

**El régimen de los minerales de los fondos marinos:
términos y condiciones de una renegociación ***

*Cambiantes condiciones del mercado y de la política
internacional*

Desde que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 estableció en su Parte XI y Anexos relacionados el régimen aplicable a la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos situados fuera de los límites de la jurisdicción nacional, muchos acontecimientos importantes se han sucedido.

Por una parte, se ha hecho un esfuerzo para elaborar las reglamentaciones apropiadas para la aplicación de este régimen, al menos en su etapa preliminar, tarea que ha estado a cargo de la Comisión Preparatoria de la Autoridad de los Fondos Marinos. Sin embargo, este esfuerzo no ha sido en general exitoso, con la excepción de las normas aplicables a los Inversionistas Pioneros a la luz de lo previsto en la Resolución II de la Conferencia sobre el Derecho del Mar y los arreglos que se negociaron para llevarlas a la práctica.¹

Paralelamente, algunos de los países industrializados que disponen de la tecnología para este tipo de explotación minera han procedido a concertar un esbozo de régimen alternativo, en parte basado en mecanismos de consultas recíprocas y en parte en leyes y reglamentaciones nacionales que prevén el otorgamiento de licencias. Este enfoque alternativo está directamente vinculado a la decisión de Estados Unidos, Gran Bretaña y la República Federal de Alemania de no firmar la Convención de 1982, por estar en desacuerdo con este régimen de la Parte XI. Algunos otros países industrializados han firmado, pero, no es

* Este artículo se basa en un estudio preparado por el autor para el Consejo Intergubernamental de Países Exportadores de Cobre (CIPEC) y publicado en CIPEC, *Quarterly Review*, October-November, 1988.

¹Sobre el régimen de la Convención de 1982 y los trabajos de la Comisión Preparatoria, véase en general del autor: "The regime for the exploration and exploitation of seabed minerals", in René-Jean Dupuy and Daniel Vignes (eds): Treaty on the law of the Sea, forthcoming 1989.

difícil observar su reserva respecto del régimen definido por la Convención.

Por otra parte, el mercado internacional de minerales, particularmente en lo que se refiere a cobre y níquel, ha tenido fluctuaciones de importancia desde 1982. Esta situación, unida a factores tecnológicos, costos de producción y otros aspectos, tiene por cierto una influencia en las previsiones y supuestos que se tuvieron en cuenta en ese entonces. Una consecuencia específica ha sido que la explotación de estos minerales ya no sea tan inminente como se pensaba, pues muchos planes se han postergado.

Este conjunto de experiencias ha llevado a que se plantee cada día con más insistencia la pregunta de si acaso no sería apropiado proceder a una renegociación o complementación del régimen de la Convención, buscando un nuevo consenso que asegure tanto la viabilidad económica, política y jurídica de la industria como la generación de ingresos para la Autoridad de los Fondos Marinos. La elección del Presidente Bush en los Estados Unidos ha suscitado nuevas expectativas en este sentido, que se traducen en renovados contactos sobre el tema con otras naciones industrializadas y con algunos personeros de países en desarrollo influyentes. Es sabido que se emprenderá por la nueva administración de Estados Unidos un reexamen del problema, pero sin que ello signifique necesariamente un cambio de su posición.

Este artículo tiene por objeto examinar los términos y condiciones en que una renegociación de esta naturaleza sería viable, teniendo en cuenta los intereses de fondo de los principales sectores involucrados en el tema y la necesidad de separar lo que hay de real y de retórico en las posiciones que hasta ahora se han venido expresando.

Preservación del patrimonio común de la humanidad.

Un primer aspecto del problema se relaciona con el principio del patrimonio común de la humanidad. Esta fue la base sobre la cual se construyó todo el esquema de la Conferencia sobre el Derecho del Mar. Este principio no fue, como tal, materia de objeciones durante el transcurso de las negociaciones. Constatando esta realidad, la Delegación de Chile le introdujo la bien conocida proposición que otorgaba a este principio, según se aplicaba específicamente al caso de los fondos marinos, el

carácter de *Jus Cogens*, esto es, de norma imperativa del derecho internacional.

Una vez que las negociaciones habían finalizado, y el consenso buscado en torno al régimen se había roto, surgieron voces tardías que, aparentemente, procuraban desconocer el principio anteriormente aceptado. Ellas son las que se recogen aún en publicaciones no oficiales. Sea como fuere, el problema parece tener un alcance más semántico que sustantivo. En efecto, si se examina el contenido de dicho principio, se podrá observar que ningún gobierno lo ha contradicho, pues ello supondría reclamar la zona de los fondos marinos situada fuera de los límites de la jurisdicción nacional como sujeta a una apropiación nacional; supondría igualmente postular que ella puede utilizarse para fines no pacíficos, esto es, ofensivos; que otras naciones no tienen derecho a ningún interés o beneficio; y que, finalmente, la zona no estaría sujeta a normas internacionales que organicen las actividades mineras.

Si se aceptan estos postulados, como de hecho y de derecho ocurre, se acepta el principio o concepto del patrimonio común de la humanidad, aún cuando no se utilice esa terminología. Innecesariamente parece destacar que para los países en desarrollo y otros muchos esta aceptación del concepto y de su contenido es una cuestión esencial, sin la cual no hay renegociación posible. Esta condición básica ha sido ya bien identificada por quienes se han ocupado del problema.²

Desintegración y rivalidad dentro del sistema paralelo

Una cuestión enteramente diferente es la del régimen específico por medio del cual ese principio se aplica a las actividades mineras de los fondos marinos. Este ha sido un problema sujeto desde sus comienzos a fuertes diferencias de opinión, diferencias que aún continúan expresándose con vigor. Las tesis básicas fueron la de concebir una Autoridad internacional omnipotente y omnipresente, inspirada fundamentalmente en la economía de Estado pre-*Perestroika* y, como tal, fuertemente intervencionista; o bien, en el otro extremo, un sistema de explotación muy liberal, que quizás podía aceptar una Autoridad

²Edward L. Miles: "Preparing for UNCLOS IV?", Council on Ocean Law, Special Report, 1988.

con poderes nominales, pero que más bien podía identificarse con un régimen de concesiones mineras tradicionales.

La transacción entre estas dos tesis se logró en torno al llamado "sistema paralelo", en virtud del cual podrán explotar tanto la Empresa -órgano operativo de la Autoridad para los fines de la minería- como los operadores privados estatales. El sistema prevee los mecanismos para la asignación de sitios a uno y otro de estos sectores y sus correspondientes derechos y obligaciones. Entre estas últimas figuran complejos mecanismos financieros, la transferencia de tecnología y el régimen jurídico de los contratos.

Con todo, en este sistema se encuentra la raíz de muchas de las dificultades actuales, pues en lugar de acercar a las partes, integrando los intereses de los operadores con aquellos de la Autoridad, como ocurre con todos los contratos modernos de explotación minera en el contexto de una política de desarrollo, sucede exactamente lo opuesto: cada uno mantiene su esfera de acción separada y desarrolla intereses que llegan a ser antagónicos. Mientras la Autoridad procurará exigir lo más posible de los operadores y privilegiar a la Empresa, los operadores buscarán minimizar la presencia de esta última y disminuir proporcionalmente sus obligaciones.

Identidad y cooperación en el marco de joint-ventures

En una etapa de las negociaciones se pensó en una alternativa diferente, que consistía en establecer un mecanismo de *joint-ventures*. Ello habría contribuido a integrar intereses, pues en definitiva operadores y Empresa habrían tenido que trabajar juntos. El éxito de uno habría sido el del otro. Sin embargo, esta idea se abandonó prematuramente tras un proceso de consultas que no fue completo ni suficientemente representativo.

Una de las posibilidades que existen para una eventual renegociación del régimen es la de revivir la alternativa de los *joint-ventures*, posiblemente como un mecanismo opcional que podría introducirse por la vía de un protocolo complementario de la Convención. Ello en nada altera el principio del patrimonio común de la humanidad. En cambio, facilita de sobremanera la solución de muchos de los problemas existentes, entre los que cabe mencionar:

- Aplicación de la transferencia tecnológica, que se realizaría en el ámbito de cada empresa conjunta y no de entidades separadas como ocurre hoy.
- Armonización de las condiciones financieras de los contratos, en que ya no sería tan importante exigir pagos anticipados a los operadores pues el financiamiento de la Empresa ocurriría automáticamente en el contexto de la empresa conjunta.
- Eliminación en la práctica de las ventajas de que goza la Empresa y que se han considerado discriminatorias. Todos los operadores interesados en esta opción serían tratados en pie de igualdad y en forma no discriminatoria, que fue un punto apoyado incluso por países en desarrollo en las negociaciones.
- Armonización de las exigencias técnicas y financieras.
- Acceso expedito y con costo conocido a los programas de adiestramiento que se ofrecerán dentro de la empresa conjunta.
- Fuerte disminución de la incidencia financiera que recae hoy sobre los Estados en cuanto al financiamiento de la Empresa, carga que para muchos países se demostrará imposible de soportar en el contexto de la crisis económica que los afecta.

En el actual sistema existen disposiciones aisladas relativas a *joint-ventures*, que incluso permiten otorgar incentivos financieros para su materialización, pero ellas carecen de la coherencia o de la amplitud necesaria como para transformarse en un mecanismo alternativo atractivo. Esta función es la que cumpliría la alternativa propuesta.

Los problemas indicados y otros relacionados deberán solucionarse de una u otra manera para alcanzar un renovado consenso. Si ello no se hace por la vía de los *joint-ventures*, podría en principio realizarse mediante el perfeccionamiento del actual sistema paralelo, pero ello contribuiría en definitiva a acentuar el separatismo que caracteriza al esquema. En todo caso, si un operador no desea asociarse con la Empresa en un *joint-ventures*, podrá siempre disponer del mecanismo del sistema paralelo, pero sus costos y dificultades serán siempre mayores, aún mediante un perfeccionamiento.

La flexibilidad de la Comisión Preparatoria: límites y cautela

Ultimamente se ha puesto mucha esperanza en la posibilidad de que la Comisión Preparatoria introduzca modificaciones correctivas por la vía reglamentaria o de otros acuerdos.³ En la práctica, ello ya ha ocurrido en alguna medida, pues se han modificado los términos de la Resolución II en lo que respecta al régimen de los inversionistas pioneros en algunos asuntos de importancia. Algunas de estas modificaciones inciden incluso en las propias disposiciones de la Convención, afectando principios esenciales del sistema paralelo, como el mecanismo para la atribución de sitios mineros.

Esta vía es sin duda útil y factible, pero lo es principalmente respecto de materias que el régimen no previó o en que ha sido suficientemente preciso. Sólo excepcionalmente cabe pensar en que la vía es apropiada para otras correcciones de fondo. Los inversionistas pioneros, por ejemplo, que han sido los beneficiarios de esta flexibilidad, no siempre en forma justificada, están presionando hoy día para que se les exima del cumplimiento de importantes obligaciones establecidas en el régimen. Si la Comisión Preparatoria acepta esta solución, creará un precedente que inevitablemente deberá con posterioridad aplicarse a todo otro operador, pionero o no, con lo cual se habrá modificado nuevamente la esencia del régimen convencional.

No es que el régimen convencional deba ser considerado como intocable, sino más bien que su reforma o complementación debe ser el producto de una renegociación coherente y no de iniciativas aisladas o parciales. Por ello la flexibilidad de la Comisión Preparatoria, siendo útil, encuentra un límite que no debe sobrepasarse. Por esta razón, su trabajo no es sustitutivo de un eventual proceso de reforma negociada, si se desea llegar a una solución que perdure en el tiempo.

³Véase en general el Informe del Council on Ocean Law: Seabed mining discussions, (August 18 and 25, 1986).

Reglamentación detallada o régimen marco

Una eventual reforma del régimen lleva también implícita la cuestión de si se desea continuar con una reglamentación detallada, que cubra cada aspecto imaginable de las operaciones mineras, o bien si se prefiere un cuadro normativo básico que contenga los principios, mecanismos, e instituciones fundamentales, pero sin entrar a toda suerte de detalles. El actual enfoque responde a la primera opción y es la consecuencia de una posición de desconfianza de los Estados Unidos respecto de los poderes de la Autoridad. Sin embargo, un régimen de esta naturaleza se enfrentará continuamente a un desfase con la realidad que pretende regular.

La opción del marco básico es más flexible, a la vez que puede garantizar perfectamente la seguridad y estabilidad jurídica necesarias así como la claridad respecto de los derechos y obligaciones de los operadores. Por otra parte, esta opción es la que mejor se aviene con un régimen de *joint-ventures*, muchos de cuyos detalles deben ser materia del contrato específico de asociación y no de un tratado o de reglamentaciones internacionales. El reciente régimen de los recursos minerales antárticos ofrece un buen ejemplo de un marco básico aplicable a operaciones mineras que se rigen por el derecho internacional.

Repensando la fórmula de límites de producción

Uno de los problemas más complejos del régimen y de su eventual negociación es el de la fórmula de limitación de la producción, que constituye el mecanismo clave para proteger a los productores terrestres de los mismos minerales -níquel, cobre, cobalto y manganeso- frente a una competencia de la minería submarina que pudiese desplazarlos del mercado internacional. El problema se discutió hasta la saciedad en las negociaciones, entremezclándose consideraciones económicas y razones de filosofía política.

La actual fórmula -basada en un porcentaje de crecimiento de la demanda del níquel- fue el producto de una negociación entre los Estados Unidos y Canadá. Desde un comienzo ella fue materia de críticas, en parte por su complejidad y en parte porque atendía más apropiadamente las necesidades de los

productores de níquel industrializados, como Canadá y Francia, que la situación de los productores terrestres en desarrollo.

En efecto, se puede apreciar que esta fórmula cubre el caso del níquel y por derivación aquel del cobre, dados los porcentajes en que estos minerales se encuentran en los nódulos polimetálicos. El caso del cobalto, que es el mineral más afectado por la producción submarina, no resulta posible de proteger por la vía de la limitación de producción, pues significaría en la práctica que no puede autorizarse producción alguna de los fondos marinos. Sin embargo, podrían concebirse otros tipos de medidas. Zaire, Zambia y Zimbabwe se han opuesto al actual esquema. Hoy día la fórmula es criticada por sus propios autores, pues se argumenta que las nuevas condiciones del mercado la han hecho inoperable. Estudios del gobierno australiano han procurado demostrar el efecto producido por los cambios del mercado en esta fórmula,⁴ pero sus premisas y conclusiones no son generalmente compartidas.

La pregunta de fondo es si la fórmula en cuestión puede o no tocarse. Aceptándose el principio de que es necesario resguardar a los productores terrestres, no parecería imposible diseñar una fórmula más simple y operativa. De hecho en las negociaciones referidas se estudiaron varias alternativas y algunas contaron con el consenso de los países en desarrollo, pero países productores industrializados se opusieron a ellas. La capacidad técnica del Consejo Intergubernamental de Países Exportadores de Cobre (CIPEC), podría contribuir a esta reformulación en conjunto con expertos nacionales de sus países miembros y otros países apropiados.

Lo anterior, nuevamente, requeriría de una renegociación de conjunto. También en este aspecto el esquema de *joint-ventures* puede resultar de interés, pues permitiría combinar la producción autorizada de la Empresa y los operadores, en vez de traducirse en cuotas enteramente separadas como ocurre hoy día. En el actual sistema se prevé también la alternativa de los acuerdos sobre productos básicos, que pudieran llegar a reemplazar la fórmula de limitación de la producción por sus propios mecanismos. Cabría considerar la conveniencia de eliminar esa alternativa, pues los acuerdos de ese tipo se han demostrado poco eficaces en el mercado de los minerales.

⁴Australia: "Economic Viability of Deep Seabed Mining of Polymetallic Nodules", Doc. LOS/PCN/SCN.2/WP.10, and Add. 1, 1986.

El sistema institucional: burocracia y funcionalidad

Una reforma del régimen debe todavía abordar el delicado problema institucional, incluida la cuestión de la adopción de decisiones, competencias de los órganos, solución de controversias y otros aspectos relacionados. En este punto nuevamente se entremezclan consideraciones ideológicas con expectativas burocráticas. El sistema previsto en la actualidad es altamente institucionalizado, caracterizado por la multiplicidad de órganos, funciones y procedimientos. Si bien se logró que la Empresa no fuese constituida como un organismo internacional diferente de la Autoridad, tiene de todos modos su propia estructura y otros rasgos institucionales particulares. Todo este modelo estuvo inspirado en el esquema altamente burocratizado de las Naciones Unidas y en los símiles nacionales de empresas públicas y conglomeraciones estatales propios de la década de 1970.

La pregunta que subsiste es si acaso todo ello se justifica dos décadas más tarde, en un período caracterizado por la eliminación de reglamentaciones estatales, la privatización de empresas públicas y la restricción del Estado a una esfera de actividad compatible con sus medios y con los principios de la economía de mercado y sus variables en el mundo socialista. Desde el punto de vista financiero la respuesta es claramente negativa. La propia crisis financiera de las Naciones Unidas y de otras organizaciones muestra que el modelo burocrático ya no es viable. No serían muchos los países dispuestos hoy día a pagar este alto costo con sus magros recursos.

Tampoco el modelo parece justificarse desde el punto de vista operacional, pues son más las trabas que la agilidad que de él surgen. Queda, en consecuencia, la incógnita de su justificación política, pues puede argumentarse que esta alternativa es necesaria para la administración del patrimonio común de la humanidad. Sin embargo, ello no resulta del todo evidente, pues es claro que este modelo consumirá todos los recursos que puedan derivar para la Autoridad de la explotación de la zona o de la aplicación de los arreglos financieros pertinentes. Si el resultado probable es que no quede ningún beneficio para distribuir a la humanidad, el esquema de administración está visiblemente mal concebido. En cualquier empresa en que el administrador tenga un costo que comprometa todos los ingre-

sos, este será expulsado. No se ve ninguna razón para que la humanidad actúe de otra manera.

Una administración simplificada, funcional y de bajo costo es perfectamente compatible con el patrimonio común de la humanidad. Un modelo relevante en este sentido puede también apreciarse en el esquema institucional del régimen de los minerales antárticos.

*La búsqueda de un acuerdo básico:
necesidad de un foro pragmático*

Son muchos los detalles que cabría en el evento de una renegociación del régimen o de su complementación, pero lo que importa es ponerse de acuerdo en torno a sus principales lineamientos. Ello supone explorar la factibilidad de un entendimiento pragmático, pues es claro que el nuevo esquema no podrá basarse en una libertad de explotación irrestricta, como también es claro no podrá haber un intervencionismo paralizante. El mundo en general está caminando hacia un mayor pragmatismo, con menos énfasis en las ideologías del extremo y la confrontación.

La consideración fundamental que debe tenerse en cuenta para la elección del foro apropiado para esta renegociación es la de cómo puede asegurarse la preminencia de ese pragmatismo. En una medida importante, la Comisión Preparatoria continua inspirada en el ideologismo que prevaleció en la década de 1970; en ocasiones ha demostrado la flexibilidad que ya se comentó, pero no puede dejar de observarse que ello se ha traducido a veces en concesiones sin reciprocidad ni beneficio, con lo cual pareciera indicarse que no existe un verdadero espíritu de negociación en este foro. De perdurar ello, se hará indispensable la búsqueda de un foro alternativo,⁵ sin perjuicio de que la Comisión Preparatoria pueda intervenir en la etapa de la ejecución de los acuerdos alcanzados en ese foro alternativo. La participación más activa de las administraciones mineras nacionales podría también ayudar a ese propósito de pragmatismo, puesto que pueden exhibir una experiencia considerable en el manejo de políticas y en la celebración de contratos mineros.

⁵Véase la discusión sobre este particular en Miles, loc. cit., supra nota 2.

Tarde o temprano el derecho internacional deberá ponerse al día con las tendencias prevalecientes en las sociedades nacionales y esta es una buena oportunidad para comenzar este proceso.