

La legislación unilateral para la explotación de los fondos marinos: su incompatibilidad con el Derecho Internacional

Desde que se iniciaron los trabajos de Naciones Unidas destinados a elaborar un régimen internacional para la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos situados fuera de la jurisdicción nacional, se planteó una importante polémica en torno a cuáles son las normas del Derecho Internacional aplicables a ese espacio y la manera cómo ellas inciden en la actividad de los Estados que procuran hacer uso del mismo.

Dos han sido las tesis fundamentales expresadas en esta discusión. La primera de ellas, sostenida por algunos países que se interesan en una pronta explotación, es que el Derecho Internacional en general, y la libertad de los mares en particular, permiten a cualquier Estado explotar los fondos marinos, aun en ausencia de un régimen internacional convencional. La segunda tesis, principalmente sostenida por los países en desarrollo, es que el Derecho Internacional, particularmente a la luz de su desarrollo en el seno de las Naciones Unidas, únicamente permitiría tal explotación en el marco de un régimen internacionalmente convenido.

Esta polémica se ha visto agudizada recientemente con motivo de los diversos Proyectos de Ley que se tramitan en el Congreso de los Estados Unidos, destinados a regular unilateralmente la explotación de los fondos marinos.

Otras naciones industrializadas también se encuentran considerando iniciativas similares.

El objetivo de este artículo es examinar el estado actual del Derecho Internacional en lo que se refiere al caso de los fondos marinos, y sobre tal base, discutir la situación de una eventual legislación unilateral en la materia. Para ello se hace necesario enfocarlo algunos rasgos de la evolución histórica del derecho del mar, la labor de Naciones Unidas y el alcance que tiene la legislación unilateral dictada en otras materias.

1. LA EVOLUCION HISTORICA DEL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD LOS MARES

No es difícil estar de acuerdo en que la libertad de los mares es

el principio fundamental que regula los espacios marítimos situados fuera de la jurisdicción nacional, norma consuetudinaria que se encuentra bien establecida¹. Sin embargo, la dificultad radica en determinar cuál es el contenido y alcance preciso del principio en el Derecho Internacional contemporáneo.

Históricamente este principio surgió en el Derecho con un contenido esencialmente negativo, prohibiendo a los Estados interterrer en la utilización de la alta mar, como había ocurrido en la segunda parte de la Edad Media². Libertad de navegación y libertad de utilización de sus riquezas fueron así su contenido original. No obstante, las necesidades de la comunidad internacional llevaron prontamente a una modificación del contenido inicial. La libertad absoluta de navegación comenzó a reconocer excepciones, como la represión de la piratería, el tráfico de esclavos o el derecho de persecución, entre otras³.

Más significativa fue la evolución de la libertad de utilización de sus riquezas, entonces limitada a la pesca. Al comprobarse hacia fines del siglo XIX que las riquezas del mar eran agotables, como consecuencia de su explotación indiscriminada⁴, la libertad absoluta que acompañaba al principio fue subordinada al igual derecho de los demás⁵, en primer lugar, y en seguida a la introducción de criterios de conservación⁶.

El reconocimiento de esta realidad llevó a un cambio importante en el contenido original del principio. Hasta entonces la calificación de *res communis* sólo se diferenciaba de la calificación de *res nullius* en cuanto no permitía la apropiación de la alta mar, pero en nada influía respecto de la prevención del uso abusivo de ese espacio. Para atender a esta última necesidad es que comienza a emerger el concepto de la utilización en el interés general de la comunidad internacional, que es significativamente diferente. En virtud de este último concepto, si bien la utilización de la alta mar está abierta a todos los Estados, queda supeditada al interés general, definido y regulado por la comunidad internacional, y ya no puede realizarse en función del exclusivo interés individual. Si bien sería

¹F. V. García-Amador; *La utilización y conservación de las riquezas del mar*. La Habana, 1956. p. 3.

²Naciones Unidas. Doc. A/CN. 4/32. 14 de julio, 1950. *Memorandum presentado por la Secretaría*. Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II. p. 69. La preparación de este memorandum es atribuida a Gidel: H. Lanterpacht: *Sovereignty over submarine areas*. British Yearbook of International Law. 1950. p. 408. Nota 1.

³Naciones Unidas. Doc. cit., pp. 70-72.

⁴Para diversas expresiones históricas de esta inquietud, Gidel: *Le droit International Public de la Mer*. Paris, 1932. Tomo I, pp. 438-439, en notas.

⁵García-Amador. op. cit., pp. 26-27, citando a Fauchille, Bustamante y Francois.

⁶Gidel. op. cit., pp. 437-441.

la labor de Naciones Unidas la que daría un contenido concreto a esta tendencia, ella ya se observaba con notable anticipación⁷.

De esta manera, el contenido irrestricto de la libertad de los mares fue primero sujeto a un control de abuso del derecho y en seguida a una concepción de bien común. El hecho de que esta norma forme parte de la costumbre internacional no significa que ella sea un dogma inmutable, estando su contenido sujeto a las adaptaciones y mutaciones que las nuevas realidades han requerido y que su evolución histórica revela claramente.

Quando Naciones Unidas inicia el tratamiento del tema de los fondos marinos, el principio de la libertad de los mares tenía ya un alcance diferente, que sería acentuado todavía más en el curso de esos trabajos. Podrá discutirse en qué momento y de qué manera la evolución de un concepto tiene lugar; precisamente por ello es que el sentido histórico general de la norma adquiere importancia.

2. EL DEBATE DE NACIONES UNIDAS Y LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL

Desde las primeras deliberaciones de Naciones Unidas sobre la materia, se planteó el problema de en qué medida el Derecho Internacional existente era aplicable a los fondos marinos⁸. Subyacente a esta discusión se encontraba la preocupación de que el principio de la libertad de los mares, en su sentido clásico, pudiera dificultar la elaboración del régimen internacional que se buscaba.

Dos grandes corrientes de pensamiento se hicieron presentes en el debate. La primera coincidía en la opinión de que el derecho internacional existente era insuficiente para asegurar una explotación ordenada en beneficio de la humanidad. Se sostuvo así que la actual estructura jurídica estimulaba la apropiación de los fondos marinos⁹ y que había una ausencia de normas regulatorias

⁷Entre otros casos puede citarse el proyecto de Strupp para la creación de un organismo internacional y un régimen de las aguas marinas, que se concibió para "su utilización más favorable a los intereses de la comunidad internacional" y "conforme a los intereses comunes de la colectividad internacional". *Annuaire de l'Institut de Droit International, Session de Paris, Octobre 1934 pp. 550 y 712*. Por su parte, Gíder se refirió a la "aparición de la noción de interés común", que él sitúa a fines del siglo XIX; Naciones Unidas, Doc. cit., p. 73.

⁸Para un exámen del Derecho Internacional existente en la materia, principalmente a la luz de las Convenciones de Ginebra, Comité Especial: *Aspectos Jurídicos... de los fondos marinos y oceánicos...* Estudio preparado por la Secretaría A/AC. 135/19. 21 de junio de 1968, y Add. 1, 18 de junio de 1968, y Add. 2, 25 de junio de 1968.

⁹Malta, Asamblea General, Primera Comisión. Sesión 1515. 1º de noviembre de 1967. pp. 8,14.

evidenciada en el hecho de que las convenciones no trataban en general del tema¹⁰. También se tuvo presente el peligro de que esta situación condujera a una carrera para la colonización de los fondos marinos y que ello acentuara las diferencias entre países desarrollados y en desarrollo¹¹. En esta misma línea de pensamiento se rechazó la idea de una libertad de explotación irrestricta, que sólo conduciría a conflictos o confusión¹². En otros planteamientos se destacó que si bien los principios fundamentales del derecho internacional eran aplicables, resultaban demasiado vagos, rudimentarios y generales, haciéndose necesario completarlos¹³.

Igualmente se sugirió la idea de que el derecho internacional se aplicara subsidiariamente a los principios rectores que conforman el concepto del patrimonio común¹⁴, o que se aplicara solamente en forma parcial o por analogía¹⁵, o cuando los propios principios lo prevean¹⁶. Diversas delegaciones enfatizaron que, en cualquier caso, el principio de la libertad de los mares no era aplicable a la zona de los fondos marinos¹⁷, o no se podía aplicar mutatis mutandis¹⁸. También se señaló que la libertad de los mares no significaba libertad para la explotación de los fondos marinos¹⁹. Aún cuando es discutible en derecho internacional, también se argumentó que éste adolecía de una laguna en esta materia²⁰.

La segunda corriente de pensamiento aludida se manifestó en favor del respeto del principio de la libertad de los mares²¹. Sin embargo, en muchos casos el alcance de esta posición no estaba dirigido tanto a que el principio se aplicara a los fondos marinos, sino más bien a procurar que el concepto del patrimonio común, o las normas que de él derivaran, no afectaran otros usos del mar

¹⁰Reino Unido. *Ibid.* Sesión 1524. 8 de noviembre de 1967. p. 3.

¹¹Libia. *Ibid.* Sesión 1525. 10 de noviembre de 1967. p. 9.

¹²Australia. Comité Especial A/AC. 135/wg. 1/SR. 8. 29 de junio de 1968. p. 63.

¹³Noruega. Comisión de los Fondos Marinos. A/AC. 138/sc. 1/SR. 8. 21 de marzo de 1969. p. 82. y SR. 30. 9 de marzo de 1970. p. 6.

¹⁴Chile. *Ibid.* A/AC. 138/sc. 1/SR. 20. 21 de agosto de 1969. p. 115. Malta: *Ibid.* A/AC. 138/sc. 1/SR. 26. 26 de agosto de 1969. p. 209.

¹⁵Perú. *Ibid.* A/AC. 138/sc. 1/SR. 26. 26 de agosto de 1969. p. 209.

¹⁶RAU. *Ibid.* A/AC. 138/sc. 1/SR. 25. 26 de agosto de 1969. p. 198.

¹⁷México. *Ibid.* A/AC. 138/sc. 1/SR. 33. 17 de marzo de 1970. p. 32. Brasil. *Ibid.* A/AC. 138/SR. 19. 3 de marzo de 1970. p. 17. Canadá. *Ibid.* A/AC. 138/SR. 24. 6 de marzo de 1970. p. 83.

¹⁸Bélgica. *Ibid.* A/AC. 138/sc. 1/SR. 34. 23 de marzo de 1970. p. 43. Perú. *Ibid.* p. 49.

¹⁹Brasil. A/AC. 138/sc. 1/SR. 5. 18 de marzo de 1969. p. 45.

²⁰México. Respuestas de los gobiernos. A/AC. 135/I. 11 de marzo de 1968. p. 3.

²¹Para un resumen de las opiniones en este sentido de Canadá, Finlandia, Francia, Grecia, Japón, Noruega, Reino Unido y Unión Soviética, Comité Especial: *Resumen de las opiniones de los Estados miembros.* A/AC. 135/12. 7 de junio de 1968. p. 17.

en el cual algunos Estados tenían intereses especiales. De esta manera, podrían desarrollarse nuevos principios para los fondos marinos sin que afectasen las normas del derecho internacional aplicables a otros usos del mar.

Sólo para un reducido sector, el derecho internacional, incluyendo el principio de la libertad de los mares, debía aplicarse directamente a los fondos marinos, sin mayor necesidad de desarrollar principio adicionales. Este fue principalmente el caso de los Estados Unidos²² y el de la Unión Soviética²³, aún cuando el objetivo de este último país era más bien impedir el establecimiento de una autoridad supranacional y basar el esquema en el fortalecimiento de la cooperación intergubernamental²⁴.

Para otros países, en cambio, el problema consistía en salvaguardar los usos tradicionales del mar. Ello se expresó tanto en la reafirmación del criterio de que se debía tener en cuenta el derecho internacional²⁵, o que debía prestarse debida consideración a los intereses de los demás²⁶, como mediante la referencia a usos concretos que debían salvaguardarse por la aplicación del derecho internacional existente, como ser el tendido de oleoductos,²⁷ las pesquerías sedentarias²⁸, la libertad de navegación²⁹ y la pesca³⁰.

La importancia de este debate radica principalmente en la ma-

²²La posición de la delegación de los Estados Unidos fue de que debía aplicarse el Derecho Internacional y la Carta de las Naciones Unidas a los fondos marinos Comisión de los Fondos Marinos, A/AC.138/SC.1/SR.13. 13 de agosto de 1969. p. 11. Para las críticas que surgieron en el Congreso de los Estados Unidos sobre el concepto del patrimonio común y los proyectos destinados a impedir que Naciones Unidas pudiera adquirir algún tipo de jurisdicción sobre los fondos marinos, Guenter Weisseberg: "International Law meets the short-term national interest: The maltese proposal on the seabed and ocean floor - Its fate in two cities". *The International and Comparative Law Quarterly*. Enero 1969. pp. 42 et seq.

²³Unión Soviética. Comité Especial A/AC.135. /SR. 3. 20 de marzo de 1968. pp. 15-16. También SR. 11, 20 de junio de 1968, p. 9. Véase también Asamblea General, Primera Comisión, Sesión 1592. 31 de octubre de 1968. p. 3. Véase también Ucrania, Asamblea General, Primera comisión, A/C.1/PV. 1680. 7 de noviembre de 1969, p. 63.

²⁴Unión Soviética. Comité Especial. A/AC.135/SR.12. 9 de julio de 1968. pp. 22-23.

²⁵Rumania. Asamblea General. Primera Comisión, Sesión 1596. 4 de noviembre de 1968. p. 6. Canadá, Ibid. Sesión 1599. 5 de noviembre de 1968. p. 7.

²⁶Comité Especial. Informe. A/7230. 1968. pp. 50-51, párrafo 37.

²⁷Francia. Asamblea General, Primera Comisión. Sesión 1526. 13 de noviembre de 1967. pp. 2-3.

²⁸Ibid. p. 3 Ceilán, Ibid. p. 12.

²⁹Grecia. Respuestas de los Gobiernos. A/AC.135/1. Add. 7. 23 de marzo de 1968. p. 2.

³⁰Japón. Comité Especial. A/AC.135/SR.5. 22 de marzo de 1968. pp. 33-34;

nera como influyó en la formación de un consenso en torno a la insuficiencia del derecho internacional tradicional. Si bien en un principio diversas delegaciones se manifestaron con cautela en cuanto a la elaboración de nuevos principios y normas jurídicas⁴¹, gradualmente prevaleció la opinión acerca de que el Derecho Internacional existente no bastaba para regular la explotación de los fondos marinos dentro de la concepción del patrimonio común de la humanidad que paralelamente emergía⁴². La Resolución 2.310 (xxii) ya había anticipado esta tendencia, por cuanto tuvo presente no solamente "las disposiciones" sino también "La práctica del derecho del mar". Por su parte, la Resolución 2.467 (xxiii), también evidenció este enfoque al encargar a la Comisión de los Fondos Marinos "la elaboración de los principios y normas jurídicos que sirvan para promover la cooperación internacional en la explotación y utilización de los fondos marinos". El proceso culminó con la Declaración de Principios de la Resolución 2749 (xxv), que específicamente reconoció "que el actual régimen jurídico de la alta mar no proporciona normas sustantivas que regulen la explotación de la susodicha zona y la explotación de sus recursos"⁴³.

Fue precisamente para llenar esta insuficiencia del derecho internacional tradicional, que la Declaración de Principios consagró solemnemente el concepto del patrimonio común de la humanidad y señaló las bases para el establecimiento de un régimen y mecanismo internacional. De esta manera, el concepto adquiere una doble relación con el Derecho Internacional. Por una parte, recoge los principios que el derecho del mar había venido incorporando en su proceso de evolución, como subordinar la libertad irrestricta del derecho clásico a los requerimientos y limitaciones impuestas por la conservación, el igual derecho de los demás y el interés general de la comunidad internacional, entre otros. Por otra parte, representa un importante paso en el desarrollo progresivo del derecho internacional, al perfeccionar esos principios y aplicarlos concretamente a los fondos marinos.

Cualquier duda que pudiese existir sobre el momento o la manera como el principio de la libertad de los mares incorporó a su contenido el criterio del interés general de la comunidad interna-

⁴¹Para un resumen de las opiniones en este sentido de Argentina, Australia, Bulgaria, Canadá, Ceilán, Estados Unidos, Islandia, Italia, Reino Unido, Suecia, Unión Soviética y Yugoslavia, Comité Especial, Doc. cit. Nota 21 supra. pp. 16-17.

⁴²Para un análisis del concepto a la luz de los trabajos de Naciones Unidas, Francisco Orrego Vicuña: *Los Fondos Marinos y Océánicos*. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1976.

⁴³Para los textos de estas y otras Resoluciones citadas, Shigeru Oda: *The International Law of Ocean Development*, 1972.

cional, anteriormente mencionado, queda resuelta por la Declaración de Principios, al menos en lo que respecta al caso específico de los fondos marinos. Esta Declaración refleja el consenso de la comunidad internacional sobre los elementos esenciales del nuevo régimen jurídico aplicable a los fondos marinos, que se sintetiza en el concepto del patrimonio común de la humanidad. De esta manera culmina una fase significativa de la evolución histórica del derecho del mar.

El valor jurídico y la obligatoriedad de esta Declaración también ha sido objeto de polémica. Mientras para un grupo de países la Declaración tiene definitivamente un carácter obligatorio³⁴, para otro no tiene ese carácter³⁵, o no podría aplicarse hasta el establecimiento del régimen internacional³⁶. En un momento se sugirió que se declarase la obligatoriedad de algunos principios en particular, sobre todo el relativo al uso pacífico³⁷, o que todos los principios fueran finalmente incluidos en una convención internacional³⁸.

La discusión respecto del valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General no es nueva. Ha surgido cada vez que se ha tratado de aprobar una resolución de importancia. Sin embargo, es un hecho claro que las resoluciones declaratorias de principios tienen una categoría muy especial debido a que expresan el consenso de la comunidad internacional organizada sobre elementos fundamentales del desarrollo progresivo del derecho internacional³⁹. En tal sentido tiene un valor jurídico preciso que obliga a los Estados a abstenerse de cualquier actitud que contradiga su contenido; aún cuando su obligatoriedad carezca de los mecanismos coercitivos o de la sanción necesaria para respaldarla, la sólo aplicación del principio de la buena fe llevaría a una conclusión idéntica.

En el caso específico de la Resolución 2.749 (xxv), el hecho de que ella prevea el establecimiento de un régimen y mecanismo internacional, no significa que su validez u obligatoriedad esté condicionada a ese régimen. Ella existe desde el momento mismo de la aprobación de la Resolución, siendo suficiente para que se pueda exigir a cada Estado la obligación de abstenerse de actividades in-

³⁴Véase por ejemplo, México. Comisión de los Fondos Marinos. A/AC.188/SC.1/SR. 24. 26 de agosto de 1969. p. 178.

³⁵Véase, por ejemplo, Polonia. *Ibid.* p. 177. Unión Soviética, Asamblea General Primera Comisión. Sesión 1978. A/c.1/pv.1798. 15 de Diciembre de 1970. p. 32.

³⁶Reino Unido, Asamblea General, Primera Comisión, Sesión 1799. A/c.1/pv. 1799. 15 de diciembre de 1970. p. 6.

³⁷Checoslovaquia. Doc. A/AC.185/12. cit. Nota 21 supra. p. 15:

³⁸Informe de la Comisión. A/7622. 1969. p. 13.

³⁹Sobre el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General declaratorias de principios, véase en general: O. Y. Asamoah: *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*. Sijthoff 1966.

compatibles. Incluso, para algunos países, el patrimonio común de la humanidad es un nuevo principio de *jus cogens*⁴⁰.

Los trabajos de Naciones Unidas que se han reseñado tendrían también otra manifestación de importancia. Para prevenir la realización de actividades incompatibles, ellos se preocuparon de introducir la moratoria, que también es parte fundamental del marco jurídico que debe tenerse presente.

3. DECLARACION Y ALCANCES DE LA MORATORIA

En un comienzo, las ideas relativas a una moratoria estuvieron estrechamente vinculadas al problema de la definición de los límites de la jurisdicción nacional, buscando un tipo de congelamiento de reclamaciones que impidiera la apropiación de los fondos marinos sobre la base de una interpretación extensiva del artículo 1 de la Convención sobre la plataforma continental. Sin embargo, gradualmente esta iniciativa fue separándose de la cuestión de los límites para referirse específicamente a la explotación de los fondos marinos.

En la opinión de diversas delegaciones, la explotación debía mantenerse en la situación presente⁴¹, a la vez que se enfatizaba la idea de que ni las naciones ni los organismos internacionales podrían adquirir derechos derivados de la exploración de recursos⁴². También se sugirió que se declarase la jurisdicción exclusiva de las Naciones Unidas sobre los fondos marinos⁴³, o que se declarase una congelación de jure y de facto de la situación existente respecto de los recursos de la zona⁴⁴. Según diferentes puntos de vista, la moratoria debía durar hasta que se encontrara una definición aceptable de los límites, hasta la vigencia de un nuevo tratado o hasta que se llegara a un acuerdo sobre la distribución de los beneficios⁴⁵.

⁴⁰Guyana, Asamblea General, Primera Comisión, Sesión 1798, A/C.1/PV. 1788, 8 de diciembre de 1970, p. 38. India, Comisión de los Fondos Marinos, A/AC.138/SC.1/SR. 20 13 de agosto de 1971, p. 203. También India, *Ibid.*, SR 39: 15 de marzo de 1972, p. 105. Véase también, para un resumen de opiniones, Sri Lanka, *Ibid.*, SR. 64, 22 de marzo de 1973, p. 9.

⁴¹Para un resumen de opiniones, *Doc. cit.* Nota 21 supra, pp. 29-30.

⁴²Chile, Comité Especial, A/AC.135/WG.2/SR.12, 19 de agosto de 1968: p. 14. También SR. 13, 20 de agosto de 1968, p. 34.

⁴³Turquía, Asamblea General, Primera Comisión, Sesión 1528, 14 de noviembre de 1967, p. 12. India, por su parte, se refirió a la propuesta de Alemania en la Conferencia de 1958 sobre el establecimiento de un organismo internacional, *Ibid.*, Sesión 1530, 16 de noviembre de 1967, p. 5. Para esta última propuesta de Alemania, véase el memorandum presentado por la República Federal, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Documentos oficiales, Vol. vi, 1958, pp. 144-145.

⁴⁴México, *Ibid.*, Sesión 1529, 15 de noviembre de 1967, p. 36.

⁴⁵Resumen de opiniones en *Doc. cit.* Nota 21 supra, p. 30.

Diversos proyectos de moratoria presentados a partir de 1968 destacaron la idea de no reivindicación ni ejercicio de derechos de soberanía, así como la de abstraerse de reclamar o ejercer cualquier derecho, título e interés que no esté expresa e internacionalmente reconocido⁴⁶. También la Resolución 2.467 (xxiii) declaró que la explotación debía efectuarse en beneficio de toda la humanidad. Todas estas iniciativas confluyeron en la Resolución 2.574 D (xxiv), por la cual se declara que hasta tanto se establezca el régimen internacional, los Estados y las personas, físicas o jurídicas, están obligados a abstenerse de cualquiera actividad de explotación de los recursos de la zona; a la vez se declara el no reconocimiento de ninguna reclamación sobre cualquier parte de esa zona o sus recursos. La propia Declaración de Principios reiteró la moratoria al reafirmar esas obligaciones.

Si bien la Resolución sobre moratoria encontró oposición de parte de algunos países⁴⁷, la opinión de otros de que ella no impide la explotación⁴⁸ y el criterio de algunos de que se podría estimular las reivindicaciones nacionales para expandir la zona sometida a la jurisdicción nacional⁴⁹, ella fue aprobada por una significativa mayoría por la Asamblea General⁵⁰. Algunos países, como los Estados Unidos al fundamentar su voto negativo, señalaron el argumento de que esta Resolución no era obligatoria. Sin embargo, debe tenerse presente que no se trata esta de una Resolución aislada de la Asamblea General, sino forma parte de un proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional, que culminaría con la Declaración de Principios, esta última aprobada sin votos en contra. De esta manera los argumentos ya expresados sobre el valor jurídico de esta última Resolución son también aplicables al caso de la moratoria.

De lo anterior se desprende que toda explotación de los fondos marinos que sea incompatible con el régimen que se establezca, y en el intertanto con la Declaración de Principios, está prohibida

⁴⁶Véase el proyecto de Liberia, Asamblea General, Primera Comisión, Sesión 1600. 6 de noviembre de 1968. p. 6 y el Proyecto de México, Ibid: Sesión 1688 A/C.1/PV. 1688. 10 de noviembre de 1969. pp. 55-56. Para otros proyectos. Ibid: p. 63 e Informe de la Primera Comisión, A/7834. 9 de Dicbre. de 1969. pp. 9-10.

⁴⁷Véase, por ejemplo, Francia. Asamblea General, Primera Comisión, Sesión 1680. A/C.1/PV. 1680. 7 de noviembre de 1969. p. 47.

⁴⁸Japón. Comité Especial. A/AC.135/WG.1/SR.6 26 de Jun. de 1968. pp 36-37:

⁴⁹Noruega. Asamblea General, Primera Comisión, Sesión 1709. A/C.1/PV. 1709. 2 de diciembre de 1969. p. 13. Italia. Ibid. Sesión 1779. A/AC.1/PV. 1779: 19 de diciembre de 1970. p. 43. Suecia propuso, en vez del concepto de moratoria, el de "automoderación". Sesión 1709 cit. p. 17.

⁵⁰La Resolución 2574 D fue aprobada por 62 votos a favor, 28 en contra y 28 abstenciones. Todos los países que actualmente poseen la tecnología de explotación, votaron en contra.

a la luz de normas jurídicas explícitas⁵¹. Como se expresó anteriormente, el hecho de que estas obligaciones no cuenten con los mecanismos de sanción apropiados, en nada afecta su vigencia ni la aplicación del principio de la buena fe.

4. LAS INICIATIVAS DE ACCIÓN UNILATERAL Y OTRAS PROPUESTAS

En forma paralela al desarrollo de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se han planteado diversas iniciativas destinadas a permitir la explotación de los fondos marinos dentro de un marco de acción unilateral. La mayoría de ellas encuentran su origen en los Estados Unidos, pero tampoco son desconocidas en otras naciones industrializadas. Estas iniciativas pueden agruparse en tres categorías: (i) Solicitud de protección diplomática y de inversiones; (ii) Proyectos de ley nacional; y (iii) Negociación de un "mini-tratado".

(i) *Solicitud de protección diplomática y de inversiones*

En 1974 la empresa Deepsea Ventures presentó al Departamento de Estado de los Estados Unidos una notificación de descubrimiento y reclamo de derechos mineros exclusivos, a la vez que solicitaba el otorgamiento de protección diplomática y de protección para sus inversiones⁵². Ella se fundamentaba en tres órdenes de argumentos: la práctica de los Estados en materia de aprovechamiento de la plataforma continental, que permitiría aplicar igual criterio a los fondos marinos; la Convención sobre la alta mar de 1958, entre cuyas libertades estaría la de explotar los fondos marinos; y la ausencia de una norma prohibitoria en el derecho internacional. Ninguno de estos argumentos resultaba particularmente convincente⁵³, pero, sobre todo, ese planteamiento desconocía por completo todo lo obrado hasta entonces por Naciones Unidas, con lo cual resultaba enteramente incompatible con el marco jurídico a que se ha hecho referencia en las secciones anteriores. Además, suponía el ejercicio por los Estados Unidos de acciones legales destinadas a

⁵¹Véase en este sentido las declaraciones formuladas por Brasil. Comisión de los Fondos Marinos A/AC.138/sc.I/sr. 30. 9 de marzo de 1970. p. 3 y A/AC.138/sc.I/sr.30, 9 de marzo de 1970. p. 98. Véase también el Proyecto de Resolución presentado por trece países en 1972, reafirmando la declaración de moratoria *Informe de la Comisión de los Fondos Marinos*, A/8721. 1972. p. 75. La Tercera Conferencia de UNCTAD aprobó también la Resolución 52 (III), reafirmando la moratoria.

⁵²Para el texto de esta presentación, *International Legal Materials*, Vol. xiv, January 1975. pp. 51-65.

⁵³Para un análisis crítico, véase Gonzalo Biggs: "Deepsea's Adventures: Grotius Revisited". *International Lawyer*, Vol. 9, Nº 2, pp. 271 et. seq.

producir su efecto en un área situada fuera de la jurisdicción nacional de ese país.

Interesa observar que la declaración formulada por el Departamento de Estado⁵⁴, sobre este particular, reconocía dos principios de importancia. El primero es que el medio apropiado para el desarrollo del Derecho del Mar es la Conferencia de Naciones Unidas y no las reclamaciones unilaterales. El segundo es que no podía reconocer derechos sobre recursos minerales en los fondos marinos fuera de la jurisdicción nacional. Agregaba, sin embargo, que la libertad de la alta mar permitía la minería de los fondos marinos.

Desde el punto de vista del derecho internacional se observa aquí una cierta contradicción. Por una parte, se reconoce la existencia de una zona de los fondos marinos situados fuera de los límites de la jurisdicción nacional, que es el principal fruto de la labor de Naciones Unidas y en particular de la Declaración de Principios, lo que involucra el reconocimiento de que dichos instrumentos constituyen normas de derecho aplicables. Pero, por otra parte, al señalarse que la libertad de la alta mar permite las operaciones mineras, se desconoce que esos mismos instrumentos han establecido también normas regulatorias, entre ellas la moratoria.

En todo caso, la iniciativa que se comenta fracasó en sus pretensiones. Además, ella fue rechazada de plano por el gobierno del Canadá⁵⁵.

(ii) *Proyectos de ley nacional*

El tipo de iniciativa más frecuente hasta ahora ha consistido en proyectos de legislación unilateral presentados en el Congreso de los Estados Unidos, pero que también se consideran en otros países con más cautela. Numerosos han sido los proyectos en este sentido, involucrando una variedad de comisiones y subcomisiones del Congreso⁵⁶. No obstante la complejidad de estos proyectos y las dife-

⁵⁴Texto en *International Legal Materials*, cit. p. 66.

⁵⁵Ibid. pp. 67-68.

⁵⁶Véase, entre otros, los siguientes proyectos: *Proyecto S. 2801*. Congreso 91, primera sesión, 1971. Para un examen de los antecedentes, John G. Laylin: "The Legal Regime of the Deep Seabed Pending Multinational Agreement", *Virginia Journal of International Law*. Vol. 13, No. 3, Spring 1973, pp. 319-330. Para un proyecto modelo de legislación en este sentido, Haight, Laylin y Young: "Prototype of suggested domestic legislation to promote the conservation and orderly development of the hard mineral resources of the deep seabed pending adoption of an international regime therefor". 1971. En Oda, op. cit. Nota 53 supra, pp. 299 et seq. *Proyecto H. R. 13904*. Congreso 92, segunda sesión, 1972. *Proyecto H. R. 9*. Congreso 93, primera sesión, 1973. *Proyecto S. 1134*. Congreso 93, primera sesión, 1973. *Proyecto S. 713*. Congreso 94, segunda sesión, 1975. *Proyecto H. R. 3350*. Congreso 95, primera sesión, 1977. *Proyecto S. 2053*. Congreso 95, segunda sesión, 1977.

rencias que tienen entre sí, pueden destacarse algunas características comunes.

Todos ellos parten de la base de que los Estados Unidos tienen, en aplicación del referido principio de la libertad de los mares, el derecho a proceder a la explotación de los fondos marinos aún en ausencia de un régimen internacionalmente convenido. Desde el punto de vista del derecho internacional, ello revela nuevamente una tendencia a prescindir de la labor de desarrollo progresivo realizada por Naciones Unidas, que inclusive ha contado con el apoyo de los Estados Unidos en cuanto se refleja en la Declaración de Principios. En este sentido surge nuevamente una contradicción, pues mientras el Congreso tiende a concebir una libertad de los mares en un enfoque más bien clásico, el Ejecutivo de ese país reconoce el concepto del patrimonio común de la humanidad y su contenido mediante su acción en Naciones Unidas.

Una segunda característica común de los proyectos es que establecen, unilateralmente, un régimen regulatorio de esas actividades de explotación. Los detalles relativos a licencias, protección y otros varían en cada caso, pero el sólo hecho de establecer un régimen regulatorio ya suscita algunas interrogantes. En primer lugar, significa admitir implícitamente que el referido principio no conlleva una libertad irrestricta de explotación pues ella haría innecesario un régimen regulatorio. En este sentido, se estaría reconociendo al menos la primera fase de evolución del derecho del mar, en que la libertad irrestricta fue subordinada a otros criterios como el de la conservación. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, supone establecer una autoridad regulatoria que otorgará las autorizaciones y supervisará el cumplimiento de las obligaciones. Aún cuando ella sea concebida como una autoridad nacional, desde el punto de vista del principio aludido significa una restricción, con lo cual nuevamente se admite que tal libertad no es tan absoluta como se sostiene.

La tercera característica común de los proyectos es que contemplan la idea de un "Estado reciprocante", que en general serían aquellos que establecen regímenes similares y permitan un reconocimiento mutuo de licencias. Aparte de las conveniencias estratégicas que este mecanismo procura, que permitiría tejer una red de reconocimientos bilaterales, en alguna medida él supone también

Para algunos antecedentes legislativos y de información parlamentaria, véase: *The United Nations and the issue of deep ocean resources*, U. S. Government Printing Office, 1967. *Exploiting the resources of the seabed*, Ibid, 1971. *Law of the sea and peaceful uses of the seabeds*, Ibid, 1972. *Mineral Resources of the deep seabed*, Ibid, 1974. *Deep seabed minerals: resources, diplomacy and strategic interest*, Ibid, 1978.

admitir que esa libertad se encuentra subordinada al igual derecho de los demás, con lo cual nuevamente se llega a la conclusión de que no es tan absoluta y reconoce otro paso en la evolución del derecho del mar, aún cuando sea limitada y parcialmente.

Otra característica común que es de interés destacar es que los proyectos prevén la posibilidad de que entre en vigor una convención internacional sobre la materia, estableciendo algunas normas de transición para este efecto. En algunos casos se ha propuesto un fondo de asistencia para los países en desarrollo. Si bien nada de ello subsana los vicios de incompatibilidad con la labor de Naciones Unidas, revela que en cierto modo existe conciencia de que se está actuando al margen de la comunidad internacional y del concepto del patrimonio común, buscándose a través de estos mecanismos un cierto paliativo.

Este conjunto de observaciones permite llevar a la conclusión de que las iniciativas de legislación unilateral incurren todas en una situación de incompatibilidad con el derecho del mar existente en la materia⁵⁷. Si bien implícitamente se reconocen algunas fases de su evolución, no se llega a reconocer la última y más importante de todas, sintetizada en el concepto del patrimonio común de la humanidad establecido en la Declaración de Principios. Como se ha dicho anteriormente, este concepto otorga un nuevo contenido al principio de la libertad de los mares, subordinándolo al interés general de la comunidad internacional según sea definido por ella misma. Ello determina que cualquier legislación unilateral violatoria del derecho existente en la actualidad.

Si bien hasta la fecha estas iniciativas no han pasado de la etapa de proyectos, y por tanto no comprometen la responsabilidad internacional del Gobierno de los Estados Unidos, su discusión ha servido para observar la actitud de dos sectores importantes: el privado y el Ejecutivo. Es comprensible que el sector privado haya apoyado en todo momento estas iniciativas que favorecen generosamente sus intereses⁵⁸. Pero la posición del Ejecutivo es más delicada, por cuan-

⁵⁷Chile. Comisión de los Fondos Marinos. A/AC.138/SC.1/SR.49, 25 de julio de 1972.

⁵⁸Véase, entre otras, las siguientes declaraciones de representantes del sector privado: *Statement of Northcull Ely, Counsel Deep Sea Ventures Inc., before the Committee on Commerce, the Committee on Foreign Relations and the Committee on the Armed Services, U. S. Senate, on S. 713*, May 1976. *Testimony of Conrad G. Welling, Ocean Systems of Lockheed, before the Senate Committee on Commerce*, May 19, 1976. *Statement of J. E. Flipse, President Deep-sea Ventures Inc., before the Committee on Foreign Relations the Committee on the Armed Services and the Committee on Commerce, U. S. Senate*, May 19, 1976. *Statement of Marne A. Dubs, Director of Ocean Resources, Kennecott Copper Corp., on behalf of the American Mining Congress, on S. 713, before the same committees*, May 19, 1976. *Ibid en H. R. 3350, before the subcommittee on Oceanography, Committee on Merchant Marine and Fisheries, U. S.*

to ella se relaciona con el principio de la buena fe en el derecho internacional y particularmente en las negociaciones de la Tercera Conferencia.

Cuando se aprobó la Resolución sobre la moratoria, el entonces asesor jurídico del Departamento de Estado, John Stevenson, quien después presidiría la delegación de su país en la Conferencia, expresó que ella no era obligatoria para los Estados Unidos, pero agregó que "Sin embargo, los Estados Unidos deben considerar esta Resolución de buena fe en la determinación de sus políticas"⁵⁹. Es claro que la aprobación de cualquier legislación unilateral sería violatoria de la moratoria, a la luz de lo que se expresó en las secciones anteriores. Pero más grave aún es el hecho de que comprometería la buena fe de los Estados Unidos, no solamente en relación a la moratoria sino también en relación al proceso de Naciones Unidas en su conjunto, incluyendo la Declaración de Principios y los trabajos de la Conferencia.

Principalmente por esta razón, es que la posición oficial del Gobierno de los Estados Unidos fue hasta hace poco tiempo la de oponerse a las iniciativas de legislación unilateral, según fuera expresado por personeros del Departamento de Estado⁶⁰, los Presidentes de su delegación ante la Conferencia⁶¹, el Departamento del Interior⁶², de Comercio⁶³ y el Tesoro⁶⁴. Sin embargo, ya en 1977

House of Representatives. March 17, 1977. *Ibid*, June 1, 1978. Véase también Marne A. Dubs: *An industrialists reaction to the law of the Sea Conference*, Southern Center for International Studies, Atlanta, May 24, 1978.

⁵⁹International Legal Materials, Vol. ix. Nº 4, July 1970. p. 832. Citado en Biggs, loc. cit. Nota 53 supra. p. 275.

⁶⁰Véase, entre otras declaraciones, la Carta dirigida por el señor Charles N. Brower, Asesor Jurídico del Departamento de Estado, al Senador William Fulbright, Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado. 1º de marzo de 1973. La explicación de esta política también fue formulada ante la Comisión de los Fondos Marinos. A/ac.138/sc.1/sr. 64. 19 de marzo de 1973. p. 13. Véase también la Declaración ante la Comisión Senatorial del señor John N. Moore, Consejero de Derecho Internacional del Departamento de Estado. 14 de junio de 1973.

⁶¹*Statement by John R. Stevenson before the Senate Interior and Insular Affairs Committee*. June 4, 1975. *Statement of T. Vincent Learson before the Committees on Armed Services, Commerce and Foreign Relations, U. S. Senate*. May 17, 1976.

⁶²*Statement of Thomas S. Kleppe, Secretary of the Interior, before the Senate Armed Services, Commerce and Foreign Relations Committees*, May 17, 1976. *Statement of Leigh S. Ratiner, Administrator, Ocean Mining Administration before the House Interior and Insular Affairs Subcommittee on Mines and Mining*. May 18, 1976.

⁶³*Statement of Elliot L. Richardson, Secretary of Commerce, before the Senate Committees on Commerce and Foreign Relations*. May 17, 1976.

⁶⁴*Statement by J. Robert Vestine, Deputy Assistant Secretary of the Treasury before the Senate Committees on Armed Services, Commerce and Foreign*

comienza a observarse un cambio de posición. Primero se señalaría que el Ejecutivo no apoyaba la legislación "en este momento"⁶⁵, luego que la posición podría ser "revisada" a la luz de los trabajos de la Conferencia⁶⁶, y finalmente que el Ejecutivo "apoya fuertemente" la aprobación de dicha legislación⁶⁷.

Es posible que este cambio de actitud obedezca a una estrategia negociadora en la Conferencia. Pero aún así, él afecta seriamente la buena fe con que todo país debe proceder en las negociaciones. Resulta inexplicable que mientras un país ha aprobado la Declaración de Principios y trabaja en la Conferencia en la elaboración de un régimen internacional, simultáneamente apoya iniciativas que son directamente contradictorias con ese marco jurídico y con ese esfuerzo negociador. Hay, además, otro hecho que hace poner en duda el principio de la buena fe: dos recientes representantes de los Estados Unidos en la Primera Comisión de la Conferencia, al cambiar de funciones, han hecho público su pensamiento, que resulta favorecer soluciones alternativas al trabajo de Naciones Unidas en que participaban⁶⁸.

Todo lo anterior ha llevado a que la discusión sobre la legislación unilateral se plantea nuevamente en el seno de la Conferencia con la inevitable aspereza. El Presidente del Grupo de los 77 ha debido recordar la vigencia de la moratoria y de la Declaración de Principios⁶⁹. Por su parte, el Presidente de la Delegación de los Estados Unidos ha reiterado la opinión de su gobierno sobre la no obligatoriedad⁷⁰. Aún cuando este debate no ha agregado nuevos elementos de juicio, ha servido para evidenciar el problema jurí-

Relations. May 19, 1976. Sobre el compromiso de apoyar la negociación de un Tratado, véase también: "U. S. seeks framework for developing seabed resources", Treasury Papers, June 1976, pp. 8-9.

⁶⁵Testimony of Elliot L. Richardson, Ambassador at Large, before the House International Relations Committee, Subcommittee on International Organizations. May 17, 1977.

⁶⁶Testimony of Ambassador Richardson before the Committee on Commerce, Science and Transportation and the Committee on Energy and Natural Resources. October 4, 1977.

⁶⁷Testimony of Elliot L. Richardson before the Subcommittee on Arms Control, Oceans and International Environment of the Senate Committee on Foreign Relations. August 17, 1978.

⁶⁸Statement of Leigh S. Ratiner, Counsel to Kennecott Copper Corp., before the Subcommittee on Arms Control, Ocean and International Environment of the Senate Committee on Foreign Relations. June 16, 1978. Richard G. Dorman: "The Law of the Sea: Rethinking U. S. Interests". *Foreign Affairs*. January, 1978. pp. 378 et seq.

⁶⁹Declaración del Embajador Satya Nandan, de Fiji, Presidente del Grupo de los 77, A/CONF. 62/SR.109. 15 de septiembre de 1978.

⁷⁰Statement by Ambassador Elliot L. Richardson to the Plenary Meeting of the Conference. September 15, 1978.

dico de fondo. El embajador Richardson señalaba en su declaración citada que "Sólo es posible imponer limitaciones jurídicas a la acción nacional fuera de los límites de la jurisdicción de un Estado mediante su inclusión en normas de derecho internacional". Esto es precisamente lo que ha hecho Naciones Unidas a través de su labor de desarrollo progresivo del derecho internacional, inclusive mediante el apoyo de los propios Estados Unidos.

(iii) *Negociación de un mini-tratado*

Hay todavía un tercer enfoque que se ha sugerido, consistente en la negociación de un mini-tratado entre las naciones industrializadas interesadas en la explotación⁷¹. En alguna medida esta iniciativa se asemeja al mecanismo de los "Estados reciprocantes" arriba referida, en cuanto llevaría a un régimen de reconocimientos mutuos, aún cuando basados en un tratado y no en legislaciones unilaterales simultáneas.

No obstante tratarse de una técnica diferente, en lo jurídico encuentra la misma incompatibilidad de la legislación unilateral con el marco del derecho existente, según fuera anteriormente analizado. Más todavía, podría comprometer la buena fe y la responsabilidad de un conjunto de naciones, lo que sólo vendría a acentuar los problemas señalados.

5. LA LEGISLACION UNILATERAL EN MATERIA DE ZONA ECONOMICA EXCLUSIVA

Con frecuencia se invoca el argumento de por qué la legislación unilateral respecto de los fondos marinos habría de ser incompatible con el derecho existente y los trabajos de la Conferencia, en circunstancias que la abundante legislación en materia de Zona Económica Exclusiva no lo ha sido. Excepto en cuanto a una coincidencia de técnica legislativa, no hay ningún otro punto en común entre ambas situaciones.

Desde que Chile proclamara su zona de 200 millas en 1947, el propósito esencial de todas las legislaciones dictadas en esta materia ha sido el de impedir que el uso abusivo de la libertad clásica de la alta mar se tradujera en la depredación de las riquezas marítimas⁷². En cambio, la legislación respecto de los fondos marinos procura precisamente ampararse y llevar a la práctica esa libertad

⁷¹Véase Richard G. Darman, loc. cit. Nota 68 supra. También se ha sugerido que sería ventajoso que la Conferencia terminara en un "No Tratado". Véase al respecto, Ann L. Hollick: "What to expect from a Sea Treaty". *Foreign Policy*, N° 18. Spring 1975. pp. 68 et seq.

⁷²Véase en general, Francisco Orrego Vicuña, op. cit., Nota 32 supra.

irrestringida de la formulación clásica, aún cuando parcialmente se recojan algunas preocupaciones ambientales y de conservación.

Por otra parte, los trabajos de Naciones Unidas en materia de Zona Económica han evidenciado un cierto consenso fundamental, a diferencia de lo que ocurre en la discusión sobre los fondos marinos. De esta manera, las legislaciones nacionales, además de haber inferido en la formación del consenso, son en general coincidentes con la sustancia del régimen en elaboración por la Conferencia, nada de lo cual ocurre con el caso de los fondos marinos. Por ello es que puede sostenerse hoy día que la Zona Económica Exclusiva, al menos en lo que concierne a la pesca, ha pasado a formar parte de la costumbre internacional⁷³, lo que difícilmente podría sostenerse en lo que respecta a los fondos marinos.

Finalmente, debe tenerse presente que el concepto del patrimonio común de la humanidad constituye un desarrollo especial del derecho del mar aplicable exclusivamente a los fondos marinos, que es lo que hace que cualquier tipo de legislación unilateral que procure establecer un régimen regulatorio sea incompatible con el derecho existente. Por definición se trata de un espacio situado fuera de la jurisdicción nacional, lo que también hace difícil toda comparación con otra materia que, como la Zona Económica, es por definición un espacio bajo jurisdicción nacional. Quizás el día de mañana estas relaciones puedan cambiar y el concepto del patrimonio común se extienda también hacia los recursos vivos del mar, en lo que también ha habido iniciativas⁷⁴. Pero ese no es el caso hoy día y ciertamente el sentido del cambio no será en favor de legislaciones unilaterales, sino en favor del establecimiento de regímenes internacionales.

6. CONCLUSION

Toda vez que se registran cambios fundamentales en el derecho se suscitan inevitablemente discusiones como la examinada, produciéndose una pugna entre las tendencias innovadoras y aquellas que procuran la preservación de un determinado statu-quo. Por ello es que el problema debe apreciarse en la perspectiva de su evolución histórica, la cual revela en este caso una innovación profunda

⁷³Para un análisis de la legislación en materia de Zona Económica, Hugo Caminos: "El régimen de pesca y conservación de los recursos vivos en la Zona Económica Exclusiva: implicaciones jurídicas y económicas". En *Economía de los Océanos*. Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas e Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1978. Vol 1, pp. 97 et seq.

⁷⁴Véase Francisco Orrego Vicuña. op. cit. Nota 32 supra, especialmente pp. 238-241.

que viene registrándose desde hace mucho tiempo y que en cierto modo Naciones Unidas se ha limitado a concretar mediante un perfeccionamiento de los conceptos involucrados. En este sentido, la legislación unilateral no pareciera tener la oportunidad de revertir un proceso de esta naturaleza.

Por otra parte, si el objetivo central es la elaboración de un marco jurídico estable que permita la explotación ordenada de los recursos minerales de los fondos marinos, en que todos tengan una legítima oportunidad, la única alternativa viable es la de un régimen internacionalmente convenido. Desde este punto de vista, una legislación unilateral quizás daría una satisfacción transitoria a determinados intereses, pero sería incapaz de asegurar la necesaria estabilidad, lo que terminaría afectando el ambiente necesario para las inversiones de capitales y el financiamiento requerido⁷⁵.

⁷⁵Argumentando sobre la necesidad de alcanzar un compromiso satisfactorio en la Conferencia, el autor concluye que: "Si no se llega a efectuar este cambio, la Conferencia se verá condenada al fracaso y resultará en acciones unilaterales desestabilizadoras e ilegítimas, que serán perjudiciales para todos en el largo plazo". Jonathan J. Charney: "Law of the Sea: breaking the deadlock". *Foreign Affairs*, April 1977. pp. 598 et seq.