

<b>I. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1982</b>	<b>3</b>
Génesis del nuevo derecho	4
Unilateralismo como técnica jurídica	5
La tercera conferencia	6
Procedimiento de la conferencia	7
Los tratados y la costumbre internacional	10
Transformación de una norma convencional en regla consuetudinaria	11
Lo “novedoso” de la Convención de 1982	13
La participación representativa	14

# I. *La Convención de las Naciones Unidas, 1982*

---

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

Esta situación no representó 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 esa ocasión 117 estados, entre los que se encontraban la ex Unión Soviética y los Estados de Europa Oriental independientemente de Namibia (Consejo de las Naciones Unidas para Namibia) y las Islas Cook, firmaron la mencionada Convención.

El acta final fue firmada en la misma fecha por 140 estados, entre los cuales se encontraban Estados Unidos, la ex República Federal de Alemania, Italia y el Reino Unido, entre otros.<sup>3</sup>

La Convención estaría 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.<sup>4</sup>

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

También, nuestro país fue uno de los primeros en ratificar esta Convención el 18 de marzo de 1983, depositando su instrumento de ratificación en manos

<sup>1</sup> A/Conf. 62/122.

<sup>2</sup> A/Conf. 62/182.

<sup>3</sup> Países como Turquía y Argentina no firmaron ni siquiera el acta final. Véase *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. 297, 1982, *Treatis I*.

<sup>4</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 8 de febrero de 1983.

del Secretario General de las Naciones Unidas, siendo promulgada para los efectos conducentes en nuestro territorio el 18 de mayo de 1983.<sup>5</sup>

La Convención de Montego Bay finalmente entraría en vigor el 16 de noviembre de 1994, esto es, doce meses después de que se había depositado el 60o. Instrumento de Ratificación, por parte de Guyana.

## GÉNESIS DEL NUEVO DERECHO

---

La necesidad de proporcionar una reglamentación jurídica a los fondos marinos, hasta entonces en condición de *vacuum iuris*, constituyó el puntal para poner 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 para que entraran en vigor 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 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*, por 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 nunca imaginados anteriormente, así como la perspectiva de nueva utilización de los mares, por ejemplo, la explotación con fines energéticos del diferencial de temperatura entre la superficie y los extractos marinos profundos.<sup>6</sup>

De estas transformaciones, nacen exigencias incompatibles con un régimen de los mares como el que había sido codificado en Ginebra, en el cual, más

<sup>5</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 1o. de junio de 1983.

<sup>6</sup> Tullio Treves, *La Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del mare*, del 10 de diciembre de 1982. Giuffrè Milán, 1983, p. 3.

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.<sup>7</sup>

## UNILATERALISMO COMO TÉCNICA JURÍDICA

Por otra parte, todo parece indicar que un lugar privilegiado debe ser reservado 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 (una de ellas relativa a los recursos vivos del mar; la otra a los recursos minerales del subsuelo y del lecho del mar)<sup>8</sup> 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 serían reivindicadas ciertas zonas de pesca.

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

Dicho conflicto sería dirimido el 18 de diciembre de 1951 por la Corte Internacional de Justicia, que admitiría la validez de la delimitación noruega.<sup>9</sup>

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

De igual forma, la extensión unilateral de 50 millas marinas debido a un reglamento de 1972 de sus derechos de pesca exclusivos, Islandia provocaría con Gran Bretaña y la República Federal de Alemania, una controversia sometida a la Corte Internacional de Justicia, dictándose el fallo el 25 de julio de 1974.<sup>10</sup>

En fin, otro ejemplo reciente y característico de la extensión del campo de aplicación del “unilateralismo” lo representa la institución de la zona económica exclusiva.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> “Presidential Proclamation”, no. 2667, Federal Register, vol. 10, 1945, p. 12303, en F. Durante, *La Piattaforma Litorale*, Giuffrè, Milán, 1955.

<sup>9</sup> C.I.J., “Affaire des Pêcheries”, en *Recueil des Arrêts. Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1951, pp. 116-143.

<sup>10</sup> C.I.J., “Compétence en Matière de Pêcheries, Royaume-Uni c. Islande fond”, en *Recueil des Arrêts Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1974, pp. 3-35.

<sup>11</sup> Véase Jorge Castañeda, “The Concept of Patrimonial Sea in International Law”, en *Indian Journal*, 1972, 12, pp. 535-542.

Es evidente que sólo 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 actos que pueden llegar a ser generadores de una regla internacional al término de un proceso consuetudinario.

Estos actos 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.<sup>12</sup>

En los casos en que ese factor de autenticación objetivo llega a estar ausente, o parece precario, o frágil, deben intervenir otros modos de prueba.

Este fenómeno de “aceleramiento de las costumbres”, el cual 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 quienes reclaman un derecho específico que responda a sus necesidades de desarrollo.

Para los países en vías de desarrollo, su sola condición económica 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 bergsonian; tienen conciencia de asumir una miseria que confiere a su tiempo psicológico mayor valor y peso, que un tiempo histórico que la mayoría de ellos, incluso, no viven más que desde una independencia todavía reciente.<sup>13</sup>

## LA TERCERA CONFERENCIA

---

Una vez que 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

<sup>12</sup> Gilbert Apollis, *L'Enprise Maritime de l'État Côtier*, prefacio, J.P. Quéneudec, 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 archipelágicas, y siete años para la zona antipolución. *Idem.*, pp. 99-100.

<sup>13</sup> René-Jean Dupuy, “Coutume Sage et Coutume Sauvage”, en *Mélanges Offerts à Charles Rousseau*, Pédone, París, 1974, p. 85.

Utilización de los Fondos Marinos, el 17 de agosto de 1967,<sup>14</sup> la Asamblea General de las Naciones Unidas crearía, en virtud de la Resolución 2340 (XXII) del 18 de diciembre 1967, un Comité especial de 35 miembros encargados de estudiar el uso 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 las Naciones Unidas decidió el 17 de diciembre de 1970 ampliar la composición del Comité de 43 a 86 miembros, y encomendarle la tarea de preparar los proyectos de artículos del tratado relativo al régimen internacional, incluido el mecanismo internacional aplicable a la zona y una lista completa de los tópicos y cuestiones relativas al derecho del mar.<sup>15</sup>

En cumplimiento de la Resolución 2750-C (XXV) del 17 de diciembre de 1970 (108 votos en favor, 6 en contra y 7 abstenciones), la Asamblea decidió 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 el proyecto de artículos sobre una próxima Conferencia sobre Derecho del Mar, con lo que convertía al Comité en órgano preparatorio de la Tercera Conferencia,<sup>16</sup> cuya primera sesión organizativa se llevaría a cabo del 3 al 15 de diciembre de 1973 en Nueva York, y que no se concluiría hasta 1982, habiéndose celebrado un total de once reuniones.<sup>17</sup>

## 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 Tercera Conferencia en lugar del Comité de los Fondos Marinos (órgano político), ésta habría podido, en ese supuesto, economizar esos largos años de esfuerzo.

<sup>14</sup> *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.

<sup>15</sup> México, que no estaba incluido en los primeros 35 miembros, formaría parte integrante cuando la Asamblea General decidiera convertir en "permanente" al comité. Véase Jorge Castañeda, "La labor del Comité Preparatorio de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", en *México y el derecho del mar*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1974, p. 138.

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

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

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

Aparte del hecho de que la agenda de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional parecía 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, estarían 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.<sup>18</sup>

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 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 tratar esencialmente del régimen internacional y del mecanismo a crearse para la explotación de los recursos de los fondos marinos.

La *Segunda Comisión* (A. Aguilar), redactaría las normas referentes a todos los aspectos del derecho general del mar, incluyendo nuevos conceptos a establecer, 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.<sup>19</sup>

Respecto de 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 inaceptables para ellos.

Por otro lado, la mayoría de los países en vías de desarrollo suponían con temor 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.

<sup>18</sup> Véase Stevenson y Oxman, "The Preparation for the Law of the Sea Conference", en *American Journal of International Law*, 1974, p. 1.

<sup>19</sup> Aparte de las tres comisiones plenarias, la Conferencia estableció un Comité de redacción de 23 miembros y una comisión de verificación de poderes de nueve miembros.

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

Un hallazgo procedimental calificado, no sin razón, de capital importancia para el papel desarrollado por la Conferencia, es el 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), proceder a intercambios de puntos de vista sobre la sola base formal a su disposición, o sea, 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 última fase de los debates de la Conferencia cuando los "textos" se transformaron en 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 un acuerdo general, o bien al menos las fórmulas que al parecer 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 ahí 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.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Jean-Pierre Lévy, "La Conférence Sur le Droit de la Mer: un Atelier International Expérimental", en *Revue Générale de Droit International Public*, t. 84, 1980/1, pp. 22-26. El concepto de "consenso", 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 consultas 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. Véase Daniel Vignes, "Will the Third Conference Rule", en *American Journal of International Law*, vol. 69, núm. 1, 1975, pp. 119-129.

<sup>21</sup> 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. Bardonnct, Pédone, París, 1983, p. 10.



## LOS TRATADOS Y LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

---

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

El problema es, entre otros, precisar el contenido del derecho consuetudinario vigente, al lado del derecho tradicional de 1958 y del nuevo derecho del mar.<sup>22</sup>

John King Gamble ha sostenido 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 incluyen simultáneamente, o bien, ocasiones en que dentro de una larga cadena causal, el tratado y la costumbre van asumiendo de manera alternada 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.<sup>23</sup>

Gamble ha reconocido la inexistencia de pruebas empíricas rigurosas para medir la importancia relativa de la costumbre o del tratado, pero admite que es posible comprobar cómo ha disminuido el papel de los tratados en cuanto “fuentes”, sobre todo en la última década, lo cual permite inferir razonablemente que un resurgimiento de la costumbre pueda esperarse en el futuro.<sup>24</sup>

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 —en vigor desde el 27 de enero de 1980 (México ratificó este instrumento el 25 de septiembre de 1974)— codifica el principio clásico (art. 34) referente a que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado (*pacta tertiis nec nocent necprosunt*); 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 (art. 38).

En los comentarios al proyecto de artículos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional (18o. periodo de sesiones), se reconoció que un tratado

<sup>22</sup> Tullio Treves, *La Convenzione delle Nazioni Unite...*, op. cit., p. 15.

<sup>23</sup> John King Gamble, “The Treaty Custom Dichotomy: An Overview”, en *Texas International Law Journal*, 1981, vol. 16, núm. 3, pp. 305-321.

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

celebrado entre ciertos estados puede establecer un régimen territorial o marítimo, que posteriormente llegue a ser obligatorio mediante costumbre para terceros estados, 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 convencional alguna 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.<sup>25</sup>

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 evidentemente adquiere 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 parte en el tratado.<sup>26</sup>

## **TRANSFORMACIÓN DE UNA NORMA CONVENCIONAL EN REGLA CONSUEUDINARIA**

---

Es muy delicado, como dice Paul Reuter, establecer bajo qué condiciones un tratado puede llegar a generar una regla consuetudinaria, ya que implica el cuestionamiento mismo de la naturaleza y caracteres del proceso consuetudinario, que son, de suyo, bastante controvertidos.<sup>27</sup>

Cuando se refiere a tratados multilaterales universales, como los textos relativos al régimen del espacio ultraterrestre, en ocasiones se ha sostenido, 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 asentamiento sin reservas; pero la formación de una costumbre cuasi-instantánea no es aceptable más

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Pery Clive, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press, Londres, 1965, pp. 28-83.

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

que para aquellos que sitúan el fundamento de la costumbre en un acuerdo tácito; incluso el mismo acuerdo unánime ya no se registra desde el momento en que se fue más allá de los principios generales y se examinaron las cuestiones técnicas.<sup>28</sup>

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 aceptar con ese título por la opinión 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 los cuales nuevas reglas de derecho internacional consuetudinario llegan a formarse.<sup>29</sup>

De acuerdo con este fallo de la Corte, para que una norma inserta en un tratado llegue a adquirir el estatus de norma consuetudinaria se requerirá, antes que nada, que la disposición en cuestión posea “un carácter fundamental 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 frecuentemente 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.<sup>30</sup>

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

<sup>29</sup> “Plateau Continental de la Mer du Nord”, en *Arrêt C.I.J. Recueil des Arrêts*, 1969, p. 41, párr. 71. Traducción nuestra.

<sup>30</sup> C.I.J., 1969, *op. cit.*, pp. 41-43, párr. 72, 73 y 74. Krystyna Marek, “Le Problème des Sources du Droit International Dans l’Arrêt Sur le Plateau Continental de la Mer du Nord”, en *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: probablemente lo que la Corte quiso decir fue que una regla convencional general puede servir de base a un desarrollo consuetudinario, *ibid.*, p. 58.

Hay que aceptar, como lo reconoce Michael Akehurst, que es un tanto inútil hacer distinciones *a priori* entre reglas convencionales 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 dicha transformación ocurra, varía en proporción inversa al alcance con que las reglas del tratado difieran de las reglas previamente aceptadas por el derecho consuetudinario.

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

No obstante, es posible que la “aplicación” subsiguiente —esencial para que esas reglas se conviertan en consuetudinarias —puede que no llegue a ocurrir, dada la probabilidad de que la incertidumbre del derecho consuetudinario sea 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, 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.

Por ejemplo, controversias entre estados con economía capitalista y estados con economía mixta, con 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): no obstante ello, no se han desarrollado nuevas reglas de derecho consuetudinario, 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.<sup>32</sup>

## 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 (la zona económica exclusiva y las aguas archipelágicas); incluye nuevas definiciones de conceptos ya existentes (la plataforma continental, mar territorial y el paso del tránsito por los estrechos); así como el nuevo concepto del área internacional de fondos marinos en tanto 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

<sup>31</sup> Michael Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, en *British Year Book of International Law*, XXV, Oxford, 1974-1975, pp. 49-51.2

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 51-52.

el Tribunal Internacional sobre Derecho del Mar, o mecanismos obligatorios de solución de controversias.<sup>33</sup>

Sin embargo, como se ha hecho notar en un lúcido artículo, lo “novedoso” puede referirse no solamente a las nuevas reglas incorporadas en la Convención sobre el Derecho del Mar, sino también al 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.<sup>34</sup>

## LA PARTICIPACIÓN REPRESENTATIVA

Conforme a derecho positivo, bajo determinadas circunstancias, el número de estados que llegan a formar parte en cierta práctica, es mucho más importante que el número de actos separados por el que llegue a confundirse una cierta práctica, o el tiempo en el cual ésta haya sido desarrollada.

Un único acto llevado a cabo por más de una cincuenta de estados proporciona 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.<sup>35</sup>

El embajador Tommy Koh, presidente de la Tercera Conferencia sobre Derecho de Mar, en más de una ocasión señaló que los intereses de ciertos países como los relativos a seguridad militar y recursos, no estarían necesariamente protegidos por el derecho internacional consuetudinario, si dichos países no llegaban a formar parte de la Convención de Montego Bay.<sup>36</sup>

Sin embargo, hay que reconocer —nos guste o no— que incluso si la intención de los negociadores 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 que no forman parte, podrán beneficiarse claramente del régimen de la Convención si la disposición de que se trata refleja una norma consuetudinaria preexistente, o bien llega a adquirir el estatus de regla consuetudinaria.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Tullio Treves, *La Convenzione delle Nazioni Unite...*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>34</sup> Lee T. Luke, “The Law of the Sea Convention and Third States”, en *American Journal of International Law*, vol. 1983, p. 563.

<sup>35</sup> 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”, en *Arrêt. Recueil*, 1969, p. 43, párr. 73, véase respecto a este punto: Michael Akehurst, *op. cit.*, pp. 12-45.

<sup>36</sup> 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. Véase 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.

<sup>37</sup> Véase en este sentido a Lee T. Luke, *op. cit.*, pp. 566-567.