



FRAGMENTACIÓN EN LOS OCÉANOS: PERSPECTIVAS SOBRE EL SISTEMA DEL TRATADO ANTÁRTICO, BBNJ Y EL PRINCIPIO DE NO MENOSCABO

Marcelo Molina Villalobos

Introducción: BBNJ y la fragmentación del Derecho Internacional

Por medio de la Resolución 69/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas – el órgano principal de dicha organización internacional – resolvió convocar a una conferencia intergubernamental para la elaboración de un instrumento jurídico vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), con el fin eventual de implementar un régimen global que regule la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional (BBNJ, por sus siglas en inglés) (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015).

A mediados del año 2022, en la ciudad de Nueva York, se llevó a cabo el cuarto período de sesiones de la conferencia intergubernamental. Durante dicho período, las delegaciones de los Estados asistentes deliberaron con respecto a un proyecto de texto del acuerdo, para luego solicitarle a la Presidencia que preparara un nuevo proyecto que considerara los avances logrados hasta ese momento (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2022).

El nuevo proyecto de texto, que fue publicado a finales de mayo del 2022 y revisado en febrero y marzo de 2023 en el marco del quinto período de sesiones, abre interrogantes sobre su eventual interacción con otros regímenes de tratados operativos en ámbito regional, tales como el Sistema del Tratado Antártico (STA).

Desde ya conviene advertir que la aparición (relativamente reciente) de regímenes especializados en el ámbito del derecho medioambiental bien puede ser un síntoma del fenómeno conocido como fragmentación del derecho internacional (Langlet y Vadrot 2023, 8), que de acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, “adquiere relevancia jurídica al ir acompañada de la aparición de normas especializadas y (relativamente) autónomas o complejos de normas, instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica” (Comisión de Derecho Internacional, 2006: 3). Esto puede llegar a ser conflictivo en la medida que esos regímenes se solapan entre sí, creando así problemas de coherencia en la aplicación del derecho internacional (Comisión de Derecho Internacional 2006, 5; Blanchard, Durussel, y Boteler 2019, 6).

Teniendo esto en cuenta, este artículo reflexionará brevemente sobre si ese será el caso entre el STA y el BBNJ, al menos en la forma en que este último está estructurado hasta el momento. Dicho análisis se centrará en dos posibles puntos de conflicto: áreas de aplicación y gobernanza, para luego plantear una eventual e hipotética solución.

Posibles conflictos

En su más reciente versión, el artículo 3 del BBNJ, titulado “Ámbito de aplicación” señala que “el presente Acuerdo se aplica a las zonas situadas fuera de las jurisdicciones nacionales.” Esto ha de entenderse con referencia a lo señalado en el artículo 1 del Acuerdo, en cuanto “por ‘zonas fuera de la jurisdicción nacional’ se entiende la alta mar y la Zona.” La referencia a las zonas fuera de la jurisdicción nacional, planteada en un contexto global, hace preguntarse inmediatamente acerca de los límites de la jurisdicción nacional dentro del área de aplicación del STA (Johnson 2017, 710; Li 2018, 197; Heinrich 2019, 122; Nickels 2020, 207), ya que, como bien advierte Nickels, “aceptar la validez de cualquier zona marítima bajo jurisdicción nacional reivindicada desde el Continente Antártico tendría como consecuencia que la ILBI no sería aplicable a dichas zonas marítimas, ya que no se calificarían como áreas fuera de la jurisdicción nacional” (Nickels 2020, 197).

Si bien este es un tema largamente discutido en la literatura jurídico-antártica, también es cierto que usualmente termina en un punto muerto, ya que los Estados del STA han “acordado estar en desacuerdo” y la situación se mantiene así hasta el día de hoy (Joyner 2008, 26; Molina Villalobos 2023, 185–89).

Con todo, el artículo 4bis del proyecto es claro en señalar que éste “no podrá invocarse como base para afirmar o negar cualquier reclamación de soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, incluso respecto de cualquier litigio relacionado con los mismos”. El énfasis debe prestarse en la mención en reclamación de soberanía y derechos soberanos, que es más apropiado en el contexto propio del STA (Orrego Vicuña 1994, 23).

En materia de gobernanza, el artículo 4 (2) del acuerdo señala que éste “se interpretará y aplicará de manera que no menoscabe los instrumentos y marcos jurídicos pertinentes ni los órganos mundiales, regionales, subregionales y sectoriales competentes y que



Fotografía: Karin Gerard, Instituto Milenio BASE

promueva la coherencia y la coordinación con dichos instrumentos, marcos y organismos”.

La referencia a los órganos regionales es clave, ya que dentro del STA ya se ha avanzado en la implementación de mecanismos que se comprenden dentro del mandato (eventual) del BBNJ, entre los cuales se pueden mencionar la regulación de las áreas marinas protegidas y bioprospección (Johnson 2017, 731; Heinrich 2019, 121; Nickels 2020, 208). A mayor abundamiento, la Reunión Consultiva del Tratado Antártico ha declarado en múltiples ocasiones que considera al STA como “el marco competente dentro del cual se debe abordar la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica marina en la región antártica” (RCTA 2017, párr. 173), lo que ha sido repetidamente respaldado por las declaraciones de Estados durante tales encuentros (RCTA 2018, párr. 52; 2021, párr. 128).

Pero para que esto tenga sentido resulta necesario descifrar a qué se refiere el BBNJ cuando habla de “no menoscabar” (Nickels 2020, 205). En su significado ordinario, menoscabar se debe entender como “disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo” (Real Academia Española, 2001). Y si bien algunos autores han intentado interpretar el término en el sentido de que “el nuevo instrumento no puede restar eficacia al acuerdo u organismo existente que regule la misma cuestión” (Hubert and Craik 2018, 4), esto no parece ayudar a resolver el problema. Así las cosas, existe un creciente consenso en cuanto a que el concepto se utilizó probablemente por su ambigüedad y amplitud (Scanlon 2018, 406, 409; Friedman 2019, 452; Mendenhall et al. 2019, 2). Por otra parte, lo que sí resulta concreto, es que el uso de la frase complica la aplicación del principio *lex specialis*, que en otras circunstancias podría utilizarse para evitar este tipo de conflictos (Mendenhall et al. 2019, 2).

Vías de solución

En situaciones relativas a la fragmentación del derecho internacional, tal como la que se ha descrito en este artículo; la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha sostenido que el marco adecuado para encontrar una respuesta en términos jurídico profesionales se encuentra en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Comisión de Derecho Internacional 2006, 5). En ese contexto, se le ha prestado particular atención al artículo 31 (3) (c) de dicha Convención (Mclachlan 2005; McGrady 2008) en cuanto dispone que “juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

Sin embargo, éste no es el marco adecuado para el presente caso de estudio, por distintas razones. En primer lugar, es posible advertir una (eventual) discrepancia significativa entre la membresía del STA y el BBNJ. Esto, considerando la actual integración del Tratado Antártico (56 Estados) y de la CONVEMAR (168 Estados y la Unión Europea) (Secretaría del Tratado Antártico, 2023; Organización de las Naciones Unidas, 2023). Así las cosas, es posible advertir que muchos Estados partes del BBNJ no son partes del STA, por lo que el significado de la expresión “derecho internacional aplicable” no ha de comprender a los instrumentos integrantes del STA, a menos que se les pueda considerar como un régimen objetivo, una posibilidad que ha sido fuertemente criticada desde la doctrina especializada (Simma 1986; Wyrozumska, 1992).

Por otro lado, es bastante difícil recurrir a los instrumentos del STA en circunstancias en que conceptos clave como “bioprospección” carecen actualmente de una definición clara que pueda servir de

herramienta interpretativa en el contexto del BBNJ (Heinrich 2019, 121).

Ante este escenario, gran parte de la doctrina coincide en que la vía de acción más adecuada sería el establecimiento de acuerdos de cooperación institucional entre el STA y una hipotética organización establecida a partir del BBNJ (Heinrich 2019, 121; Langlet y Vadrot 2023, 8; Young y Friedman 2018, 127). A ese respecto, se señalan como potenciales efectos positivos la “división eficaz del trabajo y el intercambio de datos y experiencias”, que a su vez permitirían “aliviar tensiones o conflictos e identificar oportunidades para promover la sinergia en las actividades de los elementos individuales” (Heinrich 2019, 124; Langlet y Vadrot 2023, 8). Así, dichas interacciones se conciben como una oportunidad de reforzar las obligaciones existentes en cada uno de los regímenes (Young and Friedman 2018, 125).

La idea de interacción institucional como respuesta a la fragmentación del derecho internacional en materia medioambiental no es nueva (Scott 2010, 6; Megiddo 2019, 116), y dentro de las modalidades de cooperación se incluye el intercambio de ideas y conocimientos, además del desarrollo de programas de trabajo conjuntos, e incluso de normas e instituciones de tal naturaleza (Scott 2010, 8). De todas formas, se ha señalado que en este contexto particular, un estándar mínimo debe ser la inclusión de disposiciones que “faciliten y fomenten” conexiones de integración, cooperación, y coordinación (Blanchard, Durussel, y Boteler 2019, 6-7; Hubert and Craik 2018, 4). Es el parecer de este autor que lo dispuesto en los artículos 4 y 4 bis del BBNJ en cuanto a “no menoscabar” sigue siendo demasiado ambiguo para alcanzar dicho estándar, y es esperable que, en lugar de modificar dicho artículo, como se ha sugerido anteriormente (Molina Villalobos 2022, 3), el BBNJ opte por establecer acuerdos con cada una de las instituciones que puedan tener interés en las áreas fuera de la jurisdicción nacional.

Conclusión

A lo largo de este artículo, hemos podido apreciar cómo el nuevo acuerdo BBNJ constituye un ejemplo del fenómeno conocido como fragmentación del derecho internacional. En ese contexto, tal como advierte la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, es posible divisar eventuales problemas de coherencia en la aplicación del derecho internacional, que en el caso concreto se expresan como eventuales solapamientos en el área de las competencias institucionales. Hemos remarcado, sin embargo, que la vía para abordar estas problemáticas no recae en la interpretación de tratados como sostiene la Comisión, sino que más bien en la cooperación interinstitucional entre los órganos del STA y aquellas instituciones que eventualmente se formen al alero del acuerdo BBNJ.

De esta manera, se busca garantizar un fortalecimiento de las obligaciones impuestas bajo ambos regímenes, con vistas a reforzar cada vez más la protección de nuestros océanos, nunca al revés.

Bibliografía

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 2015. “Resolución Aprobada por la Asamblea General el 19/06/2015: Elaboración de un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante en el Marco de la CNUDM relativo a la Conservación y el Uso Sostenible de la Diversidad Biológica Marina.” Nueva York: Naciones Unidas.
- . 2023. “Draft 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.” Nueva York: Naciones Unidas.
- BLANCHARD, Catherine, Carole Durussel, y Ben Boteler. 2019. “Socio-Ecological Resilience and the Law: Exploring the Adaptive Capacity of the BBNJ Agreement.” *Marine Policy* 108 (June): 103612.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. 2006. “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law.” Vol. A/CN.4/L.7. Geneva.
- FRIEDMAN, Andrew. 2019. “Beyond ‘not Undermining’: Possibilities for Global Cooperation to Improve Environmental Protection in Areas beyond National Jurisdiction.” *ICES Journal of Marine Science* 76 (2): 452-56.
- HEINRICH, Katharina. 2019. “Biological Prospecting in Antarctica – Is There a Need for Intensive Cooperation between the BBNJ and the ATCM over Bioprospecting in ABNJ?” University of Akureyri.
- HUBERT, Anna-Maria, y Neil Craik. 2018. “Towards Normative Coherence in the International Law of the Sea for the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction.” *ABlawg - The University of Calgary Faculty of Law Blog*, 2018.
- JOHNSON, Constance M. 2017. “The Relevance of the Southern Ocean to the Development of a Global Regime for Marine Areas beyond National Jurisdiction - An Uncommon Commons.” *International Journal of Marine and Coastal Law* 32 (4): 709-32.
- JOYNER, Christopher C. 2008. “Challenges to the Antarctic Treaty: Looking Back to See Ahead.” *New Zealand Yearbook of International Law* 6: 25-62.
- LANGLET, Arne, y Alice B.M. Vadrot. 2023. “Not ‘undermining’ Who? Unpacking the Emerging BBNJ Regime Complex.” *Marine Policy* 147 (October 2022): 105372.
- MCGRADY, Benn. 2008. “Fragmentation of International Law or ‘Systemic Integration’ of Treaty Regimes.” *Journal of World Trade* 42 (4).
- MCLACHLAN, Campbell. 2005. “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention.” *International & Comparative Law Quarterly* 54 (2): 279-320.
- MEGIDDO, Tamar. 2019. “Beyond Fragmentation: On International Law’s Integrationist Forces.” Yale

Journal of International Law 44 (323323): 115–47.

MENDENHALL, Elizabeth, Elizabeth De Santo, Elizabeth Nyman, and Rachel Tiller. 2019. “A Soft Treaty, Hard to Reach: The Second Intergovernmental Conference for Biodiversity beyond National Jurisdiction.” *Marine Policy* 108 (August): 103664.

MOLINA VILLALOBOS, Marcelo. 2022. “¿Hacia Un Menoscabo? Acuerdo BBNJ Y Perspectivas de Futuro Para El STA.” *Blog U-Antártica*.

———. 2023. “Antarctic Maritime Zones in the Era of Climate Change: ILC, ILA and the Long Road Ahead.” *The Yearbook of Polar Law* 14 (1): 183–201.

NICKELS, Philipp P. 2020. “Revisiting Bioprospecting in the Southern Ocean in the Context of the BBNJ Negotiations.” *Ocean Development and International Law* 51 (3): 193–216.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 2023. “United Nations Convention on the Law of the Sea: Status as at : 06-06-2023.” UN Treaty Collection. 2023.

ORREGO VICUÑA, Francisco. 1994. *Derecho Internacional de La Antartida*. Santiago: Dolmen Ediciones.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2001. “Menoscabar.” *Diccionario de La Lengua Española* (2001). 2001. <https://www.rae.es/drae2001/menoscabar>.

REUNIÓN CONSULTIVA DEL TRATADO ANTÁRTICO. 2017. “Informe Final de la Cuadragésima Reunión Consultiva del Tratado Antártico.” Pekín.

———. 2018. “Informe Final de la Cuadragésima Primera Reunión Consultiva del Tratado Antártico.” Buenos Aires.

———. 2021. “Informe Final de la Cuadragésima Tercera Reunión Consultiva del Tratado Antártico.” París.

SCANLON, Zoe. 2018. “The Art Of ‘not Undermining’: Possibilities within Existing Architecture to Improve Environmental Protections in Areas beyond National Jurisdiction.” *ICES Journal of Marine Science* 75 (1): 405–16.

SCOTT, Karen N. 2010. “Conflation Of, and Conflict Between, Regulatory Mandates: Managing the Fragmentation of International Environmental Law in a Globalised World.” In *Third Four Societies Conference: International Law in the New Era of Globalization*. Awaji.

SECRETARÍA DEL TRATADO ANTÁRTICO. 2023. “Lista de Partes.” <https://www.ats.aq/devAS/Parties?lang=s>.

SIMMA, Bruno. 1986. “The Antarctic Treaty as a Treaty Providing for An ‘objective Regime.’” *Cornell International Law Journal* 19 (2): 189–209.

WYROZUMSKA, Anna. 1992. “The Antarctic Treaty as a Customary Law.” *Polish Yearbook of International Law* 19: 227–40.

YOUNG, Margaret A., y Andrew Friedman. 2018. “Biodiversity beyond National Jurisdiction:

Regimes and Their Interaction.” *AJIL Unbound* 112: 123–28.

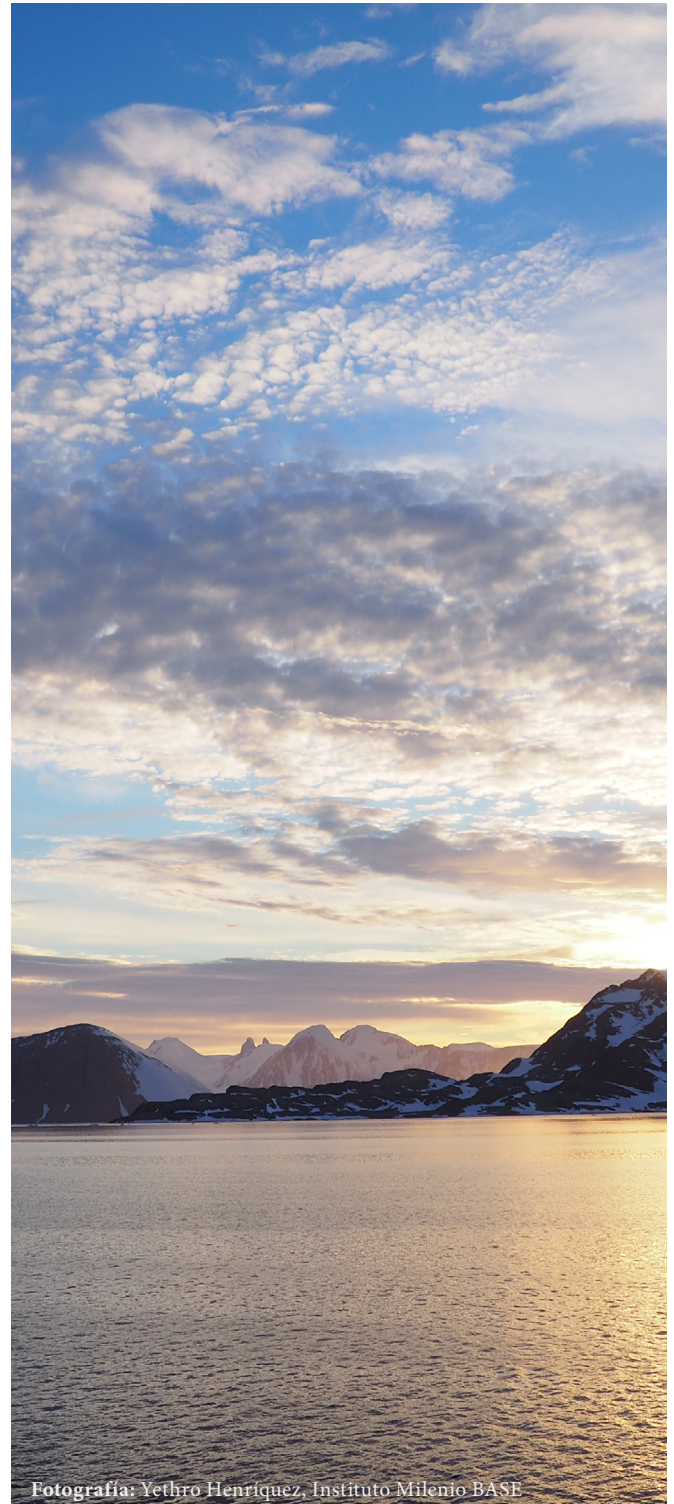
Sobre el autor

Marcelo Molina Villalobos

ORCID: 0009-0000-5088-1641

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Internacional de dicha casa de estudios. Participa en el equipo editorial de la Revista *Tribuna Internacional*.

Correo: marcelo.molina@derecho.uchile.cl



Fotografía: Yethro Henríquez, Instituto Milenio BASE