



Artículos

El Tribunal Internacional de Derecho del Mar y su competencia consultiva

Martín Cabrera Mirassou¹

Introducción

El 2 de abril de 2015 sucedió un evento que puede considerarse una excepción en el derecho internacional. Un tribunal interestatal decidió apartarse del alcance de su competencia tal cual había sido otorgada por los Estados en sus instrumentos constitutivos. Es más, lo hizo a fin de expandir su competencia y poder contar con mayores facultades sobre el régimen del cual forma parte. Dos años después de dicho evento, hay otro dato igualmente peculiar. Los Estados no han tomado acciones ni declaraciones dirigidas a limitar el accionar de dicho tribunal, su presupuesto, como tampoco se han retirado del mismo. Estas prácticas sí se han vuelto normales en la mayoría de los tribunales internacionales.²

El evento al cual hacemos referencia es la Opinión Consultiva emitida por el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM).³ ¿Por qué merece ser resaltada esta opinión? Primeramente, y de lo que nos ocupamos en esta breve y sencilla colaboración, es que los Estados tuvieron la clara intención de que el TIDM no pudiera emitir opiniones consultivas, dejando reservada dicha competencia para la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos (Sala). Pero el TIDM siguió otro camino y se invistió de dicha competencia, poniendo en juego su autoridad sobre el régimen oceánico.⁴

1 CONICET, UNCOMA, UCASAL, COFEI.

2 Sobre el tema ver GINSBURG Tom (2013), "Political constraints on international courts", Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No 453, 24 pp. Incluso en los medios de comunicación se aprecian los ataques a la Corte Penal Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos, y a la Corte Internacional de Justicia.

3 Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal).

4 RUYTS Tom y SOETE Anemoon (2016), "'Creeping' Advisory Jurisdiction of International Courts and Tribunals? The Case of The International Tribunal for the Law of the Sea", Leiden Journal of International Law, vol. 29 (1), pp. 155-176.

Contexto normativo y fáctico de la Opinión Consultiva sobre pesca INDR

La Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR) como el Estatuto del TIDM mantuvieron silencio respecto a la competencia consultiva del TIDM en pleno. Ya que la Sala cuenta con una competencia consultiva expresamente prevista, la doctrina estaba dividida acerca de si el TIDM podía emitir opiniones consultivas respecto a la CONVEMAR.⁵ Antes que nada, debe tenerse en cuenta que la posición que se adopte incide en el alcance que pueda tener el TIDM en la administración del régimen de los océanos. Una respuesta negativa implica que ha primado una visión formalista divorciada de los fines y propósitos establecidos por la comunidad internacional en 1982. A su vez, refleja un efecto negativo sobre la autoridad del TIDM, ya que a través de un procedimiento consultivo el ámbito de influencia se expande más allá de las partes en una controversia bilateral.

Las dudas se despejaron en parte con la adopción del Reglamento, donde se establece que el TIDM puede emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas si un acuerdo internacional relacionado con los propósitos de la CONVEMAR específicamente contempla tal posibilidad. La solicitud la debe realizar cualquier órgano autorizado por o en conformidad con el acuerdo en cuestión.⁶ 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 TIDM, 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 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?⁷ 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 bien restrictiva en lo que hace a la legitimación.

En principio, y de acuerdo con una lectura positivista de las normas aplicables, el TIDM en pleno no podría emitir opiniones consultivas o dar su interpretación respecto a las disposiciones de la CONVEMAR, al no contemplar esta dicha facultad. Y la adopción de tal competencia en el Reglamento, por los propios jueces, habría sido en abierta violación a la CONVEMAR y el principio consensualista. Pero afortunadamente, el Siglo XXI ha traído aires frescos y renovadores al derecho internacional.

Entonces, la segunda solicitud de una opinión consultiva fue dirigida al TIDM en pleno, lo que implicó para el mismo, tener que dar respuesta a algunas de las cuestiones discutidas en la doctrina.⁸ Por otro lado, la solicitud aborda nada más y menos que el delicado, polémico y sensible tema de la pesca ilegal, no regulada y/o no declarada (pesca INDR) en relación con las facultades de los Estados ribereños para combatirla.⁹ Así, el 28 de marzo de 2013, el TIDM recibió la solicitud de opinión consultiva por parte de la “Sub-Regional

5 GARCIA GARCIA-REVILLO Miguel (2005), “El Tribunal Internacional del Derecho del Mar: origen, organización y funcionamiento”, (Universidad de Córdoba, Córdoba). 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.

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

7 NDIAYE, op. cit., p. 583.

8 La primera Opinión Consultiva fue dirigida a la Sala. “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)”, emitida el 1 de febrero de 2011.

9 El concepto y elementos de la pesca INDR puede consultarse en el Código de Conducta para la Pesca Responsable adoptado por la FAO en 1995.

Fisheries Commission" (SRFC).¹⁰ La Conferencia de esta organización autorizó a su Secretaría Permanente a consultarle al TIDM sobre:

1. ¿Cuáles son las obligaciones de los Estados del pabellón en casos donde pesca ilegal, no reportada y no regulada son realizados en la ZEE de un tercer Estado?; 2. ¿Hasta qué punto el Estado del pabellón debe ser tenido por responsable por pesca INDR realizada por buques que enarbolan su pabellón?; 3. Cuando una licencia comercial es emitida a un buque en base a un acuerdo internacional con el Estado del pabellón o con una agencia internacional, ¿debe el Estado o la agencia internacional ser responsable por la violación de la legislación pesquera del Estado ribereño por el buque en cuestión? y; 4. ¿Cuáles son los derechos y obligaciones del Estado del pabellón en asegurar la administración sustentable de poblaciones compartidas, en especial de pequeñas especies pelágicas y el atún?¹¹

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.¹² Estos datos confirman las percepciones de que los recursos marinos vivos necesitan de un control eficaz sobre su explotación para evitar su agotamiento. La solicitud de la SRFC debe ser vista contra el trasfondo de la pesca INDR, la cual crea daños ambientales como económicos. Expertos de la OCDE¹³ estiman que hasta el 20 % de las capturas están vinculadas a la INDR, equivalente a 23.5 billones de dólares anuales.

Expresa el profesor Abruzza (2007: 34), es posible afirmar que la pesca INDR se ve facilitada esencialmente por tres factores: la utilización de banderas de conveniencia, la autorización a desembarcar y a efectuar transbordos de capturas sin verificar que no fueron realizadas en actividades de pesca INDR, y la carencia de políticas y de normas internas orientadas a disuadir estas actividades. Si bien cada uno de los componentes de la pesca INDR posee una tipificación legal específica, en la práctica aparecen estrechamente vinculados. Remarca el mencionado autor que cada una de estas situaciones pueden erosionar la eficacia de las medidas de conservación y/o de administración de los Estados ribereños.

Vistas estas cifras, el procedimiento consultivo suscitó el interés y participación de varios Estados, los cuales expresaron diversos fundamentos a favor y en contra respecto a la competencia del TIDM. Escritos fueron presentados por 22 Estados parte a la CONVEMAR: Arabia Saudita, Alemania, Nueva Zelanda, China, Somalia, Irlanda, Micronesia, Australia, Japón, Portugal, Chile, Argentina, Reino Unido, Tailandia, Holanda, Unión Europea, Cuba, Francia, España, Montenegro, Suiza y Sri Lanka. A su vez, seis organizaciones internacionales presentaron escritos: la Forum Fisheries Agency, la International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, Caribbean Regional Fisheries Mechanism, la ONU, la FAO, y Central American Fisheries and Aquaculture Organization. Por último, los Estados Unidos enviaron su escrito en carácter de parte al Acuerdo de 1995 sobre pesca, a pesar de no ser parte de la CONVEMAR. Y además como *amicus curiae* se presentó la WWF International.

10 La Sub-Regional Fisheries Commission es una organización intergubernamental de cooperación en materia de pesca, establecida en 1985. Sus miembros son Cabo Verde, Gambia, Sierra Leona, Guinea, Guinea-Bissau, Mauritania y Senegal. El área geográfica de aplicación del tratado es la ZEE de sus Estados miembros. Entre sus objetivos se encuentran la conservación y explotación de los recursos pesqueros en la sub-región y la adopción de mejores prácticas internacionales en relación a los recursos marinos.

11 Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)

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

13 Informe: "Fishing for development - background paper for session: the challenge of combatting illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing", 20 de marzo de 2014.

Las cuestiones debatidas en el procedimiento

El principal argumento manifestado por los Estados en contra de la competencia consultiva del TIDM es que la CONVEMAR no hace referencia alguna a ella, expresa o implícitamente, y en ese caso, el TIDM estaría actuando ultra vires bajo la CONVEMAR y lo que los Estados en su momento quisieron adoptar.¹⁴ A su vez, sostenían que el TIDM no tiene poderes implícitos que sirvan como una fuente independiente de autoridad para conferirse a sí mismo una competencia consultiva que de otra manera no posee.¹⁵ El artículo 138 del Reglamento no puede servir de base para el ejercicio de dicha competencia, desde que este Reglamento no puede invalidar las disposiciones de la CONVEMAR.¹⁶

Otros argumentos en contra son que el artículo 21 del Estatuto tiene la finalidad de encapsular la competencia contenciosa del TIDM, la cual se desarrolla desde el artículo 288 de la CONVEMAR. Por ende, el artículo 21 del Estatuto se debe interpretar consistentemente con el artículo 288, párrafo 2, el cual dice: “Cualquiera de las cortes o tribunales mencionados en el artículo 287 será competente también para conocer de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de un acuerdo internacional concerniente a los fines de esta Convención que se le sometan conforme a ese acuerdo”.¹⁷

También se ha alegado que el artículo 288, el cual está en la Parte XV de la CONVEMAR, lidiando con la solución de controversias, proporciona la competencia contenciosa del TIDM en términos claros y expresos.¹⁸ Los Estados que negociaron la CONVEMAR, si hubieran querido otorgarle una competencia consultiva, pudieron haber incluido una disposición expresa, pero no lo hicieron.¹⁹

Las posiciones a favor, en cambio, se fundamentaban en lo siguiente: que el artículo 21 del Estatuto es fuente suficiente para la competencia del TIDM en pleno para aceptar la solicitud de una opinión consultiva si está dispuesto específicamente en un acuerdo internacional, y no hay razón para asumir que el término “todas las cuestiones” no comprenda a la solicitud de una opinión consultiva. En su visión, el artículo 288 de la CONVEMAR, es complementado por el Estatuto y su artículo 21.²⁰ El propósito de esta norma es moldear al TIDM como una institución viviente y proporcionar expresamente lugar para los Estados que ingresan a acuerdos bilaterales o multilaterales otorgando competencia al TIDM.²¹

El primer punto que analizaron los jueces fue considerar si tenían competencia para emitir la opinión consultiva requerida, en base a los artículos 16 y 21 de su Estatuto y el artículo 138 del Reglamento.²² Así los jueces comienzan clarificando la relación entre el Estatuto en el Anexo VI y la CONVEMAR. Como lo expresa el artículo 318 de este último instrumento, sus anexos forman parte integral de la misma. El Estatuto en su artículo 1, párrafo 1, dice que el TIDM se constituye y funciona de acuerdo con las disposiciones de la CONVEMAR y dicho Estatuto. De esto se sigue que este goza del mismo estatus que la CONVEMAR. Entonces, el artículo 21 del Estatuto no se subordina al artículo 288 de aquella.²³

Gran parte de la cuestión debatida recae en la terminología empleada en el artículo 21 del Estatuto. La palabra “*disputes*” (controversias) es una referencia a la competencia contenciosa, de la misma manera, la

14 Párrafo 40 de la opinión consultiva.

15 *Ibidem*, párrafo 41.

16 Párrafo 42 de la opinión consultiva.

17 *Ibidem*, párrafo 43.

18 Párrafo 44 de la opinión consultiva.

19 *Ibidem*, párrafo 45.

20 Párrafo 48. de la opinión consultiva.

21 *Ibidem*, párrafo 49.

22 Párrafo 37 y 38 de la opinión consultiva.

23 *Ibidem*, párrafo 52.

palabra “*applications*” (demandas) se refiere a los casos contenciosos.²⁴ Las diferentes interpretaciones son sobre la palabra “*matters*” (cuestiones), el cual según el TIDM no debe interpretarse como incluyendo solo a las controversias, ya que, si ese fuera el caso, se hubiera usado solamente la palabra controversias en el artículo 21 del Estatuto. Consecuentemente, debe significar algo más que solo controversias. Esto implica que debe incluir a las opiniones consultivas, si está previsto expresamente en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al TIDM.²⁵

El TIDM también sostuvo que la expresión “todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal” no establece por sí misma la competencia consultiva del TIDM. En términos del artículo 21 del Estatuto, es el “otro acuerdo” el cual confiere competencia al TIDM. Cuando el “otro acuerdo” confiere competencia consultiva, entonces es cuando deviene competente para ejercer tal competencia con relación a todas las cuestiones expresamente dispuestas en ese “otro acuerdo”. El artículo 21 y el “otro acuerdo” confiriendo competencia al TIDM están interconectados y constituyen la base legal de su competencia consultiva.²⁶

Además, el argumento de que es el artículo 138 del Reglamento el cual establece la competencia consultiva del TIDM y que, como es una disposición procesal, no puede ser la fuente de la competencia consultiva del TIDM es incorrecto. El artículo 138 no establece la competencia consultiva del TIDM, solo fija los pre requisitos que necesitan satisfacerse previo a que el mismo pueda ejercer su competencia consultiva.²⁷ Los pre requisitos son: un acuerdo internacional relacionado con los propósitos de la Convención, que expresamente disponga la posibilidad de someter una solicitud de opinión consultiva al TIDM, la cual debe ser transmitida por un órgano autorizado por o de acuerdo al acuerdo, y la opinión se emite sobre preguntas legales.²⁸

En cuanto a la facultad del Tribunal en aceptar o rechazar emitir la opinión consultiva, el artículo 138 del Reglamento, que dispone “*the Tribunal may give an advisory opinion*”, debe interpretarse como significando que el TIDM tiene un poder discrecional para negarse a emitir una opinión consultiva aun cuando las condiciones de competencia están satisfechas. En principio, si el Tribunal se negara, debería ser por razones excepcionales.

Como el objeto de la solicitud de la SRFC es buscar guías, y consejos respecto a sus propias acciones y la de sus Estados miembro, no se advierte alguna razón que pudiera justificar el no dar una respuesta a las preguntas realizadas.²⁹ De la misma manera que con la primera opinión consultiva de la Sala, el TIDM resalta que las respuestas dadas van a asistir a la SRFC en el cumplimiento de sus actividades y contribuir a la implementación de la CONVEMAR.³⁰ Por las razones dadas, el TIDM consideró contar con competencia para entender en la solicitud.³¹

Algunas posibles implicancias de la Opinión Consultiva

El procedimiento consultivo puede funcionar para evaluar la calidad de un tribunal con relativa poca experiencia, tal el caso del TIDM. Desde su entrada en funcionamiento ha desarrollado una jurisprudencia en casos de pronta liberación de buques y sus tripulaciones como en medidas provisionales. En los últimos años además ha empezado a recibir asuntos sobre delimitaciones marítimas, derechos de lo Estados en la ZEE de los Estados ribereños. Como resultado la autoridad y experticia del Tribunal en procedimientos con-

24 Párrafo 55 de la opinión consultiva.

25 *Ibidem*, párrafo 56.

26 Párrafo 58 de la opinión consultiva.

27 *Ibidem*, párrafo 59.

28 Párrafo 60 de la opinión consultiva.

29 Párrafo 71 de la opinión consultiva.

30 *Ibidem*, párrafo 77.

31 *Ibidem*, párrafo 69.

tenciosos es ampliamente reconocida y apreciada.³² Esta opinión consultiva viene a confirmar la autoridad que tiene el TIDM sobre las materias que caen bajo su competencia.

Los procedimientos consultivos ante tribunales internacionales tienen un atractivo innegable. Primero, se valora el amplio acceso de las partes interesadas en el procedimiento, ya sea como participantes o *amicus curiae*, los cuales pueden ayudar a informar de todos los puntos relevantes que hacen a la opinión. Puede también ayudar a que el tribunal obtenga autoridad, ya que hay pluralidad de actores que participan en el procedimiento. Segundo, una opinión consultiva puede abordar cuestiones que no son estrictamente interestatales, y por ende, de más difícil judicialización. En este contexto, el caso ilustra el potencial de este tipo de procedimientos como una herramienta para lidiar con preguntas legales abstractas a través de un proceso participativo en donde los actores interesados tienen la oportunidad de presentar e intercambiar sus opiniones.³³

De la lectura de la opinión consultiva pueden extraerse ciertas pautas a algunos interrogantes que estaban presentes, si bien no son definitivas: en principio un acuerdo internacional bilateral puede prever la posibilidad de solicitar opiniones consultivas al TIDM, la organización u órgano autorizado para ello sería de carácter internacional y no un órgano estatal. La opinión confirma que, aun leyendo restrictivamente la palabra órgano, es posible que Estados busquen indirectamente una opinión consultiva al hacer uso, a través de un acuerdo, de un órgano ya existente.

No se puede obviar que fueron varios los Estados que elevaron objeciones a la competencia del TDIM, argumentos que el Juez Lucky categorizó como convincentes, claros y articulados, a los cuales el TIDM no respondió.³⁴ Si bien existía el riesgo de que los Estados desconocieran esta competencia del TIDM, el breve período de tiempo transcurrido desde la emisión de la opinión consultiva ha permitido mostrar que la autoridad del TIDM no se ha visto afectada. Sigue siendo considerado como un fuero necesario y útil, al punto de que futuros instrumentos internacionales bajo negociación contemplan la posibilidad de solicitarle opiniones consultivas.³⁵

32 Cfr. RUYS y SOETE, op. cit.

33 *Ibidem*.

34 Separate opinion of Judge Lucky.

35 Conforme información surgida del "Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument 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."