

LA CONVENCIÓN DE MONTEGO BAY, GÉNESIS DE LA MISMA Y EL UNILATERALISMO COMO TÉCNICA JURÍDICA

SUMARIO: I. *La Convención de las Naciones Unidas 1982.* II. *Génesis del nuevo derecho.* III. *Unilateralismo como técnica jurídica.* IV. *La Tercera Conferencia.* V. *Procedimiento de la Conferencia.* VI. *Los tratados y la costumbre internacional.* VII. *Transformación de una norma convencional en regla consuetudinaria.* VIII. *Lo “novedoso” de la Convención de 1982.* IX. *Celebración de un tratado alternativo.* X. *Controversias entre la Convención y un tratado alternativo.* XI. *La participación representativa.*

I. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS 1982

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹, que consta de un total de 439 artículos, fue adoptada el 30 de abril de 1982 por una votación de 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 en 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.

1 Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia núm. (A/Conf.) 62/122.

2 A/Conf. 62/182.

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, el Reino Unido entre otros.³

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.

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 1982.⁴

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

II. 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, había apenas sido completado y ya muchos de los principios ahí recogidos, que para estas fechas podría 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.

3 Países como Turquía y Argentina no firmaron 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. Conf. 297, 1982. Treaties I.

4 *Diario Oficial de la Federación*, del 8 de febrero de 1983.

5 *DOF* del 1o. de junio de 1983.

De acuerdo al internacionalista Tullio Treves, tales transformaciones podrían esquematizarse de la siguiente forma:

1. 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.

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

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

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

III. 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 la 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.

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

7 *Loc. cit.*

8 Presidential proclamation, No. 2667, Federal Register, vol. 10 (1945), p. 12303, en Durante, F., *La Piattaforma Litorale*, Milano, Giuffrè, 1955.

El empleo del procedimiento unilateral no permanece limitado a la plataforma continental, ya que será igualmente a través de manifestaciones unilaterales de voluntad que 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 provocará 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 1974.¹⁰

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 de tiempo relativamente breve, y es que en realidad, como dice Gilbert Apollis, el elemento de duración no es esencial más que como medio

9 CIJ, “Affaire des Pêcheries”, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances (RAAO-CIJ)*, 1951, pp. 116-143.

10 CIJ, “Compétence en matière de pêcheries, Royaume-Uni c. Islande fond”, *RAAOIJ*, 1974, pp. 3-35.

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

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 “autenticación objetiva” 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 en 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 y social les parece razón suficiente para justificar su desprecio por el argumento de orden temporal.

Se puede decir, indica 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 un mayor valor y peso que un tiempo histórico el cual la mayoría de ellos incluso, no lo viven más que desde una independencia todavía de origen reciente.¹³

IV. 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 marinos,¹⁴ la Asamblea General de Naciones Unidas creará, en virtud de la

12 Apollis, Gilbert, *l'Emprise Maritime de l'État Côtier*, París, Pédone, 1981, pp. 83-126, prefacio de J. P. Quéneudec. 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 7 años para la zona anti-polución, *idem*, pp. 99 y 100.

13 Dupuy, René-Jean, “Coutume sage et coutume sauvage”, *Mélanges offerts a Charles Rousseau*, París, Pédone, 1974, p. 85.

14 *Note verbale*. Doc. A/6695. Es el 1o. de noviembre de 1967 que 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.

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, incluido 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, luego de ampliarlo a 91 miembros en 1971, el cuidado de preparar, definir y elaborar los sujetos de debate y proyecto de artículos sobre una próxima Conferencia sobre Derecho del Mar, con lo que convertía al Comité en órgano preparatorio de la III Conferencia,¹⁶ 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 sino hasta el año de 1982, habiéndose celebrado un total de once sesiones.¹⁷

V. 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), la Conferencia habría podido, en ese supuesto, economizar esos largos años de esfuerzo.

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 Castañeda, Jorge, “La labor del Comité Preparatorio de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar” en el volumen *México y el derecho del mar*, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1974, p. 138.

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 Marffy, Annick, *La Genèse du Nouveau Droit de la Mer*, prefacio de R.-J. Dupuy, París, Pédone, 1980.

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 voluminosa, la mayoría de los países tenía el sentimiento que las consideraciones políticas que deseaban ver aparecer en la reforma del derecho del mar, estarían mejor traducidas en el seno de una reunión compuesta por representantes 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, incluidos ciertos nuevos conceptos a establecer, tales como el de la zona económica, o el de los derechos a otorgar a los Estados geográficamente desaventajados.

La Tercera Comisión (A. Yankov) trataría 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.

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

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

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 procedimental calificado, no sin razón, de una importancia capital para el papel desarrollado por la Conferencia, es aquel 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 intercambiar puntos de vista sobre la sola base formal a su disposición, de 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 fue sino hasta la fase última de los debates de la Conferencia que 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, la reunión de aquellas fórmulas que parecía tendrían las mejores oportunidades para 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

20 Lévy, Jean-Pierre, “La Conférence sur le droit de la mer: un atelier international expérimental”, *Révue Générale de Droit International Public*, t. 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 las decisiones sólo en ausencia de firme objeción y sin recurso al voto; o bien como un acuerdo general sin voto, sin significar necesariamente la unanimidad. La toma de decisiones según este procedimiento es objeto 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 que no satisface a ninguno. Ver Vignes, Daniel, “Will the Third Conference on the Law of the Sea Work According to the Consensus Rule”, *AJIL*, vol. 69, núm. 1, 1975, pp. 119-129.

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, en una marcha segura, o por lo menos más segura ciertamente de lo que en realidad merecía la serie de dudas y contradicciones de la Conferencia.²¹

VI. LOS TRATADOS Y LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Dado que la Convención de las Naciones Unidas de 1982 no entraría 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 sería todavía jurídicamente vinculante para todos los Estados, actualmente y por un periodo que seguramente no será del todo breve, el derecho del mar deberá en gran medida sustentarse en el derecho internacional consuetudinario.

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 ya sea 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 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 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.

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

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

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 (México ratificó este instrumento el 25-IX-74), 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 prosunt*); 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

23 King Gamble, John, “The Treaty Custom Dichotomy: An Overview”, *Texas International Law Journal*, vol. 16, núm. 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 la elaboración de tratados ha sido alcanzada, y que para la década de los ochentas se observará un descenso, igualmente, en la elaboración de tratados por parte de los países en desarrollo, *idem*, pp. 314-317.

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

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

VII. TRANSFORMACIÓN DE UNA NORMA CONVENCIONAL EN REGLA CONSUETUDINARIA

Es sin embargo 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.²⁷

Cuando se trata de 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 ahí enunciadas.

Dichos tratados obtuvieron desde un principio un asentimiento sin reservas; pero la formación de una costumbre cuasi instantánea no es aceptable más que para aquéllos 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 el 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 consuetudi-

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

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

na, que poseyera un contenido idéntico al del artículo 60. 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, que 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 los cuales nuevas 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 pueda 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

29 *Plateau continental de la Mer du Nord. Arrêt*. CII, RAAOCII, 1969, p. 41, párr. 71. traducción mía.

30 *Idem*, pp. 41-43, párr. 72, 73 y 74. Ver Marek, Krystyna, “Le problème des sources du droit international dans l’arrêt sur le plateau continental, la mer du Nord”, *Revue Belge de Droit International*, Bruxelles, Editions de l’Institut de Sociologie, 1/1970, pp. 44-78. A propósito de la expresión “*fondamentalement normatif*” —ciertamente desafortunada por su impresión—, 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, *idem*, p. 58.

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 que 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 son bastante probables de ser aceptables 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

No obstante ello, 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 adecuar su práctica no-contractual a la visión de los tratados, que representa un compromiso entre los dos grupos de Estados.

Así, por ejemplo, las controversias entre Estados con economía capitalista y Estados con economía planificada, 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); no obstante, las 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 apejándose al punto de vista del derecho consuetudinario previamente adoptado por cada una de las partes.³²

VIII. 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, tales como la zona económica

31 Akehurst, Michael, “Custom as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, XXV, Oxford, 1974-1975, pp. 49-51.

32 Akehurst, Michael, *op. cit.*, pp. 51 y 52.

exclusiva y las aguas archipelágicas; incluye nuevas definiciones sobre conceptos ya existentes, tales como la plataforma continental, el mar territorial y el tránsito por los estrechos; así como el totalmente nuevo concepto del área internacional de los 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 lo ha hecho notar un autor en reciente 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, que ha sido formado por la reciente práctica estatal, la cual influyó y fue a su vez influida por la Conferencia sobre el Derecho del Mar, como un factor fundamental de aceleración en el desarrollo de la práctica de los Estados.³⁴

IX. 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 la firmaron, la celebración de un “mini-tratado” 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 “mini-tratado”, 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 con excepción de las cuestiones relativas a la explotación de los fondos marinos.

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

34 Lee, Luck T., “The Law of the Sea Convention and Third States”, *AJIL*, vol. 77, 1983, p. 563.

35 De hecho, el 2 de septiembre de 1982 fue celebrado en Washington un “Acuerdo concierne a los arreglos provisionales relativos a los nodulos polimetálicos 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*, t. 87, 1983, 2, pp. 493-497.

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 parte 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

X. 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 integrantes de la comunidad internacional, y otra regla se aplica entre la restante parte 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

36 D'Amato, Anthony, "An Alternative to the Law of the Sea Convention", Abeba en 1973; ver Peyroux, Evelyne, *op. cit.*, pp. 623-648.

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

del segundo grupo han siempre disendido de la costumbre practicada por los Estados del primer grupo, 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 históricos pasados cuando una regla aceptada por ambos grupos de Estado existía, y continuar aplicando dicha regla. Esta solución que, su autor reconoce, pudiera aparecer como artificial —desde el momento en que por tratarse de la aplicabilidad de una regla antigua sus resultados probablemente sean inciertos— es, sin embargo, posiblemente menos generadora de artificialidad e incertidumbre que ninguna otra solución que pudiera sugerirse sobre algo que es, sin duda, uno de los más difíciles problemas en derecho internacional.³⁸

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 fundamente 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 hubiera realizado bajo cualquiera de los dos tratados; es decir, el primer tratado implementado mediante práctica efectiva.

Si por ejemplo, dice D'Amato, una compañía estadounidense está llevando a cabo explotaciones en los fondos marinos de conformidad con el tratado alternativo, y no hubiera otras actividades de explotación por alguno 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

XI. LA PARTICIPACIÓN REPRESENTATIVA

Si lo anterior puede ser cierto, conforme a derecho positivo y 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

³⁸ *Idem*, p. 31.

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

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, tales 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.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-partes podrían 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

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

41 Dichos países correrían entonces el riesgo de ver, por ejemplo, restringido su derecho de tránsito por los estrechos, que es vital para sus intereses estratégicos globales, o puesto en entredicho, por los Estados partes quienes consideran que tales cuestiones deben ser únicamente gobernadas por la Convención. Ver las declaraciones del presidente, del 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 Ver en este sentido a Lee, Luke T., *op. cit.*, pp. 566 y 567. La Convención de Montego Bay, entró en vigor el 16 de noviembre de 1994, esto es, doce meses después de que se depositó el 60º instrumento de ratificación.