatoria, y la compleja interrelación entre los fueros disponibles, es destacable el avance logrado, iniciando una tendencia hacia la jurisdicción obligatoria en el ámbito internacional.

La flexibilidad del sistema se manifiesta en la posibilidad de elección del fuero prevista en el Artículo 287, en el cual se enumeran los cuatro mecanismos posibles para someter las controversias relativas a la Convención. Los Estados deben elegir uno o más de ellos, en caso contrario, la controversia se somete al arbitraje del Anexo VII, que funciona como mecanismo subsidiario. Se presume que el Estado que sea parte en una controversia no comprendida en una declaración en vigor ha aceptado el procedimiento de arbitraje. Si las partes en una controversia han consentido el mismo procedimiento para su solución, ésta sólo podrá ser sometida a ese. En caso de que no hayan aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia, ésta sólo podrá ser sometida al arbitraje ya mencionado. Los cuatro fueros entre los cuales los Estados pueden elegir son:

- a) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar;

⁵² CAMINOS Hugo, 'The International Tribunal for the Law of the Sea: An Overview of its Jurisdictional Procedure', (2006) 5 (1) *LPICT*, p. 13. Ver también a YANKOV Alexander, 'The International Tribunal for the Law of the Sea and the Comprehensive Dispute Settlement System if the Law of the Sea', en RAO Chandrasekhara P. y KHAN Rahmatullah (eds), *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice* (Kluwer Law International, The Hague, 2001), p. 34. WATTS Arthur expresa: 'The generality of states want to become parties to the Convention, for reasons which have nothing to do with the settlement of disputes. But once they have joined, they become subject to the Convention's dispute settlement provisions... they do involve, in the last resort, what may be regarded as a flexible system of compulsory jurisdiction.', en 'Enhancing the Effectiveness of Procedures of International Disputes Settlement', (2001) 5 *MPYUNL*, p. 37. Para profundizar la importancia de contar con una jurisdicción obligatoria en el derecho internacional, véase el persuasivo trabajo de CANÇADO TRINDADE A. A., op. cit., pp. 233-259.

- b) La Corte Internacional de Justicia;
- c) Un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII;
- d) Un tribunal arbitral especial, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican.

Es la prerrogativa de cada Estado Parte de la Convención elegir cuál de estos procedimientos está dispuesto a aceptar para resolver la controversia en la cual puede estar involucrado. Cada Estado puede elegir uno o varios de ellos, siendo libre de optar entre los cuatro fueros previstos. No hay un orden automático de prioridad en cuanto a la intervención de un determinado fuero, siendo la opción de cada Estado otorgarle prioridad a uno en particular. Pero es necesario que se elija aunque sea uno, de lo contrario, se considera que es competente el arbitraje del Anexo VII para entender en la controversia. Del mismo modo, tiene que haber coincidencia entre las partes en una controversia respecto al fuero elegido, como en el orden en que lo han hecho.

3. *La flexibilidad expresada en la estructura del Tribunal*

Ante tantas opciones para los Estados en la elección del fuero al cual recurrir, todo órgano judicial debe tener cualidades y características que lo sitúen en ventaja respecto a los otros. Por ello, que el Tribunal pueda adaptarse a las diferentes necesidades e intereses de las partes es positivo y destacable. En este sentido, el TIDM en un procedimiento puede actuar en pleno con todos sus miembros, o sino a través de salas, cada una con características propias. A su vez, los 21 miembros que lo componen le otorgan mayores visiones y tradiciones jurídicas, y lo que es muy relevante, una más equilibrada representación de todas las regiones geográficas del mundo. Se recuerda que actualmente es uno de los tribunales con mayor cantidad de miembros.

El Estatuto prevé la conformación de distintas clases de salas, siendo la más importante de ellas la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos. De acuerdo al Artículo 15 del Estatuto, el Tribunal puede constituir las salas que considere necesarias para conocer de determinadas categorías de controversias, compuestas de no menos de tres miembros, las cuales configuran la primer clase. Otro tipo de salas son las conocidas como *ad-hoc*, ya que son solicitadas por las partes para una controversia determinada y constituidas con miembros designados por el Tribunal, pero aprobados por las partes. Además, hay una Sala de Procedimiento Sumario, que el Tribunal debe constituir anualmente con cinco de sus miembros, la cual puede oír y fallar controversias en procedimiento sumario. A diferencia de

las otras salas mencionadas, ésta tiene carácter permanente, y no puede obviarse su constitución.⁵³

Especial mención merece la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos, que está concebida como integrante de la estructura del Tribunal, pero a diferencia de las salas de la CIJ o las otras salas del mismo Tribunal, ésta cuenta con ciertas características que la hacen *sui generis* en el derecho internacional. La razón de ser de esta regulación es la necesidad de contar con un ámbito especializado y adaptado para poder atender todas las cuestiones que puedan surgir de la exploración y explotación de la Zona. La misma Sala se ha definido como ‘*a separate judicial body within the Tribunal*’,⁵⁴ encargada con la función exclusiva de interpretar la Parte XI de la Convención y los anexos relevantes, que son la base legal de la organización y administración de las actividades en la Zona. La Sala cuenta con una regulación propia en la Convención, particularmente en los Artículos 186 a 191.

Su constitución es obligatoria para el Tribunal y no facultativa como en el caso de las otras salas.⁵⁵ Asimismo, posee su propio mandato y competencia, diferente de la del Tribunal en pleno, contando con una jurisdicción obligatoria y casi exclusiva con respecto a las controversias que surjan en conexión con las actividades en la Zona.⁵⁶ Está integrada por 11 jueces que son designados por la mayoría de los miembros del Tribunal. El criterio de selección tiene en cuenta que estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo, como las distintas regiones geográficas de manera equitativa. La Asamblea de la AIFM puede adoptar recomendaciones de carácter general respecto de la representación y distribución de dicha composición, siendo un ejemplo de interrelación entre instituciones del régimen.⁵⁷

⁵³ El Tribunal ha constituido una Sala para Controversias sobre Pesquerías, una Sala para Controversias relativas al Medioambiente Marino, ambas desde el 14 de febrero de 1997, y con siete miembros cada una. Y desde el 13 de marzo de 2007 existe la Sala para Controversias de Delimitación Marítima, con ocho miembros. En el caso sobre la Conservación del Pez Espada, las partes pidieron la conformación de una sala *ad-hoc*, compuesta por cinco miembros.

⁵⁴ Párrafo 25 de la *Opinión Consultiva de la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades con respecto a las actividades en la Zona Internacional de los Fondos Marinos*. 1 de febrero de 2011. Sin perjuicio de que a pesar de esa independencia o autonomía con la que cuenta, no deja por ello de ser parte integrante del Tribunal.

⁵⁵ GARCIA GARCIA-REVILLO Miguel, ‘*El Tribunal Internacional del Derecho del Mar: origen, organización y funcionamiento*’ (Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005) p. 177. Asimismo, se admite expresamente la posibilidad de constituir salas *ad-hoc* dentro de esta Sala, Art. 36, Estatuto del Tribunal.

⁵⁶ Art. 187 de la Convención.

⁵⁷ Art. 35, Estatuto del Tribunal.

B. Segundo elemento distintivo: la competencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar

Sin duda que es importante la estructura institucional de un órgano judicial, en especial cuando se habla de eficiencia en el manejo de los casos. Pero el verdadero alcance de la función e influencia de una institución judicial debe analizarse desde las materias en las cuales puede entender (competencia en razón de la materia), de qué manera entiende en ellas (procedimiento contencioso o consultivo y procedimientos especiales), y quien puede acceder a ella (competencia en razón de los sujetos). Si se sostiene que el TIDM es un actor de un régimen con una función de administrar y regular el mismo, es porque, como de manera similar sucede con otros mecanismos jurisdiccionales (Órgano de Apelación de la OMC, CIADI, CEJ), su competencia recae sobre cualquier aspecto de dicho régimen y exclusivamente sobre él, por lo menos en lo que hace a como se aborda el tema o controversia particular.

El Tribunal no tiene jurisdicción automática sobre todas las controversias relativas a la interpretación y aplicación de la Convención. Excepto en los casos específicamente previstos, todas las partes en una controversia deben haberlo aceptado como el fuero al cual recurrir.⁵⁸ Pero sí cuenta con jurisdicción residual en determinados supuestos. Por un lado, el TIDM puede decretar, modificar o revocar medidas provisionales a falta de constitución del tribunal arbitral al cual se le sometió una controversia, si estima *prima facie* que el tribunal a constituirse sería competente y la urgencia de la situación lo amerita. El otro supuesto se refiere a la pronta liberación de buques y sus tripulaciones, en el cual a falta de acuerdo de las partes sobre el fuero al cual someterlo, el Tribunal puede intervenir y decidir en dicho procedimiento.

Puede darse la inusual situación de que una de las partes en una controversia haya elegido al Tribunal como fuero competente, mientras que la otra parte prefiera a la Corte. En cuyo caso, el fuero al cual las partes podrían recurrir sería el arbitraje del Anexo VII, de acuerdo a las disposiciones de la Convención. Es ciertamente peculiar que ambas partes en una controversia se inclinen por un órgano judicial permanente, pero que la misma no pueda ser sometida a éstos, sino a un arbitraje. Sin perjuicio de ello, las partes son libres de acordar

⁵⁸ MENSÁH Thomas, 'The Place of the International Tribunal for the Law of the Sea in the International System for the Peaceful Settlement of Disputes', en RAO Chandrasekhara y KHAN Rahmatullah (eds.), *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice* (Kluwer Law International, The Hague, 2001) p. 24.

en cualquier momento a que fuero recurrir, incluso si ambas hubieran elegido al Tribunal, pueden una vez surgida la controversia elegir otro fuero.⁵⁹

1. *La competencia material del Tribunal*

De acuerdo al Artículo 288 de la Convención, cualquiera de los cuatro mecanismos del sistema es competente para conocer de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación del instrumento, como también para conocer de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de un acuerdo internacional concerniente a los fines de la Convención que se le sometan conforme a ese acuerdo. Mientras que el Artículo 21 del Estatuto establece que la competencia del Tribunal se extiende a todas las controversias y demandas que le sean sometidas de conformidad con la Convención, y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al TIDM. El Artículo 22 del Estatuto expresa que si todas las partes en un tratado ya en vigor que verse sobre las materias objeto de la Convención así lo acuerdan, las controversias relativas a la interpretación o aplicación de ese tratado podrán ser sometidas al Tribunal. Puede apreciarse que no se menciona que el acuerdo se refiera a los fines de la Convención, lo que podría ampliar considerablemente la competencia material a cualquier aspecto de las relaciones internacionales.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que en la controversia debe estar presente su relación con los fines y propósitos de la Convención.⁶⁰ La jurisdicción del Tribunal no está confinada a controversias con respecto a la interpretación o aplicación de la Convención, siendo competente para entender en cualquier controversia relativa a un tratado que le confiera jurisdicción. La única condición estipulada es que el tratado en cuestión debe relacionarse con los propósitos de la Convención. Como un fuero especializado, la jurisdicción del Tribunal está limitada por cuestiones relacionadas con el derecho del mar. No consta ningún asunto sometido al TIDM en el cual la controversia recayera o no estuviera relacionada con el derecho del mar o la Convención.

⁵⁹ De acuerdo al Art. 287, inc. 5 de la Convención.

⁶⁰ Entre otros, MENSAH Thomas, op. cit., p. 30, CAMINOS Hugo, op. cit., p. 14, NELSON Dolliver, 'The International Tribunal for the Law of the Sea: Some Issues', en RAO Chandrasekhara y KHAN Rahmatullah (eds), *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice* (Kluwer Law International, The Hague, 2001), p. 53, VUKAS Budislav, 'The Law of the Sea: selected writings' (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004), p. 9. RAO Chandrasekhara P., 'The International Tribunal for the Law of the Sea: An Evaluation', en ANDO Nisuke MCWHINNEY Edward y WOLFRUM Rüdiger (eds), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* vol. 1 (Kluwer Law International, The Hague, 2002) p. 675. YANKOV Alexander es uno de los pocos que considera la competencia amplia del TIDM, op. cit., p. 44.

Entre los acuerdos internacionales que le confieren algún tipo de jurisdicción al Tribunal, tenemos el Acuerdo para Promover el Cumplimiento de las Medidas Internacionales de Conservación y Ordenación por los Buques Pesqueros que Pescan en Alta Mar de 1993, el Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en la Alta Mar del Pacífico Sudeste del 2000, el Protocolo al Convenio de Londres sobre Vertimiento de 1996, el Acuerdo de Nueva York de 1995, el Acuerdo sobre la Conservación y Gestión de las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios del Océano Pacífico Central y Occidental del 2000, el Convenio sobre la Conservación y Gestión de los Recursos de la pesca en el Océano Atlántico Suroriental de 2001 y la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001. Todos ellos, confirmando lo dicho, guardan relación con los fines de la Convención, al regular a los océanos desde diversas temáticas y posiciones.

a. La competencia específica de la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos

La Sala cuenta con competencia obligatoria y casi exclusiva con respecto a las controversias que surjan en conexión con actividades en la Zona. El Artículo 187 de la Convención dispone que se someten a la misma las siguientes controversias: aquellas entre Estados Partes relativas a la interpretación o aplicación de la Parte XI y de los anexos relevantes; las que involucren a un Estado Parte y la Autoridad en relación a si los actos y decisiones de ésta son conformes con las disposiciones de la Convención; las controversias entre partes contratantes, cuando éstas sean Estados Partes, la Autoridad o la Empresa, las empresas estatales y las personas naturales o jurídicas, que se refieran a la interpretación o aplicación de un contrato o un plan de trabajo; o los actos u omisiones de una parte contratante relacionados con las actividades en la Zona que afecten a la otra parte o menoscaben directamente sus intereses legítimos; las controversias entre la Autoridad y un probable contratista que haya sido patrocinado por un Estado en relación con la denegación de un contrato o con una cuestión jurídica que se suscite en la negociación del mismo; entre la Autoridad y un Estado Parte, una empresa estatal o una persona natural o jurídica patrocinada por un Estado Parte, cuando se alegue que la Autoridad ha incurrido en responsabilidad y toda otra controversia en la cual la Sala sea competente de acuerdo a la Convención.

Cuando se expresa que la competencia de la Sala es casi exclusiva con respecto al régimen de la Zona, es porque el Artículo 188 de la Convención dispone que las controversias a las que se refiere el apartado a) del Artículo 187 (entre Estados Partes relativas a la interpretación o aplicación de la Parte XI y de los anexos relevantes) pueden someterse, cuando lo soliciten las partes, a una sala especial del Tribunal, o a una sala ad hoc de la Sala.

Mientras tanto, la interpretación o aplicación de un contrato puede someterse a un arbitraje comercial internacional en lo relativo al aspecto comercial del mismo, pero si la controversia entraña también una cuestión de interpretación de la Parte XI o de los anexos referentes a ella, con respecto a las actividades en la Zona, la cuestión debe remitirse indefectiblemente a la Sala.

El Artículo 189 de la Convención contiene limitaciones respecto a la competencia de la Sala, vinculadas con el ejercicio, por parte de la AIFM, de sus facultades discrecionales. Así, no puede pronunciarse respecto a la conformidad de las normas, reglamentos o procedimientos de la AIFM con las disposiciones de la Convención, ni declarar su nulidad. Su competencia se limita a determinar si la aplicación de éstas a casos particulares estaría en conflicto con las obligaciones contractuales de las partes en la controversia, o con las derivadas de la Convención. Y a conocer en las reclamaciones relativas a extralimitación en el ejercicio de la competencia o desviación de poder de la Autoridad, así como de las reclamaciones por daños y perjuicios u otras reparaciones que hayan de concederse a la parte interesada en caso de incumplimiento por la otra parte de sus obligaciones contractuales o derivadas de la Convención.

2. La debatida competencia consultiva del Tribunal

Como la Convención y el Estatuto guardan silencio sobre el tema, varios académicos se preguntaron si le estaba vedado al Tribunal ejercer una competencia consultiva.⁶¹ Las dudas se despejaron con la adopción del Reglamento, donde se establece que puede emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas si un acuerdo internacional relacionado con los propósitos de la Convención específicamente contempla tal posibilidad. La solicitud la debe realizar cualquier órgano autorizado por o en conformidad con el acuerdo en cuestión.⁶² El Reglamento adopta esta posición basándose en el Artículo 21 del Estatuto, que establece: ‘La competencia del Tribunal se extenderá a todas las controversias y demandas que le sean sometidas de conformidad con esta Convención y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal.’

Aquí no se establece un deber hacia el Tribunal, sino una facultad, por lo que podría negarse discrecionalmente a emitir una opinión. Otra cuestión que se presenta es discernir el alcance de la expresión ‘cualquier órgano autorizado’, ¿debe ser un órgano internacional, o el

⁶¹ Ver GARCIA GARCIA-REVILLO Miguel, op. cit., p. 571.

⁶² ‘*The Tribunal may give an advisory opinion*’, Art. 138 del Reglamento.

órgano interno de un Estado podría solicitar una opinión? ¿un acuerdo bilateral entre Estados faculta a alguno de sus órganos a solicitar opiniones consultivas?, o por el contrario, ¿la interpretación que debe primar es la de considerar ‘órgano’ al de una Organización Internacional competente, en el marco de un acuerdo multilateral?⁶³ La actual redacción permite una interpretación amplia, pero se participa de la opinión que fue la intención de los redactores del Reglamento establecer una competencia consultiva más restrictiva, en consonancia con aquella de la Corte.

En principio, el Tribunal en pleno no podría emitir opiniones consultivas respecto a las disposiciones de la Convención, al no contemplar ésta dicha facultad, pero por la importancia que podría tener sobre la administración del régimen, sería apropiado interpretar al instrumento de acuerdo a sus propósitos. Piénsese en las cuestiones que se han suscitado en el ámbito de la Comisión del Límite Exterior de la Plataforma Continental respecto a las presentaciones realizadas por los Estados para ampliar este espacio marítimo más allá de las 200 millas marinas. No se corresponde con la finalidad del Tribunal, que éste decline ejercer su función consultiva sobre el contenido de la Convención, ya que de otra manera estaría auto limitándose, impidiendo desarrollar todo su potencial.

a. La competencia consultiva de la Sala

De acuerdo con el Artículo 191 de la Convención, tanto la Asamblea como el Consejo de la Autoridad pueden solicitar a la Sala que emita opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de sus actividades. Al propio tiempo, el Reglamento del Tribunal agrega que la pregunta debe ser precisa.⁶⁴ La Sala tiene que emitir la opinión consultiva con carácter urgente, según dispone la Convención. Asimismo, se contempla la posibilidad de que los jueces tomen medidas apropiadas para acelerar el procedimiento, si en la solicitud expresamente se manifiesta la necesidad de un trámite urgente.⁶⁵

La Convención establece que la Sala tiene una obligación de emitir opiniones consultivas.⁶⁶ Ahora bien, esta disposición debe entenderse en el sentido de que la Sala debe considerar todas las solicitudes que se le presenten. En cambio, no necesariamente tiene la

⁶³ Por ejemplo, el Juez Ndiaye considera que sólo las Organizaciones Internacionales pueden solicitar actualmente opiniones consultivas al Tribunal. Véase NDIAYE Tafsir Malick, ‘The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea’, (2010) 9 (3) *Chinese Journal of International Law*, p 583.

⁶⁴ Art. 131 del Reglamento del Tribunal.

⁶⁵ Art. 132 del Reglamento.

⁶⁶ ‘la Sala de Controversias de los Fondos Marinos emitirá opiniones consultivas’, Art. 191 de la Convención.

obligación de pronunciarse en todos los casos sobre la pregunta solicitada, ya que puede declinar su competencia al no concurrir alguno de los requisitos exigidos por el Artículo 191 de la Convención. Por último, cabe mencionar que pueden llegarse a admitir jueces ad hoc en el procedimiento consultivo, en aquellos casos que la opinión consultiva solicitada a la Sala *‘relates to a legal question pending between two or more parties’*.⁶⁷ Con la primera opinión emitida se advierte claramente la importancia tanto de la Sala como de la faz consultiva para administrar el régimen de los fondos marinos, como se verá en el último Capítulo.

Los alcances de una sentencia suelen, por lo menos indirectamente, exceder a las partes de la controversia. Por ejemplo, cuando una corte internacional decide sobre un diferendo contractual aplicando el derecho al marco fáctico, como consecuencia se promueven las relaciones económicas en general, al establecer pautas de cómo deben aplicarse los contratos y además, haciéndolos cumplir. Una Opinión Consultiva puede tener, por su parte, un alcance amplio, ya que la interpretación que hace del derecho internacional suele ser luego compartida por la mayoría de la comunidad internacional. La Sala ha avanzado en este sentido con la emisión de la Opinión Consultiva, al manifestar en su párrafo 26 que:

‘The advisory jurisdiction is connected with the activities of the Assembly and the Council, the two principal organs of the Authority. The Authority is the international organization established by the Convention in order to “organize and control activities in the Area” (...) In order to exercise its functions properly in accordance with the Convention, the Authority may require the assistance of an independent and impartial judicial body. This is the underlying reason for the advisory jurisdiction of the Chamber. In the exercise of that jurisdiction, the Chamber is part of the system in which the Authority’s organs operate, but its task within that system is to act as an independent and impartial body.’

Entonces, aquí la Sala expresa justamente como su función trasciende de solo otorgar mayor claridad al régimen jurídico de la Zona, sino que influye y pasa a ser un elemento decisivo para las otras instituciones de la Convención. En este sentido, ante la parálisis o limitaciones que puedan tener las otras instituciones del régimen, existe una institución judicial independiente y cuyo radio de acción puede permitir destrabar un impasse político entre los miembros de estas instituciones. No caben dudas de la complejidad que conlleva la implementación del régimen de la Zona dispuesto en la Convención y el Acuerdo sobre la Parte XI, lo que genera la necesidad de que exista un organismo como el TIDM y su Sala especializada, que puedan acompañar la tarea de la Autoridad.

⁶⁷ Art. 130, inc. 2 de la Convención.

3. *Lo que no se puede hacer en Hamburgo*

Las reticencias de algunos Estados en someterse incondicionalmente a un sistema de solución de controversias, se refleja en que en cuestiones donde la soberanía estatal se manifiesta sobre temas sensibles, los Estados decidieron no incluirlas ante los procedimientos obligatorios, y han retenido el derecho a excluirlas del sistema. La diferencia entre las limitaciones y excepciones a la jurisdicción obligatoria radica en que las primeras son automáticas, o sea, que si la controversia encuadra en uno de estos supuestos, queda excluida directamente del sistema. Mientras que las excepciones son facultativas, los Estados deben realizar una declaración expresando su deseo de no aceptar la intervención de uno o varios de los procedimientos de la Sección II para las controversias mencionadas en el Artículo 298 de la Convención. Justamente por constituir restricciones al sistema, deben interpretarse de manera restrictiva.

En el Artículo 297 de la Convención se mencionan las limitaciones. Estas incluyen: las controversias que surjan con motivo de actividades de investigación científica marina, donde se manifieste el ejercicio por el Estado ribereño de un derecho o facultad discrecional de conformidad con el Artículo 246, o la decisión del mismo de ordenar la suspensión o la cesación de un proyecto de investigación de conformidad con el Artículo 253. También se excluyen las controversias que se susciten cuando el Estado que realiza las investigaciones alegue que, en relación con un determinado proyecto, el Estado ribereño no ejerce los derechos que le corresponden en virtud de los Artículos 246 y 253 de la Convención. Estas controversias pueden ser sometidas, a petición de cualquiera de las partes, al procedimiento de conciliación.

Se contemplan también las controversias relativas a las pesquerías en donde se discutan los derechos soberanos del Estado ribereño con respecto a los recursos vivos en la ZEE o al ejercicio de esos derechos, incluidas sus facultades discrecionales para determinar la captura permisible, su capacidad de explotación, la asignación de excedentes a otros Estados y las modalidades y condiciones establecidas en sus leyes y reglamentos de conservación y administración. La controversia se puede someter al procedimiento de conciliación, si así lo solicita cualquiera de las partes en la controversia, cuando se alegue que un Estado ribereño ha incumplido de manera manifiesta su obligación de velar, con medidas adecuadas de conservación y administración, para que la preservación de los recursos vivos de la ZEE no resulte gravemente amenazada. O también cuando se ha negado arbitrariamente a determinar,

a petición de otro Estado, la captura permisible y su capacidad para explotar los recursos vivos con respecto a las poblaciones que ese otro Estado esté interesado en pescar, o a asignar la totalidad o una parte del excedente cuya existencia haya declarado, a un Estado.

En cuanto a las excepciones, se refieren a las controversias concernientes a la delimitación de las zonas marítimas, o las relativas a bahías o títulos históricos. Además, queda excluida toda controversia que entrañe necesariamente el examen concurrente de una controversia no resuelta respecto de la soberanía u otros derechos sobre un territorio continental o insular. También constituyen una excepción las controversias relativas a actividades militares y aquellas respecto de las cuales el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ejerza las funciones que le confiere la Carta de dicha organización.

4. *Toc Toc: ¿puedo acceder al Tribunal?*

Expresión sustancial del desarrollo de la jurisdicción internacional consiste en reconocerles legitimidad procesal a la mayor cantidad posible de sujetos de la comunidad internacional. Entonces, uno de los puntos más importantes y que caracterizan al Tribunal, es la diversidad de los sujetos que pueden acceder a él. Basamento fundamental para el éxito del régimen es que sus actores estén representados y legitimados, ya que sus actos impactan en el régimen, y las decisiones del Tribunal los afectan, además de que implica reconocer el desarrollo en la subjetividad jurídica internacional que hubo en los últimos 50 años.

La Convención, en su Artículo 291, como el Artículo 20 del Estatuto, establecen los sujetos que pueden acceder a la competencia de la institución judicial objeto de esta tesis. Por supuesto que los Estados Parte a la Convención están legitimados, como también lo están aquellas entidades distintas a los Estados, pero sólo en los casos en que ello se disponga expresamente en la Convención, como sucede en la Parte XI, o en relación con toda controversia que sea sometida de conformidad con cualquier otro acuerdo internacional relacionados con los fines y propósitos de la Convención que le confiera competencia al Tribunal.

Cuando se habla de Estado Parte en este contexto, hay que considerar la definición que da la Convención en su Artículo 1: ‘Esta Convención se aplicará *mutatis mutandis* a las entidades mencionadas en los apartados b), c), d), e) y f) del párrafo 1 del artículo 305 que lleguen a ser Partes en la Convención de conformidad con los requisitos pertinentes a cada una de ellas; en esa medida, el término “Estados Partes” se refiere a esas entidades’. O sea, se hace referencia a las organizaciones internacionales y Estados asociados autónomos, de ésta

manera se incluye a la Unión Europea como Estado Parte. Las entidades distintas a los Estados se refieren a personas físicas y jurídicas, empresas comerciales, organizaciones internacionales, o incluso a una ONG, que pueden acceder a la competencia contenciosa de la Sala.⁶⁸

2. La Competencia Especial del Tribunal

La necesidad y consecuente utilidad de contar con un tribunal que pueda recibir e impulsar la solución de controversias que sólo pueden ser resueltas satisfactoriamente si se dan conjuntamente una serie de requisitos, queda demostrada con la pronta liberación de buques y sus tripulaciones. No existió ni existe otra institución judicial internacional con la capacidad de atender eficientemente este tipo de casos. Por otro lado, se ha dado la particularidad de que a través de un procedimiento incidental y, en determinados supuestos, residual como lo son las medidas provisionales, el Tribunal pudo igualmente avanzar decididamente en el cumplimiento de sus funciones. Por ello, y como estos dos procedimientos han constituido la base de la labor judicial del Tribunal hasta el momento, es que amerita profundizarse su regulación, sin perjuicio de que en los capítulos siguientes también se mencionen. En este sentido, es claro que el TIDM está llamado a desempeñar un papel relevante en este tipo de procesos, al ser el único dotado de jurisdicción residual obligatoria y, probablemente, el que reúna en la actualidad mejores condiciones para resolver con celeridad esta clase de controversias.⁶⁹

A. *Pronta liberación de buques y sus tripulaciones*

De acuerdo al Artículo 292 de la Convención, cuando las autoridades de un Estado retengan un buque que enarbole el pabellón de otro Estado y éste alegue que el Estado que procedió a la retención no observó las disposiciones de la Convención respecto a la pronta liberación del buque o de su tripulación una vez constituida fianza razonable u otra garantía financiera, la cuestión puede ser sometida a la corte o tribunal que las partes designen o, a falta de acuerdo

⁶⁸ MENSAH Thomas, op. cit., 'The Dispute Settlement Regime of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea', p. 321.

⁶⁹ Cfr. GARCIA GARCIA-REVILLO Miguel, op. cit., p. 395.

en un plazo de 10 días desde el momento de la retención, a la corte o tribunal que el Estado que haya procedido a la retención haya aceptado, o al Tribunal. La solicitud de liberación del buque o de su tripulación sólo podrá ser formulada por el Estado del pabellón o en su nombre. La corte o tribunal debe decidir sin demora acerca de la solicitud de liberación y sólo conocerá de esa cuestión, sin prejuzgar el fondo de cualquier demanda interpuesta ante un tribunal nacional contra el buque, su propietario o tripulación. Las autoridades del Estado que haya procedido a la retención seguirán siendo competentes para liberar en cualquier momento al buque o a su tripulación. Una vez constituida la fianza u otra garantía financiera determinada por la corte o tribunal, las autoridades del Estado que haya procedido a la retención cumplirán sin demora la decisión relativa a la liberación.

¿Cuáles son las disposiciones de la Convención que contemplan el procedimiento del Artículo 292? El Tribunal, como la mayoría de sus jueces en escritos académicos y doctrinarios concuerdan en interpretarla en un sentido restrictivo, y por ello, solo cuando expresamente se dispone en la Convención, se puede aplicar el procedimiento, y no para cualquier caso donde un buque es retenido. Estos Artículos son el 73 inciso segundo, cuando establece que los buques apresados y sus tripulaciones serán liberados con prontitud, previa constitución de una fianza razonable u otra garantía. El Artículo 226 inciso primero en caso de que la liberación haya sido denegada, el Estado del pabellón podrá procurar la liberación del buque de conformidad con lo dispuesto en la Parte XV. Y hasta cierto punto, por no mencionar expresamente la fianza razonable, el Artículo 220 inciso sexto, cuando exista una prueba objetiva y clara de que un buque que navega en la ZEE o en el mar territorial de un Estado ha cometido, en la ZEE, una infracción que haya tenido como resultado una descarga que cause o amenace causar graves daños a las costas o los intereses del Estado ribereño, o a cualesquiera recursos de su mar territorial o su ZEE, ese Estado podrá iniciar un procedimiento que incluya la retención del buque.⁷⁰

El procedimiento de pronta liberación de buques y sus tripulaciones ha constituido gran parte de la labor judicial del Tribunal hasta el momento. Parte de la explicación a ello está en que este procedimiento no tiene antecedentes en el derecho internacional, habiendo sido diseñado durante el transcurso de la Conferencia, pasando a ser una de las innovaciones

⁷⁰ OXMAN Bernard, [Case Note] *The M/V "Saiga" (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)* ITLOS Case No. 1', (1998) 92 (2) *AJIL*, p. 279 y 280, para el autor solo procede en dos casos, aquellos de los art. 73 y 226. Ver casos Camouco párr. 59, Monte Confurco párr. 63, y Volga párr. 59. Por su parte, ROSENE Shabtai, op. cit., p. 813, solo considera que los art. 73 y 220 permitirían iniciar el procedimiento. CAMINOS Hugo, op. cit. 'The International Tribunal for the Law of the Sea: An Overview of its Jurisdictional Procedure', p. 16, adopta también una posición restrictiva, aunque admite el supuesto del art. 226.

surgidas de la misma.⁷¹ Por otro lado, el Tribunal ha tenido el ‘monopolio’ del mismo, por lo que se puede afirmar que el procedimiento empieza y termina con lo establecido por el órgano judicial con sede en Hamburgo. Ya que si bien cualquiera de los fueros del Artículo 287 puede tener competencia sobre dichos asuntos, el TIDM es el único que cuenta con un Reglamento detallando la manera de hacer efectiva la disposición de la Convención.

Fueron razones principalmente económicas por las que se incluyó en el articulado de la Convención este procedimiento. Los delegados en la Conferencia buscaban que la liberación de los buques fuera realizada prontamente, porque si no el dueño o armador del mismo estaría sujeto a considerables gastos mientras estuviera detenido el buque. Recordemos lo mencionado precedentemente sobre los compromisos efectuados en la Conferencia entre los Estados ribereños por sus derechos sobre la ZEE básicamente y los Estados con importantes flotas pesqueras. Las disposiciones sustantivas sobre el tema no se consideraban suficientes, por lo que se les sumó un remedio procesal ante un tribunal internacional.⁷²

El procedimiento está diseñado para liberar al buque y su tripulación de una detención prolongada por la imposición de fianzas irrazonables en las jurisdicciones internas, o la falta de legislación interna que disponga la liberación luego de la constitución de una fianza razonable, infligiendo pérdidas evitables al dueño del buque y otras personas. Igualmente, protege los intereses del Estado ribereño al disponer la liberación solo bajo la constitución de una fianza razonable u otra garantía financiera y en casos expresamente determinados.⁷³ Entonces, los diversos aspectos de este procedimiento, de acuerdo a como sean interpretados y aplicados, contribuirán en más o en menos, a mantener el balance ínsito en la Convención, y a la vez permitirán cumplir con el objetivo inmediato de la pronta liberación.

El Tribunal debe, en todos los casos, asegurarse que tiene competencia para dictar sentencia. Examina motu proprio la misma si lo considera necesario,⁷⁴ incluso en el caso *Grand Price*, al analizar el estatus registral del buque y sostener que el solicitante no era el Estado del pabellón cuando la solicitud fue sometida, lo hizo sin que las partes lo hubieran planteado en sus memoriales. Otro requisito para que el Tribunal tenga competencia es que las partes no hayan acordado someter la cuestión de la liberación a otra corte o tribunal dentro de los 10

⁷¹ GAO Jianjun, ‘Reasonableness of the bond under Article 292 of the LOS Convention: Practice of the ITLOS’, (2008) 7 (1) *Chinese Journal of International Law*, p. 116.

⁷² ESCHER Anne-Katrin, ‘Release of Vessels and Crews before the International Tribunal for the Law of the Sea’, (2004) 3 (2) *LP ICT*, p. 240.

⁷³ Caso “*Camouco*” (*Panamá v. Francia*), pronta liberación, sentencia del 7 de febrero del 2000, párr. 57 y Caso “*Monte Confurco*” (*Seychelles v. Francia*), pronta liberación, 18 de diciembre de 2000, párr. 70.

⁷⁴ Caso *Camouco*, y Caso “*Grand Price*” (*Belice v. Francia*), pronta liberación, sentencia del 20 de abril de 2001.

días desde el momento de la detención. Ello así ya que aunque la competencia del Tribunal en casos de pronta liberación es obligatoria cuando se dan todas las condiciones expresadas en el Artículo 292, sigue siendo residual, en el sentido de que el Tribunal va a ser competente si las partes no llegan a un acuerdo sobre a donde recurrir. El tercer requisito es que la solicitud debe ser sometida por el Estado del pabellón o una persona o entidad debidamente autorizada en su nombre. El Estado del pabellón a estos efectos, es aquel cuyo pabellón el buque está autorizado a enarbolar al momento de que la solicitud es enviada al Tribunal.

En este punto, el caso más discutido fue el del *Grand Price*. La carga de establecer que Belice era el Estado del pabellón cuando se realizó la solicitud recaía sobre el solicitante. La duda que surgió era si el registro del buque en Belice continuó luego de la expiración de la patente provisional de navegación o si había revivido luego de la pérdida del registro, con efectos desde el 4 de enero de 2001. El Tribunal consideró que los documentos que las Partes le habían proporcionado revelaban contradicciones e inconsistencias en relación con la expiración de la patente provisional de navegación, la cancelación del registro del buque y la suspensión de la cancelación, todo lo cual ocasionaba una duda razonable sobre el status del buque cuando fue presentada la solicitud de liberación.⁷⁵

Por lo tanto, el Tribunal observó que la afirmación de la *International Merchant Marine Registry of Belize* (INMARBE) de que, a pesar de la expiración de la patente de navegación y de la licencia, el buque debía aún ser considerado como registrado en Belice, era insustancial. En opinión del Tribunal, la afirmación de que aún ‘debe ser considerado como’ contenía un elemento de ficción y no proveía base suficiente para afirmar que Belice es el Estado del pabellón del buque para los fines de hacer una presentación bajo el Artículo 292 de la Convención. La documentación presentada no fue suficiente para probar que Belice era el Estado del pabellón cuando se realizó la solicitud, por lo que el Tribunal se declaró sin competencia para entender en el asunto.⁷⁶

En lo que concierne a la admisibilidad de la solicitud del Estado del pabellón en el procedimiento de pronta liberación de buques y sus tripulaciones, la posición consistente y clara del Tribunal es que la solicitud es admisible cuando un Estado que es parte de la Convención alegue que un buque de su pabellón ha sido detenido por otro Estado parte en violación de las disposiciones de la Convención que requieren la pronta liberación del buque

⁷⁵ Caso del *Grand Price*, párr. 76. ARMAS PFIRTER Frida, ‘El caso “Grand Price” ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar’, en DRNAS DE CLEMENT Zlata (coord.), *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro* (Ed. Drnas - Lerner, Córdoba, 2002) p. 410.

⁷⁶ Caso del *Grand Price*, párr. 93. Y ARMAS PFIRTER Frida, ut supra, p. 411.

previa constitución de una fianza razonable u otra garantía financiera. De acuerdo al Tribunal, dicho alegato de no cumplimiento es una condición necesaria para la admisibilidad de la solicitud, asumiendo que la competencia ya ha sido establecida.

Luego, el Tribunal observará si el alegato se encuentra sustanciado. La solicitud será considerada admisible sin importar la razón por la cual el buque no fue liberado. Por ende, es inmaterial si el buque no fue liberado por el Estado que ha procedido a la retención porque no solicitó la constitución de una fianza, o si la fianza proferida en nombre del buque fue rechazada, o porque el Estado que ha procedido a la retención ha solicitado una fianza que el Estado del pabellón considera que no es razonable o aún cuando no ha sido posible que una fianza se constituya, por ejemplo, porque las leyes del Estado que ha procedido a la retención no cuentan con un mecanismo a tal efecto. El Tribunal ha clarificado que no es una condición para la admisibilidad de la solicitud que una fianza haya sido constituida.⁷⁷

Además, no hay un límite de tiempo más allá del cual no sería admisible la solicitud. El plazo de 10 días previsto en la Convención es el tiempo requerido antes de que una solicitud pueda presentarse. No es un tiempo límite después del cual el Estado del pabellón pierde su derecho a invocar la pronta liberación. Sin perjuicio de ello, se ha llamado la atención por algunos jueces del abuso a que esto puede dar lugar. El Tribunal rechazó que se haya producido una suerte de *stoppel* ante la falta de rápido actuar del solicitante, al haber transcurrido más de tres meses desde la detención. El Artículo 292 no requiere que el Estado del pabellón presente una solicitud dentro de un plazo luego de la detención del buque o su tripulación.⁷⁸ El TIDM advirtió que la Convención no dispone un tiempo límite preciso para constituir la fianza. Pero por el fin y propósito del procedimiento, el tiempo debe ser razonable.⁷⁹ En otras palabras, el Estado del pabellón, luego de agotado el plazo previsto en el Artículo 292, tiene el derecho de recurrir al Tribunal, y en principio, no hay un plazo de caducidad. Pero como la finalidad del procedimiento es, justamente, la ‘pronta’ liberación de un buque y su tripulación, la demora excesiva en el ejercicio de sus derechos puede llegar a perjudicar al Estado del pabellón.

⁷⁷ Caso Saiga, párr. 76 y 77.

⁷⁸ MENSAH Thomas, ‘The Tribunal and the Prompt Release of Vessels’, (2007) 22 (3) *The International Journal of Marine and Coastal Law*, p. 433. En la página 434 expresa el autor: ‘It should however be noted that undue delay in making an application could result in a situation in which the Tribunal may find it inappropriate to issue an order for the release of the vessel.’ Caso Camouco párr. 54, Monte Confurco párr. 54, en Tomimaru recuerda el TIDM que el Estado del pabellón debe actuar de manera oportuna, a riesgo de perder la posibilidad de obtener la liberación por el art. 292, párr. 77.

⁷⁹ Caso Hoshinmaru, párr. 80.

El otro punto es que el solicitante tendrá éxito en su solicitud si demuestra que la misma está debidamente fundada. Para ello hay tres condiciones a satisfacer: primero que haya una detención del buque o su tripulación por el Estado que ha procedido a la retención, segundo que la misma esté cubierta por las disposiciones de la Convención que requieren la pronta liberación del buque bajo constitución de una fianza u otra garantía financiera, tercero que el Estado que ha procedido a la retención no haya liberado al buque o su tripulación como lo establece la Convención.⁸⁰ El Tribunal considera apropiado utilizar un enfoque basado en evaluar si los alegatos eran *'arguable or are of a sufficiently plausible character'*, en el sentido de que el Tribunal pueda basarse en ellos para el propósito del Artículo 292.

Las constricciones del procedimiento también se pueden ver en el Artículo 113 del Reglamento, el cual dispone que la decisión del Tribunal determinará si el alegato del solicitante de que el Estado ribereño no ha observado las disposiciones de la Convención con respecto a la pronta liberación del buque o de su tripulación una vez constituida fianza razonable u otra garantía financiera, está bien fundado. Sólo dicho análisis pueden realizar los jueces, toda otra cuestión debe decidirse en un procedimiento sobre los méritos. Y si decide que el alegato está fundado correctamente, el Tribunal fija el monto, naturaleza y forma de la fianza u otra garantía financiera a constituirse para la liberación del buque y tripulación. Por ende, es claro que los jueces deben ejercer con prudencia sus facultades en este procedimiento, ya que no pueden adentrarse en el fondo de la controversia.

B. Medidas provisionales. Resaltando su valor y utilidad

Por otra parte, el Tribunal puede decretar medidas provisionales en base a dos supuestos, de acuerdo al Artículo 290 de la Convención, incisos primero y quinto. El primero se presenta cuando una controversia se ha sometido a una corte o tribunal que, en principio, se estime competente, entonces el TIDM 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. Hasta ahora, en el caso Saiga 2 y en el Louisa se ha utilizado este supuesto, otorgadas en el primero pero rechazadas en el último asunto mencionado. También es de notar la diferencia en los términos utilizados en relación con aquellos del Estatuto de la Corte, el cual autoriza a esta última a indicar, y no prescribir, medidas provisionales para resguardar los derechos de alguna de las partes.

⁸⁰ MENSAH Thomas, op. cit. ut supra, p. 435.

El segundo supuesto establece que hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia, 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 o, con respecto a las actividades en la Zona, la Sala puede decretar, modificar o revocar medidas provisionales si estima, en principio, que el tribunal que se constituya será competente y que la urgencia de la situación así lo requiere. Una vez constituido, el tribunal al que se le sometió la controversia puede modificar, revocar o confirmar esas medidas provisionales. Esto puede parecer un tema menor, pero la práctica ha mostrado la utilidad de contar con esta flexibilidad en el dictado de medidas provisionales, como se puede apreciar en los casos que se mencionan a lo largo del texto.

Es necesario que alguna de las partes solicite el dictado de medidas provisionales, el Tribunal no puede hacerlo motu proprio. Pero si es de fundamental importancia la posibilidad otorgada al TIDM de decretar medidas que sean diferentes, en todo o en parte, de las requeridas por las partes e indicar a éstas que deben hacer para cumplir con cada medida.⁸¹ El Tribunal, a pesar de no decretar las medidas solicitadas por las partes en algunos casos -al no satisfacerse con la probanza de los requisitos en cuestión- aún así decretó medidas, diferentes a las solicitadas por las partes. Esta flexibilidad y lo que podría catalogarse como activismo judicial, le permitieron adoptar medidas con el fin de proteger el medio marino.⁸² Así en los casos de la Planta de MOX y del Estrecho de Johor, las medidas decretadas tuvieron una clara finalidad tuitiva del medio marino, sin dejar de lado los derechos y bienes de las partes.

En el caso de la Planta de MOX expresó el Tribunal que, entre otras razones, como el Reino Unido había asegurado en una audiencia pública que no se iba a transportar material radioactivo adicional desde o hacia Sellafield, no había urgencia para dictar las medidas solicitadas por Irlanda, pero por el deber de cooperación, las partes debían asegurarse que ninguna acción que tomaran podía agravar o ampliar la controversia.⁸³ En el caso del Estrecho de Johor sucedió que Malasia solicitaba medidas en base a la protección de derechos relacionados con la preservación del medio marino, y acceso marítimo a sus costas, pero la evidencia que presentó no mostraba urgencia o riesgo que la zona del mar territorial sufra un

⁸¹ Reglamento del Tribunal, art. 89, inc. 5. *'When a request for provisional measures has been made, the Tribunal may prescribe measures different in whole or in part from those requested and indicate the parties which are to take or to comply with each measure.'*

⁸² En su Opinión Separada en el caso de la Planta de MOX, el Juez Mensah confirma la primacía en la protección del medio marino al momento de decretar medidas provisionales, al expresar: *'...the evidence before the Tribunal does not suffice to show either that irreversible prejudice might occur to any rights of Ireland or that serious harm to the marine environment might occur, solely as a result of the commissioning of the MOX plant, in the period between now and the constitution of the Annex VII arbitral tribunal.'*, p 3.

⁸³ Caso de la Planta de MOX, párr. 78 y 85.

daño irreversible.⁸⁴ El Tribunal decretó igualmente medidas basadas en el deber de cooperación, que eran receptivas de la problemática ambiental.

Comentando sobre el caso Saiga, un ex Juez del Tribunal afirmó que las medidas decretadas por éste fueron diferentes a las solicitadas por las partes, en especial en lo relacionado al propietario o armador del buque.⁸⁵ Así, como el buque y su tripulación habían sido liberados, una medida provisional con dicho objeto no hubiera tenido sentido. Pero los derechos del solicitante no habrían estado totalmente preservados si, estando pendiente la decisión de fondo, el buque, su tripulación, el dueño o armador fueran sujetos a medidas judiciales o administrativas en conexión con los incidentes que llevaron a su detención, arresto, posterior procesamiento y condena del capitán.⁸⁶ SVG había solicitado que Guinea liberara al buque y su tripulación, y suspendiera la ejecución de sentencias en el ámbito interno.

El TIDM decretó que Guinea debía abstenerse de tomar o hacer cumplir medidas judiciales o administrativas contra el buque M/V Saiga, su capitán u otros miembros de la tripulación, dueños o armadores.⁸⁷ Recomendó asimismo el Tribunal que las partes buscaran un acuerdo hasta que se pudiera llegar a la sentencia sobre el fondo de la controversia, y que no tomaran medidas que pudieran agravar o extender la controversia. Las medidas entonces, solo se relacionaban a una posible medida judicial o administrativa relacionada con el arresto y detención del buque y posterior procesamiento y condena del capitán.⁸⁸ En virtud de esto, las partes efectivamente intercambiaron opiniones y negociaron entre sí luego de que estas medidas entraran en vigencia, facilitado todo esto por los buenos oficios prestados por el Presidente del Tribunal.⁸⁹

En el caso del ARA Libertad, el TIDM actuó como un eficaz difusor de los desencuentros y diferencias de las partes. La interacción y aplicación de la Parte XV se aprecia

⁸⁴ *Caso concerniente a la recuperación de tierras de Singapur en y alrededor del Estrecho de Johor (Malasia v. Singapur)*, medidas provisionales, orden del 8 de octubre de 2003, párr. 72.

⁸⁵ RAO Chandrasekhara P., 'TLOS: The First Six Years', (2002) 6 *MPYUNL*, p. 240. Además el Juez Warioba en su Declaración adjunta a la Orden en el caso Saiga: *'For understandable reasons the Tribunal has declined to prescribe a provisional measure on the request for the release of the vessel. But it has gone ahead and prescribed a measure on the other two far beyond the request of the Applicant....'*, p. 1.

⁸⁶ Caso Saiga, Orden de medidas provisionales, párr. 40 y 41.

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 52.

⁸⁸ Opinión Separada del Juez Laing a la Orden de medidas provisionales en el caso Saiga 2, párr. 37.

⁸⁹ CHAKRABORTY Anshuman, *'Dispute Settlement Under the United Nations Convention on the Law of the Sea and its Role in Oceans Governance'* (Faculty of Law Victoria University of Wellington, Nueva Zelanda, 2006), disponible en <http://researcharchive.vuw.ac.nz>, p. 122.

también de manera positiva. En especial, durante la etapa de negociación, y ante la falta de avance de la misma, una de las partes consideró agotada la posibilidad de llegar a un acuerdo, por lo que decidió utilizar un medio jurisdiccional para hacer valer sus derechos. En su entendimiento, la espera en que se constituyera un tribunal arbitral y se encontrara en condiciones de dictar medidas provisionales, perjudicaba de manera irremediable sus derechos. Y aquí aparece el Tribunal, con su competencia residual, como un fuero disponible y capaz de resolver una situación urgente, que podía devenir en un indeseado distanciamiento entre dos Estados.

Como fundamento de la Orden, los jueces entendieron que los intentos de las autoridades ghanesas de abordar el buque y moverlo por la fuerza, sin la autorización del Comandante, y la posibilidad que esas acciones se repitieran, demostraban la gravedad de la situación y la necesidad de medidas urgentes hasta que se constituyera el tribunal arbitral.⁹⁰ Por ello, decidió que Ghana debía liberar sin condiciones a la Fragata ARA Libertad, asegurarse que la misma, su Capitán y tripulación pudieran dejar el puerto de Tema y las zonas marítimas bajo jurisdicción de Ghana, y que fuera reabastecida para tal fin.⁹¹ El buque fue liberado sin objeciones ni impedimentos por parte de Ghana, cuando Argentina lo requirió.

Nuevamente, en un caso sometido al TIDM, se presenta con claridad la interdependencia de las relaciones jurídicas internacionales, donde los actos de los Estados como sujetos de derecho internacional, por regla general, no son acciones aisladas, sino que suelen impactar en diversas áreas de las relaciones internacionales. Verbigracia, una controversia que se sometió a un tribunal arbitral para que resuelva los méritos, pero que un incidente en el proceso, como lo son las medidas provisionales, es tratado por el Tribunal. Por cierto, podría denominarse una medida cuasi auto satisfactiva, pues la pretensión más buscada por Argentina era la liberación del buque. A su vez, el caso genera jurisprudencia, confirmando una norma del derecho internacional general que impide el embargo de buques de guerra, protegidos por la inmunidad de los bienes de Estado.

Si bien en principio, el respeto a la soberanía estatal parece ser el fundamento o postura en la cual se sustenta exclusivamente la decisión del Tribunal, debe remarcar también la protección del régimen que llevan a cabo los jueces. Esto es así, ya que las normas alegadas como vulneradas durante el procedimiento, son de fundamental importancia para el sostenimiento del régimen de los océanos, tal como destaca el Juez Paik en el párrafo 2 de su Declaración adjunta a la Orden: “... *This right is clearly established in international law, and, in fact,*

⁹⁰ Caso del ARA Libertad, párr. 99 de la Orden de medidas provisionales.

⁹¹ *Ibidem*, párrafo 108.

constitutes one of the most important pillars of the ordre public of the oceans.” Queda claro que la *raison d'être* del Tribunal excede el análisis meramente cuantitativo de ciertos elementos del mismo, y solo una perspectiva multifuncional permite comprender la profundidad y complejidad detrás de una institución judicial internacional.

Deviene interesante lo decidido por los jueces en el caso del ‘Arctic Sunrise’, ya que en el mismo, y a través del instituto de medidas provisionales, se ordenó la liberación del buque y su tripulación, previa constitución de una fianza u otra garantía financiera por 3.600.000 euros. Por un lado, es la primera vez que se ordena la liberación de un buque bajo fianza como medida provisional. Por otro lado, y atento a los restrictivos supuestos de aplicación del Artículo 292, se confirma que los Estados pueden obtener por otro procedimiento, un resultado muy similar al del instituto de la pronta liberación de sus buques y tripulaciones. Con dos importantes aclaraciones: en el caso mencionado, el TIDM no incluye el concepto de razonabilidad en la fianza, y nuevamente omite aclarar los factores que tuvo en cuenta para llegar al monto de la fianza a constituirse.

CAPÍTULO III

LA COEXISTENCIA DEL TRIBUNAL CON LOS FUEROS DEL SISTEMA

1. La Necesaria Coexistencia de los Fueros del Sistema

Son varias las razones que ayudan a explicar porque los Estados y otros sujetos de la comunidad internacional pueden preferir la disponibilidad de una variedad de tribunales internacionales para resolver sus controversias, en contraste a una única jurisdicción. Estas incluyen, entre otras: la posibilidad de mantener el secreto o reserva en las cuestiones que se ventilan durante el procedimiento, el control por las partes en la elección de los miembros que componen el órgano que decidirá la controversia, la opción de constituir paneles con especialidad en algún área del derecho internacional o región geográfica, evitar la intervención de terceros Estados en el proceso, lo que se logra en los arbitrajes ad-hoc, y existencia de fueros que permitan resolver controversias con entidades no estatales como partes.

El Tribunal fue concebido para llenar una demanda que era real en su momento y actualmente lo es con mayor razón, y a través del desarrollo de su jurisprudencia ha tenido la oportunidad de responder a sus detractores. El sistema de la Convención le otorga competencia a cuatro fueros, la de tres de ellos es idéntica, el restante cuenta con una específica. Una rica relación se genera entre ellos, siendo el ámbito ideal para que se produzcan los efectos negativos de la incorrectamente llamada ‘proliferación’ de tribunales internacionales. La interrelación de los mecanismos de la Parte XV es esencial para el

funcionamiento adecuado del sistema. Por ende, la manera más adecuada para descartar estos argumentos, es analizar lo que ha sucedido en estos poco más de 15 años de vigencia del sistema.

A. Conviviendo con el arbitraje

Son dos las clases de arbitraje contemplados en la Convención, conocidos por el Anexo que regula a cada uno de ellos. Existe el arbitraje que puede funcionar como mecanismo independiente o subsidiario a la falta de acuerdo de las partes en la elección de un fuero, o por defecto si las partes lo han elegido como primera opción, detallado en el Anexo VII. Y a su vez se crea un arbitraje especial por su competencia en razón de la materia, limitada a cuestiones específicas, regulado en el Anexo VIII. Puede decirse que ambos comparten muchas características, por lo que se mencionan solo las más relevantes de cada uno. Según la información disponible a la fecha, se han constituido diez tribunales arbitrales, todos ellos en el marco del Anexo VII.⁹²

Respecto al primero, el tribunal arbitral estará integrado en principio por cinco miembros, a menos que las partes acuerden otra conformación.⁹³ Los árbitros se designan de una lista que el Secretario General de las Naciones Unidas confecciona, en la cual cada Estado Parte de la Convención tiene derecho a designar cuatro árbitros, quienes deben ser personas con experiencia en asuntos marítimos que gocen de la más alta reputación por su

⁹² Estos son: *Caso del Atún de Aleta Azul del Sur* (Nueva Zelanda v. Japón, Australia v. Japón), laudo sobre admisibilidad y jurisdicción del 4 de agosto de 2000, *Caso concerniente a la recuperación de tierras de Singapur en y alrededor del Estrecho de Jobor* (Malasia v. Singapur), laudo del 1 de septiembre de 2005, *Delimitación Marítima* (Barbados v. Trinidad y Tobago), laudo del 11 de abril de 2006, *Delimitación Marítima* (Guyana y Suriname), laudo del 17 de septiembre de 2007, *Caso de la Planta de MOX* (Irlanda v. Reino Unido), terminación de procedimientos el 6 de junio de 2008, *Delimitación Marítima* (Bangladesh v. India), iniciado el 8 de de 2009, pendiente de laudo todavía, la controversia por el 'Área Marina Protegida' (Mauricio v. Reino Unido), iniciado el 20 de diciembre de 2010, pendiente, el *Caso "ARA Libertad"* (Argentina v. Ghana), iniciado el 30 de octubre de 2012, pendiente, *Derechos Marítimos sobre el South China Sea*, (Filipinas v. China), del 21 de enero de 2013, pendiente y el *Caso Artic Sunrise* (Holanda v. Federación Rusa), pendiente. Seis de estos arbitrajes han utilizado las facilidades otorgadas por la Corte Permanente de Arbitraje, mientras que en el *Caso del Atún de Aleta Azul del Sur* se utilizó la Secretaría del CIADI. Esto muestra una clara preferencia de los Estados en contar con secretarías y personal con experiencia en arbitrajes, como en reglas procedimentales que permitan un correcto desarrollo del procedimiento.

⁹³ Art. 3, Anexo VII de la Convención. Si las partes no pueden llegar a un acuerdo para designar a los miembros del tribunal arbitral o su Presidente, estas elecciones serán realizadas por el Presidente del Tribunal cuando una de las partes lo solicite, en consulta con ellas. La primera vez que se realizó fue el 10 de octubre de 2003 en el arbitraje en el '*Caso concerniente a la recuperación de tierras de Singapur en y alrededor del Estrecho de Jobor*'. La segunda vez que sucedió fue en la delimitación marítima entre Bangladesh y Myanmar. La tercera, el 25 de marzo de 2011, cuando en la controversia entre Mauricio y el Reino Unido concerniente a la '*Área Marina Protegida*' en el Archipiélago de Chagos, el Presidente Jesus designo a los tres árbitros del tribunal. La cuarta fue solicitada por Argentina en el *Caso "ARA Libertad"*.

imparcialidad, competencia e integridad.⁹⁴ Salvo que las partes en la controversia acuerden algo distinto, el tribunal arbitral fija su propio procedimiento, garantizando a cada una de las partes plena oportunidad de ser oída y de hacer la defensa de su caso.⁹⁵

En cuanto al arbitraje del Anexo VIII, su principal diferencia radica en que el tribunal es competente para entender en controversias sobre la interpretación o la aplicación de los Artículos de la Convención relativos a: 1) pesquerías, 2) protección y preservación del medio marino, 3) investigación científica marina y 4) navegación, incluida la contaminación causada por buques y por vertimiento.⁹⁶ Existe una lista de expertos en cada una de las materias objeto de este arbitraje, siendo la cantidad de miembros igual al arbitraje del Anexo VII.⁹⁷ Otro aspecto novedoso es el previsto en el Artículo 5 del Anexo VIII, ya que las partes pueden convenir en solicitar que el tribunal arbitral realice una investigación y determine los hechos que hayan originado la controversia. Cuando todas las partes en la controversia lo soliciten, el tribunal arbitral especial puede formular recomendaciones que, sin tener fuerza vinculante, sirvan de base para que las partes examinen las cuestiones que hayan dado origen a la controversia.

Es interesante resaltar que, a pesar de los acuerdos firmados por las partes, a través de los cuales sometían sus controversias a un arbitraje, con posterioridad decidieron recurrir al Tribunal en detrimento de un tribunal arbitral. Aquí se manifiesta el problema de que solo 45 de los 162 Estados parte a la Convención han realizado la declaración de elección de fuero, y de esos 45, 33 de ellos eligiendo al Tribunal como fuero de referencia. Por ejemplo, el caso Saiga 2 fue inicialmente sometido a un arbitraje por SVG, pero luego de un acuerdo con Guinea, se transfirió al Tribunal. De manera similar sucedió con el caso de la Conservación del Pez Espada, en este caso, Chile sometió su disputa con la entonces denominada Comunidad Europea a un arbitraje bajo el Anexo VII, pero luego de negociar con ella, el caso se transfirió a una sala del Tribunal.

Las puertas siempre abiertas de un órgano judicial permanente, con procedimientos preestablecidos, facilita e influye en las partes en una controversia a inclinarse por someterla finalmente a este y no a un arbitraje que puede llegar a ser igual de costoso, pero más complicado de impulsar, vgr. piénsese en la elección de los árbitros. Tomó nota de esto Bangladesh, cuando inició el procedimiento arbitral bajo el Anexo VII contra Myanmar, pero

⁹⁴ Art. 2 del Anexo VII a la Convención.

⁹⁵ Art. 5 del Anexo VII.

⁹⁶ Art. 1 del Anexo VIII a la Convención.

⁹⁷ Art. 2 del Anexo VIII.

al mismo tiempo notificó al Tribunal sobre las declaraciones de ambos Estados aceptando la competencia del TIDM, de acuerdo al Artículo 287 de la Convención. Lo mismo sucedió en el caso del buque Virginia, sometida inicialmente al arbitraje del Anexo VII, para luego ambas partes en la controversia acordar transferir la misma a la órbita del Tribunal.

Las respuestas de los tribunales arbitrales tampoco fueron destacables en términos jurídicos o de gran utilidad para las partes, en muchos casos sin dar una solución a la controversia que le plantearon. En los asuntos del Atún de Aleta Azul del Sur, el fondo del asunto es sometido a un tribunal arbitral, el cual se declara sin jurisdicción para entender en el mismo, por ende, no dando una solución a la controversia. Luego las partes llegan, tras negociaciones impulsadas por el Tribunal, a establecer un TAC y avanzar en otras cuestiones que formaban parte de sus pretensiones. En el caso del Estrecho Johor, las partes, a pesar de que la controversia estaba sometida a un arbitraje, adoptaron un tratado que puso fin, en base a lo señalado por el TIDM, a la controversia que había suscitado el inicio de los procedimientos. En el caso de la Planta de MOX, intervienen, además del Tribunal, la CEJ y dos tribunales arbitrales. Uno de estos no se pronuncia sobre el fondo por deferencia hacia la CEJ, suspendiendo los procedimientos, a lo cual las partes tuvieron que negociar y avanzar en sus relaciones con los lineamientos provistos por el Tribunal.

A diferencia del arbitraje, el Tribunal es un recordatorio del valor de la jurisdicción obligatoria, al alentar la reconciliación, como en el asunto del Chaisiri Reefer, caso discontinuado tras el acuerdo de las partes sobre sus respectivas pretensiones. En el caso de la Conservación del Pez Espada, aunque los procedimientos se suspendieron y eventualmente se retiró el caso, se destaca que es el primer contencioso entre un Estado y una organización internacional llevado a un tribunal internacional, exceptuando el ámbito de la OMC y la misma CEJ, como una demostración de la flexibilidad del sistema. Esto muestra por un lado, la valiosa existencia del Tribunal y poder contar con un órgano judicial permanente. Por otro lado, a pesar de ser el mecanismo por defecto de acuerdo a la Convención, el arbitraje no ha logrado primar por sobre el Tribunal. Y más notorio aún, han fallado en dar una respuesta adecuada a las partes. Se resaltó que varios procedimientos arbitrales se iniciaron por la falta de declaración de elección de fuero, lo que habría permitido recurrir directamente al Tribunal. Las ventajas del arbitraje sobre un órgano judicial permanente son conocidas, pero el Tribunal aparece para los Estados como una opción válida y principal.

B. *La relación entre el Tribunal y la Corte Internacional de Justicia*

La coexistencia de órganos judiciales internacionales con una competencia que en algunos puntos se solapa no es una rareza en el derecho internacional. En lo que motiva el presente estudio, la creación del Tribunal estando vigente la CIJ se debe, por un lado, a la desconfianza de los Estados hacia la Corte durante la década de 1960, período en el cual algunas de sus sentencias lejos estuvieron de conformar a los Estados de reciente independencia,⁹⁸ lo que generó una de las etapas con menor actividad judicial por parte de la CIJ. Además, era ya sabido que uno de los principales órganos de Naciones Unidas, con su actual Estatuto, Reglamento, Reglas de Procedimiento y alcance de su competencia, en especial la personal, no iba a poder recibir las controversias que pudieran surgir relacionadas con las actividades en la Zona Internacional de los Fondos Marinos.

¿Qué futuro le deparaba a la Corte el tener que convivir con un tribunal permanente, acostumbrada a la exclusividad y soledad, máxime siendo el principal órgano judicial de la Organización de Naciones Unidas?, ¿Era necesario crear un órgano judicial especializado, con todo el movimiento de recursos que implica, para entender en controversias sobre el derecho del mar? Estas preguntas estaban presentes entre aquellos que temían, por un lado, ver el fin del *ancien regime* surgido a principios del siglo XX, y por el otro, asistir al comienzo de la fragmentación del derecho internacional y la pérdida de unidad del mismo, por cierto, hipótesis no demostrada todavía.⁹⁹ Por ello, la ex Jueza de la CIJ, Rosalyn Higgins, al referirse a si la Corte debería emitir opiniones consultivas a otros tribunales sobre temas de derecho internacional, expresa su desacuerdo ya que esto *'seeks to re-establish the old order of things and ignores the very reasons that have occasioned the new decentralisation.'*¹⁰⁰

Esto nos lleva a recordar que ni la Carta de Naciones Unidas, ni el Estatuto de la CIJ o norma alguna del derecho internacional, le otorgan a ella un monopolio sobre las controversias entre Estados. Además, los demás órganos judiciales internacionales no están de ningún modo subordinados a la Corte, o siquiera obligados por sus decisiones.¹⁰¹ La Corte y el Tribunal no están formalmente relacionados entre ellos, no existen acuerdos de cooperación y son independientes, por lo menos desde el punto de vista institucional. Se considera, eso sí, que al momento de ejercer sus funciones jurisdiccionales, estos órganos deben estar

⁹⁸ En especial la decisión de los miembros de la Corte recaída en *'South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) Second Phase'*, Judgment of 18 July 1966.

⁹⁹ FLEISCHHAUER Carl-August, 'The Relationship Between the International Court of Justice and the Newly Created International Tribunal for the Law of the Sea in Hamburg', (1997) 2 *MPYUNL*, p. 328.

¹⁰⁰ HIGGINS Rosalyn, 'Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom', (2001) 50 (1) *ICLQ*, p. 122.

¹⁰¹ FLEISCHHAUER Carl-August, *op. cit.*, p. 329.

conscientes uno del otro, y necesitan entablar un ‘diálogo’ a través de sus decisiones, utilizando mutuamente su jurisprudencia. Desde un primer momento, puede apreciarse de la lectura de las decisiones del Tribunal una clara noción de evitar conflictos con la CIJ y de la misma manera, legitimarse al aplicar el mismo derecho que la autoridad máxima en derecho internacional de Naciones Unidas.

En vistas de determinar cómo es la relación entre ambas instituciones, cabe mencionar que la CIJ tiene competencia contenciosa para resolver cualquier controversia sobre derecho internacional y competencia consultiva para emitir opiniones solicitadas por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad o por los órganos autorizados por la Asamblea. El Tribunal, en cambio, tiene competencia contenciosa en controversias cuyo objeto se relacione al derecho del mar, ya sea a través de la Convención o por acuerdos relacionados con los fines de ésta. Y puede emitir opiniones consultivas solo si un acuerdo prevé expresamente dicha posibilidad, teniendo en cuenta que la Convención guarda silencio respecto al tema, y sólo regula la competencia consultiva de la Sala.

O sea, la competencia material de estos órganos coincide parcialmente, pero luego difiere notoriamente. La competencia de la Corte es, al mismo tiempo, más amplia y estrecha que la del Tribunal. Es más amplia por que comprende controversias entre Estados en todas las áreas del derecho internacional, mientras que la del Tribunal se limita a las que surjan de la Convención o instrumentos relacionados. Pero en parte es más estrecha, ya que el Tribunal puede entender en controversias de derecho del mar que difícilmente puedan someterse a la Corte, entre ellas la pronta liberación de buques y sus tripulaciones y las relacionadas con la Zona Internacional de los Fondos Marinos.¹⁰²

En razón de la competencia personal, sólo los Estados pueden presentarse ante la faz contenciosa de la Corte, y unos pocos órganos internacionales respecto a la solicitud de opiniones consultivas.¹⁰³ El Tribunal cuenta, en este aspecto, con una competencia más amplia. La Convención, en su Artículo 291, como el Artículo 20 del Estatuto establece los sujetos que pueden acceder a la faz contenciosa del Tribunal. Estos son, los Estados Parte a la Convención, como también aquellas entidades distintas a los Estados en determinados casos. Cuando se habla de Estado Parte, hay que considerar la definición que da la Convención en el Artículo 1, donde se incluyen básicamente a las organizaciones internacionales y Estados asociados autónomos, lo que permite que la Unión Europea sean consideradas como parte en

¹⁰² *Ibidem*, p. 330.

¹⁰³ Artículo 96 de la Carta de Naciones Unidas, art. 34 y 65 del Estatuto de la CIJ.

la Convención.¹⁰⁴ Ante la Sala, pueden comparecer también las personas físicas y jurídicas, entre ellas empresas comerciales y consorcios, como también la AIFM.

La existencia del Tribunal se justifica en este sentido ampliamente, si consideramos que en las controversias relativas a la Zona, es probable que haya partes en la misma que no sean Estados, y que el objeto del diferendo sea de una complejidad, especificidad e incluso con aristas no jurídicas, donde se requiera para su solución el conocimiento de otras ciencias. La Corte en estas controversias se encuentra en desventaja, al tener una competencia personal limitada, con un procedimiento anacrónico y sin los recursos humanos especializados con los que sí cuenta el Tribunal. En otras áreas del derecho internacional si es posible encontrar un solapamiento de la competencia, básicamente, las controversias entre Estados por la interpretación y aplicación de la Convención, o las concernientes a delimitaciones marítimas, en las cuáles la Corte tiene una vasta experiencia.¹⁰⁵

No hay duda de que la jurisdicción de la CIJ puede incluir casos concernientes a la interpretación o aplicación de la Convención. Sin embargo, el conflicto entre estos organismos es más teórico que práctico, ya que someter un mismo caso a ambos no es posible. Piénsese que cuando una controversia se somete por notificación o acuerdo especial, las partes van a informar a la Corte o el Tribunal de la misma, y la jurisdicción potencial del organismo al cual no se le sometió el caso deviene irrelevante. Desde la perspectiva de las partes, sin embargo, la elección entre estos dos órganos judiciales si es relevante. En la negociación que lleva a un acuerdo especial, el problema de elección del fuero va a tomar una dimensión que va más allá del usual dilema de elegir entre un arbitraje o la Corte. Esta nueva dimensión es la elección entre dos órganos judiciales permanentes con características diferentes.¹⁰⁶

Ilustra el Juez Treves a este respecto que el Artículo 282 de la Convención es un mecanismo que eficientemente previene el *forum shopping* como también la litispendencia, preguntas que podrían seguir del conflicto de elección hecho por las partes. Se favorece a cualquier mecanismo de solución de controversias que es vinculante para las partes en la controversia, a las expensas tanto del Tribunal como de otro órgano de solución de controversias con jurisdicción obligatoria bajo el Artículo 287 de la Convención. Si las partes acordaron previamente conferir jurisdicción a un órgano en particular, entonces ninguna de

¹⁰⁴ En el caso de la Conservación del Pez Espada, la Unión Europea aparece como parte en una controversia ante el Tribunal.

¹⁰⁵ FLEISCHHAUER Carl-August, op. cit., p. 332.

¹⁰⁶ TREVES Tulio, 'Conflicts Between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice', (1999) 31 (4) *N.Y.U.J. INT'L L. & POL.*, p. 811.

ellas puede objetar la competencia del mismo en base a argumentar que la jurisdicción pertenece a la corte o tribunal competente de acuerdo a la Parte XV.¹⁰⁷

Desde la entrada en vigor de la Convención, la CIJ continuó entendiendo en asuntos relativos a materias en las cuales el Tribunal también tiene competencia. Adoptando un criterio amplio en cuanto a los casos a mencionar, se aprecia que la Corte recibió en el período 1994-2011, diez controversias relacionadas con el derecho del mar. La mayoría de ellas versaba sobre la delimitación de límites y zonas marítimas, y una minoría sobre temas de pesca y caza de mamíferos.¹⁰⁸ O sea, la Corte retuvo su competencia y trabajo en los casos en los que históricamente intervino, i.e. delimitaciones marítimas. Pero prácticamente no ha recibido asuntos vinculados a los nuevos temas del derecho del mar, léase pronta liberación, protección del medio marino, la Zona y actividades en ella, entre otros.

El Tribunal cuantitativamente ha recibido más asuntos, primordialmente de pronta liberación de buques y sus tripulaciones, responsabilidades por actividades en la Zona, temas vinculados a la protección del medio marino y la conservación de recursos marinos. En este sentido, se puede afirmar que la existencia del TIDM no menoscabó ni disminuyó el trabajo de la Corte, que vive el período más activo de su historia. En otras palabras, ambos órganos se han complementando. Sólo recientemente el Tribunal entendió en una controversia sobre delimitación marítima, en cuya sentencia al considerar la cuestión de si las minutas acordadas en 1974 por las partes constituían un acuerdo, el Tribunal utiliza decisiones de la CIJ (*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*), como también lo hace en todo los temas que surgen de la delimitación, citando a la CIJ y a tribunales arbitrales, (*Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*).

Es más, en el párrafo 226 de la sentencia en el caso de la delimitación marítima entre Bangladesh y Myanmar, el TIDM manifestó que las cortes y tribunales internacionales han desarrollado un cuerpo de jurisprudencia en delimitación marítima que ha reducido los elementos de subjetividad e incertidumbre en la determinación de los límites marítimos y en la elección de los métodos empleados a tal fin. Consecuentemente, los jueces no ven obstáculo

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 812.

¹⁰⁸ Los casos son: ‘*Fisheries jurisdiction*’, ‘Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the *Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*’ (*Cameroon v. Nigeria*), *Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon)*, ‘*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*’ (*Indonesia/Malaysia*), ‘*Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea*’ (*Nicaragua v. Honduras*), ‘*Territorial and Maritime Dispute*’ (*Nicaragua v. Colombia*), ‘*Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute*’ (*El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening*) (*El Salvador v. Honduras*), ‘*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*’ (*Malaysia/Singapore*), *judgment 23 may 2008*, ‘*Maritime Delimitation in the Black Sea*’ (*Romania v. Ukraine*), *Judgment of 3 February 2009*, ‘*Maritime Dispute*’ (*Peru v. Chile*), *pendiente* y ‘*Whaling in the Antarctic*’ (*Australia v. Japan*), *pendiente*.

alguno en continuar con esa línea de pensamiento, y decidirse por aplicar para la delimitación de la ZEE y la plataforma continental, la equidistancia y las circunstancias relevantes como método. Expresamente en el párrafo 240 puede leerse: ‘tomando en cuenta la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales en el tema’, para seguir el enfoque de tres etapas desarrollado por la jurisprudencia más reciente a nivel internacional para delimitar los límites marítimos de Estados limítrofes.¹⁰⁹

En la práctica, el Tribunal ha estado más cerca de tener conflictos de competencias con los tribunales arbitrales creados bajo la Parte XV de la Convención, incluso con el sistema de solución de diferencias de la OMC o con la Corte Europea de Justicia, y no justamente con la Corte. Por otro lado, es importante que el Tribunal haya citado no en pocas ocasiones los razonamientos de la CIJ, de esta manera reconociendo el rol que cumple la misma y llamando a un diálogo judicial. El Tribunal se ha mostrado consciente de esta situación y se ha cuidado de no generar conflictos o diferencias con la CIJ, incluso, los Presidentes del Tribunal en sus discursos han planteado la importancia de que ambos órganos se consideren partes de un sistema y por lo tanto, interrelacionados.¹¹⁰

Hasta el momento, el Tribunal lejos ha estado de asimilarse a una institución superflua. El ciertamente complejo sistema de solución de controversias de la Convención logra mantener expectante a todos los fueros. Hemos visto que los Estados han confiado en someter sus disputas al Tribunal, por sobre los arbitrajes e incluso la CIJ en algunos supuestos, resta ver como ha sido la intervención del Tribunal, tanto para las partes como para la administración del régimen. No hay evidencia empírica para sostener la opinión de que la multiplicidad de las instituciones judiciales internacionales para la solución de controversias impide la unidad de la jurisprudencia. La Convención requiere al Tribunal que realice tareas que están más allá de la competencia de la Corte bajo su Estatuto, *‘If only for that reason, the cautious observer will hesitate before crying redundant’*.¹¹¹

¹⁰⁹ Caso de la Delimitación Marítima en la Bahía de Bengala, párr. 239 y 240.

¹¹⁰ En el discurso del entonces Presidente del Tribunal, Rüdiger Wolfrum, en ocasión de la ceremonia conmemorando el décimo aniversario del Tribunal, 29 de septiembre de 2006, se destaca este dato.

¹¹¹ ROSENNE Shabtai, op. cit., p. 814.

2. El Tribunal y la Unidad del Derecho Internacional: ¿Convergencia o Divergencia en su Jurisprudencia?

A. La evidencia empírica de la supuesta ‘fragmentación’ del Derecho Internacional

Oportunidades se presentan para los tribunales cuando están establecidos, y al ejercer su actividad judicial, de establecer cuál será su relación o posición respecto a las demás instituciones judiciales existentes. También se trata de que los tribunales internacionales estén conscientes de la necesidad de un marco común como de los requisitos que debe tener el mismo. La coherencia y un entendimiento sobre los principios generales del derecho internacional es deseable, como también cierta división de funciones entre los diferentes órganos judiciales. En otras palabras, la multiplicación de jurisdicciones ha expandido el ámbito de ‘justiciabilidad’ de las controversias internacionales, un factor que es decisivo para apreciar el valor, sino la misma existencia, de un orden legal. Ayuda, a su vez, en el proceso de lograr un derecho internacional objetivo, ya que cada vez menos es caracterizado por una auto apreciación de legalidad por los Estados soberanos. Esto equivale a decir que el creciente número de jurisdicciones e instituciones internacionales de control deber ser vistas como un paso decisivo en la evolución del sistema legal internacional al desarrollar una verdadera función judicial.

Mientras más cortes internacionales apliquen una norma específica del derecho internacional de la misma manera, mayor legitimidad se le va a acordar a esta. Por el otro lado, si no concuerdan sobre un punto, el consiguiente diálogo judicial puede colaborar en el desarrollo progresivo del derecho internacional. Los tribunales internacionales, cuando interpretan y aplican normas internacionales, necesitan tener en consideración que están actuando dentro de un marco general. Si recordamos, fue con las sentencias en los casos *Tadić* y *Loizidou*¹¹² que profundizó el debate sobre la alegada fragmentación del derecho internacional. Se sostuvo que este tipo de sentencias afectaría la unidad misma del ordenamiento jurídico, y además se estaba desafiando el papel de la CIJ como encargada de determinar el contenido del derecho internacional.

¹¹² Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Cámara de Apelaciones, ‘*Prosecutor v. Dusko Tadić, judgment*’, 15 de julio de 1999. Corte Europea de Derechos Humanos, ‘*Case of Loizidou v. Turkey, judgment on preliminary objections*’, 23 de marzo de 1995.

En el caso ‘*Tadic*’, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia debió determinar si el conflicto armado en Bosnia y Herzegovina que comenzó en 1992, debía calificarse como interno o internacional, y si las fuerzas armadas de Bosnios Serbios eran de la República Federal de Yugoslavia o de Bosnia y Herzegovina, a los efectos de la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949. Dijo la Cámara de Apelaciones del TPIY que las normas internacionales no siempre requieren el mismo grado de control sobre grupos armados o individuos privados para el propósito de determinar si un individuo, que no tiene el estatus de oficial de un Estado bajo su legislación interna, puede ser considerado como un órgano de facto de dicho Estado. La extensión del requisito de control estatal varía, sobre fuerzas armadas, milicias o unidades paramilitares, el control puede ser de forma suficiente (*‘overall character’*).¹¹³ Lo establecido por el TPIY cobra relevancia cuando se advierte lo que dijo la CIJ unos años antes en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua.¹¹⁴ En dicho caso, la CIJ entendió que el control ejercido por un Estado sobre fuerzas armadas en otro Estado, aquí los Contras actuando en Nicaragua, tenía que ser un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares durante las cuales las violaciones alegadas habían sido cometidas, para considerar al Estado como responsable a nivel internacional.

Tenemos entonces que dos órganos judiciales internacionales establecieron distintos criterios al determinar cuándo fuerzas armadas o paramilitares actúan bajo control estatal. Pero según parece, el TPIY tenía otra intención, cual era la de reemplazar el criterio desarrollado por la CIJ en el derecho internacional general, y postular un test con dos criterios para atribuir responsabilidad: uno para los actos realizados por individuos privados, donde se requeriría un ‘control efectivo’, y uno para actos organizados y estructurados jerárquicamente por grupos, como militares o paramilitares, donde un ‘control suficiente’ alcanzara. Para la Cámara de Apelaciones del TPIY este doble criterio reflejaba el estado del derecho internacional general como del derecho internacional humanitario y en cuanto a la responsabilidad del Estado. No debe tampoco pasar inadvertido que la Cámara de Apelaciones realizó un análisis y fundamentación extensísima y profunda para explicar porque no siguió el razonamiento de la CIJ.

En el caso de *‘Loizidou’*, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) dejó de lado el criterio de la Corte en cuanto al efecto de las reservas a las declaraciones de aceptación de jurisdicción. La CEDH se enfrentó a la pregunta de si un Estado Parte a la Convención Europea de Derechos Humanos que depositaba una declaración aceptando la jurisdicción

¹¹³ Caso *Tadic*, párr. 137.

¹¹⁴ Corte Internacional de Justicia, *‘Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua’* (*Nicaragua v. United States of America*), ICJ Reports, 1986.

obligatoria de la Comisión Europea de Derecho Humanos podía contener una condición restringiendo el alcance territorial de tal aceptación. La CPJI en el caso de los Fosfatos de Marruecos las había permitido, la CIJ indirectamente dijo, en la Opinión Consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, que un Estado reservante podría considerarse como parte de dicha Convención, siempre que la reserva fuera compatible con el fin y propósito del tratado. Sin embargo, la CEDH, en el contexto de la Convención Europea de Derecho Humanos, dijo que una reserva limitando la aceptación de su competencia era inadmisibles.

Estableció la CEDH al alejarse del criterio de la Corte, que la Convención Europea es un tratado para el cumplimiento colectivo de los derechos y libertades fundamentales, por lo que debe interpretarse de tal manera que sea práctico y efectivo cumplir con su finalidad.¹¹⁵ Es un instrumento viviente que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales, y no solamente de acuerdo a las intenciones de sus autores, expresadas hace más de 40 años.¹¹⁶ Teniendo en cuenta el fin y propósito de la Convención, las consecuencias que tendría la facultad de realizar reservas sobre lograr el cumplimiento de la Convención Europea serían tan amplias que la facultad para realizar una reserva debería haber sido prevista expresamente.¹¹⁷ Los Estados pueden adjuntar restricciones a la aceptación de la cláusula opcional de competencia de la CIJ, pero ello no significa que lo mismo deba suceder en el ámbito de la CEDH.¹¹⁸ Por un lado, el contexto de ambas Cortes es sustancialmente distinto, y son notables sus diferencias en varios aspectos, sumado a una práctica incondicional de aceptación de la competencia de la CEDH, que es una base convincente para distinguir la práctica de ambas Cortes, sostuvieron los jueces del tribunal europeo.¹¹⁹

Ambos tribunales tenían sus razones para no seguir el criterio de la Corte y para desarrollar interpretaciones propias de los instrumentos que aplican. Excede a este trabajo el análisis de estas decisiones, pero si puede afirmarse que, años después de las mismas, no se sostiene que hayan causado una ruptura de la unidad del derecho internacional. Todo lo contrario, se profundiza la tendencia a considerar el contexto propio de cada tribunal al momento de estudiar su jurisprudencia.

¹¹⁵ Caso Loizidou, párrafos 70 y 72.

¹¹⁶ *Ibidem*, párr. 71. Utiliza la CEDH los medios de interpretación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

¹¹⁷ Caso Loizidou, párr. 75.

¹¹⁸ Caso Loizidou, párr. 83.

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 85. Concluye la CEDH: "89. *Taking into consideration the character of the Convention, the ordinary meaning of Articles 25 and 46 in their context and in the light of their object and purpose and the practice of Contracting Parties, the Court concludes that the restrictions ratione loci attached to Turkey's Article 25 and Article 46 declarations are invalid.*"

B. La práctica del Tribunal desde la óptica descripta

Ahora bien, si estos dos casos generaron tanta discusión y polémica, corresponde reparar en si algo siquiera similar puede alegarse respecto del Tribunal. Un caso testigo es la reciente Delimitación Marítima entre Bangladesh y Myanmar, un tipo de controversias donde la CIJ tiene una vasta experiencia. El Tribunal fue muy entusiasta en enfatizar que iba a respetar la jurisprudencia previa de otros tribunales, y la mayoría de los jueces en sus opiniones separadas también ponderaron este hecho, a veces aceptando abiertamente que esta decisión lejos está de justificar la amenaza de fragmentación del derecho internacional. Por ejemplo, el Juez Treves expresó que todas las cortes y tribunales llamadas a decidir sobre la interpretación y aplicación de la Convención, deben considerarse, asimismo, como parte de un esfuerzo compartido de interpretación colectiva, en el cual, teniendo en mente la necesidad de asegurar consistencia y coherencia,¹²⁰ se mantiene la transparencia y predictibilidad del derecho. Muchos elementos de la sentencia refuerzan esta conclusión, entre ellos, la constante referencia a previos casos sobre delimitaciones marítimas de diferentes tribunales arbitrales y la CIJ.

La decisión, por lo tanto, no se desvía significativamente de lo establecido por la Corte y los tribunales arbitrales en el tema. Pero si ha avanzado en el significado del término ‘acuerdo’ del Artículo 15 de la Convención, en las bases para la titulación de una plataforma continental ampliada, y en la relación entre la Comisión del Límite Exterior de la Plataforma Continental y los mecanismos de la Parte XV. Mientras que es probable que la CIJ se mantenga tan ocupada como siempre en casos de delimitación, es también verdad que el primer caso en el Tribunal ha sido exitoso. Y no paso desapercibido para los Estados, algunos de los cuales expresaron su conformidad con la sentencia.¹²¹ Entre otros puntos, resaltaron que el Tribunal siguió la tradición jurídica en el tema y no innovó más allá de lo necesario, lo que convierte a este fuero en una alternativa válida para los Estados, ya que la sentencia es una

¹²⁰ Declaración Treves, párr. 2. También es positivo el fallo en el sentido de citar los laudos arbitrales relativos al tema, ya que por lo general los tribunales no suelen hacerlo, en gran parte por las características propias de un laudo arbitral y un tribunal arbitral. No debe escapar al lector que por lo general los miembros de tribunales permanentes suelen considerar impropio hacer referencia a lo que puedan sostener los árbitros, más que nada por el carácter ad-hoc de un arbitraje.

¹²¹ Por ejemplo, el gobierno de Japón: http://www.mofa.go.jp/announce/announce/2012/3/0316_01.html, el de Francia: <http://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/bangladesh-499/article/ruling-issued-by-the-international>, y Bangladesh: http://www.mofa.gov.bd/index.php?option=com_content&view=article&id=168&catid=43&PRid=549. Último acceso, el día 23 de marzo de 2012.

sólida contribución a la solución pacífica de controversias, como al respeto al derecho internacional, y finalizan reiterando su apoyo al Tribunal.

Los representantes de los Estados involucrados en la controversia también encontraron en la sentencia sus intereses satisfechos. De esta manera, el Ministro de Asuntos Exteriores de Bangladesh expresó que la certeza legal del pronunciamiento del TIDM asegurará que se puedan maximizar los beneficios de los recursos marinos. Resaltó que habían pasado 38 años de negociaciones diplomáticas entre estos países con tanta historia y presente en común, y fue la sentencia la que finalmente resolvió un problema que había obstaculizado el desarrollo económico de ambos países, incluso con numerosos proyectos energéticos, de petróleo y gas en *stand by*. La sentencia es la primera en delimitar la plataforma continental ampliada, concluyendo el diplomático: ‘estamos satisfechos con la pericia, rectitud y eficiencia del Tribunal y sus jueces, el caso fue resuelto en poco más de dos años, es un caso sin precedentes de eficiencia judicial en una controversia sobre límites marítimos.’¹²²

Para finalizar con esta idea, mencionamos que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha citado profusamente las decisiones de la CIJ en casi todas sus órdenes, claramente consciente de los aportes del principal órgano judicial de Naciones Unidas al derecho internacional. Por ejemplo, en el caso *Saiga 2*, el Tribunal citó a la CPJI en relación al valor del derecho interno como prueba en un proceso internacional, y también se basa en una sentencia de la CIJ para determinar los requisitos que debe tener el estado de necesidad. En el caso *Grand Price*, lo hace para establecer cuestiones sobre su competencia. En el caso del Estrecho de Johor, por el rol de las negociaciones en la solución de controversias. En el caso *Hoshinmaru*, por la importancia de las minutas y sus efectos sobre lo asumido por las partes en ellas. En el caso *Louisa*, cita a la CIJ sobre el requisito de agotamiento de los recursos internos. Y en la Opinión Consultiva, por las reglas de interpretación en los tratados, sobre el carácter consuetudinario de la evaluación de impacto ambiental y a la CPJI por las formas de reparación de daños. Y abundantemente al determinar los criterios aplicables en delimitación marítima, como lo mencionamos.¹²³

¹²² http://www.mofa.gov.bd/index.php?option=com_content&view=article&id=168&catid=43&PRid=549, último acceso el 23 de marzo de 2012. Traducción realizada por el autor.

¹²³ Caso *M/V "SAIGA" (No. 2)* (San Vicente y las Granadinas v. Guinea), medidas provisionales, orden del 11 de marzo de 1998 y sentencia sobre el fondo de la controversia del 1 de julio de 1999, párr. 120 y 133. Caso “*Grand Price*” (Belice v. Francia), pronta liberación, sentencia del 20 de abril de 2001, párr. 78, Caso del Estrecho de Johor, párr. 52, Caso “*Hoshinmaru*”, párr. 86, Caso *M/V "Louisa"* (San Vicente y las Granadinas v. Reino de España), medidas provisionales, orden del 23 de diciembre de 2010, párr. 64, Opinión Consultiva de la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades con respecto a las actividades en la

3. Los Factores que Explican el Éxito del Tribunal

A. *Eficiencia en la administración de los casos*

La celeridad en el desarrollo del procedimiento tiene como finalidad lograr dos objetivos principales. Uno de ellos es que las partes que recurren al Tribunal tienen la seguridad de que obtendrán una respuesta a sus pretensiones en un plazo determinado y razonable. El segundo objetivo es que la intervención eficiente y expedita del TIDM asegura una más adecuada administración del régimen, al poder evitar que situaciones conflictivas lleguen a un impasse o que se prolonguen los efectos negativos de una determinada actividad. Es claro que una respuesta tardía atenta contra la administración de justicia y además corre el riesgo de que la decisión de los jueces se vuelva abstracta.

Importante para entender este punto, son las disposiciones que regulan los diferentes procedimientos ante el Tribunal. Por ejemplo, cuando se considera la pronta liberación de buques y sus tripulaciones, las partes inician un procedimiento que en un mes les da una solución. Se corrobora esto en el Artículo 112 del Reglamento, que dispone que el Tribunal le otorgue prioridad a las solicitudes de pronta liberación, debiendo asegurarse que en caso de que haya un pedido de medidas provisionales, ambas sean manejadas sin demora. Además, el solicitante puede requerir que la Sala de Procedimientos Sumarios atienda el caso para mayor celeridad, también se debe fijar fecha para una audiencia lo más pronto posible, sin excederse de 12 días desde que la solicitud fue recibida, y la decisión se tomará a más tardar 14 días desde el fin de las audiencias, que se extienden durante dos días.

Estos plazos han sido respetados. Se desprende de los cuadros estadísticos del Anexo II que el promedio de duración de un procedimiento de pronta liberación es de 26 días y medio. Por su parte, las medidas provisionales se otorgan o rechazan en 34 días promedio. Las sentencias sobre el fondo promedian 17 meses desde el inicio de los procedimientos. Comparado estos plazos con aquellos de los arbitrajes del Anexo VII de la Convención y los de la Corte, cobran todavía mayor relevancia. La diferencia más notoria está en las sentencias sobre el fondo, donde la CIJ demora en promedio 43 meses y medio, mientras los arbitrajes casi 27 meses. En lo que hace a las medidas provisionales, la Corte se toma aproximadamente

Zona Internacional de los Fondos Marinos. 1 de febrero de 2011, párr. 57, 147 y 194, Delimitación Marítima en la Bahía de Bengala, párrafos 184, 226 y 240, Caso del *Artic Sunrise*, párr. 48, 51 y 52.

51 días, con la aclaración que incluimos en la estadística al caso LaGrand, en el cual las medidas se decretaron en 24 horas. De lo contrario, la diferencia entre los plazos del Tribunal y la CIJ serían aún mayores.

Como se pudo establecer, el Tribunal tiene una tarea esencial y delicada al mismo tiempo, al buscar un equilibrio entre los intereses de los Estados, el interés general del régimen de la Convención e incluso de la Humanidad. Esto podría llevar a que sus decisiones no fueran aceptadas por las partes en una controversia, al no reflejar exclusivamente una decisión basada en sus intereses. Por lo tanto, surge la necesidad de determinar si las soluciones propuestas y expresadas en una orden del Tribunal cumplen con el elemento final: son atractivas para las partes, que se sienten en condiciones y motivadas a cumplir y seguir las recomendaciones de los jueces. La última etapa para que una institución judicial pueda considerarse efectiva comienza con que las partes cumplan sus decisiones.

B. Eficacia al momento de resolver

Un cuestionamiento superficial que suele recibir el derecho internacional, sus normas e instituciones, tiene que ver con la falta de un poder coercitivo para hacer cumplir sus decisiones. Sin éste, no habría manera de que las cortes y tribunales internacionales logren ejecutar sus sentencias, como si se puede lograr en el ordenamiento jurídico interno de los Estados. Sin embargo, suele pasar desapercibido que la gran mayoría de las decisiones a nivel internacional son acatadas por las partes. Existen diferentes razones que explican el punto, pero sorprendentemente, son escasas las investigaciones sobre el tema. El professor Rosenne expresaba la falta de interés en el estudio de la fase posterior a la sentencia de un tribunal internacional: *'in general, a striking feature of the literature dealing with judicial settlement of international disputes is its comparative disinterest in the post-adjudication phase.'*¹²⁴ Un indicador de la efectividad de la jurisdicción internacional consiste en el cumplimiento de sus decisiones, como mencionamos previamente, los remedios judiciales pueden no lograr modificar la práctica estatal al ser considerados utópicos por ellos, alejados de sus intereses.¹²⁵

Entonces, ¿Los Estados, consideran legítimo al Tribunal y como portavoz de autoridad? Así parece, ya que es la autoridad y aceptabilidad que deriva de la importancia del

¹²⁴ Citado en WARIOBA Joseph Sinde, 'Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts', (2001) 5 *MPYUNL*, p. 46.

¹²⁵ De acuerdo a SHANY Yuval, 'Compliance with Decisions of International Courts as Indicative of their Effectiveness: A Goal-Based Analysis', (2012) *Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law Research Paper No. 04-10*, <http://papers.ssrn.com>, pp. 22, accedido el 1 de marzo de 2012, p. 6.

órgano judicial y la razonabilidad y persuasión de la decisión, la que gobierna la conducta de los Estados, con independencia del carácter formal del derecho o norma que se aplica. Correlativamente, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento.

A pesar de las críticas que han recibido las decisiones del Tribunal, los Estados han acatado las mismas, y continúan acudiendo a él. En todos los casos, los buques y sus tripulaciones fueron liberados bajo la fianza constituida por el Tribunal, las medidas provisionales decretadas también fueron implementadas. En los reportes anuales realizados a la Reunión de Estados Partes de la Convención, se advierte la mención expresa al cumplimiento de alguno de ellos.¹²⁶ Las herramientas que se mencionan en estas páginas son las que permiten lograr este objetivo, y permite entender el extraordinario tejido subyacente en todo el sistema, logrado primero durante las reuniones de la Conferencia, y luego en el seno del Tribunal, al momento de redactar el Reglamento.

C. Escuchar y tomar en cuenta a las partes de una controversia

Aquí podemos destacar dos manifestaciones en la relación entre el TIDM y las partes en una controversia. Por un lado, cada parte debe informar al Tribunal lo más rápido posible del cumplimiento de las medidas provisionales decretadas. En particular, tienen que presentar un informe inicial sobre los pasos tomados o propuestos para asegurar el pronto cumplimiento de las mismas.¹²⁷ Estos informes al Tribunal, expresamente previstos en el Reglamento, son de gran utilidad para supervisar e inducir al cumplimiento de las medidas. Una lectura a los reportes anuales del TIDM permite apreciar como las partes se han preocupado en presentarlos, y han sido útiles para lograr la implementación de las medidas decretadas.

Por el otro lado, el Tribunal se ha basado en los compromisos adoptados por las partes y en sus declaraciones en alguna de las etapas de los procedimientos, al momento de dictar una decisión u ordenar determinado comportamiento a los Estados. Los jueces han sido, en este sentido, flexibles al tomar en cuenta las declaraciones, afirmaciones, y acuerdos arribados con el procedimiento en marcha. Más importante aún, la decisión logra mayor coherencia y legitimidad, aumentando exponencialmente su cumplimiento voluntario y expeditivo, beneficiando nuevamente a las partes. Y el mérito del TIDM es que su flexibilidad

¹²⁶ Véanse los Informes de los años 2005 y 2007 en relación a los casos del Juno Trader y el Hoshinmaru respectivamente.

¹²⁷ Reglamento del TIDM, Art. 95.

tiene un reflejo directo en las sentencias, donde el contexto de la controversia se valora, y las soluciones propuestas para los puntos conflictivos claramente tienen los aportes de las partes. Estas últimas cuentan, a partir de recurrir al Tribunal con, como mínimo, una 'hoja de ruta' que no es arbitraria ni despojada de la realidad, y los Estados son conscientes de ello.¹²⁸

D. *La forma de transmitir el mensaje es tan importante como su contenido*

Una de las razones por la cual los Estados acatan las decisiones de tribunales internacionales se refiere a la consistencia, autoridad y legitimidad de la decisión a cumplir. Aquellas sentencias que se fundan cabalmente en derecho, donde su decisorio es acorde a la resolución de la controversia, que tiene en cuenta los intereses de las partes y el contexto en el cual se encuentra, no va a ser desoída o ignorada por las partes.¹²⁹ El Tribunal ha logrado este complejo cúmulo, aplicándolo a sus decisiones. En particular, especial interés revisten las medidas provisionales prescriptas por los jueces en casos donde *a fortiori* las partes estaban distanciadas. El recurrir a un órgano judicial internacional, implica un paso de confianza hacia el mismo, donde sin duda, sus antecedentes son tenidos en cuenta. El profesor Merrills menciona que los Estados al someter una controversia a un órgano judicial no necesariamente esperan una solución definitiva a la misma, sino también una decisión que acerque sus posiciones, reduzca las diferencias o que proponga maneras de solucionarlas.¹³⁰

La búsqueda del mayor consenso posible entre los miembros del Tribunal en las sentencias también debe considerarse. Con excepción del caso Saiga 1 y el Grand Price, donde la mayoría constituida fueron 12 jueces, contra 9 de la minoría, el resto de las decisiones fueron adoptadas por claras mayorías y muchas veces por unanimidad. Incluso en los casos más delicados o novedosos, como la delimitación marítima entre Bangladesh y Myanmar o la Opinión Consultiva de la Sala, los jueces se encontraron compartiendo con sus colegas los criterios y razonamientos a aplicar de forma consensuada. Una posible explicación, por lo menos fuera de la dogmática jurídica, es que el Tribunal ha buscado legitimar sus decisiones,

¹²⁸ Caso Saiga, orden de medidas provisionales, párr. 39, Casos del Atún de Aleta Azul del Sur, párr. 83, Caso del Estrecho de Johor, párr. 81, Caso de la Planta de MOX, párr. 80, caso del Juno Trader, párr. 79.

¹²⁹ Cfr. GONZALEZ NAPOLITANO Silvina: 'Las medidas provisionales en la jurisdicción internacional constituyen un medio útil para la solución de las controversias internacionales en la medida en que ellas sean eficaces y efectivas. Varios son los factores que atentan contra su eficacia y efectividad, entre ellos, la deficiente redacción de la providencia o resolución que indica, prescribe u ordena medidas provisionales, ya sea por el uso de una terminología ambigua o débil, como por la falta de precisión respecto de la conducta exigida, así como la demora en su tratamiento.' En *Las medidas provisionales en Derecho Internacional ante las cortes y tribunales internacionales* (La Ley, Buenos Aires, 2004), p. 215.

¹³⁰ MERRILLS J. G., *International Dispute Settlement* (Fourth Edition, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 171.

darles mayor fuerza para, de esta manera, lograr que los Estados confíen y continúen recurriendo a él. Esto es sin duda preferible a que sea el Presidente de una corte internacional el que deba desempatar una votación, resultando en un decisorio que, como mínimo, ponga en duda el estado del derecho internacional en relación a las normas que aplica.¹³¹

Asimismo, es digno de resaltar el procedimiento que llevó a la emisión de la Opinión Consultiva sobre el régimen de patrocinio en la Zona. Prima facie, aparece como un tema demasiado específico, técnico y alejado de los problemas usuales que enfrenta la comunidad internacional a diario. Sin embargo, el procedimiento, que fue público y abierto a todo aquel que quisiera dar su opinión, conllevó la atención de gran parte de la comunidad internacional. Existió la posibilidad para Estados, Organizaciones Internacionales y ONG de presentar escritos y participar en las audiencias orales. Lo más sorprendente fue la gran cantidad de presentaciones de informes al Tribunal. ¿Quién dijo que al TIDM no le prestaban atención o que su competencia era cuasi innecesaria? Participaron tanto en la faz escrita como oral, Estados ribereños, potenciales patrocinantes, organizaciones ambientalistas, así tenemos a la *Interoceanmetal Joint Organization*, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *International Union for the Conservation of Nature*, Greenpeace, WWFN, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República de Naurú, la República de Corea, Rumania, el Reino de Holanda, la Federación Rusa, México, Alemania, la República Popular China, Australia, la República Argentina, y las Repúblicas de Chile y las Filipinas.

E. La delicada cuestión de los desechos nucleares: solo acudir a Hamburgo

British Nuclear Fuels (BNFL) es una compañía pública limitada totalmente en poder del Reino Unido, propietaria y operadora de una empresa nuclear en Sellafield, Cumbria. Esta zona se encuentra en la costa oeste del Reino Unido sobre el Mar de Irlanda, espacio que ambos países comparten, como sus intereses sobre él, siendo un mar semi-encerrado.¹³² Están establecidas en este lugar, en particular, las fábricas denominadas MOX y THORP. La actividad de la fábrica MOX consiste en el reciclaje del plutonio procedente de combustibles nucleares, realizado mezclando el dióxido de plutonio con el dióxido de uranio empobrecido.

¹³¹ Hacemos referencia a la opinión consultiva de la CIJ '*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*' del 8 de julio de 1996, en la cual en el apartado E del decisorio se expresa lo siguiente: '*By seven votes to seven, by the President's casting vote, It follows from the above-mentioned requirements that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law; However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake.*'

¹³² Véase el Anexo I a la tesis, que tiene imágenes satelitales de la zona.

De ello resulta un nuevo combustible denominado MOX, abreviación utilizada para designar el combustible de óxidos mixtos (*mixed oxide fuel*), destinado a ser utilizado como fuente de energía en las centrales nucleares.

Una parte de los materiales utilizados en la planta MOX procede de la fábrica THORP, abreviatura que designa esta fábrica de reprocesado de dióxido térmico (*thermal oxide reprocessing plant*), en la que se reprocesan los combustibles nucleares procedentes de reactores nucleares establecidos tanto en el Reino Unido como en otros países, con el fin de extraer el dióxido de plutonio y el dióxido de uranio. Las autoridades del Reino Unido autorizaron la construcción de la fábrica MOX atendiendo a una solicitud formulada por BNFL, sobre la base de un informe medioambiental presentado por dicha sociedad en 1993 (informe medioambiental de 1993). En 1996, BNFL presentó ante la agencia del Reino Unido competente en materia medioambiental una solicitud de autorización para explotar dicha fábrica.

El 11 de febrero de 1997, basándose en la información suministrada por el Gobierno del Reino Unido, la Comisión Europea emitió un dictamen relativo a un plan de vertido de desechos radiactivos de la fábrica MOX. Además, entre abril de 1997 y agosto de 2001, las autoridades del Reino Unido organizaron cinco consultas públicas sobre la justificación económica de la planta de MOX. El 3 de octubre de 2001 dichas autoridades decidieron que la referida fábrica estaba justificada desde el punto de vista económico. En varias ocasiones entre 1994 y 2001, Irlanda interpeló a las autoridades del Reino Unido en relación con la fábrica MOX, cuestionando, concretamente, tanto la fundamentación del informe medioambiental de 1993 como la decisión relativa a la justificación económica de dicha fábrica. Además, Irlanda impugnó la base sobre la cual las consultas públicas habían sido organizadas y exigió información complementaria. En un comunicado de prensa del 4 de octubre de 2001 el Ministro irlandés encargado de la seguridad nuclear indicó que Irlanda tenía previsto presentar una denuncia sobre la base de la Convención, habida cuenta de la falta de evaluación adecuada del impacto medioambiental de la fábrica MOX.

Esta controversia generó el inicio de cuatro procedimientos ante distintos foros internacionales. Un arbitraje por el acceso a información bajo el convenio OSPAR,¹³³ medidas provisionales solicitadas al Tribunal, el fondo del asunto se sometió a un tribunal arbitral constituido de conformidad al Anexo VII de la Convención y ante la Corte Europea de Justicia (CEJ) se cuestionó la competencia del tribunal arbitral por tratarse de materia

¹³³ *Procedimientos de acuerdo a la Convención OSPAR (Irlanda – Reino Unido)*, laudo del 2 de julio de 2003, en *Reports of International Arbitral Awards* (Vol. XXIII, Naciones Unidas, Nueva York, 2006) pp. 59-151.

comunitaria y, por ende, de exclusiva competencia de la Unión Europea. Notablemente, fue el Tribunal el cual, de todos estos mecanismos, logró acercar a las partes.

Las medidas provisionales solicitadas al Tribunal por parte de Irlanda consistían en que el Reino Unido suspendiera inmediatamente la autorización para funcionar de la planta MOX, o que alternativamente tomara otras medidas necesarias para prevenir el funcionamiento de la misma. Además, que asegurara que no habría movimientos en sus espacios marítimos de sustancias o material radioactivo o desechos asociados a la planta y que no tomara medidas que pudieran llegar a agravar o extender la controversia o dificultar su solución, o perjudicar los potenciales derechos de Irlanda sobre cualquier decisión en el merito de la controversia que adoptara el tribunal arbitral.¹³⁴

El Tribunal tomó en consideración las declaraciones del Reino Unido en las audiencias, relativas a que no iba a transportar por medios marítimos material radioactivo en la zona, que no iba a haber exportación de combustible MOX hasta octubre de 2002, ni importación a la planta THORP de combustible nuclear usado por ese período tampoco.¹³⁵ Lo que llevó a los jueces a encontrar que no existía urgencia en la situación que ameritara la prescripción de medidas provisionales solicitadas por Irlanda, en el corto período hasta la constitución del tribunal arbitral.¹³⁶ Pero, por unanimidad, igualmente decretó medidas, que consistieron en que ambas partes debían cooperar, y para dicho propósito, consultarse respecto a intercambiar mayor información sobre las posibles consecuencias en el Mar de Irlanda que pudieran surgir del funcionamiento de la planta de MOX. Igualmente debían monitorear los riesgos o efectos del funcionamiento de la fábrica en el Mar de Irlanda y diseñar medidas para prevenir la contaminación del medio marino que pudiera resultar de la planta.¹³⁷

En cuanto al fondo de la controversia, Irlanda solicitó al tribunal arbitral que declarara y condenara al Reino Unido por haber violado sus obligaciones bajo la Convención, al haber autorizado la construcción de la planta de MOX sin tomar las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino en el mar de Irlanda, de descargas de material radioactivo y desechos de la planta, y liberaciones accidentales de material radioactivo asociados a la planta o los movimientos internacionales, y/o por actos terroristas.¹³⁸ A su vez, por no haber evaluado los riesgos de un ataque terrorista o haber

¹³⁴ Caso de la Planta de MOX , párr. 27.

¹³⁵ Caso de la Planta de MOX, párr. 78 y 79.

¹³⁶ *Ibidem*, párr. 81.

¹³⁷ Caso de la Planta de MOX, párr. 89.

¹³⁸ *Ibidem*, párr. 26, inciso 1.

diseñado un plan para prevenirlos o responder ante los riesgos que tiene por el material radioactivo. También por no cooperar con Irlanda en la protección del medio marino del Mar de Irlanda al no compartir información o realizar una EIA, y no haber evaluado los efectos potenciales del funcionamiento de la planta sobre el medio marino, y de los movimientos internacionales del material radioactivo que se transporte. Por último, que se abstuviera de autorizar lo antedicho hasta que se haga un EIA completa, se demuestre que el funcionamiento de la planta no resulte en la descarga deliberada de material no radioactivo en el mar de Irlanda, y se acuerde un plan o estrategia conjunta para prevenir, contener y responder a un ataque terrorista.¹³⁹

El 25 de octubre de 2001, Irlanda inició el procedimiento arbitral. El Tribunal arbitral, constituido de conformidad con el Anexo VII de la Convención, en su Orden N° 3 del 24 junio de 2003, manifestó que la Comisión Europea (la Comisión), había examinado la cuestión de si existía la posibilidad de que la CEJ pudiera tener competencia sobre esta controversia. La duda recaía sobre si las disposiciones de la Convención en las cuales se basaba Irlanda eran de materia comunitaria, y por ende, de exclusiva competencia de la CEJ.¹⁴⁰ Las partes estuvieron de acuerdo, que si se sostenía esta última posición, por el Artículo 282 de la Convención, el tribunal arbitral no tendría competencia.¹⁴¹

La competencia del tribunal arbitral dependía y se relacionaba con materias que conciernen esencialmente el funcionamiento interno de un orden legal separado -la Unión Europea (UE)- al cual ambas partes pertenecen, y que deben resolverse dentro de dicho marco institucional.¹⁴² Hasta tanto se resolvieran dichos temas, quedaban dudas sustanciales sobre si la competencia del tribunal arbitral estaba firmemente establecida con respecto a todos los puntos de la controversia.¹⁴³ Aunque el tribunal arbitral pudiera haber llegado a concluir, por los argumentos de las partes, que al menos ciertas disposiciones de la Convención no caían dentro de la competencia exclusiva de la CEJ, no hubiera sido apropiado para el tribunal continuar con el procedimiento. No quedaba claro, al fin y al cabo, que las disposiciones en juego pudieran dar lugar a una controversia distinta y autónoma capaz de ser resuelta por el tribunal. Y la pregunta debía ser respondida por la CEJ.¹⁴⁴

¹³⁹ Caso de la Planta de MOX, párr. 26, incisos 2, 4 y 5.

¹⁴⁰ Arbitraje en el Caso de la Planta de MOX (Irlanda v. Reino Unido), Orden N° 3, párr. 21.

¹⁴¹ *Ibidem*, párr. 22.

¹⁴² Arbitraje en el Caso de la Planta de MOX (Irlanda v. Reino Unido), Orden N° 3, Párr. 24.

¹⁴³ *Ibidem*, párr. 25.

¹⁴⁴ Arbitraje en el Caso de la Planta de MOX (Irlanda v. Reino Unido), Orden N° 3, Párr. 26.

En estas circunstancias, y teniendo en cuenta el respeto mutuo y cortesía que debe prevalecer entre instituciones judiciales, el tribunal arbitral consideró inapropiado proseguir con las audiencias en la controversia. Es más, un procedimiento que pudiera resultar en dos decisiones contradictorias sobre la misma cuestión, no ayudaría a las partes a resolver la controversia.¹⁴⁵ Por ello, suspendió el proceso arbitral y afirmó las medidas provisionales decretadas por el Tribunal, y rechazó las solicitadas por Irlanda. Luego de las audiencias llevadas a cabo entre el 10 y 21 de junio de 2003, el tribunal arbitral suspendió el procedimiento, que continuó en dicho estado hasta que Irlanda notificó al tribunal de que retiraba su reclamo contra el Reino Unido, el 15 de febrero de 2007.¹⁴⁶

Por su parte, la Corte Europea de Justicia en su sentencia,¹⁴⁷ sostuvo que la competencia externa de la Unión Europea en materia de protección del medioambiente no es exclusiva sino, en principio, compartida entre ella y los Estados miembros. No obstante, la cuestión de si una disposición de un acuerdo mixto es competencia de la UE, afecta a la atribución y, por lo tanto, a la propia existencia de la competencia externa de la misma en el ámbito de que se trate, y no a su naturaleza exclusiva o compartida. Un acuerdo internacional, como la Convención, no puede menoscabar el orden de las competencias fijado por los Tratados y, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario cuyo respeto garantiza la CEJ. En efecto, del Artículo 282 de la Convención se desprende que el régimen de solución de controversias que rige en la UE, en la medida en que prevé procedimientos que culminan con decisiones obligatorias para la solución de controversias entre Estados miembros, prevalece, en principio, sobre el regulado en la Parte XV de la Convención.

Pues bien, las materias a las que se aplican las disposiciones de la Convención relativas a la prevención de la contaminación marina, se hallan muy ampliamente reguladas en virtud de actos comunitarios. Se desprende que las citadas disposiciones de la Convención corresponden a una competencia de la Comunidad que ésta decidió ejercer al convertirse en parte de la Convención, por lo que constituyen normas que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario. Un acuerdo internacional, como la Convención, no puede menoscabar el orden de las competencias fijado por los Tratados y, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario cuyo respeto es garantizado por la CEJ.

El órgano europeo solo resolvió que Irlanda había violado sus obligaciones bajo el derecho comunitario, al haber iniciado procedimientos en otro fuero, pero no se expidió sobre la procedencia del reclamo irlandés, o sobre los posibles efectos negativos de la planta sobre el

¹⁴⁵ *Ibidem*, párr. 28.

¹⁴⁶ Press Release, MOX Plant Arbitral Tribunal Issues Order No. 6, 6 de junio de 2008.

¹⁴⁷ Asunto C-459/03 Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda, 30 de mayo de 2006.

medio marino. A pesar de que la planta continuó funcionando unos años, estuvieron cercanamente monitoreados sus efectos sobre el medio marino. A fines del 2011, debido a que el único cliente del combustible era Japón, y éste decidió replantear toda su política nuclear, la Planta de MOX fue cerrada. Durante el período que funcionó produjo pérdidas por más de 1000 millones de libras, sufragadas por los ciudadanos británicos.¹⁴⁸ Al punto de considerarse un fracaso, ya que de las previstas 120 tn. anuales de producción, solo pudo completar 5.3 en cinco años de funcionamiento.¹⁴⁹

Habiendo visto el desenlace de la controversia en los diferentes fueros, compartimos la opinión de Barboza, que expresa que el Tribunal tuvo una actitud preventiva encomiable al decretar las medidas en cuestión.¹⁵⁰ Esto es así ya que la naturaleza del derecho que se alega vulnerado también debe considerarse al resolver la controversia. La infracción a un derecho de carácter procesal a veces tiene un carácter irrevocable, al no tener la parte perjudicada la oportunidad de ejercerlo. En este caso, la inacción judicial hubiera traicionado los fines y propósitos de la Convención.¹⁵¹ Las medidas provisionales decretadas por el TIDM parecen haber conciliado la excepcionalidad que las caracteriza, con el imperativo de preservar los derechos procedimentales de Irlanda y al medio marino de graves daños.¹⁵²

Ha sido el Tribunal el que ha impulsado la solución, aunque sea parcial, de la controversia. No se desconocen las diferentes causas que generaron un acercamiento de las partes, pero sí que el Tribunal estuvo a la altura de las circunstancias y era consciente de los riesgos potenciales de la Planta de MOX. El Tribunal logró que haya una cooperación más eficaz entre las partes. Irlanda está mejor informada de lo que suceda, el incremento de la cooperación ha logrado que la controversia se mantuviera bajo control y no hubiera inconvenientes diplomáticos u mayores.¹⁵³ Se ha señalado que Irlanda recurrió a la Parte XV

¹⁴⁸ Información extraída de: <http://www.guardian.co.uk/environment/2011/aug/03/sellafield-mox-plant-close>, último acceso el 7 de diciembre de 2011.

¹⁴⁹ De acuerdo a: <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/minister-admits-total-failure-of-sellafield-mox-plant-793489.html>, último acceso el 7 de diciembre de 2011.

¹⁵⁰ *We do not hesitate in qualifying the Order of 3 December 2001 as a "highly preventive" attitude bearing in mind the foreseeably short period of time until the constitution of the Annex VII Tribunal and the relatively high threshold fixed by article 290 of the LOS Convention, namely "serious" damage.*, BARBOZA Julio, 'Provisional Measures, or the Dangers of Being Too Exceptional', en WOLFRUM Rüdiger y NDIAYE Tafsir Malick (eds), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007) p. 149.

¹⁵¹ BARBOZA, op. cit., p. 154.

¹⁵² *Ibidem*, p. 157.

¹⁵³ CHAKRABORTY Anshuman, op. cit., p. 144.

de la Convención ya que era lo único que le garantizaba medidas provisionales en un breve período de tiempo.¹⁵⁴

Esta controversia tuvo todos los ingredientes que generan el interés y asombro del ámbito iusinternacionalista. Por un lado, recaía sobre un tema delicado y con alta exposición, como lo es la energía nuclear y el manejo de los desechos radioactivos. Por otro lado, se podía encuadrar la misma en diversos ámbitos normativos, como el acceso a la información, la protección del medioambiente, y la posible coalición de normas comunitarias con la Convención. Era el escenario ideal para que se produjera una puja entre los diferentes tribunales que a la postre intervinieron. Se apreciaba en un caso concreto la coexistencia de fueros que responden a diferentes regímenes que podían tener competencia sobre los mismos hechos. Y las conclusiones que podemos señalar son positivas: la controversia se abordó desde todas las perspectivas, de manera integral, cada órgano judicial cumplió su función y más importante, fue consciente y respetuoso de los demás tribunales, como de su posición relativa en el sistema judicial de controversias internacional.

¹⁵⁴ CHURCHILL Robin y SCOTT Joanne, 'The MOX Plant Litigation: the First Half-life', (2004) 53 (3) *ICLQ*, p. 676.

CAPÍTULO IV

LA ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN DE LOS OCÉANOS.

EL MANTENIMIENTO DEL BALANCE DE LOS INTERESES ESTATALES

1. El Tribunal como mediador: Estados ribereños, Estados del pabellón y sus intereses

El Tribunal, como institución creada por la Convención, debe respetar y hacer cumplir sus disposiciones y propósitos en el marco de la finalidad y metas atribuidas por los actores del régimen. Una de las grandes metas a cargo del TIDM consiste en mantener el balance de los intereses estatales, principalmente de los ribereños con aquellos de los Estados del pabellón, y entre Estados que tengan algún espacio marítimo colindante. Encontrar este balance es, posiblemente, donde con mayor claridad se percibe esta función del Tribunal. Al interpretar la Convención, el TIDM debe recordar que no solo los derechos y obligaciones de los Estados están en juego, sino también su responsabilidad en asegurar el mantenimiento del balance entre los diferentes actores, como institución judicial de un régimen basado, en gran parte, en dicho compromiso. Por ende, lo desarrollado por el Tribunal puede entenderse y encuadrarse dentro de este balance que debe tratar de mantener. A su vez, permite contrastar las críticas de

doctrinarios respecto a lo (no) realizado por los jueces, al encontrar elementos positivos que, justamente, cobran importancia al apreciarse desde otra perspectiva.

A. El mantenimiento del balance desde el procedimiento de pronta liberación de buques y sus tripulaciones

Como mencionamos anteriormente,¹⁵⁵ la pronta liberación de buques y sus tripulaciones prevista en el Artículo 292 de la Convención, no procede para cualquier supuesto por el cual un buque pueda llegar a ser detenido, sino que debe existir una previsión expresa en la Convención que habilite el mecanismo. Los Estados han aceptado esta interpretación realizada por el Tribunal. Así lo entiende SVG en el asunto del Louisa, al solicitar la liberación del buque a través del procedimiento de medidas provisionales.¹⁵⁶ El Estado con mayor cantidad de asuntos en el TIDM, implícitamente aceptó que no corresponde el procedimiento de pronta liberación para casos no previstos expresamente en la Convención. El motivo de la detención fue que, según España, el buque había violado su legislación sobre patrimonio histórico o de protección del medio marino, al estar realizando estudios de sonar y cesio en el fondo marino para buscar gas metano. De similar manera, la República Argentina no intentó utilizar este procedimiento para liberar al ARA Libertad, detenido por motivos sin relación con los supuestos mencionados, sino que se inclinó por la solicitud de una medida provisional a tal efecto. El mismo criterio fue seguido por Holanda para solicitar la liberación del ‘Artic Sunrise’. Los miembros del Tribunal en diferentes intervenciones, a través de sus opiniones separadas y disidentes, han confirmado el criterio restrictivo de aplicación del procedimiento de pronta liberación.¹⁵⁷

En el caso del Saiga, los jueces debían determinar si el arresto del buque en aguas de Sierra Leona por Guinea calificaba como contrabando o violación de normas aduaneras en su zona contigua, o si el arresto del buque fue por pescar sin autorización en la ZEE. El Tribunal eligió esta última opción, sosteniendo que entre una clasificación legal que implica una violación al derecho internacional y una que evita llegar a tal conclusión, debe elegirse esta última, en una suerte de presunción de legalidad. Esto significó además que el Tribunal eligió una interpretación restrictiva, o por lo menos rechazó la interpretación amplia del Artículo

¹⁵⁵ Véase el Capítulo II, punto 2, apartado A.

¹⁵⁶ *Caso M/V “Louisa” (San Vicente y las Granadinas v. Reino de España)*, medidas provisionales, orden del 23 de diciembre de 2010. Único caso que el Tribunal no decreta medidas provisionales, rechazando la solicitud de SVG.

¹⁵⁷ Por ejemplo, caso Saiga, pronta liberación, Opinión Disidente de los Jueces Park, Nelson, Chandrasekhara Rao, Vukas y Ndiaye, párr. 23.

292, ya que si elegía la primera opción, hubiera aplicado el procedimiento a un caso no previsto expresamente en la Convención.¹⁵⁸ La clasificación como aduanera de la prohibición del ‘*bunkering*’ de buques pesqueros implicaba que Guinea hubiera actuado en contra del derecho internacional, mientras que considerarlo bajo el Artículo 73 permitió sostener la presunción que Guinea estaba convencido de que arrendando al M/V Saiga estaba actuando conforme sus derechos bajo la Convención.¹⁵⁹

Incluso, se pasó por alto un posible lapsus en el registro del buque. Aunque los jueces disidentes le dieron importancia a la falta de producción de documentos de que el buque había sido removido del registro de Malta, la mayoría aceptó como suficiente que SVG, como lo requiere su legislación, afirmó que sus autoridades habían recibido evidencia del dueño de que el registro del buque en ese país había concluido, por lo que el Tribunal concluyó que ‘*In the particular circumstances of this case, it would not be consistent with justice if the Tribunal were to decline to deal with the merits of the dispute.*’¹⁶⁰ Esta es una manera de conciliar los intereses estatales contrapuestos, protegiendo al Estado ribereño de tener que someterse a este procedimiento cada vez que retiene a un buque, cualquiera sea la razón. También es a favor del ribereño, la presunción que hizo el TIDM de que actuaba en conformidad con el derecho internacional. El Estado del pabellón cuenta con un mecanismo eficaz para proteger a los buques, pero tampoco es un comodín del cual puede abusarse.

B. La autonomía del procedimiento

Antes de analizar cualquier sentencia del TIDM en un procedimiento de pronta liberación, es esencial tener presente que el mismo es independiente *vis a vis* de otros procesos internacionales, no constituye un incidente de un proceso principal, sino que es autónomo y cuenta con sus propias reglas.¹⁶¹ La independencia con otros procedimientos internacionales surge tanto del Artículo 292 de la Convención como del Reglamento. Este último contiene las disposiciones pertinentes al procedimiento en una sección separada. Esto conlleva una importante restricción para el Tribunal, ya que atento a la posibilidad de que el fondo de la

¹⁵⁸ OXMAN Bernard, op. cit., “Saiga” 1, *AJIL* p. 281. *Caso M/V “SAIGA” (San Vicente y las Granadinas v. Guinea)*, pronta liberación, sentencia del 4 de diciembre de 1997, párr. 73.

¹⁵⁹ *It is the opinion of the Tribunal that given the choice between a legal classification that implies a violation of international law and one that avoids such implication it must opt for the latter.*; Caso Saiga, párr. 72.

¹⁶⁰ Caso Saiga 2, sentencia sobre el fondo de la controversia del 1 de julio de 1999, párr. 73.

¹⁶¹ CAMINOS Hugo, ‘The International Tribunal for the Law of the Sea: An Overview of its Jurisdictional Procedure’, (2006) 5 (1) *LPICT*, p. 25.

cuestión pueda ser sometida a otro tribunal, no debe excederse al considerar los aspectos del fondo, y cuando lo realiza, debe hacerlo con moderación.¹⁶²

En relación a los procedimientos internos ante los tribunales de los Estados, en el caso de que estos deban considerar el fondo de una controversia, no estarán obligados por cualquier hecho o norma jurídica que hubiera sido aplicada por el Tribunal para llegar a sus conclusiones.¹⁶³ El TIDM en el asunto del buque Camouco adoptó un enfoque balanceado que no requiere, ni desalienta el agotamiento de los recursos internos en el contexto del procedimiento de pronta liberación del Artículo 292. Éste es un remedio independiente y no una apelación contra una decisión de una corte nacional. Uno podría esperar el resultado del litigio en los tribunales internos e incluso presentar una apelación, sin perjuicio del derecho del Estado del pabellón de solicitar al Tribunal la liberación en cualquier momento luego del período de 10 días. El Tribunal correctamente concluyó que una dilación obligatoria para esperar el resultado de una apelación en el orden interno de un Estado, *'would defeat the purpose of Article 292.'*¹⁶⁴ Los procedimientos internos e internacionales aquí no se excluyen e incluso pueden correr paralelamente.

Recordemos que no se discute el fondo de la controversia en este procedimiento, el motivo de la detención del buque o su tripulación no es, por regla, objeto de análisis por el TIDM. Por ello, el Tribunal interpretó que por el Artículo 292 no puede lidiar con ningún tema relacionado con la legalidad de la detención.¹⁶⁵ Debido a esto, no compartimos la opinión de aquellos que lo criticaron por no permitir que Australia exigiera como parte de la fianza que el buque detenido llevara un VMS. El procedimiento de pronta liberación no está diseñado para expedirse sobre estos delicados temas, que solo en un proceso sobre los méritos debe discutirse, por lo que cualquier decisión del Tribunal por el Artículo 292 lejos está de constituir un argumento a favor de que apoye la pesca ilegal o que no sea consciente de este fenómeno perjudicial para los recursos marinos.

Continuando con estas ideas, el Tribunal no puede expedirse sobre la legislación de los Estados ribereños, ni sobre si son razonables o no. Si un Estado puede exigir que buques lleven un VMS (*Vessel Monitoring System*) como medida para administrar sus recursos marinos, de acuerdo al Artículo 62 inciso 4 de la Convención, no corresponde que sea dilucidado en el

¹⁶² *Caso M/V "SAIGA" (San Vicente y las Granadinas v. Guinea)*, pronta liberación, sentencia del 4 de diciembre de 1997, párr. 50.

¹⁶³ *Ibidem*, párr. 49.

¹⁶⁴ OXMAN Bernard y BANTZ Vincent, [Case Note] *The "Camouco" (Panama v. France) (Judgment)* ITLOS Case No. 5, (2000) 94 (4) *AJIL* p. 719. *Caso Camouco*, párr. 58 y *Monte Confurco*, párr. 72.

¹⁶⁵ MENSAH Thomas, *op. cit.*, 'The Tribunal and the Prompt Release of Vessels', p. 438.

marco del Artículo 292. Es más, un número de Estados considera que es una obligación para todo buque extranjero que quiera tener acceso a su ZEE, que porte un VMS o dispositivo similar, por lo que puede considerarse que existe una práctica estatal para sostener una interpretación favorable y por ende, como válida dentro del Artículo 62 inciso 4.

En el asunto del Volga el trasfondo de la controversia versaba sobre la pesca IUU en las regiones cercanas a la convergencia antártica y las medidas adoptadas por Australia para combatir la misma.¹⁶⁶ En cuanto a la gravedad de las ofensas cometidas por el buque, se relacionaban a la conservación de los recursos marinos en la ZEE. Australia indicó las penalidades que correspondían de acuerdo a su legislación, que eran indicativas de la gravedad de las ofensas. Resaltó el fenómeno de la pesca ilegal y sus efectos negativos sobre las poblaciones de *Patagonian toothfish* que justificaba las medidas adoptadas y la fianza fijada. El Tribunal tomó nota de esto, y entendió las preocupaciones de la comunidad internacional respecto a la pesca IUU y destacó los objetivos que hay detrás de las medidas impuestas por los Estados para lidiar con el problema.¹⁶⁷

En el caso del Camouco, Francia desafió con éxito la admisibilidad de los alegatos de que había violado el Artículo 73 inciso tercero de la Convención, que regula sobre las sanciones establecidas por el Estado ribereño por violaciones de sus leyes y reglamentos de pesca en la ZEE y que no podrán incluir penas privativas de libertad, ni ninguna otra forma de castigo corporal y el inciso cuarto, que requiere pronta noticia al Estado del pabellón de la detención y otras acciones tomadas, y disposiciones relacionadas con la libertad de navegación en la ZEE y abuso de derechos.¹⁶⁸ Las leyes francesas requieren que los busques pesqueros que entren a la ZEE de Francia en los territorios y espacios marítimos antárticos, indiquen su presencia y declaren al jefe de distrito de las islas más cercanas el tonelaje de pescado que llevan a bordo. La omisión es punible con una multa de un millón de francos o sentencia de prisión de seis meses, o ambos. Este es un ejemplo de cómo el Tribunal no interviene, dentro del procedimiento de pronta liberación, en si las acciones y medidas estatales son conforme al derecho internacional.

¹⁶⁶ ROTHWELL Donald R. y STEPHENS Tim, 'The "Volga" Case (Russian Federation v. Australia): Prompt Release and the Right and Interests of Flag and Coastal States', en SCHEIBER Harry N. y MENDERINK Kathryn J. (eds.), *Multilateralism and International Ocean-Resources Law* (Law of the Sea Institute, University of California, Berkeley, 2004) Cap. IX, p. 11.

¹⁶⁷ Caso Volga, párrafos 67 y 68.

¹⁶⁸ OXMAN y BANTZ, op cit., [Case Note] The "Camouco" p. 715.

C. Sobre el contexto en la pronta liberación: ¿Pudo y/o debió el Tribunal avanzar más?

Uno de los temas más problemáticos que se presentaron en algunos asuntos ante el TIDM fue el de la conservación de los recursos marinos en el sistema antártico. A pesar de la presencia de CCAMLR y su sistema legal, incluidas las medidas adoptadas para proteger los recursos marinos dentro de la convergencia antártica, la región continúa siendo objeto de pesca IUU. Australia y Francia han sido los Estados que más medidas han tomado para luchar contra el fenómeno. Por ello no sorprende el cuestionamiento a alguna de ellas, y que las mismas estén presentes en los casos de pronta liberación de buques y sus tripulaciones ante el Tribunal.¹⁶⁹ Detenciones de buques se han producido dentro de la convergencia antártica por parte de los Estados, aunque dentro de la ZEE de Francia y Australia, en particular en las islas Crozet, Kerguelèn, Heard y McDonald.

Aquí se plantea la relación entre las medidas adoptadas en el marco de la conservación de determinados recursos vivos respecto a aquellos Estados que no son parte de CCAMLR.¹⁷⁰ Acabamos de mencionar lo sucedido en el asunto del Volga, donde el Tribunal tomó nota de la situación, y comprendió las preocupaciones de la comunidad internacional respecto a la pesca IUU, apreciando los objetivos que hay detrás de las medidas impuestas por los Estados para lidiar con el problema. El contexto de la pesca ilegal en la región echa luz sobre la gravedad de la ofensa del buque. La pesca ilegal supera con creces a la legal con licencias y controles, produciendo que se pesque más del doble de lo recomendado para la conservación de los recursos. Las medidas adoptada por Australia caen dentro del ámbito de los esfuerzos realizados para combatir la pesca IUU, se han tomado siguiendo sus derechos soberanos en su ZEE sobre los recursos marinos. El Tribunal tiene el deber de respetar la implementación por parte de un Estado ribereño de sus derechos soberanos en relación a la conservación de los recursos vivos, particularmente aquellas medidas dentro del contexto de la FAO y CCAMLR.¹⁷¹

Vale recordar que Francia, de acuerdo a la Declaración del Presidente de la Conferencia sobre la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos del 19 de mayo de

¹⁶⁹ ROTHWELL Donald R. y STEPHENS Tim, 'Illegal Southern Ocean Fishing and Prompt Release: Balancing Coastal and Flag State Rights and Interests', (2004) 53 (1) *ICLQ*, p. 175.

¹⁷⁰ BAIRD Rachel menciona: '*In this context, the dissenting judgement of Vice-President Vukas might be viewed as supportive of claims by IUU fishermen that all areas of the Southern Ocean are high seas, including those regions of purported coastal state jurisdiction.*', op. cit., p.5, nota al pie 23. Ver asimismo Opinión Disidente del Juez Vukas en el caso Volga, donde el Juez expresa su desacuerdo respecto a que islas tan pequeñas y alejadas del continente –Heard y Mc Donald- cuenten con una ZEE.

¹⁷¹ Posición defendida por el Juez Cot, Opinión Separada en el asunto Volga.

1980, tiene permitido adoptar medidas más estrictas que la Comisión, y todas aquellas que considere apropiadas, aún cuando la Comisión no las tome en las aguas adyacentes a Kerguelén y Crozet sobre las cuales Francia tiene jurisdicción, y a las aguas adyacentes a otras islas dentro del área a la cual se aplica CCAMLR sobre las cuales la existencia de soberanía de Estado es reconocida por todas las Partes Contratantes. En tres asuntos ante el Tribunal - Monte Confurco, Grand Price y Camouco- se discutió la detención, por parte de autoridades francesas, de buques en la ZEE de la isla de Kerguelén.

Para el Juez Wolfrum, el TIDM debió haber tomado noticia del conocido hecho de las actividades de pesca objeto del caso, que socavan el régimen de pesca establecido en CCAMLR y las medidas de conservación tomadas en base al mismo. Este régimen es el resultado de un esfuerzo de cooperación de más de 30 Estados, lo que refleja uno de los principios más importantes, cual es que la conservación y administración de los recursos marinos es una tarea en la cual todos los Estados involucrados deben cooperar. Limitar los derechos de un Estado ribereño relacionados con el cumplimiento de estas normas puede llegar a considerarse como un modo de quebrantar este principio, expresó el Juez.¹⁷² En el caso del Monte Confurco, el Juez Anderson en su opinión disidente también se expresa en el sentido de dar mayor valor a los antecedentes fácticos, en especial respecto a lo que sucede con la actividad pesquera dentro de la convergencia antártica, como elemento relevante al momento de balancear los respectivos intereses de los Estados.¹⁷³

D. Efectos de la confiscación del buque sobre la pronta liberación

Un tema que se planteó teóricamente desde los comienzos de la redacción de la Convención, tiene que ver con cuáles son los efectos que tiene la confiscación de un buque sobre el procedimiento del Artículo 292. El asunto del Tomimaru permitió clarificar varios puntos en este respecto. El buque, el 9 de abril de 2007, fue incautado y entró al Registro de Propiedad Federal como propiedad de la Federación Rusa.¹⁷⁴ Mientras que los casos anteriores ante el TIDM involucraban a buques sin autorización para pescar en la ZEE del Estado que procedió a la retención, el buque Tomimaru tenía licencia para pescar en la ZEE rusa al momento de la detención. Las infracciones se relacionaban con la falsificación del tipo y volumen de la

¹⁷² Opinión disidente del Juez Wolfrum en el caso Camouco, párr. 17. También piensa que la fianza en ese caso era baja.

¹⁷³ Opinión disidente del Juez Anderson, caso del Monte Confurco.

¹⁷⁴ Caso "Tomimaru" (Japón v. Federación Rusa), pronta liberación, sentencia del 6 de agosto de 2007, párr. 44.

captura y de captura no permitida por la licencia.¹⁷⁵ Dos importantes cuestiones fueron resueltas por el Tribunal en el caso: primero, si la confiscación del buque tiene influencia en la nacionalidad del buque; segundo, si la solicitud de pronta liberación queda sin objeto luego de la confiscación.¹⁷⁶

En respuesta a la primer cuestión, el Tribunal afirmó que la confiscación de un buque no da como resultado, por si sola, en el cambio automático del pabellón o la pérdida del mismo. Sí cambia el propietario del buque confiscado, pero esto debe distinguirse de la nacionalidad del buque. Le corresponde a cada Estado establecer las condiciones para otorgar nacionalidad a buques y para registrarlos, conforme al Artículo 91 de la Convención. El Estado de nacionalidad del buque es el Estado del pabellón o el Estado cuyo pabellón tiene derecho a enarbolar. El vínculo jurídico entre un Estado y un buque cuyo pabellón tiene derecho a enarbolar produce una red de derechos y obligaciones mutuas, tal como lo indica el Artículo 94 de la Convención.¹⁷⁷

En cuanto a la segunda cuestión, el Artículo 73 de la Convención no hace referencia a si se pueden confiscar los buques como medida sancionatoria por contravenir la normativa estatal. Pero son numerosos los Estados que en sus legislaciones cuentan con tales medidas con el fin de administrar y conservar los recursos marinos.¹⁷⁸ El mencionado Artículo establece un balance entre los intereses del Estado ribereño en tomar medidas que crea necesarias para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentaciones adoptadas por él, y los intereses del Estado del pabellón en la pronta liberación de sus buques y tripulaciones bajo constitución de una fianza u otra garantía.¹⁷⁹ La confiscación de un buque pesquero no debe utilizarse de manera tal de alterar el balance expresado.¹⁸⁰

Para ello, debe considerarse que una decisión de confiscar elimina el carácter provisional de la detención del buque, y por ende el procedimiento de pronta liberación deviene sin objeto. Tal decisión no debería tomarse de manera que prevenga al dueño del buque a recurrir a los recursos judiciales internos o al previsto en el Artículo 292 de la Convención. Ni, por supuesto, tomarse a través de procesos que no respeten los estándares internacionales del debido proceso legal. En particular, una confiscación decidida con una

¹⁷⁵ OXMAN Bernard, "The "Tomimaru" (Japan v. Russian Federation) Judgment. ITLOS Case No. 15', (2008) 102 (2) *AJIL* p. 317.

¹⁷⁶ Caso Tomimaru, párr. 69.

¹⁷⁷ *Ibidem*, párr. 70.

¹⁷⁸ Caso Tomimaru, párr. 72.

¹⁷⁹ Caso Tomimaru, párr. 74.

¹⁸⁰ *Ibidem*, párr. 75.

premura injustificada podría poner en peligro el funcionamiento eficiente del procedimiento.¹⁸¹ Pero como la confiscación extingue el deber de liberar el buque bajo fianza, no lo hace respecto a la tripulación, la cual debe liberarse.¹⁸²

En este contexto, y considerando el propósito de la pronta liberación, el Estado del pabellón debe actuar en una manera oportuna. Este objetivo solo puede lograrse si el dueño del buque y el Estado del pabellón toman acción dentro de un tiempo razonable para iniciar el proceso que corresponda, ya sea a nivel nacional o internacional.¹⁸³ Nada impide al Tribunal considerar una solicitud de pronta liberación mientras existan procesos en los tribunales del Estado que procedió a la retención.¹⁸⁴ Pero una vez confiscado el buque, una decisión bajo el Artículo 292 de liberar el buque contradeciría la decisión que concluyó con el proceso bajo el orden interno e invadiría las competencias nacionales, yendo en contra del inciso tercero de la mencionada disposición.¹⁸⁵

E. Detención del buque y el uso de la fuerza, el derecho de persecución

El derecho de persecución, regulado en el Artículo 111 de la Convención, fue objeto de desarrollo por el Tribunal, confirmando las características del instituto. Así afirmó que los requisitos previstos en dicha norma son acumulativos, cada uno de ellos debe satisfacerse para que la persecución sea legítima bajo la Convención.¹⁸⁶ Esto lo expresó en el asunto del Saiga 2, en relación con la persecución que supuestamente comenzó el 27 de octubre de 1997, cuando las autoridades de Guinea, en base a la información en su poder, tenían una sospecha que un buque petrolero había violado las leyes del país africano en la ZEE. Ninguna señal visual o auditiva se dio al Saiga, y la persecución fue interrumpida, ya que el buque patrulla que fue enviado el 26 de octubre para buscar al Saiga fue llamado cuando se recibió información de que el buque había cambiado de curso. Este llamado (*recall*) constituye claramente una interrupción de la persecución, cualquiera sea la base legal por la cual comenzó en primer lugar.¹⁸⁷ En cuanto a la persecución que comenzó el 28 de octubre de 1998, tampoco se dieron señales auditivas o visuales para que el Saiga se detenga antes del comienzo de la

¹⁸¹ Caso Tomimaru, párr. 76.

¹⁸² OXMAN Bernard, "The "Tomimaru", op. cit., p. 318.

¹⁸³ Caso Tomimaru, párr. 77: 'The vessel was detained on 31 October 2006 in the Russian exclusive economic zone and detained thereafter, but the Application was not filed until 6 July 2007.'

¹⁸⁴ Ibídem, párr. 78.

¹⁸⁵ Caso Tomimaru, párr. 80.

¹⁸⁶ Caso Saiga 2, sentencia sobre el fondo de la controversia del 1 de julio de 1999, párr. 146.

¹⁸⁷ Ibídem, párr. 147.

persecución.¹⁸⁸ Y ninguna ley o reglamento de Guinea aplicable de acuerdo con la Convención fueron violados por el buque, por lo que no había base legal para ejercer el derecho de persecución en el caso.¹⁸⁹

De acuerdo a SVG, en la detención del Saiga se utilizó por parte de Guinea un uso excesivo e irrazonable de la fuerza. Las autoridades de Guinea dispararon con municiones de armas de largo calibre a un buque que iba lleno de combustible, navegando a una velocidad máxima de 10 nudos. Guinea negó que la fuerza utilizada hubiera sido excesiva e irrazonable. Los oficiales no tuvieron más remedio que utilizar armas de fuego por que el Saiga se negó a detenerse a pesar de repetidos mensajes de radio y señales visuales y auditivas, expresó Guinea en su defensa.¹⁹⁰ El Tribunal, al analizar esto, tuvo en cuenta las circunstancias del arresto en el contexto de las normas de derecho internacional aplicables.

Aunque la Convención no contiene disposiciones expresas sobre el uso de la fuerza en el arresto de buques, el derecho internacional aplicable, en virtud del Artículo 293, requiere que el uso de la fuerza sea evitado en la medida de lo posible y, si es inevitable su uso, no debe ir más allá de lo que es razonable y necesario en las circunstancias. Consideraciones humanitarias deben regir en el derecho del mar, tal como lo hacen en el resto del ordenamiento jurídico.¹⁹¹ La práctica normal utilizada para detener a un buque consiste en dar primero una señal de detención visual o auditiva reconocidas internacionalmente. Si esto no resulta, una variedad de acciones pueden tomarse, incluyendo disparos sobre la proa y popa del buque. Es recién cuando todo esto ha fallado que, como último recurso, se puede utilizar la fuerza. Aún en dicho caso, debe darse un aviso apropiado al buque y su tripulación, debiendo tomarse todos los esfuerzos necesarios para no poner en peligro vidas humanas.¹⁹²

El Tribunal advirtió que por las características del caso, las autoridades de Guinea no tenían mayores dificultades para abordar el buque. No hubo excusas para el hecho de que los oficiales dispararan al buque con munición de guerra desde un buque patrulla de movimiento rápido sin dar señales de advertencia.¹⁹³ Los oficiales de Guinea usaron excesiva fuerza al

¹⁸⁸ *‘Although Guinea claims that the small patrol boat sounded its siren and turned on its blue revolving light signals when it came within visual and hearing range of the Saiga, both the Master who was on the bridge at the time and Mr. Niasse who was on the deck, categorically denied that any such signals were given.’* caso Saiga 2, sentencia sobre el fondo de la controversia del 1 de julio de 1999, párr. 148.

¹⁸⁹ *Ibidem*, párr. 149. En el párr. 150 el TIDM expresó: *‘...the Tribunal finds that Guinea stopped and arrested the Saiga on 28 October 1997 in circumstances which did not justify the exercise of the right of hot pursuit in accordance with the Convention.’*

¹⁹⁰ Caso Saiga 2, sentencia sobre el fondo, párr. 153 y 154.

¹⁹¹ *Ibidem*, párr. 155.

¹⁹² *Ibidem*, párr. 156. En similar sentido los laudos en el ‘S.S. *“I’m Alone”* case’ (*Canada/United States, 1935*), U.N.R.I.A.A., Vol. III, p. 1609 y ‘*The Red Crusader* case’ (*Commission of Enquiry, Denmark - United Kingdom, 1962*), I.L.R., Vol. 35, p. 485.

¹⁹³ Caso Saiga 2, sentencia sobre el fondo de la controversia, párr. 157.

abordar el Saiga. En la cubierta del buque dispararon indiscriminadamente y dispararon al motor para detenerlo, sin haber existido ninguna resistencia por parte de la tripulación. Parece no haberles importado la seguridad del buque o las personas a bordo. Considerable daño fue hecho al buque y al equipamiento, y lo más serio, dos personas fueron heridas de gravedad.¹⁹⁴ Esto de ninguna manera puede significar cierta parcialidad de los jueces hacía los buques pesqueros, sino que el TIDM reafirma principios e interpretaciones del derecho consuetudinario internacional sobre normas elementales de prohibición del uso de la fuerza y protección del individuo.

F. *La calificación legal del bunkering*

Al tener que determinar respecto a si el abastecimiento de combustible en los océanos (*bunkering*) forma parte o no de la actividad pesquera, el Tribunal no se expresó categóricamente sobre el tema, pero sí se permitió manifestar las razones, tanto a favor como en contra, de llegar a una u otra conclusión. Es el Artículo 73 inciso primero de la Convención el cual establece que el Estado ribereño, en el ejercicio de sus derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos de la ZEE, es quien puede tomar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de sus leyes y reglamentos. La duda aparece al tener que determinar cómo, entre otras, estas nuevas figuras entran en juego con las disposiciones de la Convención, considerando que es probable que surjan controversias de este tipo. Actividades que no existían prácticamente hace unos escasos años, comienzan a imponerse y a modificar la práctica de las actividades en los océanos.

Entre los argumentos a favor de calificar el abastecimiento de combustible de buques pesqueros como una actividad que pueda asimilarse y regularse a través de los derechos soberanos de un Estado ribereño en su ZEE, se puede sostener que el reabastecimiento de combustible es por su naturaleza una actividad anexa (*ancillary*) a aquella del buque que se reabastece.¹⁹⁵ No podría desarrollarse la actual manera de pesca comercial, si no fuera por la posibilidad de las flotas de buques pesqueros de permanecer prolongados períodos sin volver a puerto, y para ello necesitan de combustible a su alcance. De la misma manera, no habría prácticamente necesidad de buques exclusivamente dedicados a reabastecer de combustible, de no existir buques factorías.

¹⁹⁴ *Ibidem*, párr. 158 y 159: ‘For these reasons, the Tribunal finds that Guinea used excessive force and endangered human life before and after boarding the Saiga, and thereby violated the rights of Saint Vincent and the Grenadines under international law.’

¹⁹⁵ Caso del Saiga, párr. 57.

También pueden encontrarse argumentos para llegar a la conclusión opuesta. O sea, que el abastecimiento de combustible es una actividad independiente cuyo régimen legal queda subsumido en la libertad de navegación. La posición de aquellos Estados ribereños con ZEE que no han adoptado reglas sobre el abastecimiento de combustible de buques pesqueros, puede indicar que tales Estados no la consideran como una actividad conexas y ligada a la actividad de pesca. Sostiene esta idea que el abastecimiento de combustible no está incluido en el listado de materias sobre las cuales un Estado ribereño puede adoptar leyes y reglamentos, del Artículo 62 inciso cuarto de la Convención.¹⁹⁶

Pero el Tribunal consideró que no era necesario llegar a una conclusión sobre el tema para determinar si correspondía o no liberar al buque o fijar una fianza razonable. Pero si estableció que las leyes o reglamentos sobre el abastecimiento de combustible de buques pesqueros podrían clasificarse como dentro del ejercicio de los derechos soberanos del Estado ribereño sobre su ZEE.¹⁹⁷ Pero, como destaca el profesor Oxman, en verdad el TIDM sí inclinó la balanza y una atenta lectura de la sentencia permite encontrar que en su razonamiento hay mucho más que el abstenerse de sostener un extremo u el otro. Efectivamente, los jueces procedieron al análisis de la pronta liberación del buque y su tripulación asumiendo que la legislación de Guinea sobre *'bunkering arguably or plausibly might have been undertaken as an exercise of its fisheries jurisdiction in the EEZ'*.¹⁹⁸ La importancia de este punto no debe menospreciarse, al relacionarse, ni más ni menos, con la expansión o limitación de los derechos del Estado ribereño sobre su ZEE. Tema presente a su vez en el caso Virginia, donde Panamá sostiene que el buque petrolero estaba llevando a cabo operaciones de aprovisionamiento de combustible para buques pesqueros en la ZEE de Guinea-Bissau, cuando fue arrestado por las autoridades del Estado ribereño.

G. Derechos Humanos en el Derecho del Mar. Sobre los derechos de la tripulación

El Tribunal tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema en el caso del buque Saiga, donde se sustenta el derecho del Estado del pabellón a buscar reparación para miembros de la tripulación de otra nacionalidad. La controversia surgió por el arresto y detención del Saiga por Guinea, mientras suministraba combustible a buques pesqueros en la ZEE de Guinea. El

¹⁹⁶ *Ibidem*, párr. 58.

¹⁹⁷ Caso del Saiga, párr. 63.

¹⁹⁸ OXMAN Bernard y BANTZ Vincent, '[Case Note] The M/V "Saiga" (No.2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment (ITLOS Case No. 2)' (2000) 94 (1) *AJIL*, p. 149.

buque estaba registrado en SVG, mientras que su capitán y tripulación eran de nacionalidad ucraniana, también había tres senegaleses trabajando a bordo. Una de las objeciones a la admisibilidad del procedimiento por parte de Guinea era que los miembros de la tripulación del Saiga no eran nacionales de SVG. El Tribunal rechazó este argumento y sostuvo que Guinea había vulnerado los derechos del Estado del pabellón al detener el buque y su tripulación, ordenando el pago de una compensación por los daños causados.

Al rechazar la objeción de Guinea, el Tribunal afirmó que la Convención no distingue entre nacionales y no nacionales del Estado del pabellón. El buque, todo en él y cada persona involucrada o interesada en sus operaciones son tratadas como una entidad conectada al Estado del pabellón. La nacionalidad de las personas no es relevante.¹⁹⁹ Si se piensa en la composición transitoria y multinacional de las tripulaciones de los buques, y si cada persona con daños tuviera que buscar protección en el Estado del cual es nacional, las dificultades serían notorias. Consideraciones prácticas deben tenerse en cuenta, es más simple y eficiente que un solo Estado busque reparación en nombre de toda la tripulación que requerir que cada Estado lleve demandas separadas por cada nacional suyo.²⁰⁰

Respecto a cuándo debe considerarse si la tripulación está detenida, en los casos del Camouco y Monte Confurco, las partes discutieron si el capitán del buque estaba detenido. Allí era el capitán el que estaba en ese momento bajo supervisión judicial, su pasaporte en poder de las autoridades francesas, y por ende no estaba en posición de irse de la isla de Reunión. El Tribunal consideró que en dichas circunstancias debía ordenar la liberación del capitán.²⁰¹ La noción de detención es funcional y no formal, según la interpretación del Tribunal, basta con que los miembros de la tripulación no se encuentren en posición de salir del territorio del Estado que procedió a la retención, para estar detenidos, y por ende, deben ser liberados tras el pago de una fianza.

El respeto a los derechos humanos es universal, y no hay razón alguna que justifique la excepción al momento de arrestar el buque, detener a su tripulación, o en lo relativo al tratamiento en el orden interno del Estado que procedió a la detención. El Tribunal afirmó que la obligación de pronta liberación incluye consideraciones elementales de humanidad y debido proceso legal. Debe leerse el Artículo 73 de la Convención integralmente y como un todo. El requisito de razonabilidad indica que una preocupación por la justicia es uno de los

¹⁹⁹ Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática, CDI, p. 92. Texto adoptado en la 58ª sesión, en 2006.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 93. Caso Saiga 2, sentencia sobre el fondo, párr. 103 a 108.

²⁰¹ Caso Camouco, párr. 71 y Monte Confurco, párr. 90.

finde de esta disposición.²⁰² El TIDM ha dicho que debe liberarse a la tripulación o capitán sin que condición alguna se le imponga. Esto puede suceder aun cuando técnicamente no estén detenidos, ya que es una fórmula que permite lograr la eficacia de las sentencias.²⁰³

2. El Eje del Balance: La Razonabilidad de la Fianza

A. *El pensamiento del Tribunal*

Como todo el procedimiento de pronta liberación se basa fundamentalmente en determinar si la fianza fijada por el Estado que procedió a la detención es razonable, no sorprende que el Tribunal se haya expresado repetidamente sobre el tema, y haya delineado principios y criterios para la constitución de la misma. La razonabilidad ha sido un concepto de difícil conceptualización, al no contener la Convención criterios explícitos para determinar cuándo una fianza es razonable. Sí surge claramente la necesidad de preservar el balance de intereses entre los Estados, la proporcionalidad de la fianza con relación a la violación de la normativa alegada y que la fianza no tenga carácter punitivo.²⁰⁴ Es claro que el balance de intereses del cual se habla a lo largo del Capítulo depende de una fianza ‘razonable’ que es, por lo demás, la única condición estipulada para la liberación de un buque. Por ende, en el procedimiento de pronta liberación, el punto clave pasa por determinar la razonabilidad de la fianza. Por ello, es necesario desarrollar reglas detalladas en la jurisprudencia, puesto que la razonabilidad es un concepto arduo de aplicar en ausencia de criterios taxativos. A su vez, la razonabilidad debe ser flexible, y adaptarse a cada marco fáctico; si la Convención tuviera criterios taxativos respecto a la misma, lo más probable es que perdería su valor como herramienta jurídica.

No existe una presunción en contra de la fianza fijada por el Estado que procedió a la retención.²⁰⁵ Recordemos que el derecho interno es un hecho para el juez internacional, y el Tribunal no es una instancia de apelación a la fianza fijada en el orden interno. Aunque el Artículo 292 le atribuye competencia al TIDM para limitar la discrecionalidad del Estado ribereño con respecto a la constitución de la fianza, debe mantener una moderación judicial acorde con su legitimidad al ejercer esta competencia. Si la fianza fijada por el Estado no es

²⁰² Caso Juno Trader, párr. 77.

²⁰³ Caso Juno Trader, párr. 79, caso Hoshinmaru, párr. 102 y Opinión Separada del Juez Treves en el mismo, p. 2.

²⁰⁴ ESCHER Anne-Katrin, op. cit., p. 329.

²⁰⁵ GAO Jianjun, op. cit., p. 126.

irrazonable, el Tribunal no debe sustituir la discrecionalidad del Estado.²⁰⁶ Para el TIDM la tarea de determinar el monto de la fianza debe reconciliar la necesidad del Estado que ha detenido al buque de tener una garantía, con la del Estado del pabellón en obtener la liberación del buque y su tripulación.²⁰⁷

El criterio de razonabilidad abarca el monto, naturaleza y forma de la fianza u otra garantía financiera. El balance total de ellos debe ser razonable.²⁰⁸ Ahora bien, la noción de razonabilidad tampoco es puramente abstracta, y en el asunto del Camouco, el Tribunal consideró que un número de factores son relevantes para evaluar la razonabilidad de la fianza u otra garantía financiera. Estos incluyen la gravedad de las ofensas alegadas, las penalidades impuestas o que pudieran imponerse, el valor del buque detenido y la carga incautada, el monto y forma de la fianza impuesta por el Estado.²⁰⁹ El monto de la fianza debe ser proporcional a la gravedad de las ofensas alegadas.²¹⁰ Al determinar la gravedad de las ofensas cometidas, el Tribunal puede tomar en cuenta no solo el daño de la ofensa en particular sobre el Estado que procedió a la detención, sino también el daño que la ofensa puede tener para la comunidad internacional. Por ejemplo, la pesca IUU es una ofensa particularmente grave, ya que no solo causa daños al medio marino, sino que combatir dicha práctica resulta oneroso para los Estados ribereños, y es difícil de eliminar debido a las considerables ganancias económicas para los Estados del pabellón. Por ello, las medidas de conservación tienen el interés público en vistas.²¹¹

La práctica del Tribunal muestra que se evalúa la razonabilidad de la fianza examinando si la misma posee componentes irrazonables. Ellos pueden ser si el valor del buque detenido ha sido sobrevalorado, como en los casos contra Francia, el valor del buque no debería incluirse en la fianza, como en Hoshinmaru, la multa potencial contra el capitán o dueño del buque ha sido muy alta, como en Monte Confurco y Hoshinmaru, o la llamada fianza de buen comportamiento como en el asunto Volga. Mientras el Tribunal encuentre que la fianza fijada por el Estado ribereño contenga elementos irrazonables, va a determinar que la misma no es razonable. Pero al momento de determinar la razonabilidad de la fianza por parte

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 128.

²⁰⁷ Opinión disidente del Juez Treves en el caso Camouco, párr. 6, donde considera que la fianza fijada es muy baja.

²⁰⁸ Caso Saiga, párr. 82.

²⁰⁹ Caso Camouco, párr. 67. En el párr. 68: *'In the present case, the Tribunal has taken note of the gravity of the alleged offences and also the range of penalties which, under French law, could be imposed for the offences charged.'* Y sobre el valor del buque, párr. 70: *'On the basis of the above considerations, and keeping in view the overall circumstances of this case, the Tribunal considers that the bond of 20 million FF imposed by the French court is not "reasonable".'* Al final, constituye una fianza de 8 millones de francos.

²¹⁰ Caso Hoshinmaru, párr. 88.

²¹¹ GAO Jianjun, *op. cit.*, p. 133.

del Tribunal, se advierte una brecha entre su razonamiento y el monto de la fianza que fija, al no clarificar que peso le otorga a cada factor, y no ofrecer una clara guía al respecto.²¹²

En cuanto al derecho del Estado que procedió a la retención de juzgar y penar las violaciones a su ordenamiento jurídico, el Tribunal, al determinar el monto de la fianza, debe estar al tanto que la pronta liberación está vinculada al contenido de la legislación y reglamentos del Estado ribereño sobre su ZEE, y la manera en como éstas son hechas cumplir. La razonabilidad aquí recae sobre el ejercicio arbitrario de la facultad discrecional del Estado ribereño con respecto a la constitución de la fianza, y no sobre la competencia del fondo del asunto, o sobre la legislación interna. La Convención no establece máximos imponibles, y no existen reglas a nivel internacional que sugieran un estándar universal para imponer fianzas por violaciones, por parte de buques extranjeros, de regulaciones de los Estados ribereños.²¹³

En el caso del Monte Confurco, el Tribunal enfatizó que el listado de factores que influían sobre el monto de la fianza no era cerrado o un *numerus clausus*, ni se fijaban reglas rígidas hacia el peso exacto a darle a cada factor, lo que permite cierta discreción al evaluar la razonabilidad de la fianza. Puede pensarse que este criterio podría generar una imprevisibilidad en los Estados, sin embargo, lo que hace es dejar espacio para un enfoque evolutivo de la disposición que pueda adaptarse a situaciones y escenarios cambiantes.²¹⁴ Sí es fundamental expresar que la evaluación de los factores relevantes debe ser objetiva, tomando en cuenta toda la información dada por las partes al Tribunal.²¹⁵

En el caso Saiga es digno de resaltar que el Tribunal no dio los factores por los cuales fijó la fianza, pero también es cierto que fue la primera vez que un tribunal internacional tuvo que lidiar con este procedimiento.²¹⁶ En el asunto del Camouco, los fundamentos del TIDM, al no existir en la Convención criterios expresos para evaluar la razonabilidad de la fianza, permitieron traer claridad al tema. Ha sido valorable que los jueces hayan comenzado a desarrollar estos puntos, y que los factores y su valor emerjan de la jurisprudencia. Esta última puede servir para comprender los criterios a utilizarse al momento de constituir una fianza, sin embargo, no ha estado exenta de críticas y sea percibida como *'relatively limited and apparently*

²¹² *Ibidem*, p. 129.

²¹³ GAO Jianjun, *op. cit.*, p. 131.

²¹⁴ NELSON Dolliver, 'The Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea: Some Observations', en WOLFRUM Rüdiger y NDIAYE Tafsir Malick (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007) p. 969. Y caso Monte Confurco, párr. 76.

²¹⁵ Caso Juno Trader, párr. 85.

²¹⁶ CHAKRABORTY Anshuman, *op. cit.*, p. 89.

mechanistic.²¹⁷ Pero el TIDM ha dado interesantes aportes desde sus decisiones. Así expresó que condiciones que no revistan el carácter de financieras no pueden ser parte de la fianza, al ser contrarias al objeto y propósito de la pronta liberación.²¹⁸

No ha sucedido hasta el momento que el Tribunal encuentre que la fianza constituida por el Estado ribereño sea razonable. En términos pragmáticos, no tendría mayor significancia, debiendo proceder la liberación del buque en base a lo dispuesto por el Estado ribereño. Pero a la luz de lo analizado, sumado a la multiplicidad de factores y contextos intervinientes, parece ser que no será algo que vaya a suceder frecuentemente.

B. Los factores a tener en cuenta para constituir una fianza razonable de acuerdo a la práctica del Tribunal

La casuística jurisprudencial permite verificar aquellos factores que en la práctica han sido utilizados por el TIDM como válidos para constituir la fianza, y para que ésta sea razonable. En el caso Saiga, se consideró el valor del combustible descargado del buque en el puerto del demandado, debido principalmente al valor comercial del mismo y las dificultades en recargarlo en el buque. Es razonable que ese combustible se considere como una garantía y, según resulte del proceso judicial, sea devuelto a Guinea en especie o su equivalente en dólares estadounidenses, afirmó el Tribunal.²¹⁹ En el caso del Monte Confurco, el TIDM se basó en la gravedad de las ofensas supuestamente cometidas, que se relacionaban con la conservación de los recursos vivos en la ZEE. Francia resaltó que el contexto general de pesca IUU en la zona constituye un factor a considerar para fijar la fianza. La pesca ilegal, no regulada y no declarada (*IUU fishing*) constituye una amenaza para el futuro de los recursos y sobre la eficacia de las medidas tomadas por CCAMLR para la conservación del '*patagonian toothfish*', sostuvo el Tribunal en dicho caso.

Como también se tiene en cuenta como factor para constituir la fianza, el rango de penalidades que pueden imponerse a un buque que infringe la normativa del Estado ribereño. En el caso del Monte Confurco, las infracciones cometidas eran graves, de acuerdo a la

²¹⁷ *Ibidem*, p. 91.

²¹⁸ '*The object and purpose of article 73, paragraph 2, read in conjunction with article 292 of the Convention, is to provide the flag State with a mechanism for obtaining the prompt release of a vessel and crew arrested for alleged fisheries violations by posting a security of a financial nature whose reasonableness can be assessed in financial terms. The inclusion of additional non-financial conditions in such a security would defeat this object and purpose.*' Caso "*Volga*" (*Federación Rusa v. Australia*), pronta liberación, sentencia del 23 de diciembre de 2002, párr. 77.

²¹⁹ Caso Saiga, párr. 84.

legislación francesa.²²⁰ La evaluación del valor del buque también se incluyó, y se aceptó el dado por Francia en el procedimiento.²²¹ El equivalente monetario a la cantidad de peces a bordo del buque que estaba siendo detenido por las autoridades del demandado fue considerado como parte de la garantía, en conjunción con la fianza. Esta es capaz la crítica más dura que se ha hecho al Tribunal, ya que implicó reconocer, indirectamente, que la captura (configurando el supuesto de pesca IUU) realizada por el buque, a todas luces en contravención a las disposiciones del Estado ribereño, había pasado a formar parte de su propiedad. En el asunto del Volga,²²² el TIDM cambió el criterio, y no incluyó las ganancias de la captura en la fianza. Aquí, la fianza fijada fue bastante más alta que el monto que el dueño estaba dispuesto a pagar, por lo que no pudo éste último obtener la liberación del buque.²²³

En el caso del Volga, el Tribunal aceptó el monto de AU\$ 1.920.000 buscado por Australia para la liberación del buque, que representaba el valor del mismo, el combustible, lubricantes y equipo de pesca, y lo consideró razonable.²²⁴ Pero Australia además quería incluir dos condiciones: que el buque llevara un VMS y que información respecto a los dueños del buque fuera dada a las autoridades. El TIDM por un lado estableció que no era apropiado considerar si un Estado ribereño puede imponer tales condiciones en el ejercicio de sus derechos soberanos.²²⁵ La captura incautada y vendida por el gobierno australiano, no fueron considerados.²²⁶ El Tribunal encontró que imponer condiciones de buen comportamiento por llevar un VMS como una garantía de no repetición de pesca IUU en la ZEE y observar las medidas de conservación de CCAMLR hasta que concluyeran los procedimientos judiciales en Australia, no es razonable en los términos del Artículo 73 inciso 2 de la Convención, para ello, interpretó de manera restrictiva el término ‘fianza razonable u otra garantía’. El TIDM no podía, en ese marco, tomar posición respecto a si una fianza de buen comportamiento es un ejercicio legítimo de los derechos soberanos del Estado ribereño sobre su ZEE. Lo único que podía hacer era analizar y determinar si la misma entraba dentro del concepto de fianza

²²⁰ Caso Monte Confurco, párr. 80.

²²¹ *Ibidem*, párr. 84.

²²² KARIM Saiful: ‘*Through a narrow interpretation of the term ‘bond or other security’ the Tribunal rejected the respondent’s proposal for a ‘good behaviour’ bond for observation of the CCAMLR conservation measures and carrying a fully operational VMS system to prevent future violations of Australian law and regional conservation measures.*’, en ‘Conflicts over Protection of Marine Living Resources: The ‘Volga Case’ Revisited’, (2011) 3 (1) *Goettingen Journal of International Law*, p. 111.

²²³ *Ibidem*, p. 126.

²²⁴ Caso Volga, párr. 73.

²²⁵ Caso Volga, párr. 75 y 76.

²²⁶ *Ibidem*, párr. 86.

razonable u otra garantía razonable bajo el Artículo 73 inciso 2 y el Artículo 292, lo cual rechazó.²²⁷

En el asunto del Hoshinmaru, el TIDM consideró que los aproximadamente US\$ 862.000 de fianza no eran razonables, por estar basada en las máximas penalidades que podrían aplicarse al dueño y al capitán y, en este caso, tampoco debería calcularse la fianza sobre el valor del buque por ser pasible de confiscación.²²⁸ Parece, de acuerdo a lo decidido en el asunto, que la fianza será reducida si la seriedad de las ofensas alegadas no se condice con los hechos.²²⁹ Es ahora claro que al fijar la fianza razonable, el Tribunal no tendrá en cuenta las penalidades internas que no se correspondan con la gravedad de las ofensas evaluadas por los jueces. En particular, la confiscación, si es desproporcionada en relación a la ofensa alegada, no se reconocerá y el valor del buque no formará parte de la fianza. Lo mismo podría ocurrir con aquellas multas que son abusivas o se adoptan sin respetar las debidas garantías procesales.²³⁰

En el caso del Juno Trader, el solicitante requirió del Tribunal la orden de liberación del buque y la tripulación sin que se constituya fianza o garantía alguna.²³¹ En el caso Saiga había afirmado el TIDM que la liberación debe hacerse bajo la constitución de una fianza razonable u otra garantía financiera, ya que el Tribunal no podía acceder al pedido de SVG que no se constituyera ninguna fianza o fuera solo de carácter simbólica. La constitución de una fianza o garantía es una *conditio sine qua non* en vista de la naturaleza del procedimiento de pronta liberación.²³²

El Tribunal confirmó que para que la fianza u otra garantía financiera sea razonable para el fin del Artículo 292, depende de varios factores, incluidos -pero no limitados a- la gravedad de los delitos alegados, posibles penas en el derecho interno del Estado ribereño, el valor del buque y el monto y forma de la fianza fijada. Sin embargo, al no enunciar una lista más detallada de consideraciones relevantes, y rechazar expresamente incluir una dirección al peso dado a cada factor, la decisión no ofrece una pauta clara sobre cómo se puede lograr el balance.²³³ La visión del Tribunal en estos temas se refleja sobre el proceso de balancear los

²²⁷ Caso Volga, párrafos 79 y 80.

²²⁸ Caso Hoshinmaru, párr. 93: *'The Tribunal notes in this respect that the applicable Russian regulations do not foresee automatic inclusion of the value of the arrested vessel in the assessment of the bond.'*

²²⁹ COGLIATI-BANTZ Vincent, 'International Tribunal for the Law of the Sea, Hoshinmaru (Japan v Russian Federation) and Tomimaru (Japan v Russian Federation), Prompt Release Judgments of 6 August 2007', (2009) 58 (1) *ICLQ*, p. 251.

²³⁰ *Ibidem*, p. 257.

²³¹ Caso Juno Trader, párr. 96.

²³² Caso Saiga, párr. 81.

²³³ ROTHWELL y STEPHENS, 'Illegal Southern Ocean Fishing...', *op. cit.*, p 186.

intereses del Estado ribereño y del Estado del pabellón. Dos aspectos del caso Volga sugieren que se dio un poco más de fuerza a los Estados del pabellón, al adoptar un enfoque restrictivo de los factores relevantes para determinar la razonabilidad de la fianza.²³⁴

En el cuadro del Anexo III se observa que siempre la fianza fijada por el TIDM ha sido más baja que la del Estado retentor, pero también mucho más alta que la del Estado demandante. Es difícil, entonces, darle la razón a aquellos que sostienen que el Tribunal ha favorecido al Estado del pabellón, como asimismo a quienes consideran que el Estado ribereño ha tenido más ‘favoritismo’ por parte de los jueces. Capaz el punto a corregir sea una enunciación clara y expresa sobre el valor que se le asigna a cada ítem al momento de determinar el monto de la fianza. Se sabe qué factores forman parte de la fianza, pero no el peso que cada uno tiene en la constitución final de la fianza, y el porqué tiene esa influencia y otros factores no la tienen. Por supuesto que cada caso es único y requiere un abordaje especial, donde no se puede meramente repetir y utilizar las mismas valoraciones sobre los factores que en casos anteriores, pero aún así, existe una falta de explicación por parte del Tribunal respecto al tema.

En este tipo de procedimientos, el Tribunal puede influir en las autoridades internas de los Estados, ya sea para que liberen el buque o fijen una fianza que es determinada por los jueces del órgano judicial internacional. Estas decisiones de pronta liberación son parte de una gobernanza y regulación internacional de determinados temas, donde la globalización puede más que los egoísmos estatales, confirmando la consolidación de la tercera postura sobre la legitimidad de la jurisdicción internacional, en donde las instituciones judiciales internacionales justifican su existencia en razón de la administración y protección del régimen internacional del cual forman parte.²³⁵ No es el Estado ribereño el que con libertad y soberanía decide si liberar o no a un buque de otro Estado por haber supuestamente contravenido disposiciones de la Convención, que por cierto, son disposiciones que regulan un aspecto tan crítico y delicado como lo son los recursos marinos y el medioambiente.

La jurisprudencia del Tribunal ha sido criticada en demasía en los casos de pronta liberación, más que nada por la falta de mayores razones y coherencia que justifiquen las fianzas que determina. Un autor expresa que podría pensarse que ayudaría a la cuestión del medio marino y conservación de recursos marinos, que el TIDM tuviera en cuenta las preocupaciones de los Estados ribereños al fijar la fianza.²³⁶ No se advierte que exista cierta

²³⁴ *Ibidem*, p. 183.

²³⁵ BOGDANDY Armin Von y VENZKE Igor, *op. cit.*, p. 24.

²³⁶ CHAKRABORTY Anshuman, *op. cit.*, p. 114.

parcialidad de los jueces al respecto, y se ha visto en el presente Capítulo que los intereses del Estado ribereño se tuvieron en cuenta para fijar la fianza. No debe olvidarse tampoco la total inexistencia de este tipo de procedimientos hasta la entrada en vigencia de la Convención, y que solo el TIDM ha lidiado con ellos. Es normal que existan en los primeros asuntos temas que necesitan de una mayor construcción jurídica, o afirmaciones del Tribunal que puedan no conformar a los actores del régimen.

3. Facilitando Soluciones para Vecinos con Discrepancias

Además de balancear los derechos de Estados con intereses contrapuestos, otra función del Tribunal consiste en lograr que los mismos puedan solucionar sus controversias. Los jueces han actuado de manera de conciliar los intereses estatales, sin perder de vista el aspecto global del régimen, la administración del mismo y la protección del medio marino. En el asunto que se describe a continuación, se comienza por rescatar como los jueces pudieron proponer ciertos puntos que fueron efectivos para las partes al tener que negociar sobre sus diferencias. La controversia comentada es una de las que afectó las relaciones entre Singapur y Malasia y que por sus particularidades vale tenerla presente.²³⁷ Este es un caso que tiene explicación tanto dentro de la postura de la soberanía estatal, y de esta manera comprender y decidir el diferendo de acuerdo a los intereses estatales, como dentro de la postura de responder a la comunidad internacional, ya que la protección del medio marino no fue dejada de lado en detrimento de una solución satisfactoria para las partes.

Singapur es un país ubicado al sur de la Península Malaya. Cuenta con una isla principal y varias pequeñas, que suman un total de 680 km. cuadrados de territorio. Se encuentra separado de Malasia; en el Norte, Este y Oeste por el Estrecho de Johor; y en el Sur, el Estrecho de Singapur lo separa de Indonesia. Su población es de casi 5 millones de habitantes, con una densidad de 6600 habitantes por km. cuadrado, convirtiéndolo en uno de los países con mayor densidad poblacional que existen. Cuenta con uno de los puertos más activos del mundo, y se ha constituido como un centro financiero internacional en las últimas décadas. El país se ve compelido, por estas limitaciones geográficas, a implementar diversos planes de uso de la tierra y asegurarse que para el desarrollo a largo plazo cuente con el espacio

²³⁷ *Caso concerniente a la recuperación de tierras de Singapur en y alrededor del Estrecho de Johor (Malasia v. Singapur)*, medidas provisionales, orden del 8 de octubre de 2003.

físico necesario. El crecimiento esperado de la población y la industria requieren la intensificación del uso de la tierra. Los trabajos de recuperación de tierras realizados en los últimos 30 años han permitido que el país incremente su territorio de 580 a 680 km. cuadrados.²³⁸

Los dos países han tenido siempre diferencias sobre distintos asuntos. Estos incluyeron el acceso al espacio aéreo de Malasia de aeronaves militares de Singapur, el costo del agua que el primero le vende al segundo, y el plan de Malasia de construir otro puente para conectar a los dos países. También Singapur quería que su vecino del norte cambiara de lugar la terminal de pasajeros de trenes que todavía estaba en su territorio, un tema que se pudo resolver en el 2010. Y existe una controversia de delimitación marítima en el llamado ‘punto 20’ en la zona de *Tuas*. Esta se generó en 1979, cuando Malasia publicó un mapa proclamando su mar territorial y plataforma continental, en donde se genera la protesta de Singapur por unos puntos limítrofes no muy claros, objetando el reclamo malayo desde esa fecha. Finalmente, en su momento se sometió a la Corte la soberanía sobre una isla en el estrecho de Singapur llamada *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, y las rocas de *Middle Rocks*.²³⁹

Respecto a la controversia abordada por el TIDM, se llevaron a cabo reuniones los días 13 y 14 de agosto de 2003, en las cuales se puso énfasis en la adopción de un enfoque cooperativo, que incluyera el intercambio de información y más reuniones. El hecho es que Singapur, de acuerdo a Malasia, tuvo una conducta unilateral al proceder con sus proyectos, sin notificarle o consultarle previamente. En particular, cualquier evaluación de impacto ambiental que hubiera hecho Singapur nunca fue compartida con Malasia. Como los efectos del recupero de tierra limitan la navegación en la parte este del Estrecho de Johor, es interés malayo que ese canal este libre para la navegación en todo momento para buques de todos los tamaños. Ambas partes citaron y mencionaron numerosas reuniones e intercambios de notas que tuvieron lugar sobre la controversia, antes de ser sometida al Tribunal. Debido a que tanto Malasia como Singapur no realizaron declaraciones escritas sobre la elección del fuero, de acuerdo al Artículo 287, se entendió que habían aceptado el arbitraje del Anexo VII de la Convención. El 4 de julio de 2003, Malasia inició los procedimientos, y al no haberse constituido el tribunal arbitral, el 5 de septiembre del mismo año, Malasia le solicitó al

²³⁸ El trabajo de recuperación de tierras se ha convertido para varios países en la única manera de afrontar su crecimiento poblacional y económico. Por ejemplo, de esta manera Japón construyó un aeropuerto en una isla artificial, Holanda tiene sus famosos polders. Incluso el Emirato de Dubai ha construido islas artificiales.

²³⁹ Caso ‘*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge*’ (Malaysia/Singapore), 23 de mayo de 2008. La Corte encuentra que sobre Pedra Branca tiene soberanía Singapur y sobre Middle Rock, Malasia.

Tribunal, de acuerdo al Artículo 290, inciso quinto de la Convención, que decretara medidas provisionales.

De acuerdo a Malasia, las acciones de recuperación de tierras de Singapur en *Pulau Tekong y Tuas* (en el mar territorial de Singapur) tienen el potencial de causar un serio e irreversible daño al medio marino, perjudicando los derechos de Malasia. Entre estos daños se mencionan cambios en la corriente de las aguas, en la sedimentación y la erosión de la costa. Los impactos también se sienten en la navegación y la estabilidad de algunas estructuras, en especial, en la base naval malaya de *Pulau Tekong*. Los trabajos de recuperación en esas islas ya están terminados, y solo falta completar su relleno.²⁴⁰ Nunca se discutió entre las partes que un Estado tiene el derecho soberano de recuperar tierra, que es un aspecto del derecho al desarrollo y la soberanía permanente sobre sus recursos naturales.

Por un lado, Malasia solicitó al tribunal arbitral que delimite los mares territoriales de ambos Estados en una zona determinada y que declarara que Singapur violó sus obligaciones bajo la Convención y el derecho internacional general al iniciar y continuar con sus actividades de recuperación de tierras sin notificar debidamente y consultar a Malasia. Que por ello, Singapur debía cesar dichas actividades en cualquier zona que formara parte de espacios marítimos de Malasia y restaurar la situación a como estaban antes y suspender las actividades hasta que se realizara una evaluación de los potenciales efectos medioambientales, en particular proveyera información completa sobre los proyectos y trabajos, dándole la posibilidad a Malasia de opinar sobre los mismos, y negociar las cuestiones sin resolver. Si fuera necesario, Singapur debía revisar los proyectos para minimizar y evitar riesgos o efectos de contaminación al medio marino, proveer adecuada y oportuna información a Malasia de los puentes proyectados y otros trabajos que pudieran restringir el acceso marítimo a áreas costeras o puertos en el estrecho de Johor y que compensara por los daños que pudieran causarse al país, sus personas o entidades.²⁴¹

Por otro lado, Malasia solicitó al TIDM que prescribiera medidas provisionales para que Singapur suspendiera todas las actividades de recuperación de tierras en la zona de *Pulau Tekong y Tuas*, en cercanías de los límites marítimos o zonas objeto de reclamo por parte de Malasia. Que diera información completa sobre los proyectos y trabajos, la posibilidad para opinar sobre los mismos, y negociar las cuestiones sin resolver entre ambos Estados. Singapur,

²⁴⁰ Los atrasos de Singapur en rellenar las zonas, se debe a la falta de arena y la negativa de Indonesia de seguir exportándole.

²⁴¹ *Caso concerniente a la reclamación territorial de Singapur en y alrededor del Estrecho de Johor (Malasia v. Singapur)*, laudo del 1 de septiembre de 2005, en Reports of International Arbitral Awards (Vol. XXVII, Naciones Unidas, Nueva York, 2008) pp.133-145.

por su parte, solicitó al Tribunal que se rechace el pedido de medidas provisionales y que Malasia pague las costas del proceso. Los jueces, por unanimidad, decidieron prescribir medidas provisionales, pero distintas a aquellas solicitadas por las partes.²⁴²

Ordenó el TIDM que Malasia y Singapur debían cooperar y consultarse en orden a establecer prontamente un grupo independiente de expertos con el mandato de realizar un estudio, en los términos de referencia acordados por Malasia y Singapur. Debía determinar el grupo, dentro de un período que no excediera de un año desde la fecha de la Orden, los efectos de la recuperación de tierras de Singapur y proponer, si era apropiado, medidas para lidiar con cualquier efecto adverso de dichas actividades. Singapur tenía que preparar un informe sobre los trabajos de relleno en el Área D en *Pulau Tekong* e intercambiar, de manera regular, información sobre los trabajos de recupero de tierra y evaluar los riesgos o efectos de ellos. Las partes debían efectuar los compromisos destacados en la Orden y evitar cualquier acción incompatible con su efectiva implementación. Y sin perjuicio de sus posiciones sobre cualquier asunto ante el tribunal arbitral, tenían que consultarse con vistas a llegar a un pronto acuerdo respecto a las medidas temporales en el Área D de *Pulau Tekong*, para asegurar que las operaciones de relleno pendientes de completarse del estudio referido con anterioridad, no perjudicaran la capacidad de Singapur de implementar los compromisos asumidos durante el procedimiento ante el TIDM.²⁴³

Además, Singapur no debía realizar la recuperación de tierras en formas que pudiera causar un perjuicio irreparable a los derechos de Malasia o graves daños al medio marino, tomando especialmente en cuenta los informes del grupo de expertos independientes. Ambos países debían presentar un informe inicial a más tardar el 9 de enero de 2004 a ambos tribunales, excepto que el tribunal arbitral decidiera de otra manera. El Tribunal no consideró apropiado prescribir medidas provisionales respecto al sector de *Tuas*, al no estar presentes los requisitos para ello.²⁴⁴

El 10 de octubre de 2003, el presidente del Tribunal se dirigió al presidente del tribunal arbitral para notificarle la designación de 3 árbitros de acuerdo al Artículo 3 del Anexo VII, de

²⁴² Caso del Estrecho de Johor, párr. 106.

²⁴³ Los compromisos asumidos consistían, de acuerdo a los párrafos 85 a 87 de la Orden, en: ‘... *If, after having considered the material... Malaysia believes that Singapore had missed some point or misinterpreted some data and can point to a specific and unlawful adverse effect that would be avoided by suspending some part of the... works, Singapore would carefully study Malaysia’s evidence. If the evidence were to prove compelling, Singapore would seriously reexamine its works and consider taking such steps as are necessary and proper, including a suspension... to deal with the adverse effect in question;*’ *‘Malaysia and Singapore jointly sponsor and fund a scientific study by independent experts’* ‘... *regarding Area D, no irreversible action will be taken by Singapore to construct the stone revetment around Area D pending the completion of the joint study, which should be completed within a year*’

²⁴⁴ Caso del Estrecho de Johor, párr. 73.

esta manera terminando de constituir el tribunal arbitral. Tras consultar con las partes, el 19 de julio de 2004, éste estableció sus reglas de procedimiento, designando al International Bureau de la Corte Permanente de Arbitraje como secretaría. El 24 de septiembre del mismo año, las partes notificaron a ambos tribunales que el grupo de expertos establecidos siguiendo la Orden del Tribunal había completado su trabajo sobre el informe provisorio de los trabajos de relleno. El 8 de noviembre del mismo año se presentó el informe final. En una conferencia llevada a cabo en La Haya el 10 de enero de 2005, las partes informaron al tribunal arbitral que habían llegado a un acuerdo sobre un borrador de '*Settlement Agreement*', el 26 de abril de dicho año lo firmaron y entró en vigor.²⁴⁵

El mencionado acuerdo expresamente establece que su contenido se basa y fundamenta en la Orden del Tribunal. Las partes establecieron conjuntamente un Grupo de Expertos para realizar los estudios previstos, designando a una consultora internacional para llevar a cabo los informes detallados para asistir a aquel. El Grupo completó el estudio y entregó el informe final a las partes el 5 de noviembre de 2004, y fue aceptado por ambas. La forma en que se implementaron las recomendaciones consistió en diversas tareas y trabajos que Singapur realizaría para mejorar sus trabajos en la zona,²⁴⁶ asegurando a Malasia que incluso luego de los trabajos que se realicen en *Pulau Tekong*, el paso de buques a través de *Kuala Johor* y *Calder Harbour* no se vería afectado.

Las partes acordaron expandir los términos de referencia del Comité Ambiental Conjunto Malasia-Singapur para incluir el intercambio de información y discutir temas que afectan el ambiente en el Estrecho de Johor. Igualmente para llevar a cabo actividades de monitoreo en relación a sus respectivos ambientes y encarar los impactos negativos si fuera necesario. El monitoreo incluiría la calidad de las aguas para proteger el medio marino, el estuario, la ecología y morfología. Cada parte mantendría a la otra informada, de manera regular, del progreso y la implementación de las recomendaciones del Grupo. El 18 de mayo de 2005, ambas partes solicitaron conjuntamente al tribunal arbitral que diera un laudo final vinculante para las partes en los términos del '*Settlement Agreement*'. Por lo que el tribunal

²⁴⁵ *Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and Around the Straits of Johor* (Malaysia v Singapore), Settlement Agreement, 26 April 2005.

²⁴⁶ Se modificaría el diseño final de la línea costera en el Área D de *Pulau Tekong* y se realizaría un dragado de mantenimiento. También se aerodinamizaría el cauce '*Changi Finger*', se reemplazarían ciertos revestimientos sobre el lado este del Área D con un revestimiento de protección final. Esto llevaría al ensanchamiento del Canal '*Calder Harbour*', reduciendo las velocidades al otro lado del Canal y en *Kuala Johor*. Singapur se encargaría de pagar el costo total de los trabajos de protección contra el socavamiento en el malecón *Tanjung Belungkor*, Malasia sería responsable del costo total de los mismos trabajos pero en el malecón de *Pulau Tekong*. Por último, Singapur pagaría a Malasia un monto de dinero para ser distribuido entre los pescadores, como compensación por las pérdidas resultantes de los trabajos de recuperación de tierras.

arbitral se consideró con competencia para dictar el laudo, y accedió al pedido de las partes. En otras palabras, no hizo sino ratificar el acuerdo, que se basa en la Orden del Tribunal.

Cuando se piensa en la efectividad de un órgano judicial internacional, suele dejarse de lado aspectos casi invisibles o que a primera vista parecen secundarios. Como toda institución internacional, la paz y seguridad internacionales son la finalidad última del Tribunal. La más cercana si se quiere, es solucionar las controversias que se le presenten. En el medio aparecen una serie de metas que se mencionaron en el Capítulo II de esta tesis. Lo más remarcable de esta sentencia puede decirse que es que ha sido el TIDM, en base al dictado de medidas provisionales, el que pudo acercar a las partes e influir en ellas, y no así el tribunal arbitral donde recayó el fondo de la controversia, por ende, con mayores herramientas para intervenir. Pero también se puede aseverar que la mayor enseñanza que deja el Tribunal, es haber claramente instado a Singapur y Malasia a negociar en base a criterios claros, flexibles, con margen para que los Estados pudieran adoptar decisiones, logrando directamente la solución de la controversia, pero al mismo tiempo, dejando diversos aportes a otras de sus metas. Verbigracia, reflexiónese sobre sus aportes a la protección del medio marino, al equilibrio que debe existir entre los intereses estatales y aquellos de la comunidad internacional, y al papel que pueden ocupar, con criterio y humildad, los tribunales y cortes internacionales.

CAPÍTULO V

LA PROTECCIÓN DEL RÉGIMEN PARA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.

1. La Protección del Medio Marino en Beneficio de la Comunidad Internacional

A. *El 'reciente' interés por la protección del medio ambiente*

Una de las áreas cuya génesis es relativamente reciente es la protección jurídica del medio ambiente, que por lo demás, hasta hace unos escasos años no ha formado parte del docket de asuntos ante los tribunales internacionales.²⁴⁷ Hasta la década de 1990, la Corte entendió en pocos casos con aristas ambientales, y las sentencias no establecieron precedentes

²⁴⁷ Cfr. BOYLE Alan, 'The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea', (2007) 22 (3) *IJMCL*, p. 369. Hasta la década de 1990 existen básicamente tres laudos en material ambiental: 'Award between the United States and the United Kingdom, relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering's sea and the preservation of fur seals', decision of 15 August 1893, Reports of International Awards, United Nations, v. XXVIII, pp. 263-276, 'Affaire du lac Lanoux' (Espagne, France), 16 November 1957, Reports of International Awards, United Nations, v. XII pp. 281-317 y 'Trail smelter case' (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941, Reports of International Awards, United Nations, v. III pp. 1905-1982.

significativos para el derecho internacional del medio ambiente o su protección.²⁴⁸ Es en los últimos 20 años donde la situación se modifica radicalmente, cuando tanto la Corte como otros órganos judiciales internacionales, empiezan a recibir controversias en las cuales la protección del medio ambiente se encuentra presente.²⁴⁹ El Tribunal por su parte, entendió en cuatro asuntos con claras aristas ambientales, sin perjuicio de lo cual otros casos indirectamente podrían tener efectos sobre el tema, por lo que su contribución no es en absoluto desdeñable.²⁵⁰

La mayoría de los instrumentos ambientales contienen normas *soft law*, cuya cristalización a nivel consuetudinario de sus principios no es clara aún. En el caso de la Convención, las disposiciones destinadas a proteger el medio marino están redactadas, por lo general, de manera amplia y vaga, pero son vinculantes de toda manera, vgr. el Artículo 192 establece que 'Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino'. Podemos decir, entonces, que el desarrollo de la protección del medio ambiente en el derecho internacional puede considerarse reciente y en vías de madurez. El régimen de los océanos, en particular, se ha convertido en un área compleja, en donde participan distintos actores y para lo cual es necesario contar con instituciones especializadas que puedan regularlo adecuadamente, sin poner en peligro el delicado equilibrio del ecosistema marino.

En particular, el Tribunal ha construido -a partir de los casos en que intervino- una función prominente en la gobernanza de los océanos, y en lo que aquí interesa, en el desarrollo e interpretación del derecho internacional referido a la protección del medio marino.²⁵¹ Puede

²⁴⁸ Hasta 1996, podemos mencionar '*Fisberies Jurisdiction*' (United Kingdom v. Zealand), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 3 y '*Nuclear Tests*' (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253. A partir de 1996 tenemos: '*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*', Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, '*Gabcikovo-Nagymaros Project*' (Hungary / Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, '*Case concerning pulp mills on the River Uruguay*' (Argentina v. Uruguay), Judgment 20 April 2010, '*Aerial Herbicide Spraying*' (Ecuador v. Colombia) actualmente en trámite y el más reciente '*Whaling in the Antarctic*' (Australia v. Japan).

²⁴⁹ Por ejemplo, el Órgano de Apelación de la OMC entendió en las siguientes diferencias: '*Estados Unidos – Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón*', Ab-1998-4, Informe del Órgano de Apelación (12 de octubre de 1998), WT/DS58/AB/R, '*Comunidades Europeas – Medidas que afectan al Amianto y a los Productos que contienen Amianto*', Ab-2000-11, Informe del Órgano de Apelación (12 de marzo de 2001), WT/DS135/AB/R, '*Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*', Informe del Órgano de Apelación (29 de abril de 1996), WT/DS2/AB/R. En el GATT hay registradas seis diferencias relacionadas con medidas relativas al medio ambiente o la salud humana (art. XX del Acuerdo General).

²⁵⁰ Concluye Alan BOYLE: '*So although there has been a very great increase in environmental litigation, no court has either monopolized or dominated the field*', op. cit., p. 372.

²⁵¹ Cfr. ROTHWELL Donald R.; '*What does seem clear however is that from the cases which ITLOS has been involved in there is considerable potential for it to play an important role in oceans governance, not only through its resolution of disputes but also through a contribution to the development and understanding of the law as it particularly applies to marine environment protection.*' en 'The Contribution of ITLOS

advertirse un énfasis en el desarrollo, consolidación y diseño de normativa específica para lograr los objetivos institucionales y de interés global relacionados con el fortalecimiento del régimen sobre el cual funciona el Tribunal. No solo las partes en una controversia tienen sus derechos y legítimas expectativas en juego, sino que los daños al mismo pueden afectar a toda la comunidad internacional. Así, se ha sugerido que la Convención pone de manifiesto que la conservación de recursos vivos en alta mar es un objetivo que trasciende el interés inmediato de las partes y es un objetivo perseguido por la comunidad internacional en su conjunto.²⁵²

Una autora argumenta que desde una perspectiva del derecho internacional del medio ambiente, el sistema de solución de controversias de la Convención tiene un mérito considerable. Provee una opción para hacer cumplir obligaciones ambientales bajo su marco, a través de mecanismos obligatorios, en oposición a las normas *soft law* presentes generalmente en acuerdos ambientales. Sin estos mecanismos, las acciones irresponsables de un Estado podrían deshacer el esfuerzo de otros Estados e instituciones encaminadas hacia una correcta gobernanza ambiental.²⁵³ Ilustrativa de este punto es la Opinión Consultiva de la Sala, al clarificar las obligaciones del Estado patrocinante respecto a las actividades en la Zona y contribuir al fortalecimiento del régimen que regula dicho espacio marítimo.

Como se expondrá, los criterios del TIDM son novedosos en lo que hace a la protección del medio marino, y ha establecido directrices dignas de resaltar. Ningún otro tribunal internacional ha generado tal *corpus iuris* en la materia. El punto que a resaltar es justamente como los jueces, al resolver una controversia o emitir una opinión consultiva, construyen un razonamiento que está atravesado por la protección del medio marino, más allá del interés de las partes o de lo superficiales o vagas que puedan parecer las normas de la Convención. A su vez, las normas se han interpretado tomando un enfoque evolutivo en determinados casos, cuando el concepto es uno que implica tomar en consideración desarrollos económicos o técnicos, caso claro en el alcance dado al ‘medio marino’ o al ‘enfoque precautorio’. También cuando el concepto tiene una naturaleza general o está expresado en términos amplios que deben tomar en cuenta las circunstancias cambiantes del régimen. Estas formas de interpretación representan un mecanismo idóneo para las normas ambientales, que se encuentran en constante evolución, permitiendo una más adecuada protección del medio marino.

to Oceans Governance through Marine Environmental Dispute Resolution’, en WOLFRUM Rüdiger y NDIAYE Tafsir Malick (eds), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007) p. 1009.

²⁵² RAO Chandrasekhara P., ‘TLOS: The First Six Years’, (2002) 6 *MPYUNL*, p. 253.

²⁵³ RASHBROOKE Gwenaële, ‘The International Tribunal for the Law of the Sea: a forum for the development of principles of international environmental law?’, (2004) 19 (4) *IJMCL*, p. 516.

B. *Proveyendo de un adecuado alcance al concepto de medio marino*

Una manera de actuar como actor en la gobernanza de los océanos consiste en comprender el alcance del objeto a ser protegido, en este caso el medio marino, y proporcionarle un contenido adecuado al mismo que permita su efectiva protección. Adoptar una visión restrictiva probablemente impediría dicho objetivo, y a la vez limitaría la competencia del Tribunal. La adopción de una visión amplia, en cambio, parece reflejar lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales, como la Agenda 21 de la Conferencia de Río, la Convención sobre la Diversidad Biológica, el Acuerdo de Nueva York y los Reglamentos de la Autoridad, que contienen numerosas obligaciones a cargo de los Estados en relación a la protección del medio ambiente.

El primer punto a destacar, entonces, es el concerniente al alcance que el Tribunal le ha dado al término medio marino, evitando adoptar una visión restringida del mismo, sino amplia y que permite un abordaje comprehensivo de la problemática ambiental. El TIDM ha establecido expresamente que la conservación de los recursos vivos del mar es un elemento en la protección y preservación del medio marino.²⁵⁴ Conscientes de que la Convención así lo dispone, es digno de notar que haya un órgano judicial internacional que afirme categóricamente este punto. Así, ha permitido proteger especies altamente migratorias, como el atún de aleta azul del sur, e indirectamente influye en las actividades en la Zona, al tener que contemplar que dichas actividades no afecten a los recursos vivos.

Pero hay otros ámbitos donde el Tribunal ha intervenido con la expresa finalidad de proteger el medio marino. Así lo ha hecho al abordar la cuestión de posibles vertidos de desechos nucleares en el mar de Irlanda por el funcionamiento de una planta de combustible radioactivo y el transporte de este material. Igual de remarcable es su papel ante los posibles efectos negativos sobre el medio marino de la recuperación de tierras por parte de Singapur, y al controlar las actividades de exploración y explotación en la Zona y las responsabilidades de los Estados en estas. La diversidad de las cuestiones abordadas ilustra como casi cualquier actividad del ser humano puede afectar directa o indirectamente el medio marino, incluso en los lugares más recónditos de los océanos.

²⁵⁴ *Casos del Atún de Aleta Azul del Sur*, párr. 70. Al respecto escribe Alan BOYLE en 1999 sobre la cuestión de la pesca: *No single category of international disputes since 1945 has generated more litigation than the law of the sea. At least 11 cases have been the subject of judgments in the ICJ... During the same period there have been six arbitrations and one conciliation award... Some seven of these cases were principally about fishing stocks...*, en 'Problems of compulsory jurisdiction and the settlement of disputes relating to straddling fish stocks', (1999) 14 (1) *IJMCL*, p. 2.

Respecto a este último punto, abordado por la Sala en su única Opinión Consultiva emitida a la fecha, en relación al régimen jurídico aplicable al Estado patrocinante de entidades que realicen actividades en la Zona, es interesante notar cómo adopta un criterio amplio, para incluir el taladro, dragado, excavado, eliminación de agua, construcción y operación o mantenimiento de instalaciones, tuberías y otros dispositivos relacionados con tales actividades, las cuales forman parte de la expresión actividades en la Zona.²⁵⁵ Como también la recuperación de minerales del lecho marino y su elevación a la superficie.²⁵⁶ Actividades directamente conexas, como la evacuación del agua de los minerales y la separación del material sin interés comercial, incluyendo su eliminación al mar, se consideran dentro también. Igualmente el transporte de los minerales dentro del alta mar, cuando esté directamente conectado con la extracción y elevación de los minerales. Si no fuera así, estas actividades, de las más riesgosas para el medio ambiente, estarían excluidas del régimen de responsabilidad del Estado patrocinante, y esto sería contrario a la obligación general de proteger y preservar el medio marino.

2. Aportes del Tribunal para una correcta gobernanza de los océanos

A. El deber de cooperación. Flexibilidad y sustancia

La cooperación entre partes interesadas, en cualquier ámbito, permite evitar el surgimiento de controversias y enfrentarlas de forma más eficiente, sin llegar a confrontaciones que perjudiquen las relaciones de amistad entre aquellas. Entonces, la sola existencia de un deber de cooperación en los instrumentos aplicables, y que los tribunales así lo dispongan, puede favorecer considerablemente la correcta y adecuada gobernanza de los océanos. Es común que este principio se utilice profusamente y forme parte del discurso de los Estados, pero solo ocasionalmente con significado jurídico. Suele subestimarse las herramientas que posee la cooperación, y en especial, al entenderla como un deber hacia los Estados y demás sujetos de la comunidad internacional.

²⁵⁵ Párr. 85 de la *Opinión Consultiva de la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades con respecto a las actividades en la Zona Internacional de los Fondos Marinos*. 1 de febrero de 2011.

²⁵⁶ *Ibidem*, párr. 94.

Pueden encontrarse referencias al principio de cooperación en todo el articulado de la Convención. A modo de referencia, el Artículo 197 expresa: 'Los Estados cooperarán... en la formulación y elaboración de reglas y estándares, así como de prácticas y procedimientos recomendados, de carácter internacional..., para la protección y preservación del medio marino...' y el Artículo 64, en su primer inciso establece que: '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'. La cooperación deviene esencial para el régimen y no debe entenderse como un mero propósito declarativo, sino claramente prescriptivo que contribuye a fortalecerlo.

El Tribunal ha establecido que los Estados tienen el deber de cooperar directamente o a través de Organizaciones Internacionales para asegurar la conservación y óptima utilización de las especies altamente migratorias.²⁵⁷ Así se lo hace notar a Japón, Australia y Nueva Zelanda, teniendo en consideración que el listado de especies altamente migratorias del Anexo I de la Convención incluye al atún de aleta azul del sur.²⁵⁸ Es relevante para evaluar hasta qué punto las partes están cumpliendo con su obligación de cooperar, expresó el TIDM, la conducta que despliegan en la Organización Internacional de la cual son miembros, en este caso la Comisión para la Conservación del Atún de Aleta Azul del Sur, y la conducta con respecto a terceros, ya que deben tomar en cuenta las acciones de estos, que pescan también la especie, pero en la controversia en cuestión son terceros.²⁵⁹

Continuó sosteniendo el Tribunal, que el deber de cooperar es un principio fundamental en la prevención de la contaminación del medio marino, tanto bajo la Parte XII de la Convención como en el derecho internacional general, y de estas fuentes surgen derechos que el TIDM puede considerar apropiado preservar.²⁶⁰ Es destacable que esta afirmación se extiende incluso al ámbito del derecho internacional general, y no sólo del derecho del mar. Además, contribuye a la aplicación del principio la claridad y lenguaje claro utilizado por los jueces, que no admite interpretaciones divergentes. La cooperación es un

²⁵⁷ Párr. 48 Casos del Atún de Aleta Azul del Sur. Debe leerse el principio de cooperación en relación y conjuntamente con las demás disposiciones de la Convención. El TIDM utiliza las reglas de interpretación del derecho de los tratados (Convención de Viena de 1969).

²⁵⁸ Casos del Atún de Aleta Azul del Sur, párr. 49.

²⁵⁹ *Ibidem*, párr. 50.

²⁶⁰ Caso de la Planta de MOX, párr. 82.

deber, y la falta de cumplimiento del mismo puede generar derechos y pretensiones hacia la otra parte de una disputa.

Así, resulta claro que la conservación de los recursos vivos es un objetivo primordial del derecho del mar, por ello, la cooperación entre los actores del régimen deviene fundamental y es intrínseca al mantenimiento del mismo. Entonces, las faltas o infracciones pueden ser valoradas de manera distinta al existir un marco de cooperación previo. En efecto, el Tribunal pudo expresar que, como la Federación Rusa y Japón cooperan cercanamente en relación a las actividades pesqueras y han establecido un marco institucional para consultas relativas a la administración y conservación de las poblaciones de peces que también entiende en el cumplimiento de las normas aplicables en la ZEE de la Federación Rusa en el Pacífico,²⁶¹ los delitos por ellos cometidos pueden ser vistos como transgresiones dentro de un marco más amplio de cooperación. Por ende, el Tribunal entendió que los delitos cometidos por el Capitán del buque *Hoshinmaru* no debían ser considerados como menores o de una naturaleza puramente técnica. El monitoreo de las capturas del buque, que requiere de informes precisos, es uno de los medios esenciales para administrar y conservar los recursos marinos vivos.²⁶² Ergo, la falta o infracción no se toma de manera aislada, sino que el contexto, como la finalidad de la Convención y el régimen oceánico influyen en la gravedad de aquella.

Este principio es aplicado por los jueces al decretar medidas provisionales para que las partes en una controversia -Irlanda y el Reino Unido - cooperaran entre sí, y para ello iniciaran consultas con el fin de intercambiar información respecto a las posibles consecuencias en el Mar de Irlanda que surgieran del funcionamiento de una planta de combustible nuclear, monitorearan los riesgos o efectos de la operación de la planta sobre los espacios marítimos, y diseñaran medidas para prevenir la contaminación al medio marino que pudiera resultar de la operación de la misma.²⁶³ Se puede ver como a partir del principio de cooperación, el Tribunal diseñó un plan detallado en orden a proteger el medio marino que excede los meros intereses o derechos de las partes. Las expresiones que puede tomar el principio permiten la correcta imaginación de los jueces y proponer medidas novedosas y efectivas para lidiar con la controversia que pueda presentarse.

Aún más, aunque rechazó, en el caso mencionado, las medidas solicitadas por Irlanda, el Tribunal decretó igualmente medidas provisionales basadas en el deber de cooperación. Es

²⁶¹ Caso "*Hoshinmaru*" (*Japón v. Federación Rusa*), pronta liberación, sentencia del 6 de agosto de 2007, párr. 94.

²⁶² *Ibidem*, párr. 99.

²⁶³ Caso de la Planta de MOX, párr. 89.

digna de mencionar la opinión separada del Juez Wolfrum en el caso, donde expresa que la obligación de cooperar es un principio primordial del derecho internacional ambiental, en particular cuando intereses de Estados vecinos están en juego. El deber de cooperar denota un importante viraje en la orientación general del orden legal internacional. Constituye un balance entre el principio de soberanía de los Estados, y por ende asegura que los intereses de la comunidad internacional sean tenidos en cuenta *vis a vis* los intereses individuales de ellos. Es una cuestión de prudencia y cautela, como también de mantener la naturaleza primordial del deber de cooperar, tal como lo prescribió el Tribunal.²⁶⁴

En el caso del Estrecho de Johor,²⁶⁵ el TIDM prescribió medidas provisionales también basadas en el deber de cooperación, entre las cuales destacamos que Malasia y Singapur debían cooperar y consultarse mutuamente para establecer un grupo independiente de expertos, con el mandato de realizar un estudio para determinar los efectos de la recuperación de tierras por parte de Singapur en su territorio. Asimismo, se estipuló el intercambio de información sobre ello entre las partes. Pueden encontrarse algunas similitudes con el asunto de la Planta de MOX, al no aceptar el TIDM las medidas solicitadas por Malasia y dar valor a los compromisos expresados por las partes en las audiencias para diseñar las medidas decretadas. Aquí se puede apreciar como las obligaciones de cooperación transfronteriza pueden ser cumplidas por los Estados utilizando medidas provisionales. Además de ordenar a las partes cooperar en establecer el estudio independiente, intercambio de información y evaluación de riesgos, el Tribunal también advirtió que en el curso de las audiencias Singapur había dado garantías que iba a notificar, consultar y negociar con Malasia antes de proceder con los trabajos. Sin la necesidad de una decisión sobre el fondo de la controversia, Malasia se aseguró compromisos que en sustancia se refieren a todos sus derechos de cooperar bajo la Convención.²⁶⁶

Lo importante es que las medidas provisionales decretadas por el Tribunal son novedosas y no acostumbradas a verse en procedimientos incidentales, en casos que van a un tribunal arbitral para que se expida sobre los méritos, y donde las partes deben informar al TIDM de sus avances en el cumplimiento de las medidas. La unanimidad en prácticamente todas sus decisiones les da mayor autoridad. Es remarcable a su vez, que las órdenes de cooperación fueron hechas a pesar de que la evidencia a disposición de los jueces no mostrara

²⁶⁴ Opinión Separada del Juez Wolfrum en el caso de la Planta de MOX, p. 4.

²⁶⁵ Caso del Estrecho de Johor, párr. 106.

²⁶⁶ Cfr. BOYLE Alan, op. cit., 'The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea', p. 379.

que un daño irreparable fuera inminente o probable.²⁶⁷ Se destaca como a través de la cooperación, se mantienen la integridad de los principios de la Convención, reducen la tensión en los conflictos y promueven la vuelta a las negociaciones.²⁶⁸

B. La progresiva cristalización del enfoque precautorio en el derecho internacional

Uno de los temas más controvertidos a nivel internacional tiene que ver con el carácter consuetudinario del enfoque precautorio, o su misma existencia como norma jurídica internacional. Plasmado en varios instrumentos internacionales, representa una herramienta crucial para evitar una degradación ambiental ante actividades cuyos efectos no son del todo previsibles o claros. Por esta razón de incertidumbre (desde ambas perspectivas: respecto al daño y respecto a su status jurídico), los tribunales han evitado pronunciarse al respecto, a pesar de ser alegado por las partes, y paradójicamente, el Tribunal ha contribuido notablemente a la cristalización del enfoque precautorio sin, en un principio, llegar a nombrarlo en las sentencias, sino hasta recientemente.²⁶⁹

El enfoque precautorio puede interpretarse como un llamado a que la incertidumbre científica sea tenida en cuenta al tomar decisiones sobre cómo enfrentar amenazas de serios o irreversibles daños al ambiente, más que una regla estricta que debe aplicarse con el mismo resultado en cada caso.²⁷⁰ La precaución se representa, por lo general, como una obligación

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 378.

²⁶⁸ También resaltado por CHAKRABORTY respecto al asunto del Atún de Aleta Azul del Sur, op. cit., p.128. Pero estas conclusiones pueden extenderse sin problemas a los otros casos ante el TIDM donde se encuentran presentes estas características.

²⁶⁹ *'The precautionary principle has become of tremendous importance because, in many cases, the establishment of proof of cause and effect by scientists is a difficult task, sometimes almost fruitless search for an infinite series of events. In addition, in some cases the scientists will never be able to make accurate long-term predictions about the consequences of human activities, simply due to the limitations of science. In this respect, the recent SBT cases give a vivid example of how diametrically opposed the scientific evidence can become, thus revealing the subjectivity and ambiguity of scientific methods and interpretations, sometimes even depending on the side the evidence is produced for.'*, MARR Simon, 'The Southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources', (2000) 11 (4) *EJIL*, p. 820.

²⁷⁰ PEEL Jacqueline, 'Precaution – A Matter of Principle, Approach or Process?', (2004) 5 (2) *Melbourne Journal of International Law*, disponible en <http://mjil.law.unimelb.edu.au/>, p. 4. El concepto del enfoque precautorio, según la Declaración de Río de 1992 es: 'Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.'

positiva sobre los actores para prevenir la materialización de riesgos ambientales o a la salud, a pesar de la falta de certeza científica sobre su naturaleza o extensión.²⁷¹

La primera vez que un tribunal internacional se ha, por lo menos basado, en elementos del enfoque precautorio con el fin de proteger el medio marino, es en 1999 con las medidas provisionales que decreta el Tribunal en los asuntos del Atún de Aleta Azul del Sur.²⁷² Expresaron los jueces que las partes debían actuar con prudencia y cautela para asegurarse que se tomaron medidas efectivas de conservación para prevenir un daño sustancial a las poblaciones de atún de aleta azul del sur.²⁷³ Las partes debían intensificar sus esfuerzos para cooperar con otros participantes en la pesca de la especie con la vista en asegurar la conservación y promover el objetivo de óptima utilización de la población.²⁷⁴

Existía una falta de certeza científica relativa a las medidas que debían tomarse para conservar las poblaciones de atún de aleta azul, sumado a la falta de acuerdo entre las partes sobre si las medidas de conservación adoptadas habían llevado al mejoramiento de las poblaciones.²⁷⁵ Aunque el TIDM no podía evaluar de manera concluyente la evidencia científica presentada por las partes, encontró que las medidas debían tomarse de manera urgente para preservar los derechos de las partes y evitar un mayor deterioro de la población del pez.²⁷⁶ Las medidas prescriptas por el Tribunal tuvieron la finalidad de detener el deterioro de las poblaciones de atún de aleta azul del sur. Sin embargo, como había falta de certeza científica sobre si la situación de la población había mejorado, el TIDM debió evaluar la urgencia de la prescripción de medidas provisionales a la luz de la prudencia y cautela. En el

²⁷¹ PEEL Jacqueline, op. cit. ut supra, p. 5. Según la autora, no es clara aún la diferencia entre principio y enfoque: *‘What is entailed by the precautionary approach and how this might differ from implementation of the precautionary principle is not clear. Many eminent commentators on international environmental law regard the distinction as without meaning...’*, p. 8.

²⁷² MARR Simon: *‘Thus the Order was historic because, for the first time in international environmental law, an international judicial body applied the precautionary approach directly, although it did not expressly say so.’*, op. cit., p. 827. BOYLE Alan: *‘The precautionary principle or precautionary approach has been pleaded in several cases before various international tribunals, but the ITLOS ruling in Southern Bluefin Tuna remains the only one that comes closest to applying the concept.’*, op. cit., *‘The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea’*, p. 373.

²⁷³ *‘the parties should in the circumstances act with prudence and caution to ensure that effective conservation measures are taken to prevent serious harm to the stock of southern bluefin tuna’*, caso del Atún de Aleta Azul del Sur, párr. 77. El Juez Laing en su Opinión Separada en el caso, párr. 13: *‘In my view, these statements are pregnant with meaning.’*

²⁷⁴ *‘the parties should intensify their efforts to cooperate with other participants in the fishery for southern bluefin tuna with a view to ensuring conservation and promoting the objective of optimum utilization of the stock’*, caso del Atún de Aleta Azul del Sur, párr. 78.

²⁷⁵ *‘there is scientific uncertainty regarding measures to be taken to conserve the stock of southern bluefin tuna and that there is no agreement among the parties as to whether the conservation measures taken so far have led to the improvement in the stock of southern bluefin tuna’*, caso del Atún de Aleta Azul del Sur, párr. 79.

²⁷⁶ *‘although the Tribunal cannot conclusively assess the scientific evidence presented by the parties, it finds that measures should be taken as a matter of urgency to preserve the rights of the parties and to avert further deterioration of the southern bluefin tuna stock’*, caso del Atún de Aleta Azul del Sur, párr. 80.

presente caso, parece que el requisito de urgencia se satisfizo solamente a la luz del enfoque precautorio. En otras palabras, el enfoque precautorio es inherente a la misma noción de medidas provisionales.²⁷⁷

No sorprende, por ello, la cantidad de estudios considerando esta Orden del Tribunal y los múltiples puntos que merecen resaltarse. La urgencia, por un lado, está dada por intentar detener la tendencia hacia el colapso y deterioro de la población de atún de aleta azul del sur,²⁷⁸ y no por el peligro de colapso de la misma en los meses entre el dictado de la Orden y el tiempo que el tribunal arbitral esté en condiciones de decretar medidas provisionales. Lo que permite afirmar que indiscutidos e históricos niveles bajos de la biomasa parental (*'parental biomass'*) de una población de pez, satisface el umbral de daño serio necesario para iniciar acciones ambientales.²⁷⁹

En decidir la prescripción de medidas provisionales a pesar de que la evaluación de la evidencia científica era inconclusa, el Tribunal dio una especial consideración al estándar de prevenir daños graves al medio marino. Aunque el estándar no fue expresamente invocado por Australia y Nueva Zelanda, era inherente en el concepto del principio precautorio (involucrando falta de certeza científica y la amenaza de grave e irreversible daño), sobre el cual ambos Estados basaron sus memoriales. Importante es que la urgencia se evalúe en base al recurso vivo y su estado, y no al tiempo que puede llevar constituir un tribunal arbitral y que esté en condiciones de deliberar. La visión puesta en la conservación de la especie, es claramente un postulado ambiental y no formalista o procedimental.²⁸⁰

De acuerdo a Kwiatkowska, la aplicación del estándar del Artículo 290 para prevenir serios daños al medio marino, refleja la conciencia y sensibilidad de los jueces hacia los deberes ambientales de los Estados en el derecho internacional contemporáneo. Efectivamente, parece que el estándar le sirvió al Tribunal como objetivo primordial, al cual el tratamiento de la competencia *prima facie*, la urgencia y otras cuestiones procedimentales, se subordinaron.²⁸¹ Se le otorgó primacía a una de las funciones del TIDM, la protección del régimen, por sobre cuestiones de forma que no pueden entorpecer el cumplimiento de las

²⁷⁷ Opinión Separada del Juez Treves en los asuntos del Atún de Aleta Azul, párrafos 8 y 9.

²⁷⁸ Cfr. MARR Simon, op. cit., p. 819. Juez Treves, Opinión Separada citada, párr. 8.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 827.

²⁸⁰ En su Opinión Disidente, el Juez Vukas expresó que no existía urgencia para la intervención del Tribunal. Lo que permite afirmar, si se sigue incluso el pensamiento del Juez, en que el Tribunal dio prioridad a la protección del medio marino y no a formalismos obstructivos de la justicia.

²⁸¹ KWIATKOWSKA Barbara, '[Case Note] Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Order on Provisional Measures (ITLOS Cases Nos. 3 and 4)' (2000) 94 (1) *AJIL*, p. 153.

metas por parte del órgano judicial, mucho menos cuando es la comunidad internacional en su conjunto la interesada.

Parte de la doctrina ha puesto de manifiesto el lenguaje utilizado por el Tribunal en la parte dispositiva de la Orden, para así concluir que las primeras cuatro medidas decretadas por el Tribunal son obligatorias, al usar el término ‘*shall*’, pero como en la quinta y sexta medida se utilizó el término ‘*should*’, no serían obligatorias.²⁸² No se está de acuerdo con esta interpretación, la práctica de la Corte en los últimos años es haber expresado claramente la obligatoriedad de las medidas, a pesar del uso del término ‘*should*’. Las medidas provisionales, como se expresa en el Capítulo II, son por su propia naturaleza de orden judicial, obligatorias y aún cuando no es lo más correcto técnicamente este doble uso de términos, de ninguna manera tiene efectos sobre el deber de las partes para cumplirlas. Tampoco con lo expresado por Kwiatkowska, en cuanto al análisis de la competencia *prima facie* del Tribunal, en parte por lo establecido posteriormente en el laudo del tribunal arbitral en el caso.²⁸³

El lenguaje es repetido en el caso de la Planta de MOX, donde nuevamente no había certeza científica para determinar los efectos y riesgos del funcionamiento de la planta en el mar de Irlanda, y se indica a la prudencia y cautela para cooperar en el intercambio de información.²⁸⁴ En consonancia se encuentra el caso del Estrecho de Johor, donde los jueces expresan ‘*that it cannot be excluded that, in the particular circumstances of this case, the land reclamation works may have adverse effects on the marine environment.*’²⁸⁵ Es importante que en estas tres sentencias el Tribunal siguiera sus precedentes, utilizando los mismos términos al referirse y al prescribir las medidas, contribuyendo así a la formación de un *stare decisis* (como también a una de las características del sistema, el ser *user friendly*). No hay dudas que el enfoque precautorio está presente y en él se basa el TIDM, así además, lo confirman los jueces en sus opiniones separadas.²⁸⁶

²⁸² *Ibidem*, p. 156.

²⁸³ ‘*In the present case, as well as in the preceding 1998 M/V "Saiga" (No.2) Order (Provisional Measures) rendered under Article 290 (1), the Tribunal... has given the applicants "the benefit of a great many doubts." This benefit may also have extended to the Tribunal's liberal approach to other issues, including the question of urgency and that of exhausting procedures under Part XV, section 1, before resorting to compulsory arbitration...?*’, KWIAWKOWSKA Barbara, *ut supra*, p. 155. Aquí se sostiene que liberal es el Tribunal en comparación con la doctrina de la Corte, pero que su pensamiento está acorde con el actual desarrollo y estado del derecho internacional.

²⁸⁴ Caso de la Planta de MOX, párr. 84.

²⁸⁵ Caso del Estrecho de Johor, párr. 96.

²⁸⁶ Opinión Separada del Juez Treves en el caso del Atún de Aleta Azul del Sur: ‘2. *The requirement of urgency is part of the very nature of provisional measures, as these measures are meant to preserve the rights of the parties pending the final decision.*’ ‘8. *This approach, which may be called precautionary, is hinted at in the Order, in particular in paragraph 77.*’ Opinión Separada del Juez Laing en el caso del atún de aleta azul del sur: ‘13. *In my view, these statements are pregnant with meaning.*’ ‘19.... *it becomes evident that the Tribunal has adopted the precautionary approach for the purposes of provisional measures...*’. Opinión Separada del Juez Treves en el caso de la planta de MOX:

Con la mayor libertad que permiten las opiniones consultivas, la Sala se expresó con detenimiento y elaboración sobre el enfoque precautorio. Los jueces han establecido un paso importante en este sentido, al sostener que las disposiciones de los Reglamentos adoptados por la AIFM transforman al enfoque precautorio previsto en la Declaración de Río en una obligación vinculante en relación a las actividades en la Zona. La referencia al enfoque precautorio en los Reglamentos se aplica específicamente a las actividades de prospección y exploración para nódulos polimetálicos y sulfuros polimetálicos, y se espera que la Autoridad vaya a repetir o desarrollar este enfoque cuando regule la explotación de otro tipo de minerales.²⁸⁷

Asimismo, el enfoque precautorio es parte de la obligación general de debida diligencia del Estado patrocinante, a través de la cual se requiere que se tomen todas las medidas apropiadas para prevenir el daño que pueda resultar de las actividades de los contratistas que patrocinan. Esta obligación se aplica en situaciones donde la evidencia científica relativa al alcance y potencial impacto negativo de la actividad en cuestión es insuficiente, pero hay indicaciones plausibles de un riesgo potencial. Un Estado patrocinante no cumpliría con su obligación de debida diligencia si desechara esos riesgos, y equivaldría a un incumplimiento del enfoque precautorio.

Las disposiciones relativas a la adopción de un enfoque precautorio en las actividades en la Zona se aplican con los mismos efectos para todos los Estados patrocinantes, sean desarrollados o no. La Sala se refirió al Principio 15 de la Declaración de Río de 1992 que expresa que el enfoque precautorio será aplicado por los Estados de acuerdo a sus capacidades. Por lo que el requerimiento de cumplir con la obligación de aplicar el enfoque precautorio puede ser más estricto para un Estado desarrollado que uno en desarrollo. Lo relevante para los jueces en una situación específica es el nivel de conocimiento científico y capacidad técnica disponible en un Estado.

El Reglamento de sulfuros complementa al enfoque precautorio con la obligación de aplicar las mejores prácticas ambientales. De acuerdo a la Sala, la adopción de estándares más altos en este Reglamento,²⁸⁸ indica que el avance en el conocimiento científico ha influido en los Estados para aplicar esta obligación de manera general, y como parte de la obligación de

9. *'Prudence and caution were nonetheless mentioned... as requiring the cooperation and exchange of information which are the content of the measure prescribed by the Tribunal.'*

²⁸⁷ Párr. 130 de la Opinión Consultiva.

²⁸⁸ El Reglamento de nódulos no contempla expresamente esta obligación.

debida diligencia.²⁸⁹ La Sala observó que el enfoque precautorio ha sido incorporado a un creciente número de instrumentos internacionales, lo que ha iniciado la tendencia hacia su cristalización en el derecho consuetudinario.²⁹⁰ La jurisprudencia de Tribunal no hace sino dar más fuerza todavía a esta idea.

Hay que recordar que el Tribunal, en general, ha sido en solicitudes de medidas provisionales cuando se refirió al enfoque precautorio, y en dicho tipo de procedimientos, por su propia naturaleza, no se puede determinar ni analizar si existe una norma consuetudinaria reconociéndolo. Es indudable que la Convención adopta un enfoque precautorio, y su importancia radica, de acuerdo al profesor Boyle, en redefinir las normas existentes en el derecho internacional sobre el control de riesgos ambientales y conservación de recursos naturales, y ponerlas en funcionamiento en una etapa más prematura que anteriormente. Ya no es necesario demostrar que significativo o irreversible daño es probable antes de solicitar que se adopten medidas preventivas apropiadas.²⁹¹ Cuando el TIDM decide hablar de un enfoque y no de un principio, le permite mayor flexibilidad y tiende a evitar y minimizar reticencias sobre hacer prematuros pronunciamientos sobre *'desirable normative structures'*.²⁹²

C. Sobre la Evaluación de Impacto Ambiental en el derecho internacional

La obligación de realizar una EIA se encuentra prevista tanto en la Convención como en la costumbre internacional, habiendo la Corte Internacional de Justicia confirmado esto en la sentencia relativa a las pasteras sobre el río Uruguay entre Argentina y Uruguay. En dicha sentencia, la Corte expresa que es un requisito bajo el derecho internacional general emprender un estudio de impacto ambiental donde exista un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto ambiental en un contexto transfronterizo, en particular, un recurso natural compartido.²⁹³ El Tribunal ha podido continuar con esta construcción jurisprudencial, ampliando el derecho consuetudinario en la materia.

La Convención la prevé en el Artículo 206, y en específico para la Zona está expresada en los Reglamentos sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona, y

²⁸⁹ Párr. 136 de la Opinión Consultiva. En el párrafo 137 dice la Sala: *'In the absence of a specific reason to the contrary, it may be held that the Nodules Regulations should be interpreted in light of the development of the law...'*.

²⁹⁰ *Ibidem*, párr. 135.

²⁹¹ BOYLE Alan, op. cit., 'The Environmental Jurisprudence...', p. 375.

²⁹² Opinión Separada del Juez Laing en el caso del Atún de Aleta Azul del Sur, párrafo 19.

²⁹³ *'Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay' (Argentina v. Uruguay)*, ICJ, Judgment, 20 de abril de 2010, párr. 204.

sobre sulfuros polimetálicos, en los Artículos 18, 31 y 20, 33 respectivamente.²⁹⁴ Establece el Artículo 206 que los Estados que tengan motivos razonables para creer que las actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control puedan 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 a las organizaciones internacionales competentes, que deben luego ponerlo a disposición de todos los Estados.

Puede observarse, de los casos del Atún de Aleta Azul del Sur y del Estrecho de Johor, que las medidas provisionales son útiles para lidiar con la falta de realización de una EIA. En ambos casos, el Tribunal encontró que el riesgo de daño al medio marino no podía excluirse. En el caso del Estrecho de Johor, ordenó expresamente que las partes evalúen los riesgos y efectos de los trabajos de recuperación de tierras por parte de Singapur, mientras que en el caso del Atún de Aleta Azul del Sur la finalidad de la orden era que la cuota de captura solo podía incrementarse por acuerdo de las partes, luego de un estudio sobre el estado de la población de la especie ictícola.²⁹⁵

En lo relativo a la protección de la Zona, los Reglamentos mencionados establecen una obligación directa para el Estado patrocinante relativa a la EIA, que se relaciona con la obligación de debida diligencia. El Estado en cuestión debe cooperar con la Autoridad en el establecimiento e implementación de una EIA, y también utilizar los medios apropiados para asegurar que el contratista cumpla con su obligación de realizar dicha evaluación.²⁹⁶ Los contratistas y los Estados patrocinantes deben cooperar con la Autoridad en el establecimiento de programas de monitoreo para evaluar el impacto de la minería en los fondos marinos sobre el medio marino, particularmente a través de la creación de ‘Zonas de referencias para los efectos’ y ‘Zonas de referencias para la preservación’.²⁹⁷

Basándose en la sentencia de la Corte mencionada *ut supra*, la Sala utiliza el razonamiento de la misma para extender la obligación de realizar una EIA en contextos diferentes a aquellos expresados por el principal órgano judicial de Naciones Unidas. Es decir, razonaron los miembros de la Sala, si debe realizarse una EIA en contextos transfronterizos y respecto a recursos naturales compartidos, también debe implementarse en zonas fuera del

²⁹⁴ Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona y el Reglamento sobre prospección y exploración de sulfuros polimetálicos en la Zona.

²⁹⁵ BOYLE Alan, *ut supra*, ‘The Environmental Jurisprudence...’, p. 378.

²⁹⁶ Opinión Consultiva, párr. 142, la realización de una EIA está prevista en la sección 1, párr. 7 del Anexo al Acuerdo de 1994 y surge también en el Reglamento de nódulos, art. 31, párr. 6 y en el Reglamento de sulfuros, art. 33, párr. 6.

²⁹⁷ Párr. 143 de la Opinión Consultiva.

límite de las jurisdicciones nacionales, y respecto a recursos que son nada menos que Patrimonio Común de la Humanidad.

La EIA, por lo tanto, debería incluirse en el sistema de consultas y notificaciones previas del Artículo 142 de la Convención con respecto a los recursos depositados en la Zona que se sitúan más allá del límite de las jurisdicciones nacionales.²⁹⁸ Concluyó la Sala que la obligación del contratista y el Estado patrocinante concerniente a la EIA se extiende más allá del ámbito de aplicación de las disposiciones específicas de los Reglamentos. El significado de lo establecido por la Sala reside en considerar obligatorio, bajo el derecho consuetudinario, realizar una EIA en cualquier contexto donde pueda haber un impacto ambiental.

La Sala ha sostenido que ante la ausencia de una razón específica para sostener lo contrario, el Reglamento de Nódulos debe interpretarse a la luz de los desarrollos jurídicos.²⁹⁹ Debe remarcarse que la obligación de realizar una EIA es una obligación directa bajo la Convención y una obligación general bajo el derecho consuetudinario internacional.³⁰⁰ Las obligaciones de los contratistas y los Estados patrocinantes relativas a las EIA se extiende más allá del ámbito de aplicación de las disposiciones específicas de los Reglamentos.³⁰¹ La Evaluación de Impacto Ambiental deviene una obligación sin importar que la realización de la misma se encuentra expresa o no en un tratado internacional.

D. Instando a la cooperación, o sobre cómo conservar los recursos marinos vivos

El atún de aleta azul del sur (*Thunnus maccoyi*), es una especie migratoria de pez pelágico incluido en el listado de especies altamente migratorias del Anexo I a la Convención. Este pez recorre los océanos del Hemisferio Sur, principalmente en el alta mar, pero también en la ZEE de algunos Estados, entre ellos Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica, y desova en las aguas al sur de Indonesia, siendo el principal mercado para la venta del atún Japón. Habiendo comenzado su captura para comercialización a comienzos de la década de 1950, alcanzando su máximo en 1961, con un total de 81.000tnm capturadas. En 1980, las poblaciones del pez

²⁹⁸ Párr. 148 de la Opinión Consultiva.

²⁹⁹ *Ibidem*, párr. 137.

³⁰⁰ Opinión Consultiva, párr. 145. Para la Convención, de acuerdo a su art. 206, los Estados que tienen 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.

³⁰¹ Párr. 150 de la Opinión Consultiva.

estaban siendo sobreexplotadas, estimándose que la *'parental stock'* había declinado entre el 23-30 % respecto a 1960.

En 1982 Australia, Nueva Zelanda y Japón comenzaron formalmente a administrar la captura del atún de aleta azul del sur. En 1985 introdujeron un TAC de 38.650tnm. En 1989 se modificó el TAC a 11.750tnm, correspondiéndole a Japón 6.065tnm, 5.265tnm a Australia y 420tnm a Nueva Zelanda. Pero las poblaciones de la especie continuaron decayendo. En 1997 el nivel era el equivalente al 7-15% al que existía en 1960. El ingreso a la pesca de Corea del Sur, Taiwán e Indonesia, y algunos pabellones de conveniencia, convirtieron al TAC fijado en casi abstracto. Si las restricciones al TAC habían llevado a que la población del atún de aleta azul del sur comenzara a recuperarse, era el centro de la controversia entre Australia y Nueva Zelanda, por un lado, y Japón por el otro. Diferían los Estados sobre el estado y proyecciones de recuperación de la población del atún y los medios a través de los cuales la falta de certeza científica podía ser reducida.

En 1993, los tres países firmaron la Convención para la Conservación del Atún de Aleta Azul del Sur,³⁰² cuya finalidad es, según su Artículo tercero, asegurar a través de una administración apropiada, la conservación y óptima utilización de la especie. Para ello creó una Comisión con, de acuerdo a su Artículo 8 inciso tercero, la función de decidir el TAC correspondiente y las asignaciones a cada Estado. Para esto, debe tener en cuenta la evidencia científica disponible, la necesidad de un desarrollo sustentable del atún de aleta azul del sur, el interés de las partes en cuyas ZEE el pez migra y el interés de los Estados del pabellón. Además la Comisión está facultada para considerar medidas de conservación, administración y utilización óptima del pez, siendo sus decisiones obligatorias para sus miembros.

En mayo de 1994, la Comisión estableció el Total Admisible de Captura en 11.750tnm, y con la misma distribución de años anteriores, al no haber acuerdo sobre su modificación. Japón busco posteriormente incrementar el TAC y su asignación, pero se encontró con la oposición de Australia y Nueva Zelanda. Mientras que la Comisión inicialmente mantuvo el TAC en los niveles existentes debido a este impasse, desde 1998 no se pudo acordar sobre ninguna cifra. Ante la ausencia de una decisión de la Comisión, las partes en la práctica mantuvieron el TAC tal como estaba en 1994. Al mismo tiempo, Japón presionaba en la Comisión no solo para incrementarlo, sino también en llegar a un acuerdo sobre un Programa Experimental de Pesca (PEP) conjunto, cuyo objetivo sería reunir datos en aquellas áreas donde la pesca del atún ya no se llevaba a cabo, con la vista en reducir la incertidumbre científica sobre la recuperación de la población. Solicitó Japón poder capturar 6000 tnm. en

³⁰² *Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna*, entró en vigor el 20 de mayo de 1994.

tres años por el PEP, que luego redujo a 3000tnm. La intención de Australia y Nueva Zelanda era llegar a los mismos niveles de población del atún de 1980 para el 2020.

En 1998 Japón declaró que comenzaría un programa de PEP de tres años de manera unilateral, capturando cerca de 1.464tnm de atún en el verano de 1998. En respuesta, Australia y Nueva Zelanda solicitaron consultas y negociaciones urgentes de acuerdo al Artículo 16, inciso 1 de la Convención de 1993. Ningún acuerdo se logró entre las partes. El 31 de agosto de 1998, Australia y Nueva Zelanda entregaron a Japón idénticas notas diplomáticas notificándolo de la existencia de una controversia entre los dos primeros con el último, concerniendo la conservación y administración del Atún de Aleta Azul del Sur. El 15 de julio de 1999 Australia y Nueva Zelanda enviaron a Japón un '*Statement of Claim and Grounds*' e iniciaron el procedimiento de arbitraje bajo el Anexo VII de la Convención. Estando pendiente la constitución del tribunal arbitral, tanto Australia como Nueva Zelanda presentaron una solicitud de medidas provisionales al Tribunal, que las decretó el 27 de agosto de 1999.³⁰³

Las medidas que solicitaron Australia y Nueva Zelanda consistían en que Japón cesara inmediatamente el PEP unilateral; que limitara su captura anual a lo acordado por la Comisión la última vez, respecto a sus asignaciones, sujeto a la reducción de tal captura en relación a la cantidad de atún obtenido por el PEP en 1998 y 1999; que las partes actuaran de manera consistente con el enfoque precautorio en la pesca del atún hasta tanto se solucionara la controversia; y aseguraran que no se tomaran acciones que pudieran agravar, extender o dificultar la solución de la controversia; y que las partes no tomaran medidas que puedan perjudicar sus derechos. Japón solicitó al Tribunal que rechazara el pedido de medidas provisionales, y que en todo caso, las medidas fueran las de retornar a las negociaciones de manera urgente y de buena fe por un período de seis meses, para llegar a un consenso sobre sus diferencias, incluyendo un protocolo para continuar con el PEP y la determinación del TAC y su reparto entre ellos para el año 2000. Cualquier desacuerdo que quedara, debería remitirse a un panel de científicos independientes para su solución.³⁰⁴

El Tribunal rechazó la argumentación de Japón que la controversia era científica y no legal, y que concernía a la Convención de 1993 más que a la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, y de ninguna manera privaba a las partes de invocarla. El Tribunal encontró que el tribunal arbitral tenía *prima facie* competencia sobre la controversia.

³⁰³ *Casos del Atún de Aleta Azul del Sur (Nueva Zelanda v. Japón; Australia v. Japón)*, medidas provisionales, orden del 27 de agosto de 1999. Los casos se registraron separadamente en el Tribunal (casos 3 y 4), pero se tramitaron conjuntamente.

³⁰⁴ *Casos del Atún de Aleta Azul del Sur*, párr. 35.

Las medidas que finalmente decretó fueron prescribir que las partes se aseguraran que ninguna acción que tomaran pudiera agravar o extender la controversia, o pudiera perjudicar el cumplimiento de cualquier decisión a la que arribara el tribunal arbitral; las partes se aseguraran que sus capturas anuales no excedieran la asignación nacional a los niveles acordados por última vez de 5.265tnm, 6,065tnm y de 420tnm, respectivamente; al calcular la captura anual para 1999 y 2000 debía tomarse en cuenta la captura durante 1999 de los PEP; las partes se abstendrían de realizar PEP que involucrara la pesca de atún, excepto con acuerdo de las otras partes o que el mismo se descontara de las asignaciones nacionales; debían retomar las negociaciones sin demora con la vista en llegar a un acuerdo sobre las medidas de conservación y administración del atún; realizar mayores esfuerzos para llegar a un acuerdo con otros Estados y entidades pesqueras involucradas en la pesca del atún, para asegurar la conservación y promover el objetivo de óptima utilización de la población.

Luego el TIDM indicó otras dos medidas, lo que se resalta es el diferente término utilizado para referirse a éstas, como si no fueran obligatorias como cualquier medida provisional. Estas son, que cada parte entregara un reporte inicial a más tardar el 6 de octubre de 1999, y autorizaba al Presidente a solicitar mayores informes e información si lo considera apropiado; las medidas provisionales decretadas se notificarían a todos los Estados parte de la Convención que participaran de la pesca del atún de aleta azul del sur.³⁰⁵ Se recuerda que la previsión de entregar informes y reportes sobre el cumplimiento de las medidas está prevista en el Reglamento del Tribunal, y que más allá del lenguaje utilizado, que pareciera distinguir en el caso, entre medidas provisionales obligatorias y optativas, por su propia naturaleza tienen fuerza vinculante.

Abordando el proceso arbitral,³⁰⁶ solicitaron Australia y Nueva Zelanda al tribunal arbitral que dictaminara que Japón había incumplido con sus obligaciones de los Artículos 64, 116 y 119 de la Convención en relación con la conservación y administración de la población del atún de aleta azul del sur, al no haber adoptado las medidas necesarias de conservación para sus nacionales pescando en alta mar, llevando a cabo un PEP en 1998 y 1999 sin respetar las asignaciones de la Comisión, no haber cooperado para conservar la especie, tomando acciones contrarias contra los Estados ribereños de Australia y Nueva Zelanda, no haber

³⁰⁵ Casos del Atún de Aleta Azul del Sur, párr. 90.

³⁰⁶ KWIATKOWSKA Barbara, '[Case Note] Southern Bluefin Tuna (Australia and New Zealand v. Japan) jurisdiction and admissibility. Arbitral Tribunal, August 4, 2000', (2001) 95 (1) *AJIL* pp. 162-171. La misma autora en 'The Southern Bluefin Tuna Award (Jurisdiction and Admissibility)', en ANDO Nisuke MCWHINNEY Edward y WOLFRUM Rüdiger (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* vol. 1 (Kluwer Law International, The Hague, 2002) pp. 697-730, donde puede verse una visión laudatoria del laudo y del razonamiento de los árbitros. Lo mismo en SCHWEBEL Stephen, 'The Southern Bluefin Case', en la misma obra, pp. 743-748.

tenido en cuenta los requisitos bajo el principio precautorio para conservar la especie. En consecuencia, Japón debía abstenerse de autorizar o realizar más PEP sin el consentimiento de Australia y Nueva Zelanda, negociar y cooperar de buena fe con ellos, para asegurar medidas de conservación del atún y llegar al MRS y respetar el TAC previsto.³⁰⁷

El tribunal arbitral rechazó los argumentos de Japón respecto a que la controversia sólo abarcaba a la Convención de 1993 y por lo tanto no correspondía utilizar los mecanismos de la Parte XV. Reconoce el tribunal que en el derecho internacional y en los sistemas legales de los Estados se aplica el principio de *lex specialis*. Pero también que es común en el derecho internacional que más de un tratado se vincule a una controversia en particular, pudiendo un acto de un Estado violar sus obligaciones bajo más de un tratado. Hay un frecuente paralelismo de tratados, y el actual alcance de obligaciones legales internacionales se beneficia de un proceso de '*accretion and cumulation*', en la práctica de los Estados, la conclusión de implementar un tratado no necesariamente vacía las obligaciones impuestas bajo la Convención marco.³⁰⁸

Los términos del Artículo 16 de la Convención de 1993 no excluyen de manera expresa la aplicación de cualquier procedimiento de solución de controversias, incluidos aquellos de la Parte XV de la Convención.³⁰⁹ Pero interpretando esta disposición, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que era claro que se quiso excluir la jurisdicción obligatoria del tratado, por ello concluyen los árbitros que la controversia caía dentro del Artículo 281 de la Convención,³¹⁰ o sea, si los Estados partes en una controversia sobre la interpretación o la aplicación de la Convención acuerdan en tratar de resolverla por un medio pacífico de su elección, los procedimientos previstos en la Parte XV se aplican sólo cuando no se haya llegado a una solución por ese medio elegido y el acuerdo entre las partes no excluya la posibilidad de aplicar otro procedimiento, como sostiene el tribunal arbitral respecto a la '*Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna*'.

³⁰⁷ Casos del Atún de Aleta Azul del Sur, párr. 29.

³⁰⁸ *Caso del Atún de Aleta Azul del Sur (Nueva Zelanda v. Japón, Australia v. Japón)*, laudo sobre admisibilidad y jurisdicción del 4 de agosto de 2000, en Reports of International Arbitral Awards (Vol. XXIII, Naciones Unidas, Nueva York, 2006) párr. 52.

³⁰⁹ *Ibidem*, párr. 56. Dice textualmente el Artículo 16: '1. If any dispute arises between two or more of the Parties concerning the interpretation or implementation of this Convention, those Parties shall consult among themselves with a view to having the dispute resolved by negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement or other peaceful means of their own choice. 2. Any dispute of this character not so resolved shall, with the consent in each case of all parties to the dispute, be referred for settlement to the International Court of Justice or to arbitration; but failure to reach agreement on reference to the International Court of Justice or to arbitration shall not absolve parties to the dispute from the responsibility of continuing to seek to resolve it by any of the various peaceful means referred to in paragraph 1 above. 3. In cases where the dispute is referred to arbitration, the arbitral tribunal shall be constituted as provided in the Annex to this Convention. The Annex forms an integral part of this Convention.'

³¹⁰ Laudo arbitral, párr. 59.

En su Opinión Separada, el árbitro Keith resaltó el principal error en las conclusiones del tribunal arbitral: el no considerar los objetivos y propósitos de ambas convenciones en su contexto, como el significado ordinario de sus términos.³¹¹ Explica Keith que el Artículo 16 no expresa de ninguna manera que excluye a las obligaciones de la Convención, y podría haberlo hecho dado el período de tiempo en el cual fue negociada. Tampoco expresa que las controversias concernientes a la Convención de 1993 deben resolverse solo bajo sus procedimientos y que no deben ser remitidas a ningún tribunal.³¹² Si lo excluyera implícitamente, debería ser capaz de lidiar con todas las controversias relacionadas al atún de aleta azul del sur que surjan entre las partes de la Convención de 1993 y concernientes a la interpretación y aplicación de las disposiciones relevantes de la Convención.³¹³ Finalmente, resaltó el ampliamente y compartido entendimiento expresado tanto en la Conferencia como de la función central que tiene la Parte XV.³¹⁴

El tribunal arbitral realizó un análisis textual y restrictivo de las disposiciones de la Convención, y dio prioridad a los acuerdos regionales realizados por las partes. Se sugiere que las partes pueden elegir excluir la Parte XV concluyendo acuerdos regionales con sus propios mecanismos de solución de controversias, aún cuando estos no excluyan expresamente a la Parte XV.³¹⁵ Potencialmente, un gran número de controversias sobre pesca podrían quedar fuera de su alcance, dejando al sistema de solución de controversias de la Convención como *'a paper umbrella which dissolves in the rain.'*³¹⁶ En resumen, la jurista Peel menciona tres grandes conclusiones respecto al laudo en este aspecto, primero que la controversia entre las partes relativa a la interpretación y aplicación de la Convención era igual a la surgida bajo la Convención de 1993. Segundo, las disposiciones del Artículo 16 de la Convención de 1993, a pesar de que se aplican solo a las controversias bajo ese tratado, equivalen a un acuerdo para la solución de la misma controversia bajo la Convención. Tercero, la ausencia de una exclusión expresa de los procedimientos de la Parte XV, el Artículo 16 implícitamente excluye sus procedimientos obligatorios porque contempla recurrir a medios judiciales sólo con el consentimiento de todas las partes.³¹⁷

³¹¹ Opinión Separada del árbitro Keith, párr. 10.

³¹² *Ibidem*, párr. 13.

³¹³ Opinión Separada del árbitro Keith, párr. 14.

³¹⁴ *Ibidem*, párr. 23.

³¹⁵ PEEL Jacqueline, 'A paper umbrella which dissolves in the rain? The future for resolving fisheries disputes under UNCLOS in the aftermath of the Southern Bluefin Tuna arbitration', (2002) 3 (1) *MJIL*, p. 56.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 56.

³¹⁷ PEEL Jacqueline, *op. cit.*, p. 66.

El laudo resalta el impacto constructivo de los procedimientos en el Tribunal no solo en la suspensión del PEP de Japón, sino también en las perspectivas y acciones de las partes. Estas habían manifestado una mayor flexibilidad de enfoque a sus problemas, con esfuerzos en la Comisión de la Convención de 1993, que ya habían reducido la brecha en las diferencias, y que se acercaba un acuerdo. Durante los procedimientos, uno de los abogados de Australia remarcó como la Orden del Tribunal había tenido un papel significativo al alentar a las partes a progresar en la cuestión del *'third-party fishing'*.³¹⁸ Las medidas del Tribunal ayudaron a que las partes retomaran negociaciones prontamente dentro del ámbito de la Comisión.³¹⁹ Por ejemplo, actualmente el TAC se fija en la Comisión en base a los datos existentes sobre la recuperación de la especie, a tal efecto, se adoptó un procedimiento de administración y un conjunto de reglas para fijar el TAC en base a datos científicos sobre el atún, que se negoció entre 2002 y 2011. En dicho plan, se enfatiza la necesidad de adoptar un enfoque precautorio, es de carácter trianual, para 2012 se prevé un TAC de 10.449tnm, en 2013 de 10949tnm y en el 2014, 12.449tnm.³²⁰ Se toman en cuenta a los terceros Estados también, cuyos buques pesquen atún o la especie migre por su ZEE, al invitarlos a participar en la Comisión Extendida para cooperar, participar con voz sin voto, hacer propuestas, y asignarles una asignación del TAC si cumplen con los mandatos de la Comisión.³²¹

Con estos elementos, si tenemos en cuenta lo que sucede una década después, encontramos que el criterio del Tribunal tuvo mucho de razonable. De las 23 poblaciones de atunes, la mayoría están más o menos plenamente explotadas (posiblemente hasta el 60 %), algunas se hallan sobreexplotadas o agotadas (posiblemente hasta el 35 %) y solamente unas pocas parecen estar infra explotadas (principalmente de listado). A largo plazo, a causa de la notable demanda de atunes y la considerable capacidad excesiva de las flotas de pesca de atunes, la situación (y por consiguiente las capturas) de las poblaciones de atunes podría empeorar ulteriormente si no se mejora su administración.

Por ejemplo, la preocupación sobre la situación de algunas poblaciones de atún rojo y las dificultades a las que se enfrentan muchas organizaciones de ordenación del atún a la hora de gestionar estas poblaciones eficazmente dieron lugar a la propuesta de Mónaco en 2010 de prohibir el comercio internacional de atún rojo del Atlántico en virtud de la CITES. Si bien

³¹⁸ Laudo arbitral en el caso del Atún de Aleta Azul, párr. 69.

³¹⁹ Cfr. CHURCHILL Robin, 'The Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea Relating to Fisheries: Is There Much in the Net?', (2007) 22 (3) *IJMCL*, p. 415.

³²⁰ Puede verse el funcionamiento de la Comisión en su página web: <http://www.ccsbt.org/site/>, último acceso el 7 de diciembre de 2011.

³²¹ A través de la '*Resolution to Establish the Status of Co-operating Non-Member of the Extended Commission and the Extended Scientific Committee*', adoptada en la décima reunión anual de la Comisión, del 7 al 10 de octubre de 2003.

apenas se discutía que las poblaciones de este pez comestible de valor elevado cumplieren los criterios biológicos para su inclusión en el Apéndice I de la CITES, en última instancia la propuesta se rechazó. Muchas de las partes que se opusieron a su inclusión lo justificaron afirmando que, en su opinión, la Comisión Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico (CICAA) era el organismo adecuado para la ordenación de una especie acuática explotada comercialmente.³²²

3. La Humanidad Presente: la Protección de la Zona

A. *La función del Tribunal para el éxito del régimen*

El Tribunal y, en el caso particular de la administración de la Zona, la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos, tienen un papel central en la estructura internacional de la gobernanza de los océanos. Esto es debido a que las instituciones judiciales diseñan, mantienen y hacen cumplir los diferentes derechos y responsabilidades necesarias para que otras instituciones, en este caso principalmente la AIFM, puedan funcionar efectivamente.³²³ Con el objetivo de preservar el bien común, el interés general de la comunidad internacional, es necesario que el abordaje a las problemáticas que puedan presentarse con respecto a la Zona, sean resueltas aplicando criterios que se correspondan con las particularidades propias de un espacio marítimo que es Patrimonio Común de la Humanidad. Principalmente, esto conlleva entender a la protección de los recursos de la Zona y su medio marino desde una perspectiva superadora de lo transfronterizo, en la cual el valor a protegerse es intrínseco e independiente de los derechos de los Estados.

Se recuerda que por ‘Zona’ se entiende a los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional,³²⁴ estando su administración confiada principalmente a la Autoridad. Sus recursos son todos los minerales sólidos, líquidos o gaseosos in situ en la Zona, situados en los fondos marinos o en su subsuelo, incluidos los nódulos polimetálicos.³²⁵ En el proceso de exploración y explotación se debe observar lo establecido en la Parte XI y los ANEXOS III, IV y VI de la Convención, el Acuerdo relativo a

³²² Informe de la FAO, ‘El estado mundial de la pesca y la acuicultura’, p.131.

³²³ CHAKRABORTY Anshuman, op. cit., p. 50.

³²⁴ Art. 1, inciso 1 de la Convención.

³²⁵ Art. 133, punto a) de la Convención.

la aplicación de la Parte XI de la Convención y las normas, reglamentos y procedimientos que al respecto se dicten. Todo el proceso reposa en el llamado ‘sistema paralelo’ a través del cual la exploración y explotación es compartida entre los contratistas y la Empresa, órgano operativo de la Autoridad. Se plantea un esquema de exploración y explotación de recursos de la Zona a través de dos ramas paralelas: una rama institucional, representada por la Autoridad, y una descentralizada por la cual se confía la exploración y explotación a los Estados que hubiesen celebrado un contrato con ella.³²⁶

El régimen de los fondos marinos y oceánicos posiblemente sea el más efectivo y detallado marco legal basado en el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad. Este último ha pasado a ser una noción legal que facilita el uso y sostenibilidad de la actividad humana con respecto a recursos que trascienden los límites nacionales. Además, el Patrimonio Común de la Humanidad, junto a la preocupación de la comunidad internacional en prevenir la contaminación del medio marino, constituye un tándem idóneo para actuar como base legal de un régimen legal complejo, en el cual las normas relacionadas con el desarrollo económico y de protección ambiental deben ser balanceadas.³²⁷ Lo importante es no perder de vista al beneficiario último o la finalidad misma del régimen, como la Sala sabiamente abordó el tema en la Opinión Consultiva a ella sometida.

A efectos de entender, entonces, como el TIDM tiene un papel muy relevante en todo lo relacionado con la Zona, con los distintos organismos administradores del régimen, y con la conservación del Patrimonio Común de la Humanidad, se remite a cuando el Tribunal, en un asunto, consideró si podía y si debía, delimitar la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, en la controversia sobre la delimitación de los espacios marítimos entre Myanmar y Bangladesh. Al TIDM se le solicitó que delimitara tres límites marítimos entre dos Estados: el mar territorial, la ZEE y la plataforma continental. La sentencia es destacable en haber mantenido el *stare decisis* de las cortes y tribunales internacionales en el tema, y por delimitar por primera vez la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas.³²⁸ Y se remarca la relevancia de esta sentencia, ya que cuando consideró el Tribunal su competencia, estableció sin dudas que si la tiene. Para ello se basó en que la Convención tiene un único concepto de plataforma continental, de acuerdo a los Artículos 76 y 83 de la misma, al no

³²⁶ El Art. 153, inc. 2 de la Convención dice: ‘Las actividades en la Zona serán realizadas [...]: a) Por la Empresa, y b) En asociación con la Autoridad, por Estados Partes o empresas estatales o por personas naturales o jurídicas que posean la nacionalidad de Estados Partes o que sean efectivamente controladas por ellos o por sus nacionales, cuando las patrocinen dichos Estados...’

³²⁷ HENLEY Peter, *ut supra*, p. 22.

³²⁸ CHURCHILL Robin, ‘The *Bangladesh/Myanmar* Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation’, (2012) 1 (1) *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, p. 138.

distinguir entre la plataforma continental hasta las 200 millas marinas y la que pueda llegar a extenderse más allá de esta distancia.

Por su parte, al considerar si debía ejercer dicha competencia, tuvo que tener en cuenta a la Comisión del Límite Exterior de la Plataforma Continental (CPLEC). Así, un Estado puede extender su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, si se configuran ciertos requisitos geológicos y geomorfológicos, de acuerdo al Artículo 76 de la Convención. El Estado que quiera fijar dichos límites, debe realizar una presentación ante la CPLEC, y he aquí el punto a considerar. Esta Comisión puede realizar recomendaciones a los Estados para fijar los límites, basado en temas geológicos y relacionados, pero no estuvo nunca claro como se iba a relacionar con la posibilidad de que se delimitara este espacio marítimo por un órgano jurisdiccional, y en caso de plataformas superpuestas.³²⁹

Además, como esta cuestión involucra a la Zona, el TIDM observó que era evidente que -según surgía de las presentaciones de las partes a la CLEPC- la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas sujeta a delimitación en el caso, se sitúa lejos de la Zona. Por lo tanto encontró el Tribunal, que el dibujar una línea de delimitación no perjudicaría los derechos que le corresponden a la comunidad internacional, de acuerdo al régimen aplicable a la Zona. Por ende, el punto original y novedoso del caso recae en que la controversia fue abordada por el TIDM de manera razonable y equitativa, con una visión completa y abarcadora de todas las posiciones e intereses.³³⁰

B. *El sistema del patrocinio como mecanismo de protección de la Zona*

Relacionado con la preservación de los derechos que le corresponden a la comunidad internacional en su conjunto, se encuentra el sistema del patrocinio, que es un elemento clave en el sistema de exploración y explotación de los recursos de la Zona. El propósito de requerir el patrocinio a los solicitantes de un contrato para la exploración y explotación de los recursos de la Zona es lograr que las obligaciones plasmadas en la Convención -un tratado bajo el derecho internacional que obliga solo a los Estados Partes- sean cumplidas por las entidades que son sujetos jurídicos en los sistemas legales internos de cada Estado, pero no en el derecho internacional.³³¹ En este sentido, el rol del Estado patrocinante es contribuir a la realización del interés común de todos los Estados en la correcta aplicación del principio de

³²⁹ *Ibidem*, p. 146.

³³⁰ CHURCHILL Robin, op. cit., 'The *Bangladesh/Myanmar Case...*', p. 152.

³³¹ Párrafo 75 de la Opinión Consultiva.

Patrimonio Común de la Humanidad, que requiere un estricto cumplimiento de las obligaciones expuestas en la Parte XI de la Convención.³³² Es claro que contar con un sistema de patrocinio transparente, asegura que el medio marino sea protegido adecuadamente.

Así, manifiestan los miembros de la Sala que el Artículo 145 de la Convención establece las medidas necesarias para asegurar la eficaz protección del medio marino contra los efectos nocivos que puedan resultar de las actividades en la Zona, e identifica las actividades respecto de las cuales la Autoridad debe adoptar reglamentos, regulaciones y procedimientos. Estas incluyen el taladro, dragado, excavado, eliminación de agua, construcción y operación o mantenimiento de instalaciones, tuberías y otros dispositivos relacionados con tales actividades, todas las cuales forman parte de la expresión actividades en la Zona, de esta manera comprendidas al momento de considerar el alcance de su protección.³³³

A criterio de la Sala, la expresión actividades en la Zona incluye también la recuperación de minerales del lecho marino y su elevación a la superficie.³³⁴ Actividades directamente conexas, como la evacuación del agua de los minerales y la separación del material sin interés comercial, incluyendo su eliminación al mar, se consideran dentro de la expresión de actividades en la Zona. Si no fuera así, estas actividades, de las más riesgosas para el medio ambiente, estarían excluidas del régimen de responsabilidad del Estado patrocinante, y esto sería contrario a la obligación general del Artículo 192 de la Convención de proteger y preservar el medio marino. El transporte de los minerales dentro del alta mar, cuando esté directamente conectado con la extracción y elevación de los minerales, también forma parte de la expresión actividades en la Zona.

Recordemos que la Opinión Consultiva tuvo por finalidad responder a una solicitud formulada por el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, que durante su 16º período de sesiones decidió presentar una solicitud de opinión consultiva a la Sala. Los antecedentes más relevantes son los siguientes. En 2008, la República de Nauru patrocinó una solicitud de aprobación de un plan de trabajo³³⁵ presentada por Nauru Ocean Resources Inc. La misma tenía por objeto obtener la aprobación de un contrato de exploración de nódulos polimetálicos en una de las áreas reservadas a la Autoridad. El 5 de mayo de 2009 Nauru Ocean Resources Inc. comunicó a la Secretaría de la Autoridad que había decidido solicitar un aplazamiento del examen de dicha solicitud teniendo en cuenta la situación económica

³³² *Ibidem*, párr. 76.

³³³ Párr. 85 de la Opinión Consultiva.

³³⁴ *Ibidem*, párr. 94.

³³⁵ Comisión Jurídica y Técnica de la Autoridad 'Nauru Ocean Resources Inc. Solicitud de aprobación de un plan de trabajo de exploración, ISBA/14/LTC/L.2, resumen del 21 de abril de 2008.

mundial³³⁶ y, consecuentemente, se aplazó su examen hasta nuevo aviso. Sin perjuicio de ello, el 5 de marzo de 2010 la República de Nauru presentó una ‘Propuesta para solicitar una opinión consultiva a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar respecto de asuntos relativos a la responsabilidad de un Estado patrocinante’.³³⁷

Nauru fundamentó su propuesta en el hecho de que se habían suscitado en el seno de la Comisión Jurídica y Técnica divergencias en relación con algunos aspectos concernientes al régimen jurídico aplicable a los Estados Partes en la Convención y el Acuerdo de 1994 en cuanto al patrocinio de actividades a desarrollarse en la Zona. En este contexto, manifestó que el patrocinio brindado se había sujetado originalmente al supuesto de que Nauru podría cumplir suficientemente con las responsabilidades derivadas de su patrocinio. Sin embargo, puso de relieve que si los Estados patrocinantes estarían expuestos a una responsabilidad que pudiera ser significativa, Nauru, así como otros Estados en desarrollo, podría verse obligado a no participar en las actividades en la Zona. Las preguntas que formuló el Consejo a la Sala en este contexto son:

1. ¿Cuáles son las responsabilidades y obligaciones jurídicas de los Estados partes en la Convención en cuanto al patrocinio de actividades en la Zona de conformidad con la Convención, en particular con la Parte XI, y con el Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982?;
2. ¿Cuál es el grado de responsabilidad de un Estado parte en caso de que una entidad patrocinada por él en virtud del artículo 153, párrafo 2 b), de la Convención incumpla las disposiciones de la Convención, en particular la Parte XI, y el Acuerdo de 1994?;
3. ¿Cuáles son las medidas necesarias y apropiadas que un Estado patrocinante debe tomar a fin de cumplir las responsabilidades que le incumben en virtud de la Convención, en particular del artículo 139 y el Anexo III, y del Acuerdo de 1994?

Al responder estas preguntas, los jueces consideraron que las actividades en la Zona pueden causar un considerable impacto en el medio marino, por ello, los estándares en cuanto a la protección del mismo deben ser amplios y exigentes. De acuerdo a la Sala, la responsabilidad de los Estados patrocinantes consiste en asegurar que las actividades en la Zona realizadas por un contratista patrocinado estén en conformidad con las normas que las regulan. La

³³⁶ Comisión Jurídica y Técnica de la Autoridad ‘Solicitudes de aprobación de planes de trabajo de exploración de Nauru Ocean Resources Inc. y Tonga Offshore Mining Ltd. Nota de la Secretaría’, ISBA/15/LTC/6, 11 de mayo de 2009.

³³⁷ Consejo de la Autoridad, ISBA/16/C/6, 5 de marzo de 2010.

‘responsabilidad de asegurar’ establece un mecanismo a través del cual las normas de la Convención concernientes a las actividades en la Zona, devienen efectivas para los contratistas patrocinados. Este mecanismo consiste en la creación de obligaciones que los Estados Parte deben cumplir ejerciendo sus poderes sobre las entidades de su nacionalidad y bajo su control.³³⁸ Una violación a esta obligación genera responsabilidad. Pero no toda violación de una obligación por la entidad patrocinada automáticamente genera responsabilidad para el Estado patrocinante. Dicha responsabilidad está sujeta a que el Estado no cumpla con su obligación de asegurar el cumplimiento de las normas por el contratista patrocinado.³³⁹

La obligación de asegurar por el Estado patrocinante no es de resultado, sino de medios, y se encuentra conectada con la debida diligencia.³⁴⁰ El contenido de la obligación de debida diligencia no es fácil de describir en términos precisos. Se trata de un concepto variable, que puede cambiar con el tiempo o con el riesgo de la actividad involucrada.³⁴¹ Pero la Convención provee algunos elementos sobre el contenido de la obligación de asegurar y la debida diligencia, entre ellos, qué medidas necesarias son requeridas y que deben adoptarse en el sistema legal del Estado patrocinante. La debida diligencia pone en los hombros del Estado la responsabilidad de proteger el medio marino, no sólo de la Zona. El estándar de la debida diligencia tiene que ser más estricto en las actividades más riesgosas.

La responsabilidad de asegurar establece un mecanismo a través del cual las normas de la Convención relativas a las actividades en la Zona, aunque sean normas convencionales y, por ende, solo obligatorias para los sujetos de derecho internacional que las han aceptado, devienen efectivas para los contratistas patrocinados que encuentran la base legal en el derecho interno. El mecanismo consiste en la creación de obligaciones que los Estados Parte deben cumplir al ejercer sus facultades sobre entidades de su nacionalidad y bajo su control.³⁴² Por otro lado, el criterio establecido por la Sala –a mayor riesgo involucrado en una actividad mayores son las obligaciones del Estado patrocinante– implica que la legislación interna de éstos debe ser estricta, al ser justamente las actividades en la Zona extremadamente riesgosas para el medio marino.

Un tema distintivo de la normativa aplicable a la Zona, se encuentra en el Reglamento de sulfuros. Aquí, existe la obligación de aplicar las mejores prácticas ambientales, que

³³⁸ Opinión Consultiva, párr. 108.

³³⁹ Párr. 109 de la Opinión Consultiva. Se aclara que hasta el momento los Reglamentos de la Autoridad no se refieren todavía a la explotación de los recursos, sino a la prospección y exploración.

³⁴⁰ *Ibidem*, párr. 110 y 111.

³⁴¹ Párr. 117 de la Opinión Consultiva.

³⁴² Opinión Consultiva, párr. 108.

suplementa al enfoque precautorio. De acuerdo a la Sala, la adopción de estándares más altos en este Reglamento, indica que el avance en el conocimiento científico ha influido en los Estados para aplicar esta obligación de manera general, y como parte de la obligación de debida diligencia. O sea, es posible que ante el inevitable avance de la ciencia, puedan surgir no sólo criterios más estrictos para principios y obligaciones ya existentes, sino nuevas obligaciones que permitan una mejor protección del medio ambiente.

La interrelación y visión integral que debe adoptarse al interpretar y aplicar las disposiciones protectorias del régimen, queda explicitada en las afirmaciones de la Sala en la Opinión Consultiva. Así, al establecer que bajo los Reglamentos de Nódulos y Sulfuros, tanto los Estados patrocinantes como la Autoridad tienen la obligación de aplicar el enfoque precautorio con respecto a las actividades en la Zona, la Sala señala que el enfoque precautorio es también una parte integral de la debida diligencia, que es aplicable incluso fuera del alcance de los Reglamentos. La debida diligencia requiere que los Estados patrocinantes tomen todas las medidas apropiadas para prevenir daños que puedan resultar de las actividades de los contratistas patrocinados. La obligación se aplica a situaciones donde la evidencia científica relativa al alcance y potencial impacto negativo de la actividad es insuficiente, pero donde hay indicaciones plausibles de riesgos potenciales. Un Estado patrocinante no cumpliría con su obligación de debida diligencia si no tomara en cuentas dichos riesgos.³⁴³

La Sala utilizó principios del derecho ambiental internacional y normas de responsabilidad del Estado para poder administrar efectivamente la utilización del fondo marino, y su vez proteger el medio marino de la contaminación y daños al ecosistema de la Zona.³⁴⁴ En un pasaje de la Opinión, la Sala sostuvo que al decidir sobre las medidas razonablemente apropiadas que puede adoptar, el Estado patrocinante debe tomar en cuenta, objetivamente, las opciones relevantes de una manera razonable, relevante y conducente al beneficio de la humanidad como un todo.³⁴⁵ Se ha resaltado, a partir de lo establecido por los jueces, como la noción de Patrimonio Común de la Humanidad representa una superación de la visión tradicional y estado-céntrica del derecho internacional,³⁴⁶ en clara transición a un paradigma más inclusivo y representativo del actual estado de desarrollo de las relaciones internacionales.

³⁴³ Opinión Consultiva, párr. 131.

³⁴⁴ HENLEY Peter Holcombe, 'Minerals and Mechanisms: The Legal Significance of the Notion of the 'Common Heritage of Mankind' in the Advisory Opinion of the Seabed Disputes Chamber', (2011) 12 (2) *Melbourne Journal of International Law*, p. 3.

³⁴⁵ Opinión Consultiva, párr. 230.

³⁴⁶ HENLEY, op. cit., p. 17.

Analizando las conclusiones de los jueces de la Sala desde una perspectiva ambiental, las mismas han permitido clarificar y delimitar la aplicación del régimen de patrocinio con sus respectivas obligaciones, y ampliar el contexto de protección al medio marino, ya que actividades que en principio podrían parecer fuera del concepto, la Sala las incluye en vistas de la protección del medio marino. A pesar de referirse al sistema de patrocinio, se cree que lo resuelto por la Sala se aplicará a otros contextos y, en especial, a la Zona en su totalidad.

Desde la postura donde la protagonista es la comunidad internacional, es digno de resaltar como los jueces lo expresan claramente, al establecer que cualquier intervención o actividad sobre este espacio marítimo, debe valorarse, antes que nada, desde la óptica que mejor resguarde los derechos de la comunidad internacional en su conjunto. Otros puntos positivos son incluir a las actividades conexas como actividades en la Zona, con el fin de que queden amparadas por las normas protectorias del medio marino. Asimismo, al considerar las exigencias impuestas por la obligación de asegurar y su relación con el enfoque precautorio, el solo hecho de explicitar los elementos de esta obligación, constituye un claro aporte desde una perspectiva ambiental. Además, reconoce la obligación de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental y aplicar las mejores prácticas ambientales. Todo esto enmarcado en la obligación general de debida diligencia que reposa sobre los Estados patrocinantes.

CONCLUSIONES

El desarrollo argumentativo de la tesis permite verificar que el Tribunal, a través de su jurisprudencia, pudo cumplir cabalmente con las funciones propias de una institución judicial internacional en el actual estado del derecho internacional y las relaciones internacionales. El mismo se posicionó como un organismo que está delineando e influyendo para una más profunda comprensión del derecho del mar y también del derecho internacional general. Por otro lado, el enfoque transversal en el tratamiento de los temas a lo largo del texto, esto es, que en el desarrollo de las variables se distinguiera simultáneamente un tratamiento de las funciones de los tribunales internacionales, permite comprender; justamente, lo íntimamente relacionadas que se encuentran, y como el estudio de un tribunal internacional es incompleto si se aborda desde un método horizontal o unidimensional.

Puede apreciarse que el Tribunal ha privilegiado el aspecto institucional y global en sus sentencias, por sobre los intereses individuales de los Estados, pero a su vez, con suficiente criterio como para no socavar la confianza de los mismos. El TIDM tuvo un papel central como administrador del régimen de los océanos, y la protección de los valores de la comunidad internacional ha sido manifiesta. Si bien es claro que el Tribunal es una institución perteneciente a un régimen internacional, no por ello ha perdido de vista la necesidad de tomar en cuenta los intereses individuales de los Estados al momento de resolver las controversias que le fueron sometidas. Es válido afirmar que no puede comprenderse el fenómeno de la diversificación de la jurisdicción internacional y la existencia misma del Tribunal, sin la correlativa creación de regímenes internacionales, y en particular, de un

régimen de los océanos. Y a la vez, este último se apoya en el TIDM para sostenerse, en una suerte de relación simbiótica.

La expansión y diversificación de la jurisdicción internacional es una realidad en la cual el Tribunal se inserta, y donde se torna necesario que sea consciente de la existencia de otras instituciones judiciales internacionales con similar competencia. Hasta el momento, no se manifestaron en la práctica conflictos de competencia o interpretaciones contrarias del Derecho Internacional entre los fueros del sistema de solución de controversias de la Convención. Se señalaron en el Capítulo I las diversas funciones que cumplen hoy en día los tribunales internacionales, superando la unidimensional visión que solo ve la función solución de controversias inter estatales. Las instituciones judiciales internacionales se han expandido en sus funciones, y en especial el TIDM actúa en una perspectiva fuertemente influenciada por el régimen de los océanos.

La primera etapa de la labor judicial del Tribunal ha dejado numerosos puntos dignos de remarcar. Se caracterizó por la consolidación del TIDM como institución judicial internacional, en donde se expuso a los Estados como un fuero competente, capaz de recibir cuestiones complejas y contemporáneas, abierto a resolver las controversias y sin abstenerse de ello por meras formalidades. El sistema previsto en la Parte XV de la Convención y en especial el Tribunal, han mostrado su potencial para administrar controversias sobre recursos vivos marinos de manera efectiva. Tanto la solución de la controversia específica que se le planteó, el desarrollo del derecho internacional, como la administración y protección del régimen oceánico, pueden apreciarse con claridad en las sentencias del TIDM. Su competencia material y personal, de las más amplias a nivel internacional, le permite ser receptor y eventual decisor en cualquier cuestión donde se diluciden temas vinculados con el régimen oceánico.

La visión general sobre su desempeño también puede calificarse, analizando las consideraciones vertidas a lo largo del texto, como de pragmatismo y gradualismo. Pragmatismo porque los jueces no privilegiaron elementos dogmáticos al decidir sobre determinada controversia, sino que buscaron antes que nada, la solución del diferendo por sobre otras consideraciones. Gradualismo ya que la construcción jurisprudencial ha ido in crescendo, consolidando determinadas posiciones y avanzando constantemente sobre el desarrollo del derecho internacional. Las sentencias en los casos de pronta liberación ilustran perfectamente el punto, desde las marcadas diferencias de interpretación sobre determinados temas que se aprecia en las opiniones disidentes y separadas de los jueces, a un acuerdo sobre estos, y sobre cómo debe aplicarse el Artículo 292, que llevó a una práctica unanimidad y consistencia a medida que se resolvían los casos.

Probablemente el dato más importante, y que permite afirmar que el TIDM se ha consolidado como fuero judicial y ocupa un papel preponderante en el derecho internacional, es que ha sido el mecanismo, de aquellos que menciona el Artículo 287 de la Convención, que mayor número de controversias ha recibido, por supuesto, en el marco de la competencia prevista en la Parte XV. Además, tuvo un 'monopolio' en los procedimientos de pronta liberación de buques y sus tripulaciones, o sea, que es el único fuero en donde se han dirimido este tipo de controversias. Todo ello, forma parte de una sinergia, donde los mecanismos se encuentran entrelazados, interactúan entre sí, donde cada cual hace su parte y cumple con su papel, como protagonista a veces, como actor de reparto otras.

El Tribunal ha entendido en 21 casos en 15 años, un número considerable, teniendo en cuenta que es una institución novel y especializada en asuntos de derecho del mar. Los casos han involucrado a Estados desarrollados y en vías de desarrollo, de todas las regiones del globo. Las controversias han versado sobre un amplio espectro de temas, como la protección del medio ambiente marino, la pronta liberación de buques y sus tripulaciones, la conservación de los recursos marinos y delimitación de espacios marítimos. En la faz consultiva, la Sala analizó las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes por las actividades que se realizan en la Zona. El TIDM ha logrado incluso que en los asuntos de Tomimaru y Hoshinmaru, la Federación Rusa es una de las pocas veces que recurre a la jurisdicción internacional como parte en una controversia. Esto confirma las bondades del sistema, su utilidad y capacidad de atraer a los Estados. La reciente solicitud de Opinión Consultiva relacionada con la pesca IUU confirma lo sostenido en la tesis. Ya que cabe plantearse si los Estados o una Organización Internacional no confiaran o percibieran falta de legitimidad en el TIDM, ¿hubieran requerido de él una respuesta a un tema tan delicado, sensible, política y legalmente complejo?.

El relativo éxito del Tribunal se debe, en parte, a las características con las que cuenta. Entre ellas se destacan sus procedimientos especiales -pronta liberación de buques y sus tripulaciones y el de medidas provisionales-. De la misma manera, la especialidad de su competencia y la posibilidad de acceso a sus procedimientos por una diversidad de sujetos constituyen una ventaja para el TIDM. Por último, se debe resaltar la existencia de la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos, la cual ha comenzado a cobrar un gran protagonismo, tras emitir su primera opinión consultiva. Tampoco puede soslayarse la celeridad del Tribunal en dictar a una sentencia, considerando que desde el ingreso de una solicitud de medidas provisionales o un pedido de pronta liberación de buques, no transcurren más de 30 días, plazo inédito a nivel internacional. No es un dato menor que las votaciones, en

su mayoría hayan sido por unanimidad, otorgándoles a las sentencias una autoridad y legitimidad de por más necesaria para una institución judicial.

El Tribunal se ha preocupado por mantener el balance de intereses presentes en la Convención entre los Estados ribereños y los Estados del pabellón. Así, si bien todavía no ha podido el TIDM resolver todos los puntos que hacen a la interpretación y aplicación del Artículo 292 de la Convención, puede advertirse una continuidad en la aplicación del instituto, logrando que los Estados tengan mayores elementos y precisiones al momento de iniciar un procedimiento de pronta liberación. Por su parte, las medidas provisionales han impulsado las negociaciones y tratativas entre las partes, que previo a la intervención del Tribunal no habían logrado solucionar la controversia. Las medidas decretadas muestran la utilidad del instituto para proteger los derechos de las partes, pero también el medio marino. Han reducido la tensión entre las partes y logrado la cooperación entre ellas. La flexibilidad de las medidas facilitó su cumplimiento, sin existir inobservancias por los Estados, por lo general reacios a implementarlas. No constan en los anales del derecho internacional una gran cantidad de controversias que fueron solucionadas casi, sino, exclusivamente a través de medidas provisionales, como sucedió en el caso del Estrecho de Johor o en el del Atún de Aleta Azul del Sur.

Merece particular atención el tratamiento dado a la pronta liberación de buques y sus tripulaciones, en especial al concepto de fianza razonable, en razón de la total inexistencia de este tipo de procedimientos hasta la entrada en vigencia de la Convención, y considerando que solo el TIDM ha lidiado con ellos. Entonces, lo que hizo fue empezar a establecer pautas de interpretación del instituto. Es positivo que el Tribunal se haya expresado sobre los elementos y criterios para considerar la razonabilidad de la fianza fijada por el Estado ribereño. Se han delineado principios y criterios para la constitución de la misma, entre ellos que la razonabilidad abarca el monto, naturaleza y forma de la fianza u otra garantía financiera y el balance total de ellos debe ser razonable. El listado de factores que influyen sobre el monto de la fianza no es un *numerus clausus*, ni se fijan reglas rígidas hacia el peso exacto a darle a cada factor, lo que permite cierta discreción al evaluar la razonabilidad. La casuística jurisprudencial permite verificar aquellos factores que en la práctica han sido utilizados por el TIDM como válidos para constituir la fianza razonable.

Es difícil concebir un régimen internacional para los océanos y sus instituciones sin claros pilares ambientales. Así, los aportes del Tribunal al desarrollo de principios protectorios del medio ambiente, en particular del medio marino son invaluable. La evaluación que puede realizarse sobre la labor del Tribunal es positiva, considerando que en la mayoría de los casos

intervino a través del procedimiento de medidas provisionales. Los jueces le han otorgado una destacada función al instituto, utilizándolo primordialmente para proteger el medio marino. La aplicación de estándares para prevenir serios daños al medio marino, refleja la conciencia y sensibilidad de los jueces hacia los deberes ambientales de los Estados en el derecho internacional contemporáneo. La Opinión Consultiva permitirá fortalecer las herramientas de la AIFM en el cumplimiento de sus funciones. Los Estados que tengan intenciones de patrocinar a una entidad para realizar actividades en la Zona, cuentan ahora con un claro desarrollo del marco jurídico aplicable. De este modo, es una contribución a la mejor implementación del régimen de la Convención.

La generosa interpretación de los jueces respecto del concepto de medio marino le ha permitido al TIDM rediseñar las funciones de un tribunal internacional. Cuentan ahora los jueces con un mejor control para afrontar las controversias que se le presenten, y con mayores posibilidades para ofrecer propuestas útiles y eficaces a las partes. Todo esto, sin perder de vista el carácter global del medio ambiente, donde no solo las partes en una controversia tienen sus derechos y legítimas expectativas en juego, sino que los daños al mismo pueden afectar a toda la comunidad internacional. Los jueces han buscado soluciones que claramente estaban más allá de la mera solución de la controversia o la protección de los derechos de las partes.

Dos significativas lecciones pueden aprenderse del Tribunal en relación a la protección de los recursos marinos vivos. Por primera vez en el derecho internacional ambiental, una institución judicial internacional prescribió acciones ambientales ante dudas científicas sobre el estado la población de una especie marina, demostrando la utilidad del enfoque precautorio en este tipo de casos. Segundo, colocó un ejemplo a los Estados con flotas pesqueras para que cooperen en la administración y conservación de poblaciones de peces a través de tratados multilaterales, tal como lo prevé la Convención. Por ello se puede afirmar que en los casos decididos hasta el momento, el Tribunal ha establecido las bases para desarrollar una importante y destacada función en la administración de conflictos ambientales y la gobernanza de los océanos.

Existieron claras y legítimas razones detrás de la creación del Tribunal, y éste ha sabido responder a ellas de manera positiva. Sus decisiones -razonadas y persuasivas- lo han legitimado frente a los actores del régimen de los océanos, existe una aceptación y acatamiento de las partes a las mismas, que por lo demás influirán en la práctica posterior de los Estados y organismos internacionales. Las sentencias dejan de lado el limitado y formalista alcance de la jurisprudencia como solo un medio auxiliar para determinar las normas internacionales, para

cumplir un papel esencial en el desarrollo del derecho internacional y la protección de los valores de la comunidad internacional. Puede pensarse al Tribunal como una válvula de escape para las partes en un impasse sobre una controversia, ya que los jueces se han dado cuenta del potencial con el que se cuenta en Hamburgo, y de la necesidad de responder a los desafíos que se presentan en los tiempos contemporáneos.

Aún es prematuro para advertir la influencia a largo plazo de las decisiones del TIDM en el orden internacional, en especial respecto a lo establecido en la Opinión Consultiva en relación al futuro trabajo de la AIFM. No debe pasarse por alto que estamos en la presencia de la inauguración y primeros pasos de un sistema dedicado específicamente al régimen de los océanos y el derecho internacional del mar. La sola existencia del Tribunal es un hecho positivo para la comunidad internacional y refleja el avance que se ha dado en el sistema judicial internacional. Debe insistirse en que no puede exigirse a una institución judicial que recién comienza su labor, aquello que a otras les ha llevado más de medio siglo, o que en dicho período no han podido lograr los avances que el TIDM sí consiguió. Un tribunal internacional no se juzga por lo realizado de un día para otro, es un continuo devenir, construyendo su propio cuerpo de pensamiento, sentando las bases para el futuro. Al decir de un reconocido poeta: 'Caminante no hay camino, se hace camino al andar; caminante no hay camino, sino estelas en la mar'.

BIBLIOGRAFÍA

A

- ABI-SAAB Georges, 'Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks', (1999) 31 (4) *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.* pp. 919-933.
- ABRUZA Armando Daniel, 'Nuevos Desafíos y Conflictos de Intereses en el Aprovechamiento de los Recursos Vivos del Mar', (2007) XVI T. 2 *Anuario de la AADI* pp. 17-49.
- ANDERSON David, *Modern Law of the Sea: selected essays* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008).
- ARMAS PFIRTER Frida, 'El caso "Grand Price" ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar', en DRNAS DE CLEMENT' Zlata (coord.), *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro* (Ed. Drnas - Lerner, Córdoba, 2002) pp. 399-418.
- AUST Anthony, 'Peaceful Settlement of Disputes: A Proliferation Problem?', en WOLFRUM Rüdiger y NDIAYE Tafsir Malick (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007) pp. 131-141.

B

- BAIRD Rachel, 'Illegal, Unreported and Unregulated Fishing: An Analysis of the Legal, Economic and Historical Factors Relevant to its Development and Persistence',

(2004) 5 (2) *Melbourne Journal of International Law* pp. 1-36. Disponible en <http://mjil.law.unimelb.edu.au/>.

- BARBOZA Julio, 'Provisional Measures, or the Dangers of Being *Too* Exceptional', en WOLFRUM Rüdiger y NDIAYE Tafsir Malick (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007) pp. 143-157.
- BODANSKY Armin Von y VENZKE Igor, 'On the Functions of International Courts: an Appraisal in Light of their Burgeoning Public Authority', (2012) *Amsterdam Center for International Law No. 2012-10*, <http://papers.ssrn.com>, pp. 31, ultimo acceso el 20 de junio de 2012.
- BOYLE Alan, 'Problems of compulsory jurisdiction and the settlement of disputes relating to straddling fish stocks', (1999) 14 (1) *International Journal of Marine and Coastal Law* pp. 1-25.
- BOYLE Alan, 'The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea', (2007) 22 (3) *International Journal of Marine and Coastal Law* pp. 369-381.

C

- CAMINOS Hugo, 'Algunas consideraciones sobre la creación de tribunales internacionales especializados: el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar', (2002) 40 (XLVII) *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* pp. 122-144.
- CAMINOS Hugo, 'The Creation of Specialised Courts: The Case of the International Tribunal for the Law of the Sea', en ANDO Nisuke MCWHINNEY Edward y WOLFRUM Rüdiger (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* vol. 1 (Kluwer Law International, The Hague, 2002) pp. 569-574.
- CAMINOS Hugo, 'The International Tribunal for the Law of the Sea: An Overview of its Jurisdictional Procedure', (2006) 5 (1) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* pp. 13-27.
- CANÇADO TRINDADE A. A., 'Towards Compulsory Jurisdiction: Contemporary International Tribunals and Developments in the International Rule of Law', en *XXXVII Curso de Derecho Internacional* (OEA Washington D.C., 2011) pp. 233-259.

- CANIO Alejandro, 'En Búsqueda del Régimen Jurídico Aplicable a los Organismos Vivos de los Fondos Marinos: Entre la Insuficiencia del Régimen Actual y el Laberinto de los Nuevos Desarrollos', (2008) XVII *Anuario de la AADI* pp. 49-99.
- CHAKRABORTY Anshuman, '*Dispute Settlement Under the United Nations Convention on the Law of the Sea and its Role in Oceans Governance*' (Faculty of Law Victoria University of Wellington, Nueva Zelanda, 2006), disponible en <http://researcharchive.vuw.ac.nz>.
- CHARNEY Jonathan, 'The implications of expanding international dispute settlement systems: the 1982 Convention on the Law of the Sea', (1996) 90 (1) *American Journal of International Law* pp. 69-75.
- CHARNEY Jonathan, 'The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals', (1999) 31 (4) *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.* pp. 697-708.
- CHURCHILL Robin y SCOTT Joanne, 'The MOX Plant Litigation: the First Half-life', (2004) 53 (3) *International and Comparative Law Quarterly* pp. 643-676.
- CHURCHILL Robin, 'The Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea Relating to Fisheries: Is There Much in the Net?', (2007) 22 (3) *The International Journal of Marine and Coastal Law* pp. 383-424.
- CHURCHILL Robin, 'The *Bangladesh/Myanmar* Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation', (2012) 1 (1) *Cambridge Journal of International and Comparative Law* pp. 137-152.
- COGLIATI-BANTZ Vincent, 'International Tribunal for the Law of the Sea, Hoshinmaru (Japan v Russian Federation) and Tomimaru (Japan v Russian Federation), Prompt Release Judgments of 6 August 2007', (2009) 58 (1) *International and Comparative Law Quarterly* pp. 241-258.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 'Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional' (2006).
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 'Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law' (2006).

D

- DUPUY Pierre-Marie, 'The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice', (1999) 31 (4) *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.* pp. 791-807.

E

- ESCHER Anne-Katrin, 'Release of Vessels and Crews before the International Tribunal for the Law of the Sea', (2004) 3 (2) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* pp. 205-374.

F

- FLEISCHHAUER Carl-August, 'The Relationship between the International Court of Justice and the Newly Created International Tribunal for the Law of the Sea in Hamburg', (1997) 2 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* pp. 327-333.

G

- GAO Jianjun, 'Reasonableness of the bond under Article 292 of the LOS Convention: Practice of the ITLOS', (2008) 7 (1) *Chinese Journal of International Law* pp. 115-142.
- GARCIA GARCIA-REVILLO Miguel, '*El Tribunal Internacional del Derecho del Mar: origen, organización y funcionamiento*' (Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005).
- GONZALEZ NAPOLITANO Silvina, '*Las medidas provisionales en Derecho Internacional ante las cortes y tribunales internacionales*' (La Ley, Buenos Aires, 2004).

H

- HENLEY Peter Holcombe, 'Minerals and Mechanisms: The Legal Significance of the Notion of the 'Common Heritage of Mankind' in the Advisory Opinion of the Seabed Disputes Chamber', (2011) 12 (2) *Melbourne Journal of International Law* pp. 1-23.

- HIGGINS Rosalyn, 'Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom', (2001) 50 (1) *International and Comparative Law Quarterly* pp. 121-132.

J

- JAENICKE Günther, 'Prompt Release of Vessels – the M/V “Saiga” Case', (1998) 3 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* pp. 388-407.
- JAENICKE Günther, 'The Interpretation of the Law of the Sea Convention in the Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea', en ANDO Nisuke MCWHINNEY Edward y WOLFRUM Rüdiger (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* vol. 1 (Kluwer Law International, The Hague, 2002) pp. 683-695.

K

- KARIM Saiful, 'Conflicts over Protection of Marine Living Resources: The “Volga Case” Revisited', (2011) 3 (1) *Goettingen Journal of International Law* pp. 101-127.
- KINGSBURY Benedict, 'Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?', (1999) 31 (4) *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.* pp. 679-696.
- KINGSBURY Benedict, 'International Courts: Uneven Judicialization in Global Order', (2011) 11-05 *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, New York University School of Law pp. 1-22.
- KRASNER Stephen D., 'Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables', en KRASNER S. D. (ed.), *International Regimes* (Cornell University Press, Ithaca, NY, 1983) pp. 1-21.
- KWIATKOWSKA Barbara, '[Case Note] Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Order on Provisional Measures (ITLOS Cases Nos. 3 and 4)' (2000) 94 (1) *American Journal of International Law* pp. 150-155.
- KWIATKOWSKA Barbara, '[Case Note] Southern Bluefin Tuna (Australia and New Zealand v. Japan) jurisdiction and admissibility. Arbitral Tribunal, August 4, 2000', (2001) 95 (1) *American Journal of International Law* pp. 162-171.

- KWIATKOWSKA Barbara, 'The Southern Bluefin Tuna Award (Jurisdiction and Admissibility)', en ANDO Nisuke MCWHINNEY Edward y WOLFRUM Rüdiger (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* vol. 1 (Kluwer Law International, The Hague, 2002) pp. 697-730.

M

- MARR Simon, 'The Southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources', (2000) 11 (4) *European Journal of International Law* pp. 815-831.
- MENSAH Thomas, 'The Dispute Settlement Regime of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea', (1998) 3 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* pp. 307-323.
- MENSAH Thomas, 'The Place of the International Tribunal for the Law of the Sea in the International System for the Peaceful Settlement of Disputes', en RAO Chandrasekhara y KHAN Rahmatullah (eds.), *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice* (Kluwer Law International, The Hague, 2001) pp.21- 31.
- MENSAH Thomas, 'The Tribunal and the Prompt Release of Vessels', (2007) 22 (3) *The International Journal of Marine and Coastal Law* pp. 425-449.
- MERRILLS J. G., *International Dispute Settlement* (Fourth Edition, Cambridge University Press, New York, 2005).

N

- NDIAYE Tafsir Malick, 'The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea', (2010) 9 (3) *Chinese Journal of International Law* pp. 565-587.
- NELSON Dolliver, 'The International Tribunal for the Law of the Sea: Some Issues', en RAO Chandrasekhara y KHAN Rahmatullah (eds.), *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice* (Kluwer Law International, The Hague, 2001) pp. 49-57.
- NELSON Dolliver, 'The Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea: Some Observations', en WOLFRUM Rüdiger y NDIAYE Tafsir Malick

(eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007) pp. 967-987.

O

- OELLERS – FRAHM Karin, ‘Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions’, (2001) 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* pp. 67-104.
- OXMAN Bernard, ‘[Case Note] The M/V “Saiga” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea) ITLOS Case No. 1’, (1998) 92 (2) *American Journal of International Law* pp. 278-282.
- OXMAN Bernard y BANTZ Vincent, ‘[Case Note] The M/V “Saiga” (No.2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment (ITLOS Case No. 2)’ (2000) 94 (1) *American Journal of International Law* pp. 140-150.
- OXMAN Bernard y BANTZ Vincent, ‘[Case Note] The “Camouco” (Panama v. France) (Judgment) ITLOS Case No. 5’, (2000) 94 (4) *American Journal of International Law* pp. 713-721.
- OXMAN Bernard y BANTZ Vincent, ‘[Case Note] The “Grand Prince” International Tribunal for the Law of the Sea decision on requirement that application for prompt release of a vessel be brought by or on behalf of the flag state’, (2002) 96 (1) *American Journal of International Law* pp. 219–224.
- OXMAN Bernard, ‘The “Tomimaru” (Japan v. Russian Federation). Judgment. ITLOS Case No. 15’, (2008) 102 (2) *American Journal of International Law* pp. 316-322.

P

- PEEL Jacqueline, ‘A paper umbrella which dissolves in the rain? The future for resolving fisheries disputes under UNCLOS in the aftermath of the Southern Bluefin Tuna arbitration’, (2002) 3 (1) *Melbourne Journal of International Law* pp. 53-78.
- PEEL Jacqueline, ‘Precaution – A Matter of Principle, Approach or Process?’, (2004) 5 (2) *Melbourne Journal of International Law* pp. 1-19. Disponible en <http://mjil.law.unimelb.edu.au>.

R

- RAO Chandrasekhara P., 'ITLOS: The First Six Years', (2002) 6 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* pp. 183-300.
- RAO Chandrasekhara P., 'The International Tribunal for the Law of the Sea: An Evaluation', en ANDO Nisuke MCWHINNEY Edward y WOLFRUM Rüdiger (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* vol. 1 (Kluwer Law International, The Hague, 2002) pp. 667-681.
- RAO Pemmaraju S., 'Multiple International Judicial Forums: A Reflection of the Growing Strength of International Law or Its Fragmentation?', (2004) 25 (4) *Michigan Journal of International Law* pp. 929-961.
- RASHBROOKE Gwenaële, 'The International Tribunal for the Law of the Sea: a forum for the development of principles of international environmental law?', (2004) 19 (4) *The International Journal of Marine and Coastal Law* pp. 515-536.
- ROMANO Cesare, 'The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle', (1999) 31 (4) *New York Journal of International Law and Politics* pp. 709-751.
- ROSENNE Shabtai, 'Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea', (1995) 89 (4) *American Journal of International Law* pp. 806-814.
- ROTHWELL Donald R. y STEPHENS Tim, 'The "Volga" Case (Russian Federation v. Australia): Prompt Release and the Right and Interests of Flag and Coastal States', en SCHEIBER Harry N. y MENGERINK Kathryn J. (eds.), *Multilateralism and International Ocean-Resources Law* (Law of the Sea Institute, University of California, Berkeley, 2004) Cap. IX pp. 1-11.
- ROTHWELL Donald R. y STEPHENS Tim, 'Illegal Southern Ocean Fishing and Prompt Release: Balancing Coastal and Flag State Rights and Interests', (2004) 53 (1) *International and Comparative Law Quarterly* pp. 171-187.
- ROTHWELL Donald R., 'The Contribution of ITLOS to Oceans Governance through Marine Environmental Dispute Resolution', en WOLFRUM Rüdiger y NDIAYE Tafsir Malick (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007) pp. 1007-1023.

S

- SCHWEBEL Stephen, 'The Southern Bluefin Case', en ANDO Nisuke MCWHINNEY Edward y WOLFRUM Rüdiger (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* vol. 1 (Kluwer Law International, The Hague, 2002) pp. 743-748.
- SHANY Yuval, 'No longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary', (2009) 20 (1) *European Journal of International Law* pp 73-91.
- SHANY Yuval, 'Compliance with Decisions of International Courts as Indicative of their Effectiveness: A Goal-Based Analysis', (2012) *Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law Research Paper No. 04-10*, <http://papers.ssrn.com>, pp. 22. Último acceso el 1 de marzo de 2012.
- SIMMA Bruno y PULKOWSKI Dirk, 'Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law', (2006) 17 (3) *European Journal of International Law* pp. 483-529.
- SIMMA Bruno, 'Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner', (2009) 20 (2) *European Journal of International Law* pp. 265-297.

T

- TREVES Tulio, 'Conflicts Between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice', (1999) 31 (4) *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.* pp. 809-821.

V

- VICUÑA Francisco Orrego, 'The International Tribunal for the Law of the Sea and Provisional Measures: Settled Issues and Pending Problems', (2007) 22 (3) *The International Journal of Marine and Coastal Law* pp. 451-462.
- VUKAS Budislav, '*The Law of the Sea: selected writings*' (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004).

W

- WARIOBA Joseph Sinda, 'Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts', (2001) 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* pp. 41-52.
- WATTS Arthur, 'Enhancing the Effectiveness of Procedures of International Disputes Settlement', (2001) 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* pp. 21-39.
- WOOD Michael, 'The International Tribunal for the Law of the Sea and General International Law', (2007) 22 (3) *The International Journal of Marine and Coastal Law* pp. 351-367.

Y

- YANKOV Alexander, 'The International Tribunal for the Law of the Sea and the Comprehensive Dispute Settlement System if the Law of the Sea', en RAO Chandrasekhara P. y KHAN Rahmatullah (eds.), *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice* (Kluwer Law International, The Hague, 2001) pp. 33 a 47.
- YOUNG ORAN R., '*Creating regimes: Artic accords and international governance*', (Cornell University Press, New York, 1998).

ANEXO I

MAPAS E IMÁGENES

1. Singapur y frontera con Malasia.
2. Imagen de la isla de Pulau Tekong.
3. Imagen de la isla de Pulau Tekong
4. Imagen de la zona de Tuas, en Singapur.
5. Mapa de Singapur
6. Mapa de Singapur, en resaltado el proceso de recupero de tierras.
7. Ámbito de aplicación de la CCSBT.
8. Ubicación de la planta de MOX en el Reino Unido.
9. Ubicación de las islas de Kerguelen, Crozet y Mac Donald.



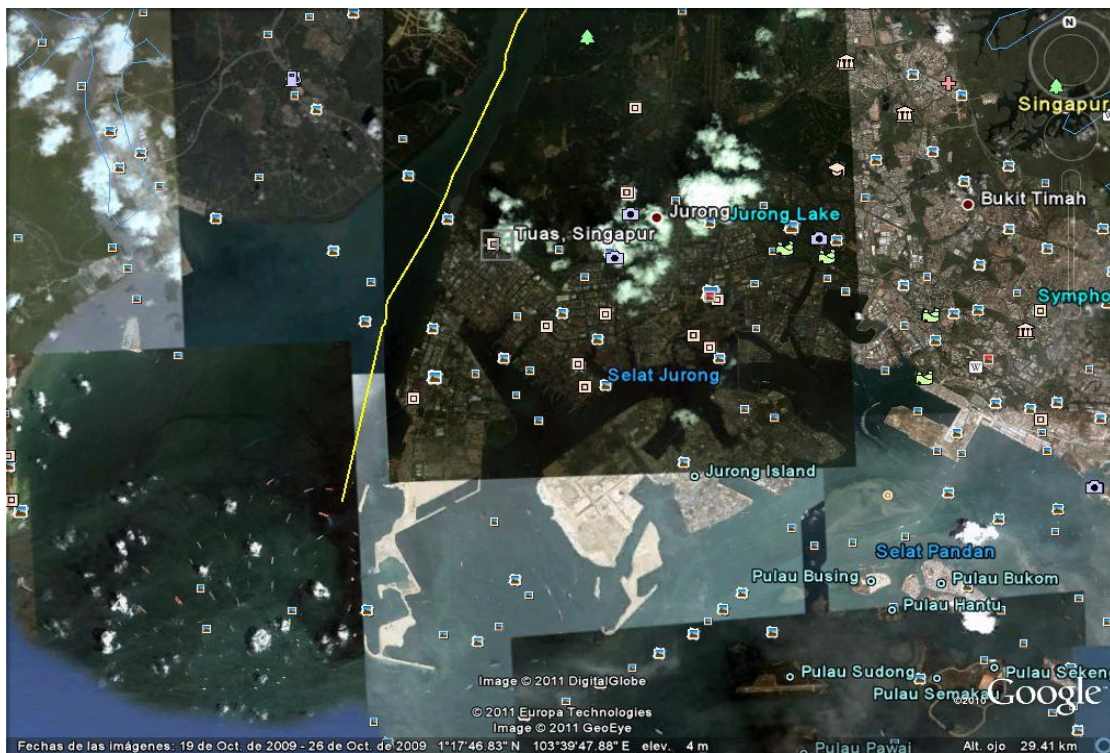
1. Imagen satelital obtenida a través de Google Earth, el día 25/04/2011. Se puede apreciar todo el territorio de Singapur y la frontera con Malasia.



2. Imagen satelital obtenida a través de Google Earth, el día 25/04/2011. Isla de Pulau Tekong.



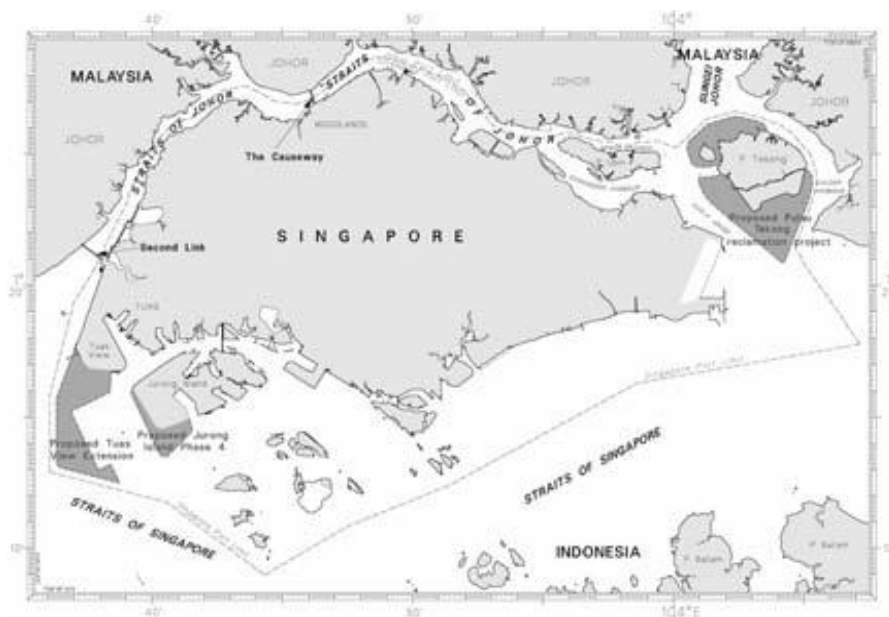
3. Imagen satelital obtenida a través de Google Earth, el día 25/04/2011. Isla de Pulau Tekong.



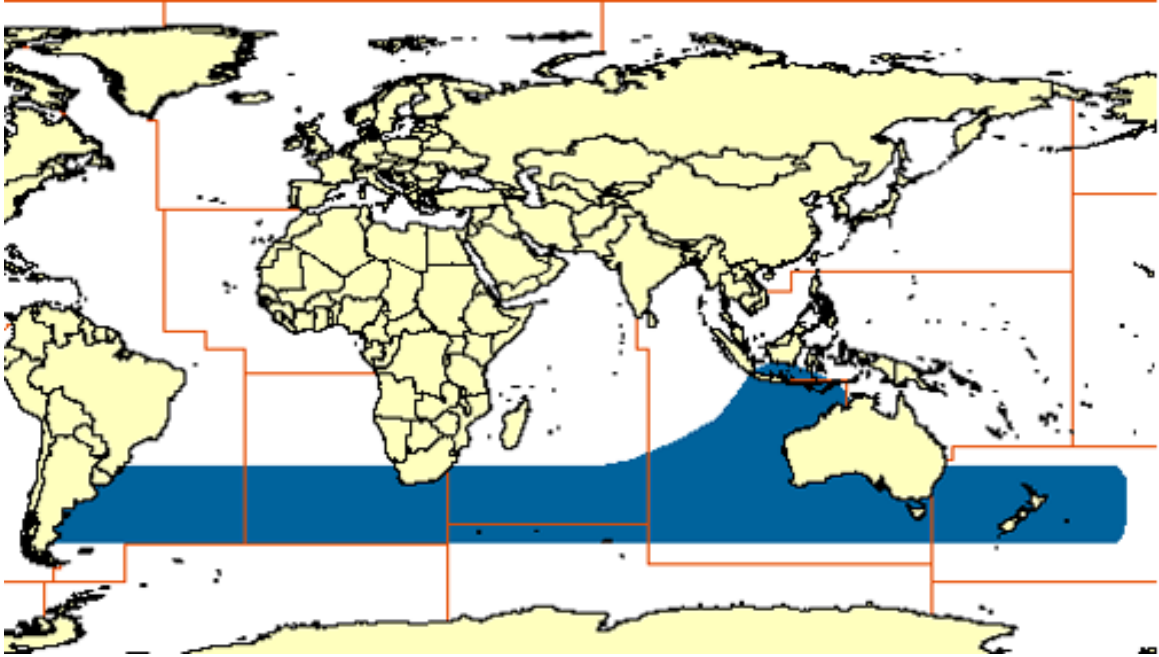
4. Imagen satelital obtenida a través de Google Earth, el día 25/04/2011. Zona de Tuas.



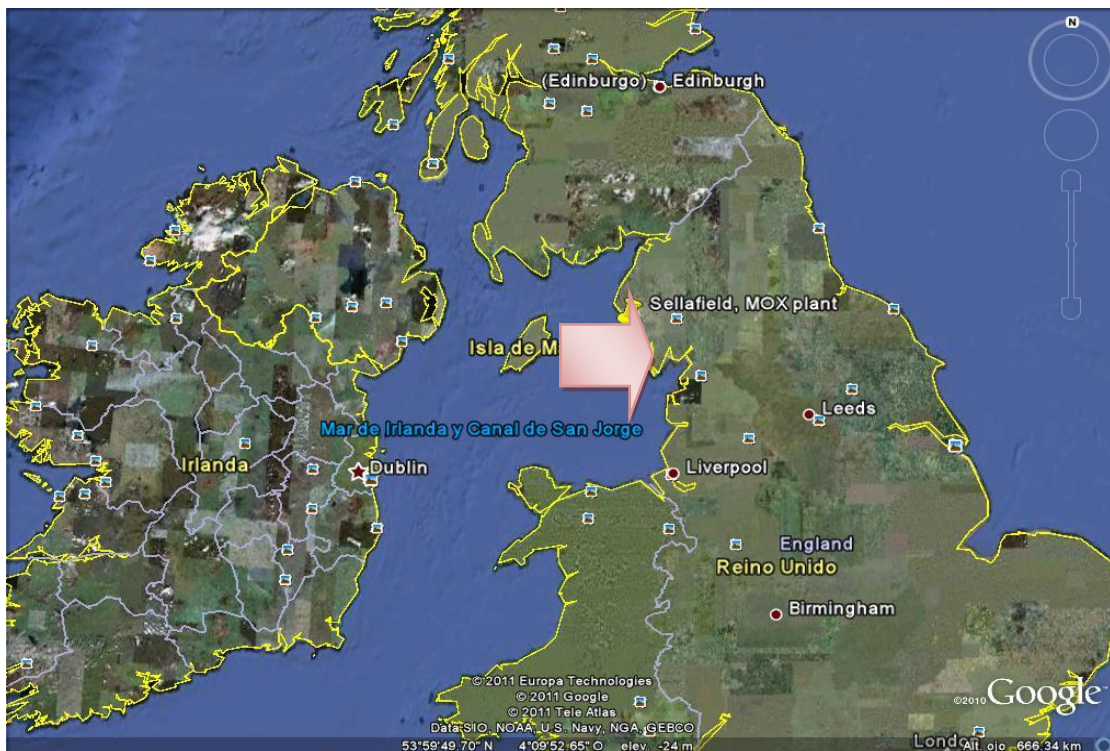
5. Mapa obtenido de la presentación de Singapur ante el Tribunal.



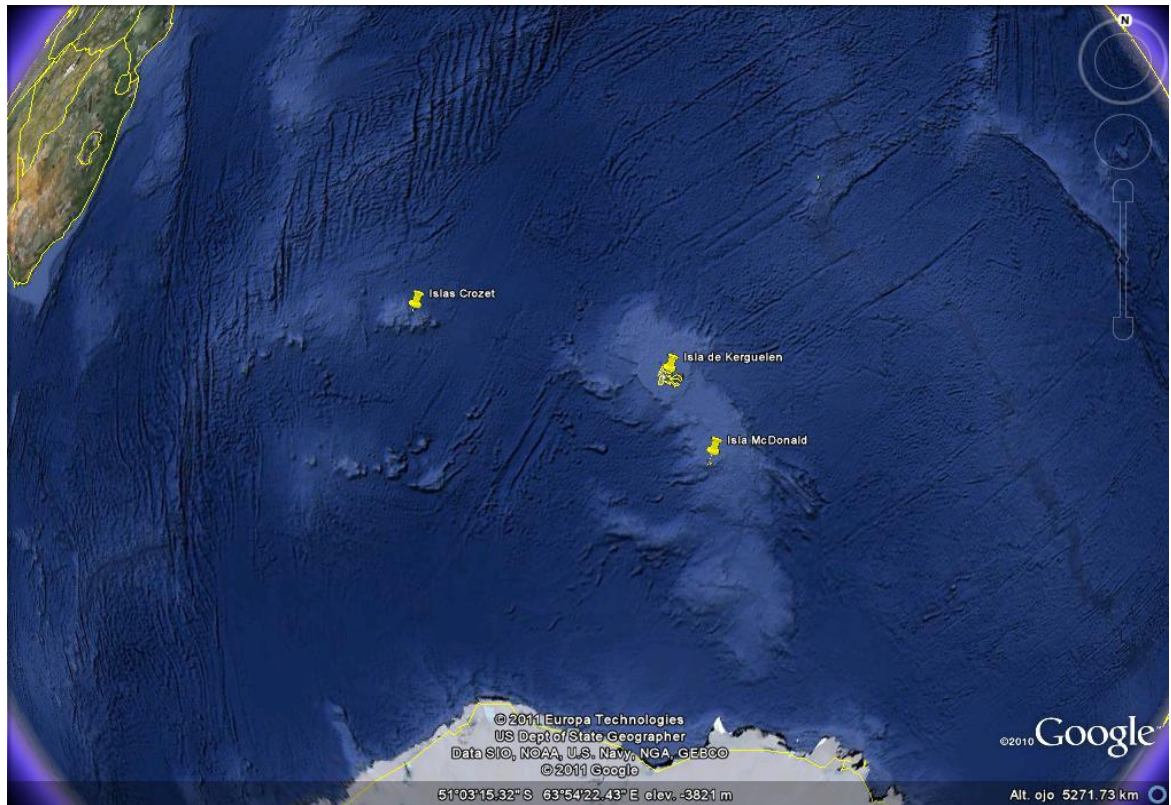
6. Mapa de la presentación de Singapur. Puede apreciarse los trabajos de recuperado de tierra en color más oscuro.



7. Ámbito de aplicación de la CCSBT (obtenido en <http://www.seararoundus.org>) el día 25/04/2011.



8. Imagen satelital obtenida a través de Google Earth, el día 25/04/2011. Ubicación de la planta de MOX.



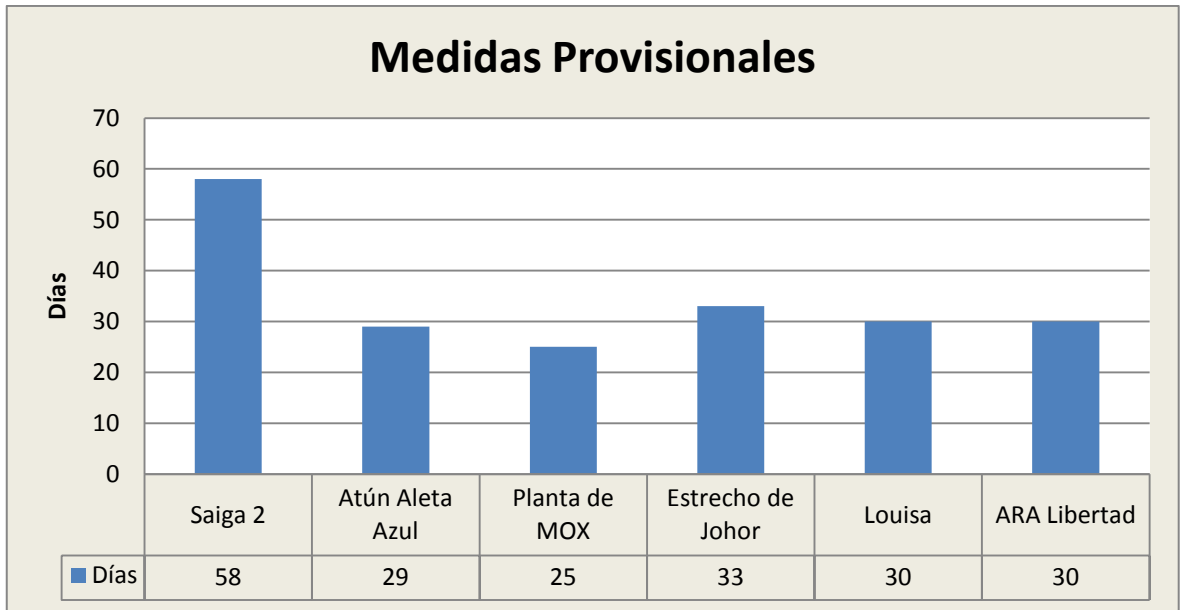
9. Imagen satelital obtenida a través de Google Earth el día 27/04/2011. Ubicación de las islas de Kerguelen y Crozet, Heard y Mc Donald.

ANEXO II

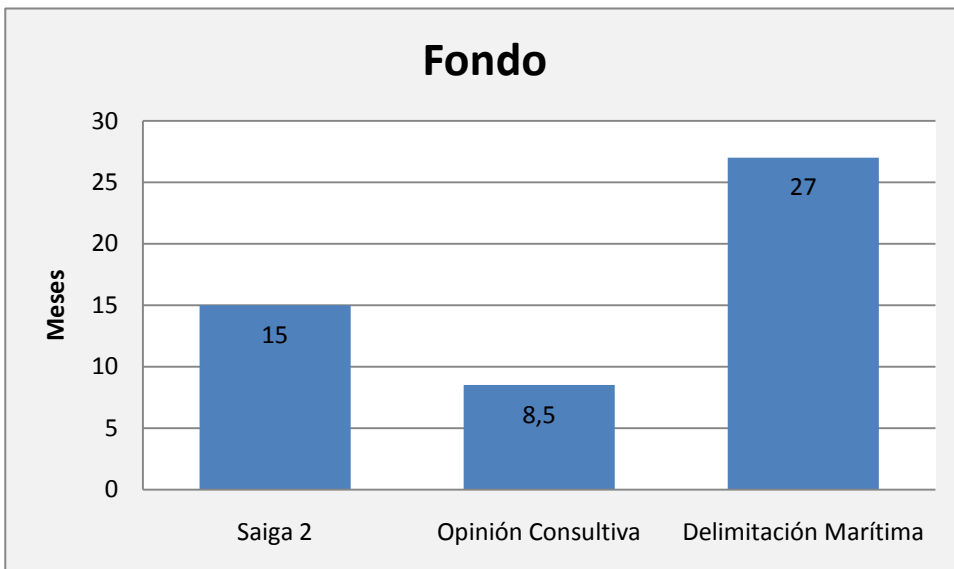
CUADROS Y ESTADÍSTICAS

1. Duración del procedimiento de solicitud de medidas provisionales en el Tribunal.
2. Duración del proceso sobre los méritos en el Tribunal.
3. Casos sometidos al Tribunal en porcentaje.
4. Duración del procedimiento de pronta liberación de buques y sus tripulaciones.
5. Casos de pronta liberación y medidas provisionales, comparando su duración.
6. Comparación de duración de procedimientos sobre los méritos entre la Corte, el Tribunal y los arbitrajes del Anexo VII.
7. Comparación de duración de medidas provisionales entre la Corte y el Tribunal.

* Debe tenerse en cuenta, al momento de analizar estas estadísticas y cuadros, las diferencias existentes entre los distintos procedimientos tanto del Tribunal como de la Corte. Una comparación exacta es por ello inadecuada, pero si es válido relacionar algunos temas en común. Se ha tratado de mantener la mayor coincidencia posible en lo que hace a los casos que forman parte de este Anexo, esto es, el ámbito material, temporal y aspectos relacionados.



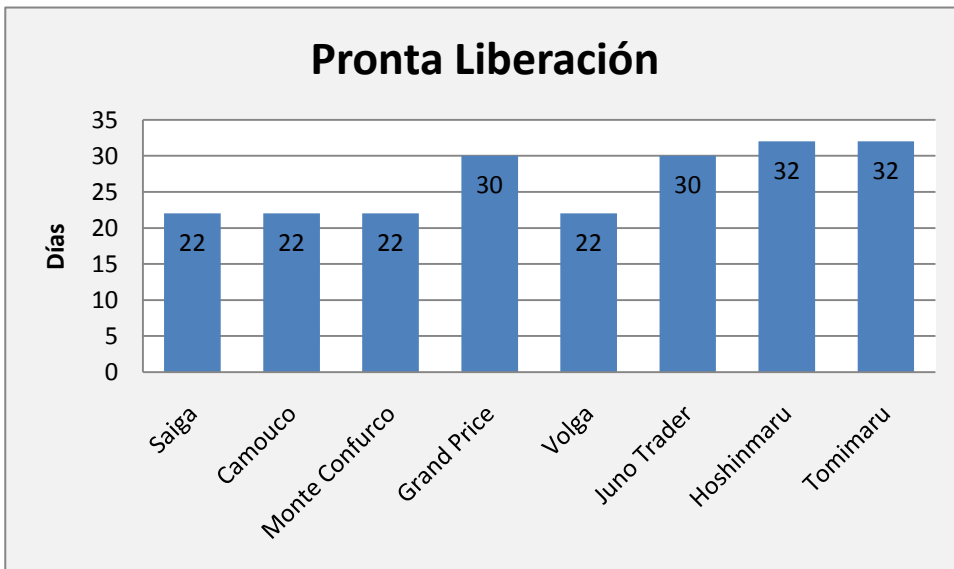
1. Duración del procedimiento de solicitud de medidas provisionales en el Tribunal.



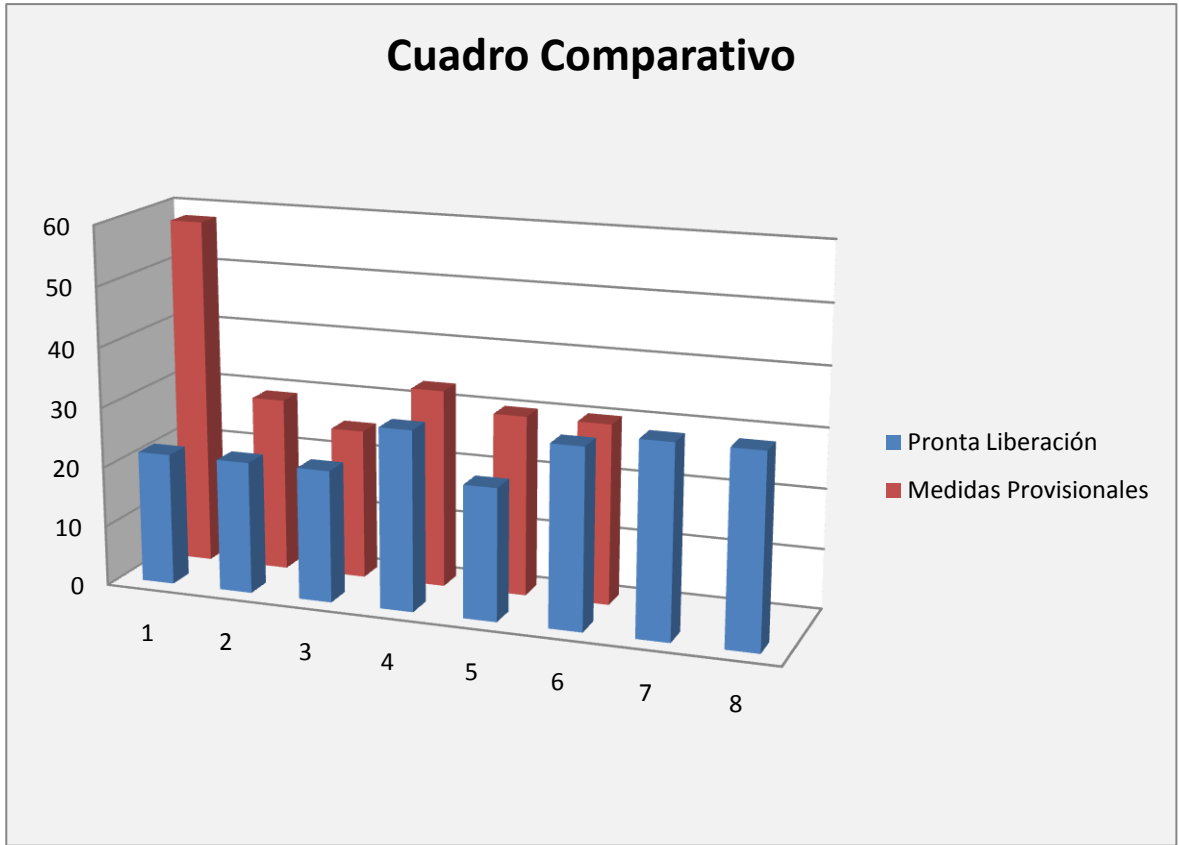
2. Duración del proceso sobre los méritos, donde incluimos a su vez la Opinión Consultiva.



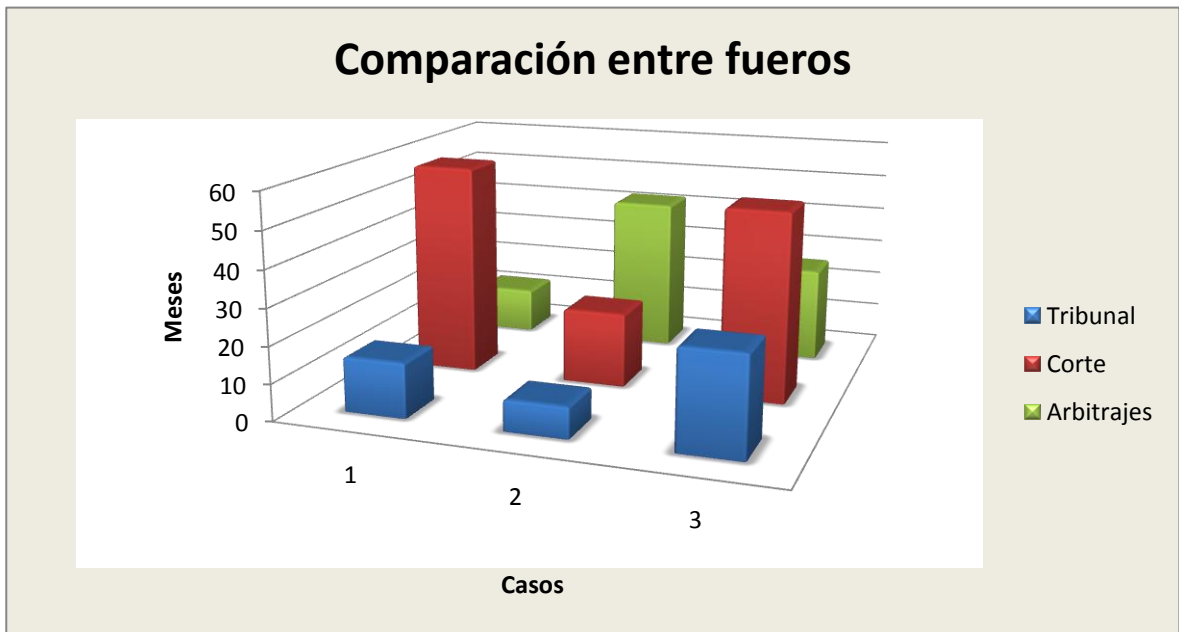
3. Casos sometidos al Tribunal, en función de su porcentaje sobre el total.



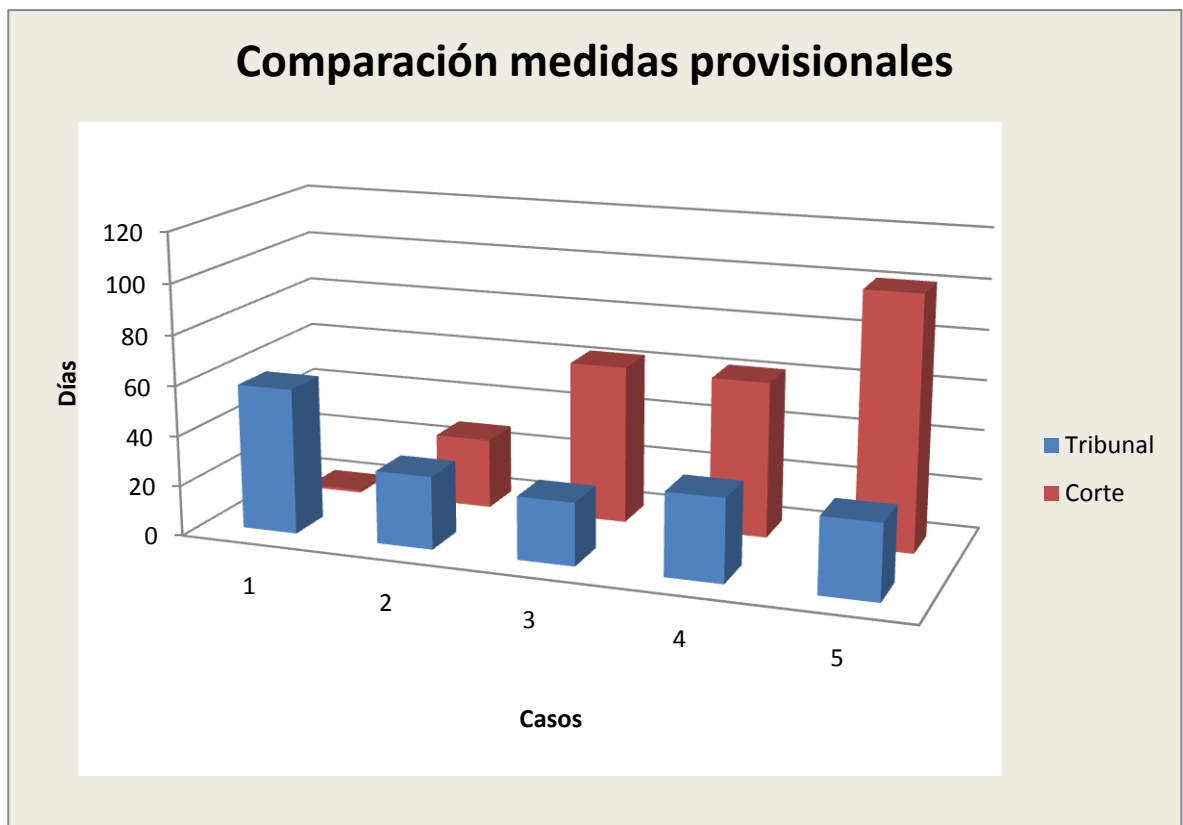
4. Duración del procedimiento de pronta liberación de buques y sus tripulaciones de acuerdo a la práctica del Tribunal.



5. Casos de pronta liberación y medidas provisionales ante el TIDM, comparando la duración de ambos.



6. Duración de los procedimientos sobre los méritos en los distintos fueros de la Parte XV.



7. Promedio de 35 días para el Tribunal y 51 días para la Corte, en cuanto al tiempo desde que se solicita una medida provisional y la decisión del organismo.

ANEXO III

FIANZA RAZONABLE. CUADRO COMPARATIVO

El cuadro se basa en el realizado por GAO Jianjun ('Reasonableness of the bond under Article 292 of the LOS Convention: Practice of the ITLOS', (2008) 7 (1) *Chinese Journal of International Law* pp. 115-142). Los elementos y montos expresados son los efectivamente tomados en cuenta para el monto final de la fianza, constituida tanto por el Estado como por el Tribunal. Se aclara que el Estado solicitante siempre reclamó fianzas con un valor muy por debajo de las fijadas por el Tribunal, las mismas no se incluyen al no haberse constituido nunca.

Abreviaturas:

M: moneda

FF: francos franceses

R: rublos rusos

Mill.: millón

US\$: dólares
estadounidenses

VALOR BUQUE: valor
tanto del buque detenido
como de su equipamiento

E: Estado

AU\$: dólares australianos

FBC: fianza buen
comportamiento

T: Tribunal

Eu.: euros

ASUNTO	M	VALOR BUQUE	SANCION TRIPULACION	SANCIONES DUEÑO	CARGAMENTO	FBC	DAÑOS	FIANZA
SAIGA	US\$	T: 1.5 mill.			T: 1 mill.			E: no la fijó T: 1.4 mill.
CAMOUCO	FF	E: 20 mill. T: 3.7 mill.	E: 5 mill. T: 5 mill.	E: máx. 25 mill.	E: 0.38 mill. confiscada y vendida			E: 20 mill. T: 8 mill.
MONTE CONFURCO	FF	E: 15 mill. T: 2.6 mill.	E: 40 mill. T: muy alta		E: 9 mill. T: 9 mill.		E: 0.4 mill. y 1 mill. de garantía	E: 56.4 mill. T: 18 mill.
VOLGA	AU \$	E: 1.92 mill. T: 1.92 mill.	E: 0.4125		E: 1.93 mill. vendido T: sin relevancia	E: 1 mill.		E: 3.33 mill. T: 1.92 mill.
JUNO TRADER	Eu.	E: 0.65 mill. T: nada	E: 8770 T: 8770	E: 0.17 mill. T: nada	E: 0.4 mill. a la venta T: la toma en cuenta			E: no la fijó T: 0.3 mill.
HOSHINMARU	R	E: 11.35 mill. T: no incluido	E: 0.5 mill. T: muy alta	E: 2 mill. T: muy alta			E: 7.93 mill. y 0.24 por costos de proc.	E: 22 mill. T: 10 mill.

