



LA EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE RIGEN LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS ECONÓMICOS DE LOS FONDOS MARINOS Y DEL ALTA MAR: RETORNO A LA SOBERANÍA

Ignacio FORCADA BARONA

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA REORDENACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RECURSOS ECONÓMICOS CONTENIDOS EN LA ZONA DE LOS FONDOS MARINOS Y OCEÁNICOS DEL ALTA MAR: NACIMIENTO, EVOLUCIÓN Y MUERTE DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD
 1. *El contexto económico y político en el que hace su aparición el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad aplicado a los Fondos Marinos y Oceánicos del alta mar.*
 2. *La evolución del concepto de Patrimonio Común de la Humanidad aplicado a los Fondos Marinos y Oceánicos del alta mar:*
 - 1) Primera etapa: 1967-1974.
 - 2) Segunda etapa: el régimen de la ZFMO previsto en la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del mar.
 - 3) Tercera etapa: la revisión de la Parte XI de la CNUDM.
- III. LA REORDENACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS RECURSOS PESQUEROS TRANSZONALES Y ALTAMENTE MIGRATORIOS: ¿NACIMIENTO, EVOLUCIÓN Y MUERTE DE LA LIBERTAD DE PESCA EN ALTA MAR?
 1. *Los factores explicativos de la presión a la que está sometida la libertad de pesca en alta mar.*
 2. *La explotación económica de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios en la CNUDM: indeterminación del Derecho internacional y retórica argumental de las partes en conflicto:*
 - 1) Los argumentos de los Estados ribereños.
 - 2) Los argumentos de los países de pesca de altura.
 - 3) La solución alcanzada: el Acuerdo de 4 de agosto 1995.
- IV. CONCLUSIÓN GENERAL: HACIA UNA RECONSIDERACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ESPACIOS COMUNES DEL PLANETA.

I. INTRODUCCIÓN

Con apenas doce meses de diferencia, la Comunidad Internacional ha abordado la ordenación –o, mejor dicho, la re-ordenación– de importantes aspectos relativos a la gestión y explotación de los recursos económicos del alta mar. La adopción, el 28 de julio de 1994 y el 3 de agosto de 1995, respectivamente, de la Resolución y Acuerdo relativos a la aplicación de la Parte XI de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982¹, y del Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de esa misma Convención relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios² ha servido pues, no sólo para despejar el camino de la tan deseada participación universal en el Convenio de Jamaica del 82 (en adelante, CNUDM)³, sino también, y principalmente, para llevar a cabo una interesantísima redistribución de competencias en relación a la gestión de lo que la doctrina anglosajona denomina "*international commons*" o "*global commons*"⁴.

1. *Vid.* texto en *ILM* (1994), nº. 33, p. 1309. Texto en español en BOE de 13 de febrero de 1997, pp. 4831 y ss. y en FERNÁNDEZ TOMÁS, A. (1997): *Derecho internacional público. Casos y materiales*, 4ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanc, pp. 495 y ss. y 512 y ss. El texto fue adoptado por 121 votos a favor, ninguno en contra y siete abstenciones. *Vid.* ANDERSON, D.H. (1996): "Resolution and Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the UN Convention on the Law of the Sea: A General Assessment", *ZaöRV*, nº 56/3, p. 277.

2. Doc. A/CONF.164/33 de 3 de agosto de 1995.

3. Conseguir una participación universal en la CNUDM fue el propósito declarado de las consultas iniciadas por el entonces Secretario General de Naciones Unidas Pérez de Cuellar con objeto de reformar la Convención y es también, para la gran mayoría de autores que han estudiado la cuestión, uno de los principales criterios a tener en cuenta para valorar positivamente la reforma. *Vid.*, al respecto, los artículos contenidos en NORDQUIST, M. H. y MOORE, J. N. (1995): *Entry into Force of the Law of the Sea Convention*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, AL-NAUIMI, N. y MEËSE, R. (1995): *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, y en el nº 56/3 del *ZaöRV*.

4. En realidad, el concepto de "*commons*" en el Derecho internacional, que es utilizado con cierta laxitud semántica por los distintos autores, hace referencia básicamente a tres tipos de recursos "comunes". En *primer lugar*, tendríamos los verdaderos recursos comunes, como la atmósfera o el clima, que no están contenidos dentro de las fronteras de ningún Estado y sobre los que es imposible ejercer derechos de soberanía. En la actualidad, la gestión de estos recursos está sujeta a un régimen de cooperación interestatal por medio de tratados internacionales cuya efectividad es todavía incierta. En *segundo lugar*, estarían aquellos recursos que, contenidos dentro de los límites territoriales de un Estado, y estan-



En realidad, el interés que para el internacionalista presentan estos textos es doble. Por una parte, su contenido substantivo específico, esto es, las soluciones concretas que se han dado a los problemas reales que habían planteados. Por otra parte, los aspectos que podrían denominarse, laxamente, adjetivos o contextuales, esto es, no ya los detalles técnico-jurídicos⁵, sino el proceso mismo de adopción, con sus condicionantes económicos y políticos, tal y como se reflejan en la retórica argumental utilizada por los diferentes Estados cuyos intereses entraban en conflicto. Este último aspecto, como veremos más adelante, pone de manifiesto interesantes cuestiones

do sujetos por tanto a su soberanía, influyen sin embargo en el medioambiente global del planeta y, en consecuencia, su gestión y conservación presentan interés para todos los Estados. Dentro de esta categoría se podrían incluir las selvas tropicales o especies de animales cuya desaparición provocaría una disminución de la biodiversidad en la Tierra. En la actualidad, y dejando de lado los tímidos avances contenidos en la Convención sobre Biodiversidad adoptada en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, se puede decir que este tipo de recursos, por la fuerza atractiva que representa el principio de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, están sujetos a un régimen de *res privatum*, esto es, su gestión y explotación está en manos de los Estados en cuyo territorio se encuentran, excepción hecha de las limitaciones a las que libremente consientan. En *tercer lugar*, tendríamos aquellos recursos que no pertenecen a ningún Estado en particular y sobre los que ningún Estado puede ejercer pretensiones de soberanía. En la actualidad, y para el Derecho internacional, se trataría de los Espacios Polares —con ciertas salvedades—, el Alta Mar y los Fondos Marinos y el Espacio Extratmosférico incluidos los cuerpos celestes. Es precisamente el régimen jurídico de uno de estos espacios —el alta mar—, que aquí, en España, se conocen como "espacios no sujetos a jurisdicción o soberanía nacional", el que va a centrar mi atención en las páginas que vienen a continuación. *Vid.*, sobre el concepto y contenido de "global commons", Editors of the Harvard Law Review (1992), *Trends in International Environmental Law*, American Bar Association. Section of International Law and Practice, pp. 60 y ss.; MEYERS, G. (1992): "Surveying the Lay of the Land, Air and Water: Features of Current International Environmental and Natural Resources Law, and Future Prospects for the Protection of Species Habitat to Preserve Global Biological Diversity", *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, vol. 3: 479, pp. 576 y ss.; WOLFRUM, R. (1990): "Purposes and Principles of International Environmental Law", *GYIL*, pp. 321 y ss.; SOOROS, M. S. (1988): "The International Commons: a Historical Perspective", *Environmental Review*, nº 12, pp. 18 y ss.; JANIS, M. (1988): *Introduction to International Law*, pp. 149 y ss.

5. Que han sido tratados ya en profundidad. *Vid.* al respecto, SOHN, L. (1994), "International Law Implications of the 1994 Agreement", *AJIL*, vol. 88, pp. 696 y ss.; TREVES, T. (1995): "The Agreement Completing the UN Law of the Sea Convention: Formal and Procedural Aspects", en NORDQUIST y MOORE (1995: 99 y ss.), *op. cit.* en nota 3; ANDERSON, D. H. (1996): "Resolution and Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the UN Convention on the Law of the Sea: A General Assessment", *ZaöRV*, vol. 56/3, pp. 154 y ss.

metodológicas que afectan a la forma de entender el Derecho internacional y al modelo conceptual o paradigma más apropiado para su estudio⁶. Veamos estas afirmaciones con algo más de detalle.

En lo que respecta a las cuestiones substantivas, la reordenación del régimen de la explotación económica de los Fondos Marinos y Oceánicos (ZFMO) y de la pesca en la zona de alta mar adyacente a la Zona Económica Exclusiva (ZEE) ha traído al primer plano de la actualidad internacional el

6. De acuerdo con la literatura actual sobre filosofía de la ciencia, parece claro que toda investigación que se denomine científica trabaja con arreglo a *modelos conceptuales o paradigmas*. El concepto de paradigma fue introducido por KUHN en 1962 en el ámbito de la teoría de la ciencia para clarificar la polémica sobre lo científico. En su opinión, los paradigmas eran explicaciones lo suficientemente amplias y sugerentes como para servir de modelo general y marco para la investigación durante todo el tiempo de su vigencia. Cuando las excepciones son más numerosas que los fenómenos explicados por el paradigma sobreviene una crisis en la que varias teorías entran en competencia hasta que una de ellas se impone y se convierte en el nuevo paradigma. Aunque el modelo de desarrollo científico en base a sustituciones progresivas de paradigmas haya sido criticado duramente (véase, por ejemplo, la crítica de FEYERABEND), utilizo la expresión "paradigma" indistintamente no tanto para referirme y asumir las teorías de KUHN, como para poner de relieve la intuición profunda a la que apuntan: que toda observación supone una interpretación de lo observado y está teñida de prejuicios teóricos. Así pues, un modelo conceptual o paradigma es pues un punto de vista o modo de ver, analizar e interpretar la realidad que tienen los miembros de una comunidad científica y sirve para poner de manifiesto los principales problemas sobre los que se ha de profundizar y condiciona, en consecuencia, los procedimientos de estudio que se sigan en la investigación. Son creencias y actitudes, una visión del mundo en definitiva, que determinan *cómo* investigar, *qué* investigar y *para qué* sirve la investigación. Vid. KUHN, T. S. (1962): *The Structure of Scientific Revolution*, Chicago, Chicago UP, (trad al castellano: *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1984); GAGE, N. (1978): *The Scientific Basis of the Art of Teaching*, New York, Teachers College Press, p. 55; PÉREZ SERRANO, G. (1994): *Investigación cualitativa. Retos e interrogantes*, 2 vol., vol. I: *Métodos*, Madrid, La Muralla, p. 17; y ESCOTADO, A. (1988): *Filosofía y metodología de las ciencias*, Madrid, UNED, pp. 459 y ss. Esta claro que la existencia del paradigma como categoría intelectual refleja un rechazo a cualquier pretensión de neutralidad u objetivismo en la investigación. Reconocer la existencia de modelos conceptuales significa en cierto sentido reconocer que toda epistemología es subjetiva. Con la expresión "epistemología subjetiva" me refiero a la imposibilidad de encontrar un procedimiento imparcial para la producción de conocimiento. En palabras de LAKATOS, uno de los críticos más iconoclastas del positivismo lógico, "No hay ni puede haber sensaciones no impregnadas de expectativas y por ello no hay demarcación natural (psicológica) entre las proposiciones observacionales y teóricas". Vid. LAKATOS, J. (1978): *Puebas y refutaciones*, Madrid, Alianza, citado en ESCOTADO (1988: 471), op. cit. en esta misma nota.



debate sobre el régimen jurídico concreto que se ha de aplicar a estos dos significativos recursos comunes del planeta. A este respecto, y como es bien sabido⁷, las principales opciones teóricas retomaban dos categorías del Derecho Romano: la de *res communis* y la de *res publica*. Mientras que tradicionalmente las reglas aplicables a los recursos pesqueros del alta mar parecían coincidir en gran medida con el contenido de la primera⁸, la regulación de la ZFMO, a través del concepto de Patrimonio Común de la Humanidad (PCH), parecía reflejar la aspiración de la Comunidad Internacional por dotar a este recurso de un régimen de gestión y explotación verdaderamente comunitario⁹.

Los cambios introducidos por los dos Convenios demuestran la fragilidad de ambas categorías cuando los intereses económicos en juego exceden de un umbral determinado. En el caso del alta mar, y bajo la retórica de la mejor protección y conservación de los recursos marinos, los Estados ribereños están consiguiendo que la Comunidad Internacional opte por que sean ellos quienes se encarguen de regular ese porcentaje de riqueza pesquera que todavía permanecía fuera de la ZEE. A la denominada "tragedy of the commons", esto es, al hecho de que "no one owns it and thus, no one feels responsible for taking care of it"¹⁰, se responde alineando su régimen jurídico en cierta medida con el de la zona de riqueza pesquera sometida a jurisdicción nacional, confiando pues en el Estado soberano como mejor garante del recurso común.

En el caso de la ZFMO, supuesto especialmente interesante por las estrechas conexiones existente entre el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad y el Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) que pretendió instaurarse en los años setenta, se eliminan los elementos intervencionistas,

7. Vid. al respecto, KISS, A.CH. (1982): "La notion de Patrimoine Commun de l'Humanité", *RCADI*, pp. 120 y ss.

8. La doctrina de la *res communis* asume que el recurso no pertenece a nadie en particular y que, por tanto, todos aquellos que dispongan de los medios para acceder a él pueden utilizarlo según sus intereses particulares. Vid. MEYERS (1992: 577), op. cit. en nota 4.

9. Bajo el régimen de *res publica* el recurso común pertenece a la comunidad y, por tanto, ésta se ve obligada a gestionar su uso. Esa gestión implica, además, derechos y responsabilidades similares a los que ejerce un Estado sobre su territorio soberano. Por tanto, la comunidad puede permitir el uso del recurso por un tercero o reservárselo para ella misma. Vid. SOOROS (1988: 19), op. cit. en nota 4.

10. Vid. HARDIN, G. (1968): "The Tragedy of the Commons", *Science*, nº 162, pp. 1243-44.



asociados con su régimen de *res publica*, y se apuesta decididamente por el mercado como mejor instrumento a la hora de fomentar la inversión, facilitar una producción eficaz, una distribución justa y una conservación racional del recurso. En ambos casos –alta mar y ZFMO–, y muy en consonancia con los tiempos que corren, se ha optado por confiar en una gestión privada del recurso antes que en una gestión pública.

Ello no obstante, y aquí entramos en el aspecto metodológico al que hacía referencia unas líneas más arriba, tanto en un supuesto como en otro los Estados participantes en el proceso han optado por mantener formalmente las categorías previamente existentes, es decir, la ZFMO sigue siendo nominalmente Patrimonio Común de la Humanidad y la libertad de pesca sigue siendo una de las tradicionales libertades del alta mar. En ese sentido, nada ha cambiado. Esa forma de abordar la reordenación de un sector determinado del Derecho internacional es especialmente relevante a la hora de decidir nuestra aproximación metodológica al mismo. ¿Por qué?

En lo que respecta a la regulación de la ZFMO, la utilización del concepto de PCH fue saludado en su momento como un elemento de progreso en la evolución del Derecho internacional¹¹. Para llegar a esa conclusión se utilizaba como criterio valorativo un par dialéctico ampliamente utilizado por los internacionalistas: la oposición entre soberanía estatal y cooperación internacional. El concepto de PCH, al suponer una apuesta decidida por la cooperación –y al ser juzgada ésta muy positivamente–, era pues un paso en la dirección correcta. Sin desautorizar en absoluto la utilización de esta categoría dialéctica como instrumento de comprensión de la realidad internacional, lo que intentaré demostrar en las páginas que vienen a continuación es el carácter incompleto de este tipo de análisis que limita su profundidad de campo al estricto Derecho internacional¹². Como prueba la evolución del concepto de PCH, la comprensión del papel que juega en la escena internacional exige analizar detenidamente los factores que han provocado lo que se podría denominar, por utilizar una imagen literaria, su nacimiento y muerte, y para ello se ha de acudir irremediabilmente a disciplinas distintas de la nuestra.

11. *Vid. infra* apartado IV.

12. Una descripción de los presupuestos teórico-metodológicos explícitos o implícitos bajo los que trabaja una gran parte de la doctrina iusinternacionalista contemporánea, y en particular la española, puede verse en PURVIS, N. (1991): "Critical Legal Studies in Public International Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 32; o en KORHONEN, O. (1996): "New International Law: Silence, Defence or Deliverance", *EJIL*, nº 7, pp. 1 y ss.



Por otro lado, el análisis de la argumentación discursiva utilizada por unos Estados y otros a la hora de proceder a la reordenación de algunos de los recursos pesqueros de la alta mar pone de manifiesto una característica del Derecho internacional, ampliamente resaltada por los autores pertenecientes al movimiento del *Critical Legal Studies*, y que tiene profundas repercusiones prácticas a la hora de elegir una opción metodológica para estudiarlo: su carácter básicamente indeterminado y, por tanto, susceptible de utilización como un arma más en el juego diplomático de poder entre unidades estatales. Como apunta el profesor KENNEDY con la sutil, y a veces oscura, ironía que le caracteriza:

"Rather than resolving substantive controversies, the discourse of substance, even in its most well articulated areas, moves fluidly away from controversy, projecting its resolution elsewhere or deferring its resolution as aspiration"¹³.

En resumen pues, aspectos substantivos y repercusiones metodológicas van a ser los dos ejes vertebradores de mi análisis. Ambos serán tratados indistintamente dentro del estudio separado de cada uno de los recursos económicos en cuestión: los contenidos en la ZFMO y los existentes en la zona de alta mar adyacente a la ZEE.

13. Vid. KENNEDY, D. (1987): *International Legal Structure*, Baden-Baden, Nomos, p. 196.



II. LA REORDENACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RECURSOS ECONÓMICOS CONTENIDOS EN LA ZONA DE LOS FONDOS MARINOS Y OCEÁNICOS DEL ALTA MAR: NACIMIENTO, EVOLUCIÓN Y MUERTE DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD

1. *El contexto económico y político en el que hace su aparición el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad aplicado a los Fondos Marinos y Oceánicos del alta mar*

Hace aproximadamente 100 años, una expedición comandada por el navío *Challenger* descubrió la presencia de piezas cuasi-esféricas del tamaño de una patata esparcidas sobre amplias zonas de los fondos marinos, sobre todo más allá de la plataforma continental en sentido geológico, a una profundidad aproximada de 3.500 metros. Aunque su composición variase de un sitio a otro, uno de esos nódulos polimetálicos típico, como posteriormente fueron denominados, estaba formado por minerales metálicos de alta graduación, en particular, manganeso (26%), hierro (7%), níquel (1.3%), cobre (1.1%) y cobalto (0.27%)¹⁴. Debido a los enormes problemas técnicos –insuperables para el grado de desarrollo de la época– que presentaba su recuperación, la explotación comercial de los nódulos polimetálicos fue descartada. Todavía en 1956, el informe final de la reunión de la *International Law Commission*, considerando que la cuestión carecía de importancia práctica, no contenía ninguna disposición específica relativa a la regulación de la exploración y explotación de los fondos marinos en las zonas más allá de la jurisdicción nacional. En su opinión pues, esas actividades parecían sujetas al principio general de libertad del alta mar¹⁵.

14. Vid. CHURCHILL, R. R. y LOWE, A.V. (1988): *The Law of the Sea*, 2ª ed., Manchester, Manchester University Press, p. 177. Una interesante descripción de los matices geológicos asociados a los fondos marinos y oceánicos puede encontrarse en O'CONNELL, D. P. (1982): *The International Law of the Sea*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, pp. 439 y ss.; McKELVEY, V. E. y WANG, F. (1969): "World Seabed Mineral Resources Underlying the High Seas", Department of Interior, U.S. Geological Survey; y KOERS, A. W. y OXMAN, B. H. (1984): *The 1982 Law of the Sea Convention. Proceedings of the Law of the Sea Institute, 17th Annual Conference, July 13-16 1983, Honolulu, The Law of the Sea Institute*, pp. 428 y ss.

15. Vid. CHURCHILL y LOWE (1988: 178-179), op. cit. en nota anterior.



A finales de los años sesenta, sin embargo, el desarrollo de la técnica empezó a hacer teóricamente posible la explotación comercial de unos recursos que, de acuerdo con algunas estimaciones optimistas y teniendo en cuenta los niveles de consumo de esos años, podrían satisfacer algunas de las necesidades de metales estratégicos de la Humanidad durante 400.000 años¹⁶. Aunque estimaciones posteriores hayan reducido drásticamente esas perspectivas¹⁷, se había despertado ya, en el imaginario de la clase política, la posibilidad de un nuevo El Dorado vinculado a lo que el Profesor DUPUY ha calificado gráficamente de "el tesoro de los abismos"¹⁸.

Ahora bien, el acceso a esas hipotéticas riquezas no estaba al alcance de todos. Aunque la industria extractiva minera previese para los años noventa (previsión que luego se ha demostrado incorrecta) la escasez de cobre, níquel y manganeso, las cantidades necesarias para la explotación comercial de los nódulos polimetálicos de los fondos marinos eran astronómicas: se calculaba que un sistema completo de extracción del mineral que cubriera todas las fases de explotación podría ascender a los 1.500 millones de dólares¹⁹. Aquí es donde empezaban los problemas.

En efecto, era obvio que con esos costes únicamente los países desarrollados podrían emprender la explotación de dichos recursos. Los países en desarrollo quedaban una vez más fuera de juego. Por si fuera poco, algunos de los principales productores terrestres de esos minerales eran países en desarrollo²⁰ y, en consecuencia, se iban a ver tremendamente perjudicados por

16. Ese sería el caso del manganeso, por ejemplo. Para el hierro sería de 150.000 años y seis mil para el cobre. *Vid.* MERO, J. L. (1971): "Oceanic mineral resources and current developments in ocean mining", *Colloque international sur l'exploitation des océans*, Bordeaux, thème IV, t. 1, p. 33, cit. en DUPUY, R. J. (1979): *L'océan partagé. Analyse d'une négociation. (Troisième Conférence des Nations Unies sur le Droit de la mer*, Paris, Pedone, p. 138.

17. Se estima que los depósitos de nódulos polimetálicos son del orden de varios miles de millones de toneladas, pero debido al bajo contenido metálico de muchos de ellos, su explotación comercial no es viable. *Vid.* CHURCHILL y LOWE (1988: 177), op. cit. en nota 14.

18. *Vid.* DUPUY (1979: 177), op. cit. en nota 16.

19. *Vid.* "Economic Implications of Sea-Bed Mineral Development in the International Area: Report of the Secretary-General", Doc. A/CONF.62/25 de 22 de mayo de 1974, pp. 12 y ss.

20. Zaire, por ejemplo, produce aproximadamente el 42% del total de cobalto mundial y Gabón obtiene el 20% de sus ingresos por exportaciones del manganeso.



la competencia que podría derivarse de la explotación minera del fondo del mar. ¿Como podía solucionarse esta disparidad de intereses?

Hipóticamente tres soluciones diferentes eran posibles. En primer lugar, y en consonancia con las tendencias predominantes en relación a la fijación del límite exterior de la plataforma continental en esos años (básicamente el criterio de explotabilidad contenido en el artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1958), podía defenderse la extensión de ese límite hacia aguas más profundas de forma que todo el fondo del mar se dividiera entre los Estados ribereños²¹. Con otras palabras, sería algo parecido a "parcelar" los fondos marinos atribuyendo se propiedad a los diferentes Estados²². Esa posibilidad favorecía claramente a los Estados desarrollados. En segundo lugar, podía mantenerse que, al estar situados esos fondos marinos en el alta mar, su exploración y explotación debía estar sujeta al mismo régimen que las aguas suprayacentes: el de libertad. De esta forma, los recursos del fondo del mar pertenecerían a aquellos Estados con medios para explotarlos²³. Esta posibilidad obviamente seguía favoreciendo a los países desarrollados y, de hecho, ha sido la postura oficial de éstos hasta la reforma de la Parte XI del CNUDM²⁴. En tercer lugar, también era posible establecer un régimen especial para la zona de los fondos marinos que tuviera en cuenta los intereses de los países en desarrollo a través de la creación de algún tipo de institución internacional.

21. Vid. DE MARFFY, A. (1980): *Le Genèse du nouveau droit de la mer. Le Comité des fonds marins*, París, Pedone, p. 14.

22. De hecho, existe un mapa elaborado por el Departamento de Estado americano en el que se dibujan los fondos marinos tal y como resultarían de la aplicación de esa posibilidad. Vid. CHURCHILL y LOWE (1988: 179), op. cit. en nota 14.

23. Según una variante de esta segunda posibilidad defendida por algunos autores, los Estados que explotaran una parte de los fondos marinos adquirirían un título sobre dicha parte, es decir, se convertirían en propietarios de esa "parcela, y no únicamente de los recursos que obtuvieran. Una vez más los países desarrollados salían ganando. Vid. CHRISTY, F. T. (1968): "Alternative Regimes for Marine Resources Underlying the High Seas", *Natural Resources Lawyer*, vol. 1, nº 2, pp. 63 y ss.

24. El preámbulo de la "Deep Seabed Hard Mineral Resources Act" americana de 1980, 30 U.S.C., pp. 1401 y ss., establece en su apartado 12 lo siguiente: "it is the legal opinion of the United States that exploration and commercial recovery of hard mineral resources of the deep seabed are freedoms of the high seas...". Este texto es el que ha dado cobertura legal a las licencias expedidas por norteamérica a los consorcios de esa nacionalidad que han llevado a cabo actividades prospectivas.



Es en este contexto donde interviene el tan citado discurso del Embajador maltés Arvid Pardo ante la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de septiembre de 1967. Previamente, el 17 de agosto, la Misión de Malta ante la organización había propuesto la inclusión en la agenda de la siguiente sesión de la Asamblea General un punto titulado "Declaration and Treaty Concerning the Reservation Exclusively for Peaceful Purposes of the Sea-Bed and the Ocean Floor, Underlying the Seas Beyond the limits of Present National Jurisdiction, and the Use of their Resources in the Interest of Mankind". El memorándum adjunto a esta propuesta, coincidente básicamente con el discurso de Pardo²⁵, mostraba preocupación por que el desarrollo de la tecnología marina en los países desarrollados condujera a reivindicaciones nacionales sobre los fondos marinos, su apropiación por unos pocos y a su uso para objetivos militares. Para evitarlo, el memorándum establecía que los fondos marinos y oceánicos debían ser declarados "Patrimonio Común de la Humanidad" de forma que, a través de un tratado internacional, se estableciese que la zona no era susceptible de apropiación nacional, fuese reservada para usos pacíficos, y usada y explotada en interés de la Humanidad. Además, los beneficios obtenidos de su explotación deberían ser utilizados para el desarrollo de los países pobres, sugiriéndose en consecuencia la creación de una agencia internacional con jurisdicción sobre los fondos²⁶.

Para poder entender plenamente la propuesta maltesa es fundamental, sin embargo, referirse al contexto político de ese período. No hay que olvidar que el final de los años sesenta y principio de los setenta es la época previa al lanzamiento del NOEI por parte de Naciones Unidas²⁷. El concepto de PCH contenido en el memorándum maltés ha de ser pues incluido dentro de una estrategia global mucho más amplia que tenía como objetivo fundamental sacar del subdesarrollo a los países que habían accedido recientemente a la independencia²⁸.

25. Una descripción detallada de ese discurso puede encontrarse en MARFFY (1980: 13 y-ss.), op. cit. en nota 21.

26. Vid. texto en CLINGAN, Th. (1994): *The Law of the Sea: Ocean law and Policy*, San Francisco/Londres. Austin & Winfield, p. 274.

27. Época de auge de la UNCTAD que fue su plataforma de lanzamiento. Véase al respecto FERNÁNDEZ TOMÁS, A. (1987): *Las estructuras de cooperación para el desarrollo en Naciones Unidas*, Valencia, UNED Alcira/Diputación Valencia, pp. 23 y ss.

28. Vid. al respecto DUPUY (1979: 151 y ss.), op. cit. en nota 16.



En efecto, el NOEI giraba en torno a dos grandes reivindicaciones de los países en desarrollo: alcanzar una verdadera igualdad soberana a través de una mayor independencia frente a los Estados desarrollados y, para ello, reivindicar un tratamiento preferencial como expresión de una mayor actitud solidaria de la Comunidad Internacional. En ese sentido, los países en desarrollo consideraban que las reglas del mercado debían ser corregidas con medidas compensadoras que redujeran su rigor y dureza de forma que, a través de la instauración de mecanismos institucionales, se asegurara su participación en una toma equitativa de decisiones económicas a nivel internacional²⁹. Esa reivindicación, que en un primer momento afectaba sobre todo a las relaciones comerciales, se extendió enseguida, vía PCH, a la gestión de los recursos naturales comunes de la Humanidad.

En las páginas que siguen voy a tratar pues la acogida que la propuesta maltesa tuvo entre los países desarrollados y la evolución que ha experimentado el contenido del concepto de PCH durante estos últimos 30 años. Como he querido subrayar con lo dicho en las líneas precedentes esa evolución es, al mismo tiempo, la evolución del NOEI como aspiración de los países pobres a un reparto de las riquezas del planeta de acuerdo con criterios diferentes a los existentes. En ese sentido, el concepto de PCH es, o era, al mismo tiempo, un elemento indispensable del NOEI y un símbolo de su realización.

2. *La evolución del concepto de Patrimonio Común de la Humanidad aplicado a los Fondos Marinos y Oceánicos del alta mar*

Aunque el concepto de PCH utilizado por la delegación maltesa no era en absoluto innovador³⁰, su propuesta llegó en el momento propicio para

29. Sobre este aspecto en particular, *Vid.* PIGRAU Y SOLE, A. (1990): *Subdesarrollo y adopción de decisiones en la economía mundial*, Tecnos, Madrid.

30. Empezando por las obras del Profesor chileno A. BELLO (1832) o de los profesores franceses DE LA PRADELLE (1898) o SCELLE (1955) y pasando por el régimen del espacio extraatmosférico y los cuerpos celestes, la idea de un patrimonio común de la humanidad, recibiera o no esta denominación exacta, lleva presente casi un siglo en el Derecho internacional. El mismo Presidente americano L. B. JOHNSON se refería a ella al declarar, en la ceremonia de despedida del buque oceanográfico "The Oceanographer", que "Under no circumstances... must we ever allow the prospects of rich harvest and mineral wealth to create a new form of

poner en marcha un proceso de negociación –que ha llegado hasta nuestros días– entre países en desarrollo y desarrollados que dotara al concepto de un contenido tangible. De la descripción de las diversas etapas por la que ese proceso ha pasado, resulta obvio que su desarrollo ha estado determinado básicamente por condicionantes relativos a las posibilidades reales de explotación económica de la ZFMO y al nivel real de poder negociador de los países en desarrollo con respecto a los desarrollados. Veamos pues cuales son las principales etapas en la evolución del concepto de PCH. Teniendo en cuenta el profuso tratamiento doctrinal de la cuestión me limitaré pues a los aspectos más relevantes que puedan servir para ilustrar mis tesis³¹.

colonial competition among maritime nations. We must be careful to avoid a race to grab and to hold the lands under the high seas. We must ensure that the deep seas and the ocean bottoms are, and remain, the legacy of all human beings". *Vid.* CLINGAN (1994: 273), op. cit. en nota 26. Sobre los precedentes, *Vid.* ORREGO VICUÑA, F. (1976): *Los fondos marinos y oceánicos: jurisdicción nacional y régimen internacional*, Santiago de Chile, Ed. A. Bello; LUCCHINI, L. y VOELKEL, M. (1990): *Droit de la Mer*, T. 1: *La mer et son droit. Les espaces maritimes*, París, Pedone, p. 296; SCHMIDT, M. G. (1990): *Common Heritage or Common Burden*, Ginebra, UN Office, pp. 23 y ss.

31. El concepto de Patrimonio Común de la Humanidad en general y su aplicación concreta a los Fondos Marinos y Oceánicos recibió durante los años setenta y parte de los ochenta muchísima atención doctrinal debido a su aspecto innovador y a que supuestamente representaba un gran momento en el desarrollo de un Derecho internacional de cooperación con tintes sociales. Además de las obras hasta aquí citadas, una bibliografía bastante exhaustiva sobre el PCH aplicado a la ZFMO puede encontrarse en BRICEÑO BERRU, J. E. (1986): *Régimen jurídico de los Fondos Marinos internacionales*, Barcelona, LB; DE ALBIOL BIOSCA, G. (1984): *El régimen jurídico de los Fondos Marinos internacionales*, Madrid, Tecnos; y en GLASSNER, M. y PAPADAKIS, N.: *International Law of the Sea and Marine Affairs: a Bibliography*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, pp. 311 y ss. Asimismo, y sin ningún ánimo de exhaustividad, pueden consultarse TREVES, T. (ed.) (1982): *Lo Sfruttamento dei Fondi Marini internazionali*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore; GOLDIE, L. F. E. (1983): "A Note on Some Diverse Meanings of the Common Heritage of Mankind", *Syracuse Journal of International Law*, n° 1, pp. 69 y ss.; GLASSNER, M. y PAPADAKIS, N. (eds.): *International Law of the Sea and Marine Affairs: a bibliography*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, pp. 310 y ss.; WOLFRUM, R. (1983): "The Principle of Common Heritage of Mankind", *ZaöRV*, 43, pp. 312 y ss.; GOLDWIN, R.A. (1985): "Le droit de la mer: sens commun contre patrimoine commun", *RGDIP*, n° 3, pp. 719 y ss.; KOUASSI, K. (1985): "Le concept de patrimoine commun de l'humanité et l'évolution du droit international public", *RJPIC*, n° 3-4, pp. 949 y ss.; HERRERA CÁCERES, H. R. (1982): "La sauvegarde du patrimoine commun de l'humanité", *Colloque de 1981 de l'Académie de droit international de La Haye*, La Haya, Martin Nijhoff; ADEDE, A.O. (1975): "The System of Exploitation of the Common Heritage of Mankind at the Caracas Conference", *AJIL*, vol. 69, pp. 31 y ss.; PASTOR RIDRUEJO, J. A. (1974): "Régimen

1) *Primera etapa: 1967-1974*

Esta primera etapa, que va desde la proposición maltesa a la apertura formal de la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, y que ha sido documentada exhaustivamente por la doctrina internacionalista³², estuvo determinada principalmente por la posibilidad real de obtener beneficios económicos de la explotación de los fondos marinos³³, por la necesidad de definir con detalle el alcance geográfico de la zona de la que se estaba tratando y por una divergencia irreconciliable entre las posiciones de ambos países que se refleja en la redacción de la Resolución 2749 (XXV) que contiene la "Declaración de Principios que rigen el fondo del mar y de los océanos". La cronología detallada de los acontecimientos es la siguiente.

Tras unos primeros escauceos formales sobre qué órgano debía tratar la cuestión de los fondos marinos³⁴, la Asamblea General optó por crear un

Jurídico de los Fondos Marinos", en *La Actual Revisión del Derecho del Mar*, Vol. I, 2ª Parte, pp. 233 y ss.; PASTOR RIDRUEJO, J.A. (1975): *La explotación de los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional*, Valladolid, Universidad de Valladolid; SCOVAZZI, T. (1984): "Fondi Marini e Patrimonio Commune dell'Umanità", *Revista di Diritto Internazionale*, pp. 249 y ss.; SCOVAZZI, T. (1994): *Elementos de Derecho internacional del mar*, ed. española a cargo de Valentín Bou, Madrid, Tecnos, pp. 69 y ss.; BALLAH, L. (1995): "The Universality of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea: a Common Heritage or a Common Burden?", en AL-NAUIMI y MEESE, op. cit. en nota 3, pp. 339 y ss.; BLANC ALTEMIR, A. (1992): *El patrimonio común de la humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*, Barcelona, Bosch; MERCURE, P. F. (1995): "Le rejet du concept de patrimoine commun de l'humanité afin d'assurer la gestion de la diversité biologique", *CYL*, pp. 281 y ss.; DUPUY, R. J. (1984): "La notion de patrimoine commun appliqué aux fonds marins", *Etudes offertes à C.A. Colliard*, Paris, Pedone, pp. 197 y ss.; JOYNER, C.C. (1986): "Legal Implications of the Concept of the Common Heritage of Mankind", *ICLQ*, vol. 35, pp. 191 y ss.

32. *Vid.* al respecto, BALLAH (1995: 340 y ss.), op. cit. en nota anterior; BRICEÑO (1986: 63 y ss.), op. cit. en nota anterior; LUCCHINI y VOELCKEL (1990: 298 y ss.), op. cit. en nota 30; MAFFRY (1980: 10 y ss.), op. cit. en nota 21; CHURCHILL y LOWE (1988: 180 y ss.), op. cit. en nota 14; PASTOR RIDRUEJO, J. A. (1976): "Consideraciones sobre la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", *ADI*, vol. III, pp. 281 y ss.

33. *Vid.* KOSKENNIEMI, M. y LEHTO, M. (1996): "The Privilege of Universality", *Nordic Journal of International Law*, nº 65, p. 536

34. Dentro de la propuesta de PARDO se encontraba la creación de un organismo. Enseguida surgieron tres posiciones encontradas: la de los países que pretendían crear un "Comité de los Océanos" que examinara la cuestión y presentara propuestas a la Asamblea General; la de los países que se oponían a esa posibilidad por considerar que ya existían organizaciones que trataban de esas



Comité *Ad Hoc* compuesto por 35 Estados que estudiara los posibles usos pacíficos de los fondos marinos en todos sus aspectos y que informara de ello al Secretario General³⁵. En el informe presentado por el Comité se recomendaba la adopción de cuatro resoluciones de la que la más relevante era, sin duda, la que proponía la creación de un Comité permanente que estudiara con más detenimiento la cuestión. Por resolución 2467 (XXIII) la Asamblea General creaba el Comité sobre los Usos pacíficos de los fondos marinos y oceánicos más allá de los límites de la jurisdicción nacional. Ese Comité trabajó desde 1969 hasta 1973 y de las resoluciones que propuso, y fueron adoptadas por la Asamblea General, dos son claramente las más importantes: la resolución 2547-D (XXIV) de 15 de diciembre de 1969 y la resolución anteriormente citada 2749 (XXV) de 17 de diciembre de 1970.

La primera de ellas ordena una moratoria de todas las actividades de explotación de los recursos de la zona de los fondos marinos y oceánicos hasta que se establezca un régimen internacional apropiado. Como era de prever, esta resolución, que fue adoptada por 62 votos a favor, 28 en contra y 28 abstenciones, contó con la expresa y vigorosa oposición de los países desarrollados que seguían formalmente manteniendo que un retraso en la explotación no servía a los intereses de la Humanidad, sino a los de ciertos Estados, y que la moratoria:

"is likely to encourage some states that may feel it useful or necessary to engage in exploration or exploitation of seabed resources to move toward unjustifiably expansive claims of national jurisdiction, just in order to remove these activities of exploitation from the scope of the

cuestiones y, por tanto, se corría el riesgo de duplicación; y la de los países que optaban por llevar a cabo un estudio preliminar de la cuestión por un órgano ad hoc con objeto de evitar precipitaciones. *Vid.* MAFFRY (1980: 15-18), op. cit. en nota 21. Sobre la primera reacción norteamericana a la iniciativa maltesa y las discrepancias entre distintos órganos de la administración estadounidense, *Vid.* HOLLICK, C. (1981): *U.S. Foreign Policy and the Law of the Sea*, Princeton, Princeton University Press, pp. 196 y ss.

35. Ese Comité se creó por Resolución 2340 (XXII), de 18 de diciembre de 1967, y mantuvo tres reuniones presididas por Hamilton Shirley Amerasinghe (Ceilán). Se crearon a su vez dos grupos de trabajo, uno relativo a los aspectos económicos y técnicos, presidido por Roger Denorme (Bélgica), y otro relativo a las cuestiones jurídicas, presidido por Leopoldo Benites (Ecuador). El 30 de agosto de 1968 el Comité adoptó un informe sobre los usos pacíficos de los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional (Doc. A/7230) que fue presentado en la 22ª sesión de la Asamblea General.



prohibition contained in the resolution and thus render them in their view legitimate"³⁶.

Con estos antecedentes, no deja de resultar a primera vista sorprendente que tan sólo un año más tarde la Asamblea General adoptara, por 108 votos a favor, 0 en contra y 14 abstenciones, la resolución 2749 que contiene una declaración de principios que da por primera vez un contenido concreto al concepto de PCH aplicado a los fondos marinos. A tenor de la resolución, el que la ZFMO –definida como los fondos marinos y oceánicos situados más allá de la jurisdicción nacional, y sus recursos³⁷– fuera descrita como PCH implicaba básicamente: la no apropiación, su utilización pacífica, la libertad de acceso, exploración e investigación científica, la gestión y utilización de sus recursos de forma racional y el reparto equitativo de los beneficios que se pudieran derivar teniendo en cuenta particularmente los intereses de los países en desarrollo³⁸.

En el fondo, el que los países desarrollados no votaran en contra de la resolución no es de extrañar: no ya porque esa fuera la época álgida de enfrentamiento con los países en desarrollo en relación al carácter obligatorio o no de las resoluciones de la Asamblea General y los países desarrollados mantuvieran que votar a favor de las resoluciones no creaba obligaciones jurídicas, sino porque la resolución estaba redactada de tal forma que cualquiera de las posiciones realmente en conflicto –moratoria o libertad de exploración e investigación basada en la libertad del alta mar– era virtualmente válida³⁹. En ese sentido, su redacción ha sido calificada de délfica, vaga, incierta o ambigua⁴⁰.

36. *Vid.* "U.S. explains its votes on seabed resolutions", *Department of State Bulletin*, n° 62, p. 89.

37. Nótese que no se dice nada de cual es el límite a partir del cual empieza la Zona puesto que en ese momento la extensión del mar sujeta a jurisdicción nacional era precisamente una de la cuestiones abiertas a debate. *Vid.* LUCCHINI y VOELCKEL (1990: 299), *op. cit.* en nota 30.

38. Para un análisis más detallado de los criterios que conforman la noción de PCH, *Vid.* KISS (1982: 201 y ss.), *op. cit.* en nota 7; BRICEÑO (1986: 66 y ss.), *op. cit.* en nota 31; y BLANC ALTEMIR (1992: 55 y ss.), *op. cit.* en nota 31.

39. La no apropiación y el uso pacífico era algo en lo que todos coincidían mientras que el uso racional y el reparto equitativo de sus beneficios estaban redactados con tal nivel de generalidad que no comprometían a nada.

40. *Vid.* BALLAH (1995: 347), *op. cit.* en nota 31, y CHURCHILL y LOWE (1988: 181), *op. cit.* en nota 14.



De hecho, la resolución pudo suscitar el acuerdo de todos porque su nivel de generalidad era tal que no comprometía los intereses estratégicos básicos de ninguno de los dos grupos de interés. Además, como su redacción indeterminada permitía interpretaciones opuestas, unos y otros podían acudir a ella para justificar cualquier decisión nacional que se adoptara en relación a los recursos de los fondos marinos. En 1974, por ejemplo, la compañía americana Deep Sea Ventures Inc. informó de su intención de proceder a la evaluación con ánimo de explotación de los nódulos polimetálicos situados en la zona del pacífico conocida como "Clarion Fracture" y reclamó derechos exclusivos para su explotación, solicitando al mismo tiempo del Departamento de Estado americano la protección de la inversión y la protección diplomática. El Departamento de Estado respondió negándose a garantizar o reconocer los derechos exclusivos de explotación, pero dejó bien claro que las actividades mineras podían continuar en virtud de la libertad que caracteriza al alta mar⁴¹. Posteriormente, tanto los Estados Unidos como los principales países occidentales interesados adoptaron legislaciones nacionales, a la espera de la conclusión de la CNUDM, afirmando la legalidad, a tenor del Derecho internacional vigente, de la exploración y explotación comercial de los fondos marinos y oceánicos⁴².

La cuestión pues quedaba pospuesta hasta que la posibilidad de explotar comercialmente los fondos marinos y oceánicos estuviera lo suficientemente cercana como para justificar un interés más decidido.

41. Vid. texto en *Int. Leg. Mat.*, 1975, nº 14, p. 51.

42. Vid. referencias de las distintas legislaciones en KINDRED, H. et al. (1987), *International Law. Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 4ª ed., Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, p. 810; GAME DE FONTBRUNE, V. (1985): *L'exploitation des ressources minérales des fonds marins: législations nationales et Droit international*, Paris, Pedone, pp. 26 y ss.; y JUSTE RUIZ, J. y CASTILLO DAUDI, M. (1983-84): "La explotación de la zona de los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional (El patrimonio común de la humanidad frente a las legislaciones nacionales)", *ADI*, vol. VII, pp. 80 y ss.



2) *Segunda etapa: el régimen de la ZFMO previsto en la
III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del mar*

En 1970, la Asamblea general de Naciones Unidas, bajo la presión de los países en desarrollo y con la inicial oposición estadounidense⁴³, decidía convocar en 1973 una Conferencia que abordara el conjunto de cuestiones relativas al derecho del mar. Al mismo tiempo, ampliaba a 44 el número de Estados que formaban parte del Comité de los Fondos Marinos y le daba instrucciones para que elaborara una lista de temas relacionados con el derecho del mar para someterla a la Conferencia cuando ésta se reuniera. La primera sesión de la Conferencia, que tenía que tratar cuestiones procedimentales, fue prevista para finales de 1973. La segunda sesión, substantiva, tenía que celebrarse en la primavera de 1974 en Santiago de Chile, pero debido al golpe de Estado del General Pinochet, tuvo lugar en Caracas. Durante los años siguientes, y hasta 1982, la Conferencia mantuvo once sesiones, concluyendo con la adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar⁴⁴

La Conferencia trabajó bajo dos presupuestos básicos. El primero era que el tratado debía ser adoptado como "*package deal*", esto es, que todas las partes del mismo debía ser negociadas y avanzar al mismo tiempo y que el producto final debía ser adoptado como un todo, y no por partes. El segundo fue que el tratado resultante debía ser aprobado por consenso. Con otras palabras, se debía crear un documento que fuera globalmente aceptable y al mismo tiempo aceptado por todos los Estados de la Comunidad Internacional.

Como es bien sabido, el segundo de los objetivos no se cumplió y se tuvo que acudir a una votación sobre el texto como consecuencia fundamentalmente de las discrepancias entre países en desarrollo y países desarrollados en torno a la Parte XI del Convenio, la que regula precisamente los fondos marinos. ¿Por qué? ¿Qué contenido se le había dado a ese bello, pero vacío concepto de PCH para que los países desarrollados, los únicos con posibilidades reales de explotar los fondos marinos, pasaran de aceptar la Declaración de Principios contenida en la resolución 2749 a negarse terminantemente a aceptar un tratado que cubría otras muchas cuestiones de gran interés

43. *Vid. Department of State Bulletin*, (1970), nº 62, p. 89.

44. La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es probablemente uno de los temas más tratados en la doctrina internacionalista. *Vid.* una bibliografía bastante completa sobre la misma que incluye sus diversas etapas en BRICEÑO (1986: 34 y ss.), *op. cit.* en nota 31.



para ellos?. Un análisis detallado de la posición norteamericana arroja bastante luz al respecto⁴⁵.

En efecto, las objeciones americanas, y de otros países occidentales, podían agruparse básicamente en dos grandes categorías: objeciones institucionales y objeciones económicas y comerciales⁴⁶. En relación a las primeras, el principal problema consistía en que, a tenor del artículo 160, las decisiones más importantes en relación a la explotación de la ZFMO iban a ser adoptadas por la Asamblea, es decir, por el órgano de la Autoridad de los Fondos Marinos de composición democrática –cada Estado un voto–. En consecuencia, se podía perfectamente producir un desfase entre los Estados que adoptaran las decisiones y aquellos llamados a ponerlas en práctica⁴⁷. Dicho de otro modo, la Asamblea podía adoptar decisiones que fueran en contra de los intereses de los países occidentales. Además, el diseño institucional del Consejo –el otro órgano principal de la Autoridad, encargado del día a día en la toma de decisiones que pudieran afectar a los consorcios que explotaran los fondos marinos– no aseguraba que los Estados Unidos estuvieran permanentemente representados. Por si fuera poco, la adopción de decisiones en el Consejo –incluso las de mayor relevancia como pudiera ser el reparto de

45. No voy a detenerme aquí en la exposición del régimen previsto en la CNUDM. Una exposición de ese régimen, muy detallado, muchas veces complejo y farragoso y, a día de hoy, parcialmente muerto, puede encontrarse en cualquiera de las obras que han sido citadas hasta ahora relativas a los fondos marinos y oceánicos. En las páginas que siguen me limitaré pues a poner de relieve aquellos aspectos de interés para el hilo de mi argumentación.

46. *Vid.* SCHOLZ, W. (1995): "Observations on the Draft Agreement Reforming the Deep Seabed Mining Provisions of the Law of the Sea Convention", en NORDQUIST y MOORE (1995: 70): *op. cit.* en nota 3.

47. De conformidad con el art. 160 la Asamblea estaba facultada para establecer la política general de la autoridad, así como para desarrollar una serie de tareas específicas: elección de los miembros del Consejo; creación de órganos subsidiarios; examen de los informes del Consejo y de la Empresa; distribución equitativa de los beneficios y fijación de las contribuciones de los Estados miembros al presupuesto administrativo de la autoridad. Otras funciones las ejercía en concurrencia con el Consejo: elección del Secretario General; aprobación del presupuesto; aprobación de normas, reglamentos y procedimientos; suspensión del ejercicio de los derechos y privilegios inherentes a la calidad de miembro; conclusión de acuerdos internacionales y aprobación de las enmiendas relativas a la Parte XI. *Vid.* BLANC ALTEMIR (1992: 139): *op. cit.* en nota 31; Statement by the President, *U.S. Policy and the Law of the Sea*, 29 de enero, *Department of State Bulletin*, 29 de marzo de 1982, pp. 54-55; y PELÁEZ, J. M. (1987): *La crisis del Derecho Internacional del Desarrollo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, pp. 35 y ss.



beneficios o de asistencia económica—, aún estando los Estados Unidos representados, podría hacerse sin su consentimiento puesto que estaba previstas mayorías de dos tercios o tres cuartos⁴⁸.

Para entender las objeciones económicas y comerciales es necesario recordar primero cuáles eran las alternativas propuestas por parte de los países en desarrollo y países desarrollados para la explotación de los fondos marinos teniendo en cuenta que los recursos del fondo del mar, aunque vastos, no eran en absoluto ilimitados y que, en el momento de la negociación, la tecnología necesaria para su explotación se encontraba en un estado incipiente de desarrollo —esto es, no estaba disponible en el mercado— y solamente un pequeño número de compañías e institutos de investigación, todos ellos en

48. Como pone de relieve BLANC ALTEMIR, la composición del Consejo obedecía a un intento de conciliar el principio de la distribución equitativa con el de la representación de intereses especiales. El artículo 161 establecía pues que el Consejo estaría integrado por 36 miembros elegidos por la Asamblea en base a:

a) la representación de los diferentes intereses en presencia: 4 principales consumidores o importadores de los minerales que hayan de extraerse de la Zona; 4 principales inversores en actividades de exploración y explotación de la Zona; 4 principales exportadores de tales minerales; 6 Estados en desarrollo que representen intereses especiales;

b) una representación geográfica equitativa: 18 miembros elegidos de tal forma que cada región geográfica cuente por lo menos con un miembro elegido en virtud del presente apartado.

Las funciones y facultades que el art. 162 atribuía al Consejo se dirigían al establecimiento de la política general de la Autoridad, de conformidad con la Asamblea; a la supervisión y coordinación de la aplicación de las disposiciones de la Parte XI respecto de las cuestiones que sean competencia de la Autoridad; al control y fiscalización sobre las autoridades de la Zona; a dictar y aplicar provisionalmente normas, reglamentos y procedimientos; a aprobar los planes de trabajo presentados por los solicitantes para las actividades de la Zona; a concertar acuerdos con las organizaciones internacionales en nombre de la autoridad; a la incoación de procedimientos ante la Sala de Controversias de los Fondos Marinos y Oceánicos en nombre de la Autoridad; y a aprobar los planes de trabajo que presenta la Empresa, entre otras.

Para la toma de decisiones el art. 161 distinguía entre cuestiones de procedimiento para las que se requería mayoría de los miembros presentes y votantes; y cuestiones de fondo que se adoptaría, según su objeto, por mayoría de dos tercios, de tres cuartos (las de mayor importancia como podía ser el establecimiento de la política general de la Autoridad) o por consenso. *Vid.* BLANC ALTEMIR (1992: 141), op. cit. en nota 31 y PAOLILLO, F. (1996): "Cuestiones institucionales en el Acuerdo de 1994 relativo a la Parte XI de la Convención sobre Derecho del Mar": *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XII, pp. 436 y ss.



los países desarrollados, podían ser capaces de llevarlo a cabo⁴⁹. Con esos condicionantes eran posibles dos sistemas de explotación: permitir las actividades mineras comerciales y que una institución internacional otorgara licencias de explotación de acuerdo con la regla "primer llegado, primer servido", recolectara unas tasas y luego las distribuyera entre los distintos Estados (sistema propuesto por los países desarrollados)⁵⁰; o que la Comunidad Internacional abordara la explotación comercial de los fondos marinos con la ayuda de socios privados a través de una institución internacional de carácter fuerte y que también se redistribuyeran los beneficios de la misma forma que en la opción anterior (posición de los países en desarrollo)⁵¹.

Como es de todos conocido, con objeto de reconciliar ambas posiciones –libre empresa y participación de todos los Estados en la explotación de los fondos marinos–, la Conferencia desarrolló dos mecanismos. El primero, a nivel "macro", era el del sistema paralelo de explotación a tenor del cual los fondos marinos se dividían en dos partes: una abierta a la explotación comercial según intereses privados y otra reservada a actividades realizadas –por una entidad denominada la "Empresa"– en interés de la Comunidad Internacional. El segundo, a nivel "micro", esto es, proyectos mineros individualizados, la Convención preveía el sistema de "joint ventures"⁵². En cualquier caso, estaba claro que "a common feature of those mechanisms is that they are structured in such a way as to impose certain obligations on the private contractors to benefit the Enterprise and the developing States"⁵³. Esa obligación no podía ser otra que la transferencia de tecnología, factor crucial a la hora de proceder a la explotación de los fondos marinos.

49. Vid. STOLL, P-T. (1996): "The Entry into Force of the Convention on the Law of the Sea: a Redistribution of Competences in Relation to the Management of the International Commons?. The Transfer of Technologie under the Implementation Agreement", *ZaöRV*, 56/3, p. 399.

50. Vid. PINTO, M.C.W. (1986): "Transfer of Technologie under the UN Convention on the Law of the Sea", *Ocean YB*, nº 6, pp. 241.

51. Vid. RAMA RAO, S. (1986): "Towards a System for Deep-Seabed Exploitation: a Study of Participants, Methods and Effects", *Indian Yearbook of World Affairs*, p. 307.

52. Sobre el mismo, Vid. JAENICKE, G. (1990): "Joint Ventures for Deep Seabed Activities: a viable Alternative", en WOLFRUM, R. (Ed.): *Law of the Sea at the Crossroads: the Continuing Search for a Universally Accepted Régime*, Proceedings of an Interdisciplinary Symposium of the Kiel Institute of International Law, July, Berlin, pp. 165 y ss.

53. Vid. STOLL (1996: 401): op. cit. en nota 49.



Era precisamente esa obligación de transferir tecnología, que obviamente sólo podía funcionar en la dirección países desarrollados-Empresa-países en desarrollo, la principal objeción económica y comercial. Según los Estados Unidos, "this provision [el art. 5 del Anexo III] was considered burdensome, prejudicial to intellectual property rights, and objectionable as a matter of principle and precedent"⁵⁴.

Ahí estaba precisamente la clave, en esa "cuestión de principio y precedente". Ni en la época en la que se discutían esas cuestiones ni siquiera en la actualidad se pueden hacer previsiones sobre cómo y cuándo los proyectos de explotación minera de los fondos marinos serán económicamente sostenibles⁵⁵. La posición de los países occidentales era sobre todo una cuestión de principio: dar contenido al PCH en la dirección de las reglas contenidas en el NOEI –básicamente, la participación de los países en desarrollo en la toma de decisiones económicas a nivel internacional y su derecho a un tratamiento preferencial– era una opción inconcebible, ni para este supuesto ni para ningún otro en el futuro. En palabras del profesor MANGONE:

"The heart of the matter, of course, is whether the entire concept takes an irrevocable step forward in creating a supernational institution, the first of its kind in history, that would have title to enormous resources of the planet and would be constituted to redistribute income to the developing states of the world in accordance with their principles for a new economic order"⁵⁶.

54. El párrafo 1º del art. 5 establecía que el solicitante, al presentar el plan de trabajo debería poner a disposición de la Autoridad una descripción general del equipo y métodos que fuese a utilizar al realizar actividades en la Zona. Asimismo, los contratos concluidos por la Autoridad para realizar actividades en la Zona, tendrían que contener cláusulas mediante las que el contratista se obligase a poner a disposición de la Empresa, o en ciertos casos de uno o varios Estados en desarrollo –cuando la Autoridad lo solicitase y según modalidades y condiciones equitativas y razonables– la tecnología que fuese a utilizar para el desarrollo de sus actividades. Vid. OXMAN, B. (1994): "Law of the Sea Forum: the 1994 Agreement on the Implementation of the Seabed Provisions of the Convention on the Law of the Sea. The 1994 Agreement and Convention", *AJIL*, vol. 88, p. 691.

55. En palabras de J. M. Markussen: "Quite frankly, after having studied these matters since 1979, I consider it extremely doubtful whether anyone today can say anything for certain about the profitability of deep seabed mining projects". Citado en RÖBEN, V. (1996): "A Case Study on a Joint Venture Project", *ZaōRV*, 56/3, p. 349, nota 6.

56. Vid. MANGONE, G. (1982): "Deepsea Mining and U.S. Policy on Adoption of a Law of the Sea Convention", en TREVES (1982), op. cit. en nota 31, p. 145.



Ya en 1982, por tanto, los principios del NOEI tal y como pretendían materializarse en el concepto de PCH aplicado a los fondos marinos del alta mar eran letra muerta. Aquellos sobre los que recaía la obligación principal de solidaridad no estaban dispuestos a darle contenido. Falto el sistema internacional de un mecanismo para obligarles, todo quedaba pues en papel mojado, útil para alimentar la argumentación retórica de unos y otros. La máxima "if one wants to know what the law is, one should look at real life" se hacía más presente que nunca⁵⁷. En ese sentido, como veremos a continuación, la reforma de 1994 no es más que una adaptación del texto a la siempre presente realidad de las cosas.

3) *Tercera etapa: la revisión de la Parte XI de la CNUMD*

A la vista de las inversiones en actividades exploratorias que ya se habían efectuado en ciertas zonas de los fondos marinos y oceánicos, especialmente en un estrecho cinturón situado al nordeste del océano pacífico entre las fallas "Clarion" y "Clipperton"⁵⁸, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar adoptó dos importantes resoluciones con objeto de regular las actividades de los consorcios mineros realizadas hasta la fecha y las que pudieran realizarse hasta la entrada en vigor de la Convención. La primera de ellas establecía la creación de una Comisión Preparatoria (PrepCom) encargada de desarrollar reglas relativas a las actividades mineras en los fondos marinos, a la Secretaría y al Tribunal de Derecho del Mar⁵⁹. La

57. Citada en RÖBEN (1996: 355), op. cit. en nota 55.

58. Vid. NANDAN, S. (1992): "The United Nations Convention on the Law of the Sea: Ten Years after Signature", Paper delivered at the annual meeting of the Law of the Sea Institute, Génova, junio.

59. El mandato conferido a la Comisión preparatoria durante el período comprendido entre la firma de la Convención y su entrada en vigor abarcaba una amplia variedad de temas que iban desde la redacción de los proyectos de normas, reglamentos y procedimientos necesarios para que la Autoridad pudiese comenzar a funcionar desde la entrada en vigor de la Convención; el análisis de las repercusiones que la explotación de fondos pudiese tener en los países en desarrollo, productores terrestres de los minerales extraídos en la Zona, así como el ejercicio de las funciones que la fueron conferidas en relación con el registro de los "inversores pioneros". Un detallado análisis del trabajo de la Prepcom durante los diez años siguientes a la firma de la Convención puede verse en *Progress Report of the Chairman of the Preparatory Commission for the International Seabed*



segunda regulaba la protección de las inversiones ya efectuadas por los llamados "inversores pioneros"⁶⁰.

Sin embargo, y a pesar de algunos éxitos diplomáticos de la PrepCom a la hora de propiciar acuerdos entre los inversores pioneros cuyas áreas reclamadas se sobreponían parcialmente⁶¹, el boicoteo de los Estados Unidos —que nunca ha participado en sus reuniones—, condiciones adversas de mercado y enormes dificultades técnicas retrasaron su trabajo. Por si fuera poco, los Estados Unidos, en consonancia con su política de considerar las actividades en los fondos marinos como sujetas al principio de libertad hasta tanto el Convenio no estuviera en vigor, propiciaban en 1984 la celebración de un acuerdo, al margen de la Prepcom, entre los principales países desarrollados con intereses en la zona para evitar la sobreposición de reclamaciones sobre áreas específicas⁶².

A finales de los años ochenta quedaba pues patente que la Prepcom no iba a ser el foro en el que resolver las divergencias que oponían a países desarrollados y países en desarrollo y que impedían la participación universal en la Convención. En consecuencia, en 1990, tras el final de la guerra fría,

Authority and for the International Tribunal for the Law of the Sea on the Work of the Commission, Doc. LOS/PCN/L.103 de 7 de julio de 1992.

60. *Vid.* texto en CLINGAN (1994: 315), *op. cit.* en nota 26. De conformidad con el párrafo 1º de la Resolución II, la calificación de inversor pionero podía recaer en cuatro Estados (Francia, India, Japón y la unión Soviética), sus empresas estatales o personas físicas y jurídicas que ostentaran su nacionalidad, o en consorcios internacionales cuyos integrantes procediesen de uno o varios de los siguientes Estados: Canadá, Estados Unidos, Italia, Japón, Países Bajos, RFA y Reino Unido, o en cualquier Estado en desarrollo o sus empresas estatales o personas físicas y jurídicas que fueran nacionales de esos Estados, siempre y cuando algunos de los inversores citados anteriormente hubiese invertido antes del 1 de enero de 1983, o del 1 de enero del 85 en el caso de los países en desarrollo, una cierta cantidad en actividades preliminares. Los cuatro consorcios multinacionales nunca llegaron a registrarse, a pesar de tener la posibilidad, como inversores pioneros ante la Prepcom, aunque sí lo hicieron ante las legislaciones nacionales de Estados Unidos, Gran Bretaña y Alemania. Aprovechando la posibilidad abierta por el punto 1 (a) iii de la Resolución II, India, China, una organización patrocinada por Cuba y varios países del Este de Europa y Corea se han inscrito también como inversores pioneros.

61. *Vid.* ROBEN (1996: 349 y ss.), *op. cit.* en nota 55, y JAGOTA, S.P. (1995): "Seabed Mining; Settlement of Disputes; and UNCED 1992 Follow-Up", en AL NAUIMI y MEESE (1995: 375), *op. cit.* en nota 3.

62. *Vid.* "Provisional Understanding Regarding Deep Seabed Mining between Belgium, France, Federal Republic of Germany, Italy, Japan, Netherlands, United Kingdom and United States", en *Int. Leg. Mat.*, 1984, nº 23, p. 1354.



después de algunos movimientos diplomáticos estadounidenses, y bajo los auspicios de Pérez de Cuellar, comenzaban unas consultas informales con objeto de despejar los obstáculos que impedían la participación universal en la Convención. Con otras palabras: empezaba una negociación para eliminar los aspectos de la Parte XI no deseados por los países desarrollados⁶³.

La negociación avanzó con cierta lentitud debido a la complejidad diplomática y jurídica de la cuestión. En el fondo, se trataba ni más ni menos que de eliminar del texto los aspectos asociados al NOEI que disgustaban a los países desarrollados y, en especial, a los Estados Unidos. Ahora bien, cuando el 16 de noviembre se depositó el 60º instrumento de ratificación y quedó claro que la Convención entraría en vigor al año siguiente, los esfuerzos por alcanzar un acuerdo se redoblaron ante la posibilidad real de tener un doble régimen jurídico para los mares y la posibilidad de conflictos e inseguridad que eso podía traer, aún a pesar de que la mayoría de Estados que no la han ratificado considerasen la mayoría de sus disposiciones en vigor como derecho consuetudinario. En ese momento, y como queda perfectamente reflejado en la postura brasileña⁶⁴, los países en desarrollo adoptaron una posición flexible ante la inevitable seguridad de que los países desarrollados no iban a ratificar una Parte XI tal y como fue redactada en Jamaica. El 28 de julio de 1994 pues, la Asamblea General aprobaba una resolución conteniendo el acuerdo que abría la puerta a la participación universal en la Convención.

La reforma de la Parte XI de la Convención gira principalmente en torno a los dos tipos de objeciones que examinábamos en el apartado anterior: institucionales, por un lado, y económicas y comerciales por otro.

63. *Vid.* en resumen de las etapas de ese proceso y de las diferentes posiciones adoptadas en VALLE, H. (1995). "Adjustments to Part XI: United Nations Efforts. (The Negotiation Process)", en NORDQUIST y MOORE (1995: 47 y ss.), op. cit. en nota 3; JAGOTA (1995: 367 y ss.), op. cit. en nota 61; *Law of the Sea, Consultations of the Secretary-General on Outstanding Issues Relating to the Deep Seabed Mining Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Report of the Secretary-General, Doc. A/48/950, de 9 de junio de 1994; BALLAH (1995: 357 y ss.), op. cit. en nota 31.

64. *Vid.* VALLE (1995: 52), op. cit. en nota anterior. En palabras de KOSKENNIEMI y LEHTO: "This rhetoric of realism, of 'accepting the facts', provided de justification under which developing States were able to renounce their earlier, strongly held about the unacceptability of touching Part XI". *Vid.* KOSKENNIEMI y LEHTO (1996: 551), op. cit. en nota 33.



Con respecto a las primeras⁶⁵, los principales cambios tienen que ver con la distribución de competencias entre la Asamblea y el Consejo y la composición y adopción de decisiones en este último. En línea con las demandas estadounidenses, el Acuerdo de 1994 ha llevado a cabo una transferencia de competencias desde el órgano plenario, la Asamblea, a los órganos de representación limitada, el Consejo y el Comité de Finanzas, cuya composición refleja los intereses particulares de grupos de Estados. En concreto, el primer párrafo de la sección 3 del Acuerdo, al disponer que la Asamblea determinará la política general de la Autoridad en colaboración con el Consejo, ha cambiado completamente la relación existente entre esos dos órganos en relación a esa competencia que, hasta ese momento, correspondía en exclusiva a la Asamblea⁶⁶.

Además, la adopción de decisiones ha sido modificada para tener en cuenta los intereses particulares de los grupos de Estados que componen el Consejo. En ese sentido, la sección tercera del Acuerdo establece que, como regla general, los órganos de la Autoridad se esforzarán en adoptar las decisiones por consenso y que, en el caso de que la Asamblea deba adoptar una decisión sobre una cuestión administrativa, financiera o presupuestaria o sobre cualquier cuestión que también caiga dentro de las competencias del Consejo, deberá fundarse en las recomendaciones de éste. Si pretendiese desviarse de esas recomendaciones, tendrá que reenviar el asunto al Consejo para un nuevo examen. En consecuencia, no podrá adoptar la decisión en oposición al parecer del Consejo. En esa misma dirección, la mencionada sección tercera establece, para el caso de que no se pueda alcanzar un consenso, que las decisiones en el Consejo serán adoptadas, si son de procedimiento, por mayoría de miembros presentes y votantes, pero si son de fondo, por mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes, a condición de que estas decisiones no susciten la oposición de la mayoría en el seno de una cualquiera

65. Un exhaustivo e interesante análisis de los cambios a nivel institucional puede verse en WOLFRUM, R. (1996): "The Decision-Making Process According to Sec.3 of the Annex to the Implementation Agreement: A Model to Be Followed for Other International Economic Organizations?", *ZaöRV*, 56/3, pp. 310 y ss. También puede verse PAOLILLO (1996: 431), op. cit. en nota 48.

66. El Acuerdo también cercena los poderes de la Asamblea en otra área, la determinación de las cuotas de los miembros en el presupuesto de la Autoridad, hasta ese momento competencia exclusiva de la Asamblea. *Vid.* PAOLILLO (1996: 440), op. cit. en nota 48.



de las cámaras en las que se divide el Consejo⁶⁷. Por tanto, un grupo particular de Estados podría paralizar la adopción de decisiones en el Consejo cuando estas atentarán contra sus intereses.

Por utilizar un lenguaje más claro: en línea con lo que está ocurriendo en otras organizaciones internacionales, se eliminan aquellos aspectos realmente democráticos en la toma de decisiones para garantizar que los Estados interesados puedan bloquear decisiones no deseadas⁶⁸. Ahora bien, como el Acuerdo establece que si el Consejo no adopta, a petición del Estado cuyos nacionales pretenden explotar una parte de los fondos marinos, las reglas y procedimientos necesarios para proceder a la explotación de esa zona, en el plazo de dos años, entonces debe conceder una aprobación provisional al plan de trabajo propuesto, eso implica que el poder de bloqueo va a jugar principalmente a favor de los Estados desarrollados que son los principales candidatos a explotar económicamente los recursos en cuestión.

Las principales cuestiones económicas y comerciales afectadas por la reforma son las limitaciones de producción, la transferencia de tecnología y el funcionamiento de la Empresa. En ese sentido, todos los cambios, como el propio preámbulo del Acuerdo establece, van en la dirección de acercar el régimen previsto a la filosofía de mercado. En relación a los límites de producción, el Acuerdo elimina, en total consonancia con las aspiraciones de los países desarrollados, todas las reglas que limitaban la producción o la sometían a autorizaciones, regulaban la participación en Acuerdos sobre materias primas y permitían elegir entre solicitantes. En su lugar, se incorporan las restricciones del GATT relativas a los subsidios y se prohíben las discriminaciones entre minerales extraídos del fondo del mar o de tierra⁶⁹.

Con respecto a la transferencia de tecnología, se elimina el conflictivo art. 5.3 del Anexo III, el que obligaba a la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, y se substituye por una obligación a cargo de los Estados Contratantes que posean la tecnología, de cooperar con la Empresa y los países en desarrollo para facilitarles el acceso a la tecnología "on fair and

67. Se reforma así el complicado sistema de adopción de decisiones en el Consejo previsto en el art. 161.8 del Convenio del 82, sustituyéndolo por la tradicional distinción entre cuestiones de procedimiento y de fondo.

68. A semejanza de lo que ocurrió con la ONUDI. *Vid.* FERNÁNDEZ TOMÁS (1987: 115), *op. cit.* en nota 27.

69. *Vid.* el párrafo 1 de la sección 6 del Acuerdo y tan relación a ello OXMAN (1994: 691), *op. cit.* en nota 54.



reasonable commercial terms, including protection of intellectual property rights"⁷⁰.

En relación a la Empresa, y aunque se mantienen su existencia, se eliminan casi todas sus ventajas competitivas de forma que las obligaciones que pesan sobre los Contratantes también le son aplicables. Sus operaciones iniciales, además, han de ser llevadas a cabo a través de "joint ventures" y de acuerdo con "sound commercial principles"⁷¹. Sus operaciones pues no podrán ser financiadas por los Estados parte⁷². Aunque los que pretendan la explotación de los fondos marinos deben seguir proponiendo a la Autoridad un área lo suficientemente extensa como para permitir dos explotaciones mineras, una de las cuales se reserva a la Empresa, lo cierto es que el área correspondiente a la Empresa no tiene porque estar completamente explorada, y el solicitante tiene la opción de entrar en una "joint venture" con la Empresa. Además, si ésta no procede a su explotación en un plazo de 15 años, los derechos revierten al solicitante⁷³.

En resumen pues, la reforma de la Parte XI del CNUDM recoge substancialmente las objeciones que los países desarrollados hacían al régimen de explotación de los fondos marinos y oceánicos. Se eliminan todos aquellos elementos que, asociados al NOEI, pretendían imponer una solidaridad entre ricos y pobres por encima de las reglas de mercado o en contra de los intereses de los primeros. La única concesión que se mantiene, a pesar de los intentos americanos por eliminarla, es la existencia de la Empresa como brazo de la Autoridad encargado de explotar económicamente la ZFMO, pero su funcionamiento se sujeta estrictamente a las reglas de mercado⁷⁴.

70. *Vid.* Anexo, secc. 5.

71. *Vid.* el párrafo 2 de la Sección 2 del Acuerdo.

72. "The obligation of State Parties to fund one mine site of the Enterprise as provided for in Annex IV, article 11, paragraph 3, of the Convention shall not apply and States Parties shall be under no obligation to finance any of the operations in any mine site of the Enterprise or under its joint-venture arrangements". *Vid.* párrafo 3 de la sección 2 del Acuerdo.

73. *Vid.* Anexo, secc. 2, pár.5.

74. Wesley SCHOLZ, Director del "Office of International Commodities" del Departamento de Estado norteamericano, en su respuesta a los consorcios con participación americana, que seguían quejándose incluso de la reforma, lo expresaba inmejorablemente: "The elements of the seabed regime that were based on concepts of the new international economic order have been eliminated based on a widespread recognition of the need to take a more market-oriented approach to the management of seabed mining beyond national jurisdiction. Third world majority decision-making has been replaced by the introduction of special voting rights for



III. LA REORDENACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS RECURSOS PESQUEROS TRANSZONALES Y ALTAMENTE MIGRATORIOS: ¿NACIMIENTO, EVOLUCIÓN Y MUERTE DE LA LIBERTAD DE PESCA EN ALTA MAR?

1. *Los factores explicativos de la presión a la que está sometida la libertad de pesca en alta mar*

Contemplada desde cierta perspectiva, la historia del derecho del mar no es más que la traducción jurídica de los intentos estatales por apropiarse de sus usos y riquezas. Desde la tantas veces citada disputa intelectual entre GROCIO y SELDEN sobre la naturaleza jurídica del alta mar⁷⁵, hasta el no tan intelectual conflicto entre España y Canadá sobre la pesca del fletán negro en la zona NAFO⁷⁶, un mismo hilo conductor recorre el destino de los espacios marinos: la codicia de la que son objeto por parte de nuestra especie.

La evolución de este hilo conductor a lo largo de los últimos trescientos años no ha sido, sin embargo, lineal. Las presiones de los Estados para extender su soberanía sobre parcelas cada vez mayores de los espacios marinos han corrido paralelas al comportamiento exponencial experimentado por ciertas actividades humanas, incluido el crecimiento de nuestra propia especie⁷⁷. No

specific economic interest reflective of approaches taken in other international economic institutions. Limits on the level of production from the deep seabed to protect land-based producers have been eliminated. A GATT-based anti-subsidy regime has been added. Mandatory technology transfer has been eliminated and effective protection of intellectual property rights has been incorporated as a specific guiding principle in efforts to facilitate technology transfer. The only remnant is the Enterprise, but is only a symbolic one as the changes made in the Draft Agreement provide a basis for it to operate in a manner consistent with free market principles". *Vid.* SCHOLZ (1995: 80), *op. cit.* en nota 46.

75. Una exhaustiva descripción de la misma puede verse en GIDEL, G. (1981): *Le droit international public de la mer. Le temps de paix*, t. 1: *Introduction.—La haute mer*, Liechtenstein/París, Topos Verlag/Librairie Edouard Duchemin, pp. 213 y ss.

76. Sobre los hechos del mismo, *Vid. infra* nota 92.

77. Para aquellos que tengan algo olvidadas las matemáticas escolares será bueno recordar que una cantidad crece exponencialmente cuando su incremento es proporcional a lo que ya existía. Una cantidad que crece de acuerdo con los términos de una ecuación exponencial se duplica una y otra vez y cada duplicación demanda el mismo tiempo que la anterior. Así, por ejemplo, si



es raro, por tanto, que el siglo XX, paradigma de ese tipo de crecimiento, esté siendo testigo privilegiado de sus peligrosas consecuencias sobre el comportamiento de las unidades estatales.

En efecto, a partir de finales del siglo XIX todos los consumos agregados de materias primas empiezan a crecer exponencialmente –fertilizantes, cereales, suelo, madera, etc⁷⁸– como efecto inevitable de la perversa *coniuntio* entre crecimiento exponencial de nuestra especie, sistema capitalista de mercado orientado a la satisfacción de las necesidades creadas en esa población a través de los medios de comunicación de masas y desarrollo tecnológico sin parangón en la historia de la Humanidad. En lo que a nosotros respecta, y en relación al mar, esa *coniuntio* ha provocado que, en el breve lapso de 40 años, el total de capturas pesqueras pasaran de 19.4 millones de toneladas en el período 1958-62, a 57.5 millones en el período 1968-72, y a 86.4 millones en 1984⁷⁹, con algunas especies llegando incluso a su extinción⁸⁰. Ese aumento de capturas va acompañado de, y al mismo tiempo es provocado por, un aumento de la capacidad mundial de pesca, que, entre 1970 y 1990 se dobla hasta alcanzar proporciones que rozan lo que se conoce técnicamente como "sobreexplotación"⁸¹. Consecuentemente, a partir del inicio de los años noventa, las capturas inician un lento pero regular descenso hasta situarse en torno a los 80 millones de toneladas⁸². Con otras

cogiéramos un trozo de papel y lo dobláramos por la mitad, duplicaríamos su espesor. Si lo pudiéramos continuar doblando unas cuarenta veces (algo que no es posible en la realidad), podría hacerse una pila de papel lo suficientemente alta como para llegar de la Tierra hasta la Luna. *Vid.* al respecto, MEADOWS, D., MEADOWS, D. y RANDERS, J. (1992): *Más allá de los límites del crecimiento*, Madrid, El País/Aguilar, p. 44.

78. *Vid.* una lista de los mismos en MEADOWS et al. (1992: 43 y ss.), op. cit. en nota anterior.

79. *Vid.* MOMTAZ, D. (1995): "La juridiction larvée des Etats cotiers sur les grands stocks de poissons chevauchants et grans migrateurs situés au-delà de leurs zones économiques", en AL-NAUIMI y MEESE (1995: 550), op. cit. en nota 3; y CHURCHILL y LOWE (1988: 223), op. cit. en nota 14.

80. *Vid.* una narración interesante del caso de las ballenas en D'AMATO, A. y CHOPRA, S. (1991): "Whales: Their Emerging Right to Life", *AJIL*, vol. 85, pp. 21 y ss.

81. El fenómeno conocido como sobrecapacidad hace referencia al hecho de que la misma cantidad de peces podría ser capturada con un número sensiblemente inferior de buques, aumentando así su rentabilidad económica. *Vid.* explicación económica del término en CHURCHILL y LOWE (1988: 226), op. cit. en nota 14.

82. *Vid.* "World Review of Highly Migratory Species and Straddling Stocks, *FAO Fisheries Technical Paper n° 337*, Roma 1994.



palabras: la explotación incontrolada de los recursos pesqueros del mar empezaba a adquirir dimensiones críticas.

Con la curva de la oferta de recursos declinando y la curva de la demanda aumentado exponencialmente, era obvio que, en algún punto, iban a empezar los conflictos⁸³. Con objeto de conjurarlos, y preservar de paso lo que consideraban recursos nacionales, algunos Estados ribereños especialmente interesados, muchos de ellos países en desarrollo, empezaron a reclamar durante los años setenta una extensión, a efectos funcionales, esto es, para la gestión únicamente de los recursos económicos, de la soberanía del Estado ribereño hasta los 200 millas⁸⁴. De esta forma, pasaban bajo jurisdicción nacional casi un 90% de los recursos pesqueros que anteriormente eran de libre acceso por estar situados en alta mar⁸⁵. Se pretendía así, no sólo hacer efectiva la soberanía permanente sobre los recursos naturales, sino asegurar la conservación y explotación racional de una riqueza que, cada vez en mayor medida, se veía amenazada.

En la práctica, la ampliación de la soberanía, a efectos funcionales, hasta las 200 millas se extendió como un reguero de pólvora sin suscitar la protesta de casi ningún Estado. En consecuencia, el Convenio de Jamaica se limitó básicamente a reflejar la práctica estatal convertida en costumbre. Tomaba así carta de naturaleza en el Derecho internacional la Zona Económica Exclusiva como espacio marino en el cual el Estado ribereño tiene "derechos de soberanía para los fines de exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y subsuelo del mar"⁸⁶.

Ahora bien, y por utilizar un símil marino, el CNUDM navegaba a este respecto entre dos aguas, es decir, intentaba por un lado asegurar la explotación económica de las riquezas del mar, atribuyendoselas a los Estados ribe-

83. No hay que ser demasiado inteligente para comprender que la ecuación "cada vez menos recursos y cada vez más gente detrás de ellos" puede tener consecuencias extremadamente peligrosas.

84. La historia de esa reivindicación y los argumentos de las partes puede verse en DUPUY, R. J. y VIGNES, D. (1991): *A Handbook on the New Law of the Sea*, vol. 2, Hague Academy of International Law, Dordrecht/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 1003 y ss.; y CHURCHILL y LOWE (1988: 231 y ss.), op. cit. en nota 14.

85. Vid. FAO, (1992): *Rapport sur les pêches n° 484 Supplément*, Documents présentés à la Consultation technique sur la pêche en haute mer, Roma, pár. 1.

86. Vid. art. 56.1 de la CNUDM.



reños, al mismo tiempo que intentaba preservar su sostenibilidad imponiendo obligaciones de conservación que afectaban a las zonas sujetas a la jurisdicción nacional. La atribución de las riquezas pesqueras del mar se hacía así a condición de que los nuevos "propietarios" cuidaran de ellas con la diligencia de un "buen padre de familia". En resumen pues, frente a los riesgos de un mal uso comunitario de las tesoros del mar se acudía a su privatización como principio garante de su buena gestión: ¿quién sino el dueño iba a estar interesado en la conservación racional de un recurso que podía contribuir a su desarrollo económico?

En relación al alta mar, donde aún permanecían un porcentaje no despreciable de riquezas pesqueras, el Convenio de 1982 también trataba de reconciliar explotación económica y sostenibilidad a largo plazo. Para ello, y junto a la tradicional libertad de pesca en alta mar, establecía una serie de obligaciones de conservación a cargo de todos los Estados de la Comunidad Internacional que hiciesen uso del mismo. Por desgracia, y una vez más, reaparecía aquí la famosa "tragedia de las zonas comunes": en ausencia de una policía internacional, ¿quién estaba encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones de conservación en el alta mar?.

Esta cuestión se planteó durante la negociación del CNUDM al menos en relación a aquellos recursos pesqueros que, lejos de plegarse a los arbitrarios designios de nuestra especie a la hora de fijar límites marinos, tenían la mala costumbre de circular entre Zonas Económicas Exclusivas y alta mar: las denominadas poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios. Como no podía ser de otra forma, el Convenio de Jamaica, ante una posibilidad que en la época no era todavía excesivamente acuciante y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre los distintos intereses en conflicto, se limitó a establecer genéricamente y con un lenguaje vago e indeterminado, una obligación de cooperación entre los Estados ribereños y los que ejercieran su derecho a la pesca en alta mar en la zona adyacente a la ZEE. Lo que pudiera suceder en caso de desacuerdo sobre las medidas de conservación a adoptar en esa zona o en caso de incumplimiento ni se mencionaba. Con las tendencias apuntadas unas líneas más arriba el conflicto entre unos Estados y otros era, por utilizar una expresión literaria, "la crónica de una muerte anunciada".

En efecto, cuando los países dedicados tradicionalmente a la pesca de altura vieron como desaparecían sus caladeros históricos, engullidos bajo la creación de las ZEE, trasladaron su esfuerzo de pesca a la zona del alta mar



adyacente a la ZEE⁸⁷. De esta forma, y en poco espacio de tiempo, la proporción de capturas realizadas en alta mar sobre el total de capturas se duplicaba y pasaba a alcanzar casi el 10%⁸⁸. A pesar de que en algunas zonas existiesen organizaciones regionales encargadas de adoptar medidas de conservación, la falta de obligatoriedad de las mismas, su incumplimiento puro y duro ante la ausencia de mecanismos de control⁸⁹, o la utilización de pabellones de conveniencia, y la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre las medidas a adoptar, condujo directamente en algunas de ellas a que las capturas descendiesen dramáticamente, no sólo en el alta mar, sino también en la ZEE⁹⁰.

Ante esta situación, algunos países ribereños empezaron a adoptar medidas unilaterales que iban en la dirección de atribuirles algún tipo de jurisdicción sobre una zona de extensión variable del alta mar adyacente a su ZEE⁹¹. Desde la poética referencia chilena al "Mar Presencial", una enorme extensión de aguas sobre las que la marina chilena podía dejar sentir su presencia en forma control de las actividades pesqueras, hasta la reforma de la legislación canadiense que permitía, pasando por encima de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, el uso de la fuerza para hacer cumplir las

87. McRAE hace notar incluso que ciertos Estados intensificaron su esfuerzo de pesca en alta mar para conseguir que los Estados ribereños les concedieran cuotas de pesca mayores dentro de la ZEE. *Vid.* McRAE, G. (1990): "State Practice in relation to Fisheries", *American Society of international Law*, Washington Proceedings, p. 286.

88. *Vid.* JUDA, L. (1991): "World Marine Catch in the Age of Exclusive Economic Zone and Exclusive Fishery Zones", *Ocean Development and International Law*, vol. 22, pp. 1 y ss.; y Doc. A/CONF.164/Inf.4, p. 3.

89. La Unión Europea, por ejemplo, fijó sus cuotas de capturas pesqueras en la zona de pesca del Atlántico Noroeste (zona NAFO) en 156.590 toneladas, esto es, 11 veces más de lo que le había atribuido la NAFO. *Vid.* FAUTEUX, P. (1993): "L'initiative juridique canadienne sur la pêche en haute mer", *CYIL*, p. 43.

90. En las pesquerías del Atlántico norte, por ejemplo, en 1992 las capturas no llegaron ni a la mitad de la cuota permisible. *Vid.* YONEZAWA, K. (1995): "High Seas Management Issues: Straddling and Highly Migratory Fish Stocks", en AL-NAUIMI y MEESE (1995: 571), *op. cit.* en nota 3. Para la situación en otras pesquerías, *Vid.* pp. 575 y ss.

91. *Vid.* una descripción de todas ellas en ORREGO VICUÑA, F. (1996): "Coastal States' Competence Over High Seas Fisheries and the Changing Role of International Law", *ZaöRV*, 56/3, pp. 520 y ss.; ARMAS PFIRTER, F.M. (1995): "Straddling Stocks and Highly Migratory Stocks in Latin American Practice and Legislation: New Perspectives in Light of Current International Negotiations", *Ocean Development & International Law*, vol. 26, pp. 127 y ss.; y BADENES CASINO, M. (1996): "Las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias en el Derecho internacional", *ADI*, vol. XII, pp. 111 y ss.



medidas de conservación sobre los stocks transzonales y altamente migratorios, y que dio lugar al incidente del "Estai"⁹², muchos de ellos se dotaron de los medios para poner fin unilateralmente a lo que consideraban un grave problema no resuelto por el Derecho internacional. Todas esas medidas suponían, ni más ni menos, una advertencia directa a la Comunidad Internacional para que revisara, a las duras o a las maduras, el régimen jurídico del alta mar.

Si no fuera por los importantes principios en juego, y por las eventuales consecuencias violentas, uno estaría tentado de calificar este conflicto, el último de esa larga historia que es la extensión de las competencias de los Estados ribereños sobre los espacios marinos adyacentes a sus costas, como "irónicamente ilustrativo". Me explico.

En primer lugar, no hay que olvidar que se trata de un conflicto con nombre y apellidos, esto es, que opone por un lado a un pequeño número de Estados dedicados a la pesca de altura —el 90% de este tipo de capturas las realizan seis países: Rusia, Japón, España, Taiwan, Polonia y la República de Corea— frente a otro pequeño número de Estados cuyas configuraciones costeras hacen posible el problema en cuestión⁹³, principalmente, Canadá,

92. Como es sabido, el pesquero Estai, bajo pabellón español, fue detenido y apresado en alta mar por patrulleras canadienses tras intimidación con tiros de advertencia con un cañón de 50 milímetros. El buque y su tripulación fueron conducidos a la fuerza e incommunicados en el puerto canadiense de St. John's Terre Neuve, donde el capitán fue encarcelado y sometido a procedimiento penal. Una descripción de los hechos puede verse en REMIRO BROTONS et al. (1997): *Derecho Internacional*, Madrid, Mc Graw Hill, pp. 707 y ss.; DíEZ-HOTCHLEITNER, J. (1995): "El asunto «Estai». Mucho más que un incidente", *Bol. MAPA*, nº 22, pp. 43 y ss.; PÉREZ-PRAT, L. (1995): "La Alta Mar no es de Canadá", *Meridiano CERI*, nº 3, pp. 9 y ss.; y BADENES CASINO, M. (1997): *La crisis de la libertad de pesca en alta mar*, Madrid, McGraw-Hill, pp. 146 y ss. El texto de la demanda española ante el TIJ puede verse en FERNÁNDEZ TOMÁS (1997: 664), op. cit. en nota 1, y un comentario a la misma en DíEZ-HOCHLEITNER, J. (1995): "Demanda de España contra Canadá ante la Corte Internacional de Justicia", *REDI*, vol. 47, nº 1, pp. 287 y ss. Sobre la legislación canadiense que dio origen a los hechos, *Vid.* LUCCHINI, L. (1994): "La loi canadienne du 12 mai 1994: la logique extrême de la théorie du droit préférentiel de l'Etat côtier en haute mer au titre des stocks chevauchants", *AFDI*, pp. 864 y ss. Sobre el mar presencial reclamado por Chile, *Vid.* BADENES (1997: 106 y ss.), op. cit. en esta misma nota.

93. *Vid.* la descripción de las zonas conflictivas en FAUTEUX (1993: 42), op. cit. en nota 89; MILES, E. L. y BURKE, W. T. (1989): "Pressures on the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 Arising from New Fisheries Conflicts: The Problem of Straddling Stocks", *ODIL*, nº 4, pp. 344 y ss.; FAUTEUX, P. (1994): "L'Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest et le conflit Canada-CEE", *Revue de l'INDEMER*, nº 2, pp. 65 y ss.; y CANFIELD, J.L. (1993):



Argentina, Australia, Nueva Zelanda, Chile, Rusia, Noruega y algunas Estados archipelágicos del pacífico. Si tenemos en cuenta que la creación de la ZEE supuso la expansión de ciertas flotas pesqueras a costa de otras⁹⁴, todo el problema se puede reducir, más allá de los argumentos utilizados por las partes y de los principios jurídicos en juego, a una lucha a escala mundial de intereses económicos en la industria pesquera, como consecuencia de su inevitable reconversión, que afecta a unos 20 Estados dejando al resto de la Comunidad Internacional básicamente indiferente⁹⁵.

Pero este conflicto es también ilustrativo, en segundo lugar, del funcionamiento del Derecho internacional. Como veremos a continuación, al analizar las retóricas argumentativas de las partes, en situaciones de cambio y transformación el Derecho internacional más que funcionar como derecho –esto es, estableciendo criterios que permitan emitir juicios sobre la legalidad de los comportamientos–, funciona como reserva retórica, proporcionando a las partes los argumentos necesarios para la defensa de sus intereses particulares. Analicemos pues esta afirmación con más detalle.

2. *La explotación económica de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios en la CNUDM: indeterminación del Derecho internacional y retórica argumental de las partes en conflicto*

Muchos autores están de acuerdo en considerar que las disposiciones del Convenio de Jamaica del 82 que regulan la explotación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, básicamente los artículos 63.2, 64.1 y 116 a 120, son vagas, ambiguas, indeterminadas y, por tanto, inadecuadas para resolver legalmente el conflicto entre Estados ribereños y Estados de pesca de altura⁹⁶.

"Recent Developments in Bearing Sea Fisheries Conservation and Management", *ODIL*, nº 3, pp. 257 y ss.

94. Ese es el caso de las flotas americanas, canadiense y neozelandesa por ejemplo, frente al caso de la flota japonesa que tuvo que desprenderse de 2.800 barcos. *Vid.* YONEZAWA (1995: 567-568), op. cit. en nota 90.

95. *Vid.* YONEZAWA (1995: 568), op. cit. en nota 90.

96. *Vid.* FAUTEUX (1993: 36 y ss.), op. cit. en nota 89; BONNELAME, J. (1995): "Draft Convention on Straddling Stocks and Highly Migratory Fish Stocks", en AL-NAUIMI y MEESE, op. cit. en nota 3, p. 496; LUCCHINI, L. (1995): "Stocks Chevauchants - Grans Migrateurs", en AL-NAUIMI y MEESE, op. cit. en nota 3,

Que esa falta de precisión iba a dar lugar a divergencias interpretativas era algo que todo el mundo sabía en la época en la que se firmó el CNUDM⁹⁷. Los propios Estados ribereños habían buscado resolver la indeterminación intentando, sin éxito, que la CNUDM les atribuyese un interés especial, en línea con el contemplado en el Convenio de Ginebra del 58 sobre la pesca en alta mar, en la gestión y conservación de estos recursos⁹⁸. La imposibilidad de llegar a un acuerdo en ese momento sobre esa enmienda dejó la redacción de algunos de los artículos citados, en especial del 63, con la ambigüedad actual⁹⁹. No había que ser adivino para anticipar, como hacía el juez ODA en 1983, que esa ambigüedad era susceptible de generar "difficulties of interpretation"¹⁰⁰.

En el fondo, esas dificultades de interpretación, que han sido utilizadas por unos y otros para justificar sus tesis, derivan del juego conjugado de dos

p. 529; BADENES (1996: 94), op. cit. en nota 91; y PARDO, A. (1983): "The Convention of the Law of the Sea: a Preliminary Appraisal", en SNYDER, T. E. y STHIRATHAI, J. (ed): *Third World Attitudes toward International Law. An Introduction*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, p. 739.

97. Sólo dos años después, en la Conferencia Mundial sobre ordenación y el desarrollo de la pesca celebrada bajo los auspicios de la FAO se adoptó un programa relativo a la "Planificación, ordenación y desarrollo de la pesca" en el que se reconocía que había problemas pendientes en lo relativo a la ordenación de las pesquerías, en especial en relación a las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios. Vid. FAO (1984), *Informe de la Conferencia Mundial de la FAO sobre ordenación y desarrollo pesqueros*, Roma, 27 de junio al 6 de julio.

98. Vid. MESEGUER, J. L. (1982): "Le régime juridique de l'exploitation de stocks communs de poissons au-delà des 200 milles", *AFDI*, vol. 28, pp. 885 y ss.; y BURKE, W. T. (1989): "Fishing in the Bering Sea Donut: Straddling Stocks and the New International Law of Fisheries", *Ecology L.Q.*, vol. 16, pp. 300 y ss. Sobre el régimen previsto en el Convenio de 1958, Vid. VERZILJ, J. H. W. (1971): *International Law in Historical Perspective*, Part IV: Stateless Domain, Leyden, A.W. Sitjhoff, pp. 143 y ss.

99. Sobre las diferentes propuestas presentadas. Vid. CEPAL (1993), *La pesca en el alta mar y los intereses de los Estados ribereños de la región. Un análisis de la negociación futura a la luz de la equidad. Parte I: De la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la convocatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias*, LC/R 1314, de 31 de diciembre. Sobre la génesis del artículo 63, Vid. DE YTURRIAGA BARBERÁN, J.A. (1995): "Los mares presenciales: del dicho al hecho no hay tanto trecho", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 12, p. 393.

100. Vid. ODA, S. (1983): "Fisheries under the United Nations Convention on the Law of the Sea", *AJIL*, p. 739.



factores diferentes: por un lado, el fallido intento del CNUDM de llegar a un compromiso entre dos valores antitéticos, y por otro, la resistencia de los Estados a asumir un mecanismo obligatorio de arreglo de diferencias que arbitre los compromisos necesarios entre esos valores antitéticos sin que antes se definan con claridad las reglas aplicables. Veamos como se plasma esto en la argumentación jurídica de las partes en conflicto.

1) *Los argumentos de los Estados ribereños*

Los Estados ribereños han hecho girar su argumentación en torno a la idea de que, ante la ausencia de reglas internacionales que contemplen realmente el problema de la gestión de este tipo de recursos, son ellos los encargados de hacerlo¹⁰¹. En su apoyo han utilizado dos tipos de argumentos distintos.

El primero de ellos, de naturaleza básicamente jurídica, ha ido en la dirección de demostrar que ellos tienen un interés especial –o un derecho preferencial– en la conservación de esos recursos puesto que la riqueza pesquera de su ZEE depende en gran medida de una correcta gestión de la zona adyacente de alta mar y de las poblaciones de peces altamente migratorios¹⁰². Ante la inexistencia de mecanismos internacionales de control o ante su incapacidad real para gestionar adecuadamente esos recursos, el Derecho internacional reconocería ese interés especial y, bajo la cobertura de un denominado "principio de coherencia"¹⁰³, les autorizaría a adoptar las medidas pertinentes. Como apoyo de esta tesis citan los artículos 116 del CNUDM, que sujeta la libertad de pesca en el alta mar a los intereses de los

101. En palabras de ORREGO: "the issue is not whether some fisheries activities should be regulated or unrestricted, but who and to what extent shall undertake the appropriate regulatory functions". *Vid.* ORREGO (1996: 521), op. cit. en nota 91.

102. *Vid.* McRAE (1990: 287), op. cit. en nota 87.

103. Tal y como fue formulado en la Conferencia sobre la Conservación y la gestión de recursos biológicos del alta mar celebrada, bajo iniciativa canadiense, en San Juan de Terra Nova, del 5 al 7 de septiembre de 1990, el principio de coherencia implica que "with respect to stocks occurring both within the EEZ and in an area of the high seas beyond and adjacent to it, the management regime applied to the high seas portion of the stock must be consistent with the measures taken, entirely unilaterally, by the coastal State inside the zone". *Vid.* texto en LUCCHINI (1995: 525), op. cit. en nota 96.

Estados ribereños contenidos en los artículos 63.2, 64 a 67, y 117 (que obliga a todos los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar la conservación de los recursos vivos del alta mar)¹⁰⁴.

Además, el mismo TIJ habría reconocido en el asunto relativo a la competencia en materia de pesquerías (Reino Unido v. Islandia) ese derecho preferencial del Estado ribereño¹⁰⁵. Aunque sea cierto que los artículos 63.2 y 64 obliguen, uno con mayor énfasis que otro, a los Estados ribereños y los que pesquen en alta mar a cooperar para establecer esas medidas de conservación, no tienen límite de tiempo ni son obligaciones de resultado¹⁰⁶. En consecuencia, si esa obligación de cooperar no funciona, como fue el caso, por ejemplo, de la NAFO¹⁰⁷, el Estado ribereño estaría autorizado a adoptar las

104. Una explicación del régimen previsto en el CNUDM puede verse en CORRAL SUÁREZ, M. (1993): *La conservación de los recursos biológicos del mar en el Derecho internacional vigente*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, pp. 66 y ss. y 116 y ss.; CASADO RAIGÓN, R. (1994): *La pesca en alta mar*, Sevilla, Junta de Andalucía, Consejería de Agricultura y Pesca; CASADO RAIGÓN, R. (1995): "El derecho de pesca en alta mar y sus últimos desarrollos", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1995*, pp. 97 y ss.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. (1989): "Pesca marítima", en PELLISE PRATS, B. (dir.): *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo 19, Barcelona, Ed. Francisco Seix, pp. 689 y ss.; FLEISCHER, C. A. (1988): "The New regime of Maritime Fisheries", *RCADI*, vol. 209, pp. 121 y ss.

105. El párrafo 58 de la sentencia establece que "la pratique des Etats en matière de pêche montre que la notion de droits préférentiels des Etats riverains est de plus en plus largement accepté, en particulier pour les pays ou territoires se trouvant dans une situation de dépendance spéciale à l'égard de leurs pêcheries côtières". *Vid.* ICJ, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1974, p. 26. Referencias y comentarios a este aspecto de la sentencia pueden verse en NANDA, V. P. (1995): *International Environmental Law & Policy*, New York, Transnational Publishers, p. 3; DUPUY y VIGNES (1991: 1021, 1029), op. cit. en nota 81; LUCCHINI (1995: 515), op. cit. en nota 93; CURCHILL y LOWE (1988: 229), op. cit. en nota 14; HEY, E. (1989): *The Regime for the Exploitation of Transboundary Marine Fisheries Resources. The United Nations Law of the Sea Convention Cooperation between States*, Dordrecht/Londres/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, p. 33.

106. En efecto, el artículo 63.2 dice que los Estados procurarán acordar las medidas necesarias y el art. 64 dice, utilizando un lenguaje imperativo, que los estados "cooperarán". Sobre el significado de la obligación de cooperar en esos artículos, *Vid.* HEY (1989: 32), op. cit. en nota anterior.

107. *Vid.* supra nota 90. La incapacidad de los organismos regionales de cooperación para alcanzar una gestión racional de estos recursos ha sido denunciada frecuentemente. *Vid.* CANAL-FORGUES, E. y MEKOUAR, A. (1994): "Les Commissions des pêches: présentation générale", *Revue de l'INDEMER*, n° 2, p. 9.; y



medidas pertinentes unilateralmente en virtud de los artículos antes citados¹⁰⁸. Al igual que el segundo argumento que veremos a continuación, esta línea retórica presenta también interesantísimos aspectos en relación al Derecho de la responsabilidad internacional que trataremos más adelante.

El segundo argumento utilizado por los países ribereños para justificar las acciones unilaterales emprendidas para asegurar la conservación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, de naturaleza más ética o filosófica que técnico-jurídica, no deja de ser, por evidente y esperado, un verdadero éxito de la diplomacia de estos países, en especial de la canadiense. Como es sabido, desde finales de los años ochenta Canadá empieza una verdadera ofensiva diplomática en tres frentes para asegurar que los Estados dedicados a la pesca de altura respeten la obligación de cooperar entre ellos y con los Estados ribereños en la conservación de estos recursos económicos con objeto de evitar, sobre todo, la sobreexplotación de la zona de reglamentación de la NAFO. En lo que aquí ahora nos concierne, quiero sobre todo referirme a la parte de esa ofensiva que tiene como objeto la búsqueda de una solución mundial al problema¹⁰⁹.

A este respecto, Canadá, vista la imposibilidad real de reabrir el texto de la CNUDM, intenta, en contacto con otros Estados en la misma situación, llegar a soluciones comunes que puedan convertirse en la base de una futura costumbre internacional oponible a los Estados de pesca de altura. Se inicia

GHERARI, H. (1996): "L'accord de 4 Aout 1995 sur les stocks chevauchants et les stocks de poissons grans migrateurs", *RGDIP*, nº 2, p. 378.

108. *Vid.* un desarrollo estándar de esta argumentación en FAUTEUX (1993: 33 y ss.), op. cit. en nota 89; BONNELAME (1995: 495 y ss.), op. cit. en nota 30; ORREGO (1996: 520 y ss.), op. cit. en nota 91; MOMTAZ (1995: 549 y ss.), op. cit. en nota 79; y la extensa bibliografía citada en LUCCHINI (1995: nota 20), op. cit. en nota 96.

109. La parte de la estrategia más localizada ha pasado, en primer lugar, por el intento de reformar algunos aspectos del funcionamiento de la NAFO, en particular, la limitación del recurso al procedimiento de objeción que permitía a los Estados miembros no respetar las cuotas fijadas por la organización. En segundo lugar, por celebrar un acuerdo de pesca con la CEE. En tercer lugar, por evitar que los buques de Estados no miembros de la NAFO pescaran en la zona y que los países del pabellón de estos buques les impusieran graves multas en caso de que no respetaran las cuotas asignadas. Y, en cuarto lugar, por apoyar decididamente el acuerdo celebrado en el seno de la FAO para evitar que la utilización de pabellones de conveniencia comprometiera las medidas de conservación adoptadas por los organismos regionales pertinentes. Una descripción detallada de estas iniciativas puede verse en FAUTEUX (1993: 45), op. cit. en nota 89.

así un rosario de reuniones cuyo punto álgido tiene lugar durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro¹¹⁰. Es justamente en las reuniones preparatorias de esa conferencia cuando Canadá "ve la luz"¹¹¹.

Y es que, hasta ese momento, los países ribereños habían venido utilizando el argumento del interés especial del estado ribereño basado en que la adopción de medidas de conservación en la zona adyacente y su cumplimiento era un requisito esencial para la conservación de los recursos pesqueros en la ZEE, una zona marina sujeta a jurisdicción nacional que nadie ponía en duda. La argumentación estaba basada en los principios "individualistas" del liberalismo clásico, tal y como se recogen en el CNUDM, que consideran al mar como un recurso explotable y se encargan únicamente de regular esa explotación entre las diversas unidades estatales¹¹². En suma pues, y según esta línea de argumentación, todas las actividades en el alta mar que contribuyan al agotamiento de los stocks de peces en las aguas bajo jurisdicción de

110. Vid. una descripción de esas iniciativas diplomáticas en FAUTEUX (1993: 54 y ss.), op. cit. en nota 89; LUCCHINI (1995: 539 y ss.), op. cit. en nota 96; KWIATKOWSKA, B. (1991): "Creeping Jurisdiction in the Light of the 1982 Law of the Sea Convention and State Practice", *ODIL*, vol. 22, pp. 153 y ss.; MELTZER, E. (1994): "Global Overview of Straddling and Highly Migratory Fish Stocks: the Nonsustainable nature of High Seas Fisheries", *ODIL*, vol. 25, pp. 255 y ss.; y BADENES (1996: 126 y ss.), op. cit. en nota 91.

111. Por utilizar las palabras del que fuera hasta 1992 Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores canadiense: "Au cours de ces représentations la délégation canadienne s'est vite rendue compte de la valeur de l'argument environnemental à l'appui de sa cause. En effet, ses arguments juridiques ne convainquaient pas. Ils donnaient au contraire l'impression que le Canada ne cherchait pas en réalité qu'à étendre sa juridiction contrairement à la Convention sur le droit de la mer et à s'accaparer plus de poisson aux dépens des autres. De même, ses arguments économiques, basés sur l'impact de la surpêche étragère sur les revenus des pêcheurs de Terre-Neuve, n'étaient pas de nature à impressionner les représentants d'Etats en développement. Par contre, en dénonçant le pillage et l'épuisement d'une ressource biologique et alimentaire appartenant à l'humanité tout entière, le Canada cessait de passer pour un égoïste. Ce sont ses adversaires qui dès lors semblaient vouloir continuer de piller sans vergogne". Citadas en FAUTEUX (1993: 60), op. cit. en nota 89.

112. Esos valores "individualistas" estarían basados en "una sociedad de individuos atomizados, sujetos solitarios y autointeresados que pululan persiguiendo sus propios proyectos, viendo a los demás o como instrumentos para sus objetivos o como amenazas para su seguridad". Vid. GORDON, R. (1987): "Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law", *Florida State Law Review*, vol. 15, p. 207, cit. en PÉREZ LLEDO, J. A. (1996): *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, p. 275.



un Estado pueden ser consideradas como violaciones de la soberanía de ese Estado y justificar, por tanto, una reacción a las mismas¹¹³.

A partir de Río de Janeiro, sin embargo, la retórica jurídica de los países ribereños deriva hacia el campo de la protección medio ambiental, específicamente hacia la protección de la diversidad biológica¹¹⁴. Esa conexión medio-ambiental cambiaba radicalmente el tono de su línea argumentativa: ya no se trataba de defender sus intereses "egoístas", que la CNUDN preservaba vía creación de la ZEE, sino de convertirse en garantes de la protección de los valores solidarios que esa misma Convención incorporaba en los artículos que obligan a preservar la riqueza biológica del alta mar. Desde ese momento, los países ribereños, a través de sus acciones unilaterales, lo único que estaban haciendo era defender los intereses colectivos de la Comunidad Internacional¹¹⁵.

Adviértase que la retórica medio ambiental situaba la cuestión de la protección de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios en un terreno similar al de la protección de los derechos humanos. En efecto, así como la defensa de los derechos humanos se ha convertido en un poderoso argumento para poner límites a la soberanía estatal, hasta el punto de justificar derogaciones del principio de no intervención o incluso del que prohíbe el uso de la fuerza¹¹⁶, de la misma forma también la protección del medio ambiente se está convirtiendo en un principio limitador de esa soberanía¹¹⁷.

113. Vid. DUPUY y VIGNES (1991: 1119), op. cit. en nota 84.

114. En el mismo sentido ORREGO (1996: 531), op. cit. en nota 91.

115. El ministro chileno de Asuntos Exteriores, aparentemente versado en Derecho internacional, acudía a SCELLE y su teoría del "desdoblamiento funcional" para justificar que el Estado ribereño actuase como mandatario de la Comunidad internacional para preservar la biodiversidad. Vid. cita en MOMTAZ (1995: 555-556), op. cit. en nota 79.

116. Véase al respecto FORCADA BARONA, I. (1996): *EL condicionamiento político y económico de la Ayuda Oficial al Desarrollo. Un estudio a la luz del Derecho internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanc.

117. Vid. WOLFRUM (1990: 308 y ss.), op. cit. en nota 4. Ya a finales de los sesenta justificaba acciones unilaterales de los Estados ribereños en el alta mar para protegerse contra los riesgos de polución que de ahí proviniesen: "A coastal state's unilateral move to protect itself against the threat of existing pollution coming from the high seas outside the contiguous zone seems to have been accepted as a justified form of self-defense or self-protection". Vid. TECLAFF, L. (1972): "International Law and the Protection of the Oceans from Pollution", *Fordham Law Review*, pp. 557-558; TECLAFF, L. (1974): "The Impact of Environmental Concern on the Development of International Law", en TECLAFF, L. y UTTON, A.: *International Environmental Law*, Nueva York, Praeger, p. 246; y



¿No debería existir pues un derecho de intervención, individual o colectivamente ejercido, para acabar con aquellos comportamientos que, violando las existentes obligaciones internacionales en relación al medio ambiente, pongan en peligro la diversidad biológica del alta mar?¹¹⁸. ¿No es la defensa del medio ambiente una obligación de carácter *erga omnes* cuya violación puede ser considerada incluso un crimen internacional?. Si, como muchos autores consideran, el alta mar comparte muchos de los requisitos necesarios para ser considerado PCH¹¹⁹, ¿no es la adopción unilateral de medidas aplicables en el alta mar un caso extremo de necesidad justificable en base a la imperiosa necesidad de evitar la irreversible desaparición de la diversidad biológica en las zonas comunes del planeta?.

La respuesta a esta cuestión nos sitúa directamente en el derecho de la responsabilidad internacional. Ya no se trata de que los Estados ribereños estén violando la libertad de pesca en alta mar¹²⁰, o sometiendo partes del alta mar a su soberanía¹²¹, sino que están reaccionando frente al ilícito previo que supone el no respeto, por parte de los Estados de pesca de altura, de sus

BROWNLIE, I. (1974): "A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection", en TECLAFF, L. y UTTON, A.: *International Environmental Law*, Nueva York, Praeger, pp. 1 y ss. En ese sentido, el artículo 1 del International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties establece: "Parties to the present Convention may take such measures on the high seas as may be necessary to prevent, mitigate or eliminate grave and imminent danger to their coastline or related interest from pollution or threat of pollution of the sea by oil, following upon a maritime casualty, which may reasonably be expected to result in major harmful consequences". Vid. texto en *ILM*, 1970, nº 9, p. 25. En esa misma línea, la CDI acogió siempre como ejemplo de "estado de necesidad" que excluye la ilicitud una amenaza grave para el medio ambiente (del tipo que produjo el incidente del "Torrey Canyon", por ejemplo). Vid. el comentario del Relator Especial al art. 33 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional en FERNÁNDEZ TOMÁS (1997: 290), op. cit. en nota 1.

118. Sobre la protección de la biodiversidad y el Derecho internacional, Vid. BOWMAN, M. (1996): "The Nature, Development and Philosophical Foundations of the Biodiversity Concept in International Law", en BOWMAN, M. y REDGWELL, C.: *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, Londres/La Haya/Boston, Kluwer Law International, pp. 6 y ss.

119. Vid. DUPUY y VIGNES (1991: 1015), op. cit. en nota 84; y ALBIOL (1984: 71), op. cit. en nota 31.

120. Art. 87 CNUDM.

121. Prohibido por el art. 89 CNUDM.



obligaciones relativas a la conservación de los recursos vivos¹²². ¿No sería pues el comportamiento de los Estados ribereños un caso extremo de aplicación del artículo 194.5 de la propia Convención que obliga a los Estados a tomar, individual o colectivamente todas las medidas que sean necesarias para proteger y preservar las formas de vida marinas diezmadas?

Esta claro que esta línea de argumentación estrictamente jurídica es puramente hipotética y que las medidas unilaterales adoptadas por los Estados ribereños forman parte de una estrategia negociadora que tenía como fin último presionar para conseguir un cambio, o mejor, una definición del derecho vigente que fuera en la dirección de sus intereses¹²³. Aún así merece quizás la pena desarrollarla algo más.

En efecto, tanta en la primera línea de argumentación como en la segunda, los países ribereños logran revertir su posición jurídica y pasar de ser violadores de una obligación internacional (la que obliga a respetar el derecho a pesca de todos los Estados en alta mar) a defensores de una obligación internacional que tiene incluso una posición ético-jurídica superior por representar intereses comunitarios: la que obliga a preservar la diversidad biológica de las zonas comunes. Es cierto que el CNUDM insiste en que esa protección debe hacerse por medio de la cooperación. Pero, ¿qué ocurre cuando todos los intentos resultan infructuosos por culpa de los Estados de pesca de altura, los recursos biológicos de las zonas comunes pueden verse mermados de forma irreversible y no existe ningún tribunal internacional que pueda dictar medidas apropiadas a tiempo? Como veremos al analizar la solución que se ha adoptado finalmente, la utilización de la retórica ecológica ha de ser considerada como uno de los grandes éxitos estratégicos de los países ribereños.

122. Contenidas en los arts. 117 y 118 CNUDM. Esa obligación es incluso de carácter consuetudinario, independiente por tanto de la participación en el Convenio. El desarrollo jurídico de esa obligación de origen consuetudinario puede verse en DUPUY y VIGNES (1991: 1118 y ss.), op. cit. en nota 84.

123. *Vid.* ORREGO (1996: 534), op. cit. en nota 91; y OXMAN, B. (1996): "Coastal States' Competences over High Seas Fisheries and the Changing Role of International Law - Comment", *ZaôRV*, 56/3, p. 542.



2) *Los argumentos de los países de pesca de altura*

La estrategia argumental de los países de pesca de altura gira en torno a la negación, por un lado, del interés especial del Estado ribereño en la gestión y conservación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, y por otro, de la legalidad de cualquier medida unilateral que, bajo el pretexto de defender esos objetivos, adopten los Estados ribereños¹²⁴.

La negación del interés especial —o del derecho preferencial— se basa, por un lado, en contestar la vigencia de los artículos 6 y 7 del Convenio de Ginebra el 58 que reconocen la existencia de ese derecho preferencial, y por otro, en considerar que la referencia "entre otros" del art. 116 del CNUDM como límite a la libertad de pesca en alta mar no crea ningún derecho adicional a los que el Estado ribereño tiene reconocidos en la parte V del Convenio. En ese sentido, los derechos contenidos el artículo 56(b)(1) de la CNUDM están estrictamente limitados a la ZEE y, por tanto, su ampliación al alta mar es, legal y lógicamente, insostenible¹²⁵. En consecuencia, el área más allá de las 200 millas está sujeta al régimen histórico de libertad de pesca en el alta mar y bajo el mismo, la pesca sólo puede ser regulada, como bien establecen los artículos 63.2 y 64, a través de acuerdos entre Estados ribereños y Estados pesqueros.

A este respecto, los Estados pesqueros contestan también el denominado "principio de coherencia"¹²⁶. Si, en virtud del mismo, el resultado de la cooperación entre unos y otros tuviera que adecuarse a las medidas adoptadas por el Estado ribereño en su ZEE, esa obligación de cooperar quedaría vacía de contenido puesto que se reduciría a endosar las medidas nacionales previamente adoptadas. Además, considerar por principio que las medidas de conservación del Estado ribereño son más eficaces que las que pudieran ser adop-

124. El desarrollo de estas tesis puede verse en LAGONI, R. (1992), "Principles Applicable to Living Resources Occurring both within and without the EEZ or in Zones of Overlapping Claims", *ILA Cairo Conference*, International Committee on the EEZ; TREVES, T. (1990): "Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer", *RCADI*, t. 223, pp. 228 y ss.; TREVES, T. (1992): "La pêche en haute mer et l'avenir de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer", *AFDI*, pp. 885 y ss.; LUCCHINI (1995: 519 y ss.), op. cit. en nota 96; YONEZAWA (1995: 582 y ss.): op. cit. en nota 90.

125. *Vid.* YONEZAWA (1995: 583), op. cit. en nota 90.

126. *Vid.* supra apartado III.2.1.



tadas conjuntamente, es una presunción que va en contra de los hechos¹²⁷. Algún Estado incluso sugirió, haciendo jugar a contrario el principio de unidad biológica de los stocks y acudiendo al artículo 64 del CNUDM, que la cooperación entre Estados ribereños y pesqueros debía incluir toda el area de distribución de la población de peces, incluyendo la ZEE¹²⁸.

Ahora bien, el punto que ha desatado las críticas más vehementes de los juristas que defienden las tesis de los Estados pesqueros ha sido, sin duda, la posibilidad de que los Estados ribereños adopten medidas unilaterales en el caso de que la cooperación entre unos y otros no dé sus frutos o a la espera de que los dé. A este respecto, consideran esas medidas una violación flagrante del art. 89 del CNUDM¹²⁹, un ejercicio descarado de jurisdicción rampante¹³⁰ y, sobre todo, un ataque directo al espíritu de cooperación que debe presidir el desarrollo del CNUDM¹³¹. En palabras de LUCCHINI:

"L'action unilatéral en droit international, pour s'exercer légalement, doit être expressément établie et convenue. Elle ne peut être implicite ou déduite. Cette possibilité était prévue sans équivoque par la Convention de Génève sur la pêche et la conservation des ressources biologiques en haute mer. Elle n'est, en revanche, pas retenue par la Convention de 1982"¹³².

Nótese que toda esta línea argumental es básicamente conservadora en el sentido de que se apoya principalmente en las disposiciones del CNUDM

127. *Vid.* LUCCHINI (1995: 532), *op. cit.* en nota 96.

128. *Vid.* la lista de cuestiones presentada por el delegado japonés a la Conferencia de Naciones Unidas sobre poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios en doc. A/CONF.64/L.6 de ocho de junio de 1993.

129. *Vid.* BADENES (1995: 108), *op. cit.* en nota 91.

130. *Vid.*, por ejemplo, PASTOR RIDRUEJO, J. A. (1993): "La jurisdicción rampante de los Estados ribereños sobre la pesca en alta mar", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, pp. 521 y ss.

131. *Vid.* NANDAN, S. (1995): "Draft Agreement on the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks", en AL-NAUIMI y MESE, *op. cit.* en nota 3, p. 293. En este sentido, aducen que las obligaciones en relación a la pesca en alta mar están sujetas al mecanismo obligatorio de arreglo pacífico de controversias previsto en la convención y que, por tanto, ello incluye la posibilidad de que el órgano llamado a conocer la controversia prescriba medidas provisionales que eviten daños irreversibles del medio ambiente. *Vid.* OXMAN (1996: 540), *op. cit.* en nota 123.

132. *Vid.* LUCCHINI (1995: 532), *op. cit.* en nota 96.



basadas en los principios individualistas del liberalismo que hemos visto un poco más arriba y en una rígida observancia del derecho de los tratados. En otras palabras, son argumentos técnico jurídicos que pierden el profundo contenido ético, filosófico, económico y político de la cuestión. Quizás por eso OXMAN, después de apuntar la responsabilidad que tuvo España durante la negociación de la CNUDM a la hora de que no se resolviera la cuestión de la pesca en alta mar¹³³, advierte que "rigid theories about high seas law and the law of the treaties that ignore the legal and practical implications of the duty to conserve and cooperate are making extreme logical abstractions the enemy of good international management"¹³⁴. La solución a la que al final se ha llegado es una buena muestra de esas advertencias.

3) *La solución alcanzada: el Acuerdo de 4 de agosto 1995*

Como es conocido, Canadá logró en Río de Janeiro una gran victoria diplomática al conseguir que el párrafo 17.49 (e) del Programa de Acción 21 incluyese un mandato a los Estados para que convocasen una Conferencia intergubernamental sobre las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios. La Asamblea General de Naciones Unidas, por medio de la resolución 47/192, procedía formalmente a la convocatoria de esa Conferencia con el mandato de que debatiese sobre los problemas de la pesca en alta mar y no, como deseaba la CEE, sobre la gestión de estos recursos incluyendo la que llevaban a cabo los Estados ribereños dentro de su ZEE. Tras más de dos años de trabajos, la Conferencia adoptó el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios¹³⁵.

133. Durante la negociación de la CNUDM se estuvo cerca de alcanzar un consenso sobre un conjunto de disposiciones más detalladas para regular las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios. En el último minuto España amenazó con reabrir los artículos relativos a los estrechos y eso hizo que Rusia dejara de apoyar la propuesta. *Vid.* OXMAN (1996: 541), op. cit. en nota 123.

134. *Op. cit.* p. 543.

135. Para su adopción definitiva, la ONU convocó una Conferencia internacional específicamente sobre este tema que se celebró en Nueva York el 5 de diciembre de 1995. El acuerdo entrará en vigor cuando se deposite el 30 instrumento de ratificación. *Vid.* art. 40 del Acuerdo.



De los 50 artículos y dos anexos que se han necesitado para desarrollar el CNUDM voy a fijarme exclusivamente en los puntos conflictivos que oponían a Estados ribereños y pesqueros y que se reflejaban en los argumentos descritos unas páginas más arriba: el principio de coherencia, el contenido de la obligación de cooperar, la ejecución de las medidas adoptadas y el arreglo de las diferencias que puedan surgir¹³⁶.

Con respecto al principio de coherencia, y después de dedicar varios artículos a los criterios que deben presidir la explotación de los recursos en cuestión¹³⁷, el Acuerdo se inclina por los Estados ribereños, aunque su redacción potencialmente contradictoria puede eventualmente suscitar problemas. En efecto, el artículo 7 establece que las medidas a uno y otro lado de la línea de las 200 millas han de ser compatibles y que los Estados en cuestión deberán ponerse de acuerdo para adoptar esas medidas teniendo en cuenta las que ya haya adoptado el Estado ribereño para las mismas poblaciones de peces dentro de su ZEE¹³⁸. En principio pues se da satisfacción al Estado ribereño¹³⁹. No es extraño si tenemos en cuenta que ya en la práctica estatal previa los Estados ribereños habían logrado, en numerosos tratados, que los Estados pesqueros aceptasen el principio de coherencia¹⁴⁰. Está claro que el giro copernicano dado por los Estados Unidos en su posición con respecto a las poblaciones de peces altamente migratorios ha tenido una influencia considerable en la solución aportada por el Acuerdo¹⁴¹.

136. Un análisis completo del Acuerdo puede verse en GHERARI (1996: 372 y ss.), op. cit. en nota 107; BADENES (1996: 131 y ss.), op. cit. en nota 91; y BADENES (1997: 126 y ss), op. cit. en nota 92.

137. Sobre esos criterios volveremos en las conclusiones de este trabajo. *Vid. infra* apartado IV.

138. En caso de que no se puedan poner de acuerdo sobre las medidas, se puede acudir a los mecanismos de solución de controversias previstos en el acuerdo. Bajo esos mecanismos, y a la espera de que el tribunal o sistema de arreglo decida sobre el fondo del asunto, se podrán adoptar medidas provisionales. *Vid. art. 7.5*.

139. Ello no obstante, el art. 7 enumera otros criterios a tener en cuenta para fijar las medidas (por ejemplo, medidas previamente acordadas por otras organizaciones pesqueras, o el grado de dependencia de la pesca de uno y otro Estado). Como esos criterios pueden chocar con el de coherencia, su solución se difiere pues a las modalidades de adopción de decisiones en la organización regional que esté encargada de adoptar las medidas.

140. *Vid. ejemplos de esos tratados en GHERARI (1996: 375), op. cit. en nota 107; y YONEZAWA (1995: 575 y ss.), op. cit. en nota 90.*

141. Como es sabido los Estados Unidos, hasta la celebración del tratado con los miembros del Forum Fishery Agency, consideraba que, de acuerdo con el



Otro de los aspectos que el Acuerdo debía imperativamente tratar era el de la obligación de cooperar. Como se recordará el CNUDM exhortaba a los Estados implicados a resolver el problema de la gestión y conservación de estos recursos a través de la cooperación, pero esta obligación de cooperar no iba acompañada de plazos ni de soluciones alternativas en el supuesto de que no se llegara a ninguna solución satisfactoria. La práctica además había demostrado las carencias de las organizaciones que, en cumplimiento de esta obligación de cooperar, se habían creado. El Acuerdo, por tanto, intenta paliar esos problemas a través de dos medidas. La primera, especificando que esa obligación se cumple, bien cuando el Estado se hace miembro de una organización o arreglo regional de ordenación pesquera que tenga competencias para establecer medidas de conservación, o bien, si no existe una organización o arreglo de ese tipo, cuando los Estados se ponen de acuerdo para crearlo¹⁴². Para incitarles a cumplir con la obligación el Acuerdo establece que "únicamente los Estados que sean miembros de dicha organización o participantes en dicho arreglo, o que se comprometan a aplicar las medidas de conservación y ordenación establecidas por la organización o el arreglo, tendrán acceso a los recursos de pesca a que sean aplicables esas medidas"¹⁴³.

La segunda de las medidas adoptadas para precisar la obligación de cooperar tiene que ver con el funcionamiento de esas organizaciones o arreglos de cooperación. A este respecto, el Acuerdo obliga a que los Estados se pongan de acuerdo al establecer la organización o arreglo sobre el ámbito de aplicación biológico y geográfico del mismo, sobre los mecanismos de obtención de asesoramiento científico, sobre los derechos de participación y asignación de cuotas, sobre los mecanismos de seguimiento y control, sobre los procedimientos de toma de decisiones que sean eficaces y sobre las modalidades de participación de nuevos miembros (los denominados "new entrants"). En ese último caso, el Acuerdo establece una serie de criterios para realizar esa inevitable distribución de riqueza que la llegada de un nuevo participante implica¹⁴⁴. Teniendo en cuenta los inevitables conflictos de

art. 64 de la CNUDM, la gestión de las poblaciones de peces altamente migratorios debía de hacerse de común acuerdo entre Estado ribereño y Estados pesqueros. En ese acuerdo, sin embargo, reconoce el interés especial del Estado ribereño a la hora de adoptar las medidas de conservación y gestión. *Vid.* YONEZAWA (1995: 578-579), op. cit. en nota 90.

142. *Vid.* art. 8.2 y 3 del Acuerdo.

143. *Vid.* art. 8.4.

144. Entre esos criterios están el de la situación de las poblaciones de peces, los intereses y modalidades de pesca de los miembros y de los participantes



interpretación y los problemas que se suscitarán con los nuevos participantes en relación a la forma de equilibrar los criterios que regulan su entrada en las pesquerías, es evidente que esta parte reenvía a los mecanismos de solución de controversias para su desarrollo pleno.

Sobre esa cuestión los Estados participantes han negociado por un lado, la aplicación de las medidas de gestión y conservación por parte de los Estados y, por otro, la aplicación del Acuerdo dentro de un procedimiento de arreglo pacífico de controversias como consecuencia de la imposibilidad de llegar a soluciones comunes o de divergencias de interpretación.

La aplicación de las medidas de gestión y conservación era un asunto espinoso puesto que afectaba la regla inveterada de Derecho del mar que atribuye jurisdicción exclusiva sobre un buque en alta mar al Estado del pabellón. A ese respecto el Acuerdo distingue entre la acción individual de los Estados, que se deja en manos del Estado del pabellón¹⁴⁵ y, en menor medida, del Estado del puerto¹⁴⁶, y la acción colectiva. En este último supuesto, el más conflictivo de todos, el Acuerdo establece, en primer lugar, que el Estado del pabellón que investigue una presunta infracción podrá solicitar la colaboración de cualquier otro Estado el cual, en la medida que lo permitan sus leyes y reglamentos, deberá prestársela, y en segundo lugar, que todo Estado miembro de una organización o acuerdo puede, por medio de inspectores debidamente habilitados, subir a bordo e inspeccionar los buques de otros Estados miembros del Acuerdo, sean o no miembros de la

nuevos, las necesidades de las comunidades ribereñas y de los Estados ribereños cuyas economías dependan en gran medida de la explotación de los recursos marinos vivos. *Vid.* arts. 10 y 11.

145. De esta forma el Estado del pabellón se obliga a que los navíos que enarbolan su pabellón respeten las medidas de conservación y gestión aplicables. Para ello, si se alega una infracción se deberá proceder inmediatamente a investigar la denuncia, informándose al Estado denunciante y al organismo regional de pesca. Eventualmente, se deberán iniciar acciones judiciales en caso de infracciones graves procediendo incluso a la inmovilización del buque. *Vid.* arts. 18 y 19.

146. El Estado del puerto podrá controlar el respeto de las medidas de gestión y conservación por parte de los navíos que voluntariamente atraquen en sus puertos. El control puede ejercerse sobre los documentos, aperos de pesca, capturas y puede llevar a la prohibición de desembarco y transbordo en caso de que se demuestre que las capturas se han llevado a cabo contraviniendo las medidas de gestión y conservación. Las medidas adoptadas pues se alinean con las previstas en el Acuerdo celebrado en el seno de la FAO para controlar la pesca en alta mar. Sobre el mismo, *Vid.* MOORE, G. (1993): "Un nouvel accord de la FAO pour contrôler la pêche en haute mer", *Espaces et ressources maritimes*, n° 7, pp. 62 y ss.



organización, con objeto de asegurar el cumplimiento de las medidas de conservación. En caso de que haya motivos evidentes para creer que se ha cometido una infracción se informará rápidamente al Estado del pabellón quien debe responder en un plazo de tres días y proceder a investigar las denuncias o autorizar a que el Estado que ha inspeccionado lo haga. En ese último caso, se comunicarán los resultados de esa investigación al Estado del pabellón y éste tomará las medidas de ejecución oportunas o autorizará al Estado que ha efectuado la investigación a adoptarlas. En todo caso, si hay motivos para creer que la infracción cometida es grave¹⁴⁷, y el Estado del pabellón no responde en el plazo de tres días fijado, los inspectores podrán permanecer a bordo y podrán exigir del capitán que dirija el buque sin demora al puerto más cercano.

En relación al procedimiento de arreglo pacífico de controversias, el Acuerdo extiende a los Estados partes, a la hora de dirimir diferencias relativas a la interpretación y aplicación del Acuerdo o de un acuerdo regional o mundial de ordenación pesquera, el sistema del CNUDM y ello independientemente de que sean o no partes en la Convención. En consecuencia, los Estados parte pueden elegir entre una o varias jurisdicciones –TIJ, tribunal arbitral, Tribunal Internacional de Derecho del Mar– sin perjuicio de que puedan llegar a un arreglo directo o a través de un procedimiento de conciliación¹⁴⁸. Como adaptación del sistema del CNUDM, el Acuerdo permite a los Estados parte que se puedan oponer a que el Tribunal de Derecho del Mar adopte medidas provisionales sin su acuerdo¹⁴⁹ y, además, recuerda, en su art. 32, que la revisión jurisdiccional nunca puede alcanzar a las medidas de conservación adoptadas por el Estado ribereño en su ZEE.

147. El Acuerdo especifica en el art. 21 los supuestos de infracción grave.

148. El artículo 287 del CNUDM al cual remite el Acuerdo establece que los Estados que ratifiquen la Convención deberán acompañarla de una declaración en la que se especifique su elección de procedimiento de arreglo pacífico de controversias. A 15 de marzo de 1995 de los 73 Estados que habían ratificado la Convención sólo ocho habían efectuado esa declaración. A falta de esa declaración, el art. 287.3 establece una presunción a favor del arbitraje. Es de prever que algo parecido ocurra con el Acuerdo. Sobre el complicado sistema de arreglo pacífico de controversias del CNUDM, *Vid.* TREVES, T. (1996): "The Law of the Sea Tribunal: its Status and Scope of Jurisdiction after November 16, 1994", *ZaöRV*, 56/3, pp. 421 y ss.; y BOYLE, A. (1997): "Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, pp. 37 y ss.

149. Art. 31.3.



IV. CONCLUSIÓN GENERAL: HACIA UNA RECONSIDERACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ESPACIOS COMUNES DEL PLANETA

Tanto la reforma de la Parte XI del CNUDM como el Acuerdo sobre poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios han sido, en general, bien recibidos por parte considerable de la doctrina internacionalista. La primera, debido a que contribuye a "universalizar" la participación en ese tratado¹⁵⁰; el segundo, al considerarse un "paso muy importante en el camino hacia la conservación y administración efectiva de dichos recursos" y por clarificar y desarrollar las disposiciones del CNUDM a través de la cooperación entre Estados interesados¹⁵¹. Ahora bien, ¿es la universalización un criterio para medir la contribución al progreso del Derecho internacional que supone la reforma de la Parte XI del CNUDM? ¿contribuirá el Acuerdo a solucionar los problemas reales que nuestra especie tiene planteados?

En mi opinión, aunque la participación universal produzca una cierta seguridad formal en relación al derecho aplicable, y el Acuerdo de 1995 contribuya temporalmente a evitar ciertas controversias derivadas de la competencia entre Estados por conseguir unos recursos cada vez más escasos, la respuesta a ambas cuestiones es un no matizado. Las razones aducidas para valorar positivamente los dos casos no son, ni con mucho, un criterio definitivo para medir el progreso. De hecho, ambas reformas suponen, básicamente, un paso atrás.

En relación a la reforma de la Parte XI, y a pesar de que algunos autores advirtieran de la naturaleza política o filosófica del PCH como principio¹⁵², es bueno recordar que otros en la doctrina internacionalista recibieron el concepto en su momento, como "un grand moment dans l'histoire de l'humanité en général et dans le développement du droit international en particulier"¹⁵³.

150. Vid. ANDERSON (1995: 289): op. cit. en nota 5; JAGOTA (1995: 392), op. cit. en nota 61; y RATTRAY, K. (1996): "Resolution and Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the UN Convention on the Law of the Sea: A General Assessment - Comment", *ZaöRV*, vol. 56/3, pp. 300.

151. Vid. BADENES (1996: 145), op. cit. en nota 91; GHERARI (1996: 390), op. cit. en nota 107; y LUCCHINI (1995: 562), op. cit. en nota 96.

152. Vid. GOROVE, S. (1972): "The Concept of Common Heritage of Mankind: a Political, Moral or Legal Innovation?", *San Diego Law Review*, vol. 9, p. 402; SAFFO, P. L. (1978-79): "The Common Heritage of Mankind: Has the General Assembly Created a Law to Govern Seabed Mining?", *Tulane Law Review*, p. 514.

153. Vid. KISS (1982: 224): op. cit. en nota 7.



Todavía en 1995 algún autor describía el régimen de la ZFMO como un ejemplo del funcionamiento de la equidad en el Derecho internacional¹⁵⁴.

Sin embargo, ya en 1982 era obvio que el contenido del concepto de PCH aplicado a los fondos marinos, tal y como resultaba de la CNUDM, era letra muerta. Detrás de la naturaleza "gaseosa"¹⁵⁵ o "vacía"¹⁵⁶ del concepto de PCH, sólo existía una pantalla que escondía un interesante juego de intereses económicos. Y si alguien se tomaba la molestia de leer economía, relaciones internacionales, ciencia política, geología y algo de innovación tecnológica, resultaba claro que el concepto de PCH, privado de cualquier contenido jurídico, y utilizado como etiqueta para designar cualquier compromiso al que se llegara¹⁵⁷, no tenía, en el caso de los fondos marinos, la menor posibilidad de contribuir a "socializar" el Derecho internacional. Si significaba un progreso, éste sólo residía en el posible gozo estético y ético de manipular tan elevadas palabras. Como bien observa BOWMAN, "such concepts have perhaps made a greater impact in the realms of political rhetoric and academic discourse than they have upon the substance of international law"¹⁵⁸.

En realidad, aunque los Estados negociadores hayan puesto un tremendo énfasis en subrayar que los fondos marinos siguen siendo PCH, que el acuerdo alcanzado no "enmienda" el Convenio y que ambos textos deben leerse conjuntamente¹⁵⁹, eso, que puede ser cierto desde un estricto, pero estrecho, punto de vista formal, es falso desde el punto de vista sustantivo.

En efecto, si tenemos en cuenta que la rentabilidad económica de la explotación de los fondos marinos sigue estando basada en análisis teóricos y pruebas a pequeña escala¹⁶⁰, lo que la reforma ha hecho, más allá de su

154. Vid. FRANCK, T. (1995): "Equity in International Law", en JASENTULIYANA, N. (ed.): *Perspectives on International Law*, Londres/La Haya/Boston, Kluwer Law International, p. 45.

155. Por utilizar la expresión del Comité canadiense de ONG's para quien muchos de los principios adoptados en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo "are so gaseous as to dissolve upon examination". Vid. cita en PANJABI, R. (1992): "Idealism and Self-Interest in International Environmental Law: the Río Dilemma", *California Western International Law Journal*, vol. 23, p. 192.

156. Vid. RATTRAY (1996: 307), op. cit. en nota 150.

157. Vid. DUPUY y VIGNES (1991: 1125), op. cit. en nota 84.

158. Vid. BOWMAN (1996: 12), op. cit. en nota 118.

159. Vid. VALLE (1995: 52), op. cit. en nota 63 y art. 2 del Acuerdo.

160. Y por tanto nadie sabe como funcionarían esos sistemas en el caso de ser empleados a escala comercial. Vid. ROBEN (1996: 349), op. cit. en nota 55.



pretensión de cambiar los aspectos impracticables de la Parte XI, es eliminar "por si acaso", y sin dejar apenas trazas, los principales *valores* o principios del texto que apuntaban al establecimiento de un NOEI –democracia, solidaridad y reparto de riquezas– para sustituirlos por el criterio de mercado como asignador eficiente de recursos. No niego que muchas de las disposiciones de la Parte XI, redactadas en los años setenta, necesitaran una corrección –y pienso, sin ir más lejos, en la irrealidad de una toma de decisiones basada en la regla "un Estado, un voto", sin ningún tipo de ponderación–¹⁶¹. Lo que no requería ninguna reforma, sin embargo, eran los valores que estaban en la base del régimen de los fondos marinos previsto en Jamaica. Ellos han sido, por desgracia, los grandes perdedores.

A pesar de que algunos autores reconozcan méritos a la reforma¹⁶², confiar, a finales de los años noventa, en que el mercado va a resolver sin más, y se trata básicamente de eso, los problemas de pobreza que afectan al planeta –a su vez, responsables del deterioro medioambiental– es una ingenuidad, como bien saben los elefantes¹⁶³. Si queremos seguir posponiendo las cosas, podemos seguir haciéndolo, pero hay que ser conscientes de la grave irresponsabilidad que ello supone. Más pronto o más tarde tendremos que hacer frente a la única cuestión substantiva que requiere en estos momentos toda nuestra atención: cómo compartir los recursos del planeta. El mercado a secas no es la solución porque favorece a los que más tienen y eso va, en estos momentos, en detrimento de la protección medioambiental. Si, como apunta NANDA, "the only meaningful unit by which to measure the success or failure of the international environmental law

161. El propio Arvid PARDO calificaba el régimen establecido en la Parte XI de "little short of disaster". *Vid.* PARDO (1983: 742), *op. cit.* en nota 96.

162. "True, the need to attain universal application now required privileging the north. This was made possible by shifting discourse from ideology and politics to institutional pragmatism. But this does not mean that jurist could not in the years to come cite the establishment of the Authority as the first true internationalist venture which, however truncated if compared to maximalist developing State objectives, put into effect an international administration of a no-man's land with the view of sharing the benefits derived from its resources through a generally accepted system". *Vid.* KOSKENNIEMI y LEHTO (1996: 552), *op. cit.* en nota 33.

163. *Vid.* GLENNON, M. (1990): "Has International Law Failed the Elephant", *AJIL*, vol. 84, pp. 1 y ss., donde se analiza cómo el funcionamiento de las reglas de mercado ha contribuido al dramático descenso de la población de elefantes africanos.



is the health of the planet itself"¹⁶⁴, está claro que la reforma de la Parte XI del CNUDM no va en la dirección correcta.

En lo que respecta al Acuerdo de 1995, y como bien se encarga de recordar su preámbulo, el texto en cuestión tiene como intención declarada la de conservar a largo plazo las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, preservando así la diversidad biológica del mar. De hecho, las medidas unilaterales adoptadas por los Estados ribereños, las canadienses en particular, fueron adoptadas ante la urgente e imperiosa necesidad de hacer frente a una disminución dramática y real de las poblaciones de peces de ciertas especies. No parece, sin embargo, que el contenido de este Acuerdo pueda contribuir a alcanzar ese objetivo.

En efecto, contemplado desde un cierto nivel de abstracción, el Acuerdo opta por inclinar la balanza de la responsabilidad en la conservación de ciertos recursos marinos del lado de los Estados ribereños. Así hay que entender pues, el principio de coherencia recogido en su art. 7 y el retroceso que sufre el principio de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón. Con otras palabras: esgrimiendo el argumento medioambiental, los Estados ribereños han conseguido extender el ejercicio de competencias soberanas a espacios anteriormente sometidos al régimen de libertad de alta mar. Esa solución es, por desgracia, potencialmente peligrosa. ¿Por qué?

La razón estriba en que, según la filosofía subyacente en el Acuerdo, la causa de esa disminución de los stocks de ciertas poblaciones reside en la mala gestión de la zona adyacente a la ZEE y de las especies altamente migratorias debido a su carácter de zonas comunes. La solución ofrecida va en la dirección de someter en parte la gestión de esas zonas al control de una autoridad nacional, la única que puede hacer efectivas las normas de conservación. En base a esa filosofía, y en consonancia con la que anima el CNUDM, el Acuerdo excluye de la revisión jurisdiccional las medidas de conservación adoptadas por el Estado ribereño en su ZEE, dando por sentado no sólo que, al ser una competencia soberana está exenta de control, sino que esas medidas siempre favorecerán la diversidad biológica porque nadie mejor que el propietario puede cuidar de su propiedad.

Ahora bien, como la experiencia demuestra, y los datos científicos avalan, la extensión de la soberanía nacional sobre los recursos marinos no ha resuelto en absoluto los problemas pre-existentes de conservación y distri-

164. *Vid.* NANDA (1995: 4), op. cit. en nota 103.



bución, y no parece que pueda tampoco resolver los del presente¹⁶⁵. Hay razones para pensar incluso que esa extensión, al desconocer la causa real del problema, puede agravar incluso los que se puedan presentar en el futuro.

En realidad, y siendo honestos, hemos de admitir los obstáculos a los que nos enfrentamos para entender el comportamiento de los stocks de peces transzonales y altamente migratorios. A las dificultades para obtener datos fiables e interpretarlos hemos de añadir la falta de comprensión del comportamiento de los complejos e interdependientes ecosistemas marinos. En cualquier caso, el descenso de la diversidad biológica, más que del comportamiento irresponsable de los buques de altura de algunos Estados, como pretenden los países ribereños, parece consecuencia del funcionamiento cruzado de diversos factores interdependientes: el sistema económico en vigor para la explotación de las materias primas del planeta, el crecimiento exponencial de nuestra propia especie y de ciertas actividades económicas, activadas por las necesidades de la sociedad de consumo, y, sobre todo, y por encima de todo, de una concepción de la relación del hombre con la naturaleza completamente distorsionada. Si eso es así, lo que se hubiera requerido es el abandono del principio de soberanía nacional como criterio ordenador de la gestión y conservación de los recursos marinos —criterio que alimenta la división artificial de los espacios marinos contenida en la CNUDM y el presente Acuerdo—, y el tratamiento de los mismos como un verdadero patrimonio común de la humanidad —*res publica*— sujeto a gestión internacional¹⁶⁶.

Todo parece indicar pues que el Acuerdo en el fondo sólo es un parche más, una escaramuza entre países ricos o en vías de serlo a la hora de distribuir a escala mundial los costes de la inevitable reconversión de la industria de pesca de altura. Al no abordar de frente las causas de la pérdida de biodiversidad, es de prever que, en el futuro, a medida que algunos países en desarrollo empiecen a crecer económicamente y quieran dotarse de flotas de altura, los conflictos entre Estados por recursos cada vez más escasos se agudicen. Y ello a pesar de que, con la solución dada por el Convenio al problema de los "new entrants", se haya pretendido de hecho dar la puntilla final a la libertad de pesca en alta mar como forma de conjurar los inevitables problemas de distribución de recursos venideros.

165. *Vid.* al respecto el interesante artículo de JACOBSON, J. (1995): "Managing Marine Living Resources in the Twenty-First Century: the Next Level of Ocean Governance", en NORDQUIST y MOORE, op. cit. en nota 3.

166. Un modelo de esa gestión en JACOBSON (1995: 318 y ss.), op. cit. en nota anterior.



Esa forma de proceder –*vaciar de contenido los conceptos manteniendo su estructura formal*–, similar a la que veíamos al analizar el concepto de PCH, y todo el proceso que ha conducido a la revisión del CNUDM, dice mucho, como indicábamos en la introducción, del funcionamiento y características del Derecho internacional.

En efecto, debido a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo en ese momento, el CNUDM dejó la cuestión de la gestión de la pesca en alta mar formulada en términos generales, ambiguos e indeterminados¹⁶⁷. Por detrás de esa indeterminación, subyacían dos grandes "principios": el "individualista", propio del liberalismo clásico, incorporado en los artículos que permiten la explotación individual del mar y distribuyen competencias al efecto, y el "colectivista", "comunitario" o "altruista", propio del Estado social, y que se traducía en las obligaciones de conservación del CNUDM que invitan a colaborar en la gestión de los recursos vivos del mar¹⁶⁸.

La estrategia argumental de los Estados con intereses divergentes en este asunto demuestra que esa indeterminación y esa inspiración en principios contrapuestos permite desarrollar cualquier línea argumentativa y que ésta encuentre acomodo dentro del marco jurídico. Pero sobre todo, lo que viene a demostrar es que, al final, los conceptos jurídicos son manipulados a voluntad, dependiendo del peso específico de los Estados en la sociedad internacional, para acomodarlos a los intereses estatales. Buena prueba de ello es la línea argumental de los Estados ribereños –muy similar por cierto a la de los países que pedían en su momento la extensión de su soberanía a las 200 millas– que, partiendo del principio de solidaridad (defensa medioambiental) y amenazando con provocar un cambio legislativo por la fuerza –algo que siempre está presente en el Derecho internacional–, han conseguido *reforzar el principio liberal-individualista* (aumento de sus competencias en alta mar) *a costa de vaciar de contenido una de las libertades típicas del alta mar*.

167. En ese sentido, la desilusión del profesor KENNEDY al analizar la "substancia" del Derecho internacional y darse cuenta que, carente de naturaleza inherente, remitía al procedimiento, es más que comprensible. *Vid.* supra nota 108.

168. Sobre cómo esos dos principios aparecen en diversas ramas del derecho americano reflejando los términos de un debate político más general y cómo su carácter contradictorio sume también en la contradicción e incoherencia interna a dichas ramas, *Vid.* KENNEDY, D. (1976): "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review*, vol. 89, pp. 1685 y ss. Para una visión más filosófica del problema, *Vid.* UNGER, R. (1975): *Knowledge and Politics*, 2ª ed. 1984, New York, The Free Press.



En resumen pues, el análisis de la reforma del régimen jurídico que se ha de aplicar a la explotación de algunos de los recursos económicos del alta mar que hemos visto en las páginas precedentes nos muestra que la Comunidad Internacional, y en particular sus miembros más influyentes, han optado, en consonancia con los tiempos que corren, por *principios liberales de ordenación*. En el caso de la reforma de la Parte XI del CNUDM se opta por confiar en el mercado, y en los intereses que representa, como criterio eficaz para la asignación de recursos; en el caso del Acuerdo sobre poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, se opta por inclinar la balanza de la responsabilidad en su gestión y conservación del lado de la soberanía nacional representada por el Estado ribereño.

En ambos supuestos lo que subyace es una enorme desconfianza en la gestión internacional como medio de explorar, explotar, repartir y conservar los recursos del planeta que son comunes a nuestra especie y a muchas otras. Una desconfianza pues que afecta al principio de solidaridad y que implica, en el fondo, optar por la *competencia* –por la famosa supervivencia del más fuerte– *frente a la cooperación institucionalizada*. Esa opción, además de favorecer en el momento presente a los que más tienen, no contribuyendo por tanto al inevitable reparto de recursos, presenta peligros evidentes.

El primero tiene que ver con la tendencia que esas elecciones representan. Miradas desde una perspectiva general, lo que la reordenación analizada en estas páginas confirma es el reforzamiento de la *soberanía* nacional como instancia decisoria a la hora de explotar y conservar recursos comunes. Si las tendencias de desarrollo económico exponencial continúan, será inevitable, más pronto o más tarde, asistir a enormes presiones para someter las zonas comunes del planeta, e incluso las situadas fuera del mismo, a las diferentes jurisdicciones nacionales.

El peligro de esta tendencia no es tanto que los conflictos se transformen en diferencias transfronterizas¹⁶⁹, aunque eso en sí sea muy grave por el aumento de la conflictividad que puede suponer, sino que, y esto nos lleva al segundo peligro apuntado, la jurisdicción nacional como medio de proteger, explorar y explotar zonas comunes es ineficiente e inapropiada¹⁷⁰. La gestión efectiva de ese tipo de recursos –y estoy pensando aquí no sólo en la ZFMO y en las poblaciones de peces transzonales o migratorios, sino también en la riqueza biológica que en la actualidad se encuentra dentro de la ZEE– requiere

169. Vid. YONEZAWA (1995: 584), op. cit. en nota 90.

170. Vid. HARDIN (1968: 1244-45), op. cit. en nota 10.



una autoridad que regule teniendo en cuenta las implicaciones medioambientales que se derivan de la interdependencia de todos los ecosistemas. En el caso particular de la biodiversidad marina, y teniendo en cuenta las extensas áreas geográficas ocupadas por las pesquerías, una regulación que incluya las zonas de procreación, las pautas migratorias, las especies asociadas y otros factores que puedan afectar al recurso. La atribución de la gestión de esos recursos a unas unidades estatales, cuyos artificiales límites desconocen la realidad última de la naturaleza, es inapropiada.

Pero esto nos lleva, sin embargo, a un problema de mucho mayor calado. El contenido de los conceptos de PCH o libertad de alta mar, tal y como surgen de la reordenación que estamos estudiando, responden a una concepción de las relaciones del hombre con la naturaleza que es intrínsecamente peligrosa para nuestra permanencia en el planeta. Ambas reformas, en efecto, mantienen la maximización de la explotación de los recursos y de los beneficios que de ellos se puedan obtener como filosofía básica subyacente¹⁷¹. Responden a lo que los estudiosos de la ética medioambiental hacen bien en denominar "ética de la frontera o del vaquero"¹⁷², y que MEYERS describe perfectamente de la siguiente forma:

"This isolationist tradition views humans as set apart from nature and as superior to all other species; places too much emphasis on national boundaries, which marginalizes the fact that ecosystems and biological processes are connected on a global scale; ignores the finiteness of Earth's ability to support life, or alternatively, places too much faith in technology's ability to extend that finite capability; promotes the continued separation of rich from poor nations; and, when calculating the worth of goods and services produced today, minimizes both future environmental costs and the current benefits (economic and not economic) provided by undisturbed natural systems"¹⁷³.

171. Vid. MEYERS (1992: 581), op. cit. en nota 4.

172. Vid. al respecto, SHRADER-FRECHETTE, K.S. (1991): "Frontier or Cowboy Ethics" and "LifeBoat Ethics", en SHRADER-FRECHETTE, K.S. (ed.): *Environmental Ethics*, The Boxwood Press, pp. 31 y ss. Sobre las raíces científicas, filosóficas e históricas de esta postura ética en relación a la naturaleza, puede verse: HAWKEN, P. (1994): *The Ecology of Commerce*, New York, Harper Business; McLUHAN, T. C. (1994): *The Way of the Earth*, New York, Simon & Schuster; MARIETTA, D. (1995): *The People and the Planet*, Philadelphia, Temple University Press; MASER, Ch. (1992): *Global Imperative*, Walpole (USA), Stillpoint; ROSZAK, T. (ed) (1995): *Ecopsychology*, San Francisco, Sierra Club Books.

173. Vid. MEYERS (1992: 596), op. cit. en nota 4.



Los conceptos de "máximo rendimiento sostenible"¹⁷⁴, o equivalentes, aplicados a la explotación económica de otras especies y utilizados profusamente en tratados como el CNUDM, no sólo responden a un antropocentrismo corto de miras, que desconoce la profunda imbricación de todas las especies en la corriente de vida en el planeta¹⁷⁵, sino también apuntan a una peligrosa arrogancia por nuestra parte al pretender conocer y poder manejar los hilos de la vida en la Tierra.

Estas cuestiones éticas nos introducen de lleno en el segundo hilo conductor de este trabajo que exponía en la introducción: la metodología. En efecto, como la profesora HEY demostró al analizar el régimen de explotación de los recursos marinos transfronterizos, y yo he pretendido subrayar en este trabajo, *los conceptos jurídicos utilizados en Derecho internacional cambian de contenido dependiendo de factores metajurídicos*¹⁷⁶. En ciertos momentos, cuando los intereses en presencia alcanzan un cierto umbral, los Estados utilizan la indeterminación y carácter contradictorio de muchas reglas y normas del Derecho internacional como arma retórica en la lucha diplomática por el poder. En ese sentido, el Derecho internacional no supone casi ningún freno a sus intereses particulares.

Esa forma de manipulación del Derecho internacional, que hemos visto en la insistencia con que los Estados pretendían mantener los conceptos tradicionales al mismo tiempo que los vaciaban de su contenido, presenta profundas implicaciones metodológicas para nuestra disciplina. Si los conceptos jurídicos en Derecho internacional se llenan de contenido según factores metajurídicos, el paradigma metodológico bajo el que trabaja gran parte de la doctrina contemporánea, y al que hacía referencia en la introducción de este trabajo¹⁷⁷, no sólo hace el juego a las poderosas fuerzas que están contribuyendo a moldear los acontecimientos, sino que se demuestra incapaz de

174. El máximo rendimiento sostenible es el nivel a partir del cual la tasa de crecimiento de un stock de peces es mayor, maximizándose, por tanto, las capturas que se pueden efectuar cada año. Ese concepto está obviamente calculado sin contar con que otros factores medioambientales alteren la evolución del stock. Vid. CHURCHILL y LOWE (1988: 226), op. cit. en nota 14.

175. Vid. YAMIN (1995): "Biodiversity, ethics and international law", *International Affairs*, nº 71, p. 533 y ss.

176. Vid. HEY (1989: 40), op. cit. en nota 105.

177. Vid. *supra* nota 6.



comprender en su globalidad el curso de los mismos y, lo que es peor, también de valorarlos¹⁷⁸.

Que en la Conferencia de Naciones Unidas que adoptó el Acuerdo sobre poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios se dejaran de lado las cuestiones jurídicas y se discutieran infinidad de estudios sobre conservación y gestión de recursos marinos, ha de servir a los internacionalistas para comprender que, como advertía KORHONEN, si no queremos acabar dedicándonos a decidir los detalles burocráticos de las negociaciones políticas¹⁷⁹, es fundamental abrirse realmente a otras disciplinas, incluida la ética. Porque, en el fondo, cuando se levanta el telón y empieza la obra, lo que principalmente hay detrás del Derecho internacional es política¹⁸⁰. Y nada más que política.

178. Vid. KAMIENIECKI, S. (1993): *Environmental Politics in the International Arena*, New York, State University of New York Press, p. 4.

179. Vid. KORHONEN, O.: "New International Law: Silence, Defence or Deliverance", *EJIL*, nº 7, p. 11.

180. Como bien describen KOSKENNIEMI y LEHTO. "Hence our title: the Privilege of Universality. It reflects not only the paradox that the concessions to industrialized States were negotiated under a communitarian public rhetoric but the larger irony of liberal language which compels power to lose its name as it enters the arena of public policy and, thus unrecognized, assures its victory". Vid. KOSKENNIEMI y LEHTO (1996: 535), op. cit. en nota 33.