EL PROTOCOLO AL TRATADO ANTÁRTICO SOBRE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: ALGUNAS REFLEXIONES

Romualdo BERMEJO GARCÍA *

Valentín BOU FRANCH **

Los autores que suscriben estas reflexiones ya analizaron en este mismo Anuario ¹ los orígenes y negociaciones que llevaron a la celebración del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente. Nuestro objetivo no es ahora el de analizar pormenorizadamente este instrumento jurídico, del que se ha ocupado ya abundante y brillantemente la doctrina ², sino sólo el de efectuar una

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.

** Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.

1. Véase A.D.I., 1993 pg. 155-211.

2. Vide FRANCONI, F. (1991), Il Protocollo di Madrid sulla protezione dell'ambiente antartico, *Rivista di diritto internazionale*, 1991, pp. 797 y ss.; PUISSOCHET (1991), Le protocole au traité sur l'Antarctique, relatif à la protection de l'environnement, *Annuaire français de droit international*, 1991, pp. 755 y ss.; BENNEKOM (VAN) (1992), A New Regime to Protect the Antarctic Environment, *Leiden Journal of International Law*, 1992, pp. 377 y ss.; BLAY (1992), New Trends in the Protection of the Antarctic Environment, The 1991 Madrid Protocol, *American Journal of International Law*, 1992, pp. 377 y ss.; BOU FRANCH, V. (1992), Nuevos desarrollos de la cooperación antártica: del Protocolo de 1991 al Acuerdo entre España y Argentina, *Revista española de derecho internacional*, 1992 pp. 262 y ss.; KÄMMERER (1992), The Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, En: *Law and State*, pp. 68 y ss.; LABOUZ, M.F. (1992), Les politiques juridiques de l'environnement antarctique, de la Convention de Wellington au Protocole de Madrid, *Revue belge de droit international*, 25, pp. 40-66; MCCOLLOCH (1992), Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1992, pp. 211 y ss.; PINESCHI, L. (1992), Antarctica. En: T. Scovazzi; T. Treves (eds.s) *World Treaties for the Protection of the Environment*, pp. 249 y ss.; PINESCHI, L. (1993), *La protezione dell'ambiente in Antartide*, Cedam, Padua, 488 pp.

serie de reflexiones generales, centrándonos un poco más sobre una cuestión descuidada por el sector doctrinal como han sido los Anexos del Protocolo.

I. El Protocolo: aspectos generales

El Protocolo de Madrid representa, ante todo, la culminación de un proceso evolutivo desarrollado desde dentro del sistema antártico, en el que las cuestiones medioambientales han ido cobrando progresivamente más importancia. Al mismo tiempo, este Protocolo constituye un punto de inflexión importante en el Derecho Internacional del medio ambiente, pues esta reglamentación no pretende tanto prevenir la contaminación transfronteriza³, enfoque tradicional de este sector normativo, como seguir un planteamiento mucho más novedoso, consistente en preservar el equilibrio medioambiental de la Antártida y de sus ecosistemas dependientes y asociados. De esta forma, en la Antártida han aparecido normas para la prevención de los riesgos globales y para la protección del medio ambiente considerado en un sentido absoluto, antes y con mayor intensidad que en los restantes espacios de nuestro planeta.

Así, este Protocolo supone la consagración definitiva del método de la tutela ambiental global u omnicompreensiva en el sistema antártico⁴. Debiéndose señalar, además, que la Antártida constituye la

3. Este planteamiento, aunque no es el más importante del Protocolo, sí que está recogido en el mismo con rasgos originales. Recuérdese que la disposición 3ª del artículo 6 establece que: "Las Partes cooperarán con aquellas otras Partes que puedan ejercer jurisdicción en zonas adyacentes al área del Tratado Antártico, con vistas a asegurar que las actividades en el área del Tratado Antártico no tengan impactos perjudiciales para el medio ambiente en tales zonas". Obsérvese cómo se invierte uno de los supuestos de la norma consuetudinaria que obliga a prevenir la contaminación transfronteriza, pues estamos ante una hipótesis en la que la contaminación se genera en un territorio no soberano, o al menos en el que se han congelado las reclamaciones de soberanía, y sus efectos perjudiciales recaen sin embargo en un territorio, ubicado fuera de la Antártida, y sometido a la soberanía o jurisdicción estatal.

4. Manifestaciones parciales de esta tendencia aparecieron ya con el enfoque ecosistemático de la Convención para la conservación de los recursos vivos marinos de la Antártida y con el artículo 4.-3 de la Convención de Wellington.

primera región parcialmente internacionalizada⁵ en la que esta tendencia medioambiental se ha concretado convencionalmente. Basta recordar, en este sentido, el pronunciamiento del artículo 2 por el que “las Partes se comprometen a la protección global del medio ambiente” y que, según el Preámbulo, este “sistema global de protección del medio ambiente de la Antártida y de los ecosistemas dependientes y asociados interesa a la humanidad en su conjunto”.

Por lo que se refiere a la prevención de los riesgos medioambientales de carácter global, la misma se centra, de una parte, en la consideración de la Antártida como una atalaya científica desde la que investigar problemas medioambientales de importancia global, tales como el agujero de la capa de ozono. Así, por ejemplo, la disposición 3ª del artículo 3 otorga prioridad a la investigación científica, “incluyendo las investigaciones esenciales para la comprensión del medio ambiente global”, sobre el resto de actividades humanas a desarrollar en la Antártida. De otra parte, reconociendo el valor de la Antártida como regulador de las condiciones climáticas y meteorológicas del planeta, se establece, por ejemplo en la disposición 2ª del artículo 3, una política de control de las actividades antárticas que puedan tener efectos perjudiciales sobre las mismas.

Junto a la consagración en el Protocolo de la tendencia consistente en proteger al medio ambiente en un sentido global, en el mismo aparece igualmente otra tendencia medioambiental más reciente, como es la protección del medio ambiente en un sentido absoluto. Según la misma, los Estados tendrían la obligación de proteger el medio ambiente en su territorio, con independencia total tanto de que se produzcan posibles efectos contaminantes transfronterizos, como de que

5. Según *Lucius Caflich*, se puede hablar de internacionalización parcial de la Antártida en un doble sentido. “Internationalisation partielle parce qu’elle n’englobe que l’utilisation pacifique, la liberté de la recherche scientifique et la protection de l’environnement; partielle aussi en ce qu’elle était l’oeuvre d’un cercle restreint d’Etats, à savoir ceux qui, par leur présence effective dans le région, avaient établi l’intérêt qu’ils portaient à celle-ci”. Cfr. CAFLISCH, L. (1991), *L’Antarctique, nouvelle frontière sans frontières?* En: *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement: Mélanges Michel Virally*, París, pp. 158-159.

se generen riesgos globales que afecten a la totalidad del medio ambiente de nuestro planeta. En esta tendencia hacia la protección del medio ambiente de por sí, el Protocolo sin duda representa el primer instrumento convencional de protección del medio ambiente en un sentido absoluto que se aplica a todo un continente, y no a partes concretas o reducidas del mismo.

En esta línea de actuación, las Partes Contratantes del Tratado Antártico, prescindiendo de la existencia de reclamaciones de soberanía en este continente, (reclamaciones que siguen manteniéndose y que no están prohibidas por el sistema antártico), han partido de una premisa: considerar a la Antártida como un medio único, digno de ser protegido de por sí. Basta recordar, por ejemplo, que esta tendencia medioambiental es la que estuvo presente en la génesis del Protocolo de Madrid, ya que según la apreciación franco-australiana la realización de actividades mineras en la Antártida no es compatible con la protección del medio ambiente de esta región polar. En consecuencia, es lógico que el artículo 2 del Protocolo declare que la totalidad del continente blanco constituye una "reserva natural". Aunque el Protocolo no defina lo que deba entenderse con esta expresión, la misma se concretará a través de las diversas medidas proteccionistas, presentes o futuras, reguladas en sus Anexos, y ello pese a que, hasta la fecha y en buena parte, las mismas no representen más que la recopilación sistemática de distintas medidas de protección pre-existentes en el sistema antártico.

Dentro de esta misma tendencia, el Protocolo acentúa la constante del sistema antártico de realizar una prelación de las actividades humanas que se desarrollan en este continente ⁶. Así, ya hemos visto cómo, de entre todas las actividades, se promociona a la investigación científica que, no por ello, está exenta de cumplir los principios medioambientales del Protocolo. Por otro lado, a las actividades previamente prohibidas en la Antártida (actividades militares, explosiones

6. Sobre las mismas, vide BERMEJO GARCÍA, R.; BOU FRANCH, V. (1993), El marco jurídico de la cooperación económica en la Antártida: realidades y perspectivas de futuro, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 5, 1992-1993, pg. 91-137.

nucleares y eliminación de desechos radioactivos), el Protocolo, concretando el novedoso principio medioambiental de precaución, añade la prohibición temporal de realizar actividades mineras. El resto de actividades humanas en la Antártida, ni promocionadas ni prohibidas (turismo, pesca, etc.), están igualmente sometidas a los principios y obligaciones del Protocolo.

II.- *Los Anexos del Protocolo*

Siguiendo una práctica bien consolidada en el Derecho Internacional del medio ambiente, el Protocolo de Madrid se configura como un acuerdo marco en la materia, en el que únicamente se regulan una serie de principios medioambientales. En consecuencia, las medidas concretas de protección del medio ambiente antártico que desarrollan los citados principios, no se encuentran recogidas en el Protocolo, si no en los diversos Anexos del mismo. Con un sistema así concebido, se consigue poder dar, a través de los Anexos, una respuesta rápida a las exigencias variables e inesperadas que surjan de la necesidad de proteger un medio determinado, pues no será necesario entrar en largas negociaciones internacionales para enmendar o modificar el acuerdo principal, además de poderse simplificar enormemente los complejos procedimientos internos de tramitación de la conclusión de los tratados.

Aunque un trabajo de estas características no es el lugar apropiado para realizar un estudio en profundidad del contenido de las diferentes medidas de protección medioambiental contenidas en los Anexos⁷, sí que se pueden hacer algunas consideraciones sobre los mismos, especialmente en lo que concierne a su adopción y entrada en vigor, así como a una hipotética modificación o enmienda posterior de estos Anexos.

7. Sobre este particular, nos remitimos al trabajo de PINESCHI, L. (1993), *La protezione dell'ambiente in Antartide*, Cedam, Padua, 488 pp., que es un excelente compendio del Derecho del medio ambiente antártico.

En la praxis internacional contemporánea, se pueden encontrar dos modelos teóricos conforme a los que se ha desarrollado el sistema de los Anexos. El primero, más rígido y lento para su entrada en vigor, supone que el Anexo en cuestión se adopte por consenso o unanimidad de las Partes Contratantes del acuerdo principal, siguiendo a continuación una fase formal para que las mismas manifiesten expresamente su consentimiento en vincularse por el nuevo instrumento. El segundo, más flexible y veloz y que ha tenido un buen recibimiento en el Derecho Internacional del medio ambiente, consiste en que el Anexo se adopte por decisión mayoritaria de las Partes Contratantes del tratado y que, tras el transcurso de un período de tiempo determinado, entre en vigor automáticamente para todas las Partes, salvo para las que se hayan opuesto expresamente (cláusula de *opting-out*), por no poder o no querer aceptar las obligaciones establecidas por el mismo ⁸.

Durante la XI Reunión Consultiva Especial del Tratado Antártico, ambas posibilidades encontraron sus defensores y sus detractores, llegándose finalmente a alcanzar una solución de compromiso original, consistente en establecer regímenes distintos para la adopción y entrada en vigor de los Anexos de una parte, y de otra para su modificación o enmienda.

En efecto, para la adopción y entrada en vigor de los Anexos, se sigue el modelo más rígido posible, toda vez que la regla de la unanimidad se exige en todo momento. Conforme al Protocolo, esta aseveración se justifica con argumentos distintos, según se trate de los cuatro primeros Anexos o de Anexos adicionales. En el primer supuesto, dado que estos Anexos se negociaron simultáneamente al Protocolo, se ha pretendido conseguir la integridad del resultado final. Así, su adopción fue igualmente por consenso de todos los Estados negociadores. Respecto de su entrada en vigor, aunque tanto los Anexos como el Protocolo guardan silencio sobre este punto, debe recordarse que en los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del Protocolo no caben reservas; que los Anexos son parte integrante del Protocolo ⁹, no habiéndose previsto un mecanismo de entrada en vigor

8. Cfr. FRANCONI, F. (1992), *Il Protocollo di Madrid sulla protezione dell'ambiente in Antartide*, op. cit., pp. 805 y ss.

9. Cfr. disposición 1ª del artículo 9 del Protocolo.

de estos Anexos distinto del regulado para el Protocolo; y que, para que el Protocolo entre en vigor, se necesita que todas las Partes Consultivas depositen su correspondiente instrumento.

En el supuesto de nuevos Anexos adicionales, expresamente se prevé que su adopción y entrada en vigor se regirán por el artículo IX del Tratado Antártico¹⁰. En este artículo se prevé que las Recomendaciones de las Reuniones Consultivas se adoptarán por unanimidad de todas las Partes Consultivas originarias (art. IX.-1)¹¹ y sobrevenidas (art. IX.-2)¹² y que entrarán en vigor cuando todas ellas las aprueben (art. IX.-4). Este es el procedimiento que se siguió, por ejemplo, en la XVI Reunión Consultiva del Tratado Antártico, en la que se adoptó la Recomendación XVI-10 que contiene el Anexo V sobre protección y gestión de zonas al Protocolo de Madrid¹³. Esta tendencia integral queda coronada al disponerse que, cuando un Estado que no era Parte Consultiva en el momento de la adopción de un Anexo que ya está en vigor, quiera vincularse por el mismo, el Anexo en cuestión entrará en vigor para este Estado cuando el Depositario reciba la correspondiente notificación de su aprobación¹⁴.

10. Disposición 2ª del artículo 9 del Protocolo.

11. Son Partes Consultivas originarias los doce Estados que celebraron el Tratado Antártico de 1959: Argentina, Australia, Bélgica, Chile, Estados Unidos, Francia, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sudáfrica y Unión Soviética (hoy, Federación Rusa).

12. Son Partes Consultivas sobrevenidas los Estados que demuestren su interés en la Antártida y mientras realicen en ella investigaciones científicas importantes, como el establecimiento de una estación científica o el envío de una expedición científica. En la actualidad, son los 14 siguientes Estados: Brasil, China, Ecuador, España, Finlandia, Holanda, India, Italia, Perú, Polonia, República de Corea, República Federal de Alemania (con anterioridad a la unificación alemana de 3 de octubre de 1990, la R.D.A. también disfrutaba de este status), Suecia y Uruguay.

13. Llama la atención el hecho de que España, pese a que cuando obtuvo el status de Parte Consultiva se comprometió a aprobar todas las Recomendaciones anteriores en vigor, hasta la fecha no haya aprobado ninguna de las más de 200 Recomendaciones existentes y que, sin embargo, haya sido una de las primeras Partes Consultivas en aprobar esta Recomendación XVI-10. Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie C, 23 de julio de 1993. Expediente núm.: 111/000001.

14. Disposición 4ª del artículo 9 del Protocolo.

Por su parte, para las enmiendas y modificaciones de los Anexos, aunque en principio se establezca como regla general el mismo modelo de la unanimidad para su adopción y entrada en vigor, exclusivamente para este segundo aspecto se puede llegar excepcionalmente a un modelo distinto, más veloz y quizás más flexible. En este sentido, se afirma que:

“Las enmiendas y modificaciones a los Anexos podrán ser adoptadas y entrar en vigor de acuerdo con el Artículo IX del Tratado Antártico, a menos que los Anexos contengan disposiciones para que las enmiendas y las modificaciones entren en vigor en forma acelerada”¹⁵.

En consecuencia, la adopción de enmiendas y modificaciones de los Anexos siempre deberá realizarse por unanimidad y únicamente, por la vía excepcional, se puede establecer un mecanismo acelerado para su entrada en vigor.

En la práctica, sin embargo, este mecanismo acelerado para la entrada en vigor de las enmiendas y modificaciones de los Anexos no sólo ha perdido su carácter excepcional, sino que incluso es detectable una desviación importante respecto de la letra de la disposición citada. Así, por ejemplo, el artículo 8 del Anexo I es del siguiente tenor:

“1. Este Anexo puede ser enmendado o modificado por una medida adoptada de conformidad con el Artículo IX (1) del Tratado Antártico. A menos que la medida especifique lo contrario, la enmienda o modificación se considerará aprobada y entrará en vigor un año después de la clausura de la Reunión Consultiva del Tratado Antártico en la cual fue adoptada, salvo que una o más Partes Consultivas del Tratado Antártico notificasen al Depositario, dentro de dicho plazo, que desean una prórroga de ese plazo o que no están en condiciones de aprobar la medida.

2. Toda enmienda o modificación de este Anexo que entre en vigor de conformidad con el anterior párrafo 1 entrará en vigor a partir de entonces para cualquier otra Parte, cuando el Depositario haya recibido notificación de aprobación de dicha Parte”.

15. Disposición 3ª del artículo 9 del Protocolo. La misma excepción se establece en la disposición 4ª para la entrada en vigor, respecto de un Estado que no era Parte Consultiva en el momento de su adopción, de una enmienda o modificación ya en vigor.

Disposiciones idénticas a la transcrita existen en los cinco Anexos aprobados hasta la fecha¹⁶, de donde se deduce que se ha convertido en regla general lo que inicialmente estaba previsto como algo excepcional. Por otra parte, cabe señalar que la redacción de estos artículos es bastante lamentable. En efecto, una interpretación literal de esta disposición llevaría a una conclusión contraria a la disposición 3ª del artículo 9 del Protocolo, pues la enmienda o modificación únicamente se adoptarían por unanimidad de las Partes Consultivas originarias, no de las sobrevenidas, al faltar una referencia al artículo IX.-2 del Tratado Antártico. Además, tampoco se indica ni la duración de la prórroga; ni el número de prórrogas que es posible solicitar; ni, lo que resulta más grave, qué es lo que exactamente ocurre en el caso de que una o varias Partes Consultivas soliciten una prórroga (que se supone concedida automáticamente) o afirmen no estar en condiciones de aprobar la medida¹⁷. Probablemente, hubiera sido deseable una redacción más detallada de estas cuestiones.

III. *Conclusión*

El Protocolo objeto de este estudio, ha sido considerado por buena parte de los que se interesan por la Antártida como el acta de defunción de las actividades mineras en el continente austral, tesis que no nos parece totalmente convincente. En efecto, es difícil sostener que no llegará el día en el que la comunidad internacional necesite de los recursos minerales antárticos. El futuro, y sólomente él, podrá despegar esta incógnita. Los secretos antárticos todavía no han termi-

16. Resulta idéntica la redacción del artículo 8 del Anexo I, artículo 9 del Anexo II, artículo 13 del Anexo III, artículo 15 del Anexo IV y del artículo 12 del Anexo V.

17. Las posibilidades, en principio, son dos: que la enmienda o modificación entren en vigor automáticamente tras el transcurso de un año para el resto de las Partes Consultivas, con lo que la solicitud de prórroga o la decisión de no aprobar la medida se asemejarían a un derecho anticipado de retirada incondicional, lo que supone un grado de flexibilidad bastante notable; o que, una vez solicitada una prórroga o presentada una objeción, la medida no entre en vigor para ninguna Parte Consultiva, con lo que estaríamos ante un auténtico derecho de veto, por el que se vuelve a introducir el modelo de la integridad del texto.

nado y se corre el riesgo de encontrarse con sorpresas, pues, la propia iniciativa franco-australiana que llevó a la adopción de este Protocolo fue una sorpresa en buena parte inesperada. En consecuencia, pueden seguir otras.

Además, no hay que ignorar que si el Convenio de Wellington no crea una panacea para aliviar las tensiones entre los intereses nacionales y los internacionales, en materia de protección medioambiental, el Protocolo ha seguido el mismo camino con el agravante de que las negociaciones conducentes a este último instrumento han causado algunas heridas que corren el riesgo de dejar cicatrices. El reto por lo tanto persistirá entre los Estados que quieran impedir que la Antártida se convierta en un objeto de discordia internacional.