

La evaluación del impacto ambiental en el esperado acuerdo para la gobernanza de la biodiversidad marina fuera de la jurisdicción nacional y su previsible aplicación a las tecnologías para la obtención de energía renovable marina*

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2022

Fecha de aprobación: 27 de junio de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.10678>

Carlos Soria-Rodríguez**

Resumen: la evaluación del impacto ambiental (EIA) es uno de los elementos esenciales del esperado instrumento internacional jurídicamente vinculante relativo a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica

* Para el desarrollo de este trabajo se ha recibido financiación del programa de investigación de la Unión Europea Horizonte 2020 en el marco del acuerdo de subvención Marie Skłodowska-Curie No 892077. Agradecer a los revisores anónimos sus útiles comentarios para mejorar este trabajo.

** Investigador postdoctoral Marie Skłodowska-Curie en el área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén (España). Investigador asociado a la Brussels School of Governance y la Sección de Derecho Internacional y Europeo de la Universidad Libre de Bruselas (Vrije Universiteit Brussel (VUB), Bélgica). Miembro del grupo de investigación SEJ-399 Derecho Común Europeo y Estudios Internacionales (Decomesi) del SICA (Sistema de Información Científico de Andalucía). Correo electrónico: csoria@ujaen.es. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2680-175X>

Para citar este artículo: Soria-Rodríguez, Carlos. "La evaluación del impacto ambiental en el esperado acuerdo para la gobernanza de la biodiversidad marina fuera de la jurisdicción nacional y su previsible aplicación a las tecnologías para la obtención de energía renovable marina". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 16, (2023): 1-30. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.10678>

marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, actualmente en proceso de negociación. Teniendo en cuenta que las tecnologías para la obtención de energía renovable marina se están desarrollando en espacios cada vez más alejados de la costa y su desarrollo puede tener impactos medioambientales negativos en estos ecosistemas, este estudio analiza la regulación de la EIA en el esperado acuerdo, su previsible aplicación a la energía renovable marina y sugiere medidas para fortalecer la protección medioambiental.

Palabras clave: evaluación del impacto ambiental; protección medioambiental; zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional; negociaciones sobre la biodiversidad fuera de la jurisdicción nacional; energía renovable marina.

The Environmental Impact Assessment in the Foreseen Agreement for Marine Biodiversity Governance beyond National Jurisdiction and Its Expected Application to Marine Renewable Energy Technologies

Abstract: The environmental impact assessment (EIA) is one of the central elements of the expected international legally binding instrument on the conservation and sustainable use of marine biological diversity in areas beyond national jurisdiction (ABNJ), which is currently under negotiation. Considering that marine renewable energy technologies are increasingly being developed in areas further away from the coast and that their development may have adverse environmental impacts on these ecosystems, this study analyses the regulation of the EIA in the expected agreement, its foreseeable application to marine renewable energy technologies, and provides suggestions for strengthening environmental protection.

Keywords: Environmental impact assessment; environmental protection; areas beyond national jurisdiction; biodiversity beyond national jurisdiction negotiations; marine renewable energy.

A avaliação do impacto ambiental no tão esperado acordo para a governança da biodiversidade marinha situada além da jurisdição nacional e sua previsível aplicação nas tecnologias para obtenção de energia marinha renovável

Resumo: a avaliação de impacto ambiental (AIA) é um dos elementos essenciais do tão aguardado instrumento internacional juridicamente vinculante relacionado à conservação e uso sustentável da diversidade biológica marinha em áreas situadas fora da jurisdição nacional, que atualmente está em processo de negociação. Tendo em conta que as tecnologias para obtenção de energias renováveis marinhas estão sendo desenvolvidas em espaços cada vez mais afastados da costa e que o seu desenvolvimento pode ter impactos ambientais negativos nestes ecossistemas, este estudo analisa a regulamentação da AIA no acordo previsto, a sua previsível aplicação às energias marinhas renováveis, bem como propõe possíveis sugestões para o fortalecimento da proteção ambiental.

Palavras-chave: avaliação de impacto ambiental; proteção ambiental; áreas situadas fora da jurisdição nacional; negociações sobre biodiversidade situadas fora da jurisdição nacional; energia marinha renovável.

Introducción

Las zonas fuera de la jurisdicción nacional (ZFJN) —i. e., la Zona y alta mar— representan casi dos tercios del océano global. Estos espacios presentan grandes oportunidades para el desarrollo de la industria de la energía renovable marina con el fin de proporcionar seguridad energética y competitividad a los Estados, así como para combatir el cambio climático a escala mundial. Sin embargo, el desarrollo de las tecnologías para la obtención de energía renovable marina también puede acarrear impactos negativos en el medio ambiente que deben ser regulados y tenidos en cuenta antes de desarrollar esta industria.

Las ZFJN y las actividades que se desarrollan allí, incluida la protección del medio ambiente marino, están gestionadas principalmente por el marco dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convemar).¹ En este contexto, se hace necesario precisar que además

¹ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1833, no. 31363.

de la Convemar existen normas, tanto convencionales como consuetudinarias, que regulan estos espacios marinos. No obstante, actualmente se está negociando un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convemar relativo a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica marina de las ZFJN (Acuerdo BBNJ, por sus siglas en inglés),² que permita fortalecer la gobernanza de estos espacios. Uno de los cuatro elementos del paquete de negociación del esperado Acuerdo BBNJ es la evaluación del impacto ambiental (EIA), instrumento esencial para la protección medioambiental que permite identificar y evaluar los impactos de actividades en el medio ambiente para tomar decisiones con anterioridad a dichos impactos para impedirlos o minimizarlos. En este sentido, diversos estudios han señalado la importancia y el rol de la regulación de la EIA para controlar los impactos negativos potenciales de las tecnologías para la obtención de energía renovable en el medio ambiente marino.³

La bibliografía sobre aspectos asociados a la regulación de la energía renovable marina se ha enfocado principalmente en temas como la identificación del régimen internacional general para su explotación,⁴ los retos jurídicos para el desarrollo de la energía eólica marina en la Unión Europea (UE),⁵ el estudio de los procesos de concesión de permisos⁶ o sobre el papel de diversos instrumentos jurídicos para la protección del medio ambiente en el desarrollo de la energía renovable marina en espacios donde los Estados tienen soberanía o jurisdicción.⁷ No obstante, son escasos los

² Los términos ‘tratado’, ‘acuerdo’ y ‘convención’ son utilizados indistintamente en este trabajo.

³ Véase a modo de ejemplo: Sarah McDonald y David L. VanderZwaag, “Renewable Ocean Energy and the International Law and Policy, Seascape: Global Currents, Regional Surges,” *Ocean Yearbook* 29, (2015): 299-326; Carlos Soria-Rodríguez, “The International Regulation for the Protection of the Environment in the Development of Marine Renewable Energy in the EU,” *RECIEL* 30, (2021): 46-60; Yen-Chiang Chang, “Marine Renewable Energy—The Essential Legal Considerations,” *Journal of World Energy Law and Business* 8, (2015): 26-44.

⁴ *Ibíd.*

⁵ Véase a modo de ejemplo: Ronán Long, “Harnessing Offshore Wind Energy: Legal Challenges and Policy Conundrums in the European Union,” *The International Journal of Marine and Coastal Law* 29, no. 4 (2014): 690-715.

⁶ Véase a modo de ejemplo: Glen Wright, “Regulating Marine Renewable Energy Development: A Preliminary Assessment of UK Permitting Processes,” *Underwater Technology* 32, no. 1 (2014): 39-50.

⁷ Véase a modo de ejemplo: Carlos Soria-Rodríguez, “The European Environmental Regulation of Marine Renewable Energies,” *RECIEL* 29, (2020): 95-106.

estudios que se hayan centrado en las cuestiones regulatorias asociadas a la obtención de energía renovable marina en las ZFJN.

A partir de las negociaciones del Acuerdo BBNJ y del creciente desarrollo de la industria asociada a la energía renovable marina en zonas cada vez más alejadas de la costa, así como sus potenciales efectos negativos sobre el medio ambiente, este trabajo tiene un triple objetivo: analizar la regulación de la EIA en el esperado Acuerdo BBNJ, hacer un breve análisis de su previsible aplicación a las tecnologías para la obtención de energía renovable marina en las ZFJN y proponer sugerencias orientadas a aumentar la protección. Para ello, el trabajo se estructura en cuatro partes: la primera contextualiza e introduce las negociaciones del esperado Acuerdo BBNJ, la EIA y la energía renovable marina; la segunda encuadra brevemente la EIA en la Convemar para señalar las limitaciones del propio instrumento para garantizar la protección medioambiental, así como las oportunidades de mejora para la protección susceptibles de ser consideradas en el esperado Acuerdo BBNJ. En la tercera sección se identifican y analizan los fundamentos conceptuales de la EIA considerados en el borrador del Acuerdo BBNJ,⁸ su posible incidencia en la regulación de las tecnologías para la obtención de energía renovable marina y se presentan algunas sugerencias encaminadas a fortalecer el texto final del esperado instrumento. En la cuarta parte se presentan las consideraciones finales.

1. Contextualización

1.1. El esperado Acuerdo BBNJ

La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobó mediante Resolución 72/249,⁹ de 24 de diciembre de 2017, el inicio del

⁸ La versión utilizada en este trabajo es el texto de borrador que se puso a disposición de las partes el 30 de mayo de 2022: Further revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, mayo 30, 2022, https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org.bbnj/files/igc_5_-_further_revised_draft_text_final.pdf

Indicar que, dada la inexistencia de una versión en español en el momento del análisis, se ha optado por hacer una traducción propia, teniendo en cuenta la redacción de propuestas anteriores que contaban con versión en español.

⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución sobre instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el

proceso de negociación para la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convemar, relativo a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica marina de las ZFJN. En dicha resolución se acordó que las negociaciones del nuevo instrumento tratarían las cuatro áreas temáticas que componen el paquete de compromisos acordado en 2011, que incluía: (1) los recursos genéticos marinos, incluidas las cuestiones relativas a la distribución de los beneficios; (2) los mecanismos de gestión basados en zonas geográficas, incluidas las áreas marinas protegidas; (3) la EIA, y (4) la creación de capacidad de tecnología marina y su transferencia.¹⁰ También, se decidió que habría cuatro periodos de sesiones entre 2018 y 2020,¹¹ la primera y segunda sesión de las negociaciones tuvieron lugar en Nueva York en septiembre de 2018 y durante marzo y abril de 2019, respectivamente. La tercera se llevó a cabo en agosto de 2019 y la cuarta fue pospuesta dos veces debido a la pandemia mundial producida por la COVID-19, cuya celebración finalmente ocurrió del 7 al 18 de marzo de 2022. Al no llegarse a producir el esperado Acuerdo BBNJ durante las sesiones previstas, la Asamblea General de la ONU decidió convocar una quinta sesión de la conferencia durante el mes de agosto de 2022.

El esperado Acuerdo BBNJ brinda la oportunidad de reforzar la gobernanza de las ZFJN, que representan el 64 % del océano global y corresponden a espacios marinos sujetos al derecho internacional de acuerdo con la Convemar. La negociación del Acuerdo BBNJ, cuyo carácter internacional y vinculante ya fue determinado, viene a intentar dar respuesta a importantes vacíos regulatorios e insuficiencias para la gobernanza en las ZFJN como la ausencia de principios generales para la gobernanza global, la fragmentación legal e institucional o la falta de reglas globales para el uso de la EIA en las ZFJN, entre otros.¹² Estos vacíos e insuficiencias se deben, entre otras razones, a que no todas las disposiciones y definiciones

Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, A/RES/72/249, enero 19, 2018, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/468/81/PDF/N1746881.pdf?OpenElement>

¹⁰ *Ibíd.*, p. 2.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Se puede consultar un sumario de los principales vacíos legales y limitaciones para la gobernanza en las ZFJN en Glen Wright, Julien Rochette, Kristina Gjerde e Isabel Seeger, "The Long and Winding Road: Negotiating a Treaty for the Conservation and

previstas en la Convemar son suficientemente específicas, a que el desarrollo de nuevas actividades como la extracción de recursos genéticos marinos no habían sido previstas por la Convemar¹³ o a que el marco institucional y regulatorio existente es insuficiente para dar respuesta a los nuevos desafíos. Respecto a las insuficiencias para la gobernanza de los espacios marinos situados en las ZFJN, las organizaciones con mandato en ellas se centran en la regulación de sectores específicos, lo que conlleva a una gobernanza institucional fragmentada y descoordinada.¹⁴ Además, el aumento del desarrollo de actividades, nuevas y tradicionales, en el mar tiene impactos en los ecosistemas marinos, incluidos aquellos situados en espacios más alejados de la costa. Esto plantea desafíos para la protección del medio ambiente en las ZFJN que, conectados a los vacíos regulatorios e insuficiencias en la gobernanza de estos espacios y de las actividades que en ellos se desarrollan, motiva la necesidad de alcanzar el Acuerdo BBNJ. Este instrumento, del que cabe recordar que es vinculante y complementario de la Convemar, puede permitir el fortalecimiento de la protección de la biodiversidad marina ante el creciente desarrollo de actividades en las ZFJN.

Importante hacer apunte respecto a la aplicación del esperado Acuerdo BBNJ a los Estados que todavía no son parte de la Convemar. En este contexto, la actual redacción del Acuerdo BBNJ indica en su artículo 4.4. que el estatus jurídico de los países que no son partes en la Convemar o en cualquier otro acuerdo conexo no se ve afectado por el Acuerdo BBNJ.

1.2. La evaluación de impacto ambiental

Como se mencionó en la sección introductoria, la EIA es una de las cuatro áreas temáticas que se aborda en las negociaciones del Acuerdo BBNJ. La Convemar no establece una definición de la EIA. No obstante, en el contexto de la Convención sobre la Diversidad Biológica,¹⁵ esta se ha definido como

Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction”, *IDDRI Studies* 82, no. 08/18 (2018): 31-40.

¹³ Rachel Tiller, Elizabeth De Santo, Elizabeth Mendenhall y Elizabeth Nyman, “The Once and Future Treaty: Towards a New Regime for Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction”, *Marine Policy* 99, (2019): 239.

¹⁴ Kristina M. Gjerde et al., “Protecting Earth’s Last Conservation Frontier: Scientific, Management and Legal Priorities for MPAs beyond National Boundaries”, *Aquatic conservation: Marine and Freshwater Ecosystems* 26, no. 2 (2016): 47.

¹⁵ Convención sobre la Diversidad Biológica, 1760 UNTS 79.

“un proceso para evaluar los posibles impactos ambientales de un proyecto propuesto a desarrollar, teniendo en cuenta los impactos socioeconómicos, culturales y de salud humana interrelacionados, tanto beneficiosos como adversos”.¹⁶ La evaluación ambiental es un proceso para asegurar que la protección medioambiental sea considerada antes de que las decisiones sean tomadas (evaluación *ex-ante*). La EIA es un tipo de evaluación ambiental que permite identificar y evaluar los impactos de actividades en el medio ambiente y tomar decisiones que los impidan o los minimicen. Contribuye a determinar dónde, cuándo y si el desarrollo de una actividad debe ser permitido con base en la evaluación de los efectos que dicha actividad pueda tener en el medio ambiente. En la sección 2 de este trabajo se hace un breve encuadre de la EIA en la Convemar para analizar en la sección 3 el contenido relativo a la EIA en el borrador del Acuerdo BBNJ.

1.3. La energía renovable marina

El concepto de energía renovable marina se utiliza generalmente para referirse a todos los tipos de fuentes de energía renovable extraíbles del mar, incluida la eólica (marina). De acuerdo con el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los océanos y el derecho del mar de 2012, la energía renovable marina “es una subcategoría de la energía renovable que tiene su origen en los procesos naturales del medio marino”,¹⁷ y que define la energía renovable como “cualquier forma de energía procedente de una fuente solar, geofísica o biológica que se regenera mediante procesos naturales a un ritmo igual o superior al ritmo de uso”.¹⁸ Respecto a los tipos de energía renovable marina hay cuatro: la oceánica; la eólica, procedente de turbinas situadas en el mar; la geotérmica, obtenida de los recursos geotérmicos submarinos, y la bioenergía, obtenida de la biomasa marina¹⁹.

¹⁶ Traducción propia del texto original: “the environmental impact assessment is a process of evaluating the likely environmental impacts of a proposed project or development taking into account inter-related socio-economic, cultural and human-health impacts, both beneficial and adverse”, Decision VIII/28 of the COP8 to the CBD, UNEP/CBD/COP/8/31, 324-344, p. 327.

¹⁷ Informe del Secretario General de la ONU, Los océanos y el derecho del mar, A/67/79, abril 4, 2012, p. 4.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*

Las tecnologías para la obtención de energía renovable marina, en particular la energía eólica marina y la renovable oceánica, se han desarrollado principalmente en zonas de jurisdicción nacional. Sin embargo, una serie de factores como las favorables condiciones de los recursos renovables en océano abierto,²⁰ la reducción de los costes de producción de la energía renovable y la necesidad de combatir el cambio climático están llevando el desarrollo de la industria renovable marina a nuevas aguas alejadas de la costa. En este contexto, el informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) de 2018 confirma que la energía renovable debe suministrar entre el 70 y el 85 % de la electricidad mundial en 2050 para limitar el calentamiento global a 1,5°C por encima de los niveles preindustriales.²¹ Por ello, diversos estudios han sugerido el despliegue masivo y rápido de tecnologías para la obtención de energía renovable marina a escala mundial como solución para hacer frente al cambio climático y sus efectos en los ecosistemas marinos.²²

No obstante, el despliegue de estas tecnologías también puede tener impactos negativos en los ecosistemas marinos. La comunidad científica señala que entre los impactos potenciales asociados al despliegue de estas tecnologías en el medio ambiente se incluyen la pérdida y degradación del hábitat, los riesgos de colisión y otros impactos negativos asociados a las vibraciones, los campos electromagnéticos y los ruidos, entre otros.²³ Por ello, es necesario realizar estudios de los posibles impactos ambientales adversos que estas tecnologías puedan tener en el medio ambiente marino

²⁰ Véase a modo de ejemplo: Anna Possner y Ken Caldeira. “Geophysical Potential for Wind Energy over the Open Oceans,” *Proceeding of the National Academy of Sciences of the United States of America* 114, no. 43, (2017): 11338 y 11342.

²¹ Intergovernmental Panel on Climate Change, *Special Report on Global Warming of 1.5 °C. Summary for policymakers* (Cambridge: Cambridge University press, 2018), p. 21. <https://doi.org/10.1017/9781009157940.001>

²² Véase a modo de ejemplo: Jean-Pierre Gatusso et al. “Ocean Solutions to Address Climate Change and Its Effects on Marine Ecosystems,” *Frontiers in Marine Science* 5, no. 337 (2018): 6 y 9.

²³ Véase a modo de ejemplo: Erwan Garel et al. “Applicability of the “Frame of Reference” approach for environmental monitoring of offshore renewable energy projects,” *Journal of Environmental Management* 141, (2014): 16-28; Lena Bergström et al. “Effects of offshore wind farms on marine wildlife – a generalized impact assessment,” *Environmental Research Letters* 9, 3 (2014): 1-12; M. Wing Goodale y Anita Milman, “Cumulative Adverse Effects of Offshore Wind Energy Development on Wildlife,” *Journal of Environmental Planning and Management* 59, no. 1 (2016): 1-21.

para tomar medidas que los reduzcan o eliminen y que puedan asegurar el desarrollo sostenible de esta industria. Esto pone de relieve la importancia de la EIA para garantizar el desarrollo sostenible de la industria asociada a la obtención de energía renovable marina.

2. El encuadre de la EIA en la Convemar

Puesto que hay diferentes disposiciones que regulan la EIA en la Convemar, es necesario revisar el encuadre de esta y su protección antes de pasar al análisis de la configuración de la EIA en el Acuerdo BBNJ. Para ello, es preciso indicar que la sección 4 de la Parte XII de la Convemar corresponde a la ‘vigilancia y evaluación ambiental’ y contiene las obligaciones esenciales respecto a la EIA. Está comprendida por tres artículos, el 204 sobre la ‘vigilancia de los riesgos de contaminación o de sus efectos’, el 205 sobre ‘publicación de informes’ y el 206 relativo a la ‘evaluación de los efectos potenciales de las actividades’.

De acuerdo con el artículo 206 de la Convemar:

los Estados que tengan motivos razonables para creer que las actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control pueden causar una contaminación considerable del medio marino u ocasionar cambios importantes y perjudiciales en él evaluarán, en la medida de lo posible, los efectos potenciales de esas actividades para el medio marino e informarán de los resultados de tales evaluaciones en la forma prevista en el artículo 205.²⁴

Como se expuso, la Convemar no define el concepto de EIA. El artículo 206 no utiliza explícitamente dicho término sino la palabra ‘evaluarán’. No obstante, la disposición establecida en el artículo 206 se conoce como la obligación de EIA impuesta a todos los Estados²⁵ y se trata de una obligación reconocida en el derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) reconoció en la sentencia sobre el conflicto entre Argentina y

²⁴ Convemar, artículo 206.

²⁵ Véase: Francesca Galea, “A Legal Regime for the Exploration and Exploitation of Offshore Renewable Energy,” *Ocean Yearbook* 25, (2011): 123; Alex G. Oude Elferink, “Environmental Impact Assessment in Areas Beyond National Jurisdiction,” *The International Journal of Marine and Coastal Law* 27, (2012): 449.

Uruguay relativa al asunto de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay el requisito en el derecho internacional de realizar una EIA cuando exista el riesgo de que la actividad propuesta pueda tener un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo.²⁶ La EIA garantiza que las actividades planificadas con posibles efectos perjudiciales puedan controlarse eficazmente y que se mantenga informados a los demás Estados sobre sus riesgos potenciales.²⁷ Asimismo, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) indicó en el caso de la fábrica MOX que la obligación de realizar una EIA es una obligación directa en virtud de la Convemar y una obligación general en virtud del derecho internacional consuetudinario.²⁸ Sin embargo, aunque la obligación de una EIA es reconocida en el derecho internacional, los métodos de evaluación y su aplicabilidad a actividades concretas no quedan definidas en la Convemar, por lo que su cumplimiento queda condicionado a la valoración por parte de los Estados. Como señala Boyle, el artículo 206 no se pronuncia respecto a lo que es requerido en la EIA.²⁹ La Convemar indica que la evaluación se realizará “en la medida de lo posible” y cuando los Estados “tengan motivos razonables para creer que las actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control pueden causar una contaminación considerable del medio marino u ocasionar cambios importantes y perjudiciales”. Se trata de una obligación con limitaciones para garantizar la protección medioambiental pues permite a los Estados la posibilidad de abstenerse de realizar una EIA en caso de considerar los efectos adversos como no “significativos” o que la realización de la EIA no es “posible”.

²⁶ Texto original: “the requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context”. International Court of Justice, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, abril 20, 2010, par. 204.

²⁷ Permanent Court of Arbitration, *South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, Award, julio 12, 2016, no. 2013-19, par 948.

²⁸ Texto original: “the obligation to conduct an environmental impact assessment is a direct obligation under the Convention and a general obligation under customary international law”. International Tribunal for the Law of the Sea, *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom) Provisional Measures*, Order, diciembre 3, 2001, para. 82.

²⁹ Alan Boyle, “The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea,” *The International Journal of Marine and Coastal Law* 22, no. 3 (2007): 377.

Respecto a la aplicación de la obligación de una EIA en las ZFJN, el artículo 206 hace referencia a “actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control”, con independencia del espacio marino en donde se plantee el desarrollo de la actividad, por lo que también permite la aplicación fuera de la jurisdicción nacional. No obstante, la obligación carece de contenido con estándares mínimos y mecanismos para controlar la EIA en las ZFJN.

En relación con la información de los resultados de la evaluación, el artículo 205 establece que “los Estados publicarán informes acerca de los resultados obtenidos con arreglo al artículo 204 o presentarán dichos informes con la periodicidad apropiada a las organizaciones internacionales competentes, las cuales deberán ponerlos a disposición de todos los Estados”.³⁰ El contenido del artículo 204 sobre vigilancia de los riesgos de las actividades y los efectos de la contaminación establece en su primer apartado:

los Estados directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes procurarán, en la medida de lo posible y de modo compatible con los derechos de otros Estados, observar, medir, evaluar y analizar, mediante métodos científicos reconocidos, los riesgos de contaminación del medio marino o sus efectos.³¹

Como se aprecia, esta obligación no detalla cuándo ni en qué circunstancias se debe hacer una EIA en las ZFJN.³² Por tanto, es conveniente sugerir que se precise en el Acuerdo BBNJ. No obstante, el segundo apartado del artículo 204 complementa la obligación indicando que “en particular, los Estados mantendrán bajo vigilancia los efectos de cualesquiera actividades que autoricen o realicen, a fin de determinar si dichas actividades pueden contaminar el medio marino”.³³ De forma análoga al artículo 206, los artículos 204 y 205 carecen de especificidad en la forma en que se ha de realizar la vigilancia de riesgos y efectos, así como la publicación de informes, dejando los detalles técnicos para el cumplimiento de las obligaciones indicadas a la elección de los Estados o las organizaciones internacionales que tengan competencia sobre actividades específicas.

³⁰ Convemar, artículo 205.

³¹ *Ibíd.*, artículo 204.1.

³² Ver también: Tiller, de Santo, Mendenhall y Nyman, “The Once and Future Treaty...,” p. 240-241.

³³ Convemar, artículo 204.2.

Este breve encuadre de la EIA en la Convemar sirve para señalar que esta se centra en el establecimiento de reglas generales que carecen de especificidad en materia de EIA. Esta carencia puede deberse a razones como que los tratados marco se caracterizan, como Matz-Lück indica, por dejar el establecimiento de reglas detalladas y objetivos específicos a acuerdos paralelos o posteriores entre las partes.³⁴

Respecto a la aplicación de la EIA prevista en la Convemar a las tecnologías asociadas a la extracción de energía renovable marina, varios trabajos en la materia señalan que es susceptible de ser aplicada, pero carece de especificidad para garantizar protección.³⁵ Aun así, se señala que sienta las bases para el desarrollo de obligaciones más específicas en otros instrumentos globales, regionales y nacionales.

3. Fundamentos conceptuales de la EIA en el Acuerdo BBNJ y su previsible aplicación a las tecnologías para la obtención de energía renovable marina

El borrador del Acuerdo BBNJ dedica su parte IV (artículos 21 bis – 41 ter) a la regulación de la EIA, aunque otras partes del borrador del tratado también incluyen elementos que inciden sobre la misma. Entre los elementos de negociación que regulan directa o indirectamente la EIA se incluyen: la definición y objetivos de la EIA; el ámbito de aplicación del acuerdo; los principios y enfoques generales del acuerdo; el contenido de la obligación para realizar la EIA; la relación con los procesos de EIA conforme a los instrumentos, marcos y órganos pertinentes; la consideración de actividades para las que se requiere la EIA; los umbrales y criterios para la EIA; los efectos acumulativos, transfronterizos y las zonas definidas como vulnerables desde el punto de vista ecológico o biológico; la inclusión de listas de actividades que requieren o no la EIA; la verificación preliminar; la preparación y contenido de los informes de la EIA; la adopción de decisiones; la vigilancia, presentación de informes y exámenes, y la consideración de la evaluación ambiental estratégica. La inclusión de estos elementos puede brindar una protección efectiva en el desarrollo de actividades en las ZFJN y

³⁴ Nele Matz-Lück, “Framework Conventions as a Regulatory Tool,” *Goettingen Journal of International Law* 1, no. 3 (2009): 446.

³⁵ Véase a modo de ejemplo: Soria-Rodríguez, “The International Regulation for the Protection of the Environment...,” p. 50.

puede ser clave para establecer con claridad qué se entiende por EIA, a quién le compete realizarla, qué actividades están sujetas a esta, qué impactos se deben tener en cuenta y quién toma las decisiones tras la realización de la EIA. Siguiendo los objetivos indicados en la sección introductoria de este trabajo, se procede a analizar los elementos principales relativos a la regulación de la EIA en el borrador del Acuerdo BBNJ, la previsible incidencia de los que son relevantes para la energía renovable marina y algunas sugerencias para fortalecer el nivel de protección.³⁶

3.1. Definición y objetivos de la EIA

En el texto del borrador del Acuerdo BBNJ analizado se consideran tres alternativas de definición de la EIA. La definición de base u opción 1 parece ser la más amplia e indica que esta es

un proceso para evaluar los impactos ambientales, incluidos los impactos cumulativos, de una actividad que tiene efectos en zonas situadas dentro o fuera de la jurisdicción nacional, teniendo en cuenta, entre otros, los efectos interrelacionados de carácter social y económico, cultural y para la salud humana, tanto beneficiosos como adversos (traducción propia).³⁷

Esta definición guarda similitudes y parece basarse en la proporcionada en el contexto de la Convención sobre la Diversidad Biológica,³⁸ aunque es más completa al englobar todo tipo de impactos y actividades, y adaptarse a las ZFJN al especificar el ámbito de aplicación geográfica. Relevante señalar la indicación de que la EIA debe contemplarse para actividades en las ZFJN que tengan efectos tanto dentro como fuera de dichos espacios, por lo que extiende su aplicación material y geográfica a aquellas actividades cuyos efectos puedan extenderse a espacios marinos

³⁶ Se hace hincapié en el análisis breve de algunos de los elementos principales, puesto que deberán ser objeto de estudio específico y en mayor profundidad en trabajos posteriores, una vez acordado el texto final del Acuerdo BBNJ.

³⁷ Proyecto Acuerdo BBNJ, artículo 1.10 Opt. A.

³⁸ Se recuerda que en el contexto de la Convención sobre la Diversidad Biológica se define la EIA como “un proceso para evaluar los posibles impactos ambientales de un proyecto propuesto a desarrollar, teniendo en cuenta los impactos socioeconómicos, culturales y de salud humana interrelacionados, tanto beneficiosos como adversos”.

de soberanía o jurisdicción. Esta definición va conectada a su ámbito de aplicación, que se analiza con más detalle en la sección 3.2. A diferencia de la opción 3 de definición de la EIA, no se hace mención del concepto de “contaminación”,³⁹ que quedó definido en el artículo 1.4. de la Convemar. Una posible sugerencia sería la mención del concepto de “contaminación” en la definición de la EIA, pues la dotaría de más precisión al poder especificar qué tipo de efectos deben considerarse, de acuerdo con el concepto previsto en el artículo 1.4. de la Convemar.

Respecto a la incidencia en el desarrollo de tecnologías para la obtención de energía renovable marina, las definiciones de la EIA permitirían que esta fuera susceptible de ser evaluada puesto que puede considerarse como un tipo de “actividad” destinada a realizarse en las ZFJN. La opción 2 plantea de forma específica las acciones que habrán de tomarse después de la EIA y tras conocer los posibles efectos adversos de la actividad, pues se indica expresamente que se requiere “adoptar las medidas necesarias, incluidas las de mitigación, para hacer frente a las consecuencias de dicha actividad, antes de su inicio”.⁴⁰ Una combinación de los elementos de las tres definiciones podría fortalecer la resultante.

Respecto a los objetivos de la EIA, el borrador sienta las bases en el artículo 21 bis al incluir cuatro objetivos específicos: 1) hacer efectivas las disposiciones de la Convemar respecto a la EIA, 2) posibilitar que se tengan en cuenta los efectos acumulativos, 3) prever la realización de evaluación ambiental estratégica y 4) lograr un marco coherente de la EIA para las actividades en las ZFJN. De quedar definidos los objetivos de esta forma y posteriormente desarrollarlos, el marco dispuesto por la Convemar sería más específico que el previsto actualmente.

3.2. Ámbito de aplicación del Acuerdo BBNJ

Debe hacerse la distinción entre ámbito de aplicación geográfico y material. Respecto del primero, el borrador no da opciones e indica con claridad que el acuerdo es de aplicación a las ZFJN⁴¹ y que se respetarán los derechos y la jurisdicción de los ribereños sobre su jurisdicción nacional, incluyendo la plataforma continental dentro de las 200 millas marinas y más allá y la

³⁹ Proyecto Acuerdo BBNJ, artículo 1.10 Opt. C.

⁴⁰ *Ibíd.*, Opt. B.

⁴¹ Proyecto Acuerdo BBNJ, artículo 3.1.

Zona Económica Exclusiva (ZEE).⁴² Debe recordarse que el nuevo instrumento se hace al amparo de la Convemar, es complementario y, por tanto, no debe ni puede entrar en contradicciones con esta. Como consecuencia, no debe socavar las disposiciones previstas para cualquiera de los espacios marinos regulados en la Convemar. Respecto al ámbito de aplicación material, el artículo 3 no lo indica explícitamente, pero el artículo 2 define el objetivo del Acuerdo BBNJ: asegurar la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las ZFJN. Consecuentemente, el desarrollo de la industria asociada a la energía renovable marina debe ser sostenible y por tanto garantizar que su desarrollo no incida en la protección adecuada de la diversidad biológica marina de las ZFJN.

3.3. Principios y enfoques generales aplicables a la EIA

Los principios en el derecho internacional son esenciales en la interpretación, la aplicación y el desarrollo de los tratados.⁴³ En este sentido, el borrador recoge un total de 10 principios y enfoques generales⁴⁴ que resultan aplicables a todo el acuerdo y a la regulación de la EIA. Estos principios y enfoques han sido objeto de discusiones en el derecho internacional medioambiental⁴⁵ y el derecho internacional del medio ambiente marino.⁴⁶ Entre ellos destacan los principios de quien contamina paga, de precaución o enfoque precautorio (para el cual debe valorarse si se seguirá el término ‘principio’ o ‘enfoque’) o de patrimonio común de la humanidad. Puede echarse en falta la expresa mención del principio de prevención o el desarrollo sostenible, aunque el uso sostenible de la diversidad biológica

⁴² *Ibíd.*, artículo 4.2.

⁴³ Patricia Birnie, Alan Boyle y Catherine Redgwell, *International Law and the Environment* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 15.

⁴⁴ Proyecto Acuerdo BBNJ, artículo 5.

⁴⁵ Véase para más información la excelente exposición sobre los principales principios del derecho internacional ambiental: José Juste Ruiz, Mireia Castillo Daudí, *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2014), pp. 46-60.

⁴⁶ Véase para más información el excelente trabajo recopilatorio sobre los principales principios del Derecho Internacional del medio ambiente marino: Yoshifumi Tanaka, “Principles of international marine environmental law”, en *Research Handbook on International Marine Environmental Law*, ed. Rosemary Rayfuse (Cheltenham: Edward Elgar, 2015), 31-56.

marina es el objetivo del esperado acuerdo.⁴⁷ Aunque está fuera del alcance de este trabajo discutir de manera exhaustiva el papel de los principios y enfoques a incluir, es preciso indicar las dificultades que se pueden presentar en el reconocimiento general de algunos principios y sus contenidos, así como las que pueden incidir en la posible relevancia que pueden tener —debe tenerse en cuenta la jurisprudencia asociada a su aplicación, que ha contribuido al desarrollo progresivo de estas parcelas del derecho internacional—. Encontramos, a modo de ejemplo, casos como el de la sentencia *Gabčíkovo-Nagymaros*, en la cual se hizo referencia por primera vez a la necesidad de reconciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente,⁴⁸ o el ya mencionado caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, en el cual se hacía hincapié en la importancia de integrar el desarrollo sostenible y la protección ambiental.⁴⁹ También encontramos el desarrollo de los principios en obligaciones previstas en la Convemar que deben tenerse en cuenta en el nuevo tratado. Por ejemplo, el principio sobre la prevención de daños ambientales queda recogido en el artículo 194.2. de la Convemar: requiere que los Estados tomen “las medidas necesarias para garantizar que las actividades bajo su jurisdicción o control se realicen de forma tal que no causen perjuicios por contaminación a otros Estados y su medio ambiente”.⁵⁰

Como veremos más adelante, no se hace mención expresa en el borrador del Acuerdo BBNJ a que el desarrollo de las tecnologías para la obtención de energía renovable marina esté sujeta a una EIA. En este sentido, los principios contenidos en el borrador podrían ser susceptibles de interpretación para requerir que el desarrollo de la industria renovable marina sea sostenible y que se tuvieran en cuenta los potenciales efectos negativos ambientales asociados a su desarrollo y, por tanto, que la actividad esté sujeta a la EIA.

3.4. La obligación de realizar la EIA

La obligación de realizar la EIA se encuentra expresamente regulada en los tres apartados del artículo 22 del borrador. En la disposición inicial

⁴⁷ Proyecto acuerdo BBNJ, artículo 2.

⁴⁸ CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, para 140. Ver también, Birnie, Boyle y Redgwell, *International Law and the Environment*, 115.

⁴⁹ CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, para. 177.

⁵⁰ Convemar, artículo 194.2.

se plantea que los Estados evalúen en la medida de lo posible los efectos potenciales para el medio marino de las actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control conforme a las obligaciones dispuestas en los artículos 204 a 206 de la Convemar.⁵¹ Se trata de una adaptación del contenido de lo dispuesto en el artículo 206 de la Convemar con las limitaciones apuntadas anteriormente.⁵² Se podría sugerir que se elimine la parte que indica que la evaluación se realice “en la medida de lo posible” para fortalecer la protección por las limitaciones ya mencionadas. No obstante, debe leerse en conjunto con el artículo 22.3., que plantea dos posibilidades: establecer el requisito de realizar la EIA únicamente a las actividades que se lleven a cabo en las ZFJN o a todas las actividades que tengan efectos en las ZFJN. La segunda opción tendría mayor alcance y dotaría al instrumento de mayor protección, pero implicaría que los Estados estén sometidos a esta obligación cuando desarrollen actividades en espacios marinos donde ejercen soberanía o jurisdicción.

De acuerdo con la disposición del artículo 22.1. del proyecto sería requisito realizar una EIA para el desarrollo de tecnologías cuyo fin sea la obtención de energía renovable marina puesto que habría efectos potenciales asociados. No obstante, la obligación de la EIA puede ser reforzada mediante la inclusión de listas o el establecimiento de umbrales y criterios, tal y como se prevé en el texto del acuerdo, que se analiza en la sección 3.6.

3.5. Relación con los procesos de EIA conforme a los instrumentos, marcos y órganos pertinentes

La obligación de realizar la EIA queda establecida en diversos instrumentos y marcos. Además de en el artículo 206 de la Convemar, la podemos encontrar en el artículo 14 de la Convención sobre la Diversidad Biológica, en las convenciones regionales del mar como el Convenio OSPAR⁵³ o incluso en instrumentos nacionales. Dado los posibles inconvenientes que pueden surgir por el solapamiento de los procesos de EIA, el borrador plantea certeramente que la regulación del proceso de EIA en las ZFJN se ajuste a las obligaciones previstas en la Convemar y que no vaya en detrimento de los instrumentos y marcos jurídicos existentes a nivel global, regional,

⁵¹ Proyecto acuerdo BBNJ, artículo 22.1.

⁵² Ver sección 2 de este trabajo relativa al encuadre de la EIA en la Convemar.

⁵³ Convenio sobre la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste, 2354 UNTS 67.

subregional y sectorial.⁵⁴ Para ello se presentan alternativas en el cuarto apartado del artículo 23 que prevén la existencia de un Órgano Científico y Técnico que establezca estándares mínimos o guías para desarrollar la EIA teniendo en cuenta esos instrumentos y marcos jurídicos. En este contexto, cabe indicar que el Acuerdo BBNJ ha establecido en su actual artículo 41 bis las posibles actividades para las que el Órgano Científico y Técnico puede prestar asistencia.

La Convemar aboga por la cooperación en el plano mundial y regional, ya sea directamente o por organizaciones internacionales, para la elaboración de reglas y estándares para la protección y preservación del medio marino.⁵⁵ No obstante, la creación de un Órgano Científico y Técnico podría ser efectiva en la elaboración de normas que permitan desarrollar la EIA en las ZFJN, pues podría fomentar que este órgano ayude o asista a elaborar directrices comunes sobre el proceso, asista a determinar el contenido de la EIA o incluso las actividades a considerar, que podrían basarse en lo desarrollado por otros instrumentos regionales que tienen mandato en las ZFJN como el Convenio OSPAR o instrumentos internacionales que requieren la EIA, como ocurre en el artículo 14 de la Convención sobre la Diversidad Biológica.⁵⁶ Para la elaboración de las guías y directrices de la EIA podría ser beneficioso tener en cuenta los instrumentos que han desarrollado el contenido de la evaluación ambiental, como el Convenio Espoo sobre la EIA en un contexto transfronterizo (Convenio Espoo),⁵⁷ que incluye la obligación de realizar una EIA para las actividades susceptibles de causar un impacto transfronterizo apreciable listadas en su apéndice I⁵⁸ e incluye criterios generales para facilitar la determinación de la importancia para el medio ambiente de las actividades no mencionadas en dicho apéndice; es decir, las que no están sujetas a la obligación de que se realice la EIA.⁵⁹ En el ámbito de la evaluación ambiental estratégica también podría beneficiarse del protocolo previsto para esta evaluación

⁵⁴ Proyecto Acuerdo BBNJ, artículo 23.

⁵⁵ Véase Convemar, artículo 197.

⁵⁶ Véase Convenio sobre Diversidad Biológica, artículo 14 para consultar información relativa a la obligación EIA y el proceso establecido en dicho instrumento.

⁵⁷ Convenio sobre la Evaluación de Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, 1989 UNTS 309 (en adelante 'Convenio Espoo').

⁵⁸ Convenio Espoo, artículo 2.2 y Apéndice I.

⁵⁹ Convenio Espoo, Apéndice III.

del Convenio Espoo,⁶⁰ conocido como Protocolo de Kiev, que desarrolla el contenido, el proceso e incluso el alcance de este tipo de evaluación. Sin duda, tener en cuenta la formulación de las obligaciones de la EIA desarrolladas en otros instrumentos puede servir de ejemplo o inspiración para la regulación de la EIA en el nuevo instrumento. En cualquier caso, será necesario establecer la relación con los procesos de EIA requeridos por otros instrumentos existentes para evitar solapamientos.

La versión analizada del borrador incluye en su artículo 23.5. la novedad de que no será necesario realizar la EIA a las actividades que se desarrollen en las ZFJN siempre que la parte del acuerdo tenga jurisdicción o control sobre la actividad bajo determinadas condiciones incluidas en el artículo. Esas condiciones no se han determinado aún, pero se contemplan posibilidades como que el umbral para realizar la EIA sea igual o mayor que el establecido por dicha parte o que los efectos potenciales de las actividades en cuestión se hayan evaluado de acuerdo con otros instrumentos o marcos globales o regionales.

3.6. Los umbrales, los criterios y las listas para la consideración de la EIA

Los umbrales y criterios para la realización de la EIA (artículo 24) y el diseño de una lista de actividades para las que se requiera o no la EIA (artículo 41 bis. 2.a.) son dos elementos esenciales para la consideración del requisito de la EIA que se están barajando en el Acuerdo BBNJ. Respecto a los primeros se plantean dos posibles redacciones que de manera flexible permiten a los Estados determinar si la EIA debe realizarse para una determinada actividad proyectada bajo su jurisdicción o control. Pero es el artículo 24.2. el que ofrece la posibilidad de fortalecer la protección, por proponer la realización la EIA “de conformidad con los umbrales y criterios establecidos en esta Parte” (traducción propia),⁶¹ que contempla para ello criterios como la evaluación del tipo de actividad, su duración, localización o los efectos potenciales, entre otros. La obligatoriedad de la EIA de acuerdo con umbrales y criterios puede proporcionar mayor protección puesto que se

⁶⁰ Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo 2685 UNTS 140 (en adelante ‘Protocolo de Kiev’).

⁶¹ Proyecto acuerdo BBNJ, artículo 24.2.

condiciona la realización de la EIA a parámetros objetivos consensuados por los Estados o establecidos por el Órgano Científico y Técnico que quedara establecido por el instrumento. En este último caso, la determinación de los criterios no dependería de la decisión que desarrolle cada Estado, por tanto, podría garantizarse mayor objetividad en el establecimiento de los mencionados umbrales.

En cuanto a la lista de actividades para las que se requiere o no una EIA, el actual artículo 41 bis. 2. a. del borrador del Acuerdo BBNJ plantea la posibilidad, no la obligación, de que el Órgano Científico y Técnico pueda desarrollar una lista indicativa de actividades que requieran o no una EIA.⁶² Además, cabe la posibilidad que las listas se actualicen periódicamente.⁶³

Existen precedentes tanto en el de uso de listas, umbrales o la combinación de ambos que dan paso a la EIA en instrumentos internacionales como el Convenio Espoo o a nivel europeo con la Directiva EIA,⁶⁴ cuya experiencia y resultados pueden ser útiles en las negociaciones del texto del nuevo instrumento. En el caso del Convenio Espoo se requiere la EIA para 17 tipos de actividades, como la utilización de oleoductos y gasoductos.⁶⁵ Otro caso interesante, a pesar de no ser un instrumento internacional, sino de derecho secundario de la UE, es la Directiva EIA, que combina el uso de listas de actividades, umbrales y estudios caso por caso. La Directiva EIA requiere en su artículo 4.1. la EIA de los proyectos enumerados en su Anexo I⁶⁶ y en su artículo 4.2. condiciona el requisito de la EIA de los proyectos enumerados en su Anexo II al estudio caso por caso o mediante umbrales o criterios establecidos por el Estado Miembro.⁶⁷ El Anexo I presenta hasta 24 tipos de proyectos cuya EIA es obligatoria, incluye proyectos para el desarrollo de vías navegables o tuberías, que a su vez se basa en lo dispuesto en el Convenio Espoo, pero que amplía el catálogo de actividades contempladas.⁶⁸ Asimismo, el Anexo II de la Directiva EIA

⁶² Proyecto acuerdo BBNJ, artículo 41bis. 2.a.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (Directiva EIA).

⁶⁵ Convenio Espoo, Apéndice I.

⁶⁶ Directiva EIA, artículo 4.1. y Anexo I.

⁶⁷ *Ibíd.*, artículo 4.2 y Anexo II.

⁶⁸ Directiva EIA, Anexo I.

contempla múltiples actividades relacionadas con la industria extractiva, energética, química, del mineral o incluso proyectos de infraestructura, en las cuales la EIA está sujeta al estudio caso por caso por parte del Estado Miembro de la UE o a los umbrales que este haya establecido.⁶⁹ Los modelos seguidos por estos instrumentos pueden servir de base durante las negociaciones para no solo establecer listas que contengan las actividades para las que se requiera una EIA, sino también para determinar umbrales que den paso a la misma.

Respecto a la aplicación a la energía renovable marina, considerando los potenciales impactos negativos en el medio ambiente asociados al desarrollo de esta, cabría aconsejar la inclusión de dicha actividad a la lista de proyectos sujetos a EIA, en caso de incluir un anexo para ello. El establecimiento de umbrales sería también una medida adicional que podría aumentar la protección, pues especificaría qué tipo de impactos considerar, así como el rango mínimo y máximo permitido. A modo de ejemplo, permitiría determinar los niveles de ruido máximos producidos por las instalaciones de eólica marina.

3.7. Proceso de EIA

Una vez se determine la obligación de realizar la EIA y las actividades para las cuales debe requerirse, el paso siguiente es establecer el proceso de EIA. Estos procesos usualmente contienen el examen para requerir la EIA, la presentación de informes relativos a la mitigación y gestión del impacto, así como la identificación de alternativas para la mitigación, prevención y compensación de los posibles efectos adversos, las notificaciones y consultas públicas y la publicación de adopción de las decisiones. La experiencia de otros instrumentos respecto al proceso de la EIA puede ser útil para el Acuerdo BBNJ; el Convenio Espoo de forma resumida plantea un proceso que puede dividirse en seis pasos: 1) notificación —artículo 3—; 2) preparación de la documentación de la EIA —artículo 4 y Apéndice II—; 3) participación pública, difusión de información y consulta —artículos 2.2., 2.6., 3.8. y 4.2.—; 4) consulta entre las partes interesadas —artículo 5—; 5) examen de la información recopilada y decisión final —artículo 6.1.—, y 6) difusión de la información sobre la decisión final —artículo 6.2.—. El proyecto del Acuerdo BBNJ prevé esencialmente elementos parecidos

⁶⁹ *Ibíd.*, Anexo II.

como la verificación preliminar (artículo 30), las notificaciones y consultas públicas (artículo 34), la preparación y contenido de los informes de EIA (artículo 35), la publicación de los informes (artículo 35), la consideración y examen de los informes de evaluación (artículo 35), y la adopción de decisiones (artículo 38). El examen para determinar si se requiere una EIA junto con el contenido de los informes y la adopción de las decisiones son etapas de importancia en el desarrollo de la evaluación. Para la realización efectiva del examen para determinar la EIA, debe delimitarse su alcance, incluyendo los tipos de impactos y efectos a considerar (por ejemplo, los acumulativos o los transfronterizos), así como si el proponente de la actividad o un tercero es el responsable de llevar a cabo la EIA o si el Estado será el encargado. A continuación, analizamos las principales etapas reguladas de este proceso.

Respecto a la verificación preliminar, el artículo 30.1. del borrador dispone que el Estado parte determinará si es necesaria la evaluación de una actividad proyectada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 sobre umbrales, criterios y listas. Para su consideración se deberán tener en cuenta las características de la zona, así como hacer obligatoria la EIA si la actividad proyectada se realiza en una zona de importancia o vulnerable o en una zona adyacente a ella.⁷⁰

Por su parte, el artículo 35, en específico su disposición segunda, describe el contenido de los informes de EIA, que es clave para identificar y evitar los impactos potenciales de la actividad proyectada. El contenido de los informes de la EIA dispuestos en el borrador parecen basarse en el Apéndice II del Convenio Espoo relativo al contenido de la documentación para la EIA,⁷¹ aunque el borrador del esperado instrumento no parece ser tan detallado. Actualmente, el contenido mínimo requerido en los informes

⁷⁰ Proyecto Acuerdo BBNJ, artículo 30.1.

⁷¹ El Apéndice II del Convenio Espoo relativo al contenido de la documentación para la EIA incluye el requisito de que los informes contengan como mínimo, de forma resumida, los siguientes elementos: la descripción de la actividad propuesta y su finalidad; la descripción, si procede, de las alternativas razonables de la actividad propuesta; la descripción del medio ambiente al que la actividad puede afectar; la descripción del posible impacto y sus alternativas; la descripción de las medidas paliativas para reducir al mínimo el impacto medioambiental; la indicación expresa de los métodos de predicción; la relación de las lagunas de conocimiento surgidas al recopilar la información necesaria; si procede, el esbozo de programas de supervisión y gestión *a posteriori*, y un resumen de carácter no técnico.

puede resumirse en los siguientes elementos: 1) la descripción de la actividad proyectada y una evaluación inicial del medio marino que pueda resultar afectado; 2) una descripción de los impactos potenciales; 3) las medidas de prevención y mitigación, incertidumbres y lagunas de conocimiento; 4) información sobre el proceso de consulta pública; 5) consideración de opciones alternativas a la actividad proyectada, y 6) una descripción de las acciones de seguimiento, incluido un plan de supervisión y revisión. No obstante, se deja abierta la posibilidad de que exista orientación adicional sobre el contenido de los informes de la EIA que deben prepararse para que sea elaborado por el Órgano Científico y Técnico.⁷² El contenido del informe de la EIA quedaría con la actual redacción más detallado de lo que actualmente está dispuesto en los artículos 204 a 206 de la Convemar, que tienen carencias de especificidad. Aun así, es preciso indicar que la propuesta podría ser más ambiciosa, tal y como queda patente en instrumentos que regulan la EIA de forma específica como el Convenio Espoo o la Directiva EIA, que permiten que puedan tenerse un mayor número de elementos objetivos y criterios para la evaluación de los efectos potenciales de la actividad propuesta.

La adopción de decisiones es otro elemento clave del proceso de EIA, regulado en el artículo 38 del borrador del Acuerdo BBNJ. El artículo 38.1. establece las alternativas sobre quién debe tomar las decisiones: el Estado, la organización, o que exista un examen previo por el Órgano Científico Técnico que formulará una recomendación a la conferencia de partes sobre la conveniencia o no de llevar a cabo la actividad. Como se apuntaba con anterioridad, delegar en un tercero independiente podría reforzar las garantías de qué criterios técnicos y científicos imperarían en la toma de decisiones, así como de la objetividad y uniformidad en la aplicación de la EIA.

Respecto a la incidencia en el desarrollo de la energía renovable marina, el proceso de la EIA es esencial para asegurar la protección medioambiental frente a los efectos asociados a su desarrollo. De incluir el proceso analizado, permitiría reforzar la regulación prevista en la Convemar respecto a la EIA y esta requeriría identificar los efectos negativos asociados al despliegue de tecnologías para la obtención de energía renovable marina y establecer opciones para minimizarlos o eliminarlos. Así mismo, el requisito de considerar alternativas razonables a la actividad proyectada

⁷² Proyecto Acuerdo BBNJ, artículo 35.2.

podría contribuir a encontrar opciones que tengan menor impacto en el medio ambiente.

3.8. Vigilancia, presentación de informes y examen

Lo propuesto en cuanto a vigilancia, presentación de informes y examen se basa en lo dispuesto en los artículos 204 a 206 de la Convemar.⁷³ Lo interesante respecto de esta cuestión es que se incluye la posibilidad de incorporar obligaciones más detalladas. Especial mención merece el cumplimiento, en donde se plantea que se establezcan mecanismos de supervisión como los informes o evaluaciones periódicas o incluso la verificación por parte de una autoridad.⁷⁴ La introducción de las tres disposiciones dotaría de mayor especificidad y control a las obligaciones de vigilancia, presentación de informes y examen, que consecuentemente redundarían en el cumplimiento de la EIA en las ZFJN.

3.9. Consideración de la evaluación ambiental estratégica

La evaluación ambiental estratégica es una herramienta de evaluación ambiental diferente de la EIA. No obstante, se ha optado por incluirla en el texto del acuerdo. La evaluación ambiental es una herramienta analítica que puede ser desarrollada para proyectos individuales mediante la EIA o para planes y programas públicos mediante la evaluación ambiental estratégica. Ambos procedimientos tienen el objetivo de asegurar que proyectos o actividades concretas, mediante la EIA, y los planes y programas públicos, mediante la evaluación ambiental estratégica, no tengan impactos significativos en el medio ambiente. Establecida la principal diferencia entre estas dos herramientas de evaluación, se hace necesario indicar que el concepto de evaluación ambiental estratégica no está definido en la Convemar pero sí en el texto del borrador del nuevo instrumento. Se ha optado por definirla con dos opciones en el artículo 1.16. del Acuerdo BBNJ, la opción B quedaría redactada igual que en el Protocolo de Kiev, que define en su artículo 2.6. la evaluación ambiental estratégica como

⁷³ Véase la sección 2 de este trabajo para más información con relación al encuadre de la EIA en los artículos 204 a 206 de la Convemar.

⁷⁴ Proyecto acuerdo BBNJ, artículos 39-41.

la evaluación de los efectos probables sobre el medio ambiente, incluida la salud, que comprenda la delimitación del ámbito de un informe medioambiental y su elaboración, la puesta en marcha de un proceso de participación y consulta del público y la toma en consideración, en un plan o un programa, del informe medioambiental y de los resultados de ese proceso.⁷⁵

La opción A, sin embargo, la define como un proceso de evaluación que puede usarse para tres principales tareas: preparar un plan estratégico de desarrollo para una zona terrestre u oceánica definida; examinar los posibles impactos ambientales que puedan surgir o repercutir en la aplicación de políticas, planes y programas gubernamentales, y evaluar diferentes clases de proyectos con el fin de laborar políticas generales de gestión medioambiental.

El borrador dedica el artículo 41 ter a la regulación de la evaluación ambiental estratégica y plantea dos opciones para su realización: 1) que las partes, actuando mediante la conferencia de partes, aseguren que la evaluación sea llevada a cabo para las ZFJN o 2) que las partes puedan realizar la evaluación para planes y programas de actividades bajo su jurisdicción o control en la ZFJN, cumpliendo los umbrales del artículo 24.

Consideraciones finales

El desarrollo de las negociaciones del esperado Acuerdo BBNJ han dejado sentadas las bases para regular la EIA en las ZFJN. Si bien será necesario evaluar el texto final del acuerdo para valorarlo apropiadamente, no quedan dudas de que el proyecto de texto brinda la oportunidad de desarrollar las obligaciones respecto a la EIA contenidas en los artículos 204 a 206 de la Convemar. Esto puede resultar en una mayor garantía para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad marina en ZFJN.

El borrador presenta elementos importantes como la definición, el proceso de EIA y la posibilidad de incluir las actividades que lo requieren, entre otros. Es relevante señalar su naturaleza jurídica, puesto que ya se ha decidido que se tratará de un instrumento internacional jurídicamente vinculante; por tanto, se podría exigir su cumplimiento si entrara en vigor. No obstante, para garantizar la eficacia de la regulación de la EIA en las ZFJN

⁷⁵ Protocolo de Kiev, artículo 2.6.

en el acuerdo quedan por determinar aspectos fundamentales. La eficacia de las disposiciones relativas a la EIA quedará fuertemente condicionada a las elecciones que sean hechas respecto a la naturaleza de las obligaciones (sustantivas o procedimentales), su precisión y el establecimiento de medidas que aseguren la implementación efectiva y su cumplimiento.

Basados en el análisis del borrador del Acuerdo BBNJ realizado en este trabajo, algunas de las sugerencias encaminadas a fortalecer el texto final podrían ser detallar el concepto de EIA y hacer alusión al concepto de “contaminación” incluido en artículo 1.4. de la Convemar; reforzar la obligación de realizar la EIA para que sea requerida a todas las actividades que puedan tener efectos negativos en las ZFJN; determinar umbrales mínimos y máximos, así como criterios y listas de actividades que activen la EIA, siguiendo el ejemplo de otros instrumentos como los mencionados, o establecer y definir claramente las funciones de un Órgano Científico y Técnico, como ya parece que comienza a vislumbrarse en el artículo 41 bis de la versión analizada, independientemente de que supervise la coordinación entre instrumentos y marcos, además del proceso de EIA y la decisión resultante de esta.

Respecto a la previsible incidencia de la regulación de la EIA del Acuerdo BBNJ en el desarrollo de las tecnologías para la extracción de energía renovable marina en las ZFJN, el acuerdo podría potencialmente garantizar mayor nivel de protección que lo establecido actualmente en la Convemar al incluir obligaciones que pueden detallar las actividades que requieren la EIA, el proceso de la EIA o los impactos a considerar. Sin embargo, esta protección podría ser reforzada si se requiere específicamente el desarrollo de la EIA para la obtención de energía renovable marina y se indicaran expresamente los impactos específicos a considerar durante el proceso de EIA. Respecto al requisito obligatorio, este podría conseguirse mediante la mención expresa a la obtención de energía renovable marina en la lista de actividades que requieren la EIA. Respecto a los impactos particulares a considerar, la inclusión de umbrales específicos contribuiría a identificar los tipos de impactos a tener en cuenta, así como los rangos mínimos y máximos permitidos. De esta forma se podría asegurar la valoración de impactos específicos asociados al desarrollo de la energía renovable marina como los ruidos, las vibraciones o los efectos asociados a los campos electromagnéticos.

Referencias

- Bergström, Lena et al. "Effects of offshore wind farms on marine wildlife – a generalized impact assessment". *Environmental Research Letters* 9, no. 3 (2014), 1-12. <https://doi.org/10.1088/1748-9326/9/3/034012>
- Birnie, Patricia, Alan Boyle y Catherine Redgwell. *International Law and the Environment* Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Boyle, Alan. "The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 22, no. 3 (2007): 369-381.
- Chang, Yen-Chiang. "Marine Renewable Energy—The Essential Legal Considerations." *Journal of World Energy Law and Business* 8, (2015): 26-44.
- Decision VIII/28 of the COP8 to the CBD, UNEP/CBD/COP/8/31, 324-344.
- Parlamento y Consejo Europeos. Directiva 2014/52/UE, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (16 abril 2014).
- Galea, Francesca. "A Legal Regime for the Exploration and Exploitation of Offshore Renewable Energy." *Ocean Yearbook* 25, (2011): 101-129.
- Garel, Erwan et al. "Applicability of the "Frame of Reference" approach for environmental monitoring of offshore renewable energy projects." *Journal of Environmental Management* 141, (2014): 16-28.
- Gatusso, Jean-Pierre et al. "Ocean Solutions to Address Climate Change and Its Effects on Marine Ecosystems." *Frontiers in Marine Science* 5, no. 337 (2018), 1-18.
- Gjerde, Kristina M. et al. "Protecting Earth's Last Conservation Frontier: Scientific, Management and Legal Priorities for MPAs Beyond National Boundaries." *Aquatic conservation: Marine and Freshwater Ecosystems* 26, no. 2 (2016), 45-60.
- Goodale, M. Wing y Anita Milman. "Cumulative Adverse Effects of Offshore Wind Energy Development on Wildlife." *Journal of Environmental Planning and Management* 59, no. 1 (2016), 1-21. <http://dx.doi.org/10.1080/09640568.2014.973483>
- Intergovernmental Panel on Climate Change. *Special Report on Global Warming of 1.5°C. Summary for policymakers*. Cambridge: Cambridge University Press, (2018). https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2022/06/SPM_version_report_LR.pdf

- Juste Ruiz, José y Mireia Castillo Daudí. *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- Long, Ronán. "Harnessing Offshore Wind Energy: Legal Challenges and Policy Conundrums in the European Union." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 29, no. 4 (2014), 690-715.
- Matz-Lück, Nele. "Framework Conventions as a Regulatory Tool." *Goettingen Journal of International Law* 1, no. 3 (2009), 439-458.
- McDonald, Sarah y David L. VanderZwaag. "Renewable Ocean Energy and the International Law and Policy, Seascape: Global Currents, Regional Surges." *Ocean Yearbook* 29 (2015): 299-326.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo 2685 UNTS 140.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Further Revised Draft Text of an Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction*, mayo 30, 2022. https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org.bbnj/files/igc_5_-_further_revised_draft_text_final.pdf
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General. *Resolución sobre instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*, A/RES/72/249, enero 19, 2018. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/468/81/PDF/N1746881.pdf?OpenElement>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Convención sobre la Diversidad Biológica*, 1760 UNTS 79.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Convenio sobre la Evaluación de Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo*, 1989 UNTS 309.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Convenio sobre la protección del medio marino del Atlántico Nordeste*, 2354 UNTS 67.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Secretaría General. *Los océanos y el derecho del mar*, A/67/79, abril 4, 2012.

- Oude Elferink, Alex G. "Environmental Impact Assessment in Areas Beyond National Jurisdiction." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 27, (2012): 449-480.
- Possner, Anna y Ken Caldeira. "Geophysical potential for wind energy over the open oceans." *Proceeding of the National Academy of Sciences of the United States of America* 114, no. 43 (2017) 11338-11343.
- Soria-Rodríguez, Carlos. "The European environmental regulation of marine renewable energies." *RECIEL* 29, (2020), 95-106.
- Soria-Rodríguez, Carlos. "The International Regulation for the Protection of the Environment in the Development of Marine Renewable Energy in the EU." *RECIEL* 30 (2021), 46-60.
- Tanaka, Yoshifumi. "Principles of international marine environmental law." En *Research Handbook on International Marine Environmental Law*, editado por Rosemary Rayfuse, 31-56. Edward Elgar, 2015.
- Tiller, Rachel, Elizabeth de Santo, Elizabeth Mendenhall y Elizabeth Nyman. "The once and future treaty: towards a new regime for biodiversity in areas beyond national jurisdiction." *Marine Policy* 99, (2019): 239-242.
- Wright, Glen. "Regulating marine renewable energy development: a preliminary assessment of UK permitting processes." *Underwater Technology* 32, no. 1 (2014): 39-50.
- Wright, Glen, Julian Rochette, Kristina Gjerde e Isabel Seeger. "The long and winding road: negotiating a treaty for the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction." *IDDR Studies* 82, no. 08/18 (2018): 31-40.

Jurisprudencia

- International Court of Justice (ICJ). *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment. ICJ Reports 1997.
- International Court of Justice (ICJ). *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, Judgment, abril 20, 2010. ICJ Reports 2010.
- International Tribunal for the Law of the Sea. *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom) Provisional measures*, Order, diciembre 3, 2001, ITLOS Reports 2001.
- Permanent Court of Arbitration. *South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, Award, julio 12, 2016, Case no. 2013-19.