

LA SOLUCION A LAS CONTROVERSIAS EN EL DERECHO DEL MAR

*Edmundo Vargas C. **

1. *Introducción*

No parece difícil predecir que el tema de la solución pacífica a las controversias será uno de los más importantes en las próximas etapas de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Es posible también que, como ha ocurrido en anteriores conferencias codificadoras, sea el problema que suscite mayores discrepancias entre los participantes.

Hasta ahora, la mayoría de los Estados, en espera de la determinación precisa de las reglas sustantivas sobre el Derecho del Mar, no han demostrado una especial preocupación por proponer normas sobre el procedimiento que deberá aplicarse para dirimir las disputas que se originen por la interpretación o aplicación de la futura Convención.

Es explicable que ello sea así. Mientras no se tenga certeza de cuáles serán los derechos y obligaciones que asumirán los Estados o los poderes de los órganos que se establecerán en la Convención, resulta prematura la elaboración pormenorizada del mecanismo para la solución de las controversias y de cada uno de los complejos problemas que éste plantea.

Ello no obsta, sin embargo, para que a la luz de los debates habidos primero en la Comisión sobre la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos Fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional¹ y luego, en la Conferencia de Caracas, y de las escasas proposiciones concretas que se han formulado en dichas oportunidades, puedan expresarse ciertos criterios muy generales que permitan señalar la orientación que tendrán los debates en las ulteriores etapas de la Conferencia.

* Diploma di Perfezionamento (Università degli Studi Sociale, Roma); Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya; Miembro del Comité Jurídico Interamericano; Director, Programa de Relaciones Internacionales, Instituto de Ciencia Política, Universidad Católica de Chile; Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Chile; Observador del Comité Jurídico Interamericano ante la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Caracas, 1974.

¹ En adelante, Comisión de los Fondos Marinos.

2. *Las proposiciones formuladas en la Comisión de los Fondos Marinos*

En la Comisión de los Fondos Marinos, actuando como comisión preparatoria de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la mayoría de los Estados, más interesados en expresar sus respectivas opiniones sobre el régimen jurídico que debería caracterizar a los diferentes espacios marítimos, no se pronunciaron en forma explícita respecto de las características fundamentales que debería tener el mecanismo internacional para la solución de las disputas.

Salvo un proyecto de los Estados Unidos y sin considerar aquellas proposiciones emitidas inicialmente para crear un órgano judicial exclusivamente para la zona internacional de los fondos marinos, el resto de los proyectos presentados en la Comisión de los Fondos Marinos y que se refieren a la solución de controversias, se limitan a enunciar criterios muy generales sobre la materia. Así, una proposición formulada por la Unión Soviética²; un proyecto presentado por quince países africanos³; otro formulado por Afganistán, Austria, Bélgica, Bolivia, Nepal y Singapur⁴; y otro posterior por Afganistán, Bolivia, Checoslovaquia, Hungría, Malí, Nepal y Zambia⁵, contemplan, en general, tan sólo que las controversias que se originen por la interpretación o aplicación de la Convención deberán ser resueltas por los procedimientos que dicha Convención establezca.

En el proyecto de los quince Estados africanos, además, se contempla una referencia a los procedimientos establecidos por los acuerdos regionales pertinentes, lo cual había sido planteado por la Declaración de la Organización de la Unidad Africana sobre Cuestiones del Derecho del Mar⁶.

En materia de solución a las controversias, otros Estados, con la intención de fortalecer los derechos del Estado ribereño, han sido partidarios de hacer una distinción entre la zona sometida a la jurisdicción del Estado ribereño y aquella internacional no sometida a jurisdicción estatal. Canadá, India, Kenia, Madagascar, Senegal y Sri Lanka en un proyecto⁷ y Ecuador, Panamá y Perú⁸, en otro, plantearon que las controversias que se susciten en la primera de esas zonas fuesen resueltas exclusivamente por las autoridades del Estado ribereño, dejando la constitución de mecanismos compulsivos internacionales únicamente para las controversias que

² Párrafo 7. Dcto. A/AC. 138/SC. II L 6, 18 julio 1972.

³ Proyecto presentado por Argelia, Camerún, Costa de Marfil, Ghana, Kenia, Liberia, Madagascar, Mauricio, Rep. Unida de Tanzania, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán y Túnez. Artículo IX. Dcto. A/AC. 138/SC/II/L 40, 16 julio 1973.

⁴ Artículo IV. Dcto. A/AC 138/SC.II. L 39, 16 julio 1973.

⁵ Artículo XXII. Dcto. A/AC. 138/SCII. L 93, 2 agosto 1973.

⁶ Dcto. CM/Res. 289 (XIX) reproducido en el Dcto. A/AC. 138/89, 2 julio 1973.

⁷ Artículo 13. Dcto. A/AC/138/SC. II L 38, 16 julio 1973.

⁸ Artículos F y M. Dcto. A/AC 138/SCII L 54, 10 agosto 1973.

se promuevan en las zonas o espacios marítimos situados fuera de las jurisdiccionales nacionales.

En la referida Comisión, el único proyecto presentado que versa específicamente sobre un mecanismo para la solución a las controversias, fue el de los Estados Unidos⁹. En él, básicamente se contempla la obligación de arreglar todas las disputas que surjan por la interpretación o aplicación de la Convención mediante el "Tribunal del Mar" que se crearía, salvo que las partes acuerden otro procedimiento de solución pacífica.

3. *Los debates en la Conferencia de Caracas*

En la etapa celebrada en Caracas, de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, tampoco el problema de la solución a las controversias fue objeto de un mayor análisis.

En el debate general, salvo la intervención del representante de los Estados Unidos, que nuevamente argumentó sobre la necesidad de incorporar a la Convención mecanismos obligatorios para la solución de las disputas marítimas, el resto de las delegaciones eludieron el tema o hicieron referencias muy generales a él.

Tampoco este problema fue abordado por alguna de las tres comisiones que se constituyeron.

Tan sólo, casi al término de la reunión de Caracas, nueve países —Australia, Bélgica, Bolivia, Colombia, El Salvador, Estados Unidos de América, Luxemburgo, Países Bajos y Singapur— presentaron un proyecto¹⁰ que más que reflejar las opiniones sobre la materia de los copatrocinantes, pretende formular ordenadamente diversas alternativas frente a cada uno de los principales problemas que plantea la elaboración de un mecanismo para la solución de las controversias.

Dicho proyecto fue elaborado tomando en consideración las discusiones y documentos producidos en un grupo de trabajo que se constituyó en Caracas y que funcionó paralelamente a las reuniones formales de la conferencia¹¹.

⁹ Dcto. A/AC. 138/97, agosto 1973.

¹⁰ A/CONF. 62/L 7, 27 agosto 1974. En adelante, proyecto de los nueve países.

¹¹ Dicho grupo de trabajo fue copresidido por los Embajadores Reynaldo Galindo Pohl de El Salvador —que presentó el proyecto a nombre de los nueve países— y R. D. Harry de Australia. Actuó como Relator el profesor Louis Sohn, de Estados Unidos, y en sus deliberaciones participaron delegados de Afganistán, Argentina, Australia, Austria, Barbados, Bolivia, Canadá, Colombia, Costa Rica, España, Estados Unidos, Egipto, Etiopía, Fiji, Finlandia, Francia, Irán, Irlanda, Italia, Japón, Kenia, Líbano, Liberia, Marruecos, Nigeria, Nueva Zelandia, Omán, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, República Federal de Alemania, Singapur, Lusaka, Suiza-Tailandia, Unión Soviética y Venezuela. El autor de este trabajo, en su calidad de observador del Comité Jurídico Interamericano a la Conferencia de Caracas, también participó en las sesiones del referido grupo de trabajo.

Sobre la base del proyecto de los nueve países, de los anteriores proyectos presentados en la Comisión de los fondos y de los documentos elaborados por el grupo de trabajo que funcionó en Caracas¹² se examinarán a continuación los principales problemas que ofrece la elaboración de un mecanismo internacional para la solución de las controversias.

4. *La obligación general de solucionar las controversias por medios pacíficos*

La obligación que tienen los Estados de arreglar sus controversias internacionales mediante procedimientos pacíficos constituye uno de los principios fundamentales sobre los cuales descansa el moderno derecho internacional. Entre otros instrumentos, los artículos 2 N° 3 y 33 de la Carta de Naciones Unidas y la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General dejan constancia de tal obligación.

En aplicación de tal principio, ha sido usual que los tratados que contienen disposiciones sobre arreglo de disputas incorporen un texto expreso de carácter general relativo a la obligación de las partes de solucionar las controversias que se susciten por la interpretación o aplicación de dicho tratado, mediante procedimientos pacíficos¹³.

En el proyecto de los nueve países, se reproduce precisamente ese tipo de fórmula con una mención genérica a los procedimientos indicados en el artículo 33 de la Carta¹⁴. En otra alternativa, se propone una referencia a la "Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", la que se encuentra contenida en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General¹⁵.

Como quiera que sea, la incorporación de una cláusula introductoria que señale la obligación de las partes a resolver las controversias que se promueven por la interpretación o aplicación de la Convención, mediante procedimientos pacíficos y de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, resulta conveniente y, al parecer, no ofrecerá mayores dificultades en cuanto a su aceptación.

¹² En adelante, el grupo de trabajo.

¹³ Véanse algunos de dichos tratados en H. BLIX & J. H. EMERSON, *THE TREATY MAKER'S HANDBOOK* (Dobbs Ferry, N. Y. Oceana, 1973).

¹⁴ N° 1 alternativa A.

¹⁵ N° 1 alternativa B.

5. *La elección de procedimientos por las partes*

Tanto en el proyecto de los Estados Unidos¹⁶ como en las diversas alternativas del proyecto de los nueve países¹⁷, se contempla que, en caso de surgir una controversia por la interpretación o aplicación de la Convención, son las propias partes las que, en primer lugar, determinan el procedimiento de arreglo pacífico a que se ajustarán para solucionar su disputa. Entre los procedimientos que se mencionan se señalan las negociaciones directas, los buenos oficios, la mediación, la investigación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial o los procedimientos especiales previstos en una Organización Internacional, general o regional.

Los mismos proyectos¹⁸ establecen incluso que, en el caso que las partes se encuentren vinculadas por otro tratado sobre solución de controversias, sea éste general, regional o especial, deberá preferirse ese tratado en vez de los procedimientos previstos por la Convención.

Tal flexibilidad para que sean los propios Estados los que tengan la libertad de escoger los medios de solucionar sus controversias es lógica y se encuentra avalada por el precedente de una serie de tratados, como el artículo 95 de la Carta de Naciones Unidas, el artículo 28 de la Convención Europea sobre Solución Pacífica a las Disputas de 1957 y el artículo 11 del Tratado Antártico de 1959, instrumentos éstos que le otorgan un carácter subsidiario al órgano jurisdiccional que establecen.

Sin embargo, la regla de la primacía de los acuerdos existentes entre las partes no puede tener un carácter absoluto, ya que si así fuera podría recurrirse a algún procedimiento preestablecido que no concluya en una decisión obligatoria para los afectados, eludiéndose de ese modo la finalidad principal de todo mecanismo compulsivo de solución a las controversias, cual es poner término definitivamente a la disputa. Entre los países americanos, por ejemplo, en las primeras décadas de este siglo se celebraron una serie de tratados estableciendo comisiones de investigación o conciliación, cuyas decisiones importan una mera recomendación para las partes. Es evidente que si lo que se persigue en la futura Convención es robustecer los mecanismos obligatorios de solución a las controversias, la preferencia por tales procedimientos no compulsivos atentaría contra ese objetivo. De ahí que en el proyecto de los nueve países se autoriza a que si una de las partes refiere su disputa a un procedimiento cuya decisión no es obligatoria, la otra parte, en ese caso, puede recurrir a los mecanismos previstos en la Convención¹⁹

¹⁶ Artículo primero.

¹⁷ N° 2 alternativas A y B.

¹⁸ N° 3 del proyecto de los nueve países. Alternativas A, B y C; y artículo tercero del proyecto de Estados Unidos.

¹⁹ N° 4 alternativa A y B.

En todo caso, en el referido proyecto se prevé que el derecho a recurrir al mecanismo de solución a las disputas previsto en la Convención, sólo procede cuando hayan fracasado las negociaciones directas entre las partes²⁰.

6. *La relación entre el sistema general de solución a las controversias y los sistemas funcionales*

En el grupo de trabajo que se constituyó en Caracas y cuyas deliberaciones sirvieron de antecedente fundamental para la redacción del proyecto de los nueve países, se discutió ampliamente si debería existir un solo mecanismo para la solución de todas las disputas que origine la Convención; o bien, deberían establecerse procedimientos especiales para cada uno de los capítulos de la Convención, como por ejemplo, para las disputas que se susciten por pesquerías, navegación, contaminación, investigación científica, exploración de los fondos marinos, etc. También fue sugerida una combinación entre ambos criterios.

Estas diversas posibilidades se reflejan en el proyecto de los nueve países. Así, en una de las alternativas se propone no aplicar el mecanismo general previsto en la Convención, cuando ella misma dispone un procedimiento especial que no permite ulteriores recursos²¹; o bien, sólo se autorizarían recursos ante el mecanismo general, en los casos en que en el procedimiento especial se incurra en falta de jurisdicción, infracción a las reglas básicas de procedimiento, abuso de poder o violación de la Convención²².

Otra alternativa consiste en limitar las funciones del procedimiento especial a una mera determinación de los hechos. De acuerdo a ella, las partes, antes de recurrir al mecanismo general, podrían acordar enviar su disputa a un procedimiento destinado exclusivamente a pronunciarse sobre los hechos de la controversia, los cuales tendrían un carácter definitivo, a menos que se demuestre haberse cometido errores fundamentales en su determinación²³. Podría, asimismo, iniciarse el procedimiento mediante el envío, a solicitud de cualesquiera de las partes, al mecanismo que se establecería para la determinación de los hechos, pudiendo la parte que considere que los hechos no se han determinado de acuerdo a la Convención apelar ante el mecanismo general que se establezca²⁴.

²⁰ N° 5 alternativas A 2 y C 1.

²¹ N° 6 alternativa A 2.

²² N° 6 alternativa A 1.

²³ N° 6 alternativa B 1.

²⁴ N° 6 alternativa B 2.

Finalmente, en el proyecto de los nueve países se prevé el establecimiento de un solo órgano jurisdiccional: el Tribunal del Derecho del Mar. Este funcionaría, ya sea con salas especiales para cada una de las materias de que tratarían los diferentes capítulos de la Convención, las que contarían con asesores técnicos especialmente calificados que participarían en todas las etapas del proceso, pero sin derecho a voto²⁵; o con una sola sala, la que tratándose de cuestiones técnicas o científicas debería recurrir a expertos elegidos entre calificadas personas, de acuerdo a lo que disponga el estatuto del Tribunal. Estos expertos formarían una comisión especial cuya opinión debería ser tomada en consideración por el Tribunal al emitir su sentencia²⁶.

Esta última solución parece ser la más conveniente. La recíproca relación que existe entre los diferentes problemas y espacios del mar no justifica la creación de procedimientos especiales para cada uno de ellos y puede afectar a una interpretación uniforme de la Convención, lo que resulta importante de resguardar sobre todo si se tiene en consideración el carácter novedoso que contendrán muchas de sus disposiciones.

7. *El órgano jurisdiccional*

En el párrafo 5 del proyecto de los nueve países, relativo a la obligación de recurrir a métodos de arreglo a las disputas de los que resulte una decisión obligatoria, se contemplan tres alternativas en cuanto al órgano jurisdiccional que deberá crearse para solucionar las controversias que surjan por la interpretación o aplicación de la Convención. Estas son: (a) el arbitraje, (b) un Tribunal del Mar, y (c) la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, en ninguna otra parte del proyecto se formulan normas específicas sobre la posible organización o estructura de ese órgano jurisdiccional.

Si con el mecanismo de solución a las controversias se persigue, entre otras finalidades, una interpretación relativamente uniforme de las normas de la Convención y, a la vez, un acceso expedito al sistema de resolución de las controversias, la opción por el arbitraje no parece ser la más conveniente, toda vez que ella no garantizaría esa uniformidad de interpretación que se persigue. También la constitución del arbitraje podría entrañar algunas dificultades derivadas de eventuales discrepancias en el compromiso por la designación de los árbitros o la definición de la controversia, lo cual conspira para una pronta y eficaz solución de la disputa.

El reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia parece ser una solución viable. En primer lugar, la nueva

²⁵ N° 5 alternativa C 1.

²⁶ N° 5 alternativa C 2.

Convención contendrá muchas disposiciones técnicas que hacen aconsejable la integración del posible órgano jurisdiccional que se cree con jueces que tengan una especial formación en el derecho internacional marítimo. Además, el hecho que se haya propuesto la participación como parte de un litigio a entidades como la autoridad de los fondos marinos, excluirá la posibilidad que fuese la Corte Internacional de Justicia, ante la cual sólo pueden litigar los Estados, el órgano llamado a resolver las controversias por la interpretación o aplicación de la Convención.

Por otra parte, ciertos Estados mantienen aún una desconfianza respecto a la Corte de La Haya, lo cual podría obstaculizar un acuerdo respecto al establecimiento de ella como órgano jurisdiccional para conocer de las disputas sobre el Derecho del Mar. En efecto, después de la sentencia de 1966 relativa al caso de Africa Sudoccidental, es presumible una oposición a la Corte de los países africanos y, sobre todo, con posterioridad al reciente fallo de 1974 sobre la disputa pesquera entre Islandia con el Reino Unido y la República Federal de Alemania, a juicio de no pocos países en desarrollo, la mayoría de los jueces de la Corte todavía se encuentran imbuidos por las concepciones clásicas del derecho internacional marítimo, por lo que les resultaría más difícil aceptar las modernas tendencias que se cristalizarán en la Convención.

La creación, pues, de un Tribunal especial sobre el Derecho del Mar que permita una interpretación uniforme de la Convención, pareciera ser lo más conveniente. De hecho dicho Tribunal ha sido sugerido por representantes de varios países, aunque, formalmente, sólo ha sido recogido en el proyecto de los Estados Unidos.

De acuerdo a la proposición norteamericana, dicho Tribunal deberá estructurarse y funcionar con arreglo a un estatuto adjunto a la Convención. El procedimiento para nombrar y elegir a los jueces sería el mismo que se emplea en la elección de los de la Corte Internacional de Justicia, pero ellos deberían ser jurisconsultos de reconocida competencia en cuestiones de derecho del mar. El tribunal, cuando la controversia verse sobre cuestiones técnicas, como la seguridad de la navegación, la constitución de buques, la contaminación, la investigación científica, la pesca o la exploración o explotación de fondos marinos podrá recurrir para el examen del asunto a la asistencia de asesores técnicos, nombrados por el Presidente del Tribunal ²⁷.

Aunque el proyecto de los Estados Unidos no señala la composición que tendría el Tribunal, la referencia a la Corte Internacional de Justicia hace presumir en quince el número de sus integrantes. Dicho número parece ser el más aconsejable, pues permite compatibilizar la eficacia de un

²⁷ Artículos cuarto y quinto.

cuero relativamente reducido con las exigencias de una adecuada distribución geográfica entre sus integrantes, hecha sobre la base de los precedentes ya existentes en la misma Corte y en el Consejo de Seguridad. Asimismo, es acertada la integración del Tribunal exclusivamente por juristas con formación en derecho internacional marítimo, sin perjuicio de que se pueda recurrir eventualmente a asesores técnicos.

8. *Las partes de la controversia*

Hasta ahora, la tendencia en el derecho internacional público ha sido que únicamente los Estados puedan ser partes en un litigio internacional. Así, por ejemplo, lo preceptúa el artículo 34 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que sólo admite a los Estados como partes de una controversia ante la Corte. Por excepción algunos instrumentos, como el Tratado de Roma, que establece la Comunidad Económica Europea²⁸, permiten a las personas físicas o morales interponer recursos ante un órgano jurisdiccional creado mediante un tratado internacional.

Es difícil, sin embargo, que en el futuro tratado sobre el Derecho del Mar pueda mantenerse el criterio de reconocer capacidad procesal para litigar solamente a los Estados. Desde luego, la creación de una Autoridad para los fondos marinos y oceánicos fuera de la jurisdicción nacional, dotada de amplios poderes, implica la necesidad de crear una instancia jurisdiccional para revisar las decisiones de esa autoridad que puedan afectar a los derechos de los Estados.

Pareciera, pues, existir un criterio mayoritario para admitir como partes de una disputa internacional relativa a la interpretación o aplicación de la Convención, además de los Estados, a la Autoridad de los fondos marinos. Así también lo contempla el proyecto de los nueve países en una de sus alternativas²⁹.

Además de los Estados y de la Autoridad, en el referido proyecto ha sido planteada la posibilidad de poder considerar como partes de una disputa a las organizaciones internacionales gubernamentales, a las organizaciones internacionales no gubernamentales que tengan una relación consultiva con las Naciones Unidas, a los organismos especializados de Naciones Unidas o a cualquier otra organización internacional, e incluso, a las personas naturales o jurídicas³⁰.

Tal ampliación de la capacidad para ser partes de una controversia ofrece mayores inconvenientes que ventajas. En efecto, aparte de la Autoridad, no se divisan las razones para que una Organización Internacional,

²⁸ Artículo 173, párrafo segundo del tratado de la C.E.E.

²⁹ N° 7 alternativa B.

³⁰ N° 7 alternativa A, párrafo segundo.

en el muy improbable caso que sea directamente afectada por la interpretación o aplicación de la Convención, tenga que recurrir al mecanismo de solución a las controversias. Aun aquellos organismos especializados de Naciones Unidas cuyas funciones están relacionadas con actividades marítimas o pesqueras, como la Organización Consultiva Marítima Internacional o la FAO, es dudoso que, de conformidad con sus propios tratados constitutivos, puedan litigar con Estados respecto de problemas de derecho internacional, como serán los que se contendrán en la futura convención sobre el Derecho del Mar.

Mayores problemas aún podría causar que los particulares, personas naturales o empresas privadas, pudieran ser partes de una controversia, en igualdad de condiciones con los Estados. De hecho, varios de los conflictos pesqueros que se han suscitado últimamente entre Estados y empresas pesqueras privadas han desembocado en controversias estatales, toda vez que el propio Estado del cual son nacionales dichas empresas se ha encontrado en mejor situación para determinar la procedencia de un reclamo internacional. La institución del amparo o protección diplomática aparece, en consecuencia, como suficiente para resguardar los derechos de los particulares cuando éstos se vean afectados por una decisión contraria al derecho internacional de un Estado.

De más compleja solución es el problema de la participación directa de las empresas privadas en litigios con la Autoridad de los fondos marinos, ya que su respuesta dependerá fundamentalmente de la forma en que se estructura el régimen jurídico de los fondos marinos extrajurisdiccionales. Si éste verdaderamente refleja el concepto que de dichos fondos y sus recursos son patrimonio común de la humanidad, la Autoridad, sin necesidad de que se recurra a una instancia judicial, podría estar capacitada para poder adoptar las medidas necesarias para administrar y explotar los recursos. Aún así, si se promoviese un litigio entre la Autoridad y alguna empresa particular, ésta, a través de la representación de su Estado, podría impugnar ante el órgano jurisdiccional la decisión de aquélla³¹.

Por otra parte, en caso de conducta ilícita de tales empresas, particularmente si ellas llegasen a desafiar el concepto de patrimonio común de la humanidad que caracterizará a la zona de los fondos marinos extrajurisdiccionales o desconociesen los derechos de soberanía de los Estados ribereños en las zonas sometidas a su jurisdicción, la solución, por cierto, no estaría en que la Autoridad o los Estados afectados recurran a una instancia judicial para sancionar las actividades de dichas empresas, sino

³¹ Al respecto véase Louis B. Sohn, *A tribunal for the Sea-Bed or the Oceans*, 32 ZEITSCHRIFT FÜR AUSLANDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VOLKERRECHT 253 (1972).

en la adopción directa de medidas contra ellas que impidan la consecución de sus propósitos.

A reserva, entonces, del resultado que tengan las normas que organicen el régimen jurídico de los fondos marinos extrajurisdiccionales, pareciera ser que lo más conveniente es limitar la capacidad para ser partes de un litigio ante el mecanismo de solución a las disputas, tan sólo a los Estados y a la Autoridad de los fondos marinos.

9. *Competencia del órgano jurisdiccional. Excepción y reserva a su jurisdicción*

Sin duda, el problema fundamental que ofrece la elaboración de un sistema de solución a las controversias en materia de Derecho del Mar, es el de la competencia que deberá asignársele al órgano jurisdiccional que se cree. Es precisamente en este punto donde han surgido mayores discrepancias entre los Estados. Mientras para los Estados Unidos y la mayoría de los países de Europa Occidental la competencia del órgano jurisdiccional debe extenderse a cualquier controversia que resulte de la interpretación o aplicación de la Convención, otros Estados han insistido en excluir de su jurisdicción determinados asuntos. Ya anteriormente se vio cómo Canadá, India, Kenia, Madagascar, Senegal y Sri Lanka, en un proyecto presentado en la Comisión de los fondos marinos³², y Ecuador, Panamá y Perú en otro proyecto similar³³, sostienen que los asuntos que se suscitan dentro de las zonas sometidas a la jurisdicción del Estado ribereño deberán ser resueltos por los organismos competentes de dicho Estado.

Tales diferencias de criterio se reflejan en las distintas alternativas que contiene el proyecto de los nueve países. En la primera de ellas, coincidente con la del proyecto estadounidense, se afirma que las disposiciones relativas al mecanismo de solución de controversias, se aplicará a todas las disputas que versen sobre la interpretación o aplicación de la Convención³⁴.

Una segunda alternativa excluye de la jurisdicción del mecanismo de solución a las controversias —o no les confiere un valor obligado a sus decisiones— a determinado tipo de disputas. Las controversias que se excluirán, de acuerdo a esta proposición³⁵, serían: a) las disputas que surjan del normal ejercicio de la jurisdicción coactiva del Estado ribereño, salvo en los casos que sea alegada una grave y persistente violación de la

³² Art. 13, Dcto. A/AC 138/SC II/L 38.

³³ Art. F, Dcto. A/AC 138/SC II/L 54.

³⁴ N° 11 alternativa A.

³⁵ N° 11 alternativas B 1 y B 2.

Convención o un abuso de poder³⁶; b) las disputas concernientes a la delimitación de las fronteras marítimas entre Estados con costas adyacentes u opuestas, incluyendo dentro de ellas a las controversias por bahías históricas y la delimitación del mar territorial; c) las disputas que afecten a naves o aeronaves que gozan de inmunidad de jurisdicción, de acuerdo al derecho internacional, como asimismo aquellas situaciones en que el derecho internacional reconoce una inmunidad de jurisdicción, y d) las disputas relativas a actividades militares (a menos que el Estado que emprende tales actividades otorgue su expreso consentimiento).

En una última alternativa, el proyecto autoriza a los Estados para que al momento de la ratificación o aceptación de la Convención puedan declarar que no aceptan la jurisdicción del mecanismo de solución a las controversias con respecto a una o más de las disputas señaladas en la alternativa anterior³⁷.

Aunque, técnicamente, la mejor solución sería la de una combinación entre las dos últimas alternativas, en el sentido que podrían excluirse del mecanismo determinadas disputas —como, por ejemplo, las relativas a situaciones en que el derecho internacional reconoce una inmunidad de jurisdicción— y, a la vez, autorizarse a los Estados que lo quisieran para no someter al mecanismo cierto tipo de controversias —como las de delimitación de fronteras marítimas—, es evidente, por otra parte, que la solución a este importante problema no puede ser encarada con prescindencia de la naturaleza y extensión de las normas sustantivas que resultarán de la Convención. Así, el reconocimiento de derechos soberanos e incondicionales al Estado ribereño en su mar territorial o mar patrimonial excluye normalmente la posibilidad de procedimientos compulsivos internacionales para conocer de los asuntos que se susciten en tales espacios marítimos, siendo suficientes para el juzgamiento de ellos las autoridades del propio Estado ribereño; pero si, por el contrario, en la Convención se incorporan normas según las cuales el ejercicio de los derechos del Estado ribereño estaría subordinado a determinadas exigencias o condiciones, en ese caso, la constitución de mecanismos compulsivos de solución a las controversias sería ineludible.

10. *Opiniones consultivas*

En el proyecto de los nueve países se contempla que los tribunales de las partes contratantes, que sean autorizados por su respectiva legislación

³⁶ En el mismo proyecto de los nueve países se reconoce que la redacción precisa de esta reserva y sus implicancias requerirá su mayor examen a la luz de las disposiciones sustantivas de la Convención.

³⁷ N° 11 alternativas C 1 y C 2.

interna, podrán solicitar al Tribunal del Derecho del Mar una opinión sobre la interpretación o aplicación de la Convención. En tal caso, el Tribunal podrá —o deberá— otorgar dicha opinión ³⁸.

El que un tribunal interno pueda recurrir a una instancia jurisdiccional internacional en procura de asesoramiento para decidir un problema cuya fuente legal es un instrumento internacional, no resulta extraño, ya que al respecto existe el precedente del Tratado de Roma que crea la Comunidad Económica Europea ³⁹.

El otorgamiento de este tipo de competencia para el órgano jurisdiccional que establezca la Convención resulta de toda conveniencia, sobre todo si se toma en consideración que los tribunales internos pueden estar llamados a desempeñar funciones que digan relación con la interpretación o aplicación de la Convención.

1. *Derecho aplicable*

En lo que respecta al derecho aplicable por el órgano jurisdiccional, el criterio mayoritario en el grupo de trabajo fue que el mecanismo para la solución de las controversias debería aplicar, en primer lugar, las disposiciones contenidas en la Convención; pero que si la disputa dijera relación con la interpretación o aplicación de un acuerdo regional, o de un convenio público o privado concluido de conformidad a la Convención, o de reglas adoptadas por una organización internacional competente, el mecanismo, en tales casos, debería aplicar, además de la Convención, las normas contenidas en tales acuerdos, convenios o reglas, siempre que ellas no fuesen incompatibles con la Convención. Este criterio, que fue recogido como una de las alternativas formuladas por el proyecto de los nueve países ⁴⁰, parece ser técnicamente el más adecuado.

Otras fórmulas contenidas en dicho proyecto se refieren únicamente a las disposiciones de la Convención ⁴¹ o al derecho internacional ⁴², lo cual, como derecho aplicable para resolver algunas situaciones, podría resultar insuficiente.

Una última variante admite como derecho aplicable, además de las disposiciones de la Convención, las resoluciones emitidas por la competente autoridad internacional y los términos y condiciones de los pertinentes contratos u otros acuerdos celebrados por dicha autoridad internacional ⁴³.

³⁸ N° 9 Texto único.

³⁹ Art. 177 del tratado de la C.E.E.

⁴⁰ N° 10 alternativa B.

⁴¹ N° 10 alternativa A.

⁴² N° 10 alternativa C.

⁴³ N° 10 alternativa D.

Naturalmente, la eficacia de esta última fórmula dependerá de los poderes que en la Convención se le asignen a tal autoridad internacional, pero, independientemente de ello, esa proposición omite una especial referencia a otro tipo de acuerdos o convenios que las partes puedan haber celebrado y que no son incompatibles con la Convención, los cuales, en algunas situaciones, podrían ser aplicables como derecho vigente entre dichas partes.

Finalmente, el proyecto, al igual que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, reconoce el derecho de las partes para convenir que la controversia sea resuelta *ex aequo at bono* ⁴⁴.

12. *El agotamiento de los recursos internos*

Ha expresado la Corte Internacional de Justicia que "La regla según la cual deben agotarse los recursos internos antes de que se pueda iniciar un procedimiento internacional, constituye una regla bien establecida de derecho internacional consuetudinario" ⁴⁵.

Sin embargo, en la práctica, esta fundamental regla de derecho internacional no ha tenido siempre una interpretación coincidente. Mientras los países en desarrollo, con el fin de fortalecer el rol de sus tribunales y ejercitar su soberanía respecto de las personas y bienes que se encuentran bajo su jurisdicción, en general, son partidarios de una aplicación estricta de la regla del previo agotamiento de los recursos internos, muchos países exportadores de capital o tecnología favorecen una interpretación amplia de ella que les permita acudir a otras instancias jurisdiccionales, en caso de verse afectados por resoluciones de las autoridades del Estado local.

Esta discrepancia en cuanto a la procedencia para interponer una reclamación internacional sin haberse agotado totalmente los recursos internos, se ha manifestado también en las diversas alternativas que contiene el proyecto de los nueve países.

De acuerdo a la primera de ellas, a la parte a la que le imputa haber tomado medidas contrarias a la Convención no se le autoriza a oponer la excepción del inagotamiento de los recursos internos ⁴⁶.

En cambio, en otra alternativa, que recoge mejor el parecer tradicional de los países en desarrollo, se afirma lo contrario, al reconocerse que las partes no tienen derecho a someter una disputa al procedimiento previsto en la Convención si los recursos internos no han sido previamente agota-

⁴⁴ N° 10 A.

⁴⁵ Asunto de la Interlandel, [1959] I.C.J. 27.

⁴⁶ N° 8 alternativa A.

dos, de conformidad con el derecho internacional⁴⁷. Una variante de esta alternativa consiste en conferirle el derecho al Estado ribereño demandando a solicitar la postergación de la consideración del asunto hasta que éste haya pronunciado una decisión con efectos finales, dentro de un plazo razonable y por su competente autoridad⁴⁸.

13. *Consideraciones finales*

El análisis efectuado de los principales problemas que ofrece el tema de la solución a las controversias en materias de Derechos del Mar, permite predecir las dificultades que se suscitarán cuando sea discutido en las ulteriores etapas de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. A la vez, muchos de los problemas que, sobre la base de los escasos antecedentes existentes, han sido someramente abordados requerirán en dichas oportunidades un mayor esfuerzo de desarrollo. Ello es especialmente válido en lo que respecta a la organización y funciones del órgano jurisdiccional que habrá de crearse.

En todo caso, pareciera existir un importante grado de consenso en cuanto a que algún sistema compulsivo de solución a las controversias deberían incorporarse como parte integrante de la Convención. Es significativo que, hasta ahora, en principio, ningún Estado haya expresado su oposición formal en ese sentido, aunque algunos Estados manifiesten su disconformidad a la aplicación del mecanismo de solución a las controversias respecto a ciertos espacios marítimos o frente a determinados problemas.

Tal predisposición favorable a un sistema obligatorio de solución a las disputas se ha visto en parte favorecida por el cambio en la actitud de ciertos Estados que tradicionalmente se venían oponiendo a los mecanismos compulsivos de arreglo pacífico y que en la actualidad, bajo condiciones apropiadas, se encontrarían dispuestos a apoyar la constitución de tales mecanismos.

En lo que específicamente dice relación con el Derecho del Mar, ello se ha traducido en destacar para la futura Convención la experiencia de 1958 de recurrir a un protocolo facultativo, que obligue a dirimir sus controversias sólo a los Estados que sean parte de dicho protocolo. Por lo demás, el número casi insignificante de ratificantes con que cuenta ese protocolo facultativo confirma la inconveniencia en insistir en ese tipo de procedimiento.

Por el contrario, es posible sostener que la eficacia de muchas de las disposiciones de la Convención dependerán en buena medida de que ellas

⁴⁷ N° 8 alternativa B 1.

⁴⁸ N° 8 alternativa B 2.

vayan aparejadas de un adecuado mecanismo obligatorio de solución a las controversias, válido para todas las partes de la Convención.

Pero, obvio es decirlo, en definitiva, la aceptación de tal mecanismo compulsivo se encuentra subordinada al resultado que tengan las normas sustantivas en la Convención. Si éstas verdaderamente reflejan el interés y las necesidades de los países en desarrollo, que constituyen la enorme mayoría, el establecimiento de un sistema obligatorio de solución a las disputas surgirá como un lógico corolario de tales normas, precisamente porque de ese modo se asegurará su fiel cumplimiento.