

## CAPÍTULO SEGUNDO

CASOS DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL EN EL MAR DEL NORTE ENTRE REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA Y DINAMARCA Y REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA Y PAÍSES BAJOS . . . . .	29
I. Costas de configuración cóncava y convexa . . . . .	31
II. Apreciación crítica . . . . .	49

## CAPÍTULO SEGUNDO

### CASOS DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL EN MAR DEL NORTE ENTRE REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA Y DINAMARCA Y REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA Y PAÍSES BAJOS <sup>17</sup>

<sup>17</sup> "Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne/Danemark; République Federale d'Allemagne/Pays Bas)", *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, Arrêt du 20 février 1969.

## I. COSTAS DE CONFIGURACIÓN CÓNCAVA Y CONVEXA

Por los dos Compromisos (*Special Agreements*) respectivamente celebrados entre el Reino de Dinamarca y la República Federal de Alemania y entre este último y el Reino de los Países Bajos, a la Corte Internacional de Justicia le fueron planteadas ciertas divergencias concernientes a la delimitación entre las Partes de zonas de la plataforma continental en Mar del Norte pertenecientes a cada una de ellas, con excepción de las zonas situadas a proximidad inmediata de la costa las cuales habían sido ya previamente delimitadas.

Es a propósito de la delimitación de zonas de la plataforma prolongando mar adentro las zonas ya delimitadas que a la Corte le ha sido solicitada, en relación a cada uno de ambos Compromisos, la decisión sobre "cuáles son los principios y reglas de derecho internacional aplicables".

A la Corte no se le pide el establecer efectivamente los límites prolongados de que se trata; de acuerdo a los términos del Compromiso, esta tarea se encuentra reservada a las Partes que se comprometen a proceder a la delimitación sobre la base y en conformidad con los principios y reglas de derechos internacional establecidos por la Corte como aplicables al caso en cuestión.

El efecto combinado de las dos líneas *B-E* y *D-E* como aparecen en la ilustración del croquis número 3, se explica como sigue: en el caso de una costa cóncava o entrante como lo es la de la República Federal sobre el Mar del Norte, la aplicación del método de la equidistancia tiende a encorvar las líneas de delimitación hacia la concavidad.

Por consiguiente, cuando dos líneas de equidistancia se trazan a partir de una costa muy cóncava, éstas se reencuentran a una distancia relativamente pequeña de la costa; la zona de plataforma continental, el área de plataforma que ellas encierran, toma pues la forma de una clase de triángulo, cuyo vértice se dirige mar adentro, lo que "amputa" al Estado costero zonas de plataforma situadas fuera de dicho triángulo.

Es evidente que el mismo efecto de concavidad puede producirse si un Estado poseyendo una costa recta se encuentra enmarcado por dos

Estados cuyas costas, las más próximas, forman saliente en relación a la suya propia.

En sentido opuesto, si la costa de un Estado presenta salientes, o posee una configuración convexa, lo que en cierta medida es el caso para las costas de Dinamarca y de los Países Bajos, las líneas de delimitación trazadas según el método de la equidistancia, se separan una de la otra, de suerte tal que la zona de plataforma frente a dicha costa tiende a irse expandiendo.

Estos dos efectos distintos, representados sobre los croquis 1 a 3, son directamente imputables a la aplicación del método de la equidistancia, cuando la plataforma continental que pretende delimitarse se extiende frente a una costa en forma saliente o en forma entrante.

### 1. Significación de "delimitación"

La Corte consideró que teniendo en cuenta el texto de los Compromisos y de las consideraciones más generales tocantes al régimen de la plataforma continental, ésta opinaba que su tarea en el caso concreto se refería esencialmente a la delimitación, y esto quería decir que no se refería en absoluto a la repartición de los espacios en cuestión o a su posible división en sectores convergentes.

La delimitación es una operación que consiste en determinar los límites de una zona dependiente ya del Estado costero, y no en una operación que pretendiera definir dicha zona *de novo*.

Delimitar de una manera equitativa es una cosa, pero otra muy diferente es la de atribuir una parte justa y equitativa de una zona todavía no delimitada, aun y cuando el resultado de las dos operaciones fuera en ciertos casos comparable, o incluso idéntico. (Párrafo 18.)

Lo que es más importante todavía, es que la doctrina de la parte justa y equitativa parece apartarse totalmente de la regla que constituye, sin lugar a dudas para la Corte, la más fundamental de todas las reglas de derecho relativas a la plataforma continental: los derechos del Estado ribereño concernientes a la zona de la plataforma continental que constituye una prolongación natural de su territorio bajo el mar existen *ipso facto et ab initio*, en virtud de la soberanía del Estado sobre dicho territorio, y por una extensión de tal soberanía bajo la forma del ejercicio de derechos soberanos a los fines de la explotación del lecho del mar y de la explotación de sus recursos naturales.

Existe ahí un derecho inherente, por lo cual no existe necesidad alguna para ejercerlo de seguir un proceso jurídico particular, ni de llevar al cabo actos jurídicos especiales; su existencia puede ser constatada, pero no por ello supone ningún acto constitutivo; dicho derecho es independiente de su ejercicio efectivo (párrafo 19).

En cuanto al método de la equidistancia, la Corte sostuvo que probablemente era exacto que ningún método de delimitación no combinaba en el mismo grado las ventajas de la comodidad práctica y de la certeza de su aplicación.

No obstante ello, esto no era suficiente para transformar un método en regla de derecho y hacer obligatoria la aceptación de sus resultados cada vez que las Partes no se hubieren puesto de acuerdo sobre otras disposiciones o que la existencia de "circunstancias especiales" no pueda ser establecida.

Jurídicamente, si una regla de tal naturaleza existe, su valor en derecho debe inferirse de otros factores y no simplemente en base a sus ventajas prácticas, por muy importantes que éstas pudiesen ser. Su contraparte no es menos válida, esto es, que la aplicación del método de la equidistancia sea obligatoria o no, sus ventajas prácticas permanecerán las mismas.

El empleo de dicho método puede en algunos casos producir ciertos resultados que aparezcan como extraordinarios, anormales, o incluso irracionales. Afirmar que de cualquier forma los resultados no pueden jamás ser inequitativos porque la equidistancia es por definición un principio de delimitación equitativo, esto no es sino estar claramente postulando una petición de principio.

Dinamarca y Países Bajos admitían que la República Federal Alemana no estaba vinculada contractualmente a la Convención de Ginebra de 1958 (artículo 6º y método de equidistancia) por no haber nunca ratificado dicha Convención; sin embargo, alegaban que el régimen de la Convención y de su artículo 6º en particular, había llegado a ser obligatorio para la República Federal de una manera distinta.

## 2. Situación de "estoppel"

En razón principalmente de su comportamiento, de sus declaraciones públicas y proclamas, la República Federal se había ostentado como asumiendo las obligaciones de la Convención; como aceptando el régimen convencional; o como habiendo reconocido la aplicabilidad de ese régimen, de una manera tal que había conducido a otros Estados, en

Mapa 1



- ..... Isóbata de los 200 metros.
- — — — Límites definidos por la Convención de 1882.
- Líneas medias.

particular a Dinamara y Países Bajos, o guiarse por una actitud en dicho sentido.

A este respecto, dijo la Corte que era claro que ella no podría aceptar este tipo de tesis más que en el caso en que el comportamiento de la República Federal hubiera sido absolutamente definido y constante; e incluso en esta hipótesis, es decir, si dicho Estado hubiere tenido verdaderamente la intención de manifestar que aceptaba el régimen convencional o que reconocía la aplicabilidad, uno debería preguntarse por qué la República Federal no tomó la medida que lógicamente se imponía, a saber: expresar su voluntad ratificando pura y simplemente la Convención.

Además, dijo la Corte, suponiendo que se tratara de derechos y no de obligaciones, esto es, si un Estado tratara de reivindicar derechos en virtud de una Convención en relación a la cual no hubiese otorgado ni su ratificación ni su adhesión, y alegara en este sentido que él había proclamado su voluntad de estar vinculado por la Convención, o que hubiere manifestado por su comportamiento su aceptación del régimen convencional, sencillamente se le respondería que no habiendo llegado a ser Parte de la Convención, no podría reivindicar ningún derecho bajo ese título, en tanto que no hubiere expresado su voluntad o su aceptación a través de las formas prescritas.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones de principio, la Corte opinó que únicamente la existencia de una situación de *estoppel* (objección perentoria) podría en todo caso fundamentar una tesis como la que se alegaba: sería necesario para ello que la República Federal no estuviera ya en posibilidad de impugnar la aplicabilidad del régimen convencional, en razón de un comportamiento, declaraciones, actitudes, etcétera, que hubieren no solamente atestiguado de una manera clara y constante su aceptación de dicho régimen, sino que además dicha actitud hubiera llevado a Dinamarca y Países Bajos, fundándose en tal comportamiento, a modificar su posición en detrimento suyo, o incluso habiendo podido sufrir un perjuicio cualquiera.

Pero, para la Corte no existían indicios suficientes que indicaran de un modo u otro que nos encontráramos frente a una situación de *estoppel*. Ninguno de los hechos invocados era decisivo; a final de cuentas, todos eran negativos o no concluyentes, prestándose todos ellos a interpretaciones o explicaciones de muy diversa índole.

Una cosa podría ser deducir de las declaraciones de la República Federal el que este país hubiere admitido la concepción fundamental de los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental;

Mapa 2



- Reino Unido/Noruega-Dinamarca-Países Bajos y  
Noruega/Dinamarca.
- — — — — Reino Unido/República Federal.
- ..... Noruega/República Federal.
- ..... Noruega/Paises Bajos.



pero otra cosa muy distinta sería el querer ver en dicha admisión una verdadera aceptación de las reglas de delimitación previstas por la Convención.

Consideradas globalmente, indicó la Corte, las declaraciones de la República Federal permitirían, en todo caso, pensar que en un principio, antes de ser plenamente consciente de los efectos probables del principio de la equidistancia en el caso del Mar del Norte, la República Federal no se había opuesto expresamente al principio enunciado en el artículo 6º de la Convención de Ginebra. Ahora bien, una constatación con este carácter tan negativo, no permitiría ciertamente poder extraer la conclusión positiva que, sin ser Parte en la Convención, la República Federal habría aceptado el régimen del artículo 6º de manera a quedar jurídicamente vinculado (párrafos 27-33).

Otra de las tesis principales manifestadas por Dinamarca y Países Bajos consistía en argumentar que, sea cual fuere la situación de la República Federal en relación a la Convención de Ginebra en cuanto tal, ésta de todas formas estaba obligada a aceptar el método de la "equidistancia-circunstancias especiales" en materia de delimitación, ya que si el empleo de dicho método no se imponía a título contractual, debía sin embargo ser ya considerado como perteneciendo a una regla de derecho internacional general, que al igual que las otras reglas de derecho internacional general o consuetudinario, vinculaba a la República Federal en forma automática e independientemente de todo consentimiento especial directo o indirecto de su parte.

Esta tesis bajo su aspecto de *derecho positivo*, dijo la Corte, se basa en los trabajos de organismos jurídicos internacionales, sobre la práctica de los Estados y sobre el efecto atribuido a la Convención de Ginebra en sí misma; el conjunto de tales factores atestiguaría o engendraría la *opinio juris sive necessitatis* indispensable para la formación de reglas nuevas de derecho internacional consuetudinario.

Ahora bien, bajo su aspecto *fundamentalista*, la tesis en cuestión derivaría de lo que se podría llamar el derecho natural de la plataforma continental, en el sentido de que el principio de la equidistancia sería una expresión necesaria, en lo que a la delimitación se refiere, de la doctrina establecida según la cual la plataforma continental pertenecería exclusivamente al Estado ribereño vecino y tendría *a priori* un carácter, por así decirlo, ineluctable sobre el plano jurídico.

La Corte va primero a abocarse al examen de este segundo aspecto, ya que por lo demás, si fuese exacto que la equidistancia debiese ser considerada —como se pretendió en la fase oral— como un principio

inherente a la concepción fundamental del régimen jurídico de la plataforma, ésta debería entonces constituir también la regla aplicable según los criterios del derecho positivo.

Por otra parte, si la equidistancia no tuviera *a priori* un carácter necesario o inherente, esto no impediría de ninguna forma que la misma se hubiese convertido en una regla de derecho positivo por el efecto de elementos tales como la Convención de Ginebra o la práctica de los Estados.

### 3. Criterios de proximidad y adyacencia

Dinamarca y Países Bajos pretendían que el criterio de agregación o conexión (entre plataforma y Estado costero) debía ser el de la "proximidad" o, más exactamente, el de la "más grande proximidad": ellos consideraban que todas las partes de la plataforma más próximas de un determinado Estado ribereño que de todo otro punto situado sobre la costa de otro Estado —pero esas partes solamente— debían ser atribuidas al primer Estado.

En consecuencia, la delimitación debía operarse según un método atribuyendo a cada uno de los Estados interesados todas las zonas que estén más próximas de su propia costa que de ninguna otra. Así, sólo una línea trazada según el principio de la equidistancia permitiría lograrlo; únicamente una línea de tal naturaleza podría ser válida —a menos que las Partes escogieran otra por razones propias—, pues sólo ella sería compatible con la concepción fundamental de la plataforma continental.

Este argumento tenía indudablemente mucho peso; no hay duda, dijo la Corte, que en condiciones geográficas normales la más grande parte de las zonas de plataforma pertenecientes a un Estado serán de hecho, e independientemente de toda delimitación, más próximas de la costa de ese Estado que de ninguna otra.

Lo contrario sería realmente asombroso, pero *post hoc* no es *propter hoc* y todo ello no hace más que obscurecer la verdadera cuestión: ¿es necesario realmente que toda parte de la zona perteneciente a un Estado sea más próxima de su costa que de ninguna otra, y existiría acaso una clase de impedimento al hecho de que una parte de dicha zona hiciera excepción a la regla?

En opinión de la Corte, lo anterior no tendría por qué resultar necesariamente ni de la noción misma de proximidad, ni de la concepción

más fundamental de la plataforma continental considerada como prolongación natural del territorio.

Por lo que concierne a la noción de proximidad, y sólo para tomar el ejemplo de *adyacencia*, que es probablemente el más frecuentemente utilizado, es evidente que incluso con mucha imaginación —dijo la Corte—, un punto de la plataforma continental situado a una centena de millas de una costa determinada, o incluso mucho más lejos, no podría ser considerado como adyacente a dicha costa o a ninguna otra costa en el sentido normal de la palabra *adyacente*, aun cuando estuviese de hecho más próximo de un litoral que de ningún otro.

No parece entonces que pudiera existir una identidad necesaria, y en todo caso no completa identidad, entre las nociones de adyacencia y proximidad; en estas condiciones, la cuestión de saber cuáles partes de la plataforma continental "adyacente a" un litoral bordeando varios Estados es atribuible a uno o el otro, permanece abierta, y no podría ser resuelta de acuerdo a la sola proximidad.

Incluso, si la proximidad pudiera ser uno de los criterios importantes aplicables, no es nunca necesariamente el único, como tampoco siempre el más apropiado.

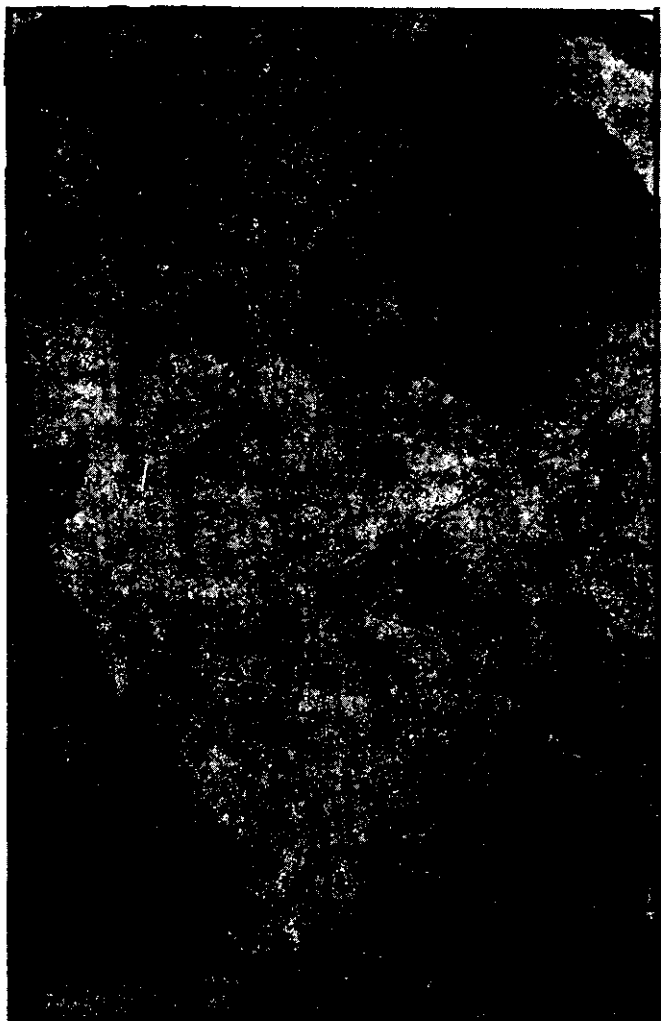
Todo parecería entonces indicar que la noción de adyacencia, empleada tan constantemente en la doctrina de la plataforma continental y esto desde el principio, no implica la proximidad más que en un sentido general, sin postular por ello una regla fundamental o inherente cuyo efecto sería en definitiva el prohibir a todo Estado ejercer, salvo por vía de Acuerdo, sus derechos relativos a la plataforma continental sobre zonas más próximas a las costas de un tercer Estado que a las suyas propias (párrafos 37-42).

#### 4. Noción de "prolongación natural"

Más importante que la noción de proximidad, parecería ser la noción de "prolongación natural" o de la extensión del territorio o de la soberanía territorial del Estado ribereño bajo la alta mar, más allá del lecho del mar territorial.

No es verdaderamente o por lo menos no únicamente, por el hecho de que ciertas áreas sean más próximas de su propio territorio, que ciertas zonas submarinas deben serle atribuibles a un Estado ribereño. Ciertamente, dichas zonas pueden ser próximas; pero ello no es suficiente para conferir un título, como tampoco lo es el que la simple pro-

Mapa 3



ximidad constituye en sí un título al dominio terrestre, lo que es un principio de derecho bien establecido.

En realidad, el título que el derecho internacional atribuye *ipso jure* al Estado ribereño sobre su plataforma continental, procede del hecho que las zonas submarinas en cuestión pueden ser consideradas como siendo verdaderamente parte del territorio sobre el cual el Estado ribereño ejerce ya su autoridad: se puede decir que, aun cuando recubiertas de agua, dichas zonas son una prolongación, una continuación, una extensión de dicho territorio bajo el mar.<sup>18</sup>

En relación al análisis que precede, la Corte concluye que es inexacto considerar la noción de equidistancia como lógicamente necesaria, en el sentido de que el Tribunal estuviera vinculado de manera inevitable y *a priori* a la concepción fundamental de la plataforma continental (párrafo 46).

Para apuntalar aún más sus conclusiones, la Corte hace un examen de la génesis y evolución del método de la equidistancia, recordando el por qué la Proclama Truman (1945) llegó a prevalecer sobre las otras doctrinas, al proclamar que el Estado ribereño poseía un derecho originario, natural y exclusivo, en suma, un derecho adquirido sobre la plataforma situada frente a sus costas, y enunciando que la línea de delimitación debía ser determinada por los Estados interesados conforme a principios equitativos.

De estas dos nociones de delimitación por vía de acuerdo y de delimitación conforme a principios equitativos procedió toda la evolución histórica subsiguiente. Es bastante interesante hacer notar que además, cuando la Comisión de Derecho Internacional se ocupó de la cuestión (1950-1956), en las discusiones llevadas a cabo en el seno de la misma, no solamente jamás se consideró que la noción de equidistancia hubiese tenido un carácter *a priori* de necesidad inherente, sino que tampoco se le reconoció nunca una importancia especial y ciertamente menos ninguna prioridad concreta.

La equidistancia, recuerda la Corte, no era en realidad más que uno de los cuatro métodos que habían sido sugeridos a la Comisión. Los

<sup>18</sup> En este Caso, tanto una Parte como las otras dos, invocaron el principio de la prolongación natural, considerándolo a éste como fundamental, pero interpretándolo de manera harto diversa. Dinamarca y Países Bajos habían asimilado el concepto de prolongación natural a la noción de la más grande proximidad, y ambos dedujeron que el primero exigía el trazado de una línea de equidistancia. La República Federal, por su parte, parecía haber pensado que ello implicaba la noción de la parte justa y equitativa, aun cuando su relación parecía ser más remota. (P. 31, párrafo 44.)

otros tres eran los siguientes: a) prolongación mar adentro de la frontera terrestre entre los dos Estados limítrofes interesados; b) trazado de una línea perpendicular a la costa en el punto de intersección en donde la frontera entre los dos territorios alcanza el mar, y c) trazado de una línea perpendicular a la "dirección general de la costa".

En estas condiciones, el parecer de la Corte es que la tesis del carácter inherente, tal y como había sido formulado por Dinamarca y Países Bajos, invierte el orden real de las cosas en el tiempo.

Lejos del hecho que una regla de equidistancia haya sido engendrada por un principio anterior de proximidad inherente a la concepción fundamental de la plataforma continental, es más bien dicho principio el que viene a ser una racionalización de la regla, una construcción a *posteriori* destinada a proveer una base jurídica lógica a un método de delimitación propuesto por razones sobre todo extrajurídicas y en particular cartográficas (párrafos 56-69).

La Corte debía ahora examinar la última fase de la argumentación presentada por Dinamarca y Países Bajos, consistente en aducir que si incluso a la fecha de la Convención de Ginebra no existía ninguna regla de derecho internacional consuetudinario consagrando el principio de la equidistancia, una regla de tal naturaleza habría surgido desde entonces, en parte por el hecho de la influencia ejercida por ella misma, y en parte por la práctica ulterior de los Estados.

##### 5. Artículo 6º de la Convención de 1958 y la norma consuetudinaria

Al atribuir al artículo 6º de la Convención ("equidistancia-circunstancias especiales") la influencia y el efecto indicados, esta tesis trata manifiestamente de 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 vería desde entonces integrado al *corpus* del derecho internacional general y habría sido ahora aceptada bajo este título por la *opinio juris*, de tal suerte que ya vincularía incluso a los países que no son, ni han sido jamás, Partes en la Convención.

No cabe duda para la Corte que un proceso como el anterior puede darse perfectamente en la práctica; incluso una regla convencional puede considerarse como habiéndose convertido en regla de derecho consuetudinario, sin la necesidad de que haya transcurrido un largo periodo de tiempo, a condición de que dentro de la participación muy

amplia y representativa dentro de la Convención, se encuentren los Estados particularmente interesados.

Aun cuando el hecho de que solamente haya transcurrido un breve lapso, no constituye necesariamente en sí un impedimento a la formación de una nueva regla de derecho internacional consuetudinario a partir de una regla puramente convencional en su origen, sigue siendo indispensable que en dicho lapso, por breve que éste haya sido, la práctica de los Estados, incluyendo la de aquellos que están particularmente interesados, haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada, y se haya manifestado de manera a establecer un reconocimiento general por el hecho que una regla de derecho o una obligación jurídica estuviese involucrada.<sup>79</sup>

La Corte debiendo ahora examinar si, desde la firma de la Convención de Ginebra, la práctica de los Estados en materia de delimitación de la plataforma se habría conformado con los anteriores requisitos, ella observaba, antes que nada, que más de la mitad de los Estados interesados, ya sea que hubiesen actuado unilateral o conjuntamente, eran o llegaron a ser poco después Partes en la Convención de Ginebra, y por ello era lógico suponer que su acción se inscribía de hecho o virtualmente dentro del marco de la aplicación de la Convención.

De ahí que para estos Estados, al igual que para aquellos que no llegaron a ser Partes en la Convención, no podría deducirse una norma consuetudinaria, y menos para estos últimos, cuyas razones de su acción no podrían ser más que problemáticas y quedaban totalmente dentro del terreno de la conjetura. Es claro que los Estados no Partes en la Convención no aplicaban ésta al momento de realizar sus delimitaciones mediante líneas de equidistancia; pero lo que sería realmente excesivo sería concluir que ellos pensaban estar aplicando una regla de derecho internacional consuetudinario con carácter obligatorio.

El elemento esencial a este respecto es que, incluso si un comportamiento parecido hubiera sido mucho más frecuente de la parte de los Estados no Partes en la Convención, esos actos, incluso considerados globalmente, no serían suficientes por sí mismos para constituir la *opinio juris*, pues para lograr este resultado, dos condiciones deben ser satisfechas.

<sup>79</sup> *Recueil 1969, op. cit., supra* nota 17, p. 43, párrafo 74. Anteriormente, la Corte había señalado que no sería válido apoyarse en el hecho de que la no-ratificación de una Convención pudiera deberse en ocasiones a factores diferentes a los de una real desaprobación activa de la Convención, para de ahí deducir la aceptación positiva de dichos principios: las razones son conjeturales pero los hechos permanecen. (Párrafo 42.)

No únicamente los actos considerados deben representar una práctica constante, sino que además deben testimoniar, por su naturaleza o por la manera en que son llevados a cabo, la convicción que esta práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho.

La necesidad de una convicción tal, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de *opinio juris sive necessitatis*. Los Estados interesados deben pues tener el sentimiento de estarse conformando a lo que equivale una obligación jurídica.

Ni la frecuencia, ni incluso el carácter habitual de tales actos, no son suficientes. Existe buen número de actos internacionales, en el terreno del protocolo diplomático por ejemplo, que son llevados a cabo casi invariablemente, pero que son motivados por simples consideraciones de cortesía, de oportunidad o incluso por tradición, mas nunca bajo el sentimiento de estar ejecutando una obligación jurídica.

La Corte concluye así que, si la Convención de Ginebra no era, ni en sus orígenes ni en sus primicias, declaratoria de una regla obligatoria de derecho internacional consuetudinario exigiendo el empleo del principio de la equidistancia para la delimitación de la plataforma continental entre Estados limítrofes, no fue tampoco por sus efectos ulteriores constitutiva de una regla de tal naturaleza, y que la práctica de los Estados, hasta entonces, era igualmente inconclusa e insuficiente al respecto (párrafos 70-80).

En el fondo, el deber de la Corte Internacional era el de indicar a las Partes los principios y reglas de derecho en función de las cuales debería efectuarse la elección del método o métodos para realizar finalmente la delimitación.

Los principios según los cuales la delimitación debe ser objeto de un acuerdo entre los Estados interesados y celebrándolo éste de conformidad con principios equitativos, se trata aquí de trabajar sobre la base de preceptos muy generales de justicia y de buena fe, de verdaderas reglas de derecho en materia de delimitación.

## 6. Ideas centrales al régimen de la plataforma continental

En otras palabras —dice la Corte—, no se trata de aplicar la equidad simplemente como una representación de la justicia abstracta, sino de aplicar una regla de derecho prescribiendo el recurso a principios equitativos conforme a las ideas que siempre han inspirado el desarrollo del régimen de la plataforma continental, a saber:



a) Las Partes se encuentran bajo la obligación de entrar en negociaciones en vistas a realizar un Acuerdo, y no simplemente de proceder a una negociación formal como una forma de condición previa a la aplicación automática de un cierto método de delimitación a falta de acuerdo.

b) Las Partes se encuentran bajo la obligación de actuar de tal suerte que, en el caso concreto y habida cuenta de todas las circunstancias, se haga aplicación de los principios equitativos.

c) La plataforma continental de todo Estado debe ser la prolongación natural de su territorio y no debe empalmarse sobre lo que constituye la prolongación natural del territorio de un tercer Estado.

La Corte aborda más adelante la regla de la equidad, y a este respecto afirma que cualquiera que sea el razonamiento jurídico del juez, sus decisiones deben ser por definición justas, y en este sentido equitativas.

Sin embargo, cuando se habla de que el juez dicta la justicia o que declara el derecho, se trata de una justificación objetiva de sus decisiones no más allá de los textos sino según los textos, es decir, dentro del cuerpo de reglas vigentes, y dentro de este terreno es precisamente una regla de derecho que exige la aplicación de principios equitativos. No es por consiguiente cuestión en esta hipótesis de una decisión *ex aequo et bono*.<sup>20</sup>

Es necesario constatar, dice la Corte, que a pesar de las ventajas reconocidas al método de la equidistancia, la aplicación de éste desemboca en presencia de ciertas condiciones geográficas bastante frecuentes, en generar una incuestionable inequidad:

a) La menor deformación de una costa es automáticamente magnificada por la línea de equidistancia en sus consecuencias para la delimitación de la plataforma. Es así que se ha visto que en el caso de costas cóncavas o convexas, si se aplica el método de la equidistancia,

<sup>20</sup> El juez autorizado a decidir *ex aequo et bono* podría dictar sentencia yendo más allá de lo que establece el derecho en vigor (*aequitas praeter legem*), si una solución de esta naturaleza le pareciera imponerse sobre la base de la equidad. Pero, dado que el juez puede en tal hipótesis "hacer abstracción" del derecho, nada le impediría, como dice Luigi Condorelli —contrariamente a lo que piensa una parte de la doctrina—, dictar una decisión contraria o en todo caso divergente en relación a lo que se inferiría o se desprendería de la aplicación de las reglas de derecho existentes (*aequitas contra legem*); obviamente, siempre y cuando las normas internacionales que sufren tal derogación no posean el carácter imperativo de normas de *ius cogens*. Ver, Condorelli, Luigi, *Droit International Public*, vol. I, Université de Genève, Faculté de Droit, 1983-1984, pp. 104 y 105.

se logran resultados tanto más irracionales, cuanto que la deformación es más considerable, y que la zona a delimitar se aleja de la costa.

b) Particularmente en el caso del Mar del Norte en donde la plataforma no encuentra ningún límite exterior, sucede que las presiones de varios Estados convergen, se reencuentran y se entrecruzan en lugares en donde, a pesar de la distancia de las costas, el lecho del mar consiste todavía en una plataforma continental. La constatación de tales convergencias muestra cuán inequitativa sería la simplificación aparente de una delimitación que estuviera basada únicamente en el método de la equidistancia al pretender ignorar dicha circunstancia geográfica.

### 7. *Equidad, igualdad y relación entre extensión de una plataforma y longitud de la costa*

La equidad no es necesariamente la igualdad, puntualiza la Corte, pero lo que es inaceptable es que un Estado posea derechos considerablemente diferentes a los de sus vecinos sobre la plataforma continental por el solo hecho de que uno de ellos tenga una costa de configuración más bien convexa, y el otro posea una costa de configuración marcadamente cóncava, incluso cuando la longitud de sus costas es comparable (párrafos 83-92).

No se trata pues de rehacer totalmente la geografía en no importa qué situación de hecho, sino que en presencia de una situación geográfica de una cuasi-igualdad entre varios Estados, tratar de remediar una *particularidad* que, no siendo esencial, podría no obstante generar una injustificable diferencia de tratamiento.<sup>21</sup>

Un último elemento que la Corte piensa que debe ser tomado en consideración, es la relación razonable que una delimitación efectuada según principios equitativos debería hacer aparecer entre la extensión de la plataforma continental perteneciente a los Estados interesados, y la longitud de sus costas respectivas; debiendo éstas medirse de acuerdo a su dirección general a fin de poder establecer el equilibrio necesario entre los Estados poseyendo costas rectas, y los Estados poseyendo

<sup>21</sup> La Corte precisa, desde este Caso, que la delimitación es una operación de determinación de zonas pertenecientes respectivamente a competencias diferentes, y que por consiguiente no es sino un verdadero "truismo" el decir que dicha determinación debe ser equitativa; el problema evidentemente será sobretudo el poder definir los medios por los cuales la delimitación puede ser establecida de manera a ser reconocida como una delimitación equitativa. (*Recueil 1969, op. cit.*, p. 50, párrafo 92.)

costas marcadamente cóncavas o convexas, o a fin de reducir ciertas costas que presentan configuraciones muy irregulares a proporciones que den una mayor exactitud.

La elección y la aplicación de los métodos técnicos apropiados sería competencia indudable de las Partes en la controversia (párrafo núm. 98).

#### 8. Sentencia del 20 de febrero de 1969

La Corte, por once votos contra seis, dicta sentencia el 20 de febrero de 1969, declarando aplicable para uno y otro caso, lo siguiente:

A) La aplicación del método de la equidistancia no posee fuerza jurídica vinculante entre las Partes.

B) No existe tampoco otro método de delimitación único que sea de un empleo obligatorio para todas las circunstancias.

C) Los principios y reglas de derecho internacional aplicables a la delimitación entre las Partes de las zonas de plataforma continental del Mar del Norte pertenecientes a cada una de ellas, son los siguientes:

a) La delimitación debe efectuarse por vía de acuerdo conforme a principios equitativos y habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes, de manera a atribuir, en toda la medida de lo posible, a cada Parte la totalidad de las zonas de la plataforma continental que constituyan la prolongación natural de su territorio bajo el mar y no se empalmen sobre la prolongación natural del territorio de un tercero.

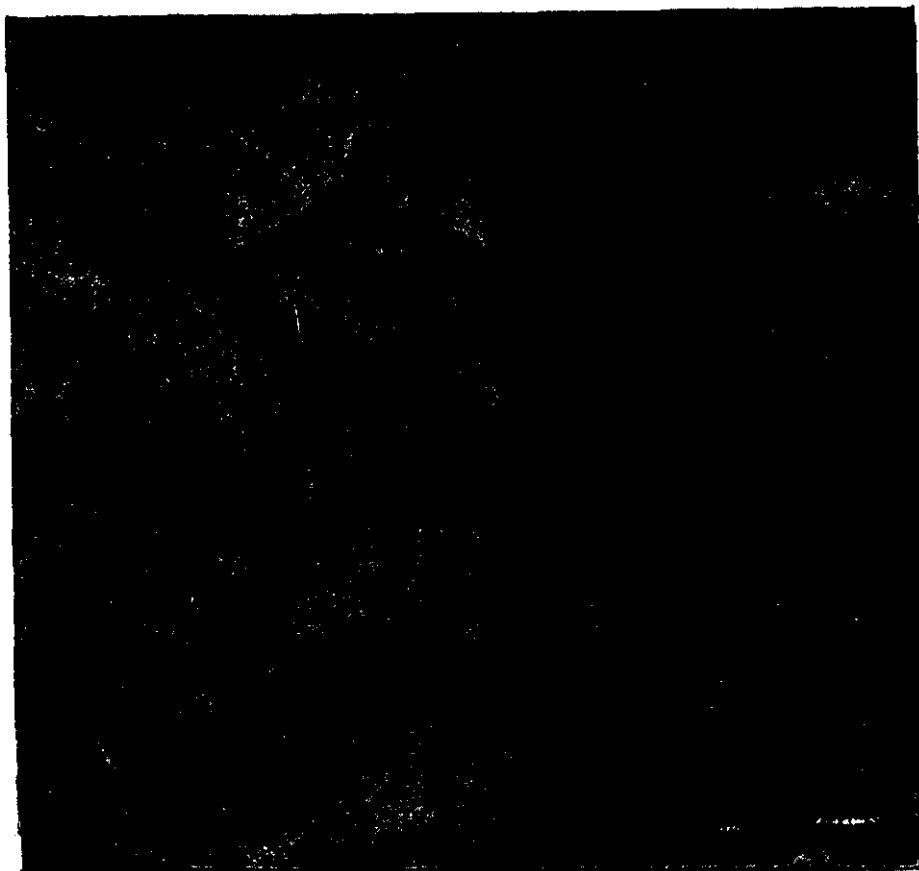
b) Si como consecuencia de la aplicación del párrafo precedente, la delimitación atribuye a las Partes zonas que se llegan a empalmar, éstas deberán ser divididas entre las Partes por vía de acuerdo o, en su defecto, por partes iguales, a menos que las Partes no adopten un régimen de jurisdicción, de utilización o explotación comunes para las zonas que se empalman, o para algunas de ellas.

D) En el curso de las negociaciones, los factores que deberán ser tomados en consideración comprenderán los siguientes:

a) La configuración general de las costas de las Partes y la presencia de toda característica especial o inusual.

b) Hasta donde puede ser conocido o fácil de determinar, la estructura física o geológica y los recursos naturales de las zonas de la plataforma continental en cuestión, deberán ser tomados en consideración.

c) Igualmente deberá ser tomada en consideración la relación razonable que una delimitación operada conforme a principios equitativos debería hacer aparecer entre la extensión de las zonas de la plata-



Croquis ilustrativo de las situaciones geográficas descritas en el párrafo 8 de la Sentencia.

forma continental pertenecientes al Estado ribereño y la longitud de su litoral calculado de acuerdo a la dirección general de éste, y habida cuenta para este fin de los efectos actuales o eventuales de toda otra delimitación de la plataforma continental efectuada entre Estados limítrofes dentro de la misma región.<sup>22</sup>

## II. APRECIACIÓN CRÍTICA

### 1. *La Sentencia de 1969 como leading case, en materia de delimitación*

En realidad, la mayor parte de la plataforma continental en Mar del Norte, desde tiempo atrás, había ya sido objeto de acuerdos de delimitación celebrados entre los diferentes Estados ribereños, principalmente el Reino Unido, que bordea la costa oeste del Mar, y varios de los Estados ribereños de la costa este: Noruega, Dinamarca y Países Bajos.

Estos diferentes acuerdos se explican particularmente por el hecho de la configuración del Mar del Norte que presenta el aspecto general de un mar cerrado, de forma más o menos oval, cuya costa este se encuentra constituida por el continente europeo y la costa oeste por la Gran Bretaña. Esta configuración presenta así una situación en donde Estados ribereños se hacen frente a una distancia muy próxima unos de otros.

Este mar tiene la característica de ser poco profundo y su lecho estar enteramente constituido por una única plataforma continental a una profundidad inferior a los 200 metros, salvo a lo largo de las costas noruegas en donde se encuentra una zona de 200 a 650 metros de profundidad, llamada "fosa noruega".

Si se considera los diferentes acuerdos concluidos hasta entonces, se constata que todos éstos conciernen a Estados cuyas costas se hacen frente. Ninguno se había celebrado entre Estados cuyas costas fuesen adyacentes, y es precisamente lo que en este caso constituía el problema y que lo distinguía de los anteriores.

<sup>22</sup> Las cinco opiniones desidentes fueron emitidas por los siguientes jueces: V. Koretsky, Kataro Tamaka, Gaetano Morelli, Manfred Lachs y Max Sørensen. Como consecuencia del fallo de la Corte se celebraron tratados de delimitación entre las Partes en Copenhague el 28 de febrero de 1971, así como entre los tres Estados y el Reino Unido, en la ciudad de Londres el 25 de noviembre de 1971. (Ver, *Annuaire de la Cour Internationale de Justice*, núms. 25 y 26.)

La República Federal de Alemania, que era Parte de la Convención de Ginebra, rechazó la aplicabilidad del trazado de una línea de equidistancia (principio que "atribuye a cada una de las Partes interesadas todas las porciones de la plataforma más próximas de un punto de su costa que de todo punto situado sobre la costa de la otra Parte"), no solamente porque no le era oponible a título de obligación convencional, sino porque dicho método desembocaba a final de cuentas en un resultado que dicho Estado juzgaba como *inequitativo*.

La comparación de las zonas indicadas sobre la Carta permitía inmediatamente percibir las diferencias de situación, según se hiciera o no la aplicación del principio de la equidistancia.

Si la delimitación se operaba según dicho principio, la República Federal se vería obligada a atribuir una zona de plataforma delimitada por los puntos *A-B-E-D-C*; en tanto que si se aplicaba el principio de una repartición justa y equitativa, establecida en función de la longitud del litoral de los Estados interesados, la República Federal recibiría la zona o área delimitada de acuerdo a los puntos *A-B-F-D-C*. (Ver mapa 1.)

Una diferencia de tal resultado proviene, como se vio, de la configuración particular que presenta la costa de la República Federal sobre el Mar del Norte, una costa de formación cóncava o entrante.

La referencia a los croquis establecidos por la Corte (mapa 4) permite en efecto entender hasta qué punto el principio de la equidistancia puede conllevar consecuencias de muy diversa índole según que la costa presente un aspecto "rectilíneo", "cóncavo" (R.F.A.), o "convexo" (Dinamarca y Países Bajos).<sup>23</sup>

El caso de la plataforma continental en Mar del Norte, puede verse hasta ahora como el *leading case* en materia de delimitación en la jurisprudencia internacional.

La sentencia de la Corte es seguramente también una de las más interesantes, así como una de las decisiones más polémicas en toda la historia de la Corte.

No sólo analiza los aspectos que en su tiempo eran lo más novedoso en los desarrollos que venía sufriendo la doctrina de la plataforma continental, sino que también examina, con mayor o menor detalle, la

<sup>23</sup> Ver, Lang, J., *L'Affaire du Plateau Continental de la mer du Nord*, L. G. D. J. (Prólogo de Ch. Chaumont), Paris, 1970, 168 p.; Vallée, Charles, *Le Plateau Continental dans le droit positif actuel* (prefacio de Ch. Rousseau), Paris, A. Pédone, 1971, pp. 253-292; Monconduit, François, "Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord: R. F. A. v/s. Danemark; R. F. A. v/s. Pays-Bas. Arrêt du 20 février 1959", *Annuaire Français de Droit International*, CNRS, vol. XV, 1969, pp. 213-244.

formación de la norma consuetudinaria en las condiciones actuales, los efectos de la costumbre sobre los tratados y la posible conversión de principios formulados en un tratado multilateral en normas universales de carácter consuetudinario.

Además, sin duda el alcance del fallo de la Corte Internacional de Justicia va más allá de la mera solución del diferendo que le había sido sometido, pues la decisión desecha la aplicación *automática* del principio de la equidistancia en tanto que regla de derecho, y hace aparecer este principio como un método de delimitación entre varios países.<sup>24</sup>

## 2. *Derecho consuetudinario y opiniones de los jueces K. Tanaka y M. Lachs*

En cuanto al análisis de la Corte respecto al derecho consuetudinario, el juez Kotaro Tanaka, al referirse a ello, acotaba que la formación de un derecho consuetudinario en una cierta sociedad, nacional o internacional, era un proceso psicológico pero también sociológico de bastante complejidad, y por lo tanto nada fácil de poder identificar en todos los casos.

Determinar si los dos factores de la costumbre: el *corpus* y el *animus* se encuentran reunidos o no en el proceso de formación de un derecho consuetudinario provoca problemas delicados y de difícil solución.

No se puede medir según criterios matemáticos y uniformes la repetición, el número de ejemplos de la práctica de los Estados o la duración necesaria a la formación de un derecho consuetudinario.

En cada ocasión el posible nacimiento de la norma debe ser apreciable en función de las circunstancias particulares, y no podría admitirse que la formación de un derecho consuetudinario concerniente a la plataforma continental en general y el principio de la equidistancia en particular pudieran generarse si no existe la repetición persistente de una misma categoría de actos.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Ver, Friedmann, Wolfgang, "The North Sea Continental Shelf Cases. A Critique", *American Journal of International Law*, vol. 64, núm. 2, abril 1970, pp. 229-240; así como el penetrante estudio de Krystyna Marek sobre el problema de las fuentes de derecho internacional en relación al fallo de 1969: "Le problème des sources de droit international dans l'arrêt sur le Plateau Continental de la Mer du Nord", *Révue Belge de Droit International*, vol. VI, núm. 1, 1970, pp. 44-77. Para la profesora K. Marek es en el campo del derecho consuetudinario que la sentencia arroja los mayores desarrollos y los mayores cambios, siendo el más importante el concerniente a la naturaleza jurídica de la costumbre.

<sup>25</sup> *Vid.*, "Dissenting Opinion of Judge Tanaka", en *Recueil 1969, op. cit., supra* nota 17, pp. 172-197; en particular pp. 172-179.

Lo que el juez Tanaka en realidad quiere aclarar es que lo importante en la materia no es tanto el número de ratificaciones o adhesiones que en su momento haya recibido la Convención de Ginebra, ni el número de ejemplos extraídos de la práctica ulterior de los Estados, sino más bien la significación que se les puede atribuir en el contexto de las circunstancias que les rodean.

Ciertamente no se puede considerar que la ratificación de la Convención por una gran potencia marítima o el hecho que ésta celebre un tratado consagrando el principio de equidistancia posean exactamente la misma importancia que la realización de actos semejantes llevados a cabo por un Estado sin litoral que no tenga evidentemente un interés particular en la delimitación de la plataforma continental.

Así, no debería interpretarse de manera muy rígida los dos elementos necesarios a la formación de un derecho consuetudinario en materia de delimitación de la plataforma, sino, por el contrario, evaluarlos en función de las circunstancias, y por ello con una cierta flexibilidad, situándose en una perspectiva teleológica.

Para el profesor Tanaka, la Convención de Ginebra de 1958 sobre la plataforma continental, que había sido primeramente una *lex ex contractu* entre los Estados Partes, se elevó tiempo después a rango de derecho de la comunidad internacional, bajo el efecto de la práctica ulterior de un cierto número de otros Estados, que se tradujo en acuerdos, actos unilaterales, o simplemente por el consentimiento tácito de otros Estados.

Por su parte, el juez Manfred Lachs, en su opinión disidente, sostenía que podía ser cierto que en algunos casos se siguiera asociando el "factor tiempo" de la costumbre, por el efecto de la práctica de los Estados, con el transcurso de un largo periodo de tiempo.

Sin embargo, la aceleración considerable de las transformaciones sociales y económicas, combinadas con aquellas de los progresos científicos y técnicos, sitúa al derecho frente a un verdadero desafío, bajo pena de acentuar aún más su retraso frente a los diversos acontecimientos.

De este modo, por ejemplo, los primeros aparatos enviados al espacio extra-atmosférico tuvieron que atravesar el espacio aéreo de los Estados y sobrevolaron éstos en el espacio extra-atmosférico; sin embargo, los Estados que procedieron al lanzamiento no solicitaron ninguna autorización, y los otros Estados no emitieron tampoco ningún género de protesta.



Es así como la libertad de circulación hasta el espacio extra-atmosférico fue reconocida y establecida como derecho en un lapso impresionantemente breve.

En derecho, la dimensión temporal, relativa por naturaleza, debe estar en relación con el ritmo de los acontecimientos que requieren una reglamentación jurídica, y es en función de éstas que debe actuarse.

Por consiguiente, el hecho de que el derecho de la plataforma continental se haya creado y desarrollado en un tiempo tan breve, no debe esto impedir el reconocer los principios y reglas, principalmente la regla de la equidistancia, como formando parte del derecho internacional general.<sup>26</sup>

En vista pues de la complejidad —continúa M. Lachs— del proceso de formación y la multiplicidad de los móviles posibles en sus diferentes etapas, sería realmente excesivo el exigir la prueba de que todo Estado que ha aplicado una regla dada, lo ha hecho porque tenía realmente conciencia de una *obligación* de llevarla a cabo.

Lo que puede exigirse es que el Estado que dice estar invocando una regla general aporte la prueba, que dicha regla forma parte de una práctica general aceptada como derecho por los Estados en cuestión. No es posible ni debe tampoco exigirse una prueba suplementaria o más formal que esa misma.

En suma, dice M. Lachs, la práctica general de los Estados debería ser reconocida como un comienzo de prueba de que la regla ha sido aceptada como derecho.

Esta prueba puede naturalmente ponerse en tela de juicio sobre el plano de la misma práctica, cuando ésta revela mucha incertidumbre y contradicciones (ejemplo, Caso del Derecho de Asilo, Corte Internacional de Justicia, 1950), y sobre el plano de la *opinio iuris* en lo concerniente a los Estados en cuestión, o a las Partes en la controversia.

Es necesario, cuando se aborde este tipo de problemas actualmente, tener en cuenta la diversidad de la actividad de los Estados, que se manifiesta hoy en día de numerosas maneras bajo forma de actos unilaterales, o de instrumentos internacionales, o incluso a través de decisiones de organismos internacionales, sin olvidar la multiplicidad e importante interdependencia de tales procesos.

<sup>26</sup> Vid. "Dissenting Opinion of Judge Lachs", en *Recueil* 1969, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 219-240; en particular pp. 225-232.

Dada la actividad sin cesar, y en forma creciente, de los Estados en la esfera de las relaciones internacionales, ciertas reglas de conducta comienzan a ser aceptadas incluso antes de haber logrado el grado de precisión que es normalmente requerido para la consolidación de una regla de derecho.

Si su fuerza obligatoria es impugnada, los tribunales apelando dentro de la noción tradicional de certidumbre rígida, corren el riesgo de aplicar a tales reglas criterios de perfección y claridad a los cuales les sería imposible de responder.

La otra solución consistiría en relegarse detrás de algún principio general posiblemente difícil de circunscribir, lo cual no sería del todo propicio, o por lo menos no siempre, al reforzamiento del edificio del derecho internacional, tan importante en las relaciones internacionales actuales.

Es evidente que se hace necesario tratar de evitar el petrificar las reglas antes que éstas hayan logrado el nivel de madurez necesaria, poniendo en peligro, de esta suerte, la estabilidad del derecho y la confianza de la cual goza.

Si se pretende hacer labor de legislador —comenta M. Lachs—, podría no obstante indicarse la aplicación de criterios más flexibles que, como el contenido mismo del derecho, estarían adaptados a la evolución de las circunstancias. De esta forma, la Corte tomaría nota de la existencia de una nueva regla, una vez que la práctica general de los Estados hubiera rebasado el campo de la acción fortuita y discrecional al verdadero campo del derecho.

En el caso concreto, la situación no deja lugar a dudas. Los acuerdos concluidos por los Estados en materia de delimitación de la plataforma, son testimonio evidente de su voluntad de aceptar las reglas de la Convención "como derecho".

En cuanto a los actos unilaterales, éstos prueban también, por el hecho que hacen referencia a la Convención o retoman los mismos términos, que sus autores han reconocido las disposiciones de la Convención; otros Estados habrían hecho lo mismo por aquiescencia.

El análisis precedente conduce a Manfred Lachs a la conclusión de que las disposiciones del párrafo 2º del artículo 6º de la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental, y específicamente la regla de la equidistancia, han adquirido el *status* indubitable de derecho general. Esto puede ser impugnado, en uno u otro caso en particular, por un

Estado que llegue a negar que dicha regla le sea oponible; pero entonces se tratará sin duda de una cuestión de prueba.<sup>27</sup>

### 3. *Pensamiento de Krystyna Marek*

Sin embargo, por nuestra parte, e independientemente de las objeciones de tipo doctrinal, nosotros nos adherimos al pensamiento de la profesora de Ginebra, Krystyna Marek, para quien no es posible hasta la fecha eliminar, en concordancia con la jurisprudencia, el elemento psicológico si es que en verdad se quiere operar la distinción (indispensable en teoría como en práctica) entre una regla consuetudinaria obligatoria y un simple uso o práctica que no llega a ser costumbre, y en donde el campo del protocolo diplomático nos ofrece sin duda la ilustración más contundente.

Cualesquiera que sean las dificultades de prueba de una convicción jurídica de los Estados —prueba ésta ciertamente difícil pero no imposible—, dichas dificultades son ciertamente menos importantes que la absoluta necesidad de distinguir, dentro del dominio de la responsabilidad internacional, la violación de una regla de derecho, de la violación de un simple uso, hábito o práctica.

K. Marek retiene del análisis de las exigencias que plantea la Corte en materia de pruebas de la costumbre las siguientes: 1) Práctica uniforme y constante, 2) *Opinio juris*, 3) Situaciones de hecho análogas, si no idénticas, para atribuir a la práctica invocada el valor de precedente.

De estas tres condiciones, ciertamente ninguna de ellas es algo novedoso en la jurisprudencia de la Corte, siendo la segunda la más difícil de resolver; sería por lo demás interesante ver si un día la Corte llegase a atenuar sus exigencias sobre este punto frente a una práctica respondiendo a la primera y tercera condiciones de una manera clara y convincente.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> *Idem*, pp. 231 y 232.

<sup>28</sup> *Vid.* Marek, Krystyna, *op. cit.*, *supra* nota 24, pp. 53-64. La profesora K. Marek no deja de precisar que en realidad el tercer elemento (situaciones de hecho análogas) se vincula sin duda al primero (práctica uniforme y constante), porque la existencia de situaciones de hecho análogas o idénticas condiciona la formación de una práctica uniforme y constante. Además de uno de los mejores estudios sobre el concepto de la costumbre, debido a Anthony A. D'Amato, podemos citar en apoyo a lo anterior la siguiente sentencia: "Nevertheless, we need not abandon the traditional view of *opinio juris* in so far as the *identification* of existing customary law

Normalmente, sin embargo, es con antelación a que la norma sea formulada formalmente, que la regla consuetudinaria toma forma: en lugar de que la conducta de los Estados se conforme a una regla preexistente, es por el contrario la regla misma que se desprende del comportamiento de los Estados.

De ello resulta que la costumbre exija una práctica efectiva de parte de los Estados, y no solamente una vaga adhesión a un principio, y que los precedentes que cuentan para la continuación de la práctica son todos aquellos que emanan de órganos que estarían en el deber de aplicar la regla si ésta fuera formulada.

#### 4. Liberación del handicap mayor de la costumbre

En cuanto a la *opinio juris* —en el sentido que ésta adquiere al final del proceso consuetudinario, como la convicción del carácter obligatorio de la costumbre—, ésta debe, según Dean Charpentier, ser imputable a los órganos que poseen la facultad de comprometer al Estado, de tal suerte que bien puede producirse una disociación entre el origen de la práctica y aquella de la estricta *opinio juris*.

En este mismo Coloquio de Toulouse, bajo el patrocinio de la Sociedad Francesa para el Derecho Internacional, J. Charpentier sostuvo que la costumbre, habiendo sido liberada de su *handicap* mayor (esto es, la lentitud de su elaboración), podría extraer ahora de su misma naturaleza, es decir, de la generalidad de su aplicación, una ventaja sobre el tratado que incita a combinar, cuando ello es factible, el proceso consuetudinario al proceso contractual o convencional.

Ciertamente, siempre se ha admitido que una sucesión de tratados bilaterales de contenido análogo constituía otro tanto de precedentes pudiendo dar nacimiento a una regla consuetudinaria: el derecho consular, por ejemplo, no se había formado en una manera diversa.

Pero lo que ahora se aprecia es que una sola convención multilateral (Corte Internacional de Justicia, 1969) puede llegar a servir de base o punto de partida a una regla que puramente convencional o contrac-

is concerned. Here *opinio juris* is at worst a harmless tautology. For if we can say that a state is acting in accordance with its conviction that it is acting in conformity with prevailing international law, then by implication we *already know* what that international law is. And if we know the law, then there is no further need to cite the 'evidence' of the state's actual practice in conformity with that law". D'Amato, Anthony, *The Concept of Custom in International Law* (Foreword by Richard A. Falk), U.S.A., Cornell University Press, 1971, pp. 73 y 74.

tual en su origen se había desde entonces integrado al conjunto del derecho internacional general, y sería ya ahora aceptada con este título por la *opinio juris*, de tal suerte que en adelante se impondría incluso a los países que no eran antes ni después Partes en la Convención.<sup>29</sup>

### 5. *La regla consuetudinaria in statu nascendi*

El internacionalista Max Sørensen, profesor de derecho internacional de la Universidad de Aarhus, y designado por los gobiernos de Dinamarca y Países Bajos para actuar como juez *ad hoc* en los casos presentes, aducía que un tratado que se propone crear derecho nuevo puede estar fundamentado en una cierta medida en la práctica de los Estados y sobre opiniones doctrinales que no han llegado todavía a cristalizarse en derecho consuetudinario, y que había que reconocer que un tratado de esta naturaleza podía estar partiendo, no de una *tabula rasa*, sino de una regla consuetudinaria *in statu nascendi*.

Así, la adopción de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental representaría un elemento muy importante del proceso de creación de nuevas reglas de derecho internacional en un campo que requería con urgencia una reglamentación jurídica.

Era igualmente significativo que los Estados que habían llegado a ser Partes en la Convención eran Estados bastante representativos de todas las regiones geográficas del mundo, y por lo mismo representativos de sus diferentes sistemas económicos y sociales. No solamente las Partes contratantes, sino otros Estados también, habían modificado su práctica y su actitud para conformarse al contenido mismo de la Convención.

Max Sørensen no encontró necesario el profundizar en la cuestión de la *opinio iuris*, pues estimaba que ese era un problema de doctrina que podía generar grandes dificultades, cuando se trataba para un tribunal internacional de dictar una decisión.

En vista de la forma en que actualmente son conducidas las relaciones internacionales, puede ser prácticamente imposible para un gobierno, en numerosos casos, el aportar pruebas concluyentes acerca de los

<sup>29</sup> Vid. Charpentier, Jean, "Tendances de l'Elaboration du Droit International Public Coutumier", en el volumen *L'Elaboration du Droit International Public*, Colloque de Toulouse, SFDI Edit. A. Pédone, 1975, pp. 105-131.

motivos que pudieron haber inspirado los actos y la política de otros gobiernos.<sup>30</sup>

Sin entrar en todos los aspectos de las decisiones doctrinales sobre la cuestión, Sørensen se limita a citar un pasaje de Sir Hersch Lauterpacht, uno de los comentaristas más autorizados de la jurisprudencia de la Corte, y en donde sostiene que a menos que la acción de los tribunales no tenga por efecto reducir el valor jurídico de la más poderosa fuente generadora de reglas internacionales, esto es, el comportamiento de los Estados, parecería que el principio que debería observarse en la materia sería el de considerar todo comportamiento uniforme de los gobiernos como dando testimonio de una *opinio necessitatis juris*, salvo y cuando pudiera establecerse que el mencionado comportamiento era en realidad independiente de una intención de tal naturaleza.<sup>31</sup>

Si uno aplica las consideraciones antes mencionadas a las circunstancias del caso concreto, entonces uno estaría justificado, dice Sørensen, a ver en la práctica de los Estados del caso concreto, una prueba suficiente de la existencia de la *opinio juris* que sería necesaria en cualquier circunstancia.

De ahí que sea justificado concluir que en el término de un proceso ininterrumpido de más de veinticinco años, las reglas consagradas en la convención de Ginebra hayan ya adquirido ahora el *status* de reglas de derecho internacional generalmente aceptadas.

Por otro lado, es también necesario examinar en particular la actividad de la República Federal de Alemania en relación directa a la Convención de 1958. Max Sørensen recuerda el Caso de las Pesquerías de 1951, en donde la Corte declaró que la regla de las diez millas parecía de todas formas inaplicable (no oponible) a Noruega, siendo que dicho país siempre se había opuesto a cualquier intento de aplicarla a la costa noruega.

En forma semejante, podría sostenerse en el caso concreto que la Convención sobre la Plataforma Continental no sería oponible a la República Federal, siempre y cuando dicho país hubiera constantemente rechazado reconocer la Convención como la expresión de reglas de derecho internacional generalmente aceptables, y hubiese asimismo objetado su aplicabilidad con respecto a su propio Estado.

<sup>30</sup> Vid. "Dissenting Opinion of Judge Sørensen", en *Recueil* 1969, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 242-258.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 247.

Ahora bien, lejos de adoptar una actitud de tal naturaleza, la República Federal se encaminó bastante lejos en la vía del reconocimiento de la Convención. La República Federal firmó la Convención en 1958, inmediatamente antes de la expiración del lapso para depositar las firmas, y este hecho, aunque en sí no sea decisivo, constituye un indicio entre otros varios.

Pero lo que es más importante aún, sostuvo Max Sørensen, es que la República Federal se basó en la Convención de Ginebra para hacer valer sus derechos sobre la plataforma continental, en su Proclama del Gobierno Federal del 20 de enero de 1964. A una etapa decisiva del proceso general de creación de reglas jurídicas de aplicación universal, un Estado interesado, que no era Parte en la Convención, formalmente expresó la idea de que dicha Convención correspondía al derecho internacional generalmente aplicable.

En conclusión de todo lo anterior, Max Sørensen sostuvo que el artículo 6º, párrafo 2º, de la Convención sobre la Plataforma Continental, debía haber sido aplicable a la delimitación entre las Partes, y que ninguna circunstancia especial no justificaba otra línea de delimitación que aquella que resulta de la aplicación del principio de la equidistancia.<sup>32</sup>

Por nuestro lado, pensamos que el rol o papel de la "protesta" de un Estado frente a una norma jurídica, resulta más complejo que de lo que sostiene M. Sørensen en su Opinión Disidente. Si bien es cierto que la regla de las diez millas no era oponible a Noruega porque reiteradamente se había negado a reconocerla, las implicaciones de esto no deben ser exageradas, si tomamos en cuenta que la misma Corte declaró que dicha regla no había adquirido el carácter de una regla general de derecho internacional.

Además, el abstenerse de hacer explícita una "protesta", ello está frecuentemente supeditado a consideraciones de orden político o diplomático, e incluso con frecuencia por un sentido realístico de la futilidad de la protesta.

Pero también hay que pensar que si un Estado no está directamente involucrado, en la teoría o en la práctica, su "protesta" podría no sólo ser considerada como una injerencia ilegítima por los Estados participantes, sino también podría servir para llamar la atención sobre el uso en cuestión y ayudar así a establecer su notoriedad.

Finalmente, el abstenerse de externar una "protesta", podría ser síntoma no de una aquiescencia, sino de creer que tal o cual uso estaba simplemente fuera del régimen legal, esto es, que se pensara que en

realidad pertenecía al campo de la cortesía social o de un cierto protocolo diplomático.<sup>32</sup>

#### 6. *¿Introduce la equidad una incertidumbre jurídica?*

Por lo que respecta a la noción de equidad en el caso concreto, pudimos apreciar que si la Corte desechara la aplicación del principio de la equidistancia, era principalmente en razón de que, a su consideración, esto desembocaría en una forma de inequidad, ya que toda deformación de la costa conllevaba consecuencias exageradas sobre la delimitación de la plataforma continental.

Todas las Partes en la controversia estaban de acuerdo en que la delimitación debía ser equitativa; pero, sobre la concepción de ésta, las opiniones diferían radicalmente.

Antes que otra cosa, la Corte precisó que la equidad no es sinónimo de igualdad, o mejor dicho, que la equidad no implicaba necesariamente la igualdad. En otras palabras no se trata de esforzarse en recrear la naturaleza y otorgar una parte de plataforma continental a un Estado que no posee acceso al mar, o de tratar de igualar las costas de todos los Estados.

De hecho, para realizar la equidad, debe considerarse la situación concreta, y pronunciarse en función de la misma. La equidad no sería entonces una noción abstracta, sino la realización práctica de una cierta situación.

La diferencia esencial entre las costas de los tres Estados implicados es, como vimos, que la costa de la República Federal posee una forma más bien cóncava, mientras que las de los otros dos países presentan una configuración más bien convexa.

Al tratar de aplicar la regla de la equidistancia, resulta por esta sola diferencia una desigualdad de tratamiento que parece a la Corte como inaceptable, desde el momento que la longitud de las costas es casi idéntica.

Desde el momento en que los Estados en conflicto se encuentran en una situación de "cuasi-igualdad", la equidad consistiría, según la Cor-

<sup>32</sup> *Idem*, pp. 247-257.

<sup>33</sup> *Vid.* D'Amato, Anthony, *The Concept of Custom in International Law*, *op. cit.*, *supra* nota 28, pp. 66-72.



te, en remediar una particularidad que no es esencial, pero de donde podría resultar una injustificada diferencia de tratamiento.

Sin embargo, si la longitud de las costas respectivas de los tres Estados constituye para la Corte un elemento que le permite sacar a la luz la inequidad resultante de la aplicación del principio de la equidistancia, este factor no lo considera como el único criterio que permitiría precisar lo que debe ser la equidad; así, ésta no podría consistir solamente en encontrar un equilibrio entre la extensión de la plataforma continental y la longitud de las costas; la equidad vendría a ser resultado de un equilibrio mucho más complejo.

De hecho, como dice F. Monconduit, la Corte razona aquí en forma bastante pragmática, ya que la equidad es esencialmente una situación concreta que se trata de realizar, haciendo intervenir todos los elementos que caracterizan dicha situación.

Precisamente es un equilibrio entre todos estos factores, un balance como dice la Corte, lo que permitirá crear lo equitativo, y no tanto la adopción de una sola consideración en exclusión de todas las otras.

La Corte propuso a las Partes tomar en cuenta cuatro factores para realizar una delimitación equitativa de su respectiva plataforma continental:

1) El factor geológico, ya que la plataforma es antes que nada una realidad de tipo geológico, esto es, un espacio que prolonga físicamente el territorio de la mayoría de los Estados marítimos.

2) El factor geográfico, desde el momento en que se está aplicando el principio según el cual la tierra domina el mar, la configuración de la costa va a influir directamente en el corte de la plataforma continental.

3) La unidad de yacimiento sería otro elemento que debe intervenir, dado que el interés que los Estados proyectan sobre la plataforma se deriva esencialmente de los recursos que contiene.

4) El factor consistente en la relación razonable que una delimitación efectuada según principios equitativos debería hacer aparecer entre la extensión de la plataforma continental pertenecientes a los Estados interesados, y la longitud misma de sus respectivas costas.<sup>34</sup>

Para buena parte de la doctrina fue motivo de gran preocupación el hecho de que la Corte Internacional de Justicia introdujera una noción tan vaga y tan susceptible de interpretaciones subjetivas y arbitrarias, como lo es el concepto de equidad.

<sup>34</sup> *Vid.* Monconduit, François, "Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord...", *op. cit.*, *supra* nota 23, pp. 238-244.

La obligación de equidad, siendo de orden ético más que jurídico, dijo Koretsky, y siendo la ética objeto de controversias bastante fuertes, ello da lugar a divergencias de orden ideológico sobre el contenido y sentido de la equidad y de lo que debe ser tenido como equitativo.

Al introducir una noción tan vaga en la jurisprudencia de la Corte Internacional, se corre el riesgo de abrir la vía a evaluaciones subjetivas, y por lo tanto con frecuencia arbitrarias, dando por resultado que el arreglo de diferendos sometidos a la Corte no extraiga ya su inspiración de las reglas y principios generales establecidos por el derecho internacional.<sup>35</sup>

Igualmente para K. Marek, los desarrollos de la Corte en relación al problema de la equidad, lejos de aportar alguna forma de claridad en una cuestión tan difícil, corren el riesgo de llegar a convertirse en una fuente de confusión en el futuro.<sup>36</sup>

Sin embargo, no es para nada fácil pronunciarse en forma categórica por una u otra postura, pues lo que trató la Corte fue de conciliar el respeto de la soberanía territorial de los Estados con ciertos imperativos elementales de justicia, y en este sentido la búsqueda de la equidad aparecía ciertamente como el correctivo de una regla puramente rígida, de consecuencias inflexibles.

Por ello, a esa parte de la doctrina que considera que la equidad introduce una incertidumbre jurídica, abriendo la vía a conflictos diversos, bien puede también responderse que antes al contrario la realización de la equidad, al permitir satisfacer, tanto como es posible, los intereses contradictorios de varios Estados, puede llegar a convertirse en la mejor garantía en contra de la aparición de controversias jurídicas.<sup>37</sup>

Por último, no hay que olvidar —como sostiene Charles de Vischer— que las normas jurídicas apreciadas desde el punto de vista de la formación histórica de su contenido, han sido desde siempre fuertemente tributarias de la equidad anteriormente a su cristalización en el orden jurídico positivo.

<sup>35</sup> Vid, "Dissenting Opinion of Vice-President Koretsky", *Recueil 1969*, op. cit., supra nota 17, p. 166. En el mismo sentido, ver Vallé, Charles, *Le plateau continental...*, cit, supra nota 23, p. 288.

<sup>36</sup> Marek, K. "Les problèmes des sources du droit international...", op. cit., supra nota 24, pp. 67-71 y 78.

<sup>37</sup> Ver en este sentido el estudio de Monconduit, François, "*Affaire du plateau continental de la Mer du Nord...*", op. cit., supra nota 23, p. 244.

En este sentido no es excesivo ver los orígenes de la mayor parte de las reglas de derecho internacional general en la conciliación histórica de los intereses en conflicto.

La equidad ha precedido así la instauración del sistema normativo positivo, de la misma manera que continúa dictando la adaptación judicial de las reglas a las circunstancias concretas.

En el fallo concreto relativo a los casos de la plataforma continental en Mar del Norte, la Corte Internacional, al no haber encontrado en el criterio de la equidistancia una "solución equitativa", no se limitó a descartar la "inequidad" que podría resultar de esto; la Corte dio cuerpo a su concepción de la equidad al precisar sus posibilidades de aplicación en el caso concreto, y tratando con cautela de no sistematizar con exceso, puso sin embargo las bases para una reglamentación futura.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> De Visscher, Charles, *De l'Équité dans de règlement arbitral ou judiciaire des litiges de Droit International Public*, Paris, Editions A. Pédone, 1972, pp. 8-12. Por su parte, Georg Schwarzenberger ha escrito lo siguiente: "*Jus acquum* in its minimal, essential, negative and, in sociological terminology society sense, means good faith, as distinct from perfidy and evasion of legal obligations. Its function is to assist in preventing a relapse into anarchy or order without law. *Jus aequum* in its positive, and community sense, means infusing considerations of reasonableness and good faith into legal relations and taking good faith in its negative meaning for granted". Schwarzenberger, Georg, *The Dynamics of International Law*, Professional Books Limited, Great Britain, 1976, pp. 56-77.