

I. El nuevo Derecho Internacional del Mar	13
II. Espacios marítimos sometidos a derechos exclusivos y plenarios	33
III. Los Estados y las aguas archipelágicas	43
IV. Zona contigua	47
V. La zona económica exclusiva	53

EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR

I

A. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1982

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar,¹ que consta de un total de 439 artículos, fue adoptada el 30 de abril de 1982 por 130 votos a favor, 4 en contra (Estados Unidos, Israel, Turquía y Venezuela) y 17 abstenciones, entre las cuales figuran las del Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia, Unión Soviética y otros países socialistas de Europa.²

Esta situación no presentó más que una transformación parcial en el momento de la firma de la Convención de Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982.

En dicha ocasión, 117 Estados, entre los que se encuentran la Unión Soviética y los Estados de Europa Oriental independientemente de Namibia (Consejo de Naciones Unidas para Namibia) y las islas Cook, firmaron la mencionada Convención.

El Acta Final de la Tercera Conferencia fue firmada en la misma fecha por 140 Estados, entre los cuales se encuentran Estados Unidos, República Federal de Alemania, Italia y el Reino Unido entre otros.³

La Convención estará abierta a la firma hasta el 10 de diciembre de 1984 en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Jamaica y, asimismo, desde el 10 de junio de 1983 hasta el 10 de diciembre de 1984 en la sede de las Naciones Unidas, en Nueva York.⁴

México firmó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar el 10 de diciembre de 1982, siendo aprobada por el Senado el 29 de diciembre de 1982.

¹ A/CONF. 62/122.

² A/CONF. 62/182.

³ Países como Turquía y Argentina no firmaron ni siquiera el Acta final. Ver *Status of the Convention and of the Final Act of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea as at 10 December, 1982*, Doc. C.N. 237, 1982, Treaties — 1.

* *Diario Oficial* del 8 de febrero de 1983.

Igualmente nuestro país fue uno de los primeros en ratificar esta Convención el 21 de febrero de 1983, depositando su instrumento de ratificación en poder del secretario general de las Naciones Unidas, y siendo promulgada para los efectos conducentes en nuestro territorio el 18 de mayo de 1983.⁵

B. GÉNESIS DEL NUEVO DERECHO

La necesidad de dotar de una reglamentación jurídica a los fondos marinos, hasta entonces en condición de *vacuum iuris*, constituyó el puntal para una puesta en tela de juicio del conjunto de problemas del derecho del mar, bajo la presión de las concepciones políticas y los intereses económicos de los países en vías de desarrollo frente a los Estados industrializados.

El proceso de entrada en vigor de las Convenciones de Ginebra del 29 de abril de 1958 apenas había sido completado cuando ya muchos de los principios allí recogidos, y que para esas fechas podía decirse reflejaban el derecho consuetudinario, eran firmemente discutidos e incluso rechazados, en tanto que principios inadecuados frente a nuevas exigencias que iban afirmándose en el seno de la comunidad internacional.

Tales exigencias derivan de profundas transformaciones de la misma comunidad internacional.

De acuerdo con el internacionalista Tullio Treves, estas transformaciones podrían esquematizarse de la siguiente forma:

a) Transformaciones políticas, con el acceso a la independencia de los pueblos sometidos a dominación colonial y con la formación de una mayoría de Estados en desarrollo que reivindican un nuevo orden económico internacional.

b) Transformaciones económicas, derivadas del aumento de la necesidad de recursos energéticos y minerales, además de recursos destinados a la nutrición.

c) Transformaciones tecnológicas que revelan la posibilidad de explotación de recursos marinos a distancias y profundidades inimaginadas anteriormente y la perspectiva de nuevas utilizaciones de los mares, como por ejemplo, la explotación con fines energéticos del diferencial de temperatura entre la superficie y los extractos marinos profundos.⁶

⁵ *Diario Oficial* del 1º de junio de 1983.

⁶ Tullio Treves, *La Conventione delle Nazioni Unite sul Diritto del mare del 10 de diciembre de 1982*, Giuffrè, Milán, 1983, p. 3.

De estas transformaciones nacen exigencias incompatibles con un régimen de los mares, como el que había sido codificado en Ginebra, en el cual más allá de una estrecha fachada de mar adyacente a las costas en donde se reconoce la soberanía del Estado costero, rige con pocas excepciones el principio de la libertad de los mares.⁷

C. UNILATERALISMO COMO TÉCNICA JURÍDICA

Por otra parte, todo parece indicar que un lugar privilegiado debe reservarse al “unilateralismo” en la formación del nuevo derecho del mar, tanto cuantitativamente, por el volumen impresionante de actos unilaterales emitidos, como cualitativamente, en virtud de su transformación en reglas de derecho positivo.

La doble *Proclama Truman* del 28 de septiembre de 1945, relativa, una de ellas, a los recursos vivos del mar y otra a los recursos minerales del subsuelo y del lecho del mar,⁸ constituye el punto de partida y contiene los gérmenes del inexorable desarrollo del movimiento, seguida en su técnica y contenido por numerosos Estados: países de América Latina, Islandia, países del Golfo Pérsico, Paquistán, Filipinas, etcétera.

El empleo del procedimiento unilateral no permanece limitado a la plataforma continental, ya que será igualmente a través de manifestaciones unilaterales de voluntad como ciertas zonas de pesca serán reivindicadas.

Desde 1935, por decreto real, Noruega delimita una nueva zona de pesca, entrando así en conflicto con Gran Bretaña.

Dicho conflicto será dirimido el 18 de diciembre de 1951 por la Corte Internacional de Justicia, que admitirá la validez de la delimitación noruega.⁹

A partir de este fallo de la Corte, países tales como Filipinas e Indonesia, a través de la adopción de medidas unilaterales, se reconocerán el derecho de “encerrar” sus islas utilizando el sistema llamado de líneas de base rectas empleado por Noruega.

De igual forma, es por la extensión unilateral de 50 millas marinas por un Reglamento de 1972 de sus derechos de pesca exclusivos, que Islandia provocara con Gran Bretaña y la República Federal de Ale-

⁷ *Ibidem.*

⁸ “Presidential Proclamation”, No. 2667, Federal Register, vol. 10 (1945), p. 12303, en F. Durante, *La Piattaforma Littoriale*, Giuffrè, Milán, 1955.

⁹ C.I.J., *Affaire des Pêcheries. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1951, pp. 116-143.

mania, una controversia sometida a la Corte Internacional de Justicia, dictándose el fallo el 25 de julio de 1974.¹⁰

En fin, otra ilustración reciente y característica de la extensión del campo de aplicación del "unilateralismo" lo representa la institución de la zona económica exclusiva.¹¹

Es evidente que solamente los actos unilaterales conformes al derecho internacional, o en todo caso no contrarios a sus principios, pueden pretender un valor jurídico en el orden internacional.

Los actos jurídicos unilaterales de los Estados costeros podrán ser discutibles en cuanto a su valor jurídico propio; pero lo que no puede ser puesto en duda es que deben ser considerados como actos que pueden llegar a ser generadores de una regla internacional al término de un proceso consuetudinario.

Los actos unilaterales de los Estados costeros se inscriben en un periodo relativamente breve, y es que en realidad, como dice Gilbert Apollis, el elemento de duración no es esencial más que como medio de prueba de la costumbre: sugiere una formación del derecho lenta y evolutiva en un medio social e histórico homogéneo y estable.¹²

En aquellos casos en que ese factor de autentificación objetivo llega a estar ausente o aparece precario o frágil, otros modos de prueba deben de intervenir.

Este fenómeno del "aceleramiento de las costumbres", que hace que la constatación de las reglas consolidadas en la práctica sea más delicado y aleatorio, ha sido brillantemente analizado por René-Jean Dupuy.

Según este autor, la oposición entre las *coutumes sages* y las *coutumes sauvages* resulta de la reputación de universalidad que siempre se ha adjudicado a las costumbres del primer tipo, hoy día negadas por aquellos que reclaman un derecho específico que responda a sus necesidades de desarrollo.

Para los países en vías de desarrollo, su sola condición económica

¹⁰ C.I.J., *Compétence en matière de pêches*, Royaume-Uni c. Islande *fond. Recueil des arrêts...*, 1974, pp. 3-35.

¹¹ Ver Jorge Castañeda, "The Concept of Patrimonial Sea in International Law", 12, *Indian Journal*, 1972, pp. 535-542.

¹² Gilbert Apollis, *L'Emprise Maritime de l'Etat Côtier*, prefacio, J-P, Quéneau, Pédone, París, 1981, pp. 83-126. Así se constata que la duración de la práctica varía según su objeto: cerca de 70 años para el mar territorial de 12 millas; cerca de 55 años para la zona contigua; entre 32 y 35 años para la plataforma continental (según el precedente); 30 años para la zona de las 200 millas; 20 años para la zona de las aguas archipiélagicas, y 7 años para la zona antipolución. I.D., pp. 99-100.

y social les parece razón suficiente para justificar su desprecio por el argumento de orden temporal.

Se puede decir, dice Dupuy, que dichos países se encuentran motivados no por el sentido del tiempo, sino por el de la "duración", es decir, el tiempo interior en el sentido bergsoniano; tienen conciencia de asumir una miseria que confiere a su tiempo psicológico un mayor valor y peso que un tiempo histórico que la mayoría de ellos, incluso, no lo viven más que desde una independencia todavía reciente.¹³

D. LA TERCERA CONFERENCIA

Después de que el 17 de agosto de 1967, la delegación de Malta ante Naciones Unidas pidió la inscripción de una nueva cuestión en el orden del día de la Asamblea General sobre la utilización de los fondos marinos¹⁴ la Asamblea General de Naciones Unidas creará, en virtud de la Resolución 2340 (XXII) del 18 de diciembre de 1967, un Comité especial de 35 miembros encargado de estudiar la utilización exclusivamente con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos, más allá de los límites de la jurisdicción nacional y la explotación de sus recursos en interés de la humanidad.

La Asamblea General de Naciones Unidas decide el 17 de diciembre de 1970 ampliar la composición del Comité de 43 a 86 miembros, y de darle la tarea de preparar los proyectos de artículos del tratado relativo al régimen internacional, incluyendo el mecanismo internacional aplicable a la zona y una lista completa de los tópicos y cuestiones relativas al derecho del mar.¹⁵

En cumplimiento de la Resolución 2750-C (XXV) del 17 de diciembre de 1970 (108 votos a favor, 6 en contra y 7 abstenciones), la Asamblea decide confiar al Comité de los Fondos Marinos, ampliado a 91 miembros en 1971, el cuidado de preparar, definir y elaborar los tópicos de debate y proyecto de artículos sobre una próxima Conferencia sobre Derecho del Mar, con lo que convertía al Comité en ór-

¹³ René Jean Dupuy, "Coutume sage et coutume sauvage", en *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Pédone, París, 1974, p. 85.

¹⁴ Note verbale, Doc. A/6695. Es el 1º de noviembre de 1967 cuando Arvid Pardo presenta en detalle su proposición en su ya histórico discurso. Doc. ONU. A/CI/PV. 1515 y 1516 del 1º de noviembre de 1967.

¹⁵ México, que no estaba incluido en los primeros 35 miembros, formará parte integrante cuando la Asamblea General decida convertir en "permanente" al Comité. Ver Jorge Castañeda, "La labor del Comité Preparatorio de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", en el volumen *Méjico y el Derecho del Mar*, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1974, p. 138.

gano preparatorio de la III Conferencia¹⁶ cuya primera sesión organizativa se llevaría a cabo del 3 al 15 de diciembre de 1973 en la ciudad de Nueva York, y que no se concluiría hasta el año de 1982, habiéndose celebrado un total de once sesiones.¹⁷

E. PROCEDIMIENTO DE LA CONFERENCIA

Es lícito preguntarse si en caso de que a la Comisión de Derecho Internacional le hubiese sido encomendada la tarea de preparar la III Conferencia en lugar del Comité de Fondos Marinos (órgano político), ésta habría podido, en ese supuesto, economizar esos largos años de esfuerzo.

Parece ser que el análisis de ciertos factores técnicos y científicos, así como la toma en consideración de la evolución de la sociedad internacional y de su estructura actual, obligan a dar una respuesta negativa.

Aparte del hecho de que la agenda de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional aparecía en aquellas épocas bastante saturada, la mayoría de los países tenía la impresión que las consideraciones políticas que deseaban ver plasmadas en la reforma del derecho del mar, estarian mejor representadas en el seno de una reunión compuesta por agentes diplomáticos de todos los gobiernos interesados y no por los expertos juristas integrantes de la Comisión.¹⁸

Siguiendo el ejemplo del Comité, la Conferencia estableció desde el principio tres comisiones principales y les dio, a nivel de la creación de normas jurídicas, las funciones que habían sido determinadas en sus grandes líneas al momento de la elaboración de la lista de temas y cuestiones en el seno del Comité.

La Primera Comisión (P. B. Engo) debería esencialmente tratar del régimen internacional y del mecanismo a crearse para la explotación de los recursos de los fondos marinos.

La Segunda Comisión (A. Aguilar) debería redactar las normas referentes a todos los aspectos del derecho general del mar, incluyén-

¹⁶ Por la Resolución 3067 (XXVIII) la Asamblea General, el 16 de noviembre de 1973, decide convocar a la primera sesión de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

¹⁷ Para un análisis acucioso de los problemas presentados y la labor desarrollada por el Comité de Fondos Marinos, ver Annick Marffy, *La Genèse du Nouveau Droit de la Mer*, prefacio de R.-J. Dupuy, Pédone, París, 1980.

¹⁸ Ver Stevenson y Oxman, "The preparation for the Law of the Sea Conference", *American Journal of International Law*, 1974, p. 1.

dose ciertos nuevos conceptos a establecer, tales como el de la zona económica, o el de los derechos que se acordarían a los Estados cuya situación geográfica fuese desventajosa.

La Tercera Comisión (A. Yankov) debería tratar lo relativo a la preservación del medio marino, a la investigación científica, así como del desarrollo y transferencia de tecnología.¹⁹

Por lo que respecta a la toma de decisiones, la Conferencia adoptó un procedimiento bastante particular con objeto de establecer un mecanismo que pudiera mantener el principio de la adopción de decisiones por *consenso*, a la vez que permitía el recurso al voto en última instancia. Por una parte, los países industrializados en particular temían que una mayoría automática permitiera la adopción de normas que ellos no podrían aceptar.

Por otro lado, la gran mayoría de los países en vía de desarrollo temían que la toma de decisiones por consenso retrasara en gran medida su adopción.

Es por esta razón, nos dice Jean-Pierre Lévy, que con excepción de las decisiones de procedimiento, se introdujo para toda cuestión de fondo un sistema totalmente original.

Se trataba, de hecho, de una traducción práctica de la decisión de principio adoptada por la Asamblea General en el marco del reglamento interior, al mismo tiempo que convocaba a la Conferencia.

Según dicho principio, ninguna votación sería considerada para las cuestiones de fondo en tanto que subsistiera una posibilidad de consenso.²⁰

Un hallazgo procedural calificado, no sin razón, de una importancia capital para el papel desarrollado por la Conferencia, es aquel

¹⁹ Aparte de las tres comisiones plenarias, la Conferencia estableció un Comité de redacción de 23 miembros y una Comisión de verificación de poderes de 9 miembros.

²⁰ Jean-Pierre Lévy, "La Conférence sur le droit de la mer: un atelier international expérimental", *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 84, 1980/1, pp. 22-26. El concepto de "consenso", que está lejos de haber sido examinado con profundidad, puede ser entendido como la adopción de decisiones, sólo en ausencia de firme objeción y sin recurso al voto; o bien como un acuerdo general sin voto, no significando necesariamente la unanimidad. La toma de decisiones, según este procedimiento, es objeto siempre de largas discusiones en corredores, y confiere una importancia decisiva a las consultaciones y negociaciones llevadas al margen de los debates públicos, pues representan el único medio de llegar al establecimiento de un texto aceptable para todos, incluso si es de tal naturaleza de no satisfacer a ninguno. Ver Daniel Vignes, "Will the Third Conference on the Law of the Sea Work According to the Consensus Rule", *American Journal of International Law*, vol. 69, No. 1, 1975, pp. 119-129.

relativo a los “textos informales de negociación” que iban permitiendo registrar los progresos realizados en el camino de la redacción del Tratado.

En ausencia de un texto único de referencia preparado por una comisión técnica, cada una de las comisiones decidió desde la primera sesión sustancial, es decir la de Caracas (2a. sesión: 20 de junio a 29 de agosto de 1974), de proceder a intercambios de puntos de vista sobre la sola base formal a su disposición, es decir la serie de textos, con variantes, que les había sido legado por el Comité preparatorio.

Pero desde la sesión de Ginebra de 1975, la Conferencia abandonó los métodos tradicionales para adoptar el mecanismo de los “textos”, redactados bajo la responsabilidad de la presidencia, y no siendo sino hasta la fase última de los debates de la Conferencia cuando los “textos” se transformaron en un Proyecto de Convención.

Ahora bien, a cada etapa o fase de la redacción de esos diversos “textos de negociación”, las formulaciones retenidas por la presidencia se presumía que reunían ya sea un acuerdo general, o bien ya fuese al menos aquellas fórmulas que parecía tendrían las mejores oportunidades de conducir ulteriormente a un consenso.

Por lo demás, como apunta Guy de Lacharrière, la unidad de redacción desplazaba todas las otras soluciones alternativas, que en el seno de otro tipo de conferencias habrían sido puestas entre corchetes, en beneficio de una única formulación.

De aquí que esa unidad de redacción revestía al conjunto del sistema jurídico que iba desprendiéndose progresivamente de la Conferencia, con marcha segura, o por lo menos más segura ciertamente de lo que en realidad merecían la serie de dudas y contradicciones de la Conferencia.²¹

F. LOS TRATADOS Y LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Dado que la Convención de las Naciones Unidas de 1982 no entrará en vigor, en el mejor de los casos antes de algunos años, y que incluso después de haberse depositado el sexagésimo instrumento de ratificación o adhesión, no será todavía jurídicamente vinculante para todos los Estados, actualmente y por un periodo que con seguridad no será del todo breve, el derecho del mar deberá en gran medida sustentarse en el derecho internacional consuetudinario.

²¹ Guy de Lacharrière, “La réforme du droit de la mer et le rôle de la Conférence des Nations Unies”, en *Le Nouveau Droit de la Mer*, coordinado por M. Virally y D. Bardouillet, Pédone, París, 1983, p. 10.

Es evidente, como dice Treves, que dichas normas consuetudinarias no coinciden ya con aquellas del llamado derecho del mar tradicional, codificado en Ginebra en 1958; pero tampoco se puede decir que sea ya coincidente con la totalidad de las disposiciones consagradas en la Convención de 1982.

El problema es, entre otros, poder precisar el contenido del derecho consuetudinario vigente hoy en día al lado del derecho tradicional de 1958 y del nuevo derecho del mar.²²

John King Gamble ha sostenido recientemente que la impresión dominante es que la costumbre, como la más antigua de las fuentes, evoluciona hasta un punto tal en el cual puede llegar a codificarse, pero que, sin embargo, también existen situaciones en que idénticos tratados sobre una misma materia llegan a generar una regla de derecho internacional consuetudinario.

Existen otros casos en los cuales el tratado y la costumbre se influyen simultáneamente, o bien ocasiones en que dentro de una larga cadena causal el tratado y la costumbre van asumiendo alternativamente los papeles principales.

La Proclama Truman y sus secuelas (proceso consuetudinario) llevó a la elaboración de un tratado (Convención de Ginebra de 1958), el cual en su momento produjo respuestas de derecho consuetudinario.²³

Gamble reconoce que no existen pruebas empíricas rigurosas para medir la relativa importancia de la costumbre o del tratado, pero que es posible comprobar cómo, sobre todo en la última década, el papel de los tratados como "fuente" ha disminuido, lo cual permite inferir que un resurgimiento de la costumbre pueda razonablemente esperarse en el futuro.²⁴

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980 (Méjico ratificó este instrumento el 25 de septiembre de 1974), codifica el principio clásico (artículo 34) referente a que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado (*pacta tertiis nec nocent nec pros-*

²² Ver Tullio Treves, *La Convenzione delle Nazioni Unite...*, op. cit., p. 15.

²³ John King Gamble, "The Treaty Custom Dichotomy: An Overview", *Texas International Law Journal*, vol. 16, No. 3, 1981, pp. 305-321.

²⁴ Basándose en ciertos datos proporcionados por el Centro de Investigación de Tratados de la Universidad de Washington, Gamble sostiene que la actividad máxima en elaboración de tratados ha sido alcanzada, y que para la década de los ochenta se observará un descenso igualmente en la elaboración de tratados por parte de los países en desarrollo. *Idem*, pp. 314-317.

unt); ello, sin embargo, no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal (artículo 38).

En los comentarios al Proyecto de artículos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (18º periodo de sesiones), se reconoció que un tratado celebrado entre ciertos Estados puede establecer un régimen territorial o marítimo que posteriormente llegue a ser obligatorio mediante costumbre para terceros Estados, como por ejemplo, los acuerdos para la posición de neutralidad de Suiza.

Pero la Comisión tuvo buen cuidado de precisar más adelante que:

...no puede decirse con propiedad en ninguno de estos casos que el tratado mismo tenga efectos jurídicos para terceros Estados. Se trata de casos en los cuales, sin establecer relación alguna convencional entre ellos y las partes en el tratado, otros Estados reconocen las normas enunciadas en un tratado como obligatorias de derecho consuetudinario. En resumen, para esos Estados la fuente de la fuerza obligatoria de las normas es la costumbre y no el tratado.²⁵

No hay, pues, ninguna regla de derecho internacional que se oponga al hecho de que las disposiciones de un tratado lleguen a ser obligatorias para Estados que no sean partes en el tratado, siempre y cuando tales disposiciones sean transformadas en reglas consuetudinarias.

Cuando una regla consuetudinaria llega a ser objeto de codificación, la regla en cuestión adquiere evidentemente un doble valor en cuanto que se convierte en regla convencional para los Estados que serán partes en el tratado; pero subsistirá como regla consuetudinaria, tanto en relación con estas últimas como en relación con aquellos Estados que no llegarán a ser partes en el tratado.²⁶

G. TRANSFORMACIÓN DE UNA NORMA CONVENCIONAL EN REGLA CONSUEUDINARIA

Es, sin embargo, muy delicado, como dice Paul Reuter, establecer bajo qué condiciones un tratado puede llegar a generar una regla con-

²⁵ *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, Documentos Oficiales, A/CONF, 39/11Add, 2, Nueva York, 1971, p. 54, inciso 2º.

²⁶ Ver Perry Clive, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press. Londres, 1965, pp. 28-83.

suetudinaria, ya que implica el cuestionamiento mismo de la naturaleza y caracteres del proceso consuetudinario, que son de suyo, bastante controvertidos.²⁷

Cuando se refiere a tratados multilaterales universales concluidos recientemente, como por ejemplo, los textos relativos al régimen del espacio ultraterrestre, se ha sostenido, en ocasiones, que se estaba en presencia del nacimiento de una costumbre universal particularmente rápida que conferiría un valor consuetudinario a las reglas allí enunciadas.

Dichos tratados obtuvieron desde un principio un asentimiento sin reservas; pero la formación de una costumbre quasi-instantánea no es aceptable más que para aquellos que sitúan el fundamento de la costumbre en un acuerdo tácito, e incluso el mismo acuerdo unánime, ya no se registró más desde el momento en que se fue más allá de los principios generales, y que se examinaron las cuestiones técnicas.²⁸

En el "Caso relativo a la Plataforma Continental en Mar del Norte", la Corte Internacional de Justicia, en su fallo del 20 de febrero de 1969, trataba de determinar en un momento dado, si una nueva regla consuetudinaria, poseyendo un contenido idéntico al del artículo 6º de la Convención de Ginebra, se habría formado a partir de dicha Convención.

La Corte comienza por afirmar el principio, según el cual una disposición convencional puede servir de fundamento a una regla de carácter consuetudinario.

Al atribuir al artículo 6º de la Convención la influencia y el efecto indicados, esta tesis equivale manifiestamente a considerarlo como una disposición normativa, habiendo servido de base o de punto de partida a una regla que puramente convencional o contractual al origen, se habría desde entonces integrado al *corpus* del derecho internacional general y sería ahora aceptada con ese título por la *opinio juris*, de tal suerte que de ahora en adelante sería oponible incluso a los países que no son y que jamás han sido partes en la Convención. Ciertamente, esta situación se encuentra dentro del terreno de las posibilidades y se presenta de tiempo en tiempo: es, incluso, uno de los métodos reconocidos por las cuales nuevas

²⁷ Paul Reuter, *Introduction au Droit des Traités*, Armand Colin, Collection, U. París, 1972, p. 116.

²⁸ *Idem*, p. 117. Por ello, dice Paul Reuter, parece más razonable admitir que son en realidad los acuerdos tácitos los que convierten ciertas reglas generales en obligatorias.

reglas de derecho internacional consuetudinario llegan a formarse.²⁹

De acuerdo con este fallo de la Corte, para que una norma inserta en un tratado llegue a adquirir el *status* de norma consuetudinaria se requerirá antes que nada que la disposición en cuestión posea "un carácter fundamentalmente normativo, y puede así constituir la base de una regla general de derecho"; "una participación bastante amplia y representativa en la Convención es suficiente, a condición de que comprenda a los Estados particularmente interesados"; y por último, que por breve que haya sido el tiempo transcurrido de la práctica, "ésta haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada, incluidos los Estados interesados, y se haya manifestado de manera a establecer un reconocimiento general por el hecho de que una regla general de derecho o una obligación jurídica estuvieren en juego".³⁰

Hay que aceptar, como lo reconoce Michael Akehurst, que es un tanto inútil querer hacer distinciones *a priori* entre reglas convencionales que son susceptibles de devenir normas consuetudinarias y reglas que carecen de dicha aptitud, ya que siempre será una cuestión de especie.

Sin embargo, puede sostenerse que la probabilidad de que tal transformación ocurra va a variar en proporción inversa al alcance con las reglas del tratado, difieran de las reglas previamente aceptadas por el derecho consuetudinario.

En particular, reglas de tratados que añaden una mera precisión al derecho consuetudinario es bastante probable que sean aceptadas como reglas consuetudinarias en el futuro; o bien, lo mismo puede ocurrir en aquellas hipótesis en que hay incertidumbre sobre el contenido del derecho consuetudinario preexistente.³¹

²⁹ *Plateau continental de la mer du Nord. Arrêt. C.I.J., Recueil des Arrêts*, 1969, p. 41, párr. 71. Traducción muestra.

³⁰ C.I.J., 1969, *op. cit.*, pp. 41-43, párr. 72, 73 y 74. Ver Krystyna Marek, "Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord", *Revue Belge de Droit International*, Editions de l'Institut de Sociologie, Bruselas, 1/1970, pp. 44-78. A propósito de la expresión "fondamentalement normatif" —ciertamente desafortunada por su imprecisión—, K. Marek afirma que probablemente lo que la Corte quiso decir fue que una regla convencional general puede servir de base a un desarrollo consuetudinario. *Id.*, p. 58.

³¹ Michael Akehurst, "Custom as a Source of International Law", *British Year Book of International Law*, XXV, Oxford, 1974-1975, pp. 49-51.

No obstante, es posible que la “aplicación” subsiguiente, que es esencial para que esas reglas se conviertan en consuetudinarias, puede que no llegue a ocurrir, ya que es probable que la incertidumbre del derecho consuetudinario pueda ser causada por un conflicto de intereses entre diferentes grupos de Estados, y entonces es ciertamente posible que cada grupo continúe adhiriéndose a la antigua costumbre, que sea acorde a sus intereses, en vez de acoplar su práctica no-contractual dentro de la visión de los tratados que representa un compromiso entre los dos grupos de Estados.

Así por ejemplo, controversias entre Estados con economía capitalista y Estados con economía comunista, en relación a la expropiación de propiedad privada, han sido dirimidas a través de tratados que representan un compromiso ante el punto de vista capitalista de derecho consuetudinario (completa indemnización) y el punto de vista comunista (ausencia de indemnización); pero, no obstante ello, reglas nuevas de derecho consuetudinario no se han desarrollado fuera de los tratados, en razón de que la práctica no-contractual de cada parte continúa apegándose al punto de vista del derecho consuetudinario previamente adoptado por cada una de las partes.³²

H. *LO “NOVEDOSO” DE LA CONVENCIÓN DE 1982*

En el caso del nuevo derecho del mar debe observarse que éste incluye nuevas zonas de jurisdicción nacional, como la zona económica exclusiva y las aguas archipelágicas; incluye nuevas definiciones de conceptos ya existentes, como la plataforma continental, mar territorial y el paso de tránsito por los estrechos; así como el totalmente nuevo concepto del área internacional de fondos marinos como patrimonio común de la humanidad.

Por otra parte, hay que reconocer que no pueden pretender poseer un carácter consuetudinario todas las disposiciones que prevén la creación de nuevos organismos internacionales, en particular la Autoridad de los Fondos Marinos y el Tribunal internacional sobre derecho del mar, o mecanismos obligatorios de solución de controversias.³³

Sin embargo, como se ha hecho notar en un reciente artículo, lo “novedoso” puede referirse no solamente a las nuevas reglas incorporadas en la Convención sobre el Derecho del Mar, sino también al

³² *Idem*, pp. 51-52.

³³ Ver Tullio Treves, *La Convenzione delle Nazioni Unite...*, *op. cit.*, p. 17.

nuevo derecho consuetudinario formado por la reciente práctica estatal, la cual influyó y fue a su vez influenciada por la Conferencia sobre el Derecho del Mar, como un factor fundamental de aceleración en el desarrollo de la práctica de los Estados.³⁴

I. CELEBRACIÓN DE UN TRATADO ALTERNATIVO

La administración Reagan, de conformidad con su decisión de no firmar la Convención de Montego Bay, propuso a varios de los países que no firmaron, la celebración de un "minitratado" relativo a la explotación de los fondos marinos.³⁵

Yendo más allá de esta propuesta, el internacionalista Anthony D'Amato ha sugerido que para evitar los efectos sobre terceros (*third-party*) que tendría la Convención de 1982 sobre las partes en el "minitratado", debería mejor celebrarse un *tratado alternativo* que aseguraría que casi todos los Estados firmarían uno de los dos tratados, cada uno de ellos conteniendo disposiciones equivalentes, excepción hecha de las cuestiones relativas a la explotación de fondos marinos.

Si un tribunal internacional tuviera que pronunciarse sobre las consecuencias legales de dos tratados multilaterales en conflicto sobre el régimen de explotación de los fondos marinos, al menos los Estados partes en el tratado alternativo tendrían un instrumento propio y válido internacionalmente para poder esgrimirlo en contra de la Convención.

Además, continúa la tesis de D'Amato, dichos Estados podrían argumentar que no existe un principio de "regla de la mayoría" en derecho internacional que pudiera hacer aparecer como si la Convención de 1982 revistiera una mayor significación que su propio tratado alternativo, e incluso podrían añadir que no existe un principio de prioridad en el tiempo que pudiera favorecer más a la Convención, porque hubiese sido concluida ésta con antelación.³⁶

³⁴ Lee T. Luke, "The Law of the Sea Convention and Third States", *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, p. 563.

³⁵ De hecho, el 2 de septiembre de 1982 fue celebrado en Washington un Acuerdo concerniente a los arreglos provisionales relativos a los nódulos polimétálicos de los grandes fondos marinos", firmado por la República Federal de Alemania, Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña. Ver texto reproducido del Acuerdo en *Revue Générale de Droit International Public*, tomo 87, 1983, 2, pp. 493-497.

³⁶ Anthony D'Amato, "An Alternative to the Law of the Sea Convention", *American Journal of International Law*, vol. 77, No. 2, 1983, pp. 281-285.

J. CONTROVERSIAS ENTRE LA CONVENCIÓN Y UN TRATADO ALTERNATIVO

Lo que nosotros debemos preguntarnos es lo que sucedería si dos grupos de Estados estuvieran vinculados, cada uno de ellos, a una cierta costumbre diversa entre sí, ¿quién podría decir con autoridad cuál es la costumbre general y cuál es la especial o regional? Michael Akehurst ha sostenido que en casos de esta índole, no se trata sino de "separados subsistemas" de una costumbre de carácter especial o regional.

Si una regla tiene aplicación entre la mitad de los intereses de la comunidad internacional, y otra regla se aplica entre la parte restante de la comunidad de Estados, las controversias entre los Estados enmarcados dentro del primer grupo pueden ser solucionados por aplicación de la primera regla, y las controversias entre los Estados del segundo grupo podrán ser dirimidas por aplicación de la segunda regla; esto es ciertamente más satisfactorio que el tratar de encontrar una costumbre general común a los Estados de ambos grupos.³⁷

La dificultad se presentará cuando haya una controversia entre un Estado dentro del primer grupo y un Estado perteneciente al segundo grupo.

Si los Estados del primer grupo han siempre disentido acerca de la costumbre practicada por los Estados del segundo grupo, y si los Estados del segundo grupo han siempre disentido de la costumbre practicada por los Estados del primero, entonces ninguno de los dos grupos quedará vinculado por la costumbre del otro grupo.

La única solución posible en estas hipótesis, sostiene Akehurst, y a menos de que uno esté preparado a admitir que existen lagunas en el derecho (algo que las cortes y tribunales internacionales no han querido nunca reconocer), es volver a tiempos pasados, cuando una regla aceptada por ambos grupos de Estados existía, y continuar aplicando dicha regla. Esta solución que, su autor reconoce, puede aparecer como artificial, desde el momento en que puede tratarse de la aplicabilidad de una regla antigua, y sus resultados probablemente inciertos, es, sin embargo, posiblemente menos generadora de artificialidad e incertidumbre que ninguna otra solución que pudiera sugerirse a algo que es sin duda uno de los más difíciles problemas en derecho internacional.³⁸

³⁷ Michael Akehurst, *op. cit.*, pp. 30-31.

³⁸ *Idem*, p. 31.

Si la Corte Internacional de Justicia o cualquier otro tribunal internacional tuviera que pronunciarse sobre una controversia en la cual el demandante base sus argumentos en el tratado alternativo, y el demandado se fundamenta en la Convención de 1982, o viceversa, puede en dicho caso especularse en el sentido de que el Tribunal tomaría considerablemente en cuenta la práctica de los Estados que se hubiere realizado bajo cualquiera de los dos tratados; es decir, el primer tratado implementado mediante práctica efectiva.

Si por ejemplo, dice D'Amato, una compañía americana está llevando a cabo explotaciones en los fondos marinos de conformidad con el tratado alternativo, y no hubiere otras actividades de explotación por ninguno de los otros países partes en la Convención, la sola práctica de dicha compañía tendería a reforzar las normas contenidas en el tratado alternativo.³⁹

K. LA PARTICIPACIÓN REPRESENTATIVA

Si lo anterior puede ser cierto conforme a derecho positivo bajo determinadas circunstancias, también lo es el hecho indiscutible que el *número de Estados* que llegan a formar parte en cierta práctica es mucho más importante que el número de actos separados de que llegue a configurarse una cierta práctica, o el tiempo en el cual ésta haya sido desarrollada.

Un único acto llevado a cabo por más de una cincuentena de Estados provee una prueba mucho mayor de que una costumbre ha sido aceptada por la comunidad internacional, que una docena de actos por separado llevados a cabo por una docena de Estados.⁴⁰

El embajador Tommy Koh, presidente de la III Conferencia sobre Derecho del Mar, en más de una ocasión señaló que los intereses de ciertos países como los relativos a seguridad militar y recursos, no

³⁹ Anthony D'Amato, *op. cit.*, p. 284. En forma un tanto más conservadora un tribunal podría simplemente reconocer dos regímenes competitivos en la explotación de fondos marinos, y decidiendo posiblemente que las actividades de explotación pudieran ser llevadas a cabo al amparo de cualquiera de los regímenes previstos por alguno de los tratados.

⁴⁰ En el caso de la Plataforma Continental en Mar del Norte, la Corte Internacional sostuvo la posibilidad de que "...incluso sin que un largo periodo de tiempo haya transcurrido una participación bastante amplia y representativa podría ser suficiente, con la condición de que comprendiera a los Estados particularmente interesados". C.I.J., *Plateau continental de la Mer du Nord. Arrêt. Recueil*, 1969, p. 43, párr. 73. Ver respecto a este punto: Michael Akehurst, *op. cit.*, pp. 12-45.

estarían necesariamente protegidos por el derecho internacional consuetudinario si dichos países no llegaban a formar parte de la Convención de Montego Bay.⁴¹

Sin embargo, hay que reconocer —nos guste o no nos guste—, que incluso si la intención de los negociantes en la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar, era la de limitar los beneficios de todas sus estipulaciones exclusivamente a los firmantes, en estricto rigor jurídico los Estados no-parte podrán beneficiarse del régimen de la Convención si la disposición de que se trata refleja una norma consuetudinaria preexistente, o bien llega a adquirir el *status de regla consuetudinaria*.⁴²

⁴¹ Dichos países correrían entonces el riesgo de ver, por ejemplo, su derecho de tránsito por los estrechos, que es vital para sus intereses estratégicos globales, atacado o puesto en entredicho, por los Estados partes que consideran tales cuestiones como debiendo ser únicamente gobernadas por la Convención. Ver las declaraciones del presidente el 6 y 11 de diciembre de 1982 en la sesión final de la Conferencia, en el volumen que contiene la nueva Convención de 1982. *The Law of the Sea with Index and Final Act*, pp. XXXIII-XXXVII.

⁴² Véase en este sentido a Luke T. Lee, *op. cit.*, pp. 566-567.

ESPACIOS MARÍTIMOS SOMETIDOS A DERECHOS
EXCLUSIVOS Y PLENARIOS

A. AGUAS INTERIORES MARÍTIMAS

1. STATUS

Se denominan "aguas interiores", tanto a las aguas comprendidas dentro del territorio terrestre como a las aguas marítimas situadas entre el litoral y la línea de base del mar territorial: lagos, ríos, puertos, radas, bahías internas.

Las aguas interiores forman un espacio marítimo específico, tradicionalmente distinto de aquél aplicable a las aguas territoriales y sometido a un régimen jurídico diverso.

Las aguas interiores se encuentran por completo sometidas a la soberanía del Estado costero.

Puede decirse que lo que distingue principalmente la naturaleza jurídica del mar territorial de la relativa a la de las aguas interiores, es que en este último régimen la regla del paso inocente no encuentra aplicación alguna.⁴³

La Convención de 1982 establece, sin embargo, que en aquellos casos en que el trazado de líneas de base recta produzca el efecto de encerrar como aguas interiores aguas que anteriormente no se consideraban como tales, existirá en ellas un derecho de paso inocente.

Es la Corte Internacional de Justicia quien por primera vez admitió la ampliación de las aguas interiores a propósito del Caso de las pesquerías anglo-noruegas.⁴⁴

Al reconocer la validez del método de líneas de base rectas, adoptado por Noruega para determinar la extensión de su mar territorial, la Corte ratificó paralelamente la incorporación de aguas situadas más acá de las líneas de base en las aguas interiores.

⁴³ Ver los debates de la sesión de Amsterdam del Instituto de Derecho Internacional, en *Annuaire de l'Institut de Droit International*, tomo II, 1957, p. 473.

⁴⁴ C.I.J., *Affaire de pécheries*, 18 de diciembre de 1951, *Recueil des Arrêts...*, p. 6.

La Convención no dice nada sobre la distancia máxima entre las líneas de base rectas y la costa, así como entre los puntos que pueden ser unidos por el trazado de líneas de base recta.

En su primera redacción, en 1954, la Comisión de Derecho Internacional había fijado una extensión máxima de 10 millas náuticas, pero la Convención de 1958 (artículo 4º, inciso 2), al igual que la Convención de 1982 se limitan a indicar, tal y como lo hizo la Comisión en su oportunidad, que el trazado de las líneas de base rectas no debe apartarse de una manera apreciable de la dirección general de la costa (artículo 7º, inciso 3).⁴⁵

El límite exterior de ese espacio marítimo estará constituido por la línea de base que sirve a medir la extensión del mar territorial.

Luego entonces, podemos decir que el límite exterior de las aguas interiores marítimas va a coincidir con el límite interior del mar territorial.

2. BAHÍAS

Antiguamente se decía que las bahías que debían ser comprendidas dentro de las aguas interiores eran aquellas cuya abertura fuera inferior a las 10 millas.

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia en el caso anglo-noruego de pesquerías declaró que: "la regla de las 10 millas no ha adquirido la autoridad de una regla general de derecho internacional".⁴⁶

Desde entonces la Convención de Ginebra de 1958, al igual que ahora la Convención de 1982, fijaron reglas más precisas en lo que concierne a la configuración y superficie de las bahías de pequeña abertura, al menos en los casos en que un solo Estado es ribereño.

La Convención adopta la regla de las 24 millas por lo que respecta a la abertura de las bahías.

Cuando la distancia entre las líneas de bajamar de los puntos naturales de entrada de una bahía, tal y como es definida por la Convención (artículo 10, inciso 2º), excede de 24 millas marinas, se trazará dentro de la bahía una línea de base recta de 24 millas marinas.

⁴⁵ Ver D. H. N. Johnson, "The Anglo-Norwegian Fisheries Case", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 1, 1952, pp. 145-180. "If the general direction of the coast rule is devoid of any mathematical precision, much must always be left to subjective apreciation, and it is useless to criticise the Court's conclusion". *Idem*, p. 169.

⁴⁶ *Affaire des pêcheries*, C.I.J., *Recueil des Arrêts...*, 1951, p. 131.

Las *bahías históricas* a las cuales la Convención de 1982 hace alusión, pero sin llegarlas a definir (artículo 10, inciso 6º), son reivindicadas por ciertos Estados a título de aguas territoriales sobre la base de una práctica prolongada.

La bahía no puede pretender un carácter histórico más que con base en un ejercicio a la vez pacífico y prolongado de las prerrogativas estatales, debiendo demostrarse de una manera categórica que dicha reivindicación ha sido aceptada expresa o tácitamente por la gran mayoría de los demás países.⁴⁷

Por último, hay que recordar que el sistema de trazado de líneas de base recta fue utilizado por México en 1968 al delimitar su mar territorial al interior del Golfo de California, mismo que sin lugar a dudas era imposible considerarlo como supuesta bahía histórica.⁴⁸

B. MAR TERRITORIAL

1. SOBERANÍA DEL ESTADO RIBEREÑO

El derecho del mar territorial, que durante largo tiempo permaneció en la esfera del derecho consuetudinario, fue codificado por la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua del 29 de abril de 1958. (En vigor el 10 de septiembre de 1964.)

La nueva Convención de 1982, al igual que su antecesora, define al mar territorial como una "franja de mar adyacente" a las costas del Estado ribereño, con la diferencia que ahora se hace alusión al caso del Estado archipiélago.

En su mar territorial, el Estado ribereño ejerce la soberanía bajo condición de permitir el paso de buques extranjeros: derecho de paso inocente.

⁴⁷ Ver John Colombos, *Le Droit International de la Mer*, prefacio de Alejandro Álvarez, Pédone, París, 1952, pp. 111-121. Entre las bahías reivindicadas consuetudinariamente como históricas pueden citarse la excepcional Bahía de Hudson, reivindicada por Canadá, con una abertura de 50 millas; la Bahía de Santa Mónica, reivindicada por Estados Unidos, con una abertura de 29 millas; la Bahía de Pedro el Grande, reivindicada por la Unión Soviética, con una abertura de 102 millas.

⁴⁸ Ver Bernardo Sepúlveda, "Derecho del Mar. Apuntes sobre el sistema legal mexicano", en *La política exterior de México: Realidad y perspectivas*, El Colegio de México, 1972, pp. 132-172. En sentido opuesto al problema del Mar de Cortés como bahía histórica, véase Ricardo Méndez Silva, "El Mar de Cortés, bahía vital", *Boletín del Centro de Relaciones Internacionales*, 18, UNAM, México, 1972, pp. 74-82.

La soberanía del Estado ribereño se extiende, según la Convención de las Naciones Unidas, "más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipiélicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial" (artículo 2º, párrafo 1º).

El Estado ribereño en el ejercicio de su soberanía tendrá, antes que nada, una absoluta competencia para reglamentar la pesca en sus aguas territoriales, pudiendo reservar su ejercicio a sus nacionales poseyendo así un derecho exclusivo; puede igualmente admitirse a extranjeros, por vía convencional como por concesión unilateral, pero generalmente sobre la base de reciprocidad.

El Estado ribereño es igualmente competente para garantizar la seguridad de la navegación y en materia aduanera y sanitaria, tiene el derecho además de establecer una vigilancia sobre las embarcaciones, que puede ir desde el derecho de visita hasta la captura, detención y confiscación de artículos prohibidos.

En todos estos casos se admite que si buques del Estado ribereño emprenden una persecución, dentro del ámbito de sus aguas territoriales, en contra de buques extranjeros, ésta puede continuar hasta el alta mar siempre y cuando no haya sido interrumpida (*hot pursuit*).

Por el hecho de que la soberanía del Estado se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo del mismo, el Estado ribereño tiene el derecho de reglamentar el sobrevuelo por encima de sus aguas territoriales (no se aplica el derecho de paso inocente) y puede, por consiguiente, adoptar a este respecto toda disposición que juzgue ser de utilidad.⁴⁹

2. DERECHO DE PASO INOCENTE

La única limitación importante a la soberanía que ejerce el Estado ribereño sobre su mar territorial, y que se refiere al derecho de paso inocente del que gozan los buques de todo Estado, ribereño o sin litoral, está definido y reglamentado en la nueva Convención de manera más detallada que en la de 1958 (artículos 14 a 20)..

El "paso" es definido como el hecho de navegar por el mar territorial con el fin, ya sea de *atravesar* dicho mar sin penetrar en las aguas interiores, o bien de *dirigirse* hacia las aguas interiores o salir de ellas.

⁴⁹ Ver Charles Vallé, "Le territoire étatique", en *Droit International Public*, Montchrestien, Paris, 1975, pp. 297-320.

El "paso" puede comprender el fondeo y la detención, en la medida requerida para las necesidades técnicas de la navegación; pero la regla general es que el paso sea rápido e ininterrumpido.

Se puede decir que el principio fundamental que establece la nueva Convención para considerar que el paso de un buque extranjero es perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño, es la de si el buque en cuestión realiza cualquier actividad que no esté directamente relacionada con el "paso" como pueden ser, entre otros, el ejercicio o práctica con armas, actos de obtención de información o propaganda en contra de la seguridad del Estado, actos de contaminación internacional, actividades de pesca, etcétera (artículo 19).

El respeto de las reglas relativas al "paso inocente" está garantizado por la posibilidad de detención de los buques que infringen las mismas, desviándolos de su ruta para llevarlos a un puerto nacional a fin de enjuiciar a los responsables. Esta medida se aplica de igual forma a los buques de Estado destinados a fines no comerciales, bajo reserva de las reglas relativas a su inmunidad (es decir, que el buque deberá ser restituido al Estado extranjero) (artículos 27 y 28).

Sin embargo, lo anterior no se aplica en relación con los buques de guerra, los cuales, de no cumplir las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial, sólo se podrá en dicho caso exigírseles la salida inmediata de dicho espacio marítimo (artículo 30).⁵⁰

3. ANCHURA

En cuanto al problema de la anchura del mar territorial, hay que decir que en razón del hecho de que durante todo el siglo XIX las grandes potencias marítimas, sobre todo, defendieron tenazmente la regla de las tres millas náuticas, haciéndose respetar esta extensión igualmente durante la Guerra Mundial de 1914; esto hizo pensar, probablemente, que el problema podría ser codificado mediante la conferencia reunida en La Haya en 1930, bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones; pronto se descubrió que la unanimidad en cuanto a la anchura del mar territorial estaba lejos de ser una realidad.

⁵⁰ Ver B. Chauhan, "Right of innocent passage for warships through the territorial sea", en *The Law of the Sea*, vol. VII, Thesaurus Acroasium, Tesalónica, 1977, y P. D. O'Connell, "Innocent passage of warships", *idem*, pp. 405-453.

Según la gran autoridad de John C. Colombos, un examen de los debates que se produjeron en la Conferencia de La Haya, convocada del 15 de marzo al 12 de abril de 1930, revelan claramente el hecho de que la mayoría de los principales Estados marítimos estaban *positivamente* en favor del límite de las 3 millas para las aguas del mar territorial.⁵¹

Por su parte, en el Tratado de Oppenheim-Lauterpacht podemos leer lo siguiente: "Aunque la gran mayoría de los Estados se adhiere al límite de las millas, según se puso de manifiesto en la Conferencia de Codificación de La Haya, muchos de ellos condicionaron su adhesión al reconocimiento de una zona de protección más amplia, llamada zona contigua."⁵²

Las Conferencias de Ginebra de 1958 y 1960 tampoco tuvieron éxito para lograr un consenso acerca de la extensión del mar territorial; esta última fracasó por un voto para haber logrado adoptar la fórmula de las 6 millas para mar territorial y otras seis añadidas para zona de pesca ("seis + seis") propuesta por los Estados Unidos y Canadá, apoyada por los países de Europa occidental.⁵³

Actualmente no cabe duda de que el derecho internacional consuetudinario reconoce un límite máximo de 12 millas marinas para el mar territorial, mismo que queda así consagrado en el artículo 3º de la nueva Convención.

Las objeciones a esta práctica de las 12 millas que es la adoptada por la casi totalidad de los Estados ribereños, no es reconocida por los Estados Unidos, quienes parecen no aceptar dicha extensión for-

⁵¹ C. John Colombos, *op. cit.*, p. 71.

⁵² Oppenheim-Lauterpacht, *Tratado de Derecho Internacional Público*, 8a. ed., traducción Oliván-Castro Rial, tomo I, vol. II, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 46-47. Una posición en contra de las anteriores tesis se encuentra en lo sostenido por el internacionalista Alfonso García Robles: "Treinta y dos de los cuarenta y ocho Estados que participaron en la Conferencia lo hicieron así (*pronunciarse en contra de las 3 millas*), con el resultado de que sólo nueve se inclinaron en favor de una anchura de tres millas para el mar territorial"; Alfonso García Robles, "Desarrollo y codificación de las normas básicas del Derecho del Mar hasta 1960", en el volumen *Méjico y el régimen del mar*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1974, p. 20.

⁵³ Ver la propuesta conjunta de Estados Unidos y Canadá en Doc. A/CONF. 19/1.11, reproducido en *Second United Nations Conference on the Law of the Sea* (Official records), p. 173. Ver igualmente la interesante intervención del delegado de México, Alfonso García Robles, en el sentido de considerar tan inadecuada la regla de las 3 millas como también la fórmula de "seis + seis". *Idem*, pp. 74-76.

malmente,⁵⁴ pero que, sin embargo, han ampliado su propia jurisdicción en materia de pesca a 200 millas a través de la *Fishery Conservation and Management Act de 1976*, y decretado, el 10 de marzo de 1983, una zona económica exclusiva de 200 millas.⁵⁵

El límite exterior del mar territorial, consagrado en el artículo 4º de la Convención de 1982 (artículo 6º de la de 1958) y conocido como método de la "curva tajante", está constituido por la línea formada por puntos, cada uno de los cuales se encuentra a una distancia, desde el punto más próximo de la línea de base, igual a la anchura prevista para el mar territorial.

⁵⁴ "The President has not changed the breadth of the United States territorial sea. It remains at 3 nautical miles. The United States will respect only those territorial sea claims of others in excess of 3 nautical miles, to a maximum of 12 nautical miles..." Comunicación dada por la Casa Blanca el 10 de marzo de 1983, reproducido en *American Journal of International Law*, vol. 77, No. 3, julio 1983, p. 623.

⁵⁵ El 10 de marzo de 1983 el presidente Reagan anunció tres decisiones relativas a la política oceánica de los Estados Unidos: dos concernientes a la libertad de navegación y sobrevuelo y la tercera relativa a una zona económica exclusiva de 200 millas. Ver texto reproducido en *American Journal of International Law*, vol. 77, No. 3, julio 1983, pp. 619-623.

LOS ESTADOS Y LAS AGUAS ARCHIPELÁGICAS

A. CONCEPTO DE ESTADO ARCHIPELAGICO

En el segundo periodo de sesiones de la Tercera Conferencia, el delegado por Indonesia calificó el concepto de Estado archipiélagico como fundamental para la unidad nacional, la estabilidad política, la cohesión económica, social y cultural, así como la integridad territorial de dichos Estados.

Indonesia siempre consideró que su territorio, su mar y su pueblo están ligados inseparablemente, y que la supervivencia de la nación indonesia depende de la unidad de esos tres elementos. Sin el concepto de Estado archipiélagico, las aguas de Indonesia se habrían constituido en su mayor parte en sectores de la llamada "alta mar", abiertos a actividades que podrían comprometer la unidad, la seguridad y la integridad territorial del país.⁵⁶

El concepto jurídico de Estado archipiélagico fue ignorado por la Conferencia de Ginebra de 1958, y es por ello por lo que puede considerarse como una de las novedades más sobresalientes de la Convención de 1982.⁵⁷

La Convención entiende por Estado archipiélagico al constituido totalmente por uno o varios archipiélagos y que podrá incluir otras islas (artículo 46, inciso a).

Los Estado archipiélagicos podrán unir los puntos extremos de las islas y los arrecifes emergentes más alejados del archipiélago, por medio de un trazado de "líneas de base archipiélagicas rectas".

⁵⁶ Ver intervención del señor Djalal (Indonesia), en *Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, Doc. Of., vol. II, Caracas, 1974, p. 289.

⁵⁷ En 1972 ciertos Estados archipiélagicos como Indonesia, Filipinas, Islas Fidji y Mauricio, se reunieron en Manila para adoptar una posición común consistente en obtener derechos más amplios que aquellos que deberían contener las zonas económicas. Esta posición se reflejaría más tarde en la sesión de Caracas.

Las condiciones para el trazado de líneas de base archipelágicas se asemejan al sistema de líneas de base rectas aplicable al mar territorial, pero se diferencian en ciertos aspectos, como el relativo a la longitud de las líneas de base archipelágicas, que no deben exceder de 100 a 125 millas marinas (artículo 47, párrafo 2º).

La medición de la anchura del mar territorial, de la zona contigua, de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, se realiza a partir del trazado de las líneas de base archipelágicas.

La soberanía del Estado se extiende, además de las aguas encerradas por las líneas de base ("aguas archipelágicas"), al espacio aéreo situado sobre dichas aguas, al lecho y subsuelo de las mismas (artículo 49).

B. DERECHO DE PASO ARCHIPELAGICO

Los buques de todos los Estados gozan del derecho de "paso inocente" a través de las aguas archipelágicas, pero además los buques y aeronaves extranjeras tendrán, sobre las vías marítimas y rutas aéreas designadas por el Estado en cuestión, de un "derecho de paso archipelágico", para los fines de tránsito ininterrumpido, rápido y sin trabas.

El régimen de "paso archipelágico" es, desde todo punto de vista, semejante al derecho de paso en tránsito por los estrechos, lo que significa principalmente que no puede ser suspendido por el Estado costero, y que los submarinos pueden transitar sumergidos.

En estricto sentido, la institución de las "aguas archipelágicas" no puede asimilarse ni al mar territorial, ni a las aguas internas, ambas expresamente previstas para el Estado archipelágico; en todo caso dicha institución tiene más semejanza con el mar territorial, salvo por lo que respecta a las vías de circulación marítima y rutas aéreas en donde es aplicable el derecho de paso archipelágico.

Hay que recalcar que las disposiciones de la Convención de 1982 sobre Estados archipelágicos, no se aplica al caso de los archipiélagos que no constituyen una unidad estatal, es decir, a aquellos que están integrados a un Estado que posee también territorio continental.⁵⁸

⁵⁸ Para un estudio del problema anterior a la III Conferencia, ver *Geoffrey Marston, "International Law and Mid-Ocean Archipelagos", Annales d'Études Internationales*, vol. 4, Ginebra, 1973, pp. 171-191. En cambio, para el estado actual de la institución, ver *Lucius Caflisch, "Les zones maritimes sous juridiction nationale"*, en *Le Nouveau Droit International de la Mer* (1983), *op. cit.*, pp. 48-53.

ZONA CONTIGUA

IV

A. ANTECEDENTES

Se puede decir que desde el siglo XVIII algunos Estados se arrogaron la facultad de practicar, más allá del mar territorial, cierto tipo de controles sobre los buques extranjeros en el campo aduanal y sanitario específicamente.

Gran Bretaña, por ejemplo, pretendió, a través de las *Hoovering Acts*, ejercer un control aduanal y fiscal sobre cualquier embarcación que se dirigiese a puerto británico, dentro de una distancia de 4 leguas desde sus costas.

Una aplicación particularmente significativa de la teoría de la zona contigua fue hecha por Estados Unidos a través de su legislación prohibicionista, de 1919 a 1935, y por la cual se prohibía la fabricación, consumo y transporte de bebidas alcohólicas en el interior de Estados Unidos y de todo territorio sometido a su jurisdicción.

Lo que planteaba la doble cuestión de la aplicación de dicha legislación en las aguas territoriales y en las aguas interiores americanas.

Independientemente de las cuestiones doctrinales, es innegable que la práctica internacional presenta una abundante serie de medidas legislativas de los Estados costeros encaminada al establecimiento de zonas adyacentes destinadas a la vigilancia aduanal, y que en la generalidad de los casos no dieran lugar a objeciones de gran envergadura por parte de los otros Estados.

Es, además, significativo que la Convención de Ginebra sobre Mar Territorial y Zona Contigua (en vigor desde el 10 de septiembre de 1964), que habiendo fracasado en su objetivo de precisar el límite externo del mar territorial logró, sin embargo, codificar la institución de la zona contigua, atribuyéndole una anchura máxima de 12 millas.⁵⁹

⁵⁹ Ver Giuliano, Scovazzi, Treves, *Diritto Internazionale*, seconda edizione, vol. II, Giuffrè, Milán, 1983, pp. 177-179.

B. RÉGIMEN JURÍDICO

De acuerdo con el artículo 33 de la nueva Convención, la zona contigua no puede extenderse más allá de 24 millas, contadas desde las líneas de base, a partir de las cuales se mide la ancrura del mar territorial.

En su zona contigua, el Estado ribereño está facultado para tomar todas las medidas de fiscalización necesarias para prevenir y, en su caso, sancionar las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial.

A diferencia de lo que sucedía con el artículo 24 de la Convención de 1958, en la nueva Convención no se encuentra una regla autónoma de delimitación para la hipótesis de Estados situados frente a frente o que sean adyacentes, por lo que podría en caso necesario recurrirse a la analogía de las reglas de delimitación para otros espacios marítimos.⁶⁰

Otra innovación que debe señalarse es que de acuerdo con el artículo 303 de la Convención de 1982, los Estados ribereños, a fin de fiscalizar el tráfico de los objetos de carácter arqueológico e histórico, podrán presumir que la remoción de éstos de los fondos marinos de la zona contigua, sin su autorización, constituye una infracción a las leyes y reglamentos mencionados.

Por otro lado, podría pensarse que si la Convención de 1982 está consagrando expresamente ciertas facultades de prevención y represión al Estado ribereño (en ciertas áreas) dentro de su zona contigua; esto parecería implicar, *a contrario sensu*, que dentro de la zona económica exclusiva el Estado costero no goza de dichas facultades.⁶¹

Por último, hay que decir que a partir del Decreto de 1969 que creó la fracción II del artículo 18 de la Ley General de Bienes Nacionales,

⁶⁰ En la sesión de Caracas de la Tercera Conferencia, el embajador Manuel Tello, delegado por México, proponía que la Comisión definiera el examen de la zona contigua, en razón de que si se adoptaba el concepto de un "mar patriomonial" la institución de la zona contigua perdería toda razón de ser. *Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, Doc. Of., vol. II, Caracas, 1974, p. 134. En contra, entre otros, el delegado de Bahrein, para quien "La zona contigua es importantísima... Muchos Estados en desarrollo no poseen el equipo técnico moderno o las grandes flotas de cabotaje necesarios para proteger de contrabandistas infiltrados la totalidad de su faja territorial e interceptar buques sospechosos, antes de que penetren en la zona territorial". *Idem*, p. 261, párr. 45.

⁶¹ Ver en este sentido Lucius Caflisch, "Les zones maritimes sous juridiction nationale", en *Le Nouveau Droit International de la Mer*, op. cit., p. 57.

y por el cual el mar territorial mexicano se extendió hasta una distancia de 12 millas marinas, la anchura de nuestra zona contigua coincidió con la extensión de nuestro mar territorial.⁶²

⁶² Ver *Diario Oficial* del 26 de diciembre de 1969, y Bernardo Sepúlveda, "Derecho del Mar", *op. cit.*, p. 141, nota 20.

LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

V

El origen o la gestación de lo que se conoce como el proceso de las nuevas reivindicaciones en favor de una zona de jurisdicción y control de los recursos marítimos, se sitúa frecuentemente a partir de la fecha de la doble Proclama Truman, relativa al establecimiento de zonas de conservación para proteger los recursos de la pesca, y la referente a la plataforma continental.⁶³

Una parte de la doctrina considera que esas dos declaraciones Truman tuvieron sólo una débil influencia sobre la naturaleza y las finalidades de las reivindicaciones posteriores de los Estados en lo que concierne al deseo de establecer una competencia exclusiva sobre los recursos biológicos y no-biológicos al interior de una zona considerada como parte del alta mar. Incluso si la anterior opinión puede llegar a ser compartida, debemos admitir con todo que la Declaración Truman tuvo el muy importante efecto de atraer la atención de ciertos Estados ribereños sobre el interés de los espacios marítimos adyacentes a sus costas.⁶⁴

Así se puede fácilmente constatar, a partir de aquella fecha, una tendencia a la extensión de los derechos del Estado ribereño; es de esta forma como Chile, por ejemplo, el 23 de junio de 1947, careciendo de plataforma continental a lo largo de su costa (o al menos sumamente estrecha), va a realizar por primera vez una reivindicación de "soberanía" hasta una distancia de 200 millas, que se ejerce no

⁶³ "Presidential Proclamation No. 2667, 28 sept. 1945"; "Executive Order No. 9633, 28 sept. 1945", textos reproducidos en Francesco Durante, *La Piattaforma Litorale nel Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milán, 1955, pp. 306-307. Ver, en general, Alonso Gómez-Robledo V., "La Zone Economique Proposée", *Institut de Hautes Études*, Ginebra, 1977 (mimeografiado).

⁶⁴ Para las dos concepciones de la doctrina en lo que concierne a la importancia de la Proclama Truman, ver respectivamente García-Amador, "The Latin American Contribution to the Development of the Law of the Sea", *American Journal of International Law*, vol. 68, 1974, pp. 33-36, y L. D. M. Nelson, "The Patrimonial Sea", *International and Comparative Law Quarterly*, Oct. 1973, vol. 22, p. 673.

solamente sobre el lecho y subsuelo del mar, sino también sobre las aguas suprayacentes.⁶⁵

Esta reivindicación será seguida, apenas dos meses más tarde, por la de Perú con las mismas pretensiones y la misma extensión.⁶⁶

Una característica que podrá permitir comenzar a diferenciar las nuevas reivindicaciones de los Estados costeros, se puede encontrar en el hecho de que toda esta tendencia no se encuentra ya motivada en forma principal por intereses estratégicos o políticos, tal y como eran concebidos por las potencias marítimas, sino más bien la motivación esencial podrá estar definida por lo que se ha llamado "la preservación del patrimonio económico costero".⁶⁷

**A. LA EXCEPCIÓN GENERAL AL PRINCIPIO DE
LA LIBERTAD DE PESCA, RECONOCIDO POR LA
CONVENCIÓN SOBRE PESCA DE 1958**

Es evidente que las Convenciones de Ginebra de 1958, no hacen mención de una concepción semejante a la de una zona económica exclusiva en beneficio del Estado ribereño.

La competencia que el Estado costero puede ejercer sobre una zona de la alta mar, en virtud del artículo 24 de la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua, da lugar a diversos tipos de controles (no una jurisdicción) en vista de prevenir y reprimir ciertas violaciones a su legislación nacional; pero en este caso no se trata de ejercer controles con un contenido económico en el sentido preciso de las nuevas reivindicaciones.

Pero, por el contrario, en ocasiones se ha sostenido que la Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar, tuvo la intención de crear una cierta clase de compromiso entre los Estados defensores de la doctrina clásica de la libertad de pesca

⁶⁵ Texto de la Declaración de Chile del 23 de junio de 1974, reproducido en Francesco Durante, *op. cit.*, p. 263.

⁶⁶ Texto de la Declaración de Perú del 1º de agosto de 1974, reproducido en Francesco Durante, *op. cit.*, p. 292. Haciendo un esfuerzo por llegar a un acuerdo a nivel regional, los tres países del Pacífico Sur: Chile, Ecuador y Perú, emiten el 18 de agosto de 1952 la "Declaración sobre la Zona Marítima", conocida como Declaración de Santiago. Texto en Lay, Churchill, Nordquist, *New Directions in the Law of the Sea. Documents*, vol. 1, Nueva York, Londres, 1973, p. 231.

⁶⁷ R. Dupuy y A. Piquemal, "Les Appropriations Nationales des Espaces Maritimes", *Actualités du Droit de la Mer*, Colloque de Montpellier, Pédone, París, 1973, p. 115.

en la alta mar y los Estados costeros, defensores de tesis relativas a la creación de zonas de pesca exclusivas,⁶⁸ al reconocer al Estado ribereño "...un interés especial en el mantenimiento de la productividad de los recursos vivos en cualquier parte de la alta mar adyacente a su mar territorial" (artículo 6º, párrafo 1º), además de reconocerle igualmente el derecho "... de adoptar unilateralmente las medidas de conservación que procedan para toda reserva de peces..." (artículo 7º, párrafo 1º).

Sin embargo, el internacionalista Jorge Castañeda ha observado correctamente que es difícil aceptar esta interpretación de una pretendida excepción al principio de la libertad de pesca hecha por la Convención, porque ese derecho de intervención unilateral fue sometido a tales restricciones y cubierto por tal cantidad de garantías y condiciones complicadas, que en realidad fue privado por lo mismo de casi toda efectividad jurídica.⁶⁹

Basta con ver los criterios que son adoptados por el artículo 7º, párrafo 2º, de esta Convención sobre la pesca con objeto de delimitar ese derecho reconocido al Estado costero, para darnos cuenta sin más que ese "derecho" estaría siempre desprovisto de todo alcance real.

Conforme al mencionado artículo 7º, para que la adopción unilateral de dichas medidas pueda surtir efecto respecto de terceros Estados, éstas deberían responder a una necesidad urgente, fundadas en dictámenes científicos pertinentes y no discriminatorios, ni de hecho ni de derecho.

No es por ello nada extraño que haya podido afirmarse que la Convención sobre la pesca, de 1958, pasó a un lado del verdadero problema: la preocupación de cada Estado de reservarse la explotación de la pesca.⁷⁰

Por el contrario, el derecho de cada país a ejercer un control sobre sus recursos naturales marítimos, aunado al derecho de delimitar su soberanía y jurisdicción marítimas, siguiendo criterios razonables y decretando medidas de naturaleza económica sin lesionar la libertad de navegación y sobrevuelo, serán derechos claramente plasmados en la Declaración de Montevideo del 8 de marzo de 1970 y en la Declaración de Lima del 8 de agosto del mismo año.⁷¹

⁶⁸ L. D. M. Nelson, "The Patrimonial Sea", *op. cit.*, p. 673.

⁶⁹ Jorge Castañeda, "The Concept of Patrimonial Sea in International Law", *Indian Journal of International Law*, 1972, p. 535.

⁷⁰ André Gros, citado por R. J. Dupuy, "Les Appropriations nationales...", *op. cit.*, p. 148.

⁷¹ Lay, Churchill, Nordquist, *New Directions in the Law of the Sea*, Docu-

En adelante, ya no se tratará de una oposición semejante a la expresa en la tesis de un *mare liberum* y aquella relativa a la de un *mare clausum*, sino más bien de encontrar una solución a la oposición que pueda generarse entre el principio de la libertad del alta mar, sobre todo en lo que concierne al terreno de la pesca, y la tendencia favorable a la ampliación de la zona de competencia de los países ribereños.

B. ANTECEDENTE INMEDIATO DEL CONCEPTO DE ZONA ECONÓMICA

Es en la Declaración de Santo Domingo del 9 de junio de 1972, adoptada por la Conferencia de los países del Caribe,⁷² donde se puede encontrar el antecedente posiblemente más inmediato y quizás también el más importante de la futura concepción de una zona económica exclusiva, tal y como fue propuesta en el seno de la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar.

Esta Declaración prevé el derecho, para el Estado costero, de establecer un mar territorial hasta una distancia de 12 millas, y más allá del límite exterior de este mar una jurisdicción o competencia especial que la mencionada Declaración prevé bajo la denominación de "mar patrimonial"; la extensión del mar patrimonial no deberá extenderse más allá de 200 millas.⁷³

En una zona marítima que se define como mar patrimonial, el Estado ribereño, según esta Declaración, ejerce "derechos soberanos" sobre los recursos naturales, renovables y no renovables, que se encuentran en el lecho del mar y su subsuelo (artículo 1º).

ments, vol. I, Nueva York, Londres, 1973, pp. 235 y 237. Ver para un análisis de estas Declaraciones a Ralph Zacklin, *The Changing Law of the Sea. Western Hemisphere Perspectives*, Sijthoff, Leiden, 1974, en particular p. 66.

⁷² En la Conferencia de Santo Domingo participaron los trece Estados que bordean el Mar Caribe, es decir Barbados, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Trinidad y Tobago, Venezuela, y además El Salvador y la Guyana. Ver *New Directions*, *op. cit.*, p. 247.

⁷³ La noción de mar patrimonial aparece por primera vez en el plano internacional en agosto de 1971, cuando el delegado de Venezuela (Andrés Aguilar) la sometió al Comité de Fondos Marinos de Naciones Unidas como solución de compromiso. El acuñamiento de esta expresión se debe al diplomático chileno E. Vargas Carreño, quien la utilizó en un informe presentado ante el Comité Jurídico Interamericano. Ver Ricardo Méndez Silva, *El mar patrimonial en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974.

Al interior de este mar patrimonial se reconoce a todos los otros Estados, ya sean costeros o sin litoral, la libertad de navegación o sobrevuelo, y la libertad de tendido de cables y tuberías submarinas (artículo 5º).

Ciertos autores han observado que la utilización de la expresión "derechos soberanos", tomada del artículo 2º, párrafo 1º, de la Convención sobre Plataforma Continental de 1958, tuvo la intención de subrayar que se trataba de una competencia especializada y funcional, y que la fuerza o el éxito de la noción de mar patrimonial se encontraba en el hecho que la misma se situaba entre los principios del derecho internacional del mar clásicos y la serie de nuevas reivindicaciones hechas por ciertos Estados costeros.⁷⁴

Por su parte los Estados africanos, bajo la influencia de los países latinoamericanos, van a adoptar una actitud muy semejante.

La mayor parte de los gobiernos de estos nuevos Estados van a tomar conciencia, desde su acceso a la independencia, del interés que presenta la pesca para sus países y, en consecuencia, pondrán en tela de juicio las reglamentaciones existentes, basadas sobre principios tradicionales.

La afirmación de la soberanía nacional cobrará mucho mayor relevancia en la medida que el Estado tiene menos posibilidades de hacer prevalecer sus puntos de vista.

Ese movimiento que traduce una voluntad de ruptura con el pasado colonial, pero sin llegar hasta la negación, tiene finalmente por objeto, como dice un autor, situar el derecho del mar al servicio de una política del desarrollo económico.⁷⁵

Tratando de codificar sus puntos de vista, diecisiete de los Estados africanos se reunieron en Yaoundé del 20 al 30 de junio de 1972; a raíz de dicho seminario adoptaron estos países, a la unanimidad, el "Informe General de Yaoundé sobre el Derecho del Mar",⁷⁶ introduciendo la noción de "zona económica".⁷⁷

⁷⁴ L. D. M. Nelson, *op. cit.*, p. 677. El jurista Jorge Castañeda interpreta la tesis del mar patrimonial tal y cual fue definida en la Declaración de Santo Domingo, dentro de un marco jurídico a nivel universal, y no simplemente como una solución a nivel regional. Ver "The Concept of Patrimonial...", *op. cit.*, p. 542.

⁷⁵ Evelyne Peyroux, "Les États Africains face aux questions actuelles du droit de la mer", *Révue Générale de Droit International Public*, 1974, p. 625.

⁷⁶ "Conclusions in the General Report of the Regional Seminar on the Law of the Sea, held in Yaoundé, 1972", *New Directions...*, *op. cit.*, p. 250.

⁷⁷ La idea de la "zona económica" fue expresada por primera vez en enero de 1971 por el representante de Kenya, en el curso de la sesión anual del Comité

Méjico presentaría, ante el Comité de Fondos Marinos, lo que ciertamente puede considerarse como la "primera propuesta concreta" de lo que posteriormente sería el núcleo de la futura zona económica exclusiva, tal y como se conocería en la Tercera Conferencia.

La propuesta mexicana se encontraba redactada de la siguiente manera:

El Estado ribereño podrá ejercer jurisdicción especial en la alta mar adyacente a sus costas, para alguno, entre otros, de los siguientes propósitos específicos:

- 1) Conservación y administración de los recursos vivos del mar.
- 2) Aprovechamiento exclusivo o preferente de los recursos vivos del mar por sus nacionales, y
- 3) Prevención de la contaminación del medio marino o de las costas.

La jurisdicción se ejercerá de conformidad con las disposiciones del presente Tratado y las demás reglas del derecho internacional. Al establecer una zona de jurisdicción especial, el Estado ribereño tendrá en cuenta los intereses de la comunidad internacional, y, en la medida de lo posible, los de otros Estados.

Se ejercerá en una área commensurada a su objeto, pero en ningún caso se extenderá a más de doscientas millas de la costa.⁷⁸

La expresión de mar patrimonial, además de mostrar su objetivo marítimo, lo que no es el caso con el de la zona económica, tenía el mérito de dar una idea fiel de la naturaleza de las facultades de que goza el Estado costero, es decir, de sus derechos precisamente patrimoniales.

Si esta concepción no prevaleció fue justamente, como dice R. J. Dupuy, en razón de su sinceridad y llaneza, lo que inquietaba a las grandes potencias marítimas; la zona económica, por el contrario, parecía una expresión con contenido más neutro, no fuera ya sino porque ponía menos acento sobre la idea de propiedad.⁷⁹

Jurídico Consultivo Africano-Asiático. Encontró una expresión formal en la Declaración de la Organización de la Unidad Africana sobre Derecho del Mar en Addis-Ababa en 1973. Ver Evelyn Peyroux, *op. cit.*, pp. 623-648.

⁷⁸ Citado por Alicia Cabrera, "La zona económica exclusiva en el nuevo derecho del mar y sus repercusiones en las legislaciones mexicana y estadounidense", en *Relaciones México-Estados Unidos: una visión interdisciplinaria*, compilador Alonso Gómez-Robledo Verduzco, UNAM, 1981, pp. 335-336.

⁷⁹ René-Jean Dupuy, *L'Océan Partagé*, Pédone, París, 1979, p. 71.

Es interesante, además, hacer notar que para el año de 1972 el entonces juez mexicano ante la Corte Internacional de Justicia, Luis Padilla Nervo, en una opinión disidente, afirmaba que:

...el desarrollo progresivo del derecho internacional supone el reconocimiento de la noción de *mar patrimonial* que se extiende desde las aguas territoriales hasta una cierta distancia, fijada por el Estado ribereño interesado en el ejercicio de sus derechos soberanos, con vistas a proteger los recursos de los cuales dependen su desarrollo económico y la subsistencia de su población. Este concepto no es nuevo. Ha encontrado expresión en declaraciones de muchos gobiernos proclamando como su política marítima internacional, su soberanía y jurisdicción pesquera exclusiva sobre los mares contiguos a sus costas.⁸⁰

C. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

No es fácil determinar claramente la naturaleza jurídica de esta zona en el marco de las naciones clásicas del derecho internacional del mar.

Está fuera de discusión que el Estado costero no ejerce una “soberanía” en la zona económica, como por el contrario sí la ejerce dentro de su mar territorial, en donde posee la plenitud de competencias (evidentemente en las condiciones establecidas por el derecho internacional).⁸¹

La zona económica no puede ser considerada como parte integrante del territorio del Estado costero; éste ejerce solamente una jurisdicción y control para ciertos fines específicos, principalmente en lo que concierne a la pesca, la preservación del medio marino, a fin de eliminar los peligros de contaminación, y la investigación científica.⁸²

⁸⁰ *Fisheries Jurisdiction. Interim Protection Order of 17th. August, 1972, I.C.J. Reports*, 1972, p. 27. Esta opinión sería fuertemente atacada por el juez F. de Castro, quien afirmaría que la noción de mar patrimonial era una noción de compromiso, pero que no llenaba las condiciones de una regla de derecho. *Reports*, 1974, p. 94.

⁸¹ Ver Jean-Pierre Quéneau, “La Zone Economique”, *Révue Générale de Droit International Public*, 1975, p. 313.

⁸² Ver la intervención de Jorge Castañeda ante la Comisión Preparatoria de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, en ocasión de la presentación del proyecto conjunto sobre mar patrimonial (Colombia, México, Venezuela, Nueva York), 3 de abril de 1973. Documentos oficiales: Vigésimo Octavo período de Sesiones, Asamblea General, suplemento No. 21 (A/9021).

En ocasiones se ha querido calificar a la zona económica como una zona de la alta mar, en la cual la administración de los recursos naturales estaría confiada al Estado ribereño.⁸³

Sin embargo, si esta manera de querer precisar la naturaleza jurídica de la zona económica es criticable, no es sólo a causa de la supresión de la libertad de explotación de los recursos por terceros Estados en el interior del espacio marítimo referido, sino también porque es verdad que el principio de la libertad de las comunicaciones se presenta de una manera diferente, ya que si se le otorga al Estado costero una competencia precisa en lo que concierne a la investigación científica y a la preservación del medio marino, el buque extranjero se verá entonces obligado a respetar los reglamentos dictados para tal propósito.⁸⁴

El control y la jurisdicción que pueden ser ejercidos por el Estado costero modifica, por ello mismo, el principio de la libertad de comunicaciones tal y como es conocido en el régimen de la alta mar, en donde no existen restricciones de esta clase.

Por otra parte, hay que subrayar también que la expresión misma de "zona económica exclusiva" hace aún más difícil la precisión de su naturaleza jurídica, pues como justamente se hizo notar en el seno de la Segunda Comisión, la expresión es criticable en la medida en que el adjetivo de "exclusiva" está aplicado a la zona misma, siendo que en realidad son los derechos reconocidos al Estado costero los que deben de ser calificados de exclusivos.⁸⁵

Si debiera admitirse que el fundamento jurídico de la zona económica se encuentra en la noción de derecho patrimonial tal y cual fue enunciada en el transcurso de la Conferencia de Santo Domingo, en el sentido preciso de que los recursos del mar adyacentes a las costas formarían parte del patrimonio nacional del Estado costero,⁸⁶ esta idea tendría el defecto de no contemplar los otros derechos o competencias consagrados por la Convención de 1982.

En las últimas semanas de la sexta sesión del debate sobre la naturaleza jurídica de la zona económica, volvió a ser objeto de dete-

⁸³ En este sentido Louis Gastines, "La mer patrimoniale", *Révue Générale de Droit International Public*, 1975, p. 457.

⁸⁴ Ver J. P. Quéneudec, "La Zone Economique", *op. cit.*, pp. 344-345.

⁸⁵ Intervención del representante francés S. Jeannet, *Troisième Conférence*..., deuxième session, *op. cit.*, vol. II, p. 206.

⁸⁶ P. Bewrrier y Cadenat, "Le contenu économique des normes juridiques dans le droit de la mer contemporain", *Revue Générale de Droit International Public*, 1974, p. 604.

nida discusión en el seno de un grupo oficioso restringido, compuesto por una quincena de delegaciones representativas de las principales tendencias, y presidido por el jurista Jorge Castañeda.

El artículo 55 de la Convención sería el fruto del arreglo elaborado por dicho grupo y presentando la zona como un espacio marítimo donde se equilibren los derechos del Estado costero con aquellos de los terceros Estados:

La zona económica es un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste, sujeta al régimen jurídico específico establecido en esta Parte, de acuerdo con el cual los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño y los derechos y libertades de los demás Estados se rigen por las disposiciones pertinentes de esta Convención.

Así pues, la zona económica exclusiva constituye una *zona de soberanía económica*, que forma parte de lo que se puede llamar la zona de jurisdicción nacional, la cual comprende a su vez una extensión de total soberanía, es decir, la de las aguas interiores y la del mar territorial.

Esta zona de soberanía económica se refiere a la explotación de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, así como a la producción de la energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; pero no se aplica al espacio marítimo en sí mismo, ya que éste permanece abierto a las libertades *tradicionales* de navegación y de comunicación.⁸⁷

D. LA PESCA EN LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

Concomitantemente a la posibilidad de introducir la noción de una zona económica, se creyó que su adopción podría conllevar una disminución de explotación o subexplotación de los recursos vivos, desde el momento en que varios Estados costeros no tendrían los medios industriales para poder obtener el máximo del potencial de los recursos de su zona marítima.⁸⁸

Sin embargo, esta crítica no es muy pertinente desde el momento en que el mecanismo para la explotación de los recursos biológicos se presenta en sus líneas dentro de la nueva Convención (parte V) de la

⁸⁷ Ver en este sentido a René-Jean Dupuy, *L'Océan Partagé*, *op. cit.*, p. 83.

⁸⁸ En este sentido: P. Bewrier D. y P. Cadenat, "Le contenu économique...", *op. cit.*, p. 608. Ver igualmente la intervención del representante del Reino Unido, señor Jacklin, *Troisième Conférence*, Doc. Of., vol. II, p. 223.

manera siguiente: primero, el principio general que impera en la zona económica es que el Estado ribereño goza de derechos de soberanía, para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales.

Segundo: el Estado ribereño, teniendo en cuenta los datos científicos más fidedignos de que disponga, asegurará, mediante medidas adecuadas de conservación y administración, que la preservación de los recursos vivos de su zona económica exclusiva no se vea amenazada por un exceso de explotación.

Tercero: el Estado ribereño promoverá la "utilización óptima" de los recursos vivos en su zona económica y determinará la captura permisible de los mismos.

Cuarto: el Estado ribereño determinará su capacidad de captura de los recursos vivos, y en aquellos casos en que el Estado no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible, dará acceso a otros Estados al excedente, mediante acuerdos u otros arreglos.

Quinto: al dar a otros Estados acceso a su zona económica, el Estado costero tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la importancia de los recursos vivos de la zona para la economía del Estado ribereño interesado, las necesidades de los Estados en desarrollo de la región y la necesidad de reducir al máximo la perturbación económica de los Estados cuyos nacionales hayan pescado habitualmente en la zona.

Sexto: los nacionales de otros Estados que pesquen en la zona económica exclusiva observarán las modalidades y condiciones establecidas en las leyes y reglamentos del Estado costero, pudiéndose referir, entre otras, a cuestiones tales como las concesiones de licencias a pescadores, incluidos el pago de derechos y otras formas de remuneración, la determinación de las especies que puedan capturarse y la fijación de las cuotas de captura, etcétera.

Séptimo: el Estado ribereño podrá tomar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con la Convención, incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales (se excluyen las penas privativas de libertad).⁸⁹

En cuanto a la importante cuestión referente al arreglo de controversias en esta materia, la solución consagrada por la Convención

⁸⁹ Ver artículos 56, párr. 1º; 61, párr. 2º; 62, párr. 1º, 2º, 3º y 4º, y 73. Ver Tullio Scovazzi, "La pesca nella zona economica exclusiva", en Benedetto Conforti (editor), *La Zona Económica exclusiva*, Giuffrè, Milán, 1983, pp. 13-20.

representa un compromiso esencialmente entre los Estados sin litoral y geográficamente desaventajados que se pronunciaban, antes que nada, por un procedimiento de arbitraje obligatorio, y por otra parte, aquellos Estados que hubiesen preferido que no se estipulara ningún sistema preciso del arreglo de controversias.

La Convención prevé que no existirá procedimiento de arreglo jurídicamente vinculante para las partes en los casos de diferendos que se refieran a los derechos soberanos de un Estado costero, en relación con los recursos vivos encontrados en su zona económica exclusiva.

Tales derechos soberanos incluyen las "facultades discrecionales" que posee el Estado costero para determinar la captura permisible, su capacidad de explotación, la asignación de excedentes a otros Estados y las modalidades y condiciones establecidas en sus leyes y reglamentos de conservación y administración (artículo 297, párrafo 3º, inciso a).

Sin embargo, el Estado ribereño estará obligado a someterse en este campo a un *procedimiento de conciliación* en los tres casos siguientes:

- 1º) Cuando el Estado ribereño ha incumplido de manera manifiesta su obligación de velar, con medidas adecuadas de conservación y administración, por que la preservación de los recursos vivos de la zona económica exclusiva no resulte gravemente amenazada.
- 2º) Cuando el Estado ribereño se ha negado arbitrariamente a determinar, a petición de otro Estado, la captura permisible y su capacidad para explotar los recursos vivos.
- 3º) Cuando el Estado ribereño se ha negado arbitrariamente a asignar a un Estado, conforme a las condiciones establecidas, la totalidad o una parte del excedente cuya existencia haya declarado (artículo 297, párrafo 3º, inciso b y anexo V).

Nosotros pensamos, siguiendo a R. J. Dupuy, que este compromiso constituye una solución razonable por el equilibrio que se esfuerza en establecer para este género de controversias, en las cuales la intervención de una instancia jurisdiccional resulta bastante inapropiada.

Los Estados costeros tuvieron que aceptar la obligación de dar acceso a otros Estados, a los excedentes de captura, pero conservaron su poder discrecional en la determinación del nivel de los excedentes

de su zona, así como en la elección del beneficiario llamado a participar en su explotación.⁹⁰

Es cierto que los Estados costeros conservan de esta suerte una libertad real de apreciación política y económica dentro de este terreno, pero difícilmente podría concebirse de otra forma, ya que no es sino la consecuencia lógica del hecho de que los recursos vivos de la zona son el objeto de derechos soberanos del Estado ribereño.⁹¹

En realidad, como sostiene el profesor T. Scovazzi, un análisis del contenido de tales derechos demuestra, por lo que concierne a la pesca, un exclusivismo que no es absoluto, sino que está condicionado al objetivo de la explotación óptima de los recursos en la zona.

En la prosecución del objetivo en cuestión, el Estado costero desarrolla por lo demás un papel de protagonista, pudiendo elegir, según sus posibilidades y exigencias, en qué medida llega a ser "pescador", o bien "vendedor" de sus recursos.⁹²

E. LA ADOPCIÓN DE LA ZONA ECONÓMICA MEXICANA

Con fecha 4 de noviembre de 1975, el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Senadores de nuestro país, una iniciativa de decreto que adicionaba el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para establecer una zona económica exclusiva, y junto con ella la correspondiente Iniciativa de Ley Reglamentaria del nuevo párrafo VIII del 27 constitucional.⁹³

De esta forma, el artículo 27 constitucional queda adicionado con el nuevo párrafo VIII de la siguiente manera:

La nación ejerce en una zona económica exclusiva, situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar terri-

⁹⁰ R. J. Dupuy, *L'Océan Partagé*, *op. cit.*, pp. 101-103.

⁹¹ Para Jean Carroz los derechos soberanos del Estado en su zona económica comprenden realmente "un verdadero poder discrecional" y no una *obligación*, como parecería indicarlo las disposiciones generales de la Convención sobre la conservación y explotación de los recursos vivos. Jean Carroz, "Les problèmes de la pêche dans la Convention sur le Droit de la Mer et la pratique des Etats", en el volumen *Le Nouveau Droit International de la Mer*, *op. cit.*, p. 189.

⁹² Tullio Scovazzi, "La pesca nella zona economica exclusiva", *op. cit.*, pp. 19-20.

⁹³ Ver respectivamente: *Diario Oficial* del día 6 de febrero de 1976 y *Diario Oficial* del día 13 de febrero de 1976, en vigor desde el 6 de junio de 1976.

torial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdo con estos Estados.

El 7 de junio de 1976 se publicó en el *Diario Oficial* el Decreto por el que se Fija el Límite Exterior de la Zona Económica Exclusiva de México y mediante Canje de Notas del 26 de julio del mismo año se delimitó la zona entre nuestro país y Cuba, con base en el principio o método de la equidistancia.⁹⁴

Cuando México proclama su zona económica, no faltó algún autor que tratara de hacer la "apología" de la misma; de esta forma se adujo que para aquellas épocas (1975) existía ya en *derecho consuetudinario* un *fundamento* para alegar la validez de la reclamación.⁹⁵

El fundamento jurídico principal de dicho autor para aseverar lo anterior lo encuentra, según él, en el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 1969 sobre la Plataforma Continental en Mar del Norte.

La Decisión de la Corte Internacional de Justicia en 1969 para los Casos de la Plataforma Continental en Mar del Norte puede ayudar a respaldar el argumento de la regla consuetudinaria. En aquella ocasión, la Corte expresó que "...el paso de solamente un corto periodo de tiempo no es necesariamente por sí mismo, un obstáculo para la formación de una nueva regla de derecho internacional consuetudinario".⁹⁶

Una observación como la anterior carece de toda seriedad, ya que está sacada completamente de contexto, lo cual provoca que se deforme y se desvirtúe el contenido real del fallo jurisprudencial.

Lo que verdaderamente asentó la Corte Internacional en el fallo del 20 de febrero de 1969 es algo totalmente diferente de lo que su autor pretende, y para prueba de ello es más que suficiente el remitirnos fielmente al pasaje de la sentencia mencionada que a la letra dice lo siguiente:

Aun y cuando el hecho de que no haya transcurrido más que un breve lapso de tiempo, no constituye necesariamente en sí un impe-

⁹⁴ Véase la reproducción de dichos textos legales en Jorge Vargas, *La Zona Económica exclusiva de México*, Ed. Siglos, México, 1980, pp. 65-80.

⁹⁵ Ver Székely Sánchez, "La reclamación mexicana sobre un mar patrimonial de doscientas millas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año IX, núm. 25-26, UNAM, 1976, pp. 92-109.

⁹⁶ *Idem*, p. 105.

dimento en la formación de una nueva regla de derecho internacional consuetudinario a partir de una regla puramente convencional al origen. *permanece indispensable* que en ese lapso de tiempo, por breve que éste haya sido, la práctica de los Estados, incluyendo aquellos que están *particularmente interesados*, haya sido *frecuente y prácticamente uniforme* en el sentido de la disposición invocada y se haya manifestado de manera tal que se pueda establecer un *reconocimiento general* del hecho de que una regla de derecho o una obligación jurídica está en juego.⁹⁷

Así pues, habría que reconocer que desde un punto estrictamente jurídico, nuestro acto unilateral de reivindicación de una zona económica en 1975 (fecha de la introducción de las iniciativas al Congreso) difícilmente podría encontrar en aquella resolución un sustento real en derecho positivo, que permitiera, por lo tanto, una decisión favorable ante una posible jurisdicción internacional, ya que en todo caso, lo más que habría podido reconocerse en aquel tiempo era que se encontraba en el campo de la *lex in fieri*.

Pero lo que sí resulta indiscutible es que desde un punto de vista político nuestra reivindicación fue por demás oportuna, ya que incluso Estados Unidos extendió su propia jurisdicción en materia de pesca hasta una distancia de 200 millas, a través de la Fishery Conservation and Management Act de 1976.⁹⁸

⁹⁷ *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord* (République Fédérale d'Allemagne/Pay-Bas), *Recueil*, 1969, p. 43, párr. 74. El subrayado y la traducción son nuestras.

⁹⁸ *International Legal Materials*, vol. 15, 1976, p. 634. Para un autorizado comentario sobre la Ley de Conservación y Administración Pesquera de 1976, véase Alicia Cabrera, "La zona económica exclusiva en el nuevo derecho del mar y sus repercusiones en las legislaciones mexicana y estadounidense", *op. cit.*, en particular pp. 352 y 356. Hay que recordar que Estados Unidos decretó, el 10 de marzo de 1983, una zona económica exclusiva de 200 millas.