

ROL DE LAS ARMADAS FRENTE A LA CONVENCION DE LA ONU SOBRE EL DERECHO DEL MAR

Jaime Harris Fernández
Capitán de Fragata JT

INTRODUCCION

AL abordar este tema me parece imprescindible analizar dicho acuerdo internacional desde la perspectiva de la teoría general de las fuentes del derecho internacional, específicamente desde el punto de vista de las convenciones generales que persiguen la codificación de esta rama del derecho.

Una vez delineado ese marco jurídico de referencia, pasaré a exponer algunas reflexiones acerca del rol de las armadas frente a la Convención aprobada por la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que concluyó en Montego Bay, Jamaica, el día 10 de diciembre de 1982.

Sin embargo, a modo introductorio, he estimado oportuno referirme brevemente a ciertos antecedentes históricos sobre la codificación del derecho internacional marítimo y a determinadas características de la Convención de Jamaica, a los cuales les atribuyo una especial significación para esta exposición.

RESEÑA HISTORICA DE LA CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL MARITIMO

La necesidad de establecer un orden jurídico universalmente aceptado en los mares ha sido un objetivo deseado y buscado desde el surgimiento del derecho internacional moderno. Es natural que así haya sido ya que el mar ha sido siempre un lugar de encuentro donde concurren diversas "soberanías" que no reconocen un poder temporal superior a ellas. En tal situación, nada resulta entonces más idóneo que un acuerdo internacional universalmente aceptado por todos los Estados.¹

No obstante esta ansiada universalización y uniformidad del orden jurídico que debe regular las relaciones de los Estados en el mar, éste no ha sido fácil alcanzar. El jurista italiano Roberto Sandiford ha estudiado los mecanismos y formas para lograrlo y al efecto distingue tres métodos o procedimientos:²

¹ De Azcarraga, José Luis: *Derecho del mar*, vol. 1, p. 17. Este destacado internacionalista, especialista en temas sobre el derecho del mar y Auditor de la Armada de España, resalta esa característica de internacionalidad que tienen las normas jurídicas del mar, al señalar que: "El derecho del mar, por sus orígenes, sus fuentes históricas y los usos o costumbres que, en principal medida, le otorgaron fundamento, tiene unas características de internacionalidad que precisamente se basan en la unidad del medio físico marino y en el desarrollo del tráfico que se sirve primordialmente de él para acercarse y tocar en los distintos litorales del mundo. De ahí la necesidad de dictar normas que regulan las relaciones jurídicas entre los diferentes países marítimos, materia comprendida por los estadistas, los políticos y, de manera especial, por las múltiples personas que intervienen en ese medio, que son gente de mar en la más genuina y pura expresión del término".

² Sandiford, Roberto: *Diritto marittimo*, Roma, 1960, p. 10.

1) Promoviendo la formación y la observancia de usos uniformes para que, a través del tiempo, se transformen en costumbre internacional.

2) Procurando la uniformidad de las diversas legislaciones nacionales.

3) Facilitando la celebración de tratados o convenciones internacionales generales.

Sin lugar a dudas, el primer método señalado ha sido el más fecundo en la labor unificadora de las normas que regulan las actividades de los Estados en el medio marino. No en vano, el autor C. John Colombos califica a la costumbre como la principal fuente del derecho internacional marítimo.³

En cuanto al segundo método, han sido creados varios organismos oficiales y privados con la finalidad de estudiar la factibilidad de unificar las distintas legislaciones nacionales, siendo el más conocido de ellos el Comité Marítimo Internacional, fundado en 1897. Este método ha tenido un éxito bastante restringido en el orden práctico; no así en el académico, en que los resultados de sus estudios han servido de antecedentes fundamentales en las distintas Conferencias celebradas por los Estados con el objeto de acordar normas comunes en este ámbito del derecho internacional.

Finalmente, el éxito del tercer método, propuesto por Sandiford, de facilitar la celebración de convenciones internacionales generales o multilaterales —como es el caso de la Convención de Jamaica— ha dependido de los objetivos y de las materias que se ha pretendido unificar a través de dichos acuerdos.

En cuanto a los objetivos que se proponga alcanzar mediante los tratados internacionales multilaterales es necesario distinguir, a nuestro juicio, si lo que se persigue es codificar exclusivamente las normas de derecho internacional marítimo o si además de codificar se pretende lograr un desarrollo progresivo del mismo. Esta distinción entre codificación y desarrollo progresivo me parece fundamental a la hora de examinar los éxitos alcanzados por este método unificador.

Conforme a lo dispuesto por el estatuto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la expresión "codificación del derecho internacional" se emplea, convencionalmente, "para designar la formulación más precisa y la sistematización de las normas de

derecho internacional en materias en las que ya existe amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrina". En cambio, la expresión "desarrollo progresivo del derecho internacional" se emplea, convencionalmente, "para designar la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional, o respecto de los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas".⁴

Los historiadores del derecho internacional registran innumerables intentos de codificación del derecho internacional marítimo, con el objeto de uniformar la aplicación de sus normas. Sin embargo, ninguno de ellos se detiene a analizar cuáles de dichos intentos se limitaron simplemente a codificar el derecho que ya existe, o si bien dichos intentos además de codificar pretendieron introducir normas que reflejaran un desarrollo progresivo del mismo.

Los antiguos códigos marítimos —aunque no promulgados por autoridad soberana alguna— asumieron gradualmente su carácter obligatorio, libremente reconocidos por la comunidad de navegantes y comerciantes de distintas nacionalidades. Tal es el caso —entre otros— de las *Leyes Marítimas de Rodas*, de las *Normas de Oleron* y de las leyes recogidas en el *Consulado del Mar*, que son, a nuestro juicio, algunos ejemplos típicos de codificación del derecho internacional marítimo comercial de la Antigüedad.

Con el surgimiento de la nueva organización política del siglo xvi, conocida con el nombre Estado, que perdura hasta nuestros días y que coincide con el nacimiento del moderno derecho internacional, los intentos de codificación para unificar la aplicación del derecho internacional marítimo han sido clasificados por el jurista Enrique Pascal García-Huidobro en tres etapas o períodos, que se podrían caracterizar someramente en:⁵

1. Período de guerra marítima.
2. Período de derecho marítimo en tiempos de paz.
3. Período de la explotación económica del medio marino.

Cabe advertir —como lo hace el propio autor— que esta clasificación no significa que una etapa sustituya o reemplace a la otra, puesto que el derecho internacional marítimo sigue

³ Colombos, C. John: *Derecho internacional marítimo*, Aguilar, Madrid, 1961, p. 3.

⁴ Artículo 15 del estatuto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

⁵ Pascal García-Huidobro, Enrique: *Derecho internacional marítimo*, Valparaíso, 1983, tomo I, p. 49.

evolucionando en cada una de ellas; más bien, lo que se quiere destacar es que el acento o interés por codificar recae con mayor fuerza en las materias indicadas dentro de cada uno de dichos períodos. Tampoco incluye la citada clasificación los intentos de codificación del derecho internacional marítimo privado, ni es nuestra intención incluirlos en este trabajo, ya que excede los límites que nos hemos propuesto.

En lo que toca a la parte del derecho internacional que nos interesa, esto es el derecho del mar, puedo señalar que el proceso de codificación se orientó principalmente, desde fines del siglo XVIII hasta la primera década del presente siglo, hacia el sector del ordenamiento marítimo aplicable en tiempos de guerra. Como apunta el catedrático de la Universidad de Madrid, Antonio Poch y Gutiérrez de Caviedes, lo anterior obedece a que el derecho internacional general admitía generosamente, en aquel período histórico, una amplia competencia de los Estados para recurrir al recurso de la guerra; de manera que se hacía preciso reglamentar el ejercicio de las actividades bélicas en los espacios marítimos y sus efectos respecto al comercio neutral.⁶ En este período son desarrollados los primeros intentos de codificación por la vía convencional en materias tan importantes como la neutralidad, a fines del siglo XVIII. Culmina en las Conferencias de Paz de La Haya, en 1899 y 1907, pasando por la famosa Declaración de París, de 1856, donde se regula el contrabando de guerra, el bloqueo y la abolición del corso. También cabe hacer especial mención a la Conferencia de La Haya de 1907, donde los delegados de 44 Estados acordaron trece Convenios, ocho de los cuales estaban destinados a regular la guerra marítima, y una Declaración.⁷

La orientación del proceso codificador cambia después de la Primera Guerra Mundial, como consecuencia de la alteración sufrida por el ordenamiento internacional respecto del uso de la fuerza. La Conferencia General de Codificación de La Haya, de 1930, representa el primer intento por sistematizar y precisar las normas

sobre el derecho del mar en tiempos de paz. Pese al fracaso final de esta conferencia —al no ser aceptado por la mayoría de los Estados el límite de las 3 millas de extensión del mar territorial propuesto por las grandes potencias marítimas— ella supuso importantes logros, no sólo en la clarificación de términos y de instituciones del ordenamiento marítimo, sino también por la gama de tendencias contradictorias.

Con el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas, la labor de codificación y de desarrollo progresivo del derecho del mar toma un nuevo giro. La Carta de San Francisco no sólo impone un nuevo orden internacional, sino que asume también la obligación —a través de su Asamblea General— de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación y para ello crea la Comisión de Derecho Internacional. Nada más a propósito para dar cumplimiento a esta tarea, resultaba entonces, abocarse a concluir la fallida Convención de La Haya de 1930.

Bajo el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas se celebran tres Conferencias sobre el Derecho del Mar.

La primera de ellas en la ciudad de Ginebra en el año 1958, en la que participaron 86 Estados. Como resultado de ésta se aprueban cuatro convenios:

1. Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (vigente desde el 10 de septiembre de 1964; suscrita por 44 Estados; ratificada o adherida por 36).

2. Convención sobre el Alta Mar (vigente desde el 30 de septiembre de 1962; suscrita por 49 Estados; ratificada o adherida por 43).

3. Convención sobre la Pesca y la Conservación de los Recursos Vivos del Alta Mar (vigente desde el 20 de marzo de 1966; suscrita por 37 Estados; ratificada o adherida por 27).

4. Convención sobre la Plataforma Continental (vigente desde el 10 de septiembre de 1964; suscrita por 46 Estados; ratificada o adherida por 39).⁸

No es del caso analizar las causas que

⁶ Poch y Gutiérrez de Caviedes, Antonio: *La actual revisión del derecho del mar, una perspectiva española*, pp. 12 y sig.

⁷ *Convenio VI* : Régimen de los buques mercantes enemigos al comienzo de las hostilidades.

Convenio VII : Transformación de los buques mercantes en buques de guerra.

Convenio VIII : Colocación de minas submarinas automáticas de contacto.

Convenio IX : Bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra.

Convenio X : Adaptación a la guerra marítima de los principios de los Convenios de Ginebra de 1864 y 1906.

Convenio XI : Restricciones al ejercicio del derecho de captura (presa) en la guerra marítima.

Convenio XII : Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas.

Convenio XIII : Derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima.

⁸ Chile suscribió este último convenio pero nunca lo ratificó .

motivaron que estas cuatro Convenciones no hayan alcanzado una general aceptación; lo que sí nos interesa destacar es la reanudación del programa de codificación del derecho del mar, que inició la Organización de las Naciones Unidas tras el fracaso de la Conferencia de La Haya en 1930.

Dos años después, en 1960, la Organización de las Naciones Unidas decide convocar a una segunda Conferencia, la que también se realiza en Ginebra.

Algunos autores suelen citar que la cuestión de la anchura del Mar Territorial fue la causa que motivó el fracaso de esta Conferencia y, por ende, la frustrada aceptación generalizada de las cuatro Convenciones aprobadas en 1958, al no haberse puesto de acuerdo los Estados sobre tan importante materia.

Al respecto, me asiste la íntima convicción de que la divergencia sobre la anchura del Mar Territorial sólo fue una causa más del fracaso de las negociaciones. En efecto, el progreso científico y tecnológico ya había abierto nuevas expectativas para acceder a los recursos que ofrecían los fondos marinos. El desarrollo tecnológico de los últimos tiempos permitía la exploración, explotación y uso de los fondos marinos a profundidades que no se sospechaban hace diez años; esta circunstancia, a no mediar una nueva institución, habría permitido que las potencias que poseían la tecnología y los medios financieros se lanzaran en una competencia para apropiarse de los recursos de los fondos marinos; la proliferación de los actos unilaterales de los Estados y de convenios regionales reclamando mayores extensiones de sus competencias estatales en los espacios marítimos adyacentes y el surgimiento de un número considerable de nuevos Estados producto del proceso de descolonización, con la consiguiente alteración de la distribución del poder de la sociedad internacional (por lo menos en la Asamblea General) son hechos que influyeron en las profundas transformaciones de las concepciones políticas, económicas y estratégicas de los Estados participantes en la Segunda Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En tales circunstancias, se requería del transcurso de un tiempo prudente para que se descartaran

las nuevas tendencias que estaban informando al derecho del mar y que las materias que se reglamentaran adquirieran un grado de madurez técnica suficiente.

En el año 1967, la Organización de las Naciones Unidas reinicia los esfuerzos para lograr un nuevo convenio internacional relativo al derecho del mar. Ese año, la Asamblea General debatió por primera vez el concepto "patrimonio común de la humanidad" aplicable a los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional. "El concepto de patrimonio común de la humanidad no era nuevo, se remonta al siglo XIX, y el Presidente de la Primera Conferencia sobre el Derecho del Mar ya se había referido a él en el discurso de apertura en 1958".⁹ Sin embargo, hasta ese momento nunca se había debatido en un foro internacional.

Desde un comienzo se estimó que no se trataba de una cuestión exclusivamente jurídica o económica, sino que su importancia era primordialmente política. Esta fue la razón por la cual la Asamblea General le encargó el estudio de esta materia a un Comité Especial que posteriormente se transformó en un órgano permanente denominado Comisión de Fondos Marinos, encargado de formular las bases del nuevo orden internacional. Tradicionalmente, estas labores preparatorias eran realizadas por la Comisión de Derecho Internacional; sin embargo, el ingrediente político hizo cambiar en esta oportunidad la práctica seguida por la Organización de las Naciones Unidas.^{10,11}

Basada en los resultados de las negociaciones en la Comisión de Fondos Marinos, en 1970, la Asamblea General de la ONU aprobó la Resolución 2749 (xxv), que contiene una declaración de principios en la que se señala que los "fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como los recursos de la Zona, son patrimonio de la humanidad" y luego añadía que la Zona y sus recursos no estarían sujetos a "apropiación por medio alguno de Estados o personas". En la misma declaración de principios se establece que la Zona estaría "abierta a la utilización exclusivamente para fines pacíficos por todos los Estados sin discriminación".

Al aprobar esta declaración de principios,

⁹ Zuleta, Bernardo: *Introducción al texto oficial de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, Naciones Unidas, Nueva York, 1984, p. 4.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sobre el concepto "patrimonio común de la Humanidad" ver: *Los fondos marinos y oceánicos*, de Orrego Vicuña, Francisco, Santiago de Chile, 1976.

la Asamblea General de la ONU reconoció la necesidad de replantear y examinar todos los aspectos del derecho del mar, ya que no se sacaba nada con definir la Zona como "los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional", en circunstancias que las jurisdicciones nacionales no estaban definidas ni tampoco sus extensiones. Es por esta razón que la misma Resolución 2749 le encargó a la Comisión de los Fondos Marinos que desempeñara las funciones de comité preparatorio para una futura conferencia, ya que la Asamblea General estaba consciente "de que los problemas del espacio oceánico están estrechamente vinculados entre sí y deben examinarse como un todo".

De conformidad con la Resolución 2750-C (xxv) de la Asamblea General, a fines de 1973 se convocó a la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que concluyó el 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay, y cuyo producto es la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

CODIFICACION Y DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL MARITIMO

Después de esta síntesis histórica sobre los intentos de codificación del derecho internacional, quisiera referirme a dos aspectos que están íntimamente relacionados con la Convención de Jamaica. El primero se relaciona con la labor de codificación y de desarrollo progresivo del derecho del mar que realizó la Conferencia, hecho que el preámbulo de la Convención se encarga de destacar. En segundo término, deseo destacar el valor de los trabajos de la Conferencia, como fuente de estudio para determinar el estado actual del derecho del mar.

En el derecho interno de los Estados que siguen el sistema continental, en contraposición al sistema anglosajón, la labor de codificación consiste en la reducción a una unidad sistemática de las normas que comprenden una determinada rama jurídica. Su propósito general no sólo radica en sustituir una pluralidad de leyes y costumbres por una ley única, sino que también comprende la elaboración de reglas nuevas y la modificación de las ya existentes,

con un criterio jurídico y político unitario. En el derecho interno, la codificación es algo más que la mera ordenación sistemática o cronológica de las reglas jurídicas de una determinada rama del derecho, por lo tanto, la codificación excede la mera labor de compilación o recopilación.¹²

Al respecto cabe advertir que el movimiento codificador del derecho occidental no es sólo expresión de una necesidad jurídica, sino que además se integra el conjunto de ideas filosófico-políticas racionalistas e individualistas, que se desarrollaron con la Ilustración y el Enciclopedismo y que culminaron con la Revolución Francesa. De acuerdo con esta concepción, se consideró al derecho como realización de la razón humana, como producto de la labor de los juriconsultos. En consecuencia, surgía la necesidad de dictar códigos completos y sistemáticos capaces de proporcionar solución a todas las interferencias posibles entre los hombres.

Contra la Escuela Racionalista surgió la Escuela Historicista —cuyo máximo exponente fue Federico Carlos Savigny— que sostenía que el derecho es un producto de la historia elaborado por la conciencia popular, que evoluciona y se transforma constantemente, de forma que la codificación representaba un grave inconveniente, ya que conllevaba el peligro de paralizar su desarrollo y ahogar sus fuentes naturales dentro de moldes rígidos, petrificándolo. Savigny no creía que la sola razón humana pudiera improvisar códigos claros y completos y concebía a la codificación apenas como una formulación ordenada del derecho vigente en una época determinada, pero que debía ser completada con una "organización progresiva de la ciencia del derecho", para que éste continuara vivo y progresando.

La controversia jurídico-filosófica que produjo la codificación no podía dejar indiferente al derecho internacional, más aún, cuando este último estaba conformado por un conjunto heterogéneo de costumbres, de Tratados y de doctrinas muchas veces contradictorias.

Con todo, la codificación del derecho internacional y la del derecho nacional presentan profundas diferencias.¹³

Por de pronto, cabe destacar que en el proceso codificador del derecho nacional prima un

¹² Esta parte de la exposición está tomada, en gran parte, del Capítulo IV "La codificación del derecho de los tratados", en *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, de De la Guardia, Ernesto y Delpech, Marcelo. Buenos Aires, 1970.

Sobre la codificación en el derecho interno, en *La filiación del derecho*, de Guzmán Brito, Alejandro, Valparaíso, 1976.

¹³ **Miaja de la Muela, Adolfo**: *Introducción al derecho internacional público*, Madrid, 1979, pp. 215 y sig.

criterio jurídico-político unitario. En cambio, en la codificación del derecho internacional —por carecer de un órgano legislativo universal— requiere que los diversos Estados que participan en la conferencia estén de acuerdo en el objeto y contenido de las normas que se pretenden codificar.

Por otra parte, las Conferencias sobre el Derecho del Mar a que ha convocado la ONU no son ni pretenden ser centros de investigación científica del derecho. Sin duda, ellas aspiran a una armonización y unificación del derecho internacional marítimo, pero sólo en la medida de lo posible, esto es, cuando las aspiraciones y necesidades de los Estados sean comunes y concordantes. "La codificación del derecho internacional por las Naciones Unidas debe ser juzgada, pues, a la luz de su verdadera naturaleza y propósito, y no desde un ideal de perfección científica. La ciencia no está ausente de ella, pero se somete a la voluntad de los Estados, moldeándose a la realidad de la vida internacional".¹⁴

El concepto de codificación que impera dentro de las Naciones Unidas queda reducido única y exclusivamente a "la formulación más precisa y a la sistematización de las normas del derecho internacional en materias en las que ya existe una amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas".¹⁵

En cambio, la elaboración de nuevas normas y la modificación de las ya existentes en el plano del derecho internacional caen dentro del campo del desarrollo progresivo del derecho, al contrario de lo que sucede en el derecho nacional, donde ambas funciones son propias de la codificación.

Sin embargo, esta diferenciación entre codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional que en la teoría surge tan nítida, en la práctica resulta algunas veces muy difícil distinguir una de la otra, más aún cuando el Tratado General recoge ambas labores, como es el caso de la Convención de Jamaica.

Suponer que la codificación queda siempre reducida a una labor casi exclusivamente científico-jurídica y que el desarrollo progresivo del derecho internacional queda sujeto prácticamente a los factores de negociación política, no es un criterio absolutamente válido al momento de analizar una Convención como la que nos preocupa. Existen innumerables normas en

la Convención de Jamaica donde ambas funciones se complementan.

Lo anterior no excluye que en la Convención de Jamaica también encontremos normas que son el producto más puro de una estricta labor de codificación, como es el caso del artículo 87 que recoge el antiguo principio de la libertad del Alta Mar. También existen otras normas que son producto genuino de un desarrollo progresivo del derecho del mar; tal es la situación del artículo 38 que consagra el derecho al paso en tránsito por los estrechos, figura jurídica que surge con la Convención de Jamaica.

Por las razones antes expuestas, a mi juicio, los trabajos preparatorios de la Conferencia y la conducta posterior de los Estados, son elementos de la más alta importancia para confrontar la general aceptación de las normas de la Convención de Jamaica y también para poder establecer la pretendida uniformidad de las normas jurídicas que regulan el medio marino.

La Tercera Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se constituyó —como lo destaca el jurista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchaga— "en un foro mundial donde se manifestaron las opiniones y las posiciones de todos los Estados acerca del derecho del mar". De este modo, la Conferencia, realmente universal, recogió en la Convención aquellas normas que contaban con un consenso general. Además incorporó aquellas opiniones ampliamente mayoritarias que se expresaron, pero también se transformó en un órgano que elaboró el derecho sobre la materia y reformó algunas normas preexistentes. Sobre este último aspecto, cabe considerar que el "derecho del mar tradicionalmente había sido en gran parte creado y mantenido por las grandes potencias marítimas —y no podía haber sido de otro modo—, ya que la costumbre resultaba entonces de la conducta seguida por los principales usuarios del mar". En cambio, en la Convención de Jamaica, donde participaron prácticamente todos los Estados que componen la comunidad internacional, se hizo más difícil la existencia de un consenso general en diversas materias, especialmente en lo que tiene relación con el régimen de los Fondos Marinos.¹⁶

Otro aspecto que no se puede dejar de lado al analizar la aceptación generalizada de la Con-

¹⁴ De la Guardia y Delpech: Opus cit. en nota 12, p. 133.

¹⁵ Artículo 15 del estatuto de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas.

¹⁶ Jiménez de Aréchaga, Eduardo: *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 239.

vención de Jamaica y, en consecuencia, la uniformidad de las normas del derecho del mar, radica en el análisis de la práctica seguida por los Estados frente a las diversas normas de la Convención, especialmente respecto de las que recogen el desarrollo del derecho del mar.

Determinadas innovaciones de un convenio general o multilateral —como es el caso de la Convención de Jamaica— e incluso ciertos proyectos de declaraciones en una conferencia diplomática, que han logrado un amplio grado de apoyo, pueden llegar a convertirse en modelo o guía de conducta de los Estados, ejerciendo tanta influencia o poseyendo tal fuerza de persuasión, que la práctica de los Estados en el tiempo transforme esas proposiciones en una norma de derecho, aun en el caso de que jamás lleguen a entrar en vigor.

Por el contrario, también puede suceder que determinadas innovaciones contenidas en un convenio unilateral no cuenten con el respaldo mayoritario de los Estados. En tal caso, la norma o proposición de norma nunca podría transformarse en una norma de derecho internacional común ni menos propenderá a la deseada uniformidad.

ESTADO ACTUAL Y VIGENCIA DE LA CONVENCION DE JAMAICA

De acuerdo con las últimas informaciones obtenidas, 49 Estados han ratificado la Convención y 2 Estados se han adherido a ella, con lo cual estaría faltando la ratificación o adhesión de 9 Estados para que la Convención cumpla uno de los requisitos dispuestos en su artículo 308, sobre su entrada en vigor.¹⁷

En base a estos antecedentes, las hipótesis

que se pueden presentar en relación con la Convención de Jamaica son tres y sus efectos variarían dependiendo de cada una de ellas:

Primera hipótesis

Que la Convención no reúna el número de ratificaciones o adhesiones suficientes para que entre en vigor. Situación bastante improbable, a nuestro juicio, pero que tiene el mérito de reflejar el estado actual del derecho del mar.

Aun a falta de Convención, el derecho del mar en vigor hoy es totalmente distinto al que regía cuando comenzó la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

En efecto, numerosas materias sobre sectores importantes del derecho del mar que regula la Convención son producto de un consenso general o de una orientación definida y predominante en la Conferencia. Los acuerdos logrados en esta Conferencia, seguidos de una práctica efectiva de los Estados, pueden ciertamente, incluso con anterioridad y con independencia de su entrada en vigencia, transformarse en normas consuetudinarias del derecho del mar, incluso aquellas que han modificado radicalmente el derecho del mar preexistente, como es el caso de las figuras jurídicas de Zona Económica Exclusiva y de Plataforma Continental.^{18, 19}

Sin embargo, existen otras materias en la Convención donde no se llegó a un consenso ni tampoco ha preexistido una práctica uniforme de los Estados.

En otros términos, el problema que plantea la Convención hoy en día es cuáles de sus disposiciones constituyen efectivamente normas de derecho y cuáles, no obstante figurar en el

¹⁷ Boletín ONU del 20-11-91: Ratificaciones: Angola, Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Brasil, Bahrein, Botswana, Camerún, Cuba, Cabo Verde, Costa de Marfil, Chipre, Djibouti, Dominica, Egipto, Filipinas, Fiji, Ghana, Guinea-Bissau, Granada, Gambia, Iraq, Islas Marshall (adhesión), Indonesia, Islandia, Jamaica, Kenya, Kuwait, Mali, Micronesia (adhesión), Méjico, Namibia, Nigeria, Omán, Paraguay, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Somalia, Sudán, Tanzania, Trinidad y Tobago, Togo, Túnez, Uganda, Yemen, Yugoslavia, Zaire y Zambia.

¹⁸ Conforme al Boletín del Derecho del Mar, N° 15, de julio de 1990, 92 Estados han formulado reclamaciones de Zonas Económicas Exclusivas o Zonas de Pesca de 200 millas y 77 Estados han hecho reclamaciones sobre Plataforma Continental. En: *La creación del nuevo derecho del mar: El aporte de Chile*, de **Llanos Mansilla, Hugo**, Santiago de Chile, 1991, pp. 334 y sig.

¹⁹ Para que surja una norma de derecho consuetudinario ya no se requiere de una práctica prolongada o inmemorial, como exigía la doctrina tradicional. La Corte Internacional de Justicia, en la sentencia de la Plataforma Continental del mar del Norte, textualmente dispuso: "...el transcurso de un período de tiempo reducido no es necesariamente o no constituye en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario a partir de la que originalmente sólo era una norma convencional..." I.C.J., *Reports*, p.43.

texto, no han adquirido materialmente el carácter de norma jurídica.

El jurista Jiménez de Aréchaga, analizando las modalidades del derecho consuetudinario resultantes de las Conferencias Generales de Codificación y teniendo en consideración las últimas decisiones de la Corte Internacional de Justicia, ha formulado una clasificación de las normas convencionales que, a nuestro juicio, resulta de gran utilidad para analizar cuándo una disposición de la Convención de Jamaica constituye una *lex lata* (ley vigente) o si sólo es una *lex ferenda* (ley cuyo establecimiento es deseado).

En efecto, Jiménez de Aréchaga reconoce tres clases de normas en una Convención:

—De efecto declarativo. “Una primera posibilidad es que la norma convencional sea nada más que la declaración, la expresión formal y por escrito, de una norma de derecho consuetudinario ya existente. En este supuesto, la disposición del Tratado es pura y simplemente la codificación o enunciación de una norma consuetudinaria preexistente”.

—De efecto cristizador. “Una segunda posibilidad es que la disposición del Tratado constituya la primera formulación en un texto de una costumbre que no había alcanzado su madurez plena, pero que se hallaba, como ha dicho la Corte, en vías de formación, una norma *in status nascendi*. Como consecuencia de su incorporación a un Tratado adoptado en una conferencia diplomática de carácter universal, dicha norma *in status nascendi* o en vías de formación, se cristaliza en una norma jurídica de carácter consuetudinario”.

—De efecto constitutivo o generador. “Una tercera posibilidad consiste en que la disposición de un Tratado, en el momento de su adopción, sea claramente una propuesta de *lex ferenda* y no una norma ya existente o incluso *in status nascendi*. Ella no supone la codificación de un derecho preexistente, sino que representa el desarrollo progresivo potencial de una norma de derecho. Sin embargo, como se ha admitido en la doctrina desde hace tiempo y la Corte ha tenido ocasión de confirmarlo, dicha disposición de un Tratado puede constituir el punto de partida de una práctica posterior uniforme de los Estados, conforme con dicha disposición, en tal medida, que la disposición en cuestión, siguiendo los cauces adecuados, se transforma en una regla de derecho consuetudinario. Pero también puede suceder que tal disposición no

cuenta con una aceptación generalizada y que la práctica de los Estados sea contraria a ella, en cuyo caso la validez de la norma será cuestionada”.²⁰

Esta clasificación de Jiménez de Aréchaga, a mi parecer, constituye un buen examen para las disposiciones de la Convención de Jamaica, aun cuando ella no entre en vigencia. Su aplicación constituye un buen método para determinar el derecho del mar vigente en la actualidad.

Segunda hipótesis

Que la Convención de Jamaica reúna el número de ratificaciones suficientes para entrar en vigor (60 Estados), pero un número importante de Estados —entre ellos los que poseen un alto grado de desarrollo científico y tecnológico y medios financieros— se abstengan de ratificarla. Esta situación, que está próxima a ocurrir, es, a mi juicio, la hipótesis más real.

En ésta cabe distinguir tres regímenes jurídicos diferentes:

A) *El régimen jurídico por el que se regularán los Estados que sean parte de la Convención.* En este caso y de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, la Convención de Jamaica obligaría a todas las partes que la hayan ratificado y debería ser cumplido de buena fe por los Estados (Art. 26). Lo anterior constituye la aplicación pura y simple del principio general del derecho internacional denominado *pacta sunt servanda*.

Además, ningún Estado parte de la Convención de Jamaica podría invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de alguna disposición de ésta. Menos aún, cuando la propia Convención de Jamaica, en su artículo 309, establece que “no se podrán formular reservas ni excepciones, salvo aquellas expresamente autorizadas por la propia Convención”.

Según esto, cuando entre en vigor la Convención de Jamaica los Estados que sean parte de ella habrán alcanzado en gran medida la ansiada uniformidad del derecho del mar, sin que ninguno de ellos pueda excepcionarse de cumplir una norma acordada convencionalmente y, tal como lo señala el propio preámbulo de la Convención, las normas y principios del derecho internacional seguirán rigiendo en el resto de las materias no reguladas por la Convención.

²⁰ Jiménez de Aréchaga, Eduardo: Opus cit., p. 21

B) *El régimen jurídico por el que se regularán los Estados que sean parte de la Convención con los terceros Estados que no lo sean.* Este caso presenta aspectos que son del más alto interés analizar.

El principio general que regula la materia establece que los Tratados no perjudican ni aprovechan ni imponen obligaciones ni confieren derechos a los terceros Estados que no son parte del Tratado. Este principio ha sido universalmente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia internacional. La convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados lo recoge en su artículo 34, que textualmente dispone que "un Tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento".

Sin embargo, este principio general del derecho internacional admite, en ciertas circunstancias, excepciones no menos importantes. Me refiero a aquellas cláusulas de los Tratados que otorgan derechos y obligaciones para terceros Estados.

En cuanto a aquellos Tratados que imponen obligaciones a terceros Estados, la Convención de Viena, recogiendo la doctrina tradicional, establece dos condiciones para que el tercer Estado quede obligado:

—Que las partes del Tratado deben haber tenido la intención clara y expresa de crear, mediante esa disposición, una obligación para un Estado o grupo de Estados designados específicamente.

—Que el tercer Estado debe aceptar expresamente y por escrito la obligación.

La situación antes indicada no se presenta en ninguna disposición de la Convención de Jamaica.

Referente a los derechos que puede otorgar una convención a terceros Estados que no sean parte de ella, la doctrina hasta antes de la Convención de Viena se encontraba dividida. Había quienes afirmaban que sólo se creaba un derecho cuando la disposición del Tratado que tenía por objeto conferirle hubiese sido expresamente aceptada por el tercer Estado beneficiario, mediante alguna forma de acuerdo colateral entre él y los Estados partes del Tratado. La otra posición afirmaba que el Estado beneficiario adquiriría jurídicamente el derecho a invocar el beneficio acordado por el Tratado sin necesidad de recurrir a ningún Tratado colateral; bastaba concretar la ejecución de la disposición que otorgaba el citado beneficio o derecho, para adquirir el derecho otorgado.²¹

Estas diferencias de orden doctrinario quedaron conciliadas en el artículo 36 de la Convención de Viena. En el primer párrafo se estipulan las dos condiciones para el reconocimiento del derecho que las partes deseen conferir a un tercer Estado: La intención de dichas partes y el consentimiento del Estado beneficiario. Pero en el caso del otorgamiento de un derecho, a diferencia del consentimiento expreso que se exige para la asunción de una obligación, el asentimiento "se presumirá mientras no haya indicación en contrario", tal como lo establece dicho artículo.

Este último elemento es el que une las dos disposiciones doctrinarias. En efecto, un Estado beneficiario que permite que se ejecute un derecho sin la expresión de un previo y formal asentimiento, habrá asentido tácitamente al ejercicio de un derecho por parte de un tercer Estado.

Sin embargo, conforme al segundo párrafo del mismo artículo 36, el ejercicio de un derecho por parte de un tercer Estado estará subordinado a las condiciones que para dicho ejercicio estén prescritas en el propio Tratado.

Este asentimiento tácito que consagra la Convención de Viena, da lugar al nacimiento de innumerables derechos para terceros Estados individualmente considerados. Pero, al mismo tiempo, también es motivo de la formulación de innumerables protestas por parte de aquellos Estados que, siendo parte de la Convención, no desean que terceros Estados gocen de los beneficios que otorga la Convención de Jamaica, especialmente cuando esos derechos sean fruto del desarrollo progresivo del derecho. Más aún, cuando esos terceros Estados se hayan opuesto abiertamente a su establecimiento o rechacen el ejercicio de ese mismo derecho en sus aguas jurisdiccionales.

Para ejemplificar la situación antes descrita me referiré al derecho al paso en tránsito, producto genuino del desarrollo progresivo del derecho del mar que surgió en la III Conferencia sobre el Derecho del Mar y que aparece recogida en la Convención de Jamaica.

Un Estado que no sea parte de la Convención de Jamaica perfectamente podría hacer uso de este derecho, sin que el Estado o Estados ribereños del Estrecho —partes de la Convención— manifiesten oposición alguna. La reiteración por ese tercer Estado del ejercicio de ese derecho, sin la oposición del o de los Estados

²¹ Rousseau, Charles: *Derecho internacional público*, Barcelona, 1969, p. 59.

riberenos, le otorgarán un derecho asentido tácitamente.

Pero también puede producirse la situación inversa, en que el mismo Estado o Estados ribereños —partes de la Convención— no deseen reconocerle ese derecho a un tercer Estado que no es parte, ya sea como una medida de retorsión, de represalia o por cualquier otro motivo.

En tal situación, el Estado o Estados ribereños se verán obligados a formular las correspondientes protestas, con el objeto de que ese tercer Estado no se vea beneficiado por una institución propia de la Convención de Jamaica que no tiene precedentes históricos como para invocarlos como fundamentos de un derecho consuetudinario.

Frente a las nuevas figuras jurídicas que contempla la Convención de Jamaica, la práctica seguida por los Estados será el factor fundamental para determinar la validez de ellas, especialmente cuando se trate de las relaciones jurídicas entre Estados parte de la Convención y terceros Estados.

No obstante, el mayor problema que se presenta en la regulación jurídica entre los Estados que son parte de la Convención de Jamaica con los Estados que no lo son es en aquellas materias donde estos últimos han manifestado abiertamente su rechazo a determinadas normas. Esta situación se ve agravada por el hecho de que el nuevo régimen del derecho del mar, de conformidad a lo acordado en la Conferencia, "sólo era viable si se contaba con la aceptación de todos los países" a través de un "acuerdo global".²²

En relación con esta misma materia, esto es, el otorgamiento de derechos y el establecimiento de obligaciones para terceros Estados que no sean parte de la Convención de Jamaica, deseo referirme a una materia de suyo compleja que en la doctrina se conoce con el nombre regímenes objetivos.

Aun cuando el destacado profesor danés Max Sorensen reconoce que "dar una definición del término 'situación jurídica objetiva' da lugar a grandes dificultades", intentaré, para los efectos de esta exposición, dar un esbozo de lo que doctrinalmente se entiende por regímenes objetivos.²³

En una primera aproximación podría decir que son aquellos regímenes que establecidos

en los Tratados estipulan obligaciones y derechos válidos *erga omnes* (válidos para todos).

El mismo Sorensen señala que "parece que todavía hay consenso general en que un Tratado no puede imponer cargas sobre un tercero, es decir, sobre una persona internacional que no sea parte". Para esa persona, el Tratado es *res inter alios acta* (asunto que, por ley, concierne exclusivamente a otros). Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional expresó (...en el caso de las zonas francas, en 1932): "En cualquier caso, el artículo 435 del Tratado de Versalles no obliga a Suiza, quien no es parte de dicho Tratado, excepto hasta el grado en que dicho país lo haya aceptado".

"Sin embargo —añade el mismo Sorensen— puede observarse que el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas declara que la Organización hará que los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacional". Como hoy es casi universal pertenecer a las Naciones Unidas es quizás académico considerar hasta qué punto esta estipulación constituye una incursión contra la regla de que un Tratado no puede imponer carga a un tercer Estado que no es parte del mismo. No obstante, estimo válido el ejemplo de cómo un Tratado puede, en determinadas circunstancias, crear un "régimen objetivo que obligue *erga omnes*".²⁴

La duda que legítimamente surge es saber hasta qué punto la Convención de Jamaica puede consagrar un régimen objetivo.

Sobre el particular, creo conveniente reproducir los fundamentos dados a favor o en contra de los regímenes objetivos.

Al decir de los autores argentinos De la Guardia y Delpech: "Nadie ha estudiado el tema más concienzudamente que Fitzmaurice", quien parte de la base que "del hecho de que un tercer Estado no tenga, en virtud de un Tratado determinado, ninguna obligación y no esté obligado a ejecutar u observar sus disposiciones, no podría decirse que no esté sujeto en absoluto a ninguna obligación relativa al Tratado, o que el Tratado no produzca ningún efecto jurídico en lo que concierne al tercer Estado". El principio general de que el tercer Estado no puede verse afectado por un Tratado ajeno a

²² Zuleta, Bernardo: Opus cit., p. 3.

²³ Sorensen, Max: Manual de derecho internacional público, Méjico, 1973, p. 236.

²⁴ *Ibidem*, p. 237.

él, reconoce como excepción o limitación otro principio "el de respeto a los actos internacionales lícitos, válidos o legítimos" celebrados por terceros Estados. Por último —señala el mismo autor— "el tercer Estado tiene la obligación pasiva de no perturbar ni trabar la ejecución de un Tratado lícitamente concluido entre otros Estados".²⁵

En cambio, para el jurista Waldock, que abordó la cuestión con gran prudencia y más bien negativamente en el curso de la Convención de La Haya, la pretensión de ciertos "tratados en los que pocos Estados, comparativamente, son parte, pero de los que se dice que establecen regímenes objetivos válidos *erga omnes*" de constituir "posibles fuentes del derecho internacional general", debe ser considerada a la luz de la norma establecida por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el sentido de que "un Tratado sólo crea derechos entre los Estados que son parte de él".

Pero el mismo Waldock, en un informe a la Comisión de Derecho Internacional, define los Tratados que establecen regímenes objetivos y cuándo éstos pueden afectar a los terceros Estados y sobre el particular sostuvo:

1. *Un Tratado establece un régimen objetivo cuando se desprende de sus términos y de las circunstancias de su conclusión que la intención de las partes es de crear, en el interés general, obligaciones y derechos relativos a una región determinada, Estado, territorio, localidad, río, vía de agua, o a una región determinada del mar, fondo marino o espacio aéreo; siempre que se incluya entre las partes cualquier Estado que tenga competencia territorial con respecto al objeto del Tratado, o que tal Estado haya consentido a la provisión de que se trata.*

2. a) *Un Estado que no sea parte del Tratado, que consienta expresa o implícitamente en la creación o en la aplicación de un régimen objetivo, será considerado como habiéndolo aceptado.*

b) *Un Estado que no sea parte de un Tratado, que no proteste o manifieste su oposición de otro modo a dicho régimen dentro de un período de diez años del registro del Tratado ante el Secretario General de las Naciones Uni-*

das, será considerado como habiendo implícitamente aceptado tal régimen.

3. *Un Estado que haya aceptado un régimen de la especie referida en el párrafo 1 estará:*

a) *Obligado por cualquier obligación general que él contenga.*

b) *Facultado para invocar sus provisiones y para ejercer cualquier derecho general que puede conferir, con sujeción a los términos y condiciones del Tratado.*

4. *A menos que el Tratado provea otra cosa, un régimen de la especie referida en el párrafo 1 puede ser enmendado o revocado por las partes en el Tratado solamente con el concurso de aquellos Estados que han aceptado expresa o implícitamente el régimen y tienen un interés sustancial en su funcionamiento.*²⁶

De la proposición formulada por Waldock se puede inferir que el matiz diferencial entre un Tratado normativo de orden general (que también propone concretar un interés general) y un Tratado que prevé un régimen objetivo, reside en el hecho de que, en este último, una o más partes tienen competencia espacial para concretar Tratados sobre la materia objeto del Tratado.

El hecho de que una o más partes tengan competencia espacial sobre la materia objeto del Tratado es lo que diferencia estos casos de los Tratados normativos generales. En estos últimos, ningún Estado tiene más competencia que otro con respecto a la materia que es objeto del Tratado y por esta razón no es posible atribuir a éste un efecto objetivo.

Ejemplos fácticos que sirven para ilustrar Tratados que establecen regímenes objetivos nos lo proporciona Fitzmaurice, indicando que "los Terceros no tendrían que perturbar la ejecución de un Tratado lícito. Si una región es desmilitarizada por Tratado, los Estados que no son parte deberían, en general, respetar esa situación. Si un Tratado consagra una cesión de territorio, los terceros Estados que no tienen un título válido a la posición de ese territorio deberían reconocer y aceptar la cesión". En estos casos, las partes que concurren a establecer el Tratado tenían competencia para regular la materia que es objeto del Tratado y el régimen

²⁵ De la Guardia y Delpech: Opus cit., p. 338.

²⁶ Esta proposición del artículo no prosperó dentro de las negociaciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969. La Comisión de Derecho Internacional decidió omitir esta cuestión al elaborar el proyecto definitivo "por considerar que la norma del artículo 32 del mismo y la referencia a la costumbre proporcionan un fundamento jurídico para establecer obligaciones y derechos convencionales *erga omnes*, lo más a que puede llegarse en el momento actual". En: De la Guardia y Delpech, opus cit., p. 343.

acordado debe ser respetado por terceros Estados aunque no sean parte del mismo.

Otro caso donde también podemos encontrar el establecimiento de un régimen objetivo y que tiene características especiales, es el de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia por reparación de daños, cuando se refirió a la ONU como "una entidad poseedora de personalidad internacional objetiva y no meramente reconocida por los 50 Estados fundadores".

Después de esta breve introducción a los problemas que plantean en la doctrina y en la práctica los regímenes objetivos, me interesa analizar hasta qué punto la Convención de Jamaica pretende crear uno o varios regímenes objetivos.

Una vez que entre en vigor la Convención de Jamaica, será un tratado válido, lícito y legítimo entre los sesenta o más Estados que lo hayan ratificado. Sin duda, el objetivo que persigue la Convención es crear un régimen normativo general. Sin embargo, el problema que se plantea es determinar la capacidad de los Estados parte para crear, en interés general, un régimen de obligaciones y derechos de carácter general que impongan derechos y obligaciones a terceros Estados. Asimismo, resulta de interés determinar hasta dónde llega el ámbito de competencia espacial de los Estados parte para regular espacios marinos que escapan a su jurisdicción ordinaria, esto es, más allá de su territorio jurídico, como sería el caso de los fondos marinos y el régimen de la pesca en alta mar, por citar algunos ejemplos.

Creo que las respuestas a estas inquietudes o interrogantes deben darse caso a caso, analizando independientemente cada una de las disposiciones de la Convención y estableciendo en cada situación cuándo la norma pretende establecer un régimen objetivo y de qué manera ella efectivamente cumple con los requisitos para que así sea considerada.

Como criterio general, puedo señalar que, a mi juicio, crea un régimen objetivo toda disposición de la Convención de Jamaica que recoja una norma imperativa del derecho internacional general, esto es, aquella norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter (*ius cogens*). A vía de ejemplo, de esta clase de normas, puedo señalar las disposiciones contenidas en los artículos 95 y 100 de la Convención, que tienen relación con la inmunidad de los buques de guerra en alta mar y con el deber de cooperar en la represión de la piratería. Estimo

que esta clase de normas no sólo obliga a los Estados parte, sino también a los terceros Estados ya que crean un régimen objetivo, válido *erga omnes*.

También, a modo de ejemplo puedo citar el artículo 7 de la Convención, sobre las líneas de base. Estimamos que si un Estado traza sus líneas de base en conformidad a las modalidades y procedimientos que establece dicho artículo, dicho Estado está creando un régimen objetivo que deberá ser respetado no sólo por los Estados parte de la Convención, sino también por aquellos Estados que no sean parte.

Asimismo, como criterio general, creo que aquellas normas declarativas de la Convención, esto es, aquellas que declaran una norma preexistente de carácter consuetudinario, dan lugar a la creación de derechos y obligaciones que deberían ser respetados por los terceros Estados, aunque no sean parte de la Convención, pero en este caso la razón de la fuerza de la norma radicaría en el derecho consuetudinario y no en un régimen objetivo.

En cuanto a las normas cristalizadoras de la Convención, en la medida que ellas se transformen en normas consuetudinarias, sin duda también podrán llegar a establecer derechos y obligaciones para los terceros Estados, no por vía convencional pero sí por incorporación al derecho consuetudinario. Tal es el caso de la disposición de la Convención de Jamaica relativa a la existencia de la Zona Económica Exclusiva, espacio marítimo que ha sido ampliamente reconocido, incluso, por Estados que durante la Conferencia se mostraron renuentes a la creación de dicha Zona.

En relación con las normas generadoras de la Convención de Jamaica, que constituye *lege ferenda* (leyes cuyo establecimiento es deseado), su futura obligatoriedad dependerá fundamentalmente de la práctica seguida no sólo por los Estados parte de la Convención, sino que también de la conducta hacia la norma por parte de los terceros Estados. Una actitud persistente de estos Estados contra una norma declarativa de la Convención impedirá que ella logre esta obligatoriedad. Tal situación se presenta en muchas de las disposiciones que regulan los fondos marinos, en los artículos 133 y siguientes de la Convención de Jamaica.

C) *El régimen por el que se regularán las relaciones entre los Estados que no sean parte de la Convención.* Este continuará, a mi juicio, tal cual ha sido hasta hoy, esto es, normado por el derecho consuetudinario y por las normas y principios del derecho internacional general, lo que no necesariamente significa que este tipo de régimen aplique las normas de la Conven-

ción de Jamaica, especialmente las declarativas y cristalizadoras.

Si bien en la actualidad la ONU continúa realizando esfuerzos para lograr la general aceptación de la Convención, mientras ello no suceda se producirá una diversidad de regímenes jurídicos, en que la incertidumbre será el principal impedimento para tener la necesaria claridad acerca de cuál es el derecho del mar realmente vigente, más aún cuando las razones del rechazo obedecen a diferentes motivaciones, dependiente de los intereses particulares de cada Estado.

Tercera hipótesis

Que la Convención de Jamaica sea objeto de un acuerdo global durante las negociaciones que se llevan adelante actualmente en el marco de la Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

Al alcanzar dicho acuerdo global, sin duda el derecho del mar —en teoría— lograría establecer un orden universalmente aceptado. Sin embargo, en la práctica la ansiada uniformidad, a mi juicio, aún no se lograría en plenitud y se requeriría de un largo proceso de decantación de las nuevas figuras jurídicas y de un gran esfuerzo por parte de los Estados en orden a interpretar unánimemente las disposiciones de la Convención.

En las Convenciones producto de conferencias diplomáticas, como es el caso de la de Jamaica, lo jurídico muchas veces debe ceder terreno a lo político, a través de soluciones de compromiso, como consecuencia de las diferentes posiciones de los Estados participantes. Estas soluciones de compromiso, las más de las veces se logran a través de la ambigüedad de sus disposiciones, ingrediente que no está ausente en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Esta nota característica de la Convención de Jamaica queda de manifiesto en lo expuesto por el ex Presidente de la Segunda Comisión de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y Presidente de la Delegación de El Salvador, el jurista Reynaldo Galindo Polh, cuando refiriéndose a las negociaciones llevadas a efecto en la Conferencia,

escribe: "Dada la oposición de intereses y en particular la copresencia de desarrollo y subdesarrollo, así como disparidades en la potencia política y militar, los arreglos políticos que el texto recoge y traduce a lenguaje jurídico no han pasado sin ambigüedades ... La ambigüedad es un ingrediente insuperable de negociaciones intrincadas y que tratan de conciliar intereses contrapuestos y con frecuencia antiestéticos, en el sentido de que cualquier ventaja para el uno comporta una disminución o un retroceso para el otro. A través de la ambigüedad las soluciones se remiten a instancias posteriores, pero se salva el momento por medio de acuerdos en que cada parte espera conservar sus intereses. Cada quien lee los textos según el color de sus lentes. Aclaraciones y lógica simplemente podrían interponer un obstáculo insalvable para el acuerdo y, a la postre, es preferible un acuerdo con ciertos tintes de ambigüedad que la falta de acuerdo, particularmente si se toman medidas precisas para la solución de los diferendos. La ambigüedad es, pues, en algunos casos un recurso querido y buscado, una especie de *modus vivendi* que salva a los políticos y a los diplomáticos y origina la problemática que atraerá a los juristas ofreciéndoles una especie de paraíso de complejidades interpretativas".²⁷

Aun cuando la Convención de Jamaica entre en vigencia con el acuerdo global de todos los Estados miembros de la comunidad internacional, la uniformidad en la aplicación de sus normas requerirá de un largo período, durante el cual los Estados deberán realizar sus mejores esfuerzos en orden a lograr un auténtico orden jurídico universal que regule todos los aspectos del derecho del mar.

ROL DE LAS ARMADAS FRENTE A LA CONVENCION SOBRE EL DERECHO DEL MAR

Con el objeto de analizar el rol que le cabe a las armadas frente a la Convención, he tomado el enfoque que nos proporciona Ken Booth en su obra *Las armadas y la política exterior*, acerca de los tres tipos de acción mediante los cuales éstas cumplen sus propósitos: La militar, la diplomática y la policial.²⁸

²⁷ Galindo Pohl, Reynaldo: "La Zona Económica Exclusiva a la luz de las negociaciones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", en *La Zona Económica Exclusiva. Una perspectiva Latinoamericana*, editada bajo la dirección de Francisco Orrego Vicuña, Santiago de Chile, 1982, p. 43.

²⁸ Booth, Ken: *Las armadas y la política exterior*, Instituto de Publicaciones Navales, Buenos Aires, 1980, pp. 19 y sig.

Según el citado autor, la esencia de las armadas está en su carácter militar. La capacidad de una armada para usar la fuerza o amenazar con usarla es la que le da significado a sus otros modos de acción. Su utilidad en los conflictos proviene de su aptitud para usar exitosamente la fuerza; en consecuencia, su impacto diplomático deriva de la percepción que se tenga de su carácter militar. El papel diplomático de las armadas estriba en el manejo de la política exterior sin llegar al uso de la fuerza y como un instrumento del Estado para llevar adelante su política exterior. El papel de policía atañe tanto a lo interior como a lo exterior y sus objetivos están relacionados con las responsabilidades costeras de la soberanía, con el goce de los recursos naturales, con el mantenimiento de un buen orden y con la contribución al progreso del Estado mediante la cooperación al desarrollo y estabilidad interiores.

La misión militar de las armadas y la Convención

De acuerdo a los estudios realizados por D.P. O'Connell, "el gráfico de las oportunidades en que se utiliza el poder marítimo coercitivo describe una curva ascendente, lo cual se vuelve aún más siniestro si se analizan las estadísticas. Desde 1945 (año de la creación de la Organización de las Naciones Unidas), han tenido lugar cerca de cien incidentes de esta naturaleza, involucrando a casi cincuenta armadas, y todos ellos —de alguna manera— se originaron por problemas legales o por lo menos se relacionaron con el derecho internacional".²⁹

Cabe hacer presente que O'Connell publicó su trabajo en el año 1974. Desde ese año a la fecha no hemos encontrado otras estadísticas sobre este particular. Sin embargo estimamos, a juzgar por los acontecimientos de los últimos decenios, que se ha seguido utilizando el poder marítimo coercitivo; de ahí nuestro interés por analizar la misión militar de las armadas y la Convención.

No obstante esta falta de información estadística, quiero destacar que concuerdo plena-

mente con la afirmación del mismo autor, en el sentido de que : "La única predicción cierta es que cuanto más bajo sea el nivel del conflicto, más localizada la situación y más restringidos los objetivos, tanto más predominante será el factor derecho en el gobierno de la conducta naval; como así también que el derecho asumirá un papel nimio —como sucedió en la Segunda Guerra Mundial— cuando el conflicto se vuelva global; cuando los neutrales entren en él o comprometan su apoyo y cuando la desesperación se convierta en un elemento de planeamiento operativo. No parece probable que se repitan las condiciones que prevalecieron durante la Segunda Guerra Mundial, pero sí es probable que proliferen las causas de disputa y lo métodos navales tecnológicamente avanzados para manejarlas".³⁰

No pretendo, en este trabajo, establecer las diferencias que puedan existir entre las expresiones "guerra" y "conflicto armado".

En todo caso, estimo útil transcribir la opinión que le merecen esas expresiones a Jeffrey Golden, cuando analiza el tema "La fuerza y el derecho internacional" y al respecto expresa que "el grado de formalidad que se le atribuyó a esas declaraciones ha variado en la práctica a lo largo de la historia y actualmente mucho de ese ritual prebélico ha sido eliminado, probablemente por razones muy prácticas ... Las naciones continúan negando su intervención y disfrazando sus actos con eufemismos como el de 'conflicto armado' en lugar de llamar a la guerra por su nombre".³¹

En lo que a nuestro tema atañe, me interesa sobremanera analizar la vigencia de la Convención de Jamaica frente a una guerra o conflicto bélico, la forma cómo ella puede influir en las operaciones navales de los beligerantes y la manera cómo estas operaciones navales afectan los derechos de los neutrales, consagrados en la Convención.

De todos los trabajos y documentos elaborados durante la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a que he tenido acceso, en ninguno he encontrado alguna referencia al tema que me preocupa. Por

²⁹ O'Connell, D. P.: *La influencia del derecho sobre el poder marítimo*, traducido y editado por el Instituto de Publicaciones Navales, Buenos Aires, 1981, p. 22. La frase entre paréntesis es nuestra. Datos estadísticos y descripción de incidente donde se emplea el poder marítimo coercitivo, también pueden encontrarse en: *Diplomacia de las cañoneras*, de James Cable.

³⁰ O'Connell, D. P.: *Opus cit.*, p. 24.

³¹ Golden, Jeffrey: "La fuerza y el derecho internacional", en: *El uso de la fuerza en las relaciones internacionales*, recopilada por F. F. Northedge, traducida y editada por el Instituto de Publicaciones Navales, Buenos Aires, 1978, p. 175.

el contrario, todos ellos discurren sobre la base de que el derecho del mar que recoge la Convención está referido única y exclusivamente para tiempos de paz. Esta afirmación, la vemos reforzada por lo dispuesto en los artículos 88 y 58 de la Convención, que establecen que la Zona Económica Exclusiva y el Alta Mar serán utilizadas exclusivamente con fines pacíficos.

No me referiré a los usos militares de que pueda ser objeto la Zona Económica Exclusiva. Sin embargo, deseo llamar la atención sobre el carácter de *lege ferenda* que tiene el artículo 88 de la Convención, toda vez que tradicionalmente se ha considerado el Alta Mar como espacio marítimo propio del teatro de la guerra marítima.

El hecho de que la Convención de Jamaica recoja el derecho del mar desarrollado y codificado única y exclusivamente para tiempos de paz, no necesariamente significa que en tiempos de guerra o de conflicto armado, los beligerantes deban ignorar su contenido. Muy por el contrario, las armadas de los países beligerantes deberían tener muy en cuenta todas aquellas disposiciones de la Convención que le reconocen derechos a los neutrales, especialmente cuando ella consagra normas de *ius cogens*, o bien sean normas declarativas de derechos consuetudinarios universalmente aceptados, como sería el caso del respeto al derecho de inmunidad de los buques de guerra neutrales. Resultaría largo enumerar cuáles son esas disposiciones de la Convención que las armadas de los beligerantes deberían respetar en caso de un conflicto armado y además escapa a los objetivos propuestos en este trabajo. No obstante, deseo dejar planteada la inquietud para futuros trabajos o ponencias y destacar el hecho de que no obstante estar la Convención elaborada para tiempos de paz, juega un rol fundamental en tiempos de guerra, especialmente en todo lo que tiene relación con el régimen jurídico que regula la conducta de los beligerantes frente a los neutrales.

La misión diplomática de las armadas y la Convención

Como ya se ha señalado, las armadas siempre han tenido más que una función meramente combativa. También cumplen, entre otras funciones, la de servir como instrumento de la política exterior del Estado.

En este contexto —de acuerdo a lo que

señala Booth— se entiende como misión diplomática “el empleo de los buques de guerra en apoyo de la posición negociadora general del país, en instancias de negociaciones especiales y en las tácticas de creación de influencias, así como variadas tareas de representación”.³²

Conforme a dicho enfoque, la misión diplomática de las armadas frente a la Convención de Jamaica estará condicionada a la decisión política que haya adoptado el Estado en orden a ratificar o no el mencionado acuerdo internacional.

Sin embargo, el rol de las armadas en este campo resultará fundamental en la futura evolución del derecho del mar. Por de pronto, debo señalar que la expresión más genuina de la voluntad oficial del Estado en los espacios marítimos está representada, precisamente, por los buques de guerra, de manera que la conducta que ellos adopten frente a cada situación constituirá un precedente de más alto valor para establecer la práctica del Estado frente a una determinada disposición de la Convención.

Al entrar en vigor la Convención de Jamaica, las armadas de los Estados que sean parte del acuerdo internacional estarán obligadas a respetar sus normas, las que deberán ser cumplidas de buena fe, conforme al principio general del derecho internacional *pacta sunt servanda*. Esta conclusión que a primera vista parece tan elemental y sencilla, no lo es tanto si consideramos las características de la Convención de Jamaica, especialmente aquella que tiene relación con la ambigüedad a que hacía referencia Galindo Pohl, más aún, si esa solución de compromiso corresponde a una disposición que refleja un desarrollo progresivo del derecho del mar. En este sentido, el rol de las armadas resultará fundamental para establecer el verdadero sentido y alcance que cada Estado le da a una determinada norma de la Convención.

Frente a disposiciones como la del artículo 59, que establece las bases para la solución de conflictos relativos a la atribución de derechos y jurisdicción en la Zona Económica Exclusiva que, a mi entender, constituye un ejemplo clásico de solución de compromiso, o bien, ante una disposición como la del artículo 88 relativa a la utilización exclusiva del Alta Mar con fines pacíficos, expresión pura de una labor de desarrollo progresivo del derecho internacional marítimo, las actitudes que asuman las armadas resultarán fundamentales para conocer la

³² Booth, Ken: Opus cit., p. 21.

posición negociadora general del país; también lo serán las tácticas creadoras de influencias respecto a dichas materias, tanto frente a otros Estados parte como frente a terceros Estados que no sean parte de la Convención.

Si bien estas materias pueden ofrecer a menudo respuestas polémicas, brindan también ventajas a quien desee manipularlas, ya que su carácter polémico puede ser, en sí mismo, el motivo de disputa o de transformación de la categoría o nivel de la controversia. En estos casos, la misión diplomática de las armadas cobra una relevancia fundamental.

Otro tanto ocurrirá con la misión diplomática de las armadas cuando haya que resolver las posibles controversias que puedan surgir en las relaciones de los Estados parte y los terceros Estados, cuando éstos desconozcan o pretendan obtener para sí algún beneficio de una nueva disposición de la Convención. En tales situaciones, el rol diplomático de las armadas resultará de vital importancia en la toma de decisiones para asentir tácitamente el otorgamiento de ese nuevo derecho a un tercer Estado ajeno a la Convención, o bien, en la formalización de la correspondiente protesta cuando no se desee otorgar el referido beneficio. Por otra parte, la misión diplomática de las armadas de los Estados que no sean parte de la Convención de Jamaica incluirá redoblar sus esfuerzos con el objeto de evitar que se le apliquen aquellas disposiciones de la Convención contra las cuales han sostenido una abierta oposición.

En el ejercicio de cada una de esas acciones diplomáticas de las armadas frente a determinadas disposiciones de la Convención, van a ir surgiendo precedentes de la más alta importancia, no tan solo para la debida interpretación de sus normas, sino que también como precedentes de gran valor para determinar el grado de aceptación de determinadas normas dentro de la comunidad internacional.

Con todo, la acción diplomática de las armadas no sólo se verá reflejada en estas acciones de coexistencia pacífica, donde cada Estado velará por sus propios intereses frente a posibles interpretaciones encontradas que puedan realizar otros Estados sobre determinadas disposiciones de la Convención; creemos también que la acción diplomática de las armadas frente a la Convención de Jamaica será motivo de un amplio campo de cooperación, especialmente frente a aquellas disposiciones de la Convención que le entregan a las organizaciones internacionales subregionales o regionales la responsabilidad de regular la conservación y administración de los recursos vivos en determinadas áreas del Alta Mar.

Sobre esto último, ya existen proposiciones concretas en orden a establecer nuevos conceptos que, sin modificar las normas de la Convención de Jamaica y sin introducir cambios en el régimen jurídico de los espacios marítimos, invitan a los Estados de determinadas regiones a participar de los legítimos beneficios que ofrecen los recursos vivos del Alta Mar y al mismo tiempo a adoptar medidas de conservación y administración de dichos recursos. Me refiero concretamente al concepto de Mar Presencial, que se abordará en otra ponencia. En todo caso, me interesa destacar, por ahora, el amplio campo de cooperación que crea la Convención de Jamaica, donde las misiones diplomáticas de las armadas deberán jugar un rol preponderante.

La misión policial de las armadas y la Convención

La misión policial de las armadas está contemplada, en la Convención, desde una doble perspectiva, que mira tanto al interior como al exterior de los Estados.

En lo que atañe a la misión policial de las armadas al exterior, la encontraremos en todas aquellas disposiciones en las cuales se le entrega a las armadas la responsabilidad comparada de mantener el orden internacional en el Alta Mar, ya sea en la represión de la piratería, del transporte de esclavos, del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y de las transmisiones no autorizadas desde el Alta Mar, entre otros. No entraré en detalle sobre este aspecto, ya que estas materias serán tratadas por otro relator. Sin embargo, me interesa destacar la misión judicial de las armadas, contemplada en la segunda sección de la Parte VII de la Convención, relacionada con la conservación y administración de los recursos vivos del Alta Mar, donde se prevé la existencia de organizaciones regionales o subregionales "con miras a tomar las medidas necesarias para la conservación de tales recursos vivos" (artículo 118).

En cuanto a la misión policial de las armadas hacia el interior del Estado, la Convención de Jamaica les reconoce y les entrega un rol de la mayor importancia. Esta acción de policía se ejerce en todos los espacios marítimos sometidos a la jurisdicción del Estado ribereño, esto es, desde sus aguas interiores hasta el borde exterior de su Zona Económica Exclusiva o hasta el borde exterior de la Plataforma Continental, cuando ésta exceda el límite de las doscientas millas. Claro está que esta misión policial presenta diversos grados de intensidad, según

sea el espacio marítimo en que ha de ejercerse, y dependerá de los derechos que la Convención le entregue al Estado ribereño en cada uno de dichos espacios marítimos.

Entre estas tareas de policía que la Convención le entrega a las armadas, la más importante es la que tiene relación con el resguardo de la soberanía y los derechos soberanos del Estado sobre cada uno de los espacios marítimos. También dentro de esta misión de policía, la Convención le entrega a las armadas la facultad de garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos que los respectivos Estados hayan dictado para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos existentes en sus espacios marítimos, normas que en todo caso deberán estar en concordancia con las disposiciones de la Convención. Asimismo, la Convención le otorga a las armadas el mantenimiento del orden en sus espacios marítimos, especialmente en aquellos que se encuentran sometidos a su soberanía, llegando incluso a permitirles exigir a los buques de guerra extranjeros que salgan de su Mar Territorial, cuando éstos no cumplan las leyes y reglamentos del Estado ribereño.

Como se podrá apreciar, la misión policial que la Convención le entrega a las armadas constituye un amplio espectro de las más diversas situaciones. De ahí que las conductas que asuman las armadas en este campo cons-

tituyen antecedentes valiosísimos para confrontar la práctica de los Estados con las disposiciones de la Convención de Jamaica, ya sea como un método de interpretación de la misma o como un medio de comprobar la eficacia material de las normas contenidas en el citado acuerdo internacional.

* * *

Al concluir la presente exposición, me vienen a la memoria las reflexiones de Savigny acerca del significado del proceso de codificación y de la organización progresiva de la ciencia del derecho.

Sin duda, la Convención de Jamaica ha constituido un gran avance en la codificación y desarrollo progresivo del derecho del mar. Sin embargo, para que la organización progresiva de esta rama del derecho continúe viva y siga progresando requiere del aporte constante de juristas, políticos, diplomáticos y de la gente de mar, tomada esta última expresión en el sentido más amplio. En este orden de ideas, las armadas están llamadas a cumplir un papel fundamental en la futura evolución del derecho del mar. Creo que la realización de esta clase de encuentros como al que asistimos hoy constituye un importante impulso al progreso del derecho del mar, no obstante el modesto aporte que ha significado el presente trabajo.

