

**PROBLEMAS GENERALES DEL DERECHO
INTERNACIONAL A LA LUZ DE LA CONVENCION
DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO
DEL MAR**

por **TULLIO TREVES**

SUMARIO

INTRODUCCION.

- I. LA ELABORACION DE LA CONVENCION DEL DERECHO DEL MAR Y LAS TECNICAS DE CODIFICACION Y DE DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL.
 - a) Aspectos generales.
 - b) Los grupos de negociación y la negociación entre grupos.
 - c) El mecanismo de los Textos únicos para fines de negociación.
 - d) La aplicación del procedimiento por consenso en el Comité de redacción.

- II. LA CONVENCION SOBRE EL DERECHO DEL MAR Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO.
 - a) Aspectos generales y consideraciones de método.
 - b) Las distintas categorías de disposiciones.
 - c) Las disposiciones sobre la zona económica exclusiva.
 - d) La nueva definición de la plataforma continental.
 - e) El paso inocente de los buques de guerra.
 - f) El principio del «patrimonio común de la humanidad».

- III. LA CONVENCION SOBRE EL DERECHO DEL MAR Y LOS PROBLEMAS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL.
 - a) Los sujetos del derecho internacional.
 - b) El derecho de los tratados.
 - c) El papel de las organizaciones internacionales.
 - d) El problema de la responsabilidad internacional.
 - e) Buena fe y abuso del derecho.
 - f) Solución de controversias.
 - g) Utilización del mar con fines pacíficos y *jus cogens*: dos nuevos conceptos frente a los principios jurídicos tradicionales.

INTRODUCCION (1)

El objeto del presente curso es considerar algunas cuestiones de importancia fundamental que pertenecen a la llamada parte general del derecho internacional público a través del examen de una convención multilateral reciente, sobre una materia concreta, que tradicionalmente se encuentra en el centro del derecho internacional: el derecho del mar. La Convención a la que me refiero es la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.

La importancia trascendental de esta Convención y su interés, no sólo en lo que se refiere a la específica materia del derecho del mar, sino también por lo que toca a las cuestiones generales del derecho internacional público, emerge de toda una serie de características de la Convención misma. Me parece oportuno detenerme un poco sobre estas características.

En primer lugar, hay que destacar que la Convención de 1982 es el fruto de una actividad de codificación del derecho internacional desarrollada en el ámbito de las Naciones Unidas cuya extensión temporal no tiene precedentes. Baste recordar que sólo un año después de la entrada en vigor de la última de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1958, lo que se verificó en 1966,

(1) Sobre la materia tratada en esta introducción, véase: TREVES, *La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982*, Milano, 1983, espec. pp. 1-15. En el mismo estudio en la nota 1 se encuentran indicaciones bibliográficas de carácter general. Sobre el derecho del mar después de la firma de la Convención de 1982: O'CONNELL, *The International Law of the Sea*, I y II, Oxford, 1982 y 1984 (Shearer ed.), y CHURCHILL and LOWE, *The Law of the Sea*, Manchester, 1983. Por lo que se refiere al desarrollo de las negociaciones, se puede hacer referencia a los artículos de TREVES, (en *Rivista di diritto internazionale*, 1975, pp. 459-463; 1977, pp. 566-578; 1979, pp. 124-154 y 717-742; 1980, pp. 432-463; 1982, pp. 24-55; 1983, pp. 385-422) y a los de STEVENSON y OXMAN (en *American Journal of International Law*, 1975, pp. 1-30 y 763-797) y de OXMAN (*American Journal of International Law*, 1977, pp. 249-269; 1978, pp. 57-83; 1979, pp. 1-41; 1980, pp. 1-47; 1981, pp. 211-256; 1982, pp. 1-23), así como al libro de DUPUY, *L'océan partagé*, Paris, 1979. Muy interesantes son también las reflexiones de ALLOT, «Power Sharing in the Law of the Sea», en *American Journal of International Law*, 1983, pp. 1-30.

la Asamblea General de las Naciones Unidas empezó un proceso que tenía que conducir, 15 años después, a la adopción de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982. Después de 5 años de actividad de una Comisión Preparatoria en el seno de la Asamblea General, fue convocada la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la cual duró desde 1973 hasta 1982. En estos años la Conferencia ha tenido once sesiones, a las cuales hay que añadir numerosas reuniones intersesionesales, que ocuparon a los Estados aproximadamente 100 semanas de negociaciones. Ninguna de las convenciones de codificación del derecho internacional convocadas por las Naciones Unidas necesitó un esfuerzo de esta magnitud.

En segundo lugar, señalamos la complejidad de los problemas y la divergencia de los intereses que se enfrentaban en la Conferencia. Se necesitaba conciliar, de un lado, las exigencias de muchos Estados ribereños, particularmente del Tercer Mundo, que se orientaban a ampliar su poder sobre los mares adyacentes a sus costas, de otro, el interés de las grandes potencias en salvaguardar la libertad de navegación en todos los mares y en los estrechos, y finalmente, las exigencias de tipo internacionalista derivadas de considerar las riquezas de los fondos marinos como el patrimonio común de la humanidad, y el interés de carácter general, pero sentido por algunos países de manera particular, de proteger el medio ambiente marino de los riesgos de la contaminación. En la conciliación de estos intereses y exigencias se necesitaba tener en cuenta la oposición entre grupos de Estados particulares: los Estados costeros y los Estados sin litoral; los Estados interesados en la navegación de sus flotas navales, sean civiles o militares, y los Estados preocupados por los riesgos que crea este tipo de navegación frente a sus costas; los Estados industrializados y los Estados en vías de desarrollo, etc.

En tercer lugar, hay que subrayar que el resultado de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, abierta a la firma en Montego Bay, el 10 de diciembre de 1982, es un documento inusitadamente amplio y complejo. La Convención comprende 320 artículos, a los que precede un preámbulo y a los que siguen nueve anexos, los cuales se componen de 119 artículos. Algunos de estos artículos son muy extensos y complejos. En efecto, en los artículos que se ocupan de los problemas tradicionales del derecho del mar y que ya estaban considerados en las Convenciones de Ginebra de 1958, la técnica de redacción ha consistido en desarrollar de manera detallada principios que antes estaban sintéticamente expresados. En los artículos sobre instituciones y conceptos nuevos, el carácter técnico de los problemas enfrentados o la dificultad de orden político para obtener los compromisos necesarios han contribuido a la extensión y a la complejidad de las disposiciones de la Convención. Por ejemplo, el artículo 151, sobre las políticas de producción en los fondos marinos, comprende casi tres páginas impresas y se refiere entre otras cosas a la regresión lineal de los logaritmos del consumo de níquel; el

artículo 13 del anexo III comprende 5 páginas impresas y constituye un verdadero código fiscal de la futura explotación de los recursos de los fondos marinos internacionales.

Por último, no tenemos que olvidar que la Convención ha introducido, o consagrado, nuevos conceptos en el derecho internacional. Entre estos se destacan los siguientes: La zona económica exclusiva de 200 millas marinas, que es la institución en la que se concretizan las aspiraciones de los Estados ribereños a ejercer soberanía o derechos soberanos sobre los recursos y las actividades económicas en una amplia zona de mar adyacente a sus costas; la zona internacional de los fondos marinos, que es el área de los fondos marinos más allá de los límites de las jurisdicciones nacionales y cuyos recursos minerales deben ser explotados en beneficio de la humanidad entera, según el principio del patrimonio común de la humanidad; las aguas archipelágicas, es decir, las aguas que se encuentra en el interior de las líneas que unen las islas más externas de un archipiélago y que es el nuevo concepto que permite a los Estados archipiélagos ejercer de manera completa su soberanía sobre estas aguas.

Además, la Convención contiene nuevas definiciones de conceptos ya conocidos. Por ejemplo, se define el mar territorial con una amplitud máxima de 12 millas; se define la zona contigua con una amplitud máxima de 24 millas y se añaden a los poderes del Estado costero en esta zona algunas facultades en materia de recuperación de objetos históricos y arqueológicos. En fin, se da una nueva y muy compleja definición de la plataforma continental, que elimina la vieja idea de la Convención de Ginebra del límite de la explotabilidad, introduciendo criterios de orden geológico.

Para examinar los problemas generales del derecho internacional público a través de la Convención de 1982 sobre Derecho del Mar nos parece útil adoptar dos diferentes puntos de vista: un punto de vista externo a la Convención y un punto de vista interno a la misma.

Desde el punto de vista externo, hay que considerar a la Convención como un episodio de la práctica internacional. Examinándola desde este ángulo se hace evidente la importancia de la Convención para el estudio de las fuentes del derecho internacional. Esto vale de manera particular en lo que se refiere a la temática de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho internacional.

En efecto, por un lado, la conferencia que ha elaborado la Convención ha sido un verdadero laboratorio experimental (2) de las técnicas de codificación y de desarrollo progresivo del derecho internacional. Por otro lado, la

(2) Esta expresión la debemos a LEVY, «La conférence sur le droit de la mer: un atelier international expérimental», en *Revue générale de droit international public*, 1980, pp. 7-67.

Convención es un ejemplo de los efectos de las actividades de codificación y desarrollo progresivo sobre el derecho consuetudinario. La discusión de estos aspectos nos pone así en el centro de uno de los debates que en la actualidad ocupan más a la doctrina y a la práctica del derecho internacional.

Desde el punto de vista interno, hay que examinar las disposiciones de la Convención que enfrentan problemas de la parte general del derecho internacional. Estas disposiciones pueden considerarse una indicación útil para darse cuenta de las tendencias de la práctica internacional contemporánea sobre varios asuntos que corresponden a temas clásicos de la teoría del derecho internacional. En particular se pueden señalar el tema de los sujetos de derecho internacional, el del derecho de los tratados, el de la responsabilidad internacional, el de la solución de las controversias, el del abuso del derecho y el del *jus cogens*.

El estudio de los problemas generales del derecho internacional público desde estos dos puntos de vista nos permitirá constatar el enfrentamiento que se verifica en la actualidad, del que han sido y son testigos la negociación de la Convención sobre el Derecho del Mar y la propia Convención, entre la manera tradicional de entender el derecho internacional y las nuevas tendencias inspiradas por la Carta de las Naciones Unidas y por el impulso de los países en desarrollo.

I. LA ELABORACION DE LA CONVENCION DEL DERECHO DEL MAR Y LAS TECNICAS DE CODIFICACION Y DE DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL.

a) Aspectos generales (3)

Es interesante considerar la elaboración de la Convención sobre Derecho del Mar en el marco de las tendencias contemporáneas en lo que se refiere

(3) Sobre la materia tratada en este apartado y en los apartados b) y c), véase: VIGNES, «Will the Third Conference on the Law of the Sea Work According to the Consensus Rule?» en *American Journal of International Law*, 1975, pp. 119-129; HARDY, «Decision Making at the Law of the Sea Conference», en *Revue Belge de Droit International*, 1975, pp. 422-474; TREVES, «Devices to facilitate Consensus: the Experience of the Law of the Sea Conference», en *Italian Yearbook of International Law*, 1976, pp. 39-60; BUZAN, «Negotiating by Consensus: developments in technique at the United Nations Conference on the Law of the Sea», en *American Journal of International Law*, 1981, pp. 324-346; EL BARADEI y GAVIN, *Crowded Rooms, Crowded Agendas, Institutional Arrangements at UNCLOS III, etc.*, New York, UNITAR, 1981; LÉVY *La Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Histoire d'une négociation singulière*, Paris, 1983.

a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional. Es notorio que, bajo el impulso del artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas, los mecanismos principales (y los que tuvieron más éxito) para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, han sido aquellos cuyo protagonista es la Comisión del Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

Sin embargo, la ácentuada politización de las actividades de las Naciones Unidas, consecuencia de la extensión de su composición y también de la práctica de asumir las decisiones mediante consenso, ha provocado en los años recientes la aparición de nuevos procedimientos de codificación (y sobre todo de desarrollo progresivo) del derecho internacional, en paralelo con aquellos que caracterizan la Comisión del Derecho Internacional. En general, hay una primera fase que se desarrolla en el marco de una comisión, más o menos restringida de la Asamblea General, pero siempre compuesta por representantes gubernativos, y una segunda fase que llega hasta la adopción definitiva de la Convención en la misma Asamblea o en una Conferencia diplomática convocada a propósito. Una etapa intermedia (que, sin embargo, en varios casos se transforma en única) viene dada por la adopción de resoluciones de la Asamblea General que contienen declaraciones de principios que sucesivamente —pero no siempre— se desarrollan y precisan en una Convención.

Un ejemplo particularmente evidente aparece en el tema del derecho del espacio extra-atmosférico. La comisión *ad hoc* de la Asamblea General estableció primero una declaración, después un tratado y sucesivamente varias convenciones adoptadas por la Asamblea misma y abiertas a la firma de los Estados.

Pero el ejemplo más interesante está dado por la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Esta Conferencia fue precedida por una Comisión *ad hoc*, la así llamada Comisión de Fondos Marinos, durante cuyos trabajos se adoptó una declaración de principios, la declaración 2749-XXV sobre los principios que regulan los fondos marinos más allá de los límites de la jurisdicción nacional, que ha constituido el punto de partida para al menos una de las cuestiones más importantes a que se enfrentó la Conferencia. Como ya hemos observado, la Conferencia se puede ver como un verdadero laboratorio experimental de los procedimientos de codificación y de desarrollo progresivo del derecho internacional llevados a cabo enteramente a nivel político.

En efecto, la Conferencia no tuvo como base de sus trabajos un proyecto orgánico elaborado por un órgano técnico, como la Comisión del Derecho Internacional, sino un conjunto numeroso, desordenado y tal vez contradictorio, de propuestas presentadas por los Estados. Todas estas propuestas reflejaban los intereses divergentes de los Estados presentes en la negociación. El

principio escogido para tratar de conciliar estos intereses divergentes fue aquel que consiste en tomar las decisiones mediante consenso. Este principio no está verdaderamente consagrado en las reglas de procedimiento de la Conferencia sino en un acuerdo de caballeros (*gentlemen's agreement*), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y publicado como anexo a las reglas de procedimiento de la Conferencia. En este acuerdo de caballeros se lee que:

«La Conferencia debe hacer todos los esfuerzos posibles para que los acuerdos sobre los asuntos de fondo se tomen por consenso, y dichos asuntos no deberán someterse a votación hasta tanto no se hayan agotado todos los esfuerzos para llegar a un consenso».

La imaginación jurídica y diplomática de la Conferencia y de sus dirigentes se ejerció en la búsqueda de mecanismos para facilitar la puesta en práctica de estos «esfuerzos» y la obtención del consenso. Estos mecanismos fueron elaborados sin cambiar las reglas de procedimiento de la Conferencia, mediante decisiones tomadas caso por caso. Los mismos pueden clasificarse en dos tipos: aquellos que se refieren a la estructura de la negociación y aquellos que tienden a facilitar un acuerdo sobre el conjunto de los problemas mediante la obtención, en momentos sucesivos, de acuerdos parciales sobre varios aspectos de la negociación (sistema de los *package deals* sucesivos).

b) Los grupos de negociación y la negociación entre grupos

En lo que se refiere a la estructura de la negociación, se constituyeron, según las necesidades del momento, los más variados grupos de negociación. Estos grupos se formaron no solo en el marco oficial de la Conferencia sino también, al margen de la misma, a nivel privado.

En el marco de la Conferencia, al lado de las reuniones oficiales y oficinas de las tres comisiones principales y del plenario, se crearon grupos de trabajo de variada naturaleza. En las primeras sesiones de la Conferencia estos grupos tenían casi siempre una competencia bastante general y consideraban de manera informal el conjunto de las cuestiones de las que se ocupaban las comisiones principales. Durante el desarrollo de las fases sucesivas de la Conferencia se constituyeron grupos *ad hoc* para enfrentar problemas particulares que quedaban pendientes. Los más importantes son los siete grupos de negociación constituidos en 1978 sobre las cuestiones del régimen de explotación de los fondos marinos, del acceso a los recursos biológicos de la zona económica de los Estados sin litoral o con situación geográfica desventajosa, de la solución de controversias en materia de pesca, de la definición del límite externo de la plataforma continental, y de la delimitación de las zonas marinas entre Estados vecinos.

Pero al lado de estos grupos principales hay que destacar otros. Por ejemplo, los dos grupos de expertos jurídicos creados para estudiar las cláusulas finales y el sistema de solución de las controversias sobre las cuestiones de los fondos marinos.

Si todos estos grupos estuvieron abiertos a la participación de toda delegación interesada, hubo un grupo de gran importancia, constituido en 1979, cuya composición estaba limitada a un número bastante pequeño de delegaciones, no escogidas exclusivamente según el principio de la representación geográfica, sino teniendo en cuenta principalmente el principio de la representación de los intereses en juego. Se trata del llamado grupo de los 21 en cuyo seno se desarrollaron las negociaciones más importantes sobre los problemas de los fondos marinos internacionales.

Al margen de la Conferencia, hay que subrayar la existencia de dos grupos cuya contribución a la negociación, aunque diferente, ha sido de importancia fundamental. El primero de estos grupos es el «grupo Evensen», así llamado por el apellido del ministro noruego Jens Evensen que lo creó y presidió. Participaron en este grupo, a título personal, jefes de delegación y otros delegados de gran prestigio. Este grupo discutía proyectos de artículos preparados y revisados en etapas sucesivas por el ministro Evensen. La atmósfera profesional e informal de sus trabajos permitió alcanzar soluciones de compromiso, que la Conferencia adoptó, sobre cuestiones de importancia trascendental, como la zona económica exclusiva, la contaminación, la investigación científica.

El segundo de estos grupos, al contrario del grupo Evensen, tuvo una duración muy corta, limitada prácticamente a la VI sesión de la Conferencia, pero su función fue decisiva para encontrar las fórmulas definitivas sobre la definición de la zona económica exclusiva y sobre el régimen de la investigación científica en la misma zona. Este es el grupo «Castañeda-Vindenes» así llamado por los apellidos de los delegados mexicano y noruego que lo presidieron. Este grupo se reunía en privado y estaba integrado por más o menos 20 jefes de delegación escogidos en función de la importancia, en términos absolutos y en el marco de la Conferencia, de sus delegaciones. El resultado de su trabajo, sobre los dos asuntos antes indicados, marcó una etapa decisiva en la solución de las cuestiones de competencia de la segunda y de la tercera comisión de la Conferencia.

La creación de estos diferentes foros de negociación respondía a la exigencia de crear grupos de negociación al mismo tiempo representativos de los intereses en juego y bastantes pequeños para obtener resultados. La exigencia de carácter democrático de evitar toda sospecha de diplomacia secreta y de implicar en el proceso de negociación a todas las delegaciones tuvo, sin embargo, varias consecuencias sobre el trabajo de estos grupos.

En primer lugar, se siguió sin excepción el principio de que todos los resultados de los trabajos desarrollados en grupos informales, a pesar de ser de composición plenaria, tenían que ser presentados, discutidos y aprobados en los órganos oficiales de la Conferencia.

En segundo lugar, casi todos estos grupos oficiosos, aún cuando empezaron sus trabajos con composición limitada y tal vez reuniéndose de manera privada, se transformaron, bajo la presión de las delegaciones que no integraban su composición, en grupos abiertos (*open-ended*). Este fenómeno se verificó de manera particularmente evidente en los dos grupos de expertos jurídicos y en el grupo Evenesen. En cambio se verificó de manera solamente parcial en el grupo de los 21, que quedó restringido, si bien pocos días después de su creación tuvo que reunirse en público y aceptar un sistema de rotación entre las delegaciones de los diferentes grupos de interés que lo componían. En lo que se refiere al grupo Castañeda-Vindenes su composición y su manera de trabajar permanecieron sin cambios, pero hay que tener en cuenta que su duración fue muy corta.

En tercer lugar, las posibilidades de negociar de manera eficaz encontraban obstáculos en los grupos de composición plenaria, debido al hecho del número demasiado alto de las delegaciones presentes. Esta situación hizo necesario que en ambos tipos de grupos algunas delegaciones hablaran, aunque oficiosamente, en nombre de otras. La consecuencia de esto fue que estos «voceros» tenían que reflejar las ideas de las delegaciones en cuyo nombre hablaban. Además, la formación de estas opiniones comunes a un cierto número de delegaciones necesitaba de frecuentes reuniones de grupos homogéneos de delegaciones. Estas reuniones, y en general las actividades de estos grupos, constituyen indudablemente una de las características típicas de la Conferencia del Derecho del Mar.

La Convención puede, así, ser vista también como el resultado de una negociación entre grupos. Antes de señalar los grupos principales, hay que subrayar que la variedad de los intereses en juego tuvo como consecuencia que cada Estado pudiera participar en varios grupos, de manera que los «amigos» de un grupo podrían convertirse, sobre asuntos diferentes, en «enemigos» en otros grupos.

Los grupos más importantes con base política fueron el grupo de los 77 y el grupo de los Estados de la Comunidad Europea, a los cuales hay que añadir el grupo, con base geográfica y al mismo tiempo política, de los Estados socialistas de Europa Oriental. Cabe subrayar el papel esencial desarrollado por el grupo de los 77. Este grupo que comprende a más de 100 Estados en desarrollo, funcionó como unidad en muchos de los asuntos objeto de la Conferencia y especialmente en lo que se refiere a los problemas del régimen de los fondos marinos internacionales, sobre el cual siempre negoció por el trámite de un número muy limitado de voceros.

Aparte de los grupos de carácter permanente y con base política, funcionaron en la Conferencia otros grupos de duración efímera, que representaban intereses específicos sobre asuntos particulares. Se vio, así, que un grupo de Estados «territorialistas», cuyo objetivo era obtener un régimen para la zona económica exclusiva que fuera lo más cercano posible del previsto para el mar territorial, se oponía a un grupo de Estados «sin litoral o en situación geográfica desventajosa», que buscaba limitar al máximo las ventajas que el concepto de la zona económica exclusiva hubiera dado a los Estados ribereños. Se formaron, así, un grupo de Estados interesados especialmente en la navegación; que estuvo activo en algunas fases de las discusiones sobre la contaminación, y un grupo de Estados con intereses en la investigación científica, que participó activamente en algunos aspectos de la negociación sobre el asunto. Muy interesante fue también el papel, en la discusión sobre las reglas en materia de delimitación de áreas marinas entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente, desarrollado por el grupo de los Estados que sostenían los «principios equitativos» y por el grupo, de orientación opuesta, de los Estados que sostenían el principio de equidistancia.

c) El mecanismo de los Textos únicos para fines de negociación

El mecanismo más importante y novedoso creado por la Conferencia para facilitar la formación del consenso y la solución provisoria de numerosos problemas, a la espera de la aceptación final del conjunto de las soluciones negociadas a lo largo de las sesiones, consistió en los llamados Textos únicos para fines de negociación. Se trata de documentos que se presentan como proyectos de convención y que cubren por lo tanto el conjunto de las cuestiones consideradas. Tienen, sin embargo, valor oficioso y no pretenden reflejar resultados ya aceptados por las delegaciones sino facilitar la negociación. Desde 1975 hasta el final de la Conferencia toda la negociación se articuló alrededor de la evolución de estos Textos de negociación. Con diferentes denominaciones se sucedieron siete: en 1975 fue publicado el «Texto único oficioso para fines de negociación», cuya revisión salió en 1976; en 1977 se publicó el «Texto integrado oficioso para fines de negociación» que tuvo tres revisiones, en 1979, en la primavera de 1980 y en el verano de 1980, llamada esta última «Proyecto de Convención (Texto Oficioso)». En 1981 esta tercera revisión se transformó en el «Proyecto de Convención», y, con algunas modificaciones, fue adoptada como Convención el 30 de abril de 1982 y abierta a la firma el 10 de diciembre del mismo año.

La evolución del primer Texto de negociación hasta el Proyecto de Convención se desarrolló en varias fases que marcan un pasaje gradual que va de textos «para fines de negociación» hasta textos negociados.

La primera fase de esta evolución comprende el texto de 1975 y su revisión de 1976. Estos textos, que se componen de cuatro grupos de artículos se-

parados, correspondientes a los asuntos de competencia de las tres comisiones principales y del plenario, fueron elaborados por los presidentes de las comisiones y por el presidente de la Conferencia. Su elaboración tuvo en cuenta todos los debates oficiales y oficiosos celebrados hasta el momento, pero, como observa el presidente de la Conferencia en su nota introductoria, éstos textos no prejuzgarían la posición de ninguna delegación ni constituirían textos negociados o transacciones aceptadas. «Por lo tanto —continúa el presidente Amerasinghe— debe quedar bien claro que el texto único de negociación servirá de recurso para fines de procedimiento y no constituirá más que una base para las negociaciones». Para subrayar este carácter oficioso de los dos textos no hubo debate general sobre ellos.

La segunda fase se concreta en la adopción del Texto integrado oficioso de 1977. Este texto ya no se compone de cuatro partes separadas sino que forma un conjunto orgánico, elaborado por un equipo llamado «colegio» e integrado por el presidente de la Conferencia, los presidentes de las tres comisiones, el presidente del comité de redacción y el redactor general. Según lo que se leía en el memorandum del presidente, anexo a este texto, su naturaleza jurídica permanecía igual que la de sus antecesores. El presidente añadía que el texto integrado «no tendría el carácter y la condición del texto preparado por la Comisión de Derecho Internacional y presentado en la Conferencia de Ginebra de 1958 y, por lo tanto, no tendría la condición de una propuesta básica que se mantendría a menos que fuera rechazada por la mayoría prescrita». Esta afirmación correspondía a la situación desde el punto de vista formal, sin embargo, desde el punto de vista de la realidad de la Conferencia era demasiado prudente, como resulta de la evolución de los principios sobre los cambios de los textos de negociación.

En efecto, en las dos primeras fases los cambios de un texto al sucesivo quedaron bajo la responsabilidad de los presidentes y de su evaluación sobre los puntos ya acordados por las delegaciones y sobre las fórmulas que tenían buenas posibilidades de encontrar el acuerdo de las mismas. Cabe subrayar que las modificaciones llevadas por el presidente de la segunda comisión en la revisión de 1976 se basaron en la existencia de una regla particular que se adoptó en las discusiones en el marco de esta comisión. Se trata de la llamada regla del silencio «en virtud de la cual —como explica el presidente de la segunda comisión— las delegaciones se abstendrían de hacer uso de la palabra sobre un artículo cuando estuvieran esencialmente de acuerdo con el Texto único. El silencio sobre las enmiendas se interpretaría como falta de apoyo a las mismas». La consecuencia de esta regla ha sido, por un lado, que los cambios introducidos contaban efectivamente con el acuerdo general de las delegaciones, y, por otro, que el Texto único oficioso se consolidó por el hecho de la gran dificultad para enmendarlo.

La tercera fase comprende las revisiones llevadas al Texto integrado en 1979 y en 1980. Esta fase marcó una modificación importante en las moda-

lidades seguidas para introducir cambios en los textos. Tal modificación es un paso significativo en la dirección de la transformación de los textos de negociación en textos negociados. En efecto, según una decisión de la Conferencia, tomada en 1978, «cualesquiera modificaciones o revisiones que hubieran de hacerse en el Texto integrado oficioso para fines de negociación deberían estar basadas en las negociaciones mismas y no deberían introducirse por iniciativa de una sola persona, ya fuera el presidente de la Conferencia o el presidente de una comisión, a menos que hubieran sido presentadas al Pleno y se hubiera considerado, por el apoyo amplio y sustancial prevaleciente en el Pleno, que ofrecían perspectivas mucho mejores de consenso». La responsabilidad de determinar si una propuesta había encontrado «apoyo amplio y sustancial» pertenecía al «Colegio» de la Conferencia, encargado de preparar las revisiones del texto integrado. Sin embargo, el Colegio debía de tener en cuenta los resultados de las discusiones en el Pleno, de manera que propuestas que hubieran suscitado oposición en el mismo no podrían introducirse aún cuando el equipo pensase que hubieran podido facilitar la búsqueda del consenso.

El paso a un texto negociado se ve de manera clara en el título de la tercera revisión del Texto integrado: «Proyecto de Convención (texto oficioso)». Si, por un lado, el memorando explicativo todavía subraya que este texto tenía carácter extraoficial y que no era un texto negociado, por otro, el mismo memorando afirma que el título «no prejuzga el carácter o condición jurídica del Texto», sobre el cual el sucesivo periodo de sesiones hubiera tenido que pronunciarse.

Este paso a un texto negociado se completó en 1981, cuando la Conferencia reconoció que el Texto de 1980, con algunas revisiones, «ya no sería un texto oficioso» y que «era el proyecto oficial de Convención». Sin embargo, este carácter de proyecto oficial estaba aceptado con varias condiciones, que incluían la posibilidad de continuar las negociaciones sobre ciertas cuestiones pendientes y de incorporar en el texto los resultados del trabajo del Comité de redacción.

Estas condiciones se realizaron en la última sesión de la Conferencia, pero no totalmente, ya que, como es notorio, el texto final de la Convención no pudo ser aceptado por consenso y se necesitó recurrir al voto. No obstante, está el hecho de que la casi totalidad de la Convención ha sido elaborada con el mecanismo del consenso y de los textos de negociación y que las dificultades que empujaron a la delegación de los Estados Unidos a pedir el voto sobre la Convención se refieren únicamente a una parte de la materia objeto de la misma. Aunque su éxito no fue completo, el conjunto de los mecanismos de búsqueda del consenso, elaborados por la Conferencia del Derecho del Mar, parece ser, por lo tanto, una fase muy significativa en la elaboración de nuevas técnicas de codificación y de desarrollo progresivo del derecho internacional.

d) La aplicación del procedimiento por consenso en el Comité de redacción (4)

El trabajo del Comité de redacción de la Conferencia del Derecho del Mar no fue menos novedoso, en comparación con el trabajo de los Comités de redacción de las otras conferencias de codificación del derecho internacional, de lo que fue el trabajo sobre asuntos substantivos de la misma Conferencia frente al trabajo sobre dichos asuntos de las otras conferencias de codificación.

La actividad de los comités de redacción en las conferencias de codificación de tipo tradicional, especialmente las que basan sus deliberaciones en proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, se caracterizan, en primer lugar, por el hecho de que el texto de base ya está redactado de manera bastante satisfactoria, siendo el producto de un órgano de reconocida calificación técnica, como es la Comisión del Derecho Internacional. En segundo lugar, estas actividades disponen de poco tiempo, si se tiene en cuenta que la duración de las conferencias tradicionales es relativamente corta, particularmente si se le compara a la de la Conferencia del Derecho del Mar. En tercer lugar, los comités de redacción de las conferencias de tipo tradicional tienen una composición bastante restringida (por ejemplo, el Comité de redacción de la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1968-69 estaba integrado por 14 delegaciones), particularmente si se considera la exigencia de representar a los principales intereses y grupos geográficos y a los idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

Por último, hay que subrayar que los comités de redacción de tipo tradicional no logran ejercer un control efectivo, dada la variedad de las delegaciones que los integran, sobre el conjunto de las versiones lingüísticas del texto de la convención que se está preparando. La realidad es que la actividad del comité de redacción se concentra sobre una, o tal vez dos, de estas versiones, en concreto en aquellas de los idiomas en los cuales se desarrollaron las negociaciones y se formaron los compromisos; las otras versiones las preparan traductores y sólo las revisan los miembros del comité cuyo idioma es aquel de la versión de la cual se trata. Así, la manera de preparar las versiones lingüísticas de una convención en las conferencias tradicionales no apoya la presunción, consagrada en el artículo 33, párrafo 3, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de que las diferentes versiones de un tratado en los distintos idiomas oficiales tienen el mismo sentido.

(4) Sobre la materia tratada en este apartado, véase: TREVES, «Drafting the LOS Convention», en *Marine Policy*, 1981, pp.273-276; TREVES, «Une nouvelle technique dans la codification du droit international: le Comité de rédaction de la Conférence du droit de la mer», *Annuaire français de droit international*, 1981, pp.65-85; ROSENNE, «The Meaning of «Authentic Text» in Modern International Law», en *Völkerrecht als Rechtsordnung..., Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Heidelberg, New York, 1983, pp.759-784 espec. pp.773 y sgg.

En la Conferencia del Derecho del Mar todos estos aspectos de la actividad de los comités de redacción de las conferencias de tipo tradicional se presentaron de manera completamente distinta.

En primer lugar, los textos de base utilizados por el Comité de redacción, es decir, los Textos únicos de negociación, no eran ciertamente modelos de perfección en lo que se refiere a la calidad de su redacción. Esto se entiende si se considera su amplitud, su origen en documentos presentados por diferentes delegaciones, y en diferentes fases y foros de la Conferencia, y la prisa que siempre presidió su elaboración.

En segundo lugar, el tiempo a disposición del Comité de redacción ha sido amplio. Este Comité se reunió a lo largo de todas las sesiones a partir de 1980 y tuvo varias reuniones intersesionales, que se materializaron en 29 semanas de trabajo muy intenso.

En tercer lugar, aunque la composición del Comité fuese más amplia (23 delegaciones) que la de los comités de redacción de tipo tradicional, la Conferencia adoptó de manera oficiosa, y, según su costumbre, sin cambiar el reglamento del procedimiento, una estructura particular que permitió a todas las delegaciones interesadas dar su contribución a los trabajos del Comité. Esta estructura preveía el funcionamiento de seis «grupos lingüísticos», uno para cada uno de los idiomas oficiales de la Conferencia (árabe, chino, español, francés, inglés, ruso), abiertos a todas las delegaciones interesadas, y de un grupo integrado por los coordinadores de los grupos lingüísticos. Los grupos lingüísticos examinaban el texto en la versión correspondiente a su propio idioma y, teniendo en cuenta los otros textos, hacían propuestas, una veces limitadas a su propio idioma, otras veces relacionadas con algunos o con todos los otros idiomas. El grupo de los coordinadores, cuyas reuniones se desarrollaban en presencia de todas las delegaciones interesadas, tomaba las decisiones sobre las distintas propuestas de los grupos lingüísticos, transformándose así en un verdadero foro de negociación multilingüe. El Comité de redacción propiamente dicho aprobaba casi sin discusión las propuestas de los coordinadores, propuestas cuya adopción final, con todavía menor discusión, la hacía el Pleno de la Conferencia. Todo esto se desarrollaba por consenso.

Es fácil de constatar que esta estructura se correspondía bien con las exigencias típicas de la Conferencia: la exigencia de negociar en grupos pequeños, que se concretó en el grupo de los coordinadores, y la exigencia de implicar en el trabajo a todas las delegaciones y de someter los resultados al control y aprobación final de las mismas, exigencia que se concretó en los grupos lingüísticos y en la aprobación definitiva del Pleno.

Finalmente, se puede afirmar que, con el mecanismo y el procedimiento que la Conferencia adoptó para las actividades de su Comité de redacción, la Convención se presenta como un texto cuyas seis versiones lingüísticas fue-

ron todas efectivamente negociadas y que, por lo tanto, da apoyo a la presunción de la Convención de Viena de 1969 de que los seis textos tienen el mismo sentido. De esta manera, los resultados del trabajo del Comité de redacción equilibran en una cierta medida el hecho de que una parte preponderante de las negociaciones de fondo se desarrollasen en inglés, y permiten rechazar la idea de que los Estados de lengua diversa a la inglesa no pueden aceptar, por razones de principio, que el inglés es, si así se puede expresar, la «más auténtica» de las lenguas auténticas de la Convención. La presunción del artículo 33, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969 encuentra ulterior apoyo en la indicación, que debería ayudar a los intérpretes de la Convención de 1982, cuando las versiones en los diferentes idiomas quedaron redactadas de manera distinta, y que se encuentra en uno de los informes de 1981 del Comité de redacción, de que «el Comité de redacción trató de mejorar la concordancia lingüística siempre que fue posible y lograr la concordancia jurídica en todos los casos».

II. LA CONVENCION SOBRE EL DERECHO DEL MAR Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO

a) Aspectos generales y consideraciones de método (5)

La Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 no puede ser considerada únicamente como un tratado que todavía no está en vigor y cuya importancia esté limitada, a partir de su entrada en vigor, a los Estados contratantes. La importancia de la Convención como manifestación de la práctica internacional contemporánea es mucho más grande.

En efecto, la dificultad del trabajo realizado en su preparación, el largo tiempo que se necesitó para la misma, así como la amplitud y la importancia de su objeto, dan lugar a muy complejas e interesantes relaciones entre la Con-

(5) Sobre las cuestiones examinadas en el presente y en el siguiente apartado, véase: DE LA-CHARRIERE, «La réforme du droit de la mer et le rôle de la Conférence des Nations Unies», en BARDONNET y VIRALLY, *Le nouveau droit de la mer*, Paris 1983; ROSENNE, «The Reconciliation of the Old and the New Law of the Sea», en PARK, *The Law of the Sea in the 1980s, Neglected Issues*, Honolulu, 1983, pp. 63-123; LEE, «The Law of the Sea Convention and Third States», en *American Journal of International Law*, 1983, pp. 541-568; VUKAS, «The Impact of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea on Customary Law», en ROZAKIS y STEPHANOU, *The New Law of the Sea*, Amsterdam, New York, Oxford, 1983, pp. 33-54; TREVES, «The United Nations Law of the Sea Convention of 1982: Prospects for Europe», en las *Actas del Greenwich Forum IX: Britain and the Sea: Future Dependence, Future Opportunities* (que serán publicadas en 1984).

vencción y el derecho internacional consuetudinario. Estas relaciones, que empezaron a manifestarse antes de la firma de la Convención con relación a los Textos de negociación, tienen importancia trascendental en la situación presente, en el período entre la firma y la entrada en vigor, e indudablemente no serán menos importantes aún después de la entrada en vigor.

La existencia de relaciones entre los Textos de negociación y el derecho internacional consuetudinario resulta de la jurisprudencia internacional y de la práctica de los Estados en los años anteriores a la firma de la Convención.

Así, el Tribunal arbitral anglo-francés, en su laudo del 30 de junio de 1977, afirmó que la demostración de la obsolescencia de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la plataforma continental se hubiera podido encontrar únicamente «en las actas de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar» o en «la práctica de los Estados fuera de la Conferencia». La Corte Internacional de Justicia, después de haber dado algunas indicaciones bastante vagas en su fallo de 1974 sobre jurisdicción en materia de pesca (Reino Unido contra Islandia), afirmó, en su fallo de 1982 sobre el asunto de la delimitación de la plataforma continental entre Libia y Túnez, que no hubiera podido ignorar «una disposición del proyecto de Convención si hubiera llegado a la conclusión que su contenido es obligatorio para todos los miembros de la comunidad internacional por el hecho de que consagra o cristaliza una regla de derecho consuetudinario ya existente o en formación».

En lo que se refiere a la práctica de los Estados en este mismo período, las actividades de la Conferencia del Derecho del Mar, y ya antes las del Comité de los Fondos Marinos, aparecen al mismo tiempo como un espejo de las tendencias de esta práctica y como un elemento propulsor de la misma. Esto resulta de manera muy clara en lo que se refiere a la zona económica exclusiva, si se considera que, en los orígenes de los Textos de negociación sobre el asunto, se encontraban las legislaciones adoptadas por varios Estados, particularmente de América Latina, y que, por otra parte, los Textos de negociación influyeron sobre la legislación que otros países adoptaron después de la publicación de los mismos. Así, algunas de estas legislaciones reproducen casi al pie de la letra el artículo de los Textos de negociación sobre derechos, jurisdicción y deberes del Estado ribereño en la zona económica. Además, los principios que se elaboraban en la Conferencia tuvieron influencia en la práctica de los tratados concluidos en este período: por ejemplo, varios tratados en materia de pesca, entre otros, los concluidos entre España y la Comunidad Europea, Canadá y Estados Unidos, se refieren explícitamente a estos trabajos en sus preámbulos.

Como se ha dicho antes, las relaciones entre la Convención y el derecho consuetudinario tienen una importancia particular en el período actual, a la espera del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación o de adhesión que necesita para la entrada en vigor, y también, y quizá más, en el período

que seguirá a la entrada en vigor y en el cual se encontrarán en la escena internacional Estados que serán y Estados que no serán partes de la Convención. De esta forma, a pesar de que en el momento de su firma la Convención no ha encontrado la aprobación de algunos Estados importantes, se justifica lo que afirmó el representante del Reino Unido en la sesión conclusiva de la Conferencia en Montego Bay: «Hay que contemplar la posibilidad que la Convención entre en vigor sin gozar de la aceptación general».

En la actualidad, y por un tiempo no breve, el derecho del mar aplicable tiene y tendrá que buscarse, aparte de en las convenciones particulares, en las reglas consuetudinarias. Estas reglas ya no coinciden con aquellas del derecho del mar «tradicional», codificado en Ginebra en 1958, pero todavía no corresponden en su totalidad con las reglas de la Convención de 1982. Así, frente al derecho del mar «tradicional» de Ginebra y al «nuevo» derecho del mar de la Convención de 1982, existe el derecho consuetudinario que se encuentra en la actualidad en la consciencia de los Estados y que ellos aplican en su vida de relación.

Por lo tanto, el problema fundamental del derecho del mar en la actualidad es el de determinar si, y en qué medida, la Convención de 1982 se corresponde con el derecho consuetudinario y si, y en qué medida, las novedades incluidas en la Convención ya se han transformado en reglas consuetudinarias.

Hay que subrayar de antemano que algunas disposiciones de la Convención no tienen y no pueden tener carácter consuetudinario. Estas son todas las disposiciones que prevén la creación de nuevos organismos internacionales, como la Autoridad internacional de los fondos marinos y el Tribunal internacional del derecho del mar. En efecto, la creación de instituciones necesita de un tipo de cooperación entre Gobiernos que puede ser únicamente el producto de obligaciones convencionales. Lo mismo vale por lo que se refiere a las reglas que instituyen mecanismos obligatorios para la solución de controversias. Ningún Estado puede emplazar a otro Estado ante un Tribunal o Corte internacional sin el consentimiento de este Estado. Este consentimiento los Estados lo otorgan, bajo ciertas condiciones, con el hecho de su participación en la Convención, pero nunca se puede presumir con relación a un Estado que no sea parte de la misma.

Hay también que observar de manera preliminar que, teniendo en cuenta cómo se desarrolló la fase final de la Conferencia, y que aún permanecen objeciones por parte de Estados importantes sobre el asunto, es necesario ser particularmente prudentes antes de afirmar que tienen carácter consuetudinario, en la actualidad o en potencia, muchas reglas, no directamente vinculadas con la Autoridad internacional de los fondos marinos, que se refieren a la explotación de los fondos marinos internacionales.

En lo que se refiere a las disposiciones de la Convención sobre otros aspectos del derecho del mar, no es posible contestar de manera general a la pregunta sobre su carácter consuetudinario. Se necesita estudiar detenidamente la situación de cada regla o de cada grupo homogéneo de reglas. Sin embargo, es posible hacer algunas observaciones de carácter general que pueden ser utilizadas como guía en este estudio.

La más importante de estas observaciones consiste en subrayar que, aunque la inclusión de una regla en la Convención sea un punto de partida muy útil e importante para considerar a esta regla como generalmente aceptada por la comunidad internacional, este elemento no puede ser decisivo sin el apoyo de otros elementos. En este sentido hay que recordar el ya citado pasaje del laudo de 1977 del Tribunal arbitral anglo-francés, que subraya la importancia de «la práctica de los Estados fuera de la Conferencia». En particular, soluciones de compromiso aceptadas en el marco de la Conferencia del Derecho del Mar con miras a obtener «paquetes» de reglas, vinculadas entre sí, no necesariamente por su contenido sino sólo políticamente, con el fin de obtener que la Conferencia las aceptase por consenso, no pueden en cuanto tales ser consideradas como derecho internacional obligatorio para la generalidad de los Estados. Es el comportamiento efectivo de los Estados el que proporciona la indicación más persuasiva en lo que se refiere a las convicciones de los mismos sobre sus derechos y obligaciones.

Desde este punto de vista —al igual que la práctica antes recordada que se basaba en los Textos de negociación— la práctica sucesiva a la apertura a la firma de la Convención parece muy significativa.

Una segunda observación es que la respuesta a la pregunta sobre el carácter consuetudinario de la regla contenida en una disposición de la Convención puede variar con el tiempo. Esta observación puede valer también en parte para el conjunto de los artículos que estamos considerando, en el sentido de que si a lo largo de los próximos años existiesen buenas probabilidades de que la Convención reciba un número importante y representativo de ratificaciones o de adhesiones, su influencia sobre el derecho consuetudinario será importante; sin embargo ésta influencia no será tan segura si, después de varios años, las posibilidades de éxito de la Convención, como instrumento generalmente aceptado en su contenido, aunque no como instrumento convencional, fuesen escasas.

Por último, es necesario señalar que, aún cuando la práctica de los Estados corresponda de manera fiel al contenido de las disposiciones de la Convención, siempre queda una diferencia entre el derecho consuetudinario, cuya manifestación es esta práctica, y las reglas escritas de la Convención. Aún cuando el principio sea el mismo, no sería prudente presumir que la regla consuetudinaria corresponde en todos sus detalles y matices de significado a la regla escrita. Pertenece a la propia naturaleza de las reglas escritas el incluir

detalles y expresar matices de significado que las reglas no escritas no pueden expresar. Esta observación se aplica de manera especial a la Convención sobre el Derecho del Mar por el hecho de la cantidad de detalles que contiene.

Otro aspecto interesante de las relaciones entre la Convención y el derecho consuetudinario, y que confirma la importancia de determinar en cada caso si las reglas de la Convención corresponden al derecho consuetudinario, se encuentra cuando se consideran las relaciones entre la Convención de 1982 y las Convenciones de Ginebra de 1958.

Según lo que dice el artículo 311, párrafo 1, de la Convención de 1982, la «Convención prevalecerá, en las relaciones entre Estados Partes, sobre las Convenciones de Ginebra sobre el derecho del mar de 29 de abril de 1958».

Sin embargo, esta disposición, que fue elaborada teniendo en cuenta el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no regula, y no puede regular, el problema que se presenta para los Estados, y por lo que se refiere a esos Estados, que sean partes de una o más de las Convenciones de Ginebra, pero no lo sean de la Convención de 1982.

Según los principios del derecho de los tratados habría que aplicar en este caso la Convención de Ginebra, único instrumento que obliga a los Estados de que se trata. Pero, antes de aceptar esta solución, hay que explorar otras dos posibilidades que la práctica reciente nos permite identificar. La primera es la de determinar si puede afirmarse que en el caso se ha producido un cambio fundamental de circunstancias que permita el considerar como no aplicable la Convención de Ginebra. Esta idea parece estar presente en el espíritu del Abogado General Capotorti, en sus conclusiones ante la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en varios casos relacionados con las actividades de pescadores españoles en la zona económica francesa. La segunda consiste en averiguar si existe en el caso concreto la posibilidad, que subraya el laudo de 1977 del Tribunal arbitral anglo-francés, de «que un desarrollo del derecho consuetudinario permita establecer, bajo algunas condiciones, que los Estados interesados aceptan la modificación o tal vez la abrogación de derechos y obligaciones convencionales que existían con anterioridad».

b) Las diferentes categorías de disposiciones

Antes de examinar algunas de las cuestiones más interesantes que forman el objeto de la Convención, con miras a averiguar la validez de las consideraciones de método ahora desarrolladas, es posible formular algunas consideraciones de carácter muy general sobre el fondo del problema de la correspondencia de las disposiciones de la Convención con el derecho consuetudinario.

Parece posible afirmar que, de manera aproximativa, las disposiciones de la Convención pueden dividirse en tres categorías. Es muy significativo que esta división se haya hecho en términos casi idénticos en las intervenciones realizadas en la sesión conclusiva de la Conferencia sobre el Derecho del Mar por dos Estados importantes, pertenecientes a grupos políticos y geográficos tan distintos, como son el Reino Unido e Indonesia.

La primera categoría comprende, según Indonesia, las disposiciones que codifican «el derecho del mar existente que se ha desarrollado a través del derecho consuetudinario o del derecho convencional», o, según el Reino Unido, «las disposiciones» que son «una repetición o una codificación del derecho y de la práctica consuetudinaria e convencional». Pertenecen a la segunda categoría, según la formulación del Reino Unido, «las disposiciones» que «hacen más preciso lo que ya es inherente en el derecho internacional vigente... Estas disposiciones manifiestan conceptos que han emergido durante los últimos 25 años». Según la formulación de Indonesia, esta segunda categoría comprende «las disposiciones que clarifican y definen otra vez las reglas sobre asuntos que son el resultado de novedades de carácter político, científico y tecnológico». Por último, la tercera categoría comprende disposiciones que, según el Reino Unido, «son nuevas, y verdaderamente únicas» y que, según Indonesia, son «total y completamente nuevas y sin precedente en la práctica de los Estados».

Es evidente que pertenecen a la tercera categoría las disposiciones que crean nuevas instituciones y aquellas que prevén mecanismos obligatorios de solución de las controversias y que no pueden corresponder a reglas consuetudinarias por las razones que se dieron antes. Sin embargo se podrían incluir también en esta categoría —y parece que Indonesia y el Reino Unido opinan así— otras reglas de la Convención relativas al régimen internacional de explotación de los fondos marinos. Estas son las reglas que no están directamente relacionadas con la Autoridad internacional de los fondos marinos, a propósito de las cuales ya hemos expresado el punto de vista de que hoy en día hay que tener mucha cautela antes de afirmar que corresponden al derecho consuetudinario.

La primera categoría comprende las reglas que confirman el derecho tradicional. Estas reglas corresponden al derecho consuetudinario y son obligatorias, como reglas consuetudinarias o como reglas convencionales, para todos los Estados. El ejemplo más claro es el de las reglas sobre la alta mar y sobre el mar territorial. Aquí también, sin embargo, es posible plantearse algunas preguntas. Por ejemplo: la regla sobre las transmisiones no autorizadas desde la alta mar, que supone una nueva excepción a la libertad de la alta mar, ¿puede ya considerarse como parte del derecho consuetudinario? Y ¿es posible afirmar lo mismo en lo que se refiere a la lista de las actividades que califican el paso por el mar territorial como no inocente en todos sus elementos y en

su carácter exhaustivo? Como se ve, estas preguntas tocan aspectos nuevos de las reglas que se refieren a instituciones del derecho tradicional como la alta mar y el mar territorial. Las consideraciones de métodos antes hechas tendrán que aplicarse y el elemento más importante será la práctica de los Estados.

A la segunda categoría pertenecen sobre todo, aunque no exclusivamente, los ejemplos más interesantes, que vale la pena examinar detenidamente.

c) Las disposiciones sobre la zona económica exclusiva (6)

Nos parece interesante empezar con el ejemplo de la zona económica exclusiva, que es una de las instituciones nuevas que más caracterizan a la Convención y que es objeto de un amplio número de artículos de carácter particular y de carácter general, no sólo en la parte V que se intitula la «zona económica» exclusiva, sino también en la parte XII sobre la protección y la preservación del medio marino, en la parte XIII sobre investigación científica marina, y en la parte XV sobre la solución de las controversias.

La búsqueda de un equilibrio entre los nuevos intereses de los Estados ribereños en orden a establecer sus derechos soberanos y su jurisdicción en esta nueva zona de mar adyacente a las costas y los intereses tradicionales de la libertad de navegación comercial y militar, tuvo como consecuencia que estos artículos de la Convención incorporarán formulaciones de compromiso, tal vez ambiguas, en las que cada término es el resultado de largas negociaciones. Cuando se pregunta si estos artículos de la Convención corresponden al derecho consuetudinario, hay que tomar en cuenta, por un lado, el aspecto ahora mencionado, y, por otro, que sobre este asunto existe una práctica internacional importante que, como hemos visto, se desarrolló ya antes de la firma de la Convención y que continúa desarrollándose después.

La Corte Internacional de Justicia, en su fallo de 1982 sobre el asunto de la delimitación de la plataforma continental entre Libia y Túnez, ha afirmado que «el concepto de la zona económica exclusiva... puede ser considerado como una parte del derecho internacional moderno». Una decisión de 1979 de la Corte de Apelación de Rennes llega hasta afirmar que «el derecho de Ginebra ha sido abrogado por la práctica generalizada de las zonas económicas exclusivas».

Estas afirmaciones parecen corresponder a la situación real. En efecto, como ya hemos recordado antes, la Convención se inspira en una serie de le-

(6) Sobre las cuestiones tratadas en este apartado y en el siguiente: TREVES, *La Convención delle Nazione Unite*, op. cit., p. 23-30, con indicaciones de otra bibliografía, en la cual hay que subrayar, en particular, la obra de GUNDLING, *Die 200 Seemeilen-Wirtschaftszone*, Berlín, Heidelberg, New York, Tokyo, 1983, espec. pp. 311-326.

gislaciones nacionales. Además, ya antes de la apertura a la firma, los Textos de negociación habían sido tomados como base por muchos Estados para legislar sobre la zona económica. Incluso, después de la apertura a la firma de la Convención, el 10 de marzo de 1983, Estados Unidos, el Estado que ha adoptado la posición más crítica frente a la Convención, ha adoptado una declaración sobre la creación de una zona económica exclusiva que se corresponde en gran parte con la Convención de las Naciones Unidas de 1982. Nos parece que este elemento de la práctica sucesiva a la firma es muy significativo para confirmar la idea expresada por la Corte Internacional de Justicia, en el pasaje antes citado de su fallo de 1982 en la controversia entre Libia y Túnez. Otra confirmación se encuentra en la Ley, aún más reciente, del 28 de febrero de 1984, adoptada por la Unión Soviética.

Pero, ¿es posible afirmar que cada una de las disposiciones de la Convención que se refieren a la zona económica exclusiva corresponden al derecho consuetudinario? En nuestra opinión, la afirmación de la Corte Internacional de Justicia es exacta si se la considera en lo que se refiere a las grandes líneas de la institución de la zona económica exclusiva, pero lo mismo no puede afirmarse de manera tan segura por lo que se refiere a los detalles, a propósito de los cuales el texto de la Convención refleja soluciones de compromiso, fruto de las negociaciones en el contexto de la Conferencia del Derecho del Mar.

Es verdad que es posible considerar como parte integrante del derecho internacional consuetudinario el principio de que el Estado ribereño tiene derechos exclusivos sobre todo género de actividades económicas y relacionadas con los recursos naturales en una zona del mar que puede extenderse hasta 200 millas marinas; pero no puede afirmarse lo mismo de algunas disposiciones que se ocupan de otros aspectos.

Estas disposiciones son, por ejemplo, las que prevén algunas excepciones y atenuaciones del principio del consentimiento del Estado ribereño en materia de investigación científica en la zona económica, como la que crea una presunción de consentimiento cuando el Estado ribereño no contesta a la solicitud del Estado que se propone hacer la investigación dentro de un determinado plazo. Entre otras cosas, esta presunción no está prevista en las legislaciones nacionales, inclusive en la de la Unión Soviética de 1984, que, sobre los otros aspectos del régimen de investigación científica marina, sigue las previsiones de la Convención. Otra disposición que suscita muchas dudas sobre su correspondencia con el derecho consuetudinario es la que regula la pesca de las especies catádromas, como el atún. Esta disposición refleja un compromiso entre los intereses de los Estados que pescan estas especies y los Estados ribereños, compromiso cuyo valor jurídico parece difícil de afirmar fuera de las obligaciones convencionales. Una indicación en este sentido nos parece que se encuentra en el hecho de que la proclamación antes citada de los Estados Unidos, de 1983, se abstiene explícitamente de toda reivindicación de derechos soberanos sobre estas especies en la zona económica.

d) La nueva definición de la plataforma continental

Consideraciones similares pueden hacerse por lo que se refiere a la nueva definición del límite externo de la plataforma continental, que se encuentra en el artículo 76 de la Convención. Esta definición sustituye la de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental y sus criterios relativos a la profundidad de las aguas suprayacentes y de la explotabilidad de los recursos, utilizando, por un lado, conceptos de orden geológico, incluso referentes al espesor de las rocas sedimentarias, y, por otro, límites máximos expresados en millas marinas (350 desde la línea de base, o 100 desde la isóbata de 2.500 metros). Además, la Convención prevé la institución de una Comisión de límites de la plataforma continental para facilitar el establecimiento de estos límites, y un principio de división de los beneficios que los Estados ribereños pudieran obtener de la parte de su plataforma continental situada más allá del límite de las 200 millas.

Mucho de lo previsto en esta definición parece que ya es derecho consuetudinario. Esto vale especialmente en el sentido de que la definición de Ginebra ya no se puede considerar que corresponda a este derecho. Y hasta se puede llegar a decir que está en proceso de afirmarse a nivel consuetudinario la idea de que la plataforma continental, en el sentido jurídico del término, puede extenderse hasta comprender el conjunto del margen continental y en todo caso hasta el límite de las 200 millas. Lo que parece difícil de aceptar como derecho consuetudinario, aún en vía de formación, son las obligaciones de división de los beneficios y la complicada definición geológica antes mencionados. Sin embargo, no se puede excluir que, por el hecho de su simplicidad, se transformen en consuetudinarios los límites máximos antes recordados de 350 millas desde la línea de base y de 100 millas desde la isóbata de 2.500 metros.

e) El paso inocente de los buques de guerra (7)

Los ejemplos hasta ahora considerados confirmaron la idea de que el elemento decisivo es la práctica de los Estados, que se desarrolla al margen de la Conferencia del Derecho del Mar, y la observación de que, aun cuando haya coincidencia entre los principios consuetudinarios y los principios contenidos en la Convención, esta coincidencia no incluye necesariamente a todos

(7) En la muy amplia literatura sobre este asunto, véase especialmente: O'CONNELL, «Innocent Passage of Warships», en *Thesaurus Acroasium*, VII, *The Law of the Sea*, Tesseloniki, 1977, pp. 405-451; *The International Law of the Sea*, I, *op. cit.* pp. 274-297; y CHURCHILL y LOWE, *The Law of the Sea*, *op. cit.*, pp. 69-71. Véase también nuestro estudio sobre navegación en el *Tratado del derecho del mar* dirigido por Dupuy y Vignes que será publicado en París en 1985.

los detalles del texto escrito de la Convención y especialmente a los que reflejan compromisos en la negociación. Las reglas que se refieren al paso inocente de los buques de guerra en el mar territorial nos parecen un ejemplo que indica cómo la Conferencia misma ha sido un foro de aceleración de la práctica internacional, aún cuando las conclusiones que se puedan deducir de la misma no sean completamente claras.

Es notorio que en la Convención de Ginebra sobre el mar territorial no se encuentra regla alguna sobre el paso inocente de los buques de guerra y que a esta situación se llegó porque no se alcanzó la mayoría de dos tercios en favor de la regla que exigía la autorización del Estado ribereño, y porque la propuesta de prever la necesidad de la notificación previa fue rechazada por la alianza un poco extraña entre los Estados favorables al principio del paso inocente de los buques de guerra sin condiciones y de los Estados favorables a la autorización previa. A la luz de estos precedentes, el silencio de la Convención de Ginebra puede interpretarse, y ha sido interpretado, en dos sentidos opuestos: por un lado, en el sentido de que vale el principio del paso inocente sin condiciones y, por otro, en el sentido de que el problema no está regulado y que por lo tanto hay que aplicar las reglas consuetudinarias. Sobre estas reglas había gran discusión por las diferentes orientaciones de la práctica de los Estados. En particular, hay que subrayar la insistencia de la Unión Soviética y de sus aliados sobre el principio de la autorización previa.

Ahora bien, en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se asistió a cambios en la orientación de los Estados que permiten interpretar de manera diferente el texto de la Convención de 1982, a pesar de que, sobre este punto, sea idéntico al de la Convención de Ginebra. En efecto, las posiciones favorables al paso inocente de los buques de guerra sin condiciones se manifestaron de manera clara e intransigente desde el inicio de la Conferencia. Además, la Unión Soviética y sus aliados, cambiando de manera radical su posición, hicieron suya esta orientación. Los Estados favorables a la autorización o a la notificación previa, ante la oposición que encontraba su propuesta, llegaron a formularla de manera muy moderada. Incluso frente al rechazo de esta versión de su propuesta, la misma fue retirada a cambio de una declaración, leída por el presidente de la Conferencia, en la cual estos Estados afirmaban que la retirada de su propuesta se hacía sin perjuicio del derecho de los Estados ribereños a tomar medidas para la salvaguardia de su seguridad, según los artículos 19 y 25 de la Convención, lo que no parece añadir nada a lo que ya está previsto en la Convención.

Nos parece que, aún cuando algunos Estados en sus declaraciones hechas en la sesión final de la Conferencia, insistieron en subrayar que la Convención no excluye la posibilidad de someter el paso de los buques de guerra a la autorización del Estado ribereño, esta interpretación es contraria al texto de la Convención visto a la luz de los trabajos preparatorios antes considerados.

Es evidente que es mucho más difícil dar indicaciones precisas en lo referente a la situación del derecho consuetudinario. Sin embargo, la intransigencia de los Estados contrarios a toda limitación del derecho de paso inocente por los buques de guerra, el hecho de que la Unión Soviética adoptase esta postura, y la posición bastante moderada y abierta al compromiso de las delegaciones que siguen la posición opuesta, pueden considerarse, junto con el propio texto de la Convención, como elementos que indican que la orientación de los Estados está evolucionando en la dirección de aceptar la idea del paso inocente sin condiciones de los buques de guerra.

f) El principio del «patrimonio común de la humanidad» (8)

Un último ejemplo nos indica que pueden existir conceptos desarrollados en su totalidad en el marco de las actividades de codificación del derecho del mar que llegan a afirmarse en el derecho consuetudinario, pero con no pocas modificaciones derivadas de la práctica de los Estados. Este ejemplo es el del principio del patrimonio común de la humanidad.

Este principio se encuentra en la declaración de principios sobre los fondos marinos más allá de los límites de la jurisdicción nacional adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1970, al inicio del proceso que llevó hasta la adopción de la Convención en 1982. La susodicha Convención desarrolla este principio en sus artículos sobre la zona internacional de los fondos marinos. Este principio, como está expresado en la declaración de 1970 y como está contenido en detalle en la Convención de 1982, consiste en afirmar que la zona de los fondos marinos más allá de los límites de la jurisdicción nacional y sus recursos deben ser explotados únicamente en beneficio de toda la humanidad, a través de un régimen, completado por un mecanismo institucional, que —se lee en la declaración de 1970— «se establecerá mediante la concertación de un tratado internacional de carácter universal que cuente con el acuerdo general».

El principio ha sido discutido en varias oportunidades por voceros del grupo de los 77 y de los Estados desarrollados directamente implicados en la industria minera submarina. Estas discusiones tuvieron lugar a propósito de la adopción por Estados Unidos, República Federal de Alemania, Reino Unido, Francia, Unión Soviética y Japón, de legislaciones que prevén mecanismos de exploración y de explotación de los fondos marinos internacionales, de carácter unilateral, aunque coordinados entre ellos.

(8) Véase: TREVES, «Continuité et innovation dans les modèles de gestion des ressources minérales des fonds marins internationaux», en DUPUY, *La gestion des ressources pour l'humanité: le droit de la mer*, The Hague, Boston, London, 1982, pp. 63-83; y «Seabed Mining and the United Nations Law of the Sea Convention», en *Italian Yearbook of International Law*, V-1980-81 (1983), pp. 22-51, con indicaciones bibliográficas detalladas.

De estas discusiones resulta bastante claro que existe un aspecto del principio del patrimonio común de la humanidad sobre el cual no hay divergencia de opiniones. Este aspecto es el que consiste en afirmar que los recursos de los fondos marinos internacionales deben ser explotados en beneficio de toda la humanidad. No sólo todos los Estados que participan en las discusiones recordadas lo afirman, sino también resulta de las propias leyes nacionales antes mencionadas; todas las cuales, aún cuando de manera diferente, prevén que una parte de los beneficios de la explotación sea transferida, por medio de un impuesto particular, a la Autoridad de los fondos marinos. Todos estos elementos, que parecen particularmente importantes a la luz de los grandes enfrentamientos de opiniones que existen sobre los demás aspectos del régimen de los fondos marinos, previsto por la Convención, permiten pensar que este aspecto del principio del patrimonio común de la humanidad ya tiene, o está en el proceso de adquirir, carácter consuetudinario.

No nos parece posible afirmar lo mismo por lo que se refiere al otro aspecto esencial supramencionado del principio, el que exige que la explotación de los fondos marinos internacionales se haga únicamente según un régimen internacional, completado por un mecanismo institucional previsto por un tratado universal que cuente con el acuerdo general.

No es seguro que la Convención de 1982 —que ha sido negociada con el propósito de constituir este tratado— corresponda en realidad al requisito de contar con el acuerdo general. En efecto, son las disposiciones sobre el régimen internacional de los fondos marinos, en otros términos, sobre la cuestión que estamos examinando de las reglas que desarrollan el principio del patrimonio común de la humanidad, las que siguen frenando la firma de la Convención por algunos importantes Estados activamente implicados en la industria minera submarina, y las que explican la postura prudente asumida por otros Estados frente a la idea de la ratificación, que no obstante, han firmado la Convención. Si a esto añadimos el hecho de la adopción, por Estados desarrollados que han firmado, y por otros que no han firmado la Convención, de las mencionadas legislaciones que prevén la posibilidad, aunque provisoriamente, de explotar los recursos de los fondos marinos internacionales fuera de los mecanismos previstos por la Convención, debemos concluir que este aspecto del principio todavía no corresponde a la costumbre internacional.

III. LA CONVENCION SOBRE EL DERECHO DEL MAR Y LOS PROBLEMAS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL.

Como ya hemos observado al principio del presente curso, la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 puede ser considerada, desde el punto de vista «interno», para examinar su contribución al desarrollo del derecho inter-

nacional en la actualidad, a través de las disposiciones que tocan las cuestiones de la llamada parte general del derecho internacional público. En lo que sigue vamos a examinar las disposiciones de este género que nos parecen más interesantes. Nuestro examen se refiere a las disposiciones sobre los temas siguientes: los sujetos del derecho internacional, el derecho de los tratados, el papel de las organizaciones internacionales, la responsabilidad internacional, la solución de controversias, la buena fe y el abuso del derecho, el *jus cogens* y el principio del no recurso a la fuerza.

a) Los sujetos del derecho internacional (9)

Sobre este problema de importancia fundamental en el derecho internacional, la Convención contiene varios aspectos interesantes en sus cláusulas finales, así como en sus disposiciones de fondo respecto de las entidades que puedan participar en la Convención.

En las cláusulas finales hay que recordar el artículo 305, que prevé que pueden firmar la Convención no solo los Estados sino también otras entidades. Estas incluyen, en primer lugar, según el orden de la disposición, a Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia. Esta disposición no implica directamente que Namibia, así representada, ya sea un Estado, pero parece implicar —y esto suscitó objeción por parte de algunos Estados occidentales— que el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia está dotado de la capacidad necesaria para asumir obligaciones convencionales.

En segundo lugar, pueden ser partes de la Convención dos categorías de «Estados asociados autónomos» y los territorios autónomos que todavía no han alcanzado la plena independencia. Para estas tres categorías de entidades las condiciones necesarias para firmar son las dos siguientes: que tengan competencia sobre las materias regidas por la Convención, y que esta competencia incluya la de celebrar tratados en relación con estas materias.

La última categoría de entidades que pueden ser partes de la Convención son algunas organizaciones internacionales. La reglamentación muy detallada, que contiene el anexo IX de la Convención sobre los requisitos que tienen

(9) Sobre algunos aspectos de las cuestiones tratadas en este apartado véase: TREVES, «La sessione conclusiva della Conferenza sul diritto del mare», en *Rivista di diritto internazionale*, 1983, pp. 384 y sgg., espec. pp. 414-420. Sobre la participación de las organizaciones internacionales y de las Comunidades Europeas: KOERS, «Participation of the European Community in a New Law of the Sea Convention», en *American Journal of International Law*, 1979, pp. 426-443; GAJA, «The European Community's Participation in the Law of the Sea Convention: Some Incoherences in a Compromise Solution», en *Italian Yearbook of International Law*, 5-1980-81 (1983). Sobre la Autoridad de los fondos marinos y la Empresa internacional de los fondos marinos: TREVES, «Seabed Mining». *op. cit.*, pp. 32-34 y 40-48.

que presentar las organizaciones para poder participar, constituye sin duda una contribución relevante de la Convención al problema (cuya importancia está subrayada especialmente por las actividades internacionales de las Comunidades Europeas) de la participación en convenciones internacionales, al lado de los Estados miembros, de organizaciones internacionales a las que los Estados miembros hayan transferido competencias sobre la materia regida por la Convención. También aquí se requiere que esta competencia incluya la de celebrar tratados sobre esta materia. Pero el anexo IX, elaborando esta problemática de manera mucho más profunda y detallada de lo que hacen otras convenciones concluidas con anterioridad, en donde las Comunidades Europeas participan al lado de sus Estados miembros, añade, a la indicación de estos requisitos, reglas sobre aspectos de gran interés, como los siguientes: la posibilidad para la organización de participar en la Convención en situaciones en las cuales no todos sus Estados miembros participen; las consecuencias de esto sobre los derechos y obligaciones de los Estados miembros que no participan en la convención, así como sobre los derechos y obligaciones de la organización; la necesidad de hacer conocer, de manera continua, a los demás Estados partes el alcance de las competencias de la organización y sus evoluciones en el tiempo; y, por último, las consecuencias de la participación de las organizaciones internacionales en la responsabilidad internacional y en la solución de controversias.

A estas reglas hay que añadir la del artículo 1, párrafo 2, de la Convención, que prevé que la Convención se aplique *mutatis mutandis* a las entidades ahora mencionadas «que lleguen a ser partes en la Convención de conformidad con los requisitos pertinentes a cada una de ellas; en esa medida, el término «Estados partes» se refiere a esas entidades». Esta regla no modifica, evidentemente, la noción de Estado en derecho internacional, pero ilumina, con su insistencia sobre los requisitos de la competencia por materia y de la competencia de celebrar tratados, el concepto de sujeto de derecho internacional.

Este mismo concepto está iluminado también, a *sensu contrario*, por la solución dada en la Conferencia al problema de la participación de los movimientos de liberación nacional. Estos movimientos, según la resolución III adoptada por la misma, fueron admitidos, «en su capacidad de observadores», a firmar el Acta Final, pero no la Convención. En las negociaciones sobre el asunto muchas delegaciones habían subrayado que los movimientos de liberación nacional no tienen la posibilidad de cumplir con las obligaciones de la Convención.

Las disposiciones de fondo de la Convención prevén la creación de dos nuevas entidades internacionales cuya naturaleza jurídica es muy interesante desde el punto de vista de la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales. Estas entidades son la Autoridad internacional de los fondos marinos y la Empresa internacional de los fondos marinos.

La Autoridad es, según el artículo 157, párrafo 1, «la organización por conducto de la cual los Estados partes organizarán y controlarán las actividades en la Zona (internacional de los fondos marinos)... particularmente con miras a la administración de los recursos de la Zona». Según el segundo párrafo del mismo artículo: «La Autoridad tendrá las facultades y funciones que expresamente se le confieren en esta Convención, que resulten implícitas y necesarias para el ejercicio de aquellas funciones con respecto a las actividades en la zona».

No cabe duda que la Autoridad es una organización cuyos poderes, en relación con sus Estados miembros son muy amplios y que pueden ampliarse aún más por el trámite de la regla ahora citada (art. 157, párrafo 2) sobre los poderes implícitos. Entre otras cosas, la Autoridad puede tomar decisiones obligatorias para determinados Estados miembros que no las hayan aceptado, y aún imponer pagos y contribuciones a ciudadanos de los Estados miembros. Además, la Autoridad tiene también algunos poderes que van más allá del campo de la explotación de los recursos de los fondos marinos internacionales. Poderes que consisten en la posibilidad de participar en los acuerdos y en los organismos internacionales entre productores y consumidores de los productos básicos que se sacan de los nódulos polimetálicos, a fin de intervenir en la reglamentación del mercado de esos productos. Todo esto indica que la Autoridad no sólo tiene personalidad jurídica internacional, sino que en función del hecho de sus amplios poderes sobre los Estados miembros, la misma constituye uno de los ejemplos más completos y avanzados de organización internacional a nivel universal, aunque ciertamente no alcanza el nivel de desarrollo de una organización regional, como la Comunidad Económica Europea, que, de todos modos, ha sido tenida en cuenta en las negociaciones de varios aspectos de la Autoridad.

La Empresa es el órgano operativo de la Autoridad, por medio del cual la Autoridad realiza sus actividades de exploración y explotación de los recursos de los fondos marinos internacionales. Su naturaleza jurídica se sitúa en la frontera entre el derecho de las organizaciones internacionales y el de las empresas internacionales, en otros términos, en la frontera entre el derecho internacional y el derecho interno. Según el artículo 170, párrafo 2, de la Convención, «En el marco de la personalidad jurídica internacional de la Autoridad, la Empresa tendrá la capacidad jurídica prevista en el Estatuto que figura en el Anexo IV».

Esta disposición sitúa la empresa en el marco del derecho internacional, pero —nos parece— no como sujeto autónomo de derecho internacional sino como órgano de otro sujeto, la Autoridad. Sin embargo, si se examinan las disposiciones del anexo IV, se ve que la personalidad de la que allí se trata es la personalidad de derecho interno en los Estados contratantes. Esta personalidad como se ve en el artículo 13 del anexo IV, se refiere, en efecto, a asun-

tos como celebrar contratos, adquirir bienes muebles o inmuebles, ser parte de procedimientos judiciales. Esta misma personalidad incluye también —por otro lado— la celebración de «acuerdos con Estados y organizaciones internacionales». Esta última disposición indica que el compromiso político alcanzado en la Conferencia sobre la naturaleza jurídica de la Empresa no es muy satisfactorio desde el punto de vista jurídico. En efecto, la celebración de acuerdos internacionales tendría que ser reservada a sujetos de derecho internacional, y la Empresa es un órgano de uno de estos sujetos. Nos parece difícil pensar en una entidad que sea al mismo tiempo órgano de un sujeto de derecho internacional y sujeto autónomo.

b) El derecho de los tratados (10)

Algunas de las disposiciones finales de la Convención presentan elementos interesantes desde el punto de vista del derecho de los tratados, aunque en general, la redacción de estas disposiciones sea bastante fiel a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Aún más interesantes son las disposiciones que se encuentran en varios artículos sobre cuestiones de fondo y que hacen un reenvío a otras convenciones, con el resultado de ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de estas convenciones.

En las cláusulas finales nos parecen interesantes cuatro puntos que se refieren a las reservas, a las relaciones con otras convenciones, a la denuncia y a la participación de las organizaciones internacionales.

En lo que se refiere a las reservas, el artículo 309 prevé que: «no se podrán formular reservas ni excepciones a esta Convención, salvo las expresamente autorizadas por otros artículos de la Convención».

Pero hay que subrayar que ningún otro artículo permite formular reservas o excepciones. Lo que interesa señalar es el artículo 310, que atenúa parcialmente la prohibición de las reservas. Este artículo permite a cada Estado, que firme o ratifique la Convención o que se adhiera a ella, hacer «declaraciones o manifestaciones, cualquiera que sea su enunciado o denominación, a fin de, entre otras cosas, armonizar su derecho interno con las disposiciones de la Convención, siempre que tales declaraciones o manifestaciones no tenga por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de la

(10) Sobre las cláusulas finales: ROSENNE, «Reflections on the Final Clauses in the New Law of the Sea Treaty», en *Virginia Journal of International Law*, 1977, pp. 133-146. Sobre las reglas «generalmente aceptadas»: VIGNES, «La valeur juridique de certaines règles, normes ou pratiques, mentionnées au TNCO comme généralement», en *Annuaire français de droit international*, 1979, pp. 712-718; REENEN, «Rules of Reference in the New Convention on the Law of the Sea...», en *Netherlands Yearbook of International Law*, 1981, pp. 3-39; HAKAPÄÄ, *Marine Pollution in International Law*, Helsinki, 1981, pp. 118-122.

Convención en su aplicación a ese Estado». Estas declaraciones o manifestaciones no pueden por lo tanto tener el mismo efecto que una reserva. Sin embargo, por su trámite, los Estados, que, por ejemplo, prevén en su legislación nacional mares territoriales de 200 millas, cuya naturaleza sea compatible con la zona económica, pueden tranquilizar a la opinión pública, y, en general, la posibilidad dada por el artículo 310 puede ser utilizada —y ya ha sido utilizada— para hacer declaraciones interpretativas.

Las normas sobre las relaciones entre la Convención y otras convenciones internacionales se inspiran en las disposiciones sobre el asunto de la Convención de Viena de 1969 (artículos 30 y 41), pero con algunos cambios que merecen ser señalados. Según el artículo 30, párrafos 3 y 4, de la Convención de Viena, cuando dos o más partes del tratado posterior sean partes de un tratado anterior, en las relaciones entre estos Estados se aplicará el tratado anterior «únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior». A esta condición, la Convención de 1982 añade, en su artículo 311, párrafo 2, que las disposiciones del acuerdo anterior no deben afectar «al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones que a los demás Estados partes corresponden en virtud de la Convención».

Esta condición se encuentra en el artículo 41 de la Convención de Viena (así como también en el párrafo 3, del artículo 311 de la Convención de 1982) para el caso diferente de los acuerdos sucesivos celebrados únicamente entre algunos de los Estados partes de un acuerdo multilateral.

Otra disposición interesante sobre las relaciones entre la Convención y otras convenciones concluidas anteriormente se encuentra en el artículo 237. A propósito de las obligaciones específicas de los Estados partes de la Convención de 1982, contenidas en convenciones celebradas anteriormente sobre protección y preservación del medio marino, este artículo, después de indicar que las reglas de la Convención de 1982 sobre el asunto no afectarán a estas obligaciones, añade, en su párrafo 2, que las susodichas obligaciones específicas «deben cumplirse de manera compatible con los principios y objetivos generales de esta Convención». Esta parece ser una regla de interpretación de las convenciones celebradas anteriormente que sirve para facilitar la coexistencia de obligaciones de fuentes diferentes sobre el mismo asunto. Sin embargo, es posible pensar que en algunas circunstancias su aplicación por los Estados partes de la Convención de 1982 cree dificultades —o quizá violaciones de las convenciones anteriores— frente a Estados partes de estas convenciones que no sean partes de la Convención de 1982.

En lo que se refiere a la denuncia, la disposición de la Convención que la permite, el artículo 317, contiene un detalle que la distingue de las cláusulas sobre el tema, que se encuentran en otros tratados. La denuncia de la Convención sobre el Derecho del Mar tiene que ser acompañada por la indicación de las «razones en que se funde», aunque «la omisión de estas razones no afec-

tará a la validez de la denuncia». La función de este requisito parece ser la de imponer una reflexión suplementaria a los Estados antes de que tomen una medida tan grave, como la de abandonar un sistema de reglas que aspira a ser universal, caso de la Convención.

Por último, hay que señalar que la terminología que utiliza la Convención, en lo que se refiere a los actos con los que las organizaciones internacionales asumen las obligaciones de la Convención y que se corresponden con la ratificación de los Estados, sigue de cerca la elaborada por la Comisión del Derecho internacional. La Convención habla en efecto de «confirmación formal», cuando el proyecto de la Comisión sobre los tratados entre Estados y organizaciones y entre organizaciones internacionales se refiere al «acto de confirmación formal». Quizás este signo de conformidad con las tendencias emergentes en otros foros de codificación del derecho internacional haya sido un poco prematuro, a la vista de que todavía no está claro si, y en que forma, el mencionado proyecto de la Comisión de Derecho Internacional será adoptado como Convención.

Otro elemento de gran interés es la referencia, que se encuentra en varios artículos de la Convención sobre la navegación, las islas e instalaciones artificiales y la contaminación marina, a «normas internacionales», a «reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales» o a «reglas y estándares internacionales» que sean «*generalmente aceptados*». Con estas referencias a instrumentos internacionales «generalmente aceptados» la Convención amplía un mecanismo que ya se encuentra en el artículo 10, párrafo 2, de la Convención de Ginebra sobre la alta mar. Por el trámite de estas referencias a reglas convencionales (y a reglas derivadas de convenciones, como, por ejemplo, los estándares establecidos por la Organización Marítima Internacional) «generalmente aceptadas», la Convención de 1982 quiere referirse al conjunto imponente de reglas que existe en materia de seguridad de la navegación y de prevención de la contaminación y que son el producto de la larga experiencia de las organizaciones internacionales competentes sobre estas materias. Nos parece que estas disposiciones se refieren a un conjunto de reglas que —aunque incluyan las reglas consuetudinarias existentes en la materia— pueden tener una medida de aceptación menos general que la que gozan las reglas consuetudinarias. Esta medida de aceptación tiene, sin embargo, que ser muy alta: en muchos casos puede coincidir con el hecho de que la convención haya entrado en vigor según los requisitos muy estrictos previstos por las convenciones de la Organización Marítima Internacional.

Lo que nos parece importante de subrayar sobre estas reglas es que por su trámite los Estados partes de la Convención de 1982 resultan obligados por varias disposiciones de convenciones (y por reglas derivadas de convenciones) que no están en vigor para ellos. Y que, por consiguiente, el ámbito subjetivo de aplicación de muchas convenciones específicas sobre la seguridad de la na-

vegación y sobre la prevención de la contaminación resultará ampliado en el sentido de incluir a los Estados partes de la Convención de 1982 que no sean partes de estas convenciones específicas.

La interpretación que hemos sostenido de la expresión «generalmente aceptados» parece ser también la de la delegación de España. Esto se deduce del hecho de que esta delegación, cuando propuso una enmienda al artículo 42, párrafo 1, epígrafe b), cuyo objetivo era cambiar —en esta disposición que se refiere al respeto de la reglamentación sobre contaminación por parte de los buques que ejercen el paso en tránsito en los estrechos— el calificativo «aplicables» por el calificativo «generalmente aceptados», subrayó que «el texto actual podría interpretarse en el sentido de que impide que los Estados ribereños dicten una reglamentación objetiva que pueda ser uniformemente aplicada a todos los buques en tránsito.»

c) El papel de las organizaciones internacionales

La Convención parece tener presente un modelo de sociedad internacional altamente integrado en el cual las funciones de la cooperación y de la organización están muy desarrolladas —quizá más desarrolladas que en la realidad— y todavía son susceptibles de un desarrollo ulterior. Aparte de la creación de una nueva y muy ambiciosa organización internacional, la ya considerada Autoridad internacional de los fondos marinos, la Convención, en muchos de sus artículos, confía funciones importantes y a veces nuevas a las organizaciones existentes.

Las disposiciones de este género que se encuentran más frecuentemente en la Convención son las que prevén la cooperación de los Estados «por conducto» de las organizaciones internacionales competentes, o «con» las organizaciones mismas, o el establecimiento de una reglamentación —especialmente en materia de prevención de la contaminación— «por conducto» de las organizaciones competentes.

No cabe duda, sin embargo, que las más interesantes y originales de las disposiciones que se refieren a las organizaciones internacionales son las que prevén la participación de las organizaciones en los procesos decisionales de los Estados, y especialmente del Estado ribereño en el ejercicio de su soberanía o de sus derechos soberanos en las aguas adyacentes a sus costas. Esta participación puede tomar dos formas distintas: la primera tiene una importancia relativamente secundaria en cuanto a la contribución de la organización a la decisión del Estado ribereño; la segunda tiene, por el contrario, una importancia tal que pone a la organización casi al mismo nivel del Estado en la toma de la decisión.

Las disposiciones de la primera categoría prevén que el Estado ribereño, al adoptar sus decisiones, tiene que tomar en cuenta las decisiones (asumidas

en varias formas) de la organización internacional competente. Por ejemplo, el artículo 22, párrafo 3.a), prevé que el Estado ribereño, al designar vías marítimas y al prescribir dispositivos de separación de tráfico para la regulación del paso inocente de los buques por su mar territorial, «tendrá en cuenta las recomendaciones de la organización internacional competente». De la misma manera, el artículo 60, párrafo 3, prevé que las instalaciones o estructuras abandonadas o en desuso en la zona económica exclusiva «serán retiradas para garantizar la seguridad de la navegación, teniendo en cuenta las normas internacionales generalmente aceptadas que haya establecido a este respecto la organización internacional competente». Estas disposiciones no exigen que los Estados sigan las decisiones de las organizaciones. Sin embargo, el hecho de que tengan que «tener en cuenta» estas decisiones permite sostener que la adopción de posturas radicalmente diferentes, sin que existan circunstancias particulares, puede constituir un abuso de derecho. Además es posible preguntarse si los Estados ribereños pueden proceder a sus designaciones, en el caso del artículo 23, párrafo 3.a), o a retirar las instalaciones, en el caso del artículo 60, párrafo 3, si las organizaciones internacionales no han establecido recomendaciones o normas sobre las cuestiones objeto de los artículos.

Las disposiciones de la segunda categoría prevén que la decisión del Estado ribereño no vale si la organización internacional competente no adopta la misma postura. Un ejemplo muy claro se encuentra en el artículo 41, párrafo 4, sobre el establecimiento de vías marítimas o de dispositivos de separación de tráfico en los estrechos por los Estados ribereños. Este párrafo prevé que, antes de designar o sustituir estas vías o establecer estos dispositivos, los Estados ribereños «someterán propuestas a la organización internacional competente para su adopción. La organización sólo podrá adoptar las vías marítimas y los dispositivos de separación del tráfico convenidos con los Estados ribereños de los estrechos, después de lo cual estos podrán designarlos, establecerlos o sustituirlos». Esta disposición —que se encuentra repetida por lo que se refiere al paso por las vías marítimas archipiélagas en el artículo 53, párrafo 9— prevé un mecanismo de estrecha compenetración de las decisiones del Estado ribereño y de la organización internacional competente. En efecto: a) la propuesta no puede venir más que del Estado ribereño; b) la adopción de la propuesta está reservada a la organización, que por lo tanto tiene un poder de veto, atenuado, sin embargo, por la idea de que las vías marítimas adoptadas y los dispositivos establecidos tendrán que ser «convenidos» con el Estado ribereño, al cual pertenece, así, un poder de veto sobre lo que decide la organización; c) por fin, la designación, el establecimiento o la sustitución de las vías y dispositivos adoptados pertenecen al Estado ribereño que, por lo tanto, queda libre de no designar las vías marítimas, de no establecer los dispositivos o de no sustituir las unas o los otros.

Un mecanismo similar, aunque no idéntico, se encuentra también en el artículo 211, párrafo 6, a propósito de la designación de áreas determinadas

de la zona económica exclusiva como áreas que, por razones ecológicas oceanológicas o de tráfico marítimo, requieren la adopción de medidas obligatorias particulares para prevenir la contaminación, así como a propósito de la adopción de estas medidas. Por fin, un ejemplo más sencillo, pero donde la participación de la organización internacional en la decisión del Estado ribereño es decisiva, se encuentra en el artículo 60, párrafo 5. Esta disposición prevé que las zonas de seguridad alrededor de las islas artificiales, instalaciones y estructuras en la zona económica pueden extenderse a una distancia mayor de 500 metros únicamente si hay autorización por normas internacionales generalmente aceptadas o «recomendación de la organización internacional competente».

La participación así asegurada de las organizaciones internacionales en las decisiones del Estado ribereño puede verse como una manera de limitar los poderes que la Convención confiere a este Estado sobre materias en las que se le reconocen nuevos intereses frente a los cuales se admiten al mismo tiempo intereses importantes de los terceros Estados, intereses que se quiere garantizar por el trámite de la organización internacional.

d) El problema de la responsabilidad internacional

Son varias las disposiciones de la Convención que se ocupan del problema de la responsabilidad internacional. La gran mayoría de estas disposiciones se refiere a sectores específicos del derecho del mar, mientras que solo una tiene un alcance general. Se trata del artículo 304, que se encuentra en la sección de las «disposiciones generales», y que dicta lo siguiente: «Las disposiciones de esta Convención relativas a la responsabilidad por daños se entenderán sin perjuicio de las normas vigentes y del desarrollo de nuevas normas relativas a la responsabilidad en Derecho Internacional».

El efecto principal de esta disposición es el de evitar la interpretación a *sensu contrario*, según la cual en los sectores específicos del derecho del mar donde la Convención no prevé disposiciones sobre la responsabilidad se debería entender que se excluye toda posibilidad de responsabilidad internacional. Esta interpretación por sí misma ya hubiera sido muy difícil de aceptar, pero debido al artículo 304 es ahora totalmente imposible de sostener. Además —y este aspecto también nos parece necesario— el artículo 304 subraya que los desarrollos futuros del derecho internacional de la responsabilidad valdrán también en el contexto del derecho del mar.

Por lo que se refiere a las reglas sobre la responsabilidad en sectores particulares del derecho del mar, algunas de ellas no añaden mucho a principios generales o a reglas particulares de las convenciones de Ginebra. Se pueden citar los artículos 31 y 42, párrafo 5, que prevén la responsabilidad del Estado del pabellón por los daños que sufre el Estado ribereño a causa de violaciones

de leyes y reglamentos dictados por el mismo sobre el paso inocente o el paso en tránsito, si estos daños los ha causado, según el artículo 31, «un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales» o, según el artículo 42, un buque «que goce de inmunidad soberana». Estos artículos reflejan el principio fundamental de que el Estado responde de las violaciones del derecho internacional que corresponden a «hechos» del Estado mismo. El mismo principio se encuentra en el artículo 106, que prevé la responsabilidad del Estado que aprese un buque por sospechas de piratería sin motivos suficientes y que reproduce el artículo 20 de la Convención de Ginebra sobre la alta mar.

Otros artículos sobre sectores particulares son más interesantes. Estos artículos nos indican una tendencia —correspondiente al planteamiento clásico del derecho de la responsabilidad— a excluir toda posibilidad de admitir la responsabilidad internacional del Estado por hechos de particulares y a equilibrar esta tendencia por medio de obligaciones de diligencia de los Estados, así como de obligaciones de prever, en el ámbito de sus derechos internos, mecanismos a través de los cuales sea posible obtener la reparación de los daños provocados por los particulares, lo que es un signo de la influencia de las orientaciones recientes en materia de responsabilidad por actividades que conllevan riesgos.

Esta tendencia resulta clara de las disposiciones sobre la responsabilidad por daños causados por entidades que explotan o exploran los recursos de los fondos marinos internacionales bajo el patrocinio de un Estado. El artículo 139 de la Convención y el párrafo 4, del artículo 4, del anexo III, prevén en efecto que el Estado patrocinador no será responsable por estos daños «si ha dictado leyes y reglamentos y adoptado medidas administrativas que, en el marco de su ordenamiento jurídico, sean razonablemente adecuados para asegurar el cumplimiento por las personas bajo su jurisdicción».

Todavía más clara es esta tendencia en el artículo 235 sobre la responsabilidad por hechos de contaminación. Por un lado, el párrafo 1, afirma la responsabilidad de conformidad con el derecho internacional por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino. Por otro lado, el párrafo 2, prevé que «los Estados asegurarán que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por personas naturales o jurídicas bajo su jurisdicción».

La tendencia a evitar que se pongan en movimiento los mecanismos de la responsabilidad internacional se ve también en el artículo 232, donde, sin embargo, se afirma de manera clara un principio de responsabilidad del Estado. En efecto, en este artículo se lee que «los Estados serán responsables de los daños y perjuicios que les sean imputables» y dimanan de las medidas to-

medidas por ellos de ejecución de las reglas sobre la contaminación «cuando estas medidas sean ilegales o excedan lo razonablemente necesario a la luz de la información disponible». Esta responsabilidad no tendrá consecuencias a nivel internacional hasta que los recursos internos hayan sido agotados. Y la última frase del artículo prevé, en efecto, que «los Estados preverán vías procesales para que sus tribunales conozcan de acciones relativas a tales daños y perjuicios».

e) Buena fe y abuso del derecho

El artículo 300 de la Convención dicta lo siguiente: «Los Estados partes cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas de conformidad con esta Convención y ejercerán los derechos, competencias y libertades reconocidos en ella de manera que no constituya un abuso de derecho.»

En lo que se refiere a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención, nos parece que esta disposición no añade mucho al derecho internacional vigente. Basta recordar al propósito el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que prevé que: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

Sin embargo, nos parece posible opinar de manera diferente por lo que se refiere al abuso de derecho. Uno de los aspectos interesantes es que esta disposición es uno de los raros ejemplos de consagración en una convención de este concepto, que, como es notorio, no es admitido por todos los autores y que ha sido aceptado muy raramente por la jurisprudencia internacional. Además, aún los autores que lo aceptan no están de acuerdo sobre su definición exacta.

En lo que se refiere al contenido del concepto, puede ser útil recordar que en el documento que se encuentra en el origen de esta disposición, el presentado por México en 1978 (A/CONF.62/L.25), no se menciona el abuso de derecho, sino que se afirma que los Estados partes tienen que observar, y hacer observar, por sus súbditos, el principio del ejercicio de los derechos y jurisdicciones reconocidos por la Convención, «de tal modo que no vulneren innecesaria o arbitrariamente los derechos de otros Estados o los intereses de la comunidad internacional en su conjunto».

La mención del principio del abuso del derecho puede revelarse útil en una Convención como es la del Derecho del Mar que prevé numerosos casos en los que en el ejercicio de los derechos (o de la jurisdicción, o de la libertad) de los Estados está implícito un margen importante de apreciación discrecional y, por lo tanto, de posibilidad de abuso. Un problema de interpretación que suscita esta disposición es el de determinar si la noción de abuso de derecho, así prevista para el ejercicio de derechos, competencias y libertades, ex-

cluye o incluye las hipótesis en las cuales la Convención habla explícitamente de «facultades discrecionales» (artículos 246, párrafos 5 y 6, y 297, a propósito de la investigación científica marina). El hecho de que esta categoría de situaciones jurídicas subjetivas no esté comprendida en la letra del artículo se puede invocar para dar una respuesta negativa. Pero el espíritu de la disposición, cuya utilidad se presenta especialmente en el caso de las facultades discrecionales, parece ser un elemento de peso para sostener la respuesta afirmativa.

Hay que subrayar que la importancia de esta disposición depende especialmente de la medida en que los problemas frente a los cuales es posible invocarla puedan ser sometidos a mecanismos de solución de controversias. Y, como veremos, en muchos, pero afortunadamente no en todos los casos, estos problemas son el objeto de excepciones generales o facultativas a los mecanismos de solución obligatoria de controversias.

f) Solución de controversias (11)

La Convención de 1982 marca un cambio importante en las tendencias que se manifiestan en las convenciones de codificación del derecho internacional por lo que se refiere a la solución de controversias. En general (es suficiente pensar, por ejemplo, en las Convenciones de 1958 sobre el Derecho del Mar y a las de 1961 y 1963 sobre las Relaciones Diplomáticas y Consulares) estas convenciones no prevén mecanismos obligatorios de solución de controversias, o con otras palabras, mecanismos que permitan a una parte emplazar delante de una Corte o Tribunal Internacional a la otra parte de una controversia con obligación para esta última de someterse al juicio. Estas convenciones sólo prevén protocolos facultativos para la solución obligatoria de controversias. En otros términos, es posible ser parte de la Convención sin estar vinculado a someterse al juicio de una Corte o Tribunal. Una modificación de esta tendencia se encuentra en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y en la Convención de Viena de 1978 sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados. La Convención sobre el Derecho de los Tratados prevé la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia por lo que se refiere a una categoría muy limitada, pero importante, de casos: los

(11) En la amplia literatura sobre este punto cabe señalar: PASTOR RIDRUEJO, «La solución de controversias en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1977, pp. 11-32; ROSENNE, «The Settlement of Disputes in the New Law of the Sea», en *Revue Iranienne de Relations Internationales*, n.ºs 11-12, 1978, pp. 401-433; CAFLISCH, «Le règlement judiciaire et arbitral des différends dans le nouveau droit de la mer», en *Festschrift R. Bindschedler*, Berna, 1980, pp. 351-371; LEHOUX, «La Troisième Conférence sur le droit de la mer et le règlement obligatoire des différends», en *Canadian Yearbook of International Law*, 1980, pp. 31-90; PAOLILLO, «Solución de controversias relacionadas con actos de Organizaciones Internacionales - El caso de la Autoridad Internacional de los fondos marinos», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1981, pp. 491-521.

que tocan a la nulidad de los tratados por su oposición con una norma de *jus cogens*. Sobre los otros problemas de nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados, la misma Convención prevé un sistema de conciliación obligatoria. El someter la controversia a una Comisión de Conciliación es obligatorio en el sentido de que la parte que no tiene la iniciativa tiene que participar en el nombramiento de la Comisión y no puede impedir el procedimiento; sin embargo, como es normal en la conciliación, el informe de la Comisión no obliga a las partes. Este mismo mecanismo de conciliación obligatoria ha sido adoptado por la Convención antes citada sobre Sucesión de Estados en los Tratados para el conjunto de los problemas de su interpretación y aplicación.

Ahora bien, la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 llega aún más allá. El principio básico de la Convención es que toda controversia que no se haya resuelto por medio de mecanismos pacíficos no obligatorios, se «someterá, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, a la corte o tribunal que sea competente» conforme a la Convención (art. 286).

Así, el principio básico es el de la jurisdicción obligatoria. Sin embargo, este principio encuentra varias excepciones. La más importante se refiere a los casos donde se discute de la interpretación o aplicación de la Convención sobre asuntos referentes al ejercicio por un Estado ribereño de sus derechos soberanos o de su jurisdicción. En este caso, la jurisdicción obligatoria está limitada a tres «excepciones a la excepción». Otras excepciones importantes y de carácter general, como la ahora citada, se refieren a la investigación científica y a la pesca. En estas materias las determinaciones discrecionales que los Estados ribereños consideran más vinculadas a su soberanía o derechos soberanos, están exceptuadas de toda apreciación obligatoria por las cortes o tribunales internacionales. Sin embargo, en algunos aspectos el interés de los otros Estados ha sido tenido en cuenta por el trámite de disposiciones que prevén mecanismos obligatorios de conciliación. Así, la idea desarrollada en las dos Convenciones de Viena antes citadas ha sido aplicada en la Convención sobre el Derecho del Mar para obtener un compromiso entre las posiciones favorables y las contrarias a la jurisdicción obligatoria sobre cuestiones donde el enfrentamiento entre los intereses substantivos era particularmente agudo. A las cuestiones de investigación y de pesca hay que añadir la de la delimitación. A este propósito la aceptación del principio de la conciliación obligatoria es, según la Convención, una condición para permitir a un Estado parte hacer una declaración que permita exceptuar este asunto del ámbito de la jurisdicción obligatoria.

Aparte de la aceptación del principio de la jurisdicción obligatoria, aspecto que nos parece de importancia fundamental, el conjunto de las reglas sobre la solución de controversias presenta otros aspectos interesantes. En primer lugar, hay que señalar que las partes contratantes de la Convención pueden

con una declaración elegir entre que sus controversias sean sometidas al nuevo Tribunal Internacional del Derecho del Mar, a la Corte Internacional de Justicia, o a un Tribunal arbitral (o, para categorías particulares de controversias, a un Tribunal arbitral especial). Si las partes en una controversia han elegido el mismo procedimiento, sólo será aplicable éste. Si han elegido mecanismos diferentes (por ejemplo, el Estado A el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, y el Estado B la Corte Internacional de Justicia), la controversia —salvo acuerdo de las partes en otra cosa— sólo podrá ser sometida al arbitraje. De esta manera, por un lado, se constituye una jurisdicción especializada sobre el derecho del mar, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, y por otro, se decide que la «competencia residual» pertenece al arbitraje. Así un Estado que no quiere someterse a la jurisdicción de un órgano preconstituido queda sometido a la jurisdicción obligatoria.

En segundo lugar, cabe recordar el mecanismo escogido para la solución de controversias relativas a la exploración y explotación de los fondos marinos internacionales. Este mecanismo considera no sólo a las controversias entre Estados sino también a aquellas cuyas partes son la Autoridad de los fondos marinos o la Empresa, o entidades distintas de los Estados y de las organizaciones, es decir, las personas físicas y jurídicas. Se trata de un mecanismo obligatorio, pero en algunos casos el órgano preconstituido, que es una Sala particular del Tribunal del Derecho del Mar, podrá ser sustituido por otra sala especial del mismo Tribunal o por un arbitraje comercial obligatorio. Hay también dos materias, que son, por una parte, uno de los aspectos de la transferencia de tecnología y, por la otra, los asuntos financieros, donde el arbitraje comercial obligatorio es el sólo mecanismo previsto para la solución de controversias.

g) Utilización del mar con fines pacíficos y *ius cogens*: dos nuevos conceptos frente a los principios jurídicos tradicionales (12)

La Conferencia del Derecho del Mar ha sido un foro interesante de enfrentamiento entre algunos conceptos nuevos del derecho internacional, que se inspiran en la Carta de las Naciones Unidas o en el impulso de los países en desarrollo, y los principios tradicionales. De este enfrentamiento, que ha conducido a soluciones de compromiso en la Convención, son testigos, entre otras, las disposiciones, y el proceso formativo de ellas, que se refieren al concepto de la utilización del mar con fines pacíficos y al concepto de *ius cogens*.

(12) Sobre la utilización del mar con fines pacíficos: TREVES, «La notion d'utilisation des espaces marins à des fins exclusivement pacifiques dans le nouveau droit de la mer», en *Annuaire français de droit international*, 1980, pp. 687-698. Sobre los problemas del *ius cogens* en la Convención: OXMAN, «The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: the Eighth Session (1979)», en *American Journal of International Law*, 1980, p. 1 y sgg., espec. pp. 38-40.

En el Artículo 301, la Convención prevé lo siguiente: «Al ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones de conformidad con esta Convención, los Estados partes se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.»

Frente a la insistencia de muchos Estados para introducir en la Convención un principio que pudiese constituir la base para crear zonas «de paz» o de exclusión de la navegación militar en los mares, este artículo se presenta como un compromiso donde los intereses de las potencias marítimas parecen resultar vencedores. En efecto, este artículo repite casi a la letra el párrafo 4, del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. De esta manera no añade nada a las obligaciones que ya tienen todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. La sola diferencia entre las dos disposiciones es que el artículo 2, párrafo 4, de la Carta se refiere a los «Propósitos de las Naciones Unidas», mientras el artículo 301 de la Convención sobre el Derecho del Mar se refiere a los «principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas». Esta diferencia va en la ya señalada dirección. Siendo el texto de 1982 más preciso, se presta menos a interpretaciones extensivas. En particular, entre los principios mencionados hay sin duda que incluir el derecho de legítima defensa, que figura en el artículo 51 de la Carta y que es la excepción fundamental a la prohibición del recurso a la fuerza del párrafo 4, del artículo 2 de la misma Carta. Siempre en el mismo sentido, esta disposición puede facilitar una interpretación de las varias disposiciones de la Convención, que prevén la utilización con fines pacíficos (o exclusivamente pacíficos) de varias zonas marinas, en el sentido de que con las mismas no se añade nada a las obligaciones contenidas en la Carta de las Naciones Unidas.

Hay que observar, sin embargo, que, aunque el valor exegético de las consideraciones ahora desarrolladas sea cierto, el hecho de que la Convención de 1982 hable, en varios artículos, de utilización pacífica de los espacios marinos puede tener una importancia que explica la insistencia de los países en desarrollo en la inclusión de estos artículos en la Convención. Esta importancia puede revelarse especialmente en la interpretación judicial de las disposiciones. Sin embargo, esta posibilidad fue tan claramente percibida por las potencias marítimas que ellas obtuvieron la posibilidad de excluir, con una declaración *ad hoc*, las controversias relativas a las actividades militares del ámbito de los mecanismos de solución obligatoria de controversias, lo que atenúa de manera importante el potencial de las disposiciones ahora examinadas.

Por lo que se refiere a otro concepto desarrollado recientemente en el derecho internacional, el concepto de *jus cogens*, que encuentra su afirmación máxima en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una

propuesta formulada por Chile en 1979 y en 1980 preveía lo siguiente: «Los Estados partes en la presente Convención aceptan y reconocen en nombre de la Comunidad internacional en su conjunto que la disposición relativa al patrimonio común de la Humanidad establecida en el artículo 136 es una norma imperativa de Derecho Internacional General que no admite acuerdo en contrario y que, en consecuencia, sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.» (Documento GP/9 de 5 de agosto de 1980).

Esta propuesta indica de manera tangible una clara aspiración, que se manifiesta frecuentemente en las iniciativas de los países en desarrollo, que es la de afirmar que los principios que corresponden a las posiciones políticas que ellos consideran más importantes gozan de un estatuto especial, aún desde el punto de vista jurídico.

Aunque la propuesta de Chile obtuviese un largo apoyo entre los países en desarrollo, encontró la oposición muy firme de los países desarrollados, especialmente de los de Occidente. Estos países objetaban que el hecho de que las normas de *jus cogens* puedan ser determinadas por el trámite de una convención está en contradicción con el propio concepto de la regla de *jus cogens*, que, como resulta de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tiene que ser una regla consuetudinaria. Además, estos países sostenían que no era oportuno que un principio como el del patrimonio común de la humanidad, cuya propia vigencia en el derecho internacional consuetudinario no era segura, debiese tener una posición de preeminencia sobre principios del derecho del mar que tienen una tradición más sólida, como el de la libertad del alta mar.

A estos Estados los preocupaba el efecto de precedente que la aceptación de la propuesta hubiera tenido en otras negociaciones ante la tendencia a identificar como de derecho imperativo algunas de las reglas en curso de discusión.

Estas objeciones obtuvieron su efecto, por lo menos parcial. La solución de compromiso, que se encuentra en el artículo 311, está así formulada: «Los Estados partes convienen en que no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al patrimonio común de la humanidad establecido en el artículo 136 y en que no serán partes en ningún acuerdo contrario a ese principio.»

Esta solución corresponde, por un lado, a las exigencias de los Estados que respaldaban la propuesta originaria, en el sentido de que confiere al principio del patrimonio común de la humanidad una posición de privilegio en el marco de la Convención, porque este principio no puede ser objeto de enmiendas o de acuerdos derogatorios. La solución del artículo 311 recoge, por otro lado, muchas de las objeciones suscitadas por la propuesta originaria,

porque elimina toda indicación que pueda ser interpretada en el sentido de que el principio del patrimonio común tiene carácter de regla imperativa fuera del marco de la Convención. Y, aún en el marco de la Convención, la posición privilegiada que se le reconoce, no corresponde a la idea de *jus cogens* en todos sus elementos.