L. Solano & J.D. Palencia, "El instrumento jurídicamente vinculante sobre biodiversidad más allá de la jurisdicción nacional", Revista Orbis, No. 24, 2020, pp. 18-25

El instrumento jurídicamente vinculante sobre biodiversidad más allá de la jurisdicción nacional

Por Lucía Solano Ramírez

Primer Secretario de Relaciones Exteriores. Coordinadora de tratados de la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Cancillería. Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana, con una Maestría en Derecho Internacional, por la Universidad de Georgetown, Washington.

Por José David Palencia Osorio

Segundo Secretario de Relaciones Exteriores. Actualmente se encuentra adscrito a la Dirección de Derechos Humanos de la CAncillería. Profesional en Finanzas y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia.

Las áreas por fuera de la jurisdicción nacional (AFJN) o el alta mar cubren cerca de la mitad de la superficie de nuestro planeta y son el hogar de muchas especies hasta ahora muy poco conocidas por el hombre. En las últimas décadas, han surgido muchas amenazas contra estas áreas y sus recursos vinculadas al uso y explotación exponencial de las AFJN, tales como la pesca ilegal no declarada y no reglamentada (IUU, por su sigla en ingles), la sobreexplotación de las poblaciones de peces, prácticas de pesca destructivas del recurso y del medio ambiente, contaminación por petróleo y contaminación auditiva, el impacto físico de los buques, riesgos asociados a la explotación minera de los fondos marinos, entre otras.

El proceso multilateral en la materia

Frente a esta situación, la comunidad internacional sintió la necesidad de empe-

zar a discutir los asuntos relacionados con la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad en las AFJN. Así, en el año 2004, mediante Resolución A/RES/59/24 la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció el Grupo de Trabajo Especial Oficioso de Composición Abierta (GT) encargado de estudiar las cuestiones relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica fuera de las zonas de jurisdicción nacional. Posteriormente, mediante diversas resoluciones en materia de océanos y del derecho del mar, la Asamblea General decantó el mandato otorgado al GT. Particularmente, mediante la Resolución A/RES/66/231, reiterada por la Resolución A/RES/67/7, la Asamblea General define el formato de trabajo del GT, le insta a seguir avanzando mediante la aplicación de los instrumentos vigentes, o mediante la elaboración de un acuerdo multilateral, y establece el conjunto de asuntos que deben ser incorporados en su estudio, los cuales deberán ser tratados conjuntamente y como un "paquete", a saber: i) recursos genéticos marinos, incluida la participación en los beneficios; ii) mecanismos de ordenación basados en zonas geográficas, incluidas las áreas marinas protegidas; iii) evaluaciones de impacto ambiental; y iv) creación de capacidad y transferencia de tecnología.

Más adelante, a través del Documento final Río+20 - El Futuro que Queremos, aprobado en junio de 2012 a través de la Resolución 66/288, los Estados de las Naciones Unidas se comprometen a tomar una decisión sobre el desarrollo de un instrumento internacional que regule estas materias. En ese sentido, mediante la Resolución A/69/292 de 2015, la Asamblea General acoge las recomendaciones emitidas por el GT y decide el desarrollo de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, para lo cual convoca a un Comité Preparatorio (PrepCom), el cual sesionó cuatro veces entre 2016 y 2017 y acordó una serie de recomendaciones y un reporte de las sesiones de trabajo.

Finalmente, mediante la Resolución A/RES/72/249 de diciembre de 2017, se convocó a una conferencia intergubernamental, bajo los auspicios de la ONU, para que examinara las recomendaciones del PrepCom y redactara el texto del nuevo instrumento jurídicamente vinculante lo antes posible. La primera sesión de negociación de la Conferencia tuvo lugar del 4 al 17 de septiembre de 2018; la segunda, del 25 de marzo al 5 de abril de 2019; la tercera del 19 al 30 de agosto de 2019, y la cuarta y última sesión tendrá lugar del 23 de marzo al 3 de abril de 2020. Hasta la fecha los Estados negociadores no han considerado la posibilidad de tener más sesiones de negociación.

En términos generales, y según el mandato recibido de la Asamblea General, las conferencias intergubernamentales se han enfocado en discutir los cuatro puntos del paquete. El G-77 y otros países en desarrollo han buscado la inclusión, en el futuro tratado multilateral, de reglas relativas al acceso y a la compartición de beneficios surgidos de la explotación de recursos genéticos marinos (RGM). La Unión Europea y sus aliados, como Australia o Nueva Zelanda, han manifestado su apoyo al establecimiento de áreas marinas protegidas (AMP) en las AFJN. Por tanto, los temas relacionados con RGM y AMP han sido debatidos con amplitud, pese a que aún no hay definiciones sobre estos temas porque la negociación par-

te de la base de que "hasta que todo no está acordado, nada está acordado". Por su parte, los asuntos relativos a las evaluaciones de impacto ambiental (EIA) parecen ser menos controversiales, porque todos los Estados concuerdan en estimarlas necesarias y, por tanto, las discusiones al respecto han sido un poco más fluidas. Lo mismo parece haber ocurrido con los asuntos de creación de capacidad y transferencia de tecnología, sobre los cuales existe coincidencia acerca de la necesidad de que queden regulados en el instrumento. Finalmente, no se han discutido con demasiada profundidad ciertos asuntos transversales –salvo, quizás, la relación del instrumento con la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar (Convemar), sobre lo cual existen posiciones divergentes– ni las cláusulas finales del instrumento.

Pese a que el término de las negociaciones se acerca, el resultado final sigue siendo incierto. En la medida en que negociar un instrumento jurídicamente vinculante tan detallado como este es una tarea ciertamente ambiciosa, la mayor parte de los Estados han enviado equipos de negociación fuertes y preparados y han presentado posiciones muy bien fundamentadas. Sin embargo, o tal vez por ello, lograr consensos no ha sido tarea sencilla y los intereses generales de los Estados difieren en muchas materias.

Por su parte, la participación de la sociedad civil en estas negociaciones ha sido encomiable. Muchas organizaciones no gubernamentales, tanques de pensamiento, miembros de la academia e incluso representantes de la sociedad civil se pueden ver en las salas de Naciones Unidas en las que se ha discutido este instrumento, participando activamente cuando se les permite el uso de la palabra y preparando *side events* o actividades paralelas para generar conocimiento sobre puntos específicos[1].

Otro tema importante de discusión –por donde tal vez debería haber empezado este artículo– es sí en verdad se requiere un instrumento de esta naturaleza, cuando ya existen diversos instrumentos internacionales, órganos, organizaciones o grupos regionales que se refieren a las actividades que se pueden llevar a cabo en las AFJN, cuyo mandato, por tanto, no debe ser coartado. Otros, por el contrario, estiman que hace falta una regulación más detallada y exigente orientada a la conservación y uso sostenible de la diversidad en las AFJN y que instrumentos como la Convemar se quedan cortos en estas materias. Los intereses de los países con grandes industrias pesqueras también están aquí en juego, así como los de aquellas naciones que ya han empezado a explorar y explotar los recursos que se encuentran en el lecho marino de dichas AFJN. Algunos Estados prefieren, por tanto, mantener el *statu quo*.

Algunos puntos adicionales a tener en cuenta en relación con este instrumento son los siguientes: el objeto de definición, el Área por Fuera de la Jurisdicción o La Zona, la arquitectura institucional, el recurso objeto de discusión, la protección del medio marino, y los mecanismos de solución de controversias.

El objeto de definición: el área por fuera de la jurisdicción o la zona

Por antonomasia se podría entender que la definición "más allá de la jurisdicción nacional" implica las áreas más allá que las que efectivamente, bajo las disposicio-

nes convencionales, otorgan soberanía, derechos soberanos y/o jurisdiccionales según los regímenes aplicables a las diferentes áreas marinas establecidas en la Convención de 1982 o en el derecho consuetudinario internacional. Para limitar al máximo algunas zonas grises generadas por la redacción de la Convención del Mar[2] o efectos tales como el aumento en nivel de los mares y sus implicaciones en la determinación de líneas de base o el carácter no vinculante en situaciones sujetas a o que están pendientes de delimitación, el borrador de negociación ya acordado define las áreas más allá de la jurisdicción nacional como: el Alta Mar y La Zona. De igual forma, haría falta claridad sobre el manejo de la polución o derivas generadas por actividades relacionadas con recursos minerales en el lecho marino y actividades de explotación[3] de recursos genéticos marinos en la columna de agua, y viceversa.

En la práctica, el resultado de esta negociación será un desarrollo de los regímenes establecidos en la Parte VII y Parte XI de la Convención, en observancia y aplicación, con mayor detalle, de las disposiciones de la Parte XII (Protección y Preservación del Medio Marino) y la Parte XIII (Investigación Científica Marina). En últimas, algunos Estados han entendido el tratado bajo negociación como uno de implementación, que en cualquier caso desarrollará materias subordinadas a un orden constitucional establecido por la Convención del Mar[4] con potenciales y significativas implicaciones para aquellos Estados que han acogido sus disposiciones y para los cuales se han creado obligaciones convencionales.

La arquitectura institucional

Como cualquier instrumento internacional, existiría una Conferencia de las Partes. Los elementos más interesantes están relacionados con la arquitectura institucional y sus implicaciones para la gobernanza de los océanos. Tres de los hasta ahora posibles órganos que surgirían del instrumento y que están incluidos en el cuerpo del borrador son: Secretaría, Cuerpo Científico y Técnico, y Cámara de Facilitación.

En el borrador preparado por la presidenta de las negociaciones para la tercera sesión (agosto 2019), la Secretaría estaría en cabeza de la Autoridad de los Fondos Marinos. Luego de dicha ronda de negociaciones, la nueva versión (noviembre 27 de 2019) ha eliminado dicha disposición y ha incluido que la Secretaría ahora recaiga en la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, por medio de su Departamento de Asuntos Oceánicos y de Derecho del Mar. Por su parte, el Cuerpo Científico y Técnico asumiría, entre otras, las funciones de brindar la asesoría científica y técnica a la Conferencia de las Partes, incluyendo tareas de recomendación sobre el desarrollo en el AFJN.

El recurso objeto de discusión

El articulado en negociación hace referencia al concepto de "patrimonio común de la humanidad". En efecto, la resolución de 2749 de 1970 sentó las bases de una noción que se discutía desde el siglo XIX[5], y recoge lo que 12 años después se va a convertir, para algunos, en ese principio convencional de derecho del mar. Sin embargo, este punto ha sido muy discutido por algunos países, ya que consideran que el principio de patrimonio común de la humanidad no existe en el derecho internacional o al menos no lo ven explícitamente consagrado en la Convención del Mar. En

"Acuario" 2018. Autora: Fiorella Ferroni

la práctica, se extendería el régimen aplicable a los recursos minerales en el área, a los demás tipos de recursos de la alta mar, aquellos en la columna de agua. Igualmente, se ampliaría el alcance de la Parte XII de la Convención relativa a asuntos como la no apropiación ni reclamación de soberanía o derechos soberanos.

La Convención del Mar se refiere exclusivamente a recursos minerales en el área, que gozan de protección, y a recursos vivos en Alta Mar. Sobre los primeros, en su artículo 133 sobre recursos en La Zona, se hace referencia a todos los recursos minerales sólidos, líquidos y gaseosos, *in situ*, en La Zona o debajo del lecho marino, incluyendo los nódulos polimetálicos. Por desarrollo convencional, cuando los recursos son recuperados en La Zona, se refiere a estos como como "minerales". Sobre los segundos, en su artículo 119, la Convención aborda los recursos vivientes, con énfasis en recursos de pesca, y fija el concepto de "máxima producción sustentable". Ante el vacío normativo en la materia, el último borrador de tratado, en el párrafo 1.9, que define el recurso genético marino, continúa abierto; y un párrafo alternativo recoge la definición del Convenio sobre Diversidad Biológica. El otro párrafo propuesto relativo a esa misma

definición agrega un lenguaje de "propiedades genéticas y biomecánicas" de dicho material biológico.

La protección del medio marino

Las evaluaciones de impacto ambiental (EIA) contenidas en el borrador del tratado son desarrollos concurrentes con los avances en las actividades de la Autoridad de los Fondos Marinos. Sin embargo, y siguiendo el texto del borrador[6], se indica que no se requieren EIA en caso de que existan marcos e instrumentos legales vinculantes con mandatos para evaluar el impacto ambiental de las actividades propuestas. Esta materia es de suma importancia, pues dicha propuesta, por su naturaleza, estaría en contravía del principio precautorio. Por regla general cada actividad de exploración y explotación, dependiendo de su alcance, medio y duración, debería tener una evaluación de impacto ambiental *fit for purpose* y el marco del mejor conocimiento científico disponible.

La Parte XI de la Convención que regula La Zona tiene un enfoque extractivista y de mero beneficio económico, sin ajustarse a las realidades de conservación del desarrollo. Es importante anotar las circunstancias que rodearon la adopción de Convención de Montego Bay, anterior al Reporte Bruntland (1987), que marcó el inicio del enfoque de sostenibilidad entre economía y medio ambiente, para posteriormente ser cristalizado en los mandatos de la Conferencia de la Tierra Rio 1992. Por ejemplo, el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, mediante decisión ISBA/18/C722 del 26 de julio de 2012, aprobó el plan de manejo medio ambiental para el área Clarion-Clipperton, tal como lo recomendó la Comisión Jurídica y Técnica.

El apartado I del documento ISBA/17/LTC/7 del 13 de julio de 2011, que recoge el marco jurídico relativo a las atribuciones de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos en la protección del medio marino, en su literal C se refiere a los principios rectores del Plan de Manejo Medio Ambiental para el Área Clarion-Clipperton, entre los cuales se encuentra el de conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, consistente en que todos los Estados tienen el deber de preservar y utilizar de manera sostenible la biodiversidad marina.

Los mecanismos de solución de controversias

El proyecto de instrumento revisado que circuló la presidencia en noviembre de 2019 dispone, en materia de solución de controversias, en primer lugar que los Estados Partes podrán acudir a los mecanismos de solución pacífica de controversias que consagra el derecho internacional. Por su lado, también se hace referencia a las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en la Parte XV de la Convemar. No obstante, este tema aún no ha sido objeto de discusión entre las delegaciones.

Sin embargo, es importante llamar la atención sobre la posibilidad de que el instrumento remita a la Convemar para efectos de solución de controversias, toda vez que este aspira a la universalidad y para los Estados que no son parte de esa Convención podría ser difícil aceptar que se les aplique el régimen de solución de controversias contenido en ella. Por su parte, un punto que no ha sido discutido ni se ha plasmado en el proyecto de instrumento es la posibilidad de que se permita a los Estados que eventualmente hagan parte

de este tratado solicitar opiniones consultivas a una corte o tribunal internacional acerca de dudas sobre la interpretación o aplicación del mismo y sobre la relación entre este y la convención. Este podría ser un elemento innovador y un avance significativo en materia de prevención de controversias que las delegaciones considerarían incluir.

Conclusión

El planeta en general y los océanos en particular se enfrentan a una etapa crítica para la conservación de la vida marina y su inmenso universo, en gran parte aún desconocido para el ser humano. En este contexto, la discusión adquiere aún mayor relevancia por las inmensas repercusiones que la adopción e implementación o no de este instrumento, y los términos del mismo, tendría en materia de gobernanza de los mares y sostenibilidad en su aprovechamiento. Para esta, que es la única negociación multilateral sobre un instrumento vinculante que está vigente en la actualidad y para los océanos, el reloj está en contra.

Notas

1. N. del Ed.: *Véase* en este número de la revista Orbis el artículo de María Juliana Tenorio Quintero "La participación del individuo en la negociación de convenios internacionales en medio ambiente".
2. Principalmente, aquellas zonas grises presentes en los debates dados en el contexto de su negociación y adopción (periodo de Guerra Fría y Distensión) y su consideración intertemporal frente a las realidades actuales en las cuales se desarrollan los debates.
3. El borrador de tratado se refiere a "Acceso". El objetivo último es permitir el acceso a los beneficios monetarios y no monetarios propios de cualquier proceso de investigación y desarrollo, aunque aún no hay acuerdo sobre un carácter obligatorio o aspiracional.
4. Frase pronunciada por el embajador Tommy Koh de Singapur, presidente de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, en su sesión final, Montego Bay, Jamaica, diciembre 6 de 1982.
5. Este concepto kantiano ha sido desarrollado progresivamente en diferentes instrumentos del derecho internacional.
6. United Nations, "Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction". Art. 23: 4 - Alt. 3. A/CONF.232/2019/6 del 27 de noviembre de 2019.

Bibliografía

- Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución de 2749 (XXV) del 17 de diciembre de 1970.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/59/24
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/66/231
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/67/7
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/69/292 de 2015
- Asamblea General de las Naciones Unidas. A/RES/72/249 de diciembre de 2017
- Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. Decisión del Consejo Relativa al Plan de ordenación ambiental para la zona Clarion-Clipperton. Disponible en: https://undocs.org/ISBA/18/C/22
- Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. Plan de ordenación ambiental para la zona Clarion-Clipperton. Disponible en: https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/files/documents/isba-17ltc-7_1_0.pdf
- Nota del Presidente. Texto borrador revisado de un acuerdo bajo la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del mar sobre la Conservación y Uso Sostenible de la Biodiversidad Marina en Áreas más allá de la Jurisdicción nacional. Disponible en: https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org.bbnj/files/revised_draft_text_a.conf_.232.2020.11_advance_unedited_version.pdf
- IISD Reporting Services sobre las negociaciones del isntrumento BBNJ; disponible en: http://enb.iisd.org/oceans/bbnj/igc1/