

EL PASO DE LOS ESTRECHOS

por **ANTONIO MARIN LOPEZ**

SUMARIO

- I. INTRODUCCION: EL NUEVO DERECHO DEL MAR
- II. EL PASO POR LOS ESTRECHOS
- III. CONCEPTO DE ESTRECHO INTERNACIONAL
- IV. LA REGLAMENTACION INTERNACIONAL DEL PASO POR LOS ESTRECHOS
- V. EL PASO POR LOS ESTRECHOS: DEL PASO INOFENSIVO AL PASO EN TRANSITO
 - A) **El paso inocente o inofensivo**
 - B) **El paso en tránsito**
- VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION: EL NUEVO DERECHO DEL MAR

Recordaba hace un año en estos mismos cursos de Vitoria el profesor J. A. Pastor Ridruejo los intereses de España en el convenio de 1982 sobre el derecho del mar (1). Tanto por razones históricas como geográficas no se puede vivir ahora de espaldas al mar. Los intereses estratégicos del estrecho de Gibraltar, el gran tonelaje de la flota pesquera o las capturas efectuadas por ésta no pueden pasar desapercibidas al tratar de algunas disposiciones del convenio de las Naciones Unidas de 1982.

En un principio ni siquiera podía hablarse del derecho del mar como conjunto de reglas jurídicas, sino simplemente de costumbres locales, como el «Código marítimo de Rodas» del siglo III o II a. d. C., las «Tablas de Amalfi», del siglo X o el «Consulado del mar» del siglo XI, aplicable en el Mediterráneo, o los «Roles de Olerón» de los siglos XI-XII. Los primeros convenios internacionales tenían carácter general y son ya del siglo XIX, como el acta final del Congreso de París de 1856; las primeras conferencias marítimas internacionales son del siglo XX. En la segunda guerra mundial se desarrolla de tal manera la tecnología que hace posible la explotación de los fondos marinos y a ello se debe la proclama del presidente H. Truman de 28 de septiembre de 1945 reclamando una zona de alta mar llamada «plataforma continental», como parte del territorio sumergido de los Estados Unidos. La tendencia en este punto se continúa hasta la declaración común de Santiago de Chile de 18 de agosto de 1952, por la que Chile, Perú y Ecuador, declaran su soberanía sobre una zona de 200 millas de alta mar.

Las Naciones Unidas no podían dejar de tratar este tema y así a las conferencias de 1958 y 1960 siguió la preparación de una nueva que tuviera en cuenta no sólo los avances científicos en la exploración y explotación del mar, su lecho y su subsuelo, sino las declaraciones unilaterales de los Estados sobre porciones de alta mar, y los intereses estratégicos que en las diferentes fases de guerra fría iban a dominar. Fruto de todo ello es el convenio abierto a la firma el 10 de diciembre de 1982, cuya gestación detallada no pertenece es-

(1) J. A. Pastor Ridruejo: «La convención de 1982 sobre el derecho del mar y los intereses de España». *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*. 1983. Bilbao 1984, pág. 73).

tudiar aquí. El convenio es el producto de una larga conferencia diplomática tenida, como otras muchas, en el seno de las Naciones Unidas, que ha creado también un derecho del espacio, un derecho del medio ambiente o un derecho del desarrollo o de la descolonización. Son nuevos sectores objeto de negociaciones de carácter político, que llevan a convenios internacionales o a resoluciones, programas de acción, etc. La conferencia respondía al hecho de que el derecho del mar es, como ha escrito el profesor A. Poch y Gutierrez de Caviedes, el área más sensible a los procesos de cambio que, de forma continuada, se registraron en el seno de la sociedad internacional (2). Su finalidad era revisar las reglas establecidas por la práctica convirtiéndolas en derecho escrito, por una parte, y por otra dar una formulación a normas no establecidas claramente aún a través de declaraciones estatales. No debe olvidarse que el nuevo derecho del mar incluye zonas de soberanía nacional, como la zona económica exclusiva o las aguas archipelágicas, y por otra parte, definiciones nuevas de conceptos conocidos como la zona de los fondos marinos. La conferencia se presentaba entonces, escribe el profesor J. A. Pastor Ridruejo, como ampliamente innovadora, pues muchos de los planteamientos de la misma aspiraban a hacer tabla rasa del régimen entonces en vigor, tal como había sido codificado en los convenios de Ginebra de 29 de abril de 1958 (3). En particular, la zona económica exclusiva es un ejemplo importante, a pesar de que el concepto empezó a ser aceptado durante el curso de la conferencia y de que el convenio no ha entrado en vigor, y se ha reconocido ampliamente por el Tribunal internacional de justicia en el caso Túnez-Libia, en sentencia de 24 de febrero de 1982 al decir que

«... el concepto de zona económica exclusiva... puede considerarse como parte del moderno Derecho internacional» (4).

La codificación del derecho del mar había comenzado, sin embargo, años antes. En 1957 la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas habían aprobado cuatro proyectos de convenios, que fueron discutidos en la conferencia celebrada en Ginebra entre febrero y marzo de 1958 y que llevan la fecha de 29 de abril de 1958. A ella asistieron 700 delegados de 86 países, que examinaron 73 proyectos de artículos preparados por la Comisión de Derecho internacional. Pero la conferencia había dejado sin resolver algunos problemas, quizás debido al hecho de que sólo pretendiera una codificación y no un desarrollo progresivo del Derecho internacional del mar.

(2) A. Poch y Gutierrez de Caviedes: *La actual revisión del derecho del mar. Una perspectiva española*. I, primera parte, Madrid 1974, págs. 9-10.

(3) J. A. Pastor Ridruejo: *art. cit.*, pág. 74.

(4) Cour internationale de justice: *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. 1982, pág. 74. Véase Luke T. Lee: «The law of the sea convention and third states». *American journal of international law*, vol. 77, 1983, págs. 561-563.

Estos problemas no hallaron solución en la sesión siguiente de la conferencia celebrada entre el 16 de marzo y el 26 de abril de 1960, donde se debían resolver la anchura del mar territorial y la zona de pesca. Mientras tanto una serie de circunstancias iban a poner de relieve la necesidad de una tercera. Primero, a partir de los años 60, el proceso de descolonización toma un gran auge y con ello las reivindicaciones de muchos países sobre amplias zonas de mar con abundantes recursos minerales y pesqueros. En segundo lugar, el acuerdo de las grandes potencias lleva a una cooperación en varios aspectos como mar territorial, paso por los estrechos, explotación de recursos, etc. Y en tercero, el desarrollo tecnológico ha hecho posible intensificar los procedimientos de exploración y explotación de recursos en áreas profundas del mar. Pero el deseo de celebrar una nueva conferencia no empieza a tomar cuerpo hasta 1967. En esa fecha una propuesta del delegado de Malta en las Naciones Unidas, hecha el 17 de agosto de 1967, contenía la petición de que se inscribiera en el orden del día de la Asamblea general la cuestión relativa a la utilización con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos; propuesta que fue ampliada el 1 de noviembre de 1967. Gracias a ello, la Asamblea general, por resolución 2.367 (XXIII) de 21 de diciembre de 1968, creó un Comité especial de 42 miembros (ampliado después a 86 en 1970 y a 91 en 1971) que fue el órgano preparatorio de la conferencia de derecho del mar. Dos años después la resolución 2.749 (XXV) de 17 de diciembre de 1970 contenía ya una declaración de principios sobre los fondos marinos. Otra resolución, votada el mismo día, la 2.750 (XXV), decidía convocar una conferencia sobre el Derecho del mar.

El Comité de los fondos marinos, que iba a ir conociendo rápidamente un mayor número de problemas a tratar, se convertía en la Comisión preparatoria de la III conferencia y sustituía así en la labor de codificación y desarrollo progresivo a la Comisión de Derecho internacional, en parte porque ésta estaba ya sobrecargada de trabajo y en parte, como observa Guy de Lacharrière, porque numerosos países estimaban que determinadas consideraciones políticas deberían estar presentes en la reforma del Derecho del mar, lo que no ocurriría en la labor más jurídica de la Comisión (5).

Desde la sesión de Caracas de 1974 hasta la sesión de clausura de Nueva York de 30 de abril de 1982 la conferencia de Derecho del mar ha conocido muchas vicisitudes y en ellas se puso de relieve que si lo internacional prevalecía en materias comerciales, políticas y jurídicas, hoy lo internacional se desarrolla en el ámbito económico y social universal. La sesión final protocolaria

(5) Guy de Lacharrière: «La reforma du droit de la mer et le rôle de la Conférence des Nations Unies». *Revue générale de droit international public*, vol. 84, 1980, pág. 220. Véase también J. P. Levy: «La Conférence sur le droit de la mer: un atelier international experimental». *Revue générale de droit international public*, vol. 84, 1980, págs. 19-22.

tuvo lugar en Montego Bay (Jamaica) del 6 al 10 de diciembre de 1982 (6) fecha en la que se abrió a la firma el acta final y el convenio, con 117 Estados que lo hicieron y otros 23, como Bélgica, la República federal de Alemania, Italia, España, Suiza, el Reino Unido y los Estados Unidos que no lo firmaron, aunque sí lo hicieron con el acta final (7). Entre los Estados no firmantes figuraban algunos independizados recientemente que no se consideraban vinculados por los acuerdos en cuya redacción no habían participado. Así, por ejemplo, cuando se trataba de la ampliación de la zona económica exclusiva, la limitación del alta mar la consideraban natural puesto que la libertad de éste era para ellos el dominio de las grandes potencias sobre el espacio y sus recursos.

La conferencia había estado dividida en comités; el primero dedicado al régimen de los fondos marinos; el segundo relativo al mar territorial, zona económica exclusiva y alta mar y el tercero al uso y protección del medio marino. Las mayores discusiones, y por tanto la necesidad de negociaciones, tuvieron lugar en el segundo Comité, cuya mayor parte de trabajo terminó en la sesión de 1977.

El medio de adopción de las soluciones convencionales, causa del acuerdo final, fue el sistema del consenso, que se vio favorecido por la gran cantidad de información de que dispuso la conferencia a través de fuentes oficiales o intercambios entre delegaciones (8).

Además de los Estados han contribuido a la redacción del convenio las organizaciones internacionales, tales como la OIT, la OMM, la OAA y la IMCO. Cuando el convenio entre en vigor, es decir, doce meses después de la fecha en que haya sido depositado el sexagésimo instrumento de ratificación o de adhesión (art. 308, pár. 1), podrán crearse los organismos previstos como la Comisión de límites de la plataforma continental y el Tribunal internacional de derecho del mar. Pero hay disposiciones del tratado, como ocurre en otros convenios, que entran en vigor antes del propio convenio, como sucede, por ejemplo, con el Consejo de los fondos marinos, que habrá de constituirse en forma compatible con el propósito el artículo 161 del texto, aunque éste no pueda aplicarse estrictamente. Su labor futura estará obstaculizada por el hecho de que los Estados Unidos y otros Estados de la Europa occidental no han firmado el convenio, con lo que aquel Consejo no contará con las ayudas técnicas ni financieras necesarias.

(6) Véase T. Treves: «La sessione conclusiva della Conferenza sul diritto del mare». *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXVI, 1983, págs. 384-422.

(7) Sobre estos aspectos protocolarios puede verse R. P. Barston: «The law of the sea. The conference and after». *Journal of world trade law*, vol. 17, 1983, págs. 210 y 215. Los documentos de la conferencia están contenidos en la serie *Documents officiels*, editados en 14 vols.

(8) Véase P. Chandrasekhara Rao: «The U. N. convention on the law of the sea: some reflections». *Indian journal of international law*, vol. 22, 1982, pág. 466.

Con el texto aprobado se estaba ya en condiciones de resolver una serie de cuestiones de gran importancia y actualidad, aunque aquél esté sujeto a ratificación por los Estados y otros territorios en vías de independencia y a la confirmación formal de las organizaciones internacionales, conforme a su anexo IX (art. 30).

Las negociaciones de la tercera conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, ha escrito John Norton Moore, han sido el catalítico más importante de este siglo para un nuevo orden jurídico y político de los océanos (9); una de las conferencias multilaterales de la postguerra más fructíferas en el marco de las Naciones Unidas, en la que pueden señalarse, como ha observado Barston, tres características principales: 1) el convenio no es simplemente un instrumento de codificación sino que establece nuevos tipos de reglas y responsabilidades internacionales, que se aproximan más al Derecho administrativo que al Derecho internacional público tradicional; 2) el convenio ha sido firmado a pesar de que en estos momentos hay divergencias internacionales considerables sobre cuestiones marítimas; 3) el hecho de que existan reglamentaciones nacionales diferentes en áreas de jurisdicción marítima ampliada es posiblemente una fuente de controversias futuras, como la relativa a la explotación de los fondos marinos (10).

Si el convenio entra en vigor el conjunto de los mares que hasta ahora no han sido objeto de ninguna reclamación estatal, quedará sometido a una gran empresa de explotación de recursos destinados a ser repartidos entre todos los Estados del mundo (11). Pues el mar y sus recursos parece que van a ser dominados por el hombre mediante la industrialización de los métodos de pescar, el crecimiento del transporte marítimo o el procedimiento de extracción de minerales de los fondos marítimos.

En el desarrollo de la conferencia se podían distinguir tres aspectos importantes: el ecológico, el económico y el político. El aspecto ecológico se hizo notar por primer vez en la conferencia de Estocolmo de 1972, que reforzó el interés por proteger el medio marino. La declaración adoptada contiene 23 principios sobre la contaminación del mar, debida esencialmente a los desechos humanos.

El aspecto económico se puso de relieve en cuestión de pesquerías, desde el momento en que se ha pasado de 27 millones de toneladas en 1958 a 64 en 1978. Estas podrán aumentarse si se evita la contaminación y la superex-

(9) J. N. Moore: «The régime of straits and the third United Nations conference on the law of the sea». *American journal of international law*, vol. 74, 1980, pág. 77.

(10) R. P. Barston: *art. cit.*, pág. 223.

(11) M. Virally en prefacio a Jean Pierre Levy: *La Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Histoire d'une négociation singulière*. París 1983, pág. 11.

plotación de los bancos de pesca. Más importantes son los recursos minerales, como los hidrocarburos explotados en las costas de más de 80 países en profundidades cada vez mayores, que representa un 18 % del total de la producción, y los nódulos polimetálicos, causa de la creación de una autoridad internacional de los fondos marinos. Los recientes descubrimientos han demostrado que hay grandes superficies del fondo marino plenas de nódulos, ricos en minerales de níquel, cobalto, cobre y manganeso. Hoy la técnica va directamente a la utilización del mar como fuente de energía: olas, mareas y corrientes.

El aspecto político es el que afecta a los transportes comerciales, que han aumentado su número y capacidad multiplicándose desde principios de siglo por 12. De ahí la importancia del mar como vía de comunicación. Pero el convenio guarda silencio sobre los usos militares del mar, por lo que, por ejemplo, no podría afirmarse que el Derecho internacional consuetudinario sancione el uso de la plataforma continental para fines militares en los Estados.

II. EL PASO POR LOS ESTRECHOS

Una de las materias en el Derecho el mar que necesitan un nuevo examen, como parte de una amplia revisión el mismo, debida a factores económicos, estratégicos y tecnológicos, es el paso por los estrechos, cuestión que afecta en gran medida a España. La razón es que los estrechos, como ha escrito R. Lapidoth, han desempeñado siempre un papel importante en la vida internacional. El libre paso por los estrechos, encrucijada de la navegación, es una necesidad imperiosa para la comunidad de los Estados, pues las vías de comunicación son un factor decisivo para las relaciones comerciales y política (12).

Ya Vattel, en el siglo XVIII, había destacado la importancia del tránsito por los estrechos para las comunicaciones y el comercio internacional. Distinguía entre estrechos que servían para la comunicación entre dos porciones del alta mar, de aquellos que no cumplían tal función. El paso por los estrechos de tal categoría no puede negarse por los Estados ribereños, aunque puede someterse a la condición del pago de una tasa moderada. Con el paso de los años se concluyeron muchos convenios al objeto de regular el tránsito por determinados estrechos. En los siglos XIX y XX la comunidad internacional em-

(12) R. Lapidoth: *Les détroits en droit international*, París 1972, pág. 1.

prendió la codificación de un régimen internacional para estas vías de paso. En 1949 el Tribunal internacional de justicia abordó un problema, en el caso del estrecho de Corfú, en cuya sentencia de 9 de abril de 1949, estimaba que el Derecho internacional consuetudinario reconocía el derecho de paso por los estrechos usados para la navegación internacional entre dos partes de alta mar. Esto ejerció una gran influencia en la labor de la Comisión de Derecho internacional al preparar el convenio de Ginebra de 1958 sobre mar territorial, y el convenio sobre alta mar de 29 de abril de 1958 (13) se refiere expresamente a este aspecto al declarar que

«Los Estados partes de esa convención, deseando codificar las normas de Derecho internacional relativas a la alta mar, reconocen que la conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar celebrada en Ginebra de 24 de febrero al 27 de abril de 1958 aprobó las disposiciones siguientes como declaratorias en términos generales de los principios establecidos de Derecho internacional...» (introducción).

El paso por los estrechos ha ido ganando importancia a consecuencia, por una parte, del aumento del transporte marítimo, que ha originado un mayor riesgo de accidentes no sólo para la seguridad de las personas, sino para el propio Estado ribereño a causa de la contaminación. Por ejemplo, se calcula que por los estrechos de Malaca y Singapur pasan más de 37.000 buques al año, de ellos la mayoría son petroleros que van del golfo Pérsico al Japón; en Gibraltar la cifra se eleva a 50.000 también en gran parte con este producto destinado a los Estados europeos y a Estados Unidos.

Por otro lado su importancia está en función de los intereses estratégicos de las grandes potencias, provocados por el aumento de la tensión internacional y por la necesidad de velar por la seguridad de ésta o de los Estados en situación geográfica desventajosa, cuya vida depende en gran parte del paso por tales estrechos. Todo lo cual no es más que una consecuencia del avance tecnológico y de la progresiva mundialización de la sociedad internacional en su proyección sobre el medio marino (14).

Han sido pues, factores estratégicos y económicos, los que han exigido esta revisión del Derecho del mar. Son factores, como escribe el profesor J. A. Pastor Ridruejo, que hunden sus raíces en la precaria situación de paz a nivel mundial, sostenida por el armazón de la llamada estrategia de la disuasión. Las dos superpotencias necesitan la mayor movilidad posible de

(13) España se adhirió el 25 de febrero de 1971. B. O. E. núm. 309 de 27 de diciembre de 1971. Aranzadi, Legislación, 1971, n.º 2.306.

(14) J. Pueyo Losa: *El archipiélago oceánico*. Madrid 1981, pág. 83.

algunos de sus efectivos bélicos, submarinos termonucleares y fuerza aérea (15).

III. CONCEPTO DE ESTRECHO INTERNACIONAL

Un estrecho es un paso natural, no artificial, que separa dos zonas de tierra y que une dos partes de alta mar y el mar territorial de un Estado extranjero. Algún autor ha añadido a este concepto un dato más, la contracción del mar, que es innecesario por la propia naturaleza del sustantivo «estrecho» (16). El Tribunal internacional de justicia en su sentencia citada de 9 de abril de 1949 había dicho que son los

«... estrechos que sirven, a los fines de la navegación internacional, para poner en comunicación dos partes del alta mar...» (17).

Esto supone que el estrecho sea navegable, aunque el primer problema está en determinar cuando un estrecho se usa para la navegación internacional. El convenio de Ginebra de 29 de abril de 1959 alude expresamente al paso por los estrechos que se utilizan para la navegación internacional (art. 16, pár. 4). La III conferencia de Derecho del mar, no obstante, ha tropezado en este punto con numerosas dificultades porque la mayoría de los Estados ribereños estaba interesada en excluir sus propios estrechos de la definición.

La segunda cuestión está en saber si las divergencias respecto a la reglamentación de los estrechos alcanzan a todos o sólo a los más importantes, como los de Magallanes, Gibraltar, Messina, Malaca, Bab el Mandeb, Calais, los Sund, el Bósforo y los Dardanelos.

El tercer problema que se presenta es excluir los estrechos que discurren por aguas internacionales, que existen cuando la anchura el estrecho es supe-

(15) J. A. Pastor Ridruejo: «Consideraciones sobre la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar». *Anuario de Derecho internacional*, vol. III, 1976, pág. 283; véase también E. Golmayo Cifuentes: «Los factores estratégicos en el proceso de revisión del Derecho del mar». *La actual revisión del Derecho del mar. Una perspectiva española*. Primera parte, I, Madrid 1974, págs. 113-154.

(16) J. D. González Campos: «Navegación por el mar territorial, incluidos los estrechos». *La actual revisión del Derecho del mar. Una perspectiva española*. Primera parte, I, Madrid 1974, pág. 299.

(17) Cour internationale de justice: *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. 1949, pág. 28.

rior al doble del mar territorial del Estado o Estados ribereños. Las dificultades se plantearon en el caso de los estrechos de la región del Skjaergaard (Noruega), donde existen unas líneas de navegación llamadas Indreleia, que atraviesan estrechos. En el asunto de las pesquerías, resuelto por una sentencia del Tribunal internacional de justicia de 18 de diciembre de 1951, entre Gran Bretaña y Noruega, sobre el derecho de ésta a medir el mar territorial a partir de ciertas líneas, frente a la argumentación británica de que tales pasos tenían la consideración de estrechos internacionales a través de las aguas territoriales noruegas y no interiores, el Tribunal afirmó que

«... la Indreleia no es en modo alguno un estrecho, sino una vía de navegación acondicionada gracias a los trabajos técnicos ejecutados por Noruega. En estas condiciones el Tribunal no podría mantener la idea de que la Indreleia tendría, desde el punto de vista en que aparece en el presente artículo, una condición diferente de las otras aguas incluidas en el «skjaergaard» (18).

En suma, estas reglas, en opinión de cierto sector de la doctrina, no se aplican a los estrechos que estuvieran en el mar territorial existente en el momento en que se adoptó el convenio, tampoco se aplican a los estrechos internacionales cuya línea media está en alta mar ni cuando los estrechos se rigen por acuerdos específicos. La opinión generalizada es que los estrechos incluyen aquellos que tienen menos de veinticuatro y más de seis millas marítimas de ancho, se han utilizado históricamente para la navegación internacional y unen dos partes del alta mar o el alta mar con el mar territorial de un Estado (19).

IV. LA REGLAMENTACION INTERNACIONAL DEL PASO POR LOS ESTRECHOS

La mayoría de los estrechos se rige por las reglas generales del Derecho internacional, pero sólo hasta tiempos recientes no hay unos principios aplicables a determinados estrechos como los de Magallanes, Gibraltar, Dardanelos, Bósforo, mar de Marmara o Sund (20). Desde el siglo XIX numerosos tratados bilaterales o multilaterales han consagrado la libertad de paso por los

(18) Cour internationale de justice: *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. 1951, pág. 132.

(19) M. Shyam: «International straits and ocean law». *Indian journal of international law*, vol. 15, 1975, págs. 18-19.

(20) Véase Ch. E. Hill: «Le régime international des détroits maritimes». *Recueil des cours*, vol. 45, 1935, III, págs. 479-555.

estrechos estableciendo una costumbre internacional para los buques mercantes; hasta la sentencia del Tribunal internacional de justicia en el caso del estrecho de Corfú el paso de los buques de guerra estaba supeditado a una autorización previa, aunque de hecho nunca se exigió. Ello lleva a plantearse el problema de si también este tipo de buques tienen por derecho consuetudinario un derecho de libre paso, cuestión que se abordará más adelante.

La reglamentación internacional de los estrechos no se ha hecho sólo a través de obligaciones convencionales sino también mediante declaraciones gubernamentales, esto es, actos unilaterales de los Estados, que han completado el Derecho internacional sobre esta materia. La primera regla que se admite es la del paso inocente de buques extranjeros, como distinta de la del paso por el mar territorial. A principios del siglo xx no se planteaban aún los problemas de este tipo porque la regla de las tres millas del mar territorial dejaba siempre un paso de alta mar. Incluso el Instituto de Derecho internacional, en su sesión de París de 1894, defendió la aplicación del régimen del mar territorial a los estrechos cuya anchura no excediera de doce millas (21).

En la primera conferencia de codificación celebrada en La Haya en 1930 la situación de los estrechos no se incluyó en las bases de discusión del Comité preparatorio de la conferencia, a pesar de que ya se había reconocido el principio de la libertad de paso y navegación por los Dardanelos, el Bósforo y el mar de Marmara hecho por los Estados signatarios del tratado de paz de Lausana (art. 23) y el convenio relativo al régimen de los estrechos (art. 1) (22). La conferencia no llegó a ningún resultado y así la primera regla sobre el paso por los estrechos es la contenida en la sentencia del Tribunal internacional de justicia de 9 de abril de 1949, en el caso del estrecho de Corfú:

«Según el parecer del Tribunal, se admite en general y está de acuerdo con la costumbre internacional que los Estados en tiempo de paz, poseen el derecho de hacer pasar sus navíos de guerra por los estrechos que sirven, para los fines de la navegación internacional, para poner en comunicación dos partes del alta mar, sin obtener previamente autorización del Estado ribereño, supuesto que el paso sea inocente. A menos que un convenio internacional no disponga otra cosa, un Estado ribereño no posee el derecho de prohibir tal paso por los estrechos en tiempos de paz» (23)

Esta regla se encuentra enunciada después en el convenio de Ginebra de 29 de abril de 1958, al decir en su artículo 16:

(21) Art. 10. *Résolutions de l'Institut de droit international*. 1873-1956. Basilea 1957, pág. 123.

(22) Véase M. Giuliano: «The regime of straits in general international law», *The italian year book of international law*, vol. I, 1975, pág. 20.

(23) Cour internationale de justice: *Recueil...* 1949, pág. 28.

«4. El paso inocente de buques extranjeros no puede ser suspendido en los estrechos que se utilizan para la navegación internacional, entre una parte del alta mar y otra parte del alta mar, o en el mar territorial de un Estado extranjero».

Pero el convenio reconoce que, a diferencia del mar territorial, en el que se puede suspender temporalmente el paso por razones de seguridad en una determinada zona, éste no se puede obstaculizar en los estrechos (art. 16, párs. 3 y 4).

La duda surge sobre si toda clase de buques seguiría la misma regla, esto es, buques de superficie y buques submarinos. El artículo 14 del convenio de Ginebra de 1958 lo aclara de esta manera:

«Los buques submarinos tienen la obligación de navegar en la superficie y de mostrar su bandera» (pár. 6).

Esto significa que el derecho de paso inofensivo es un derecho reconocido no sólo convencionalmente a todos los Estados sino también que está admitido por la costumbre internacional.

Durante muchos años la cuestión del paso por los estrechos no sufre alteración, hasta que fue incluida, como se ha dicho, entre los temas a discutir sobre el Derecho del mar a través de la propuesta del delegado de Malta a las Naciones Unidas hecha el 17 de agosto de 1967, pidiendo la inscripción en el orden del día de la Asamblea general de la cuestión relativa a la utilización con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos, propuesta que fue ampliada el 1 de noviembre de 1967 (24).

Constituido el Comité de los fondos marinos el 21 de diciembre de 1968, que fue el órgano preparatorio de la conferencia, asignó la cuestión de los estrechos al segundo Subcomité, lo que figuraría después en la lista de materias a estudiar. La sesión de la conferencia celebrada en Caracas en 1974 elaboró ya el tema. Las deliberaciones del II Comité en Ginebra (1975) y en Nueva York (1976 y 1977) dieron lugar a un texto aceptable por muchos Estados. Establecía un mar territorial de 12 millas marítimas y un nuevo régimen de paso por los estrechos internacionales.

Con esto se estaba ya en vías de estudiar una serie de temas de importancia y actualidad. «Las negociaciones de la tercera conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar han sido el catalítico más importante de este siglo para un nuevo orden jurídico y político de los océanos» ha escrito John

(24) Doc. A/6695 y Doc. A/AL/PV 1515 y 1516.

Norton Moore (25). Este nuevo derecho aparece en un proyecto contenido en el documento A/Conf. 62/WP. 10/Rv. 3, de 22 de septiembre de 1980, en cuya parte III se refiere a los estrechos utilizables para la navegación internacional.

Pero en ellos el proyecto traza una distinción entre los estrechos cuyo paso se regula en su totalidad (estrechos turcos conforme al convenio de Montreux de 1936) y los que regula sólo en parte (como los estrechos bálticos). No afecta a los estrechos que ponen en comunicación una parte del alta mar o una zona económica exclusiva con el mar territorial de un Estado extranjero (estrecho de Tirán). Así resulta que según el convenio de 1982 se pueden distinguir cuatro clases de estrechos:

1. Los regulados en el artículo 35 del convenio:

«...Estrechos en los cuales el paso esté regulado total o parcialmente por convenciones internacionales de larga data y aún vigentes que se refieran específicamente a tales estrechos».

Este tipo comprende los estrechos turcos, daneses y el de Magallanes.

2. Los regulados en el artículo 36:

«... estrecho utilizado para la navegación internacional si por ese estrecho pasa una ruta de alta mar o que atravesase una zona económica exclusiva...».

Este pasillo está abierto a la libre navegación y sobrevuelo.

3. Los estrechos que comunican el alta mar o una zona económica exclusiva y el alta mar o zona económica (art. 37). Este tipo es el de la mayor parte de los estrechos.

4. Los secundarios que ponen en comunicación al alta mar o zona económica exclusiva y el mar territorial (arts. 45 y 38, 1 del convenio) (26).

La distinción entre tipos diferentes había sido ya tomada en cuenta en el caso del estrecho de Corfú, donde el gobierno albanés, en sus alegaciones, había dicho que:

«... existen, al menos, dos clases de estrechos, aquellos que constituyen un paso necesario, al menos natural, entre dos partes del mar libre, que

(25) J. N. Moore: «The régime of straits and the third United Nations conference on the law of the sea». *American journal of international law*, vol. 74, 1980, pág. 77.

(26) Puede verse P. de Vries Lentsch: «The right of overflight over strait states and archipelagic states: developments and prospects». *Netherlands yearbook of international law*, vol. XIV, 1983, pág. 217.

interesan a toda la comunidad internacional en atención a las necesidades del comercio internacional y aquellos estrechos cuya travesía no es indispensable para la comunidad internacional» (27).

Esto habría conducido, escribía el profesor J. D. González Campos, a excluir el estrecho de Corfú, paso secundario, de las vías marítimas a las que se aplica el régimen de paso inocente para los buques de guerra, pudiendo el Estado ribereño exigir previamente la autorización para el paso de dichos buques, igual que para su entrada en las aguas interiores (28).

V. EL PASO POR LOS ESTRECHOS: DEL PASO INOFENSIVO AL PASO EN TRANSITO

La navegación por los estrechos no es más que un aspecto de la navegación en general y en ella no pueden dejar de influir las nuevas corrientes del Derecho del mar, caracterizadas, como ha escrito W. Riphagen, por una «territorialización» del mar y por una «internacionalización» de éste. Sin embargo, estas dos tendencias no han hecho desaparecer la libertad de navegación al menos en lo que se refiere a aquellas funciones que corresponden al interés de la comunidad internacional (29).

La regla tradicional en Derecho internacional era el paso inocente o inofensivo por las aguas territoriales y por tanto por los estrechos cuyas aguas tenían este carácter. La práctica ha introducido un nuevo concepto, el de paso en tránsito.

A) El paso inocente o inofensivo

Se ha dicho que el derecho de paso inocente es la facultad concedida a los buques extranjeros para su navegación por el mar territorial de otros Estados, incluidos los estrechos utilizados para la navegación internacional. Es un derecho aplicable, por tanto, en el régimen de la navegación marítima, no en el de la navegación aérea en el mar territorial y los estrechos (30).

(27) Cour internationale de justice: *Memories, pleadings et documents*, vol. III, 1950, pág. 383.

(28) J. D. González Campos: *art. cit.*, pág. 304.

(29) W. Riphagen: «La navigation dans le nouveau droit de la mer». *Revue générale de droit international public*, vol. 84, 1980, pág. 145.

(30) J. D. González Campos: *art. cit.*, pág. 325.

Esto supone distinguir dos conceptos: paso e inofensivo. El concepto de *paso* se halla determinado por el convenio de Ginebra de 1958, cuyo artículo 14 dice:

«2. Se entiende por paso el hecho de navegar por el mar territorial, ya sea para atravesarlo sin penetrar en las aguas interiores, ya sea para dirigirse hacia estas aguas, ya sea para dirigirse hacia alta mar viniendo de ellas».

Este paso puede estar condicionado por los «incidentes normales de la navegación o le sean impuestos al buque por una arribada forzosa o un peligro extremo», como dice el propio convenio de 1958 (art. 14, párr. 3º).

En cuanto al concepto de *inocente* o *inofensivo* el convenio citado afirma que

«es inocente mientras no sea perjudicial para la paz o la seguridad del Estado ribereño» (art. 14, párr. 4º).

Por ello, éste puede tomar las medidas necesarias para impedir cualquier paso que no sea inocente (art. 16, párr. 1º). Doctrinalmente se ha afirmado que es solamente la conducta del navío durante el paso (es decir, un criterio objetivo) la que se puede tener en cuenta, sin excluir otras consideraciones como la nacionalidad, el destino y el cargamento del navío (consideraciones subjetivas propias del Estado ribereño) (31).

También el derecho anterior a 1982 contenía controles para el tráfico, que podía darse respecto a tres categorías de buques: los impulsados por energía nuclear, los que transportan mercancías peligrosas (explosivos, gases, líquidos inflamables, sustancias tóxicas y radioactivas) y los destinados a la investigación el medio marino, todos los cuales necesitaban autorización del Estado ribereño (32).

En cuanto al tiempo en que se ejercía el derecho de paso inofensivo, es sólo en condiciones de paz, pues en tiempo de guerra los Estados neutrales están obligados a proteger la libertad de paso por los estrechos de todos los buques, aunque pueden imponer ciertas restricciones para proteger su condición de neutral y facilitar el paso. A su vez los buques de guerra y mercantes neutrales y beligerantes tienen la obligación de no comprometer la situación de neutralidad. Pero en cuanto al Estado ribereño es beligerante, el estrecho está sometido a las leyes de la guerra, por lo que no cabe esperar que deje

(31) R. Lapidoth: *ob. cit.*, pág. 45.

(32) J. D. González Campos: *art. cit.*, págs. 361-367.

pasar libremente a los buques enemigos por sus aguas territoriales, salvo a los buques hospitales. Estos problemas se complican cuando el estrecho es el teatro de las hostilidades. No hay regla sobre ellos, aunque sería deseable, como escribe R. Lapidoth, que los estrechos fueran inmunizados contra los actos de guerra (33). El interés de la comunidad internacional así lo exigiría.

El paso inocente afecta, por tanto, a los buques mercantes y a los de guerra, aunque el convenio de Ginebra de 1958 no se refiere a estos. La doctrina es partidaria, por ello, de que el paso no se extienda a los buques de guerra (34).

El punto más controvertido, por tanto, es dilucidar si, en ausencia de reglamentación internacional convencional, existe una costumbre internacional por la que los buques de guerra tengan paso libre e inofensivo por los estrechos sin necesidad de una autorización del Estado por cuyas aguas navegan. En principio puede decirse que no ha habido una oposición al paso por parte de los Estados en tiempo de paz, con lo que el paso inofensivo de los buques de guerra es hoy una costumbre internacional. Pero la formación de una costumbre exige determinados requisitos. El Tribunal internacional de justicia en su sentencia de 20 de febrero de 1969, relativa a los asuntos de la plataforma del mar del Norte, se había planteado, por ejemplo, si el principio de la equidistancia puede ser considerado como una regla de Derecho internacional consuetudinario. Para ello analiza el problema de si una regla convencional o contractual en su origen, se habría aceptado como tal por haber conseguido la *opinio iuris* (35), de manera que obligara a los Estados que no han sido nunca partes en un convenio. Esta situación está dentro de las posibilidades, es incluso uno de los métodos admitidos por los que se pueden formar reglas nuevas de Derecho internacional consuetudinario. Pero el Tribunal estimó que no es fácil alcanzar este resultado:

(33) R. Lapidoth: *ob. cit.*, pág. 53.

(34) Véanse L. García Arias: «El tránsito inocuo de los buques de guerra». *Anuario de la sección de Derecho marítimo*, vol. I Madrid 1952, pág. 21; J. L. Meseguer Sánchez: «El caso del «Arlington» (1859-1860) (Un precedente de la doctrina del libre tránsito por los estrechos)». *Revista española de Derecho internacional*, vol. XXVIII, 1975, págs. 11-32; O. G. de Vries Reillingh: «Warships in territorial waters, their rights of innocent passage». *Netherlands yearbook of international law*, vol. II, 1971, págs. 29-67. El convenio de Montreux de 20 de julio de 1936 (puede verse en J. P. Quenedeuc: *Conventions maritimes internationales*, París 1979, págs. 63-77) establece una distinción entre el tránsito de los buques de guerra en tiempo de paz y en época de hostilidades, mientras reconoce el principio de libertad de paso por el Bósforo, el mar de Mármara y los Dardanelos tanto en tiempo de paz como de guerra para los buques mercantes de cualesquiera pabellones. Sobre esto puede verse J. L. de Azcárraga Bustamante: *Derecho del mar*. Vol. I, Madrid 1983, pág. 98.

(35) Véase Ch. de Visscher: «Coutume et traité en droit international public». *Revue générale de droit international public*, vol. LVIII, 1955, págs. 353-369.

«Es preciso ante todo que la disposición en cuestión tenga en todo caso virtualmente, un carácter fundamentalmente normativo y que pueda así constituir la base de una regla general de derecho..., que haya pasado un largo período de tiempo, una participación muy amplia y representativa, a condición, sin embargo, que comprenda los Estados particularmente interesados...» (36).

En otro momento el Tribunal internacional de justicia en opiniones individuales a las sentencias de 25 de julio de 1974, relativas a los asuntos de la competencia en cuestión de pesquerías (Reino Unido c. Islandia y República Federal de Alemania c. Islandia) volvería a condicionar la creación de una costumbre internacional al expresar que

«... conclusión que afirma la existencia actual de una regla general de derecho consuetudinario que fija para los Estados ribereños, en cuestión de pesquerías, un límite obligatorio máximo de 12 millas, no tiene fundamento. No hay hoy uso internacional que tenga un tal efecto, que sea suficientemente general y uniforme para constituir, en el sentido del párr. 1 b del artículo 38 del estatuto del Tribunal «la prueba de una práctica aceptada generalmente como derecho» (37).

Todas estas condiciones para la creación de una costumbre internacional se dan en la cuestión del paso inofensivo de buques de guerra por los estrechos que comprendan las aguas territoriales de los Estados, puesto que se trata no de una costumbre en proceso de formación que no puede vincular al Estado que la rechaza, sino de una costumbre establecida, que no depende del consentimiento de los Estados que no han participado en su proceso de formación, pues es la efectividad, como escribe el profesor Carrillo Salcedo, la que fundamenta la validez de las reglas consuetudinarias generales, al mismo tiempo que condiciona su formación (38). Pero la existencia de tal regla consuetudinaria

(36) Cour internationale de justice: *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. 1969, págs. 24 y 25. Pueden verse sobre el tema J. L. de Azcárraga Bustamante: «La sentencia del Tribunal internacional de justicia sobre los casos de la plataforma continental del mar del Norte». *Revista española de Derecho internacional*, vol. XXII, 1969, págs. 529-560; F. Durante: «Norme generale e regole convenzionali per la delimitazione della piattaforma continentale». *Rivista di diritto internazionale*, vol. LIII, 1970, págs. 5-20; W. Friedmann: «The North sea continental shelves cases. A critique». *American journal of international law*, vol. 64, 1970, págs. 229-240.

(37) Opinión individual de los jueces Forster, Bergzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh y Ruda. Cour internationale de justice: *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. 1974, pág. 45. En el mismo sentido la opinión individual del juez De Castro, pág. 90. Pueden verse sobre las sentencias L. Favoren en *Annuaire français de droit international*, vol. XX, 1974, págs. 253-285; M. V. Castillo Daudí: «Tribunal internacional de justicia: Asunto de competencia en materia de pesquerías». *Revista española de Derecho internacional*, vol. XXIX, 1976, págs. 437-445.

(38) J. A. Carrillo Salcedo: *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, 2.ª ed., Madrid 1976, págs. 135-137.

no implica la inexistencia de ciertas limitaciones. El Estado ribereño, se trate de buques neutrales o beligerantes en caso de guerra, puede imponer restricciones para proteger a los navíos neutrales, su seguridad, su neutralidad y el propio paso, en el supuesto de que aquél sea neutral. Si es beligerante los navíos mercantes y de guerra enemigos tendrán en los estrechos el mismo trato que en los otros espacios marítimos nacionales. Cabe el supuesto, en el caso de un estrecho que una el alta mar con el mar territorial de un Estado beligerante, de que éste coloque minas en el estrecho, dejando una vía de comunicación para sus propios buques. Los buques neutrales que tienen paso libre en estos supuestos se encontrarán con la imposibilidad de ejercitar tal derecho.

Incluso las reglas que obligan a los Estados, por estar contenidas en convenios internacionales de los que sean parte, pueden ser obligatorias para Estados no vinculados por un convenio al transformarse en Derecho internacional consuetudinario. El artículo 38 del convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el derecho de los tratados determina que nada de lo contenido en los artículos 34 a 37 prohíbe que una regla contenida en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como regla consuetudinaria de Derecho internacional, reconocida como tal. El problema es cómo y cuándo una regla convencional adquiere la categoría de Derecho internacional consuetudinario. Al ser comentado aquél artículo por la Comisión de Derecho internacional citaba, como ejemplos, los convenios de La Haya sobre la guerra terrestre, los acuerdos de neutralización de Suiza, los tratados referentes a los ríos internacionales, etc. Por tal razón, la Comisión se abstuvo de incluir una disposición que tratara independientemente de los tratados que crean regímenes objetivos, esto es, obligaciones y derechos válidos *erga omnes*. Cuando se haya completado el proceso de transformación, las disposiciones del convenio de Derecho del mar, adquirirán el carácter de reglas consuetudinarias aplicables a todos los Estados (39).

Los casos de la plataforma continental del mar del Norte, resueltos por el Tribunal internacional de justicia en sentencia de 20 de febrero de 1969 exponen la existencia de varias condiciones para esa aceptación como derecho consuetudinario de una regla convencional: una participación muy amplia y representativa en el convenio, incluyendo a los Estados cuyos intereses sean afectados especialmente y una uniformidad amplia y real de la práctica estatal que pruebe el «reconocimiento general de que se está en presencia de una regla jurídica o de una obligación legal» (40).

El paso inofensivo, hasta que se crea el nuevo concepto de paso en tránsito, no se refiere más que a la navegación marítima en superficie y, por tanto,

(39) Véase Luke T. Lee: *art. cit.*, págs. 565-566.

(40) Cour internationale de justice: *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. 1969, pág. 43.

excluye la navegación en inmersión. En segundo lugar, aunque no se puede prohibir el paso (art. 16, párr. 4 del convenio de Ginebra de 1958).

«... el Estado ribereño puede, sin discriminación entre los buques extranjeros, suspender temporalmente y en determinados lugares de su mar territorial, el paso inocente de buques extranjeros, si tal suspensión es indispensable para la protección de su seguridad» (art. 16, párr. 3).

Este sistema de paso inocente ha sido defendido por los Estados pequeños, en cuanto satisface las necesidades de la comunidad internacional, mientras que el paso en tránsito, que será un concepto nuevo elaborado por la III conferencia de Derecho del mar, interfiere los intereses de aquellos Estados y el mantenimiento de un sistema de control de tráfico marítimo, pone en peligro el medio marino y amenaza su seguridad nacional al permitir el sobrevuelo de aeronaves militares y el paso de submarinos en inmersión. En este sentido España mostró su disconformidad en todo momento y hasta el final y así el delegado español en la Comisión de fondos marinos había dicho en la II Subcomisión, basándose en el convenio de Ginebra de 1958, en favor del paso inocente:

«... las normas tradicionales sobre la materia declaradas en el convenio de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial, constituyen «una salvaguardia mínima e irrenunciable». Salvaguardia tradicional de los ribereños que se ha hecho más apremiante con el despliegue del poder naval en ciertos espacios marítimos y con el desarrollo tecnológico, pues los buques de guerra, los buques impulsados por energía nuclear, los petroleros gigantes y los que transportan mercancías peligrosas suponen una amenaza potencial para la paz, el buen orden o la seguridad de los costeros».

Y poco después en la misma Subcomisión, añadiría que

«...si se consagrasen esas pretendidas libertades de navegación y de sobrevuelo en los estrechos internacionales su resultado último sería el de establecer, en beneficio de unos pocos, un derecho de tránsito indiscriminado por los estrechos. Tránsito indiscriminado que favorecería directamente no a la navegación civil, sino a las aeronaves militares —hoy excluidas del sobrevuelo—, y a los buques de guerra, en especial a los buques submarinos que deben navegar, según el Derecho internacional hoy vigente, en la superficie mientras pasan por el mar territorial» (41).

(41) Puede verse el texto en *La actual revisión del Derecho del mar. Una perspectiva española*. II, segunda parte. Textos y documentos. Madrid 1974, págs. 367-374 y 413-417.

Una cierta evolución se observó en la delegación española en el IV período de sesiones (Nueva York, primavera de 1976) al mostrarse más favorable al paso en tránsito, pero no al libre sobrevuelo de aeronaves.

La opinión del delegado español en el referido Subcomité estaba avalada por los proyectos que se presentaron sobre el tema de los estrechos: uno patrocinado por Chipre, Grecia, Indonesia, Malasia, Marruecos, Filipinas, España y Yemen (42), otro presentado por Fiji (43) que mantenía el paso inocente a través de las aguas territoriales, pero intentaba aplicar un principio objetivo para determinar qué actos se consideran de hecho perjudiciales para la paz, el buen orden y la seguridad del Estado ribereño (art. 7), una propuesta danesa que establecía varias clases de regímenes para las diferentes clases de estrechos (44) y otra italiana que determinaba que el paso inocente se aplicaría sólo en condiciones concretas (45).

El convenio de 1982 reconoce el derecho de paso inocente por el mar territorial, pero mejora las disposiciones del convenio de 1958 al precisar la competencia del Estado ribereño en su artículo 21, en particular la relativa a la contaminación procedente de buques y al destacar la no obstaculización del paso inocente (46). Este derecho no comprendía hasta la adopción del texto del convenio el paso inocuo para la navegación aérea. La extensión del mar territorial a 12 millas ha colocado estrechos importantes como Gibraltar, Ormuz, Bab el Mandeb, Dover y Malaca bajo control territorial y por tanto el paso de aeronaves quedaba sujeto al consentimiento del Estado costero. También el reconocimiento de la zona económica exclusiva de 200 millas puede implicar un cierto control de la navegación aérea, porque el 40 % de la superficie de los océanos del mundo linda con la zona. Si este área amplia se estima sujeta total o parcialmente a la soberanía estatal sobre actividades aéreas, el concepto tradicional de la libertad del aire, como ha destacado K. Hailbronner, pudiera quedar limitado drásticamente (47). La controversia estaba resuelta porque convenios internacionales al establecer la soberanía estatal sobre el espacio aéreo limitaban el libre paso de aeronaves. El convenio de Chicago de 7 de octubre de 1944 sobre la aviación civil internacional afirma

(42) Doc. A/AC.138/SC.II/L.18 de 27 de marzo de 1973. Puede verse el texto en *International legal materials*, vol. XII, 1973, págs. 573-580.

(43) Doc. A/AC.138/SC.II/L.42 de 19 de julio de 1973. Puede verse el texto en *International legal materials*, vol. XII, 1973, págs. 1.251-1.258.

(44) Subcomité II de la Comisión de fondos marinos. Doc. A/AC.138/SC.II de la Comisión de fondos marinos. Doc. A/AC.138/SC.II/SR.62 de 5 de abril de 1973.

(45) Doc. A/AC.138/SC.II/L.30 de 16 de julio de 1973. Puede verse el texto en *International legal materials*, vol. XII, 1973, pág. 1.230.

(46) Véase J. N. Moore: *art. cit.*, pág. 116.

(47) K. Hailbronner: «Freedom of the air and the convention on the law of the sea. *American journal of international law*, vol. 77, 1983, pág. 493.

la soberanía estatal sobre esta área (arts. 1 y 2) (48) y el de Ginebra sobre el mar territorial y zona contigua de 29 de abril de 1958 lo confirma al decir en su artículo 2:

«La soberanía del Estado ribereño se extiende al espacio situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar» (49).

El convenio de 1982 repite la regla general al decir su artículo 2 que

«Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar» (pár. 2).

pero no incluye el paso de aeronaves, salvo que sea el paso en tránsito, como se verá más adelante.

B) El paso en tránsito

Este nuevo concepto en el Derecho del mar aparece formalmente en el convenio de 1982. Su artículo 38 dispone a este respecto:

«1. En los estrechos a que se refiere el artículo 37, todos los buques y aeronaves gozarán del derecho de paso en tránsito, que no será obstaculizado; no obstante, no regirá ese derecho cuando el estrecho esté formado por una isla de un Estado ribereño de ese estrecho y su territorio continental y del otro lado de la isla exista una ruta de alta mar o que atraviese una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a sus características hidrográficas y de navegación.

2. Se entenderá por paso en tránsito el ejercicio, de conformidad con esta parte, de la libertad de navegación y sobrevuelo exclusivamente para los fines de tránsito rápido e interrumpido por el estrecho entre una parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva y otra parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva. Sin embargo, el requisito de tránsito rápido e ininterrumpido no impedirá el paso por el estrecho para entrar en un Estado ribereño del estrecho, para salir de dicho Estado o para regresar a él, con sujeción a las condiciones que regulen la entrada a ese Estado».

Este concepto fue propuesto por Gran Bretaña en la sesión de Caracas de 1974 como compromiso verbal entre «tránsito libre» y «paso inocen-

(48) Ratificado por España. B. O. E. núm. 311 de 29 de diciembre de 1969. Aranzadi, *Legislación*, 1969, n.º 2.328.

(49) España se adhirió al convenio el 25 de febrero de 1971. B. O. E. núm. 307 de 24 de diciembre de 1971. Aranzadi, *Legislación*, 1971, n.º 2.296.

te» (50). Tiene su aplicación a los estrechos que ponen en comunicación dos partes del alta mar, mientras que los que unen con el mar territorial de uno o varios Estados ribereños están sometidos al régimen de paso inocente. En el Comité de los fondos marinos Italia planteó además la distinción entre los estrechos que unen el alta mar con los mares semicerrados y los demás, puesto que los Estados ribereños de estos mares no pueden alcanzar los océanos más que a través de estos estrechos. Tal es el caso de la Unión Soviética respecto al acceso de sus buques de guerra al mar Negro.

La oposición de varios Estados no era, sin embargo, nada favorable a la antigua concepción del paso inofensivo. La URSS estimaba que es un principio que da la última palabra al Estado ribereño; los Estados Unidos que esto crea entre los Estados una situación incierta sobre sus derechos y responsabilidades, pues la seguridad de aquéllos depende en gran medida de la libertad de navegación y sobrevuelo del alta mar. Unas aguas más extensas, sin el derecho de libre tránsito por los estrechos, aumentaría tal inseguridad. Estos Estados temen que la ampliación casi general de las aguas territoriales de 3 a 12 millas originaría que desapareciera el canal de libre navegación, lo que significaría un obstáculo para sus buques. Alguno de sus argumentos se apoyaba además en el artículo 5, pár. 2 del convenio de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre mar territorial y zona contigua, que establece:

«Cuando el trazado de una línea de base recta, de conformidad con el artículo 4.º, produzca el efecto de encerrar como aguas interiores zonas que anteriormente se consideraban como parte del mar territorial o de alta mar, existirá en esas aguas un derecho de paso inocente, tal como está establecido en los artículos 14 a 23».

Estimaban los defensores de esta posición que el mismo principio actúa respecto a los estrechos internacionales que llegan a ser parte del mar territorial como resultado de la extensión de su anchura. A los fines del libre tránsito la misma libertad de movimiento continuaría existiendo en estos estrechos internacionales que antes de la ampliación del mar territorial (51). Además el libre sobrevuelo de estas aguas no exige rutas sobre el mismo estrecho sino que a discreción del Estado ribereño podrían establecerse sobre corredores asequibles sobre áreas terrestres (52).

Esta libertad de tránsito aéreo puede afectar a los intereses del Estado costero en su reglamentación, en las consecuencias peligrosas del transporte,

(50) Véase W. Muench: «Reflections on the emerging straits regime and the draft convention on the law of the sea». *Indian journal of international law*, vol. 21, 1981, pág. 232.

(51) M. Shyam: *art. cit.*, págs. 22-23.

(52) Véase R. P. Anand: «Freedom of navigation through territorial waters and international straits». *Indian journal of international law*, vol. 14, 1974, págs. 181-183.

en la contaminación y en las actividades militares. España, que se había opuesto a cualquier derecho de vuelo, criticó el proyecto de convenio de 1978, porque no especificaba qué actividades podrían ser prohibidas. La misma crítica surgió por parte de Marruecos y Grecia, que estimaban que deberían prohibirse el uso de armas, la toma de fotografías, el aprovisionamiento de combustible, la interferencia de las comunicaciones. El texto final no contó con ninguna enmienda y así dice el artículo 39:

- «1. Al ejercer el derecho de paso en tránsito, los buques y aeronaves:
- a) Avanzarán sin demora por o sobre el estrecho;
 - b) Se abstendrán de toda amenaza o uso de fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de los Estados ribereños del estrecho o que en cualquier otra forma viole los principios del Derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas;
 - c) Se abstendrán de toda actividad que no esté relacionada con sus modalidades normales de tránsito rápido e ininterrumpido, salvo que resulte necesaria por fuerza mayor o por dificultad grave;
 - d) Cumplirán las demás disposiciones pertinentes de esta parte».

En todo caso el régimen convencional es ambiguo en cuanto permite al Estado litoral controlar discrecionalmente aeronaves y buques.

La opción por un sistema de paso inocente o de libre tránsito no es algo que dependa del interés de los Estados ribereños. Se trata de una norma convencional que ha de obligar a los Estados y que crea una nueva situación, muy controvertida, en la que cada Estado tiene un interés diferente. A este respecto M. Shyam ha señalado la posibilidad de contemplar cinco posiciones diferentes:

A. El Estado cuyo mar territorial incluye un estrecho internacional prefiere el régimen de paso inocente.

B. El Estado con una gran marina mercante prefiere el paso que no pueda ser suspendido en los estrechos.

C. Un Estado que depende del comercio marítimo prefiere también este tipo de paso.

D. Un Estado cuyas costas están en un mar semicerrado es igualmente partidario de esta solución.

E. Un Estado que depende estratégicamente de la movilidad naval prefiere el libre tránsito por los estrechos internacionales (53).

(53) M. Shyam: *art. cit.*, pág. 24.

Por ello se ha afirmado que no tiene sentido negar la libertad de navegación por los estrechos que unen dos partes del alta mar mientras se reafirma la libertad de navegación por éste, pues cualquier régimen restrictivo, aplicado a los estrechos internacionales, tendría un efecto importante sobre el tráfico marítimo mundial (54).

Las grandes potencias son, por tanto, partidarias de este régimen de paso en tránsito, aún antes de que el problema se planteara en la Comisión de fondos marinos. El presidente R. Nixon en una declaración hecha el 23 de mayo de 1970 (55), destacaba la necesidad de un tratado que estableciera las 12 millas de mar territorial y el libre paso por los estrechos internacionales. En consecuencia algo después el gobierno norteamericano presentaba en el Subcomité II de la Comisión de fondos marinos un proyecto de artículos sobre la anchura del mar territorial, estrechos y pesquerías. La argumentación americana se basaba en motivos de seguridad en cuanto que los submarinos con cohetes balísticos nucleares son invulnerables a la detección cuando atraviesan los estrechos sumergidos. La exigencia del libre paso no era, por tanto, más que la contraprestación del reconocimiento de las 12 millas de mar territorial (56). Y así el proyecto de artículos presentado por la delegación norteamericana el 3 de agosto de 1971 en el referido Subcomité II, determinaba en su artículo II que

«1... Todos los buques y aeronaves en tránsito gozarán de la misma libertad de navegación y sobrevuelo en el tránsito por y sobre tales estrechos... los Estados ribereños pueden señalar vías de paso aptas para el tránsito...
2. Las disposiciones de este artículo no afectarán a los convenios u otros acuerdos internacionales en vigor específicamente relativos a estrechos particulares» (57).

El representante norteamericano, John R. Stevenson, afirmaba además que los estrechos de anchura superior a las 6 millas náuticas tenían una vía de alta mar, con libertad de navegación y sobrevuelo para todos los buques y aeronaves. Y el 2 de abril de 1973 añadía en el mismo Subcomité que el interés comunitario en los estrechos internacionales es mucho más vital que el derecho de paso inocente por el mar territorial. Si no la libertad del alta mar que disfrutaban todos los Estados quedará sin sentido:

(54) Scott S. Truver: *The strait of Gibraltar and the Mediterranean*. Alphen aan den Rijn 1980, pág. 3.

(55) Puede verse en *International legal materials*, vol. IX, 1970, pág. 809.

(56) Véase D. Montaz: «La question des détroits à la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer». *Annuaire français de droit international*, vol. XX, 1974, pág. 849.

(57) Doc. A/AC.138/SC.II/L.4. Puede verse en *International legal materials*, vol. X, 1971, págs. 1.013-1.020.

«A la vista de la importancia de los estrechos utilizados para la navegación internacional, cualquier reglamentación de tales estrechos que dependa de una serie de criterios que puedan ser interpretados subjetivamente por los Estados ribereños esparcirá las semillas de conflictos futuros... es completamente inapropiado identificar el problema del tránsito por los estrechos como si fuera un simple problema de paso por el mar territorial, que podría resolverse con la doctrina del paso inocente».

Y el mismo delegado añadía en la sesión de Caracas de la III conferencia, el 22 de julio de 1974:

«Para los Estados con costas como para los Estados cuyos buques y aeronaves transitan por dichos estrechos no puede haber una conferencia de Derecho del mar fructífera a menos que se resuelva satisfactoriamente esta cuestión» (58).

En general toda la doctrina norteamericana ha destacado esta importancia del tránsito por los estrechos para las necesidades de la seguridad nacional de los Estados Unidos (59). M. Darman comentaba a este respecto que en tanto que la flota soviética no podrá desplegar su capacidad de movimiento sin tener que atravesar corredores marítimos en estrechos y zonas de 200 millas de otros países que no son aliados soviéticos, por el contrario, la flota norteamericana tiene acceso directo a los océanos a ambos lados de sus costas, pudiendo buscar además las zonas marítimas de 200 millas de Estados aliados como Japón, Gran Bretaña, República federal de Alemania y Francia, sin tener que cruzar otras. Por ello un régimen de libertad de navegación de la zona económica exclusiva y por los estrechos internacionales tiene más ventajas para la Unión Soviética que para los Estados Unidos (60).

La oposición norteamericana se basaba en que reconocer la extensión de 12 millas del mar territorial, sin contraprestación alguna, significaría, según la misma, que se extendería a 116 estrechos el régimen de paso inofensivo. Por ello preferían mantener, en principio, un mar territorial de 3 millas náuticas, que no es una regla mayoritaria; por ejemplo, en 1977, sólo 23 Estados la admitían, 7 tenían entre 3 y 12 millas, 76 reclamaban 12, 25 más de 12 y hasta 200. Ciertamente estas diferencias están admitidas por el Derecho internacional, siempre que no se pase de ciertos límites, pues el Estado tiene el derecho de señalar la anchura de su mar territorial, si ello está conforme con aquel

(58) J. N. Moore: *art. cit.*, pág. 94.

(59) M. Reisman: «The regime of straits and national security: an appraisal of international lawmaking». *American journal of international law*, vol. 74, 1980, págs. 48-76.

(60) M. Darman: «The law of the sea: Rethinking U. S. interests». *Foreign affairs*, vol. 56, 1978, págs. 377-378.

ordenamiento. Así el Tribunal internacional de justicia, en el asunto de las pesquerías entre Gran Bretaña y Noruega, decidido por la sentencia de 18 de diciembre de 1951, afirmó:

«La delimitación de los espacios marítimos tiene siempre un aspecto internacional: no podría depender de la sola voluntad del Estado ribereño tal como se enuncia en su derecho interno. Si es cierto que el acto de delimitación es un acto unilateral, puesto que el Estado ribereño es el único que tiene competencia para hacerlo, por el contrario, la validez de la delimitación respecto a terceros Estados depende del Derecho internacional» (61).

El convenio de 1982 sobre Derecho del mar (62) reconoce, por tanto, la competencia del Estado para señalar este límite:

«Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta convención» (art. 3).

Otra de las grandes potencias, la Unión Soviética, mantenía, por idénticas razones, su oposición a limitar el paso libre por los estrechos (63). Para ella la regla del libre paso por los estrechos utilizados para la navegación internacional ha llegado a ser un principio inherente a la libertad del alta mar. El proyecto de artículos (64) que sometió al Subcomité II de la Comisión de fondos marinos contenía el principio de que

«En los estrechos utilizados para la navegación internacional entre una parte del alta mar y otra parte del alta mar, todos los buques en tránsito gozarán de la misma libertad de navegación, a los fines de tránsito por dichos estrechos como tienen en alta mar» (65).

Para la Unión Soviética reconocer la anchura de 12 millas para el mar territorial significaría modificar el régimen jurídico de muchos estrechos internacionales utilizados desde hace siglos para la navegación internacional. Negarse a reconocer el libre paso por los estrechos equivaldría prácticamente a

(61) Cour internationale de justice: *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. 1951, pág. 132.

(62) A/CONF.62/122.

(63) Doc. A/AC.138/SC.II/L.7 de 25 de julio de 1972, págs. 173-174. Puede verse el texto en *International legal materials*, vol. XII, 1973, págs. 40-42.

(64) *Doc. cit.*

(65) El proyecto ligeramente modificado contenido en el documento A/Conf. 62/C.2/L.11 de 17 de julio de 1974 repite en su artículo 1, 1 este mismo principio.

establecer el dominio de 12 ó 15 Estados adyacentes a los estrechos sobre el paso de buques de casi 130 Estados del mundo.

Con esto la posición mantenida era casi idéntica a la de los Estados Unidos. Permitir que se extienda la jurisdicción de los Estados ribereños, escribe J. N. Moore, es capacitarles a controlar o a imponer condiciones unilaterales a una libertad comunitaria tan importante, sería injusto, ineficaz y conduciría a un conflicto. El tránsito por tales puntos es fundamentalmente diferente del tránsito por el mar territorial en general y debe ser reconocido como tal en interés común (66). El acceso sin obstáculo por los estrechos para los buques mercantes puede ser tan importante como la defensa de los derechos de paso de los buques de guerra. Por ejemplo, los Estados Unidos, Japón y los Estados de la Comunidad europea y muchos países en desarrollo dependen esencialmente de los suministros de petróleo que puedan transportar por uno o más estrechos (67).

La República Federal de Alemania, era también partidaria de este libre paso. Su representante en la sesión de Caracas exponía que en tanto que su país dependía estrechamente del acceso al alta mar, era importante mantener la libertad de paso y sobrevuelo por los estrechos internacionales, teniendo en cuenta los intereses legítimos de los Estados ribereños (68). Estos intereses son protegidos mediante la observancia de las normas de seguridad en el tráfico y las relativas a la no contaminación siempre que se establezcan por vía convencional.

La posición de Gran Bretaña a través de su proyecto de artículos (69) era afín a la de las otras grandes potencias. El 3 de julio de 1974, en la segunda Comisión de la Conferencia de Derecho del mar, añadía en su proyecto:

«1. En los estrechos a los que se aplica este artículo todos los buques y aeronaves gozarán del derecho de paso en tránsito, que no será impedido» (art. 1).

Aún más, el 9 de marzo de 1976 decía lord Campbell en la Cámara de los lores:

«Deseamos que la Conferencia acepte que los buques de guerra e incluso los submarinos sumergidos tengan el derecho de atravesar los estrechos internacionales aunque el mar territorial se amplíe a 12 millas» (70).

(66) J. N. Moore: *art. cit.*, pág. 79.

(67) J. N. Moore: *art. cit.*, pág. 81.

(68) Doc. A/Conf.62/C.2/SR.3 de 16 de julio de 1974.

(69) Doc. A/AC/138/SC.II.SR.27 de 24 de marzo de 1972.

(70) J. N. Moore: *art. cit.*, pág. 101.

Frente a esta posición de las grandes potencias, los Estados pequeños se presentaron siempre como enemigos del libre tránsito por razones históricas, políticas, estratégicas y de solidaridad con los países en desarrollo, aparte de los acuerdos defensivos que pudieran establecer otra cosa; no admitían que se afectara en modo alguno el principio de la soberanía nacional; para ellos no hay por qué separar la navegación por los estrechos de la navegación por el mar territorial. Ello equivaldría a hacer posible que el poder naval de las grandes potencias se desarrollara sin el menor control de los Estados ribereños.

Para estos Estados una amplia libertad de paso por sus estrechos constituiría un peligro para su seguridad y para la defensa del medio marítimo contra la contaminación petrolífera y nuclear. El libre tránsito implicaría para estos Estados que no tendrían ninguna autoridad para impedir el paso, aunque lo fuera por su mar territorial. Implicaría igualmente que los submarinos no navegaran necesariamente en superficie o mostrando su pabellón. Este derecho no está establecido expresamente en el convenio de 1982, pero puede deducirse del texto y de las circunstancias de su elaboración, conforme a los artículos 31 y 32 del convenio de Viena sobre el derecho de los tratados.

Esta posición estaba contenida explícitamente en la propuesta presentada por una serie de Estados medios y pequeños, como Chipre, España, Grecia, Indonesia, Malasia, Marruecos, Filipinas y Yemen, a los que se añadió después Fiji (71). Todo lo cual era contrario a las pretensiones ya examinadas de los grandes Estados que no admitían la menor restricción a sus submarinos nucleares. El primer proyecto presentado, en particular, inquietaba a la Unión Soviética, en cuanto sus defensores, estaban estrechamente vinculados a los Estados Unidos, lo que podía provocar discriminaciones en contra suya (72). Pero la resistencia de los Estados ribereños se debilitó poco a poco frente a la presión de los grandes Estados y la pasividad de los pequeños o grupo de los 77.

Las restricciones previstas por el convenio de 1982 a los derechos tradicionales de los Estados ribereños no afectaban, sin embargo, al régimen de las aguas. El artículo 34 dice así:

«El régimen de paso por los estrechos utilizados para la navegación internacional, establecido en esta parte, no afectará en otros aspectos la condición jurídica de las aguas que forman tales estrechos ni el ejercicio por los Estados ribereños del estrecho de su soberanía o jurisdicción sobre

(71) Doc. A/AC. 138/SC.II/L.42. Puede verse el texto en *International legal materials*, vol. XII, 1973, págs. 573-580 y 1.251-1.258.

(72) D. Montaz: *art. cit.*, pág. 853.

tales aguas, su lecho y su subsuelo y el espacio aéreo situado sobre las mismas» (pár. 1).

El ejercicio de la soberanía a otros respectos no se modifica por el convenio en lo que se refiere al tráfico aéreo, que permanece sujeto al derecho interno del Estado costero: aeronave, tripulación, pasajeros, rutas, ruidos, etc., que no pueden aplicarse en el vuelo en tránsito, aunque la tripulación y pasajeros queden sujetos a la jurisdicción estatal del país litoral en cuestiones civiles y penales (73).

Las medidas a adoptar por los Estados ribereños en caso de violación de las reglas de paso en tránsito no comprenden el derecho a adoptar medidas ejecutivas. Sin embargo, los Estados ribereños poseen algunos derechos según el artículo 233 del convenio:

«... si un buque extranjero... comete una infracción... que cause o amenace causar daños graves al medio marino de un estrecho, los Estados ribereños del estrecho podrán tomar las medidas apropiadas de ejecución...».

Esto es así también en el tráfico aéreo. La autoridad del Estado costero según los artículos 25 y 30 se aplica por analogía para impedir daños no inofensivos en los estrechos. Incluso como dice el artículo 44 del convenio:

«Los Estados ribereños de un estrecho no obstaculizarán el paso en tránsito y darán a conocer de manera apropiada cualquier peligro que, según su conocimiento, amenace a la navegación en el estrecho o al sobrevuelo del estrecho. No habrá suspensión alguna del paso en tránsito».

Estas disposiciones hacen surgir multitud de dudas: ¿cuáles son las medidas de ejecución apropiadas en casos concretos?; además de la detención y la inspección ¿incluyen también la captura de un buque en tránsito y la adopción de medidas en la jurisdicción criminal contra la tripulación? (74). El convenio reconoce además expresamente el derecho del Estado ribereño a establecer líneas de navegación después de que las propuestas hayan sido presentadas a la Organización marítima consultiva intergubernamental y el derecho a prohibir la pesca de buques extranjeros durante el tránsito y a aplicar allí sus leyes aduaneras, fiscales, de inmigración o sanitarias.

Cuando se trata de la legítima defensa el Estado costero puede proteger sus intereses vitales en el espacio mediante acción ejecutiva unilateral contra

(73) K. Hailbronner: *art. cit.*, pág. 498.

(74) W. Muench: *art. cit.*, pág. 237.

los peligros inminentes que resulten del tránsito. Pero esta legítima defensa frente a un ataque armado es la normal conforme al Derecho internacional.

VI. CONCLUSIONES

La III Conferencia de Derecho del mar da nuevas soluciones a problemas viejos y reglamenta por primera vez otros nuevos. En opinión de Scott C. Truver podría dar lugar a dos resultados igualmente insatisfactorios: 1. un tratado amplio detallado suficientemente que muchos Estados aceptarían sólo con reservas importantes; 2. un tratado tan general y desprovisto de detalle sobre aspectos realmente importantes que carecería de sentido a pesar de una amplia aceptación (75). El convenio de 1982 responde a la primera de estas ideas, por lo que va a provocar serios problemas para que muchos Estados lo firmen y lo ratifiquen (76).

Al dar nuevas soluciones a problemas viejos no quiere decir que el convenio sea Derecho internacional consuetudinario. Aunque sean muchos los Estados que lo ratifiquen el régimen de paso en tránsito no es oponible a los Estados ribereños de los estrechos que no lleguen a ser parte en el convenio. Por lo que respecta a España, a lo largo de la conferencia y una vez adoptado el convenio, no ha dejado de expresar en acta sus reservas sobre la nueva regulación y en relación al sobrevuelo sobre los estrechos presentó una enmienda que obtuvo 21 votos a favor, 60 abstenciones y 55 en contra. Por ello, puede decirse, comenta el profesor J. A. Pastor Ridruejo, que la regla establecida al respecto por el artículo 39 no enuncia la *opinio generalis* de la comunidad internacional. En tanto que España no sea parte en el convenio, le es inoponible el régimen de paso en tránsito (77).

Además el convenio distingue entre desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación y así dice su preámbulo en el párrafo penúltimo:

«*Convencidos* de que el desarrollo progresivo y la codificación del derecho del mar logrados en esta convención contribuirán al fortalecimiento de la paz, la seguridad, la cooperación y las relaciones de amistad entre todas las naciones, de conformidad con los principios de la justicia y la

(75) Scott S. Truver: *art. cit.*, págs. 207-208.

(76) A/Conf.62/WP.10/Rev. 3.

(77) J. A. Pastor Ridruejo: *art. cit.*, págs. 81-82.

igualdad de derechos y promoverán el progreso económico y social de todos los pueblos del mundo, de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas, enunciados en su Carta».

Las disposiciones del convenio destinadas a codificar el Derecho internacional consuetudinario son obligatorias para todos los Estados, sean o no partes del convenio, mientras que el desarrollo progresivo del Derecho internacional obligará sólo a los Estados partes, pero no a los terceros Estados.

En el tema concreto del paso por los estrechos, la solución tiene que ser global. Pero, escribía en 1974 R. P. Anand, para unos cuantos estrechos considerados vitales para la navegación internacional, sería necesario establecer un régimen más liberal de navegación sobre la base de tratados especiales que protejan cuidadosamente los intereses económicos y de seguridad de los Estados ribereños y les den una justa compensación al conceder tal derecho de paso (78). Otras soluciones serían la internacionalización de los estrechos, lo que supondría crear una autoridad internacional que los controlara, establecer pasillos de alta mar en ellos, etc. Pero la solución negociada en el convenio ha sido una victoria de las grandes potencias que han obtenido las siguientes ventajas, como puso de relieve J. N. Moore: el derecho de sobrevuelo como en los océanos, el reconocimiento de las necesidades diferentes del paso por los estrechos como distintas del paso por el mar territorial en general, el derecho de tránsito en inmersión, los derechos de tránsito no están sujetos a la calificación de pacíficos por el Estado ribereño, la competencia limitada de éste en la protección del medio está en relación con la libertad de navegación comunitaria, la inexistencia de discriminación contra buques o aeronaves militares, la libertad de navegación a través, sobre o bajo las vías de navegación archipelágicas (79).

Todos estos puntos inciden fundamentalmente en el paso en tránsito por el estrecho de Gibraltar. La posición española ha sido constante durante 200 años, al mantener el principio del paso inocente tanto en el mar territorial como en los estrechos. Pero la legislación española de estos siglos se refiere poco al tema. Tampoco el Real decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852 (80) trata del paso inofensivo al referirse al refugio en puertos españoles de los buques extranjeros. Hay que llegar a la ley de aguas de 3 de agosto de 1866 para que se trate de la navegación por el mar territorial, admitiendo a los buques nacionales y extranjeros con sujeción a las leyes y reglamentos que se dictan sobre el particular. Otras disposiciones posteriores (Reales órdenes

(78) R. P. Anand: *art. cit.*, pág. 189.

(79) J. N. Moore: *art. cit.*, págs. 120-121.

(80) *Recopilación legislativa de España* por don Antonio Casas y Meral. Tomo V. Granada 1859, págs. 193-198.

de 19 de abril, 16 de mayo de 1881 y 11 de agosto de 1882) admiten el acceso de buques extranjeros a las aguas interiores y el derecho de paso por el mar territorial, aunque pueden ser sometidos a registro en las aguas españolas si hay sospechas de que el paso puede afectar a la paz y seguridad del Estado. Hay que llegar a la legislación más reciente para hallar alguna referencia al paso inocente por el estrecho, como la ley de 29 de abril de 1964 que lo admite, con la excepción de buques nucleares (arts. 70 y 74) (81). Consecuentemente en el foro internacional y en concreto en el Comité de los fondos marinos la delegación española defendería (1971-1973) el régimen de paso inocente por las aguas territoriales del Estado (82). Poco después en la sesión de la conferencia celebrada en Caracas en 1974 reiteraría la misma posición (83).

En el derecho convencional ni la declaración franco-británica de 8 de abril de 1904 ni el convenio hispano-francés de 3 de octubre de 1904 (84) ni el tratado franco-español de 27 de noviembre de 1912 (85) se refieren explícitamente al tema, pues su finalidad era mantener el reparto de influencias anglo-francés en el Mediterráneo. Habrían que pasar muchos años para que el acuerdo con los Estados Unidos de 6 de agosto de 1970 (86) se refiera a la necesidad de que los submarinos en aguas territoriales españolas deberán navegar en superficie. Acuerdos posteriores van a afectar también al paso por el estrecho (87).

La autorización previa para el paso de buques de guerra que navegan en superficie nunca se había exigido, pero para el sobrevuelo de aviones militares y el paso de submarinos la posición española era firme. Para España, como para Marruecos, el espacio marítimo del estrecho forma parte del mar territorial del Estado ribereño y por ello está sujeto a la plena soberanía de éste, aunque el progreso científico y el desarrollo tecnológico exigían una revisión y actualización del derecho vigente. Sobre todo ello pesaba el temor a un accidente como el ocurrido en Palomares en 1966, que puso en peligro la seguridad nacional.

Surge entonces en la conferencia el concepto de paso en tránsito y España continuará oponiéndose a esta libertad; esta libertad exacerbaría la confronta-

(81) B. O. E. núm. 107 de 4 de mayo de 1964. Aranzadi, *Legislación*, 1964, n.º 988.

(82) Doc. A/AC.138/SC.II/L.18.

(83) Véase J. A. de Yturriaga Berberán: «Estatuto jurídico del estrecho de Gibraltar y consecuencias de la construcción de una obra fija». *Anuario hispano-luso-americano de Derecho internacional*, vol. 6, Madrid 1981, pág. 207.

(84) *Gaceta de Madrid* de 13 de octubre de 1904.

(85) *Gaceta de Madrid* de 3 de abril de 1913.

(86) B. O. E. núm. 231 de 26 de septiembre de 1970. Aranzadi, *Legislación*, 1970, núm. 1.568.

(87) Puede verse J. D. González Campos: *art. cit.*, págs. 392-393.

ción de las superpotencias y amenazaría la seguridad y la integridad territorial de los países ribereños de estrechos importantes estratégicamente (88). Por ello la oposición española al libre paso no podría dar lugar a la formación de una costumbre, pues no existiría la *opinio iuris* para que esta costumbre surja. Y así dijo el Tribunal internacional de justicia en su sentencia de 18 de diciembre de 1951, en el asunto de las pesquerías entre Gran Bretaña y Noruega, para negar la existencia de una costumbre sobre la base de la oposición noruega:

«De todas maneras la regla de las diez millas es inoponible a Noruega, puesto que ésta se ha negado siempre a toda tentativa de aplicarla a la costa noruega» (89)

El mérito del convenio es que las desventajas que entraña para muchos Estados como España y Marruecos el paso en tránsito, si fuera firmado y ratificado, se verían compensadas con los beneficios que el texto otorga a los Estados contratantes. Entre ellos la participación en las riquezas de los fondos marinos o la posibilidad de recurrir al arreglo pacífico de las controversias que surjan del paso por los estrechos y del uso de las aguas territoriales para este paso. Especialmente el artículo 286 del convenio establece:

«Con sujeción a lo dispuesto en la sección 3, toda controversia relativa a la interpretación o a la aplicación de esta convención, cuando no haya sido resuelta por aplicación de la sección 1, se someterá, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, a la corte o tribunal que sea competente conforme a lo dispuesto en esta sección».

También es beneficioso para España el régimen del mar territorial, zona contigua y plataforma continental, pero no la consagración de la zona económica exclusiva, que no era de aceptación general antes y en la cuestión de los archipiélagos donde no se han reglamentado los archipiélagos de Estado. El hecho es que hay una serie de instituciones que no tienen origen consuetudinario, como el régimen de los estrechos utilizados para la navegación internacional y el de la zona internacional de los fondos marinos (90).

(88) Véase Scott C. Truver: *The strait of Gibraltar*. Alphen aan den Rijn, 1980, págs. 192-196.

(89) Cour internationale de justice: *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. 1951, pág. 131.

(90) J. A. Pastor Ridruejo: *art. cit.*, pág. 103. Para visión general de los estrechos en la III conferencia puede verse: A. Marín López: «Los estrechos internacionales y la III conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar». *Anuario de Derecho internacional*, vol. V, 1979-1980-1981, págs. 43-66.