

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

**INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO  
Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

# **CUADERNO DE DERECHO INTERNACIONAL**

**Número VI**

**LOS APORTES DE LA  
JURISPRUDENCIA AL DESARROLLO  
DEL DERECHO INTERNACIONAL**

ISSN: 234-1905

**CÓRDOBA  
REPÚBLICA ARGENTINA  
2011**

# LOS APORTES DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL MAR A LAS NORMAS DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA RECIENTE OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LAS ACTIVIDADES EN LA ZONA \* <sup>1</sup>

*Magdalena García Elorrio* <sup>2</sup>

**Sumario:** Introducción. Diferencia terminológica entre la noción de “*responsibility*” y “*liability*”. El rol de la *due diligence* en relación a la obligación de asegurar el cumplimiento de la Convención. Alcance de la responsabilidad internacional del Estado. Algunas reflexiones finales.

## Introducción

El art. 139 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar <sup>3</sup> (en adelante CONVEMAR) establece que: “*1. Los Estados Partes estarán obligados a velar por que las actividades en la Zona,*

---

\* Artículo recibido el 31 de octubre de 2011 y aprobado para su publicación el 21 de diciembre de 2011.

<sup>1</sup> ITLOS, Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion (February 1, 2011), “Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area”, págs. 1-76.

<sup>2</sup> Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Género y Equidad por la Universidad de Murcia, España. Becaria Doctoral del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de la Nación (CONICET), Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

<sup>3</sup> La CONVEMAR entró en vigor el 16 de noviembre de 1994.

*ya sean realizadas por ellos mismos, por empresas estatales o por personas naturales o jurídicas que posean su nacionalidad o estén bajo su control efectivo o el de sus nacionales, se efectúen de conformidad con esta Parte. La misma obligación incumbirá a las organizaciones internacionales respecto de sus actividades en la Zona”.*

En este marco, el 10 de marzo de 2010 la República de Nauru transmitió a la Secretaría General de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos una propuesta de solicitud de Opinión Consultiva (en adelante OC), con el fin de que la Sala de Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en adelante TIDM) aclarase algunas cuestiones sobre el alcance y contenido de las obligaciones y responsabilidades del Estado patrocinante en las actividades de la zona<sup>4</sup>. Nauru justificó su propuesta de petición en que su país carecía de recursos económicos y técnicos para realizar por sí exploraciones en el fondo marino oceánico, y que su participación en las actividades de la zona se limitaba a patrocinar a empresas privadas que realizaban las exploraciones. Concretamente, Nauru había patrocinado en 2008 a la empresa *Nauru Ocean Resources Inc.* que solicitaba autorización para la exploración de nódulos polimetálicos

---

<sup>4</sup> Véase: PLAKOKEFALOS I., “Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea: Responsibilities and obligations of states sponsoring persons and entities with respect to activities in the area -Advisory Opinion”, *Journal of Environmental Law* 24:1, 2012, págs. 133-143. GUERRERO PENICHE N., “La Opinión Consultiva del Tribunal Internacional del Mar a la luz del Principio de Trato especial y Diferenciado para los Estados en desarrollo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional Público*, Vol. 12, 2012, págs. 175-227. HANDL G., “Responsibilities and Obligations of States Sponsoring persons and Entities with respect to activities in the area: the International Tribunal of the Law of the Sea’s recent contribution to International Environmental Law”, *Review of European Community & International Environmental Law* 20 (2), 2011, págs. 208-213. BOYLE A., HANDL G., “International Law and Liability for Catastrophic Environmental Damage”, 105 *Am. Soc’y Int’l L. Proc.*, pág. 428, 2011. FREESTONE D., “Advisory Opinion of the Seabed Disputes Chamber of International Tribunal for the Law of the Sea on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities With Respect To Activities in the Area”, 15 *ASIL Insights* (Issue 7, March 9, 2011). PAYNE C.R., “Responsibilities and Obligations of States Sponsoring persons and Entities with respect to activities in the area”, *Seminar on the Outcome of the Advisory Opinion Issued by the Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea on 1 February 2011 on the Responsibilities and Obligations of States Sponsoring persons and Entities with respect to activities in the area*”, organized by the International Seabed Authority United Nations, New York, 7 April 2011.

en la zona. La preocupación central de Nauru era que los costos y responsabilidades potenciales derivadas de su condición de Estado patrocinante, excedieren sus capacidades financieras de respuesta <sup>5</sup>.

El 6 de mayo de 2010, el Consejo de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos (en adelante ‘Consejo’) reformuló los interrogantes planteados por Nauru, y decidió requerir a la Sala de Fondos Marinos del TIDM una OC <sup>6</sup>. La solicitud de OC versó sobre las siguientes cuestiones:

1. *What are the **legal responsibilities and obligations** <sup>7</sup> of States Parties to the Convention with respect to the sponsorship of activities in the Area in accordance with the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982?*

2. *What is the extent of **liability** of a State Party for any failure to comply with the provisions of the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement, by an entity whom it has sponsored under Article 153, paragraph 2 (b), of the Convention?*

3. *What are the necessary and appropriate measures that a sponsoring State must take in order to fulfil its **responsibility** under the Convention, in particular Article 139 and Annex III, and the 1994 Agreement? <sup>8</sup>.*

---

<sup>5</sup> ISBA/16/C/6, International Seabed Authority Council, Sixteenth session Kingston, Jamaica 26 April-7 May 2010, “Proposal to seek an advisory opinion from the Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea on matters regarding sponsoring State responsibility and liability”, available at: <http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/16Sess/Council/ISBA-16C-6.pdf>

<sup>6</sup> El art. 191 de la Convención establece: “*Cuando lo soliciten la Asamblea o el Consejo, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos emitirá opiniones consultivas sobre las cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de actividades de esos órganos. Esas opiniones se emitirán con carácter urgente*”.

<sup>7</sup> Todo el resaltado del presente trabajo nos pertenece.

<sup>8</sup> ISBA/16/C/13, International Seabed Authority Council, Sixteenth session Kingston, Jamaica 26 April-7 May 2010, Decision of the Council of the International Seabed Authority requesting an advisory opinion pursuant to Article 191 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, available at: <http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/16Sess/Council/ISBA-16C-13.pdf>

El objetivo del presente trabajo será realizar un análisis del pronunciamiento del TIDM<sup>9</sup> con el objeto de detectar cuáles han sido los aportes a la construcción y consolidación de las normas de responsabilidad internacional del Estado en relación al hecho de actores no estatales (empresas privadas) en las actividades desplegadas en la zona. El análisis se efectuará en los siguientes términos: 1. Diferencia terminológica entre la noción de “*responsibility*” y “*liability*” 2. Rol de la *due diligence* en relación a la obligación de asegurar el cumplimiento de la Convención 3. Alcance de la Responsabilidad internacional del Estado patrocinante.

### **Diferencia terminológica entre la noción de “*responsibility*” y “*liability*”**

Como cuestión preliminar al tratamiento de los interrogantes planteados por el Consejo, el Tribunal efectuó algunas consideraciones aclaratorias sobre el alcance y sentido de términos esenciales contenidos en la normativa convencional que debía interpretar. A los fines del presente trabajo<sup>10</sup> nos interesa resaltar las apreciaciones que realizó el Tribunal sobre los términos “*responsibility*” y “*liability*” que aparecen utilizados en el articulado de la Convención<sup>11</sup>.

La primera cuestión que introduce el Tribunal es que el término “*responsibility*” que se desprende de los arts. 139 párrafo 1 y 2 (“*States Parties shall have the responsibility to ensure*”)<sup>12</sup>, 235 párrafo 1

---

<sup>9</sup> El Tribunal estaba conformado por los siguientes jueces: Treves (Presidente), Marotta Rangel, Nelson Chandrasekhara Rao, Wolfrum, Yanai, Kateka, Hoffmann, Gao, Bouguetaia, Golitsyn.

<sup>10</sup> El Tribunal también se expide sobre los siguientes términos: “*Sponsorship*”, “*activities in the Area*” y “*prospecting*”.

<sup>11</sup> Advisory Opinion, ob.cit. nota 1, p. 22.

<sup>12</sup> Article 139. *Responsibility to ensure compliance and liability for damage: 1. States Parties shall have the responsibility to ensure that activities in the Area, whether carried out by States Parties, or state enterprises or natural or juridical persons which possess the nationality of States Parties or are effectively controlled by them or their nationals, shall be carried out in conformity with this Part. The same responsibility applies to international organizations for activities in the Area carried out by such*

(“*States are responsible for the fulfilment*”) <sup>13</sup> de la Convención y 4 párrafo 4 del Anexo III (“*States shall... have the responsibility to ensure*”) <sup>14</sup> no coincide con el sentido del término “*responsibility*” empleado en los arts. 304 de la Convención (“*responsibility and liability for damage*”) <sup>15</sup> y art. 22 del Anexo III (“*responsibility and liability for damage*”) <sup>16</sup> <sup>17</sup>. El Tribunal asigna al primer uso del término “*responsibility*” el sentido de “obligación” (obligación primaria), mien-

---

*organizations. 2. Without prejudice to the rules of international law and Annex III, article 22, damage caused by the failure of a State Party or international organization to carry out its responsibilities under this Part shall entail liability; States Parties or international organizations acting together shall bear joint and several liability. A State Party shall not however be liable for damage caused by any failure to comply with this Part by a person whom it has sponsored under article 153, paragraph 2(b), if the State Party has taken all necessary and appropriate measures to secure effective compliance under article 153, paragraph 4, and Annex III, article 4, paragraph 4.*

<sup>13</sup> Article 235. **Responsibility and liability:** 1. States are **responsible for the fulfilment** of their international obligations concerning the protection and preservation of the marine environment. They shall be liable in accordance with international law

<sup>14</sup> Article 4. **Qualifications of applicants:** 4. The sponsoring State or States shall, pursuant to article 139, have **the responsibility to ensure**, within their legal systems, that a contractor so sponsored shall carry out activities in the Area in conformity with the terms of its contract and its obligations under this Convention. A sponsoring State shall not, however, be liable for damage caused by any failure of a contractor sponsored by it to comply with its obligations if that State Party has adopted laws and regulations and taken administrative measures which are, within the framework of its legal system, reasonably appropriate for securing compliance by persons under its jurisdiction.

<sup>15</sup> Article 304. **Responsibility and liability for damage:** The provisions of this Convention regarding responsibility and liability for damage are without prejudice to the application of existing rules and the development of further rules regarding responsibility and liability under international law.

<sup>16</sup> Article 22. **Responsibility:** The contractor shall have **responsibility or liability** for any damage arising out of wrongful acts in the conduct of its operations, account being taken of contributory acts or omissions by the Authority. Similarly, the Authority shall have **responsibility or liability** for any damage arising out of wrongful acts in the exercise of its powers and functions, including violations under article 168, paragraph 2, and account being taken of contributory acts or omissions by the contractor. **Liability** in every case shall be for the actual amount of damage.

<sup>17</sup> Texto en inglés: [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf)

tras que el segundo uso le atribuye el significado de “responsabilidad” (obligación secundaria)<sup>18</sup>.

Para arribar a esta conclusión, el TIDM efectúa una comparación entre las diferentes versiones lingüísticas de la Convención. Por ejemplo, en el texto en español<sup>19</sup> del art. 139 de la Convención el término “*responsibility to ensure*” se traduce en “*los Estados Partes estarán obligados*”. Por su parte el art. 22 del Anexo III referido a “*responsibility and liability for damage*” se traduce en “*responderá de los daños causados por los actos ilícitos*”. La diferencia puede verse también en el texto en francés<sup>20 21</sup>.

Con respecto a la distinción entre el sentido de los términos “*responsibility*” y “*liability*” el Tribunal establece que en los arts. 139 y 245 de la Convención y 4 del Anexo III la referencia al término “*responsibility*” implica, como decíamos obligación primaria, mientras que el término “*liability*” se refiere a una obligación secundaria, es decir, las consecuencias de la violación de una obligación primaria<sup>22</sup>.

Sin embargo, cuando analiza el art. 22 del Anexo III sobre responsabilidad de la entidad privada y la Autoridad, el Tribunal aclara que en relación a los términos “*responsibility and liability for damage*” el término “*responsibility*” se refiere a la obligación secundaria y que coincide con el sentido del término “*responsibility*” del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante ‘CDI’) sobre la ‘Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos’ (REHII)<sup>23</sup>. No obstante, nada dice el Tribunal respecto a cuál es el sentido del término “*liability*” en ese artículo y en su caso, si se identifica o no con el utilizado en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad Internacional por las

<sup>18</sup> Advisory Opinion, *ob.cit.* nota 1, págs. 22-23.

<sup>19</sup> Texto en español: [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/convemar\\_es.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf)

<sup>20</sup> Texto en francés: <http://www.un.org/french/law/los/index.htm>

<sup>21</sup> Advisory Opinion, *ob.cit.* nota 1, págs. 22-23.

<sup>22</sup> Advisory Opinion, *ob.cit.* nota 1, pág. 23.

<sup>23</sup> *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, Document A/56/10: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, pp. 27-31.

Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional (Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas).

Teniendo en cuenta las distinciones enunciadas, el Tribunal otorga significado a los términos utilizados en cada una de las preguntas sometidas a OC. El primer interrogante cuando dice “*legal responsibilities and obligations*” refiere a obligaciones primarias. El segundo interrogante cuando expresa “*the extent of liability of a State*” implica obligación secundaria. Y la última pregunta al decir “*fulfil its responsibility*” se remite a una obligación primaria<sup>24</sup>.

Podemos afirmar que es la primera vez que la jurisprudencia internacional se ha referido a esta importante cuestión terminológica. Sin embargo, la distinción entre el sentido de los términos “*liability*” y “*responsibility*” o la interpretación del diferente alcance del término “*responsibility*” en distintas disposiciones normativas, no ha estado exento de arduas discusiones en la doctrina internacional y en el seno de los trabajos de la CDI.

Las conclusiones a las que ha llegado el TIDM sobre el sentido de los términos “*responsibility*” (norma primaria) y “*liability*” (norma secundaria) ya habían sido señaladas con igual criterio interpretativo por autores como Lefebber<sup>25</sup> y Horbach<sup>26</sup>.

Respecto al sistema jurídico de donde proviene la distinción entre “*responsibility*” y “*liability*”, el TIDM no se ha expedido sobre esa cuestión. Horbach<sup>27</sup> y Barboza<sup>28</sup> han destacado acertadamente que la distinción de ambos términos proviene del sistema jurídico anglo-ameri-

---

<sup>24</sup> Advisory Opinion, *ob.cit.* nota 1, pág. 24.

<sup>25</sup> LEFEBBER R., *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, págs. 13-14.

<sup>26</sup> HORBACH N.L.J.T. (ed.), *Liability versus Responsibility under International Law. Defending strict state responsibility for transboundary damage*, May, 1996, págs. 34-39.

<sup>27</sup> HORBACH N.L.J.T. (ed.), *Liability versus Responsibility under International Law. Defending strict state responsibility for transboundary damage*, *ob.cit.* nota 24, págs. 20-30.

<sup>28</sup> BARBOZA J., *The Environment, Risk and Liability in International Law*, Martinus Nijhoff publishers, Leiden-Boston, 2011, págs. 22-23.



cano o *Common Law* inglés, no existiendo en el sistema continental dicha distinción. En la “*tort law*” inglesa, “*liability*” se refiere a un término jurídico conectado con la obligación jurídica de pagar reparación. “*Responsibility*” no es necesariamente legal e implica responsabilidad derivada de la falta de conformidad con una norma de naturaleza moral, religiosa, social o jurídica. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, Horbach sostiene la noción de “*responsibility*” se refiere a una situación anterior a la violación de una norma jurídica y por tanto, indica un deber conformado por un estándar de conducta cuyo cumplimiento o imposición exige un sistema jurídico determinado.

La distinción terminológica entre “*responsibility*” y “*liability*” ha sido adoptada en el marco de los trabajos de la CDI sobre ‘Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional (Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas) y el proyecto sobre REHII. Sin embargo, el sentido asignado por la CDI a ambos términos difiere del sentido originario. Barboza<sup>29</sup> y Lefeber<sup>30</sup> concuerdan que en los trabajos de la CDI, el término “*responsibility*” se limita a los hechos internacionalmente ilícitos, mientras que “*liability*” se refiere a otras formas de responsabilidad incluida la responsabilidad por actos no prohibidos por el Derecho Internacional.

El Informe Preliminar sobre responsabilidad (*liability*) internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional, elaborado por el Relator Especial Quentin-Baxter<sup>31</sup> establece que durante la sesiones de la CDI en junio de 1973 la Comisión aprobó sin debate la propuesta del representante de los Estados Unidos Sr. Kearny de utilizar el término “*responsibility*” en relación con los hechos internacionalmente ilícitos y “*liability*” cuando se trate de consecuencias perjudiciales que pueda tener la realización de determinadas actividades lícitas. Por tanto, el criterio de distinción entre el uso de ambos términos era la licitud o no de la conducta.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> LEFEBER R., *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, *ob. cit.* nota 24, pág. 14.

<sup>31</sup> *Anuario de la CDI*, DOCUMENTO A/CN.4/334 Y ADD.1 Y 2, 24 y 27 de junio y 4 de julio de 1980, pp.262-263, párrafos 10-14.

## El rol de la *due diligence* en relación a la obligación de asegurar el cumplimiento de la Convención

La obligación de asegurar se desprende del art. 139 de la Convención que prevé que:

*“1. States Parties shall have the **responsibility to ensure** that activities in the Area, whether carried out by States Parties, or state enterprises or natural or juridical persons which possess the nationality of States Parties or are effectively controlled by them or their nationals, shall be carried out in conformity with this Part. The same responsibility applies to international organizations for activities in the Area carried out by such organizations.*

Asimismo el art. 4 del Anexo III de la Convención dispone que:

*“4. The sponsoring State or States shall, pursuant to article 139, have the **responsibility to ensure**, within their legal systems, that a contractor so sponsored shall carry out activities in the Area in conformity with the terms of its contract and its obligations under this Convention. A sponsoring State shall not, however, be liable for damage caused by any failure of a contractor sponsored by it to comply with its obligations if that State Party has adopted laws and regulations and taken administrative measures which are, within the framework of its legal system, reasonably appropriate for securing compliance by persons under its jurisdiction”.*

La primera vinculación que realiza el TIDM entre la noción de *due diligence* y la obligación de asegurar se refiere a la naturaleza jurídica de esta obligación a la luz de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultados<sup>32</sup>. El TIDM entiende que la obligación de asegurar consti-

---

<sup>32</sup> Véase: ANZILOTTI, D., “La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers”, *Revue Générale de Droit International Public*, tomo XIII, 1906, pág. 5. TRIEPEL, H., *Diritto internazionale e diritto interno*, Torino, 1899, págs. 296-298. AGO, R., “Nouvelles réflexions sur la codification du droit international”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1988, págs. 539-576. AGO, R., “Le délit international”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t. 68. DUPUY, P.-M., “Reviewing the difficulties of

tuye una obligación de medios y equipara esta última noción a la de *due diligence*. Específicamente dispone que:

*110. The sponsoring State's obligation "to ensure" is not an obligation to achieve, in each and every case, the result that the sponsored contractor complies with the aforementioned obligations. Rather, it is an obligation to deploy adequate means, to exercise best possible efforts, to do the utmost, to obtain this result. To utilize the terminology current in international law, this obligation may be characterized as an obligation "of conduct" and not "of result", and as an obligation of "due diligence".*

Es de observar que la conclusión a la que arriba el TIDM no introduce un planteo innovador en la hermenéutica de las normas de responsabilidad internacional del Estado. Por el contrario, coincide con los pronunciamientos efectuados por la Corte Internacional del Justicia (en adelante CIJ) en el asunto de las Pasteras entre Argentina y Uruguay<sup>33</sup> y los trabajos de la CDI sobre la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional (Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas). Más aún, el Tribunal hace una referencia específica a estos dos instrumentos para sustentar su tesis.

La segunda cuestión a la que se avoca el Tribunal, es a la determinación del alcance de la obligación de asegurar. Plantear esta cuestión implica, en los términos interpretativos del TIDM, expedirse sobre el contenido del estándar de *due diligence* que conforma la obligación de asegurar. En este marco el Tribunal acierta en considerar que la noción de *due diligence* constituye un concepto variable y revisable<sup>34</sup>, en el que una

---

Codification: On Ago's classification of obligations of Means and Obligations of result in relation to state responsibility", *European Journal of International Law*, vol. 10, No. 2, Paris, 1999, págs. 371-385. PISILLO MAZZESCHI, R., "The due diligence rule and the nature of the international responsibility of states", *German yearbook of international law*, vol. 35, Berlin, 1993, págs. 9-51. REUTER, P., "Principes de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, volume 113, tomo II, 1996, pág. 536.

<sup>33</sup> ICJ, "Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay, Argentina v. Uruguay", 20th April 2010.

<sup>34</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 64.

diversidad de factores influyen en su determinación. Ha sostenido la OC, que la noción de *due diligence* “*may change over time as measures considered sufficiently diligent at a certain moment may become not diligent enough in light, for instance, of new scientific or technological knowledge. It may also change in relation to the risks involved in the activity*”<sup>35</sup>. Asimismo ha entendido que “*the standard of due diligence has to be more severe for the riskier activities*”<sup>36</sup>. Ambas cuestiones ya habían sido ampliamente señaladas por la doctrina internacional de principios del siglo XX<sup>37</sup>.

Según el Tribunal, el contenido del estándar de *due diligence*, se basa en las disposiciones de los arts. 139<sup>38</sup> y 153<sup>39</sup> de la Convención y art. 4 párrafo 4 del Anexo III, normativa de la que se desprende cómo deben ser las medidas a adoptar por el Estado patrocinante: *necesarias* (art. 153 párrafo 4), *adecuadas* (art. 153 párrafo 4) *razonables* (art. 4 párrafo 4 del Anexo III) y *conforme su sistema jurídico* (artículo art. 4 párrafo 4 del Anexo III). Asimismo la elección no puede ser arbitraria y a juicio del Tribunal en la razonabilidad de las medidas podrá influir que al momento de elegir se tengan en cuenta opciones relevantes a la protec-

---

<sup>35</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 36.

<sup>36</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 37.

<sup>37</sup> BOCHARD, E., “The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners”, *The American Journal of International Law*, vol. 23, No. 2, Supplement: Codification of International Law, 1929, págs. 131-239. GARNER, J.W., “Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of Mob Violence, Riots and Insurrection”, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, vol. 21, 1927, pág. 50, <http://www.jstor.org/stable/25656726>. COFFEY H. C., “Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of Mob Violence, Riots and Insurrection, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, 1927, vol. 21, pág. 63, <http://www.jstor.org/stable/25656726> .

<sup>38</sup> *Article 139. Responsibility to ensure compliance and liability for damage, ob. cit.* 11.

<sup>39</sup> *Article 153. System of exploration and exploitation. 4. 4. The Authority shall exercise such control over activities in the Area as is necessary for the purpose of securing compliance with the relevant provisions of this Part and the Annexes relating thereto, and the rules, regulations and procedures of the Authority, and the plans of work approved in accordance with paragraph 3. States Parties shall assist the Authority by taking all measures necessary to ensure such compliance in accordance with article 139.*

ción del fondo marino oceánico como patrimonio común de la humanidad, el accionar de buena o mala fe del Estado patrocinante, y el respeto de los mínimos fijados internacionalmente (legislar sobre los mínimos)<sup>40</sup>. Para indicar qué medidas podrían reunir las condiciones previstas, el Tribunal se remite al art. 4 párrafo 4 del Anexo III que dispone que los Estados Partes deben adoptar “*leyes*”, “*regulaciones*” y “*medidas administrativas*”<sup>41</sup>.

Asimismo, dispone que el cumplimiento de las obligaciones directas del Estado patrocinante también implican cumplimiento del estándar de *due diligence* de la obligación de asegurar<sup>42</sup> y por tanto, conforman algunas de las medidas a las que refieren los artículos citados. Entre las obligaciones directas del Estado patrocinante, el TIDM reconoce: \* obligación de asistir a la autoridad, \* obligación de aplicar el enfoque precautorio, \* obligación de implementar las mejores prácticas medioambientales, \* la obligación de adoptar las medidas para asegurar la provisión de garantías en el caso de existencia de una orden de emergencia para la protección del medio ambiente marino dictada por la Autoridad, \* la obligación de asegurar recursos para solicitar compensación por daños causados por contaminación \* la obligación de realizar la evaluación de impacto ambiental<sup>43 44</sup>.

Es menester señalar que si bien el Tribunal brinda algunas consideraciones en relación al contenido del estándar de *due diligence*, no lo precisa. La elección de las medidas a implementar para cumplir con la obligación de asegurar corresponden a la libre<sup>45</sup> y soberana elección de cada uno de los Estados soberanos. Lo que no excluirá un posible análisis acerca de suficiencia o no por algún tribunal internacional.

La distinción del alcance y contenido de las medidas que componen el estándar de *due diligence* según cuál sea la condición del Estado que

---

<sup>40</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 67.

<sup>41</sup> Article 4. *Qualifications of applicants*, *ob. cit.*, 13.

<sup>42</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, p. 38, pág. 43.

<sup>43</sup> La OC hace extensiva la obligación de realización de la EIA en los supuestos de patrimonio común de la humanidad.

<sup>44</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, págs. 32-45.

<sup>45</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 66.

patrocine las actividades en la zona, no ha sido una cuestión eludida por el Tribunal. Por el contrario, el TIDM le dedica una parte de su OC a dilucidar si la obligación de promover la efectiva participación de los Estados desarrollados en las actividades en la zona considerando sus necesidades e intereses (art. 148 de la Convención)<sup>46</sup> implica que los Estados en vías de desarrollo requieren un trato preferencial en relación a los Estados desarrollados. El Tribunal responde negativamente y afirma que no hay disposición alguna en la Convención que legitime un trato inequitativo entre los Estados. Asimismo, da razones para su conclusión explicando que:

*159. Equality of treatment between developing and developed sponsoring States is consistent with the need to prevent commercial enterprises based in developed States from setting up companies in developing States, acquiring their nationality and obtaining their sponsorship in the hope of being subjected to less burdensome regulations and controls. The spread of sponsoring States “of convenience” would jeopardize uniform application of the highest standards of protection of the marine environment, the safe development of activities in the Area and protection of the common heritage of mankind.*

El interrogante al que intenta responder el TIDM, se corresponde con la discusión doctrinaria y jurisprudencial más antigua en materia de *due diligence*. Desde la primera mención de la noción de *due diligence* en el Derecho Internacional Público<sup>47</sup> (1871), la cuestión central ha sido determinar su alcance en torno a las fórmulas de *diligentia quam in suis* (diligencia aplicada por el Estado para resolver sus asuntos internos) o *due diligence* (diligencia como estándar mínimo internacional). La primera fórmula implica tomar especialmente en consideración la situación económica, política y social interna de los Estados mientras que la otra

---

<sup>46</sup> Article 148. Participation of developing States in activities in the Area: The effective participation of developing States in activities in the Area shall be promoted as specifically provided for in this Part, having due regard to their special interests and needs, and in particular to the special need of the land-locked and geographically disadvantaged among them to overcome obstacles arising from their disadvantaged location, including remoteness from the Area and difficulty of access to and from it.

<sup>47</sup> BALCH T.W., “The Alabama Arbitration”, ed. Allen, Lane & Scott, Philadelphia, 1900, págs. 1-170. BIRIGHAM, T., “Alabama Arbitration”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2010, págs. 1-4.

prescinde de esa consideración priorizando la equidad de tratamiento. Idéntica discusión pudo observarse en los trabajos preparatorios a la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional celebrado en La Haya en 1930 en el marco de la Sociedad de Naciones<sup>48</sup>.

Es posible identificar un aporte sustancial y significativo en la doble función que le asigna el Tribunal al estándar de *due diligence* en relación con la obligación de asegurar. Por un lado, asegurar el cumplimiento de una obligación y por otro, operar como causal de exoneración de responsabilidad:

*“186. This clause provides for the exemption of the sponsoring State from liability.*

*Its effect is that, in the event that the sponsored contractor fails to comply with the Convention, the Regulations or its contract, and such failure results in damage, the sponsoring State cannot be held liable. The condition for exemption of the sponsoring State from liability is that, as specified in article 139, paragraph 2, of the 56 Convention, it has taken “all necessary and appropriate measures to secure effective compliance” under article 153, paragraph 4, and Annex III, article 4, paragraph 4, of the Convention”<sup>49</sup>.*

*“217. Under these provisions, in the system of the responsibilities and liability of the sponsoring State, the “necessary and appropriate measures” have two distinct, although interconnected, functions as set out in the Convention. On the one hand, these measures have the*

---

<sup>48</sup>HACKWORTH, G. H., “Responsibility of States for Damages caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners: The Hague Conference for the Codification of International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 24, No. 3, 1930, pág. 512, <http://www.jstor.org/stable/2189682>. SOHN, L.B., BAXTER, R. R., “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens: II. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens”, *The American Journal of International Law*, vol. 55, No. 3, 1961, págs. 548-584. CRAWFORD, J., GRANT, T., “Responsibility of States for injuries to foreigners”, Chapter 3, *Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, 2000, pág. 95.

<sup>49</sup>Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 56.

*function of ensuring compliance by the contractor with its obligations under the Convention and related instruments as well as under the relevant contract. On the other hand, they also have the **function of exempting the sponsoring State from liability for damage** caused by the sponsored contractor, as provided in article 139, paragraph 2, as well as in Annex III, article 4, paragraph 4, of the Convention”<sup>50</sup>.*

Más aún enfatiza el Tribunal que “*the main purpose of these provisions is to **exempt sponsoring States that have taken certain measures from liability for damage***”<sup>51</sup>.

La consideración de la *due diligence* como una causal de exoneración de responsabilidad internacional, no ha sido sostenida por la doctrina ni por otro pronunciamiento jurisprudencial internacional.

Finalmente, el TIDM realiza otro aporte trascendente en lo referente a la obligación de asegurar y la noción de *due diligence*, al sostener que las medidas necesarias y adecuadas que debe adoptar un Estado patrocinante para cumplir con su obligación de asegurar deben adoptar el enfoque precautorio y por tanto, la falta de certeza del riesgo de daño no puede ser una excusa para justificar la omisión en la adaptación de dichas medidas. Es valioso destacar el razonamiento del Tribunal al entender que:

*31. Having established that under the Nodules Regulations and the Sulphides Regulations, both sponsoring States and the Authority are under an obligation to apply the precautionary approach in respect of activities in the Area, it is appropriate to point out that **the precautionary approach is also an integral part of the general obligation of due diligence** of sponsoring States, which is applicable even outside the scope of the Regulations. The due diligence obligation of the sponsoring States requires them to take all appropriate measures to prevent damage that might result from the activities of contractors that they sponsor. This obligation applies in situations where scientific evidence concerning the scope and potential negative impact of the activity in*

---

<sup>50</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 63.

<sup>51</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 37.



*question is insufficient but where there are plausible indications of potential risks. A sponsoring State would not meet its obligation of due diligence if it disregarded those risks. Such disregard would amount to a failure to comply with the precautionary approach”*<sup>52</sup>.

En este punto, cabe resaltar que el ITLOS constituye el único Tribunal Internacional que ha aplicado a un caso en enfoque precautorio<sup>53</sup>. Sin embargo, es dable reconocer que esta OC el Tribunal avanza aún más en la consolidación del enfoque precautorio al entenderlo integrado en la noción de *due diligence*.

### **Alcance de la responsabilidad internacional del Estado**

La segunda cuestión que se somete a OC del ITLOS es la determinación de cuál es el alcance de la responsabilidad internacional del Estado Patrocinante en caso de violación por una entidad privada, de las disposiciones previstas en el Capítulo XI de la Convención y el Acuerdo de Implementación de 1994. El interrogante que plantea el Consejo encierra uno de los tópicos de mayor discusión en torno al tema de la responsabilidad internacional del Estado, y se refiere la procedencia o no de la responsabilidad estatal por el hecho de particulares<sup>54</sup>. Es un criterio ampliamente compartido que el Estado no responde por el hecho del particular sino que responde por la propia omisión de sus órganos que le es atribuida en los términos del art. 4 del Proyecto de REHII<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 40.

<sup>53</sup> Order - Request for Prov. Measures S. Bluefin Tuna (Nos.3 and 4), International Tribunal for the Law of the Sea, 1999, Southern Bluefin Tuna Cases, (New Zealand v. Japan- Australia v. Japan).

<sup>54</sup> El de REHII sólo contempla la posibilidad de atribuir responsabilidad al Estado por hechos de particulares en caso de reconocimiento y adopción del hecho del particular por el Estado. El art. 11 dispone que “*el comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerara no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio*”.

<sup>55</sup> AGO, R., “Le délit international”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t. 68. DUPUY, P.M., “International

El régimen de responsabilidad internacional previsto en la Convención se desprende del art. 139 párrafo 2, art. 304, art. 22 del Anexo III, art. 4 párrafo 4 del Anexo III. A partir de dicha normativa el TIDM efectúa su tarea hermenéutica para dar respuesta a la cuestión planteada en la OC.

El art. 139 párrafo 2 establece que:

*“2. Without prejudice to the rules of international law and Annex III, article 22, damage caused by the failure of a State Party or international organization to carry out its responsibilities under this Part shall entail liability; States Parties or international organizations acting together shall bear joint and several liability. A State Party shall not however be liable for damage caused by any failure to comply with this Part by a person whom it has sponsored under article 153, paragraph 2(b), if the State Party has taken all necessary and appropriate measures to secure effective compliance under article 153, paragraph 4, and Annex III, article 4, paragraph 4”.*

El art. 22 del Anexo III prevé:

***Responsibility:** The contractor shall have responsibility or liability for any damage arising out of wrongful acts in the conduct of its operations, account being taken of contributory acts or omissions by the Authority. Similarly, the Authority shall have responsibility or liability for any damage arising out of wrongful acts in the exercise of its powers and functions, including violations under article 168, paragraph 2, and account being taken of contributory acts or omissions by the contractor. **Liability** in every case shall be for the actual amount of damage.*

El art. 4 párrafo 4 del Anexo III dispone:

*Qualifications of applicants: 4. The sponsoring State or States shall, pursuant to article 139, have **the responsibility to ensure**, within their legal systems, that a contractor so sponsored shall*

---

Liability of States for damage caused by transfrontier pollution”, in *Legal Aspects of Transfrontier Pollution, Organization for Economic Cooperation and Development*, Paris, 1977, págs. 345-379.

*carry out activities in the Area in conformity with the terms of its contract and its obligations under this Convention. A sponsoring State shall not, however, be liable for damage caused by any failure of a contractor sponsored by it to comply with its obligations if that State Party has adopted laws and regulations and taken administrative measures which are, within the framework of its legal system, reasonably appropriate for securing compliance by persons under its jurisdiction*

Finalmente el art. 304 establece:

***Responsibility and liability for damage:*** *The provisions of this Convention regarding responsibility and liability for damage are without prejudice to the application of existing rules and the development of further rules regarding responsibility and liability under international law.*

La primera cuestión que concluye el TIDM es que la Convención y sus Anexos prevén cuatro fuentes de responsabilidad: 1) la responsabilidad internacional de los Estados Partes en general 2) la responsabilidad internacional del Estado patrocinante 3) la responsabilidad de la entidad privada y 4) la responsabilidad de la Autoridad<sup>56</sup>.

A los fines de dar respuesta al interrogante planteado, el Tribunal se centra en la responsabilidad internacional del Estado patrocinante en relación al hecho de las entidades privadas. Con idéntico criterio que el sostenido por la CIJ en algunos de sus pronunciamientos<sup>57</sup>, el TIDM sostuvo que la responsabilidad internacional del Estado patrocinante surge del incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado por sus órganos y no de la atribución del hecho del particular. En este marco, se hace eco del principio por el cual los actos de entidades privadas no son directamente atribuibles al Estado en el derecho internacional<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Advisory Opinion, *ob.cit.* nota 1, pág. 51.

<sup>57</sup> \**Corfu Channel Case*, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, 9th April 1949 \**Case Concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, United States v. Iran, Judgment 24 of may 1980 \**The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Case*, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, 26 febrero de 2007 \**Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, Argentina v. Uruguay, 20<sup>th</sup> April 2010.

<sup>58</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 55.

La responsabilidad internacional del Estado patrocinante exige, a criterio del Tribunal, tres requisitos para su procedencia: omisión u acción del Estado patrocinante de cumplir con alguna de las obligaciones que prevé la Convención y demás documentos conexos, la existencia de daño y nexo causal probado y no presumido<sup>59</sup> entre la violación del Estado patrocinante y el daño causado por la entidad privada. Lo expuesto permite excluir del alcance de la responsabilidad internacional del Estado los supuestos en que pese a la violación de una obligación no se genera daño, casos en que el daño se produce aun cuando el Estado actuó con *due diligence* o hipótesis en que no hay nexo causal entre la violación del Estado y el daño de la entidad privada<sup>60</sup>.

En relación al primer supuesto que estaría excluido del alcance de la Convención, cabe destacar que el Proyecto de la CDI sobre REHII no exige entre los requisitos para la existencia de responsabilidad internacional el daño. Específicamente el art. 2 sobre “*Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado*” establece que un comportamiento consistente en una acción u omisión es si es atribuible al Estado según el Derecho Internacional y si constituye una violación de una obligación internacional por el Estado. El comentario al art. 2 que “*no hay excepción alguna al principio enunciado en el art. 2 de que deben darse dos condiciones para que haya un hecho internacionalmente ilícito...la cuestión es si esas dos condiciones necesarias son también suficientes. A veces se afirma que no hay responsabilidad internacional por el comportamiento de un Estado que incumple sus obligaciones mientras no se dé algún elemento adicional, en particular el daño a otros Estado. Ahora bien la exigencia de elementos de ese tipo depende del contenido de la obligación primaria y no existe ninguna regla general al respecto*”<sup>61</sup>.

No obstante, la conclusión a la que arriba el TIDM en este punto no obsta a que sea aplicable el derecho internacional general para hacer procedente la responsabilidad internacional del Estado en algunos de los

---

<sup>59</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, p. 54.

<sup>60</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, p. 52.

<sup>61</sup> CDI, Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, Comentario al art. 2, pág. 36.

supuestos excluidos del alcance de la Convención según la interpretación de que subyace en la OC.

En relación a este tópico puede observarse que el Tribunal se remite a los trabajos de la CDI respecto de la consolidación de los elementos que conforman el hecho ilícito, no lo hace en lo referente al alcance de la responsabilidad internacional del Estado cuando confluyen ambos elementos. Conforme se desprende del art. 31 del Proyecto de REHII el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. Y el perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado. El artículo comentado encuentra su base en la sentencia Chorsow<sup>62</sup> donde claramente la PCIJ recepta el principio de reparación integral siendo exigible la restitución, la indemnización en caso de que la restitución al estado anterior no sea posible (indemnización por daño emergente) y la indemnización por el lucro cesante (ganancias que no se van a percibir). Pese a las remisiones que hace el TIDM de este fallo, la OC se decanta por un enfoque restrictivo en el alcance de la responsabilidad por el hecho ilícito sólo en función del daño actual en los términos de lo previsto en el art. 22 del Anexo III<sup>63</sup>:

*197. It is the view of the Chamber that the form of reparation will depend on both the **actual damage** and the technical feasibility of restoring the situation to the status quo ante<sup>64</sup>.*

En relación a la segunda cuestión que excluye la hermenéutica judicial, es cierto que no habría una norma general de derecho internacional que sustente la responsabilidad internacional del Estado por hecho ilícito. Los trabajos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional se basan en la responsabilidad central del operador del daño sobre la base del Principio de contaminador pagador y contemplan una respon-

---

<sup>62</sup>Case Concerning the Factory at Chorzow, (Germany vs. Polish Republic) *Claim for Indemnity (Merits)*, Permanent Court of Justice, Series A, N° 17, Collections of Judgments N° 23, 13<sup>th</sup> September, 1928.

<sup>63</sup>Article 22, *ob. cit.*, nota 15.

<sup>64</sup>Advisory Opinion, *ob.cit.* nota 1, pág. 56.

sabilidad residual del Estado<sup>65</sup>. El art. 5 del Proyecto establece que la responsabilidad internacional del Estado procede sólo “*in the event that the measures under the preceding paragraphs are insufficient to provide adequate compensation, the State of origin should also ensure that additional financial resources are made available.*”

Sin embargo, el TIDM avanza aún más y no admite siquiera la responsabilidad residual del Estado. Por el contrario, niega esta posibilidad en el marco de la Convención y propone la creación de un fondo para resolver el problema que pudiese presentarse en los casos de daño lícito:

“205. *Taking into account that, as shown above in paragraph 203, situations may arise where a contractor does not meet its liability in full while the sponsoring State is not liable under article 139, paragraph 2, of the Convention, the Authority may wish to consider the establishment of a trust fund to compensate for the damage not covered. The Chamber draws attention to article 235, paragraph 3, of the Convention which refers to such possibility*”<sup>66</sup>.

“209. *As already indicated, if the sponsoring State has not failed to meet its obligations, there is no room for its liability under article 139, paragraph 2, of the Convention even if activities of the sponsored contractor have resulted in damage. A gap in liability which might occur in such a situation cannot be closed by having recourse to liability of the sponsoring State under customary international law. The Chamber is aware of the efforts made by the International Law Commission to address the issue of damages resulting from acts not prohibited under international law. However, **such efforts have not yet resulted in provisions entailing State liability for lawful acts.** Here again (see paragraph 205) the Chamber draws the attention of the Authority to the option*

---

<sup>65</sup> Text adopted by the International Law Commission at its fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (A/61/10).

<sup>66</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 60.

*of establishing a trust fund to cover such damages not covered otherwise”* <sup>67</sup>.

Cabe destacar que el Tribunal niega la responsabilidad supletoria o residual no sólo en el supuesto de hecho lícito del Estado en relación al hecho ilícito de la entidad privada, sino que hace extensivo su criterio al caso en que tanto el Estado patrocinante como el actor no estatal incurran en hecho ilícito:

*204. In the view of the Chamber, the liability regime established by article 139 of the Convention and in related instruments leaves no room for residual liability. As outlined in paragraph 201, the liability of the sponsoring State and the liability of the sponsored contractor exist in parallel. The liability of the sponsoring State arises from its own failure to comply with its responsibilities under the Convention and related instruments. The liability of the sponsored contractor arises from its failure to comply with its obligations under its contract and its undertakings there under. As has been established, the liability of the sponsoring State depends on the occurrence of damage resulting from the failure of the sponsored contractor. However, as noted in paragraph 182, this does not make the sponsoring State responsible for the damage caused by the sponsored contractor”* <sup>68</sup>.

Asimismo, el Tribunal del Mar niega enfáticamente la posibilidad de atribución de responsabilidad internacional al Estado sobre la base de un criterio objetivo por el daño. Por el contrario, apela a la noción de *due diligence* como estándar subjetivo para regular la procedencia o no de la responsabilidad:

*189. ith regard to the standard of liability, it was argued in the proceedings that the sponsoring State has strict liability, i.e., liability without fault. The Chamber, however, would like to point out that liability for damage of the sponsoring State arises only from its failure to meet its obligation of due diligence. These rules out the application of strict liability”* <sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 61.

<sup>68</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 60.

<sup>69</sup> Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 56.

Del análisis expuesto surge que el Tribunal apela a la noción de *due diligence* asignándole múltiples funciones en relación a la obligación de asegurar: como estándar que garantiza el cumplimiento de la obligación, causa de exoneración de responsabilidad, equivalente a la noción de “obligación de medios” (tipo de obligación) y estándar de atribución de responsabilidad.

### Algunas reflexiones finales

Cabe destacar que los aportes que hace el TIDM a las normas de responsabilidad internacional del Estado en la presente OC pueden sistematizarse en tres contribuciones distintas<sup>70</sup>: consolidación y fortale-

---

<sup>70</sup>La decisión fue adoptada por unanimidad. La contestación a las tres preguntas fue la siguiente: \* **Replies to Question 1 submitted by the Council as follows:** *Sponsoring States have two kinds of obligations under the Convention and related instruments: A. The obligation to ensure compliance by sponsored contractors with the terms of the contract and the obligations set out in the Convention and related instruments. This is an obligation of “due diligence”. The sponsoring State is bound to make best possible efforts to secure compliance by the sponsored contractors. The standard of due diligence may vary over time and depends on the level of risk and on the activities involved. This “due diligence” obligation requires the sponsoring State to take measures within its legal system. These measures must consist of laws and regulations and administrative measures. The applicable standard is that the measures must be “reasonably appropriate”. B. Direct obligations with which sponsoring States must comply independently of their obligation to ensure a certain conduct on the part of the sponsored contractors. Compliance with these obligations may also be seen as a relevant factor in meeting the “due diligence” obligation of the sponsoring State. The most important direct obligations of the sponsoring State are: (a) the obligation to assist the Authority set out in article 153, paragraph 4, of the Convention; (b) the obligation to apply a precautionary approach as reflected in Principle 15 of the Rio Declaration and set out in the Nodules Regulations and the Sulphides Regulations; this obligation is also to be considered an integral part of the “due diligence” obligation of the sponsoring State and applicable beyond the scope of the two Regulations; (c) the obligation to apply the “best environmental practices” set out in the Sulphides Regulations but equally applicable in the context of the Nodules Regulations; (d) the obligation to adopt measures to ensure the provision of guarantees in the event of an emergency order by the Authority for protection of the marine environment; and (e) the obligation to provide recourse for compensation. The sponsoring State is under a due diligence obligation to ensure compliance by the sponsored contractor with its obligation*



---

*to conduct an environmental impact assessment set out in section 1, paragraph 7, of the Annex to the 1994 Agreement. The obligation to conduct an environmental impact assessment is also a general obligation under customary law and is set out as a direct obligation for all States in article 206 of the Convention and as an aspect of the sponsoring State's obligation to assist the Authority under article 153, paragraph 4, of the Convention.*

*Obligations of both kinds apply equally to developed and developing States, unless specifically provided otherwise in the applicable provisions, such as Principle 15 of the Rio Declaration, referred to in the Nodules Regulations and the Sulphides Regulations, according to which States shall apply the precautionary approach "according to their capabilities". The provisions of the Convention which take into consideration the special interests and needs of developing States should be effectively implemented with a view to enabling the developing States to participate in deep seabed mining on an equal footing with developed States.\** **Replies to Question 2 submitted by the Council as follows:** *The liability of the sponsoring State arises from its failure to fulfil its obligations under the Convention and related instruments. Failure of the sponsored contractor to comply with its obligations does not in itself give rise to liability on the part of the sponsoring State. The conditions for the liability of the sponsoring State to arise are: (a) failure to carry out its responsibilities under the Convention; and (b) occurrence of damage. The liability of the sponsoring State for failure to comply with its due diligence obligations requires that a causal link be established between such failure and damage. Such liability is triggered by a damage caused by a failure of the sponsored contractor to comply with its obligations. The existence of a causal link between the sponsoring State's failure and the damage is required and cannot be presumed.*

*The sponsoring State is absolved from liability if it has taken "all necessary and appropriate measures to secure effective compliance" by the sponsored contractor with its obligations. This exemption from liability does not apply to the failure of the sponsoring State to carry out its direct obligations. The liability of the sponsoring State and that of the sponsored contractor exist in parallel and are not joint and several. The sponsoring State has no residual liability. Multiple sponsors incur joint and several liabilities, unless otherwise provided in the Regulations of the Authority. The liability of the sponsoring State shall be for the actual amount of the damage. Under the Nodules Regulations and the Sulphides Regulations, the contractor remains liable for damage even after the completion of the exploration phase. This is equally valid for the liability of the sponsoring State. The rules on liability set out in the Convention and related instruments are without prejudice to the rules of international law. Where the sponsoring State has met its obligations, damage caused by the sponsored contractor does not give rise to the sponsoring State's liability. If the sponsoring State has failed to fulfil its obligation but no damage has occurred, the consequences of such wrongful act are determined by customary international law. The establishment of a trust fund to cover the damage not covered under the Convention could be considered.*

**\*Replies to Question 3 submitted by the Council as follows:** *The Convention requires the sponsoring State to adopt, within its legal system, laws and regulations and*

cimiento de normas y criterios hermenéuticos preexistentes, creación de criterios y enfoques interpretativos y resistencia a la cristalización de algunas tendencias incipientes jurídicas actuales.

En la primera clasificación podemos situar la afirmación que hace el TIDM sobre las siguientes cuestiones: \* distinción entre los términos “*responsibility*” y “*liability*”, \* la consideración de la *due diligence*

---

*to take administrative measures that have two distinct functions, namely, to ensure compliance by the contractor with its obligations and to exempt the sponsoring State from liability. The scope and extent of these laws and regulations and administrative measures depends on the legal system of the sponsoring State. Such laws and regulations and administrative measures may include the establishment of enforcement mechanisms for active supervision of the activities of the sponsored contractor and for co-ordination between the activities of the sponsoring State and those of the Authority. Laws and regulations and administrative measures should be in force at all times that a contract with the Authority is in force. The existence of such laws and regulations, and administrative measures is not a condition for concluding the contract with the Authority; it is, however, a necessary requirement for carrying out the obligation of due diligence of the sponsoring State and for seeking exemption from liability. These national measures should also cover the obligations of the contractor after the completion of the exploration phase, as provided for in regulation 30 of the Nodules Regulations and regulation 32 of the Sulphides Regulations. In light of the requirement that measures by the sponsoring States must consist of laws and regulations and administrative measures, the sponsoring State cannot be considered as complying with its obligations only by entering into a contractual arrangement with the contractor. The sponsoring State does not have absolute discretion with respect to the adoption of laws and regulations and the taking of administrative measures. It must act in good faith, taking the various options into account in a manner that is reasonable, relevant and conducive to the benefit of mankind as a whole. As regards the protection of the marine environment, the laws and regulations and administrative measures of the sponsoring State cannot be less stringent than those adopted by the Authority, or less effective than international rules, regulations and procedures. The provisions that the sponsoring State may find necessary to include in its national laws may concern, inter alia, financial viability and technical capacity of sponsored contractors, conditions for issuing a certificate of sponsorship and penalties for noncompliance by such contractors. It is inherent in the “due diligence” obligation of the sponsoring State to ensure that the obligations of a sponsored contractor are made enforceable. Specific indications as to the contents of the domestic measures to be taken by the sponsoring State are given in various provisions of the Convention and related instruments. This applies, in particular, to the provision in article 39 of the Statute prescribing that decisions of the Chamber shall be enforceable in the territories of the States Parties, in the same manner as judgments and orders of the highest court of the State Party in whose territory the enforcement is sought.*

como una obligación de medios, \* la referencia a la *due diligence* como un concepto variable y revisable, \* el reconocimiento del riesgo como un factor influyente en el grado de *due diligence*, \* la categorización de las medidas que deben integrar el estándar de *due diligence* como necesarias, razonables y adecuadas, \* la preservación del principio de elección libre y soberana de las medidas a implementar para cumplir con la obligación de asegurar, \* el reconocimiento de la discusión en torno a la influencia de la condición del Estado (desarrollado o no) en el alcance de sus obligaciones, \* el reconocimiento de la obligación de aplicar el enfoque precautorio, \* la responsabilidad internacional del Estado patrocinante fundada en la omisión de sus órganos y no en el hecho del particular, \* principio de no atribución de los hechos del particular, \* reconocimiento de los dos elementos del hecho ilícito.

Con respecto a la creación de nuevos criterios y/o enfoques interpretativos son de observar los siguientes: \* la consideración de la *due diligence* como una excepción a la responsabilidad internacional o causal de exoneración, \* propuesta de creación de fondo para suplir el vacío legal en caso de responsabilidad por hecho lícito o insuficiencia de la entidad privada como única alternativa al daño lícito o ilícito que exceda las capacidades de respuesta, \* la consideración del enfoque precautorio como parte integrante de la *due diligence*, \* reconocimiento del daño como elemento de la responsabilidad internacional del Estado patrocinante, \* el reconocimiento restrictivo del alcance de la responsabilidad internacional del Estado al daño actual.

Por último, puede identificarse una resistencia del TIDM a consolidar algunas tendencias incipientes en los siguientes tópicos: \* responsabilidad residual del Estado en caso de hecho lícito o insuficiencia de la entidad privada, \* la admisión de la *strict liability* del Estado en algunos supuestos, \* la admisión de la responsabilidad internacional del Estado por hecho lícito.