

C E S E D E N.

LA NAVEGACION POR LOS ESTRECHOS INTERNACIONALES:
REGIMEN JURIDICO.

- Por D. Juan Gonzalo MARTINEZ MICO,
Teniente Coronel Auditor.
- Doctor en Derecho.

Octubre 1987.

BOLETIN DE INFORMACION nº 204-X

S U M A R I O

INTRODUCCION

- I.- EL PAPEL DE LOS ESTRECHOS EN LA TEORIA Y PRACTICA DEL PODER NAVAL.
- II.- EL CONCEPTO DE ESTRECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO-INTERNACIONAL: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.
 - 1.- EL CONVENIO DE GINEBRA DE 1958 SOBRE EL MAR TERRITORIAL Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO.
 - A.- Elemento geográfico
 - B.- Elemento funcional
 - C.- Elemento jurídico
 - 2.- EL CONVENIO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR DE 1982.
 - 3.- APLICACION DE LA NOCION AL ESTRECHO DE GIBRALTAR.
- III.- EL REGIMEN JURIDICO DE LA NAVEGACION INTERNACIONAL A TRAVES DE LOS ESTRECHOS.
 - 1.- EL REGIMEN JURIDICO EN EL DERECHO VIGENTE: EL DERECHO DE PASO INOCENTE Y SUS ASPECTOS.

- 1°.- Aplicación exclusiva a la navegación marítima.
- 2°.- Exclusión de la navegación en inmersión.
- 3°.- Cualificación del paso.
- 4°.- Aplicación en tiempos de paz.
- 5°.- Los buques de guerra extranjeros en los estrechos.

2.- EL REGIMEN JURIDICO EN EL CONVENIO DE 1982

- A).- Los estrechos principales.
- B).- Los estrechos secundarios.

3.- APLICACION DEL ESQUEMA ANTERIOR AL ESTRECHO DE GIBRALTAR.

IV.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN LOS ESTRECHOS INTERNACIONALES.

1.- LAS COMPETENCIAS DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS DE UN ESTRECHO.

- A).- El régimen convencional de Ginebra de 1958 y el Derecho Internacional general.
 - a) Derechos.
 - b) Obligaciones
- B).- El Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982.
 - a) Estrechos secundarios.
 - b) Estrechos principales.

2.- LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS TERCEROS ESTADOS CUYOS BUQUES Y AERONAVES HACEN USO DE LOS ESTRECHOS UTILIZADOS PARA LA NAVEGACION INTERNACIONAL.

3.- EXAMEN DE LA CUESTION EN EL ESTRECHO DE GIBRALTAR.

V.- CONCLUSION.

INTRODUCCION

1.- Entre las diversas cuestiones que han sido examinadas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, un lugar de primer orden corresponde, sin duda, al régimen de la navegación por el mar territorial, incluidos los estrechos utilizados para la navegación internacional. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la importancia de este tema viene dada por una serie de factores económicos, estratégicos y tecnológicos, con un fondo siempre político, que desde la mitad de la década de los años sesenta determinaron la necesidad de una revisión amplia y profunda del Derecho Internacional del Mar.

Como dice GONZALEZ CAMPOS (1), de una parte, es notorio que sobre el tema de la navegación por estas zonas marítimas se proyectan, de forma directa y decisiva, factores de índole política y estratégica, que hunden sus raíces en la precaria situación de paz a nivel mundial, sostenida por el armazón de la llamada estrategia de la disuasión y que han coadyuvado a un replanteamiento profundo del Derecho del Mar (2). Factores que son, al mismo tiempo, peculiares de un determinado --y reducido-- grupo de Estados: las dos superpotencias y una parte de sus aliados militares. En definitiva, son circunstancias eminentemente subjetivas y contingentes las que dan realce al tema en esta dimensión.

Pero también, en contrapartida, en este tema confluyen intereses y necesidades objetivas de la actual sociedad internacional, presentes en la gran mayoría de sus componentes, ya se trate de Estados ribereños o sin litoral marítimo, pues la --adecuada ordenación de la navegación por el mar territorial, incluidos los estrechos, afecta a la cooperación pacífica entre --Estados, a su desarrollo económico y a su seguridad e independencia nacionales.

Bien entendido que en la realidad las categorías de factores indicados no actúan aisladamente sino que se cruzan e interpenetran.

2.- Para valorar la presencia del primer grupo de factores que antes se han calificado de subjetivos, basta tener en cuenta algunos datos relevantes de los últimos tiempos. Entre ellos, en primer término, figura el régimen legal vigente respecto de la navegación por los estrechos. Las normas en esta materia, con una larga tradición en el Derecho del Mar, al menos desde el siglo XVII, fueron codificadas en la primera conferencia de las Naciones Unidas al adoptarse el 29 de Abril de 1958 el Convenio sobre el mar territorial y la zona contigua. Su principio rector, plasmado en los artículos 14 a 23 del Convenio, es el llamado "derecho de paso inocente" de los buques extranjeros por las aguas del mar territorial y los estrechos, espacios bajo la soberanía del Estado o Estados ribereños. Estableciéndose, respecto de los "estrechos utilizados para la navegación internacional", la norma fundamental para la navegación marítima pacífica de la "no suspensión del paso" de tales buques extranjeros, incluso si tal suspensión fuera indispensable para la protección de la seguridad del ribereño.

En segundo lugar, los intereses económicos de las Potencias Marítimas y Coloniales en el tráfico del petróleo y de las materias primas estratégicas o vitales para sus economías, aunque en un segundo plano respecto de los intereses militares, deben también apreciarse en sus deseos de una completa independencia respecto de los Estados ribereños para desplazar sus inmensos intercambios comerciales, de controlar por sí mismas las principales rutas marítimas, y de impedir cualquier encarecimiento o retraso en dicho tráfico como consecuencia de medidas adoptadas por los ribereños sobre seguridad del tráfico y prevención de la contaminación en sus aguas territoriales, incluidos los estrechos.

Sin embargo, es en el contexto de los datos anteriores donde hacen acto de presencia, a partir de 1967, los factores políticos; factores que ya operaron con carácter determinante sobre la codificación hecha en Ginebra en 1958. En este año, tan relevante por otros conceptos para el desarrollo del Derecho del Mar, se iniciaron las conversaciones entre Estados Unidos y la Unión Soviética, que concluyeron con la adopción de unas propuestas comunes sobre tres puntos (3). De ellos, interesa retener aquí los dos primeros, relativos a una anchura uniforme para el mar territorial --doce millas-- y a la introducción de un concepto desconocido por el Derecho en vigor: la "libre-navegación" o "libre tránsito" por los "estrechos internacionales".

Las dos superpotencias y sus aliados necesitaban la mayor movilidad posible de alguno de sus efectivos militares, particularmente los submarinos nucleares y la fuerza aérea; y tal movilidad estaba obstaculizada por el Derecho en vigor cuyo régimen no autoriza el paso de los submarinos en inmersión ni permite el sobrevuelo de aviones militares. Pero como es justamente esto lo que interesa a las superpotencias y sus aliados, su pretensión era instaurar un nuevo régimen de libre paso.

Este derecho de "libre tránsito" sería aplicable a cualquier tipo de buques extranjeros, mercantes o de guerra; pudiendo verificar el tránsito tanto en superficie como en inmersión. Pero tal pretensión venía acompañada de otra: la de que el nuevo Derecho del Mar consagrara un derecho de "libre sobrevuelo" sobre las aguas de los estrechos, tanto en favor de las aeronaves civiles como de las militares. Las propuestas soviético-norteamericanas perseguían, pues, esencialmente unos objetivos de carácter político y estratégico, directamente vinculados con el despliegue a escala mundial del poder nuclear de las dos superpotencias.

Esta presencia del poder nuclear quizá explique las actitudes posteriores en el seno de la Comisión de los Fondos Marinos, cuando ésta, en cumplimiento del mandato de la Asamblea General de las Naciones Unidas --la Resolución 2750 C (XXV)--, examina la "cuestión de los estrechos".

La Delegación norteamericana ofreció pronto a la consideración de la Comisión el primer paquete negociador consistente en la solución de una de las cuestiones pendientes desde 1.958: la aceptación de la extensión a doce millas del mar territorial a cambio de un acomodo satisfactorio sobre la libertad de tránsito por los estrechos internacionales. El interés evidenciado por los ribereños en 1.958 y 1960 para explotar exclusivamente las pesquerías dentro de las doce millas, llevó a la delegación norteamericana a presentar un "Proyecto de Artículos sobre la anchura del mar territorial, los estrechos y las pesquerías...", donde ya se concretaba la oferta de esta Potencia Marítima en orden a ese primer paquete negociador y que agrupaba artificialmente en un "totum revolutum" cuestiones tan distintas como la delimitación y extensión del mar territorial, su régimen jurídico y el de las pesquerías.

La propuesta norteamericana de aceptar un mar territorial de doce millas, medidas de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio de 1958, incluyendo una zona de pesquerías hasta esa extensión donde el ribereño ejerza su soberanía económica exclusiva, a cambio de que se aceptara el libre tránsito de naves, aeronaves y submarinos en inmersión por "los estrechos utilizados para la navegación internacional entre una parte de la alta mar y otra --

parte de la alta mar o el mar territorial de un Estado extranjero", se basaba en dos presupuestos fundamentales: Estados Unidos reconocía sólo un mar territorial de tres millas y -por tanto- el régimen tradicional del paso inocente en los estrechos internacionales de seis millas de anchura, mientras que por encima de esa cifra prevalecía la libertad de navegación y aeronavegación propias del alta mar; los intereses universales económicos y militares norteamericanos convertían en una cuestión vital la defensa del presupuesto anterior. En compensación, Estados Unidos podría aceptar el establecimiento de corredores marítimos y aéreos obligatorios a -- cargo de las Organizaciones internacionales competentes y el principio de la responsabilidad objetiva por daños causados al ribereño a consecuencia del tránsito de naves y aeronaves, bien entendido que los submarinos quedarían excluidos de esta ordenación de la navegación ya que su tráfico es muy reducido y su tránsito por los estrechos debe realizarse en inmersión que es para lo que están -- concebidos y cuando más segura es su navegación.

La Delegación soviética, por su parte, presentó en -- 1972 un "Proyecto de Artículos sobre los estrechos utilizados para la navegación internacional..." esencialmente coincidente con el -- norteamericano, aunque la propuesta soviética restringía la noción a los pasos que comunican sólo dos partes del alta mar; reducía el establecimiento de corredores para la navegación exclusivamente -- al caso de "estrechos angostos", incluía en el texto la reparación de daños causados al ribereño en el tránsito y explicaba la conveniencia de que los buques y aeronaves en tránsito se comportaran -- de modo que el mismo fuera lo más seguro y no contaminante posible pero sin conceder al ribereño ninguna competencia para controlar -- y corregir ese comportamiento. La Delegación soviética no recurrirá, como la norteamericana, a sus propios intereses económicos -- y estratégicos para justificar su propuesta en la cuestión de los estrechos, ni asociará tampoco la libertad de tránsito a la anchura de doce millas porque la Unión Soviética había defendido desde tiempo atrás esa extensión para su mar territorial. Adoptando una perspectiva más comunitaria que la norteamericana, la Delegación -- soviética alegará que la libertad de paso por los estrechos es corolario de la libertad del alta mar ya que ésta carecería de sentido si no hubiera vías de paso libres entre los diferentes mares -- y océanos, cumpliendo los estrechos una "función social" evidente que quebraría si desapareciera la libertad de comunicación entre -- las diferentes partes del alta mar. Además, las restricciones a la libertad de paso por los estrechos acarrearían el encarecimiento -- de los fletes y seguros de transporte y -por ende- un grave perjuicio al comercio internacional, especialmente a los países en de -- sarrollo. Por último, los usuarios no debían depender, al menos en las aguas de los estrechos, de las interpretaciones unilaterales y diversas del régimen de paso inocente efectuadas hasta ese momento por los ribereños.

3.- El tema de la navegación por el mar territorial, incluidos los estrechos, constituye un problema de considerable importancia en la revisión del Derecho del Mar, en función de ciertos factores objetivos. (4)

En primer término, es un hecho evidente que el notable incremento experimentado por el tráfico marítimo mundial ha afectado de forma decisiva a las áreas de navegación que constituyen los estrechos, potenciando los riesgos de accidentes de mar. Este hecho ha supuesto, como consecuencia obligada, la necesidad de que los Estados ribereños lleven a cabo una "ordenación del paso" de los buques extranjeros por su mar territorial, incluidos los estrechos. El aspecto más destacado, sin duda, ha sido el establecimiento de "rutas marítimas y esquemas de separación de tráfico" en estas "áreas saturadas".

A este dato se agrega, complementariamente, que el riesgo de accidentes de mar implica una potencial amenaza al medio marino adyacente a las costas de los Estados ribereños de los estrechos, en el caso de contaminación.

En tercer lugar, la importancia del tema, desde el ángulo de los factores objetivos, viene dada en atención a ciertos datos geográficos que no cabe desconocer. En mayo de 1973, la declaración adoptada por la Organización de la Unidad Africana sobre cuestiones del Derecho del Mar se refirió a la "situación desventajosa" de ciertos Estados, dado el hecho geográfico de que "su acceso al espacio oceánico depende exclusivamente del paso por los estrechos". Pero esta circunstancia no ha conducido --como en el caso de las dos superpotencias-- a proponer un nuevo régimen para la navegación por estas aguas, sino que se ha manifestado que "los Estados Africanos apoyan en principio el régimen del paso inocente", aunque se estime, como la gran mayoría de los riberenos de los estrechos, que "reconocen la necesidad de definir con mayor precisión dicho régimen". En esta labor, por último, --una gran importancia posee la debida separación entre las cuestiones relativas al ejercicio del derecho de paso inocente y las que pertenecen al ámbito de la "ordenación de la navegación", en particular, las que se refieren al paso de buques "con características especiales".

I.- EL PAPEL DE LOS ESTRECHOS EN LA TEORIA Y PRACTICA DEL PODER NAVAL.

El protagonismo del mar en las relaciones internacionales ha sido suficientemente contrastado en la historia sobre todo en situaciones de crisis y conflictos bélicos, de modo que no se hace necesario cantar de nuevo, como ya lo hiciera paradigmáticamente A.T. MAHAN a finales del siglo pasado (5), las excelencias del poder naval como instrumento fundamental de la política de ciertos Estados. ¿Pero qué debemos entender hoy día por poder naval?. En su acepción clásica, el poder naval era aquél que permitía un dominio ilimitado de las rutas oceánicas para alejar al enemigo de las propias costas y puertos y salvaguardar el comercio al tiempo que se le impedía hacer otro tanto. En la actualidad, la noción de poder naval es mucho más compleja, comprendiendo cinco funciones claves que son, por orden decreciente de importancia y atendiendo como hipótesis al desarrollo máximo de dicho poder, la disuasión estratégica, la proyección de la capacidad aeronaval dentro incluso de las fronteras terrestres, el control de las rutas marítimas, la presencia en los mares, y --finalmente-- la defensa y control de los propios espacios y límites marítimos.

Los intereses encontrados de las Potencias europeas --al iniciarse la carrera colonial serán, precisamente, punto de --partida tanto de la formación de fuerzas navales estatales permanentes como de la evolución del régimen jurídico de los mares, es decir, el origen del poder naval y del conjunto de principios y --normas que constituyen el vigente ordenamiento marítimo internacional no es otro que una contradicción de intereses entre las Potencias defensoras del monopolio colonial (España y Portugal) y --las Potencias impugnadoras (Países Bajos, Reino Unido y Francia). Desde esta primera etapa, seguida por la de la rivalidad naval anglo-holandesa que desembocará en las tres guerras navales de la --segunda mitad del siglo XVII que conceden la supremacía marítima a Gran Bretaña, los principios jurídicos y normas que se propon--gan por las partes interesadas reflejarán fielmente los intereses económicos y políticos de esas partes y tenderán exclusivamente a sostenerlos, como se evidencia en la reclamación holandesa de la libertad de los mares para sustituir el monopolio de iure de España y Portugal por un monopolio de facto del tráfico mercantil con las colonias, enfrentado después a su vez con la reclamación británica de soberanía sobre sus "Narrow Seas" a fin de reducir por la fuerza la capacidad comercial holandesa mediante el control de las rutas vitales para la marina neerlandesa que pasaban por los mares vecinos de las Islas Británicas (6). Los británicos impusie--ron por la fuerza su monopolio de iure en los mares vecinos, y --

tras conseguir a finales del siglo XVIII una fuerza naval suficiente para controlar sin oposición el tráfico mercantil y las grandes rutas oceánicas, o lo que es lo mismo, para detentar el monopolio marítimo de facto, abandonaron el primero y abrazaron decididamente el principio de la libertad de los mares con tan buena política y fortuna que durante mucho tiempo todos los Estados recitaron el principio y uno solo lo disfrutó.

Las etapas de desarrollo del poder naval, que pueden seguirse con facilidad en el caso inglés, comprenden un primer impulso donde predomina la consecución del control de la costa o puesta si de un estrecho se trata, o de una isla o archipiélago en el supuesto de que los haya frente al núcleo geohistórico en expansión. Este impulso original ha sido tradicionalmente recomendado por la opinión interesada en la expansión naval; en Gran Bretaña se comenzó reclamando el control del Canal de la Mancha y mares vecinos, y en Estados Unidos fueron los archipiélagos de Cuba -en el Caribe- y Hawaii -en el Pacífico- a fin de asegurar las rutas de acceso y salida por ambas costas del futuro Canal de Panamá. Posteriormente los vientos favorables y los puntos de escala y apoyo en el camino de las posesiones coloniales principales determinarán la "ruta vertebral" de ese poder naval, que será protegida en sus flancos mediante una serie de bases. La ruta vertebral del poder naval británico pasaba por Gibraltar, Malta, Suez, Aden y bases del Indico hasta Singapur. Esta ruta clásica evidencia la política británica de controlar fundamentalmente los pasillos o estrechos por los que discurrirán obligada o preferentemente las principales vías de navegación entre la metrópolis y sus grandes colonias, con especial atención para aquellos estrechos que eran paso único u obligado de la ruta.

Y a este punto queríamos venir a parar. El valor económico y militar de buen número de estrechos para el control del tráfico mercantil y de los movimientos navales será motivo de fricción entre los Estados interesados en dominar esos pasos por tierra o por mar con el fin de controlar su acceso y uso al contrario y -en cambio- utilizarlos exclusivamente en beneficio propio. A estos efectos, se movilizarán por los Estados interesados todos los medios materiales y formales para defender sus objetivos políticos. Sirva de ejemplo de lo último la desmilitarización de los Estrechos Turcos en el Convenio de Lausana de 1923 ante la imposibilidad de las Potencias del momento de controlarlos desde tierra (sin duda el método más seguro) además del grave riesgo que hubiera entrañado para el resto su dominio por parte de alguna de ellas. Pero el espectacular proceso descolonizador sobrevenido en la segunda postguerra va a introducir un nuevo elemento en la lucha por el control de los estrechos y en el debate sobre su régimen jurídico, durante mucho tiempo objeto de exclusiva preocupación

de muy pocas Potencias. Porque por vez primera no habrá que atender sólo a la contradicción entre los intereses universales de -- las Potencias Marítimas y Coloniales respecto de los estrechos y -en general- del poder naval, sino también a la contradicción surtida entre ese conjunto de intereses universales y la soberanía y seguridad de los nuevos Estados ribereños y vecinos de estrechos -en particular- que impulsarán decisivamente el proceso de revisión del orden de cosas tradicional.

Ahora bien, la decadencia del fenómeno colonial, unida al apogeo de la concepción del mar como espacio pluridimensional que ha motivado -como sabemos- una importancia inusitada de ese espacio en la política internacional de los Estados ribereños en general, con el corolario de la extensión de la soberanía de estos ribereños sobre sus aguas y plataforma costeras, no ha hecho más que enervar la visión del mar como medio de dominación o expresión de una supremacía naval, visión subyacente en toda la teoría y práctica del poder naval, al haber mantenido intactos en -- las Potencias Marítimas y Coloniales todos sus intereses o aspiraciones universales tanto entre sí como respecto del resto de Estados y porque el mar libre constituye -a causa de su naturaleza jurídica- un excelente medio para el desarrollo y confrontación de esos intereses a través de las cinco funciones encomendadas al poder naval. Es más, la importancia concedida por las dos Superpotencias a la disuasión estratégica -por un lado- y a la presencia naval y proyección del poder aeronaval en tierra -por otro- en -- sus concepciones del equilibrio político-militar actual, agravan las contradicciones que se dan cita en los espacios marítimos y -- de las que el Derecho del Mar no es más que su reflejo jurídico -- (7).

El régimen de paso por los estrechos unido a la extensión del mar territorial y de los derechos económicos de los ribereños sobre espacios adyacentes al mar territorial suponen, amén de las dificultades para la disuasión estratégica, una considerable reducción de las misiones convencionales de presencia naval y proyección de este poder en tierra necesarias para la defensa de los intereses imperiales de las dos Superpotencias sobre todo. En tanto la disuasión estratégica responde fundamentalmente a la contradicción por la hegemonía entre las propias Superpotencias, las misiones convencionales del poder naval pretenden -inter alia- -- mantener el predominio de ese grupo de Potencias en la comunidad internacional, es decir, respecto de los terceros Estados, y hay que prevenirse contra la fácil jerarquización de estas dos diferentes contradicciones en favor de la primera ya que ambas son -- consustanciales a la actual noción de Gran Potencia y o Potencia Marítima, y deberán valorarse en cada momento en relación con las circunstancias(8).

II.- EL CONCEPTO DE ESTRECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO-INTERNACIONAL: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

1.- EL CONVENIO DE GINEBRA DE 1958 SOBRE EL MAR TERRITORIAL Y EL DERECHO CONSUETUDINARIO.

Siguiendo a GONZALEZ CAMPOS (9) y de acuerdo con el Derecho en vigor, consuetudinario y convencional, son tres los elementos relevantes de la noción de "estrechos": el geográfico, el funcional y, finalmente, el relativo a la naturaleza jurídica de las aguas del estrecho.

A) ELEMENTO GEOGRAFICO. Desde la perspectiva geográfica, la noción de "estrecho" se caracteriza, según E. Bruel, por cuatro notas:

1) En primer lugar, por constituir una parte del medio marino, -- esto es, tratarse de un paso estrecho natural y no creado artificialmente por el esfuerzo humano, como es el caso de los grandes canales interoceánicos (10).

2) Porque tal espacio marítimo natural, en segundo término, constituye una "contracción del mar", en el sentido de que las aguas del estrecho sean más reducidas en extensión que las de las aguas marítimas adyacentes a uno y otro lado.

3) En tercer lugar, por el hecho de que separa dos espacios terrestres, siendo indiferente que estos sean dos continentes --Estrecho de Gibraltar--, un continente y una isla --Estrecho de Corfú, Canal de Pemba-- o dos islas, como en el caso de nuestro Freu de Menorca.

4) Por último, el dato de que el estrecho, en sentido geográfico, debe servir de unión a dos áreas del mar, dos espacios marítimos --partes del alta mar--, entre los cuales el estrecho es la conexión natural.

Estas cuatro notas geográficas, cuando son asumidas por el Derecho del Mar, plantean diversos problemas jurídicos que contribuyen a delimitar el concepto de "estrecho". La naturaleza de los espacios marítimos unidos o conectados por las aguas del estrecho es la circunstancia que suscita mayores dificultades. En el Asunto del Estrecho de Corfú (Reino Unido contra Albania), la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia se refirió a es-

tas áreas conectadas como "dos partes de alta mar". Sin embargo, el Convenio de Ginebra de 1958, en su artículo 16,4º párrafo, -- procedió a ampliar las áreas marítimas relacionadas por un "estrecho" al referirse no sólo a los que unen "una parte del alta mar y otra parte del alta mar", sino también al supuesto en el cual las aguas del estrecho unen una parte del alta mar y el mar territorial de un Estado distinto del o de los ribereños del estrecho.

Un problema subsidiario en torno a la naturaleza de las aguas conectadas por el estrecho es el que se refiere a las denominadas "aguas interiores" y a las "aguas archipelágicas". - En el Asunto de las Pesquerías, el primer caso fue objeto de amplio debate por las partes, pero la decisión del T.I.J. se limitó a negar el carácter de "estrecho" de las aguas comprendidas en el "Indreleia" noruego, dadas las circunstancias particulares del caso. No obstante, es posible establecer algunas conclusiones generales, partiendo de los datos de la práctica internacional. Así - cabe estimar que en los casos en los que haya una cadena de islas o archipiélago en las proximidades inmediatas de la costa, y situado a lo largo de ésta, a partir de cuyos puntos exteriores se trazan las líneas de base para medir la anchura del mar territorial, los diversos pasos o canales entre las islas deben quedar - excluidos del concepto de "estrechos". Otro tanto puede afirmarse cuando el Estado ribereño, en virtud de un título histórico, ha - afirmado la condición de aguas interiores de un determinado espacio marítimo, respecto de los pasos que conducen a dichas aguas, desde el alta mar. Tal es el caso, entre otros, del Estrecho de - Hudson, en Canadá. Ambas conclusiones se justifican por el carácter de "aguas interiores" del área conectada y también, fundamentalmente, por la inexistencia del factor decisivo de su utilización para la navegación marítima internacional.

Finalmente, basta apuntar aquí la situación especial de los pasos o estrechos entre las islas de un archipiélago. Las áreas conectadas son, en este caso, "aguas archipelágicas" (11).

B) ELEMENTO FUNCIONAL. El segundo elemento esencial para la noción de "estrecho" es de carácter funcional. El artículo 16,4º, del -- Convenio de Ginebra lo recoge aludiendo al hecho de que se trate de una vía de comunicación "que se utiliza para la navegación internacional".

En el caso del Estrecho de Corfú, no revisado en el -- Convenio de 1958, se estableció que el "criterio decisivo" de la noción que examinamos debía tener en cuenta, junto a la "situación geográfica del estrecho, en tanto que éste pone en comunicación - dos partes de la alta mar", el dato de que "el estrecho es utili-

zado a los fines de la navegación internacional". Se trata, por consiguiente, de la importancia más o menos grande de esta vía de comunicación para la navegación marítima internacional. Ahora bien, tal criterio de carácter funcional, sólidamente establecido en la práctica de los Estados con ocasión de los trabajos preparatorios y los debates de la Conferencia de Codificación de 1930 y puesto de relieve por la doctrina más autorizada, es susceptible de diferente interpretación.

Una de ellas, de carácter restrictivo, constituyó el núcleo de la tesis sostenida por Albania frente al Reino Unido en el caso del Estrecho de Corfú. Sumariamente expuesta, supone la separación entre dos grupos de estrechos: los que son una "vía de comunicación principal" y los denominados "estrechos secundarios". Como expusiera el Gobierno albanés ante el Tribunal Internacional de Justicia (T.I.J.) "... existen, al menos, dos clases de estrechos: aquellos que constituyen un paso necesario, al menos natural, entre dos partes de la mar libre, que interesan a toda la comunidad internacional en atención a las necesidades del comercio mundial, y aquellos estrechos cuya travesía no es indispensable para la comunidad internacional". Ello hubiera conducido, de admitirse esta tesis, a excluir al Estrecho de Corfú, paso "lateral" o "secundario", de las vías marítimas en las cuales es aplicable el régimen del "paso inocente" para los buques de guerra, pudiendo el ribereño exigir previamente la autorización para el paso de dichos buques, igual que para su entrada en las aguas interiores.

En los últimos años, esta tesis ha sido reactualizada, desde una perspectiva distinta, por parte de la Unión Soviética y también por Italia. En esencia, las Delegaciones de ambos países en el Comité de los Fondos Marinos han propuesto que en los estrechos "secundarios" continúe en vigor el régimen actualmente aplicable a todas estas vías de comunicación, esto es, el "paso inocente" de los buques extranjeros; pero en cambio, en los estrechos "principales", debería ser aplicable, en el futuro, el régimen del "libre tránsito" para cualquier tipo de buques y aeronaves. Actitud ésta también compartida por los Estados Unidos.

El "criterio decisivo", según el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 9 de abril de 1949, venía dado, junto al factor geográfico de conectar dos partes del alta mar, por el hecho de ser utilizado a los fines de la navegación internacional. Como afirmó el Tribunal en este asunto, "... no podía considerarse decisivo el dato de que el estrecho no sea una ruta de necesario paso entre dos partes del alta mar, sino únicamente un itinerario facultativo entre el Mar Egeo y el Adriático. El Estrecho de Corfú, sin embargo, ha sido una ruta útil para el tráfico internacional" (12). En otros términos, la existencia de un --

"mínimo de utilidad especial" de ese paso marítimo, que constituya no sólo una ruta indispensable o necesaria para la navegación marítima pacífica, sino también, eventualmente, una ruta útil o conveniente (13) sin más, y que se use efectivamente como tal.

Esta idea de conveniencia o utilidad deriva de las mismas exigencias que dieron origen, en la práctica de los Estados, a la noción del "paso inocente" de buques extranjeros por el mar territorial, al margen de los estrechos. En efecto, el que se denomina "paso lateral" supone, en la mayor parte de los casos, penetrar en las aguas bajo la soberanía del Estado costero y bordear su litoral, no porque ello sea absolutamente indispensable o necesario a la navegación marítima, que puede proseguirse sin grave impedimento por la mar libre. Si se elige esta ruta próxima a las costas de un Estado, ello obedece a consideraciones de utilidad, propias de la misma navegación, ya se trate de acortar la travesía, aprovechar las corrientes favorables o buscar resguardo en las proximidades de la costa, como ocurriera en el pasado, por razones de seguridad.

De este modo, no resulta difícil determinar, en función de la práctica de la navegación marítima, cuándo existe ese "mínimo de utilidad" antes aludido. No se trata de factores subjetivos, sino de consideraciones objetivas. Lo cual constituye una cuestión de hecho, dependiente de diversas circunstancias, entre ellas "el número de buques y banderas que pasan por el estrecho, su tonelaje global, el valor de las mercancías transportadas, via de paso más corta o única, el tamaño medio de los buques y, en especial, si estos pertenecen a un número grande o pequeño de países". El conjunto de estas circunstancias --y no cualquiera de ellas, por sí sola-- es lo que permitirá determinar con mayor precisión la utilidad o "el grado de importancia" de un estrecho determinado para el comercio marítimo internacional". A ello debe agregarse, finalmente, que la utilidad del estrecho para la navegación marítima es una noción evolutiva que vendrá dada, en cada momento histórico, por las propias exigencias del comercio marítimo y de su desarrollo, al compás del cambio que experimentan los niveles de desarrollo económico de ciertas áreas mundiales. Puede producirse un cambio en el volumen de tráfico por el estrecho, --que le haga adquirir una importancia para el comercio marítimo internacional que antes no poseía (14).

C) ELEMENTO JURIDICO. El elemento jurídico de la caracterización de los estrechos se refiere a su naturaleza de mar territorial: las aguas del estrecho forman parte del mar territorial de uno o de varios Estados. Semejante naturaleza se encuentra implícita en la definición ofrecida por el Convenio de Ginebra de 1958, pues --el artículo 16,4º, figura en el contexto de las disposiciones del

Convenio relativas al "mar territorial" y, en particular, dentro de la Sección III, dedicada al "derecho de paso inocente" de los buques extranjeros por el mar territorial.

El punto de partida para su análisis es el criterio geográfico de que el estrecho es "una contracción del mar" o si se quiere un paso natural "de una cierta anchura" que es menos -- que las áreas de la mar libre que el estrecho comunica. De este modo, si relacionamos la anchura del estrecho con la extensión -- del mar territorial adoptada por el Estado o Estados ribereños, -- el resultado es, lógicamente, que "a efectos jurídicos, solo puede considerarse como estrecho geográfico aquel donde el mar territorial del Estado o Estados ribereños es tal que no deja extensión alguna de alta mar para la libre navegación a través de esta vía marítima". En caso contrario, nos encontraríamos con un estrecho geográfico --caso del Canal de Yucatán, del Estrecho de Florida, del Canal de Malta, etc.--, cuyas aguas, al no estar cubiertas en su totalidad por el mar territorial de los Estados ribereños, son en gran parte, alta mar o mar libre. Con la consecuencia de que la navegación marítima en las zonas de alta mar del estrecho geográfico pierden su peculiaridad, dado que se aplicaría en esa área --igual que en cualquier otra zona de alta mar-- el régimen de libertad de navegación propio de la mar libre.

Esta relación directa entre la anchura del paso y la prolongación de la soberanía del ribereño sobre sus aguas se encuentra ya en los autores clásicos del Derecho de Gentes y puede ser considerada como una constante en el pensamiento posterior y en la práctica de los Estados.

De ordinario, esta relación se expresa en la regla según la cual "la extensión del estrecho, en sus entradas, no debe exceder del doble de la anchura de las aguas territoriales" de -- los ribereños. "Cuando la extensión del estrecho excede de la suma de las dos zonas de mar territorial existirá un canal de alta mar a lo largo del estrecho. De otra parte, si la anchura del estrecho es menor que la extensión de las dos zonas de mar territorial, las aguas del estrecho serán mar territorial".

La regla del doble de la anchura se propugnó basada -- en la creencia de que la labor de codificación iba a hacer posible el establecimiento de un límite uniforme para el mar territorial. La práctica internacional desde el período de formación del mar territorial hasta nuestros días, pasando por las grandes experiencias que constituyeron las Conferencias de 1930, 1958 y 1960, nos demuestra de forma concluyente que esta creencia era infundada y contraria a la realidad del obrar de los Estados.

En efecto, para un correcto planteamiento del tema es preciso partir de una premisa diferente respecto del problema de la anchura del mar territorial. Si examinamos las constantes de la práctica --esto es, la existencia de una pluralidad de extensiones, en función de criterios diversos, geográficos, económicos, de seguridad, etc.--, más que el dato, puramente cuantitativo, del número de Estados que en cada momento histórico han adoptado una u otra anchura --tres, cuatro, seis, diez, doce o doscientas millas --, que constituye simplemente la comprobación del anterior, la realidad de los hechos demuestra que el Derecho del Mar consagra "la autonomía de principio del Estado ribereño para fijar la extensión de las aguas adyacentes sometidas a su competencia".

Por ello, puede sostenerse que el Derecho en vigor, al atribuir tal facultad al Estado ribereño, sólo establece un límite para la validez erga omnes de la delimitación operada: que la extensión del mar territorial sea razonable, teniendo en cuenta los factores geográficos, económicos y de seguridad nacional existentes.

El Derecho del Mar lo que toma en consideración es -- una situación jurídica efectivamente creada mediante la extensión, dentro de límites razonables, del mar territorial de los Estados ribereños en el estrecho, igual que en cualquier otra parte de su litoral marítimo. Pues es la prolongación de la soberanía del ribereño sobre las aguas del estrecho la que plantea el problema jurídico de saber cuál es el régimen de la navegación por esta zona marítima en el caso de los estrechos donde existen ciertas circunstancias especiales. Tal es el caso del estrecho geográfico, en el cual existe, más allá del mar territorial de los ribereños, una franja continuada de alta mar, pero el canal navegable se aparta de ésta para penetrar en el mar territorial de uno de los Estados ribereños. En este caso, sería el canal navegable el que debe ser considerado como "estrecho" en sentido jurídico, dado que las exigencias propias de la navegación son las que determinan su empleo como vía de comunicación entre dos partes del alta mar. El resto del estrecho geográfico, esto es, la parte de alta mar existente en su seno, pero que no es navegable, no es en buena lógica un "estrecho" en sentido jurídico, pues no cumple ninguno de los requisitos esenciales de la noción; ni conecta las dos áreas marítimas próximas, a los fines de la navegación, ni puede ser utilizado por ésta y, por último, queda fuera de la soberanía del Estado o Estados ribereños.

La importancia de estas consideraciones se pone de relieve al examinarlas en relación con las actuales tendencias en favor de un "libre tránsito" por los estrechos y su aparente fundamento jurídico.

Debe recordarse a este respecto que el "primer objetivo" de los Estados Unidos y de sus principales aliados militares en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1958, fue el de mantener "el límite tradicional del mar territorial en tres millas". Actitud motivada por "imperiosas razones militares y comerciales". Sumariamente expuestas, las razones de índole militar se centraban en el peligro inherente a una "reducción de la eficacia del poder naval y aéreo" de este país, acompañada de un "dramático incremento de la capacidad de ataque de los submarinos enemigos". En el primer caso, se citaban como ejemplos, entre otras áreas, el Caribe, el Mar Báltico, el Golfo de Bengala y el Mediterráneo, especialmente en el Egeo, áreas en donde "la extensión del mar territorial a 12 millas... tendría gravísimas consecuencias para los derechos absolutos de tránsito por más de cien estrechos internacionales importantes que ahora forman parte del alta mar y sobre los derechos de vuelo sobre dichos estrechos".

Estos argumentos, como es bien conocido, fueron refutados por diversos países, entre otros por la Unión Soviética, para quien "... las objeciones opuestas a la adopción de un límite de 12 millas para el mar territorial se fundan en consideraciones de orden militar y estratégico que nada tienen que ver con el mantenimiento de la paz ni con el desarrollo de la cooperación internacional". Destacándose en aquel entonces por esta Delegación, -- junto con muchas otras, que la posición norteamericana carecía de justificación en el plano jurídico, dado el hecho de que tal extensión no afectaría al régimen de la navegación marítima internacional, que continuaría gozando del "derecho de paso inocente" reconocido en favor de los buques extranjeros.

Debe recordarse también que el régimen jurídico establecido para el mar territorial en el Convenio de 1958 no sólo excluye el paso inocente de aeronaves por el espacio aéreo suprayacente y obliga a la navegación en superficie de los submarinos, sino que también permite interpretar al ribereño que la inocencia del paso de buques de guerra debe someterse a previa notificación y/o autorización de su parte, e incluso que puede prohibirse el paso a buques petroleros o propulsados nuclearmente; todo ello explicará que, a pesar de la tradicional ausencia de incidentes y conflictos respecto a la navegación comercial por el mar territorial y la bondad misma del régimen convencional de 1958 en relación al régimen consuetudinario precedente (15), el régimen de la navegación en estas aguas y especialmente en los estrechos internacionales se convierta para las Potencias Marítimas y Coloniales en cuestión capital de la Tercera Conferencia por una serie de razones fáciles de vislumbrar.

A partir de 1967, frente al creciente número de extensiones del mar territorial, se busca el logro del mismo objetivo estratégico por una vía distinta que inspira las propuestas de "libre tránsito", pues se acepta por Estados Unidos una anchura de 12 millas como límite uniforme para el mar territorial a cambio de que se consagre, por acuerdo internacional, la libre navegación y sobrevuelo por y sobre los estrechos.

Los intereses en presencia aparecen claramente jerarquizados, dándose primacía al interés militar de las superpotencias, y el interés cuyo sacrificio se busca es el de la seguridad de los Estados ribereños, inherente a la prolongación de su soberanía sobre el mar territorial, pues aún extendiendo a 12 millas el mar territorial, éste habrá perdido su valor propio de área de seguridad del Estado costero, dado que tal extensión iría acompañada del gravamen o servidumbre del "derecho de libre tránsito".

El análisis hasta aquí realizado en torno a la noción de los "estrechos utilizados para la navegación internacional", confirma la conclusión inicial: tanto el mar territorial como los estrechos cubiertos por sus aguas, son espacios marítimos sometidos a la soberanía del Estado o Estados ribereños del estrecho. Este es el elemento inherente a la noción de "estrecho" en sentido jurídico, igual que el que expresa que tales vías de comunicación entre dos partes del alta mar son de utilidad para la navegación internacional.

Esto explica la unidad del régimen de la navegación en ambas zonas, mar territorial y estrechos utilizados para la navegación internacional. En ambas, el Estado ribereño ejerce derechos soberanos y el régimen de la navegación debe operar desde una misma base jurídica. Si en el caso de los estrechos, las limitaciones en la soberanía del ribereño son mayores --pues no está facultado para suspender el paso, como en las restantes partes de su mar territorial--, ello se justifica, en última instancia, en ese "mínimo de utilidad" para la navegación internacional, que no se encuentra presente en otras áreas del mar territorial de forma tan acusada.

Los debates en el seno del Comité de los Fondos Marinos, entre 1971-73, pusieron de relieve este dato de forma evidente. Se reiteró que los estrechos eran "parte integrante del mar territorial", de manera que "la soberanía del Estado ribereño sobre el mar territorial no podía ponerse en tela de juicio". Y un amplio número de Delegaciones propugnaron esta unidad de tratamiento, basada en la soberanía del ribereño sobre las aguas del estrecho, juzgando inaceptables las propuestas de "libre tránsito" como atentatorias a esa soberanía del Estado costero (16).

En resumen, en el régimen jurídico en vigor existe -- una noción única de los "Estrechos utilizados para la navegación internacional", que pueden ser definidos como aquellos pasos naturales que formen parte del mar territorial de uno o más Estados, pongan en comunicación "una parte de la alta mar y otra parte de la alta mar, o el mar territorial de un Estado extranjero" y sean utilizados como rutas para la navegación marítima internacional.

A esta noción de estrechos internacionales corresponde en el régimen convencional de 1958 una identidad de reglas y de principios jurídicos para todos ellos, de manera que su importancia estratégica, comercial, defensiva o en materia de comunicaciones, no tiene relevancia alguna en cuanto al régimen jurídico aplicable. Solamente existe un concepto jurídico de estrechos y a todos se les aplican idénticas reglas jurídicas.

2.- EL CONVENIO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR DE 1982.

El régimen jurídico en vigor de los estrechos utilizados para la navegación internacional --inspirado fundamentalmente en la protección de los intereses de la navegación comercial-- es el del paso inocente a través del mar territorial, aunque, a diferencia de este último, dicho paso no puede ser suspendido (art. 16-4 de la Convención de 1958). Ello supone por tanto la aplicación a los estrechos de las reglas en cuestión, incluida la que figura en el art. 14-6 de la Convención de 1958 que obliga a los buques submarinos a navegar en superficie y a mostrar su bandera; ello significa también que el Estado ribereño tiene soberanía sobre la columna de aire que se levanta por encima de las aguas del estrecho, con la consiguiente posibilidad de reglamentar y prohibir el sobrevuelo de aeronaves.

Sin embargo, el régimen tradicional de paso inocente en los estrechos utilizados para la navegación internacional obstaculizaba la movilidad del despliegue estratégico de carácter hegemónico de las Superpotencias --Estados Unidos y Unión Soviética-- y sus aliados militares en uno y otro bloque --Otan y Pacto de Varsovia--. Tal despliegue requería, en efecto, el paso de los submarinos en inmersión y el libre sobrevuelo de las aeronaves militares, y por ello, cuando se inicia el proceso de revisión del Derecho del Mar que ha conducido a la Convención de 1982, las Superpotencias y las grandes potencias militares se pusieron de acuerdo para la instauración de un régimen de libre navegación y sobrevuelo en los estrechos utilizados en la navegación internacional.

El acuerdo existente entre Estados Unidos y la Unión Soviética, y otras potencias marítimas, en relación al "interés vital estratégico" de ciertos estrechos internacionales para la movilidad de las flotas aeronavales, orientaron desde su inicio los trabajos de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar hacia una distinción entre estrechos principales y estrechos de importancia secundaria, con el objeto de establecer distinto tratamiento jurídico para unos y otros. A pesar de la oposición de muchos Estados ribereños de estrechos internacionales, entre los que cabe citar a Marruecos y a España (17) lo cierto es que la cuestión estudiada fué considerada como materia no negociable por las principales potencias navales, bajo la dirección estratégica de las dos superpotencias, e incluida en el "package deal" para que el consenso cubriera el reconocimiento de otros nuevos espacios marítimos. En este orden de ideas, la fórmula que va a ser expuesta a continuación, recoge en sus términos esenciales una propuesta del Reino Unido que respondía a los intereses expresados más arriba.

En síntesis, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 utiliza la técnica de definir distintos tipos de estrechos internacionales con el objeto de aplicar regímenes jurídicos diferentes, caracterizados por el mayor o menor control de los Estados ribereños sobre sus aguas o, si se prefiere, por la mayor o menor libertad de navegación de los buques y aeronaves extranjeros. Las normas jurídicas que han de constituir el futuro régimen general de la navegación por los estrechos se hallan en los artículos 34 a 45 del Convenio de 1982, y se incluyen en la Parte III relativa a los "Estrechos utilizados para la navegación internacional". Desde un punto de vista sistemático, a diferencia de lo que sucedía en el Convenio de Ginebra de 1958, los citados artículos relativos a los estrechos no establecen un tratamiento unitario con el mar territorial, sino que están incluidos en una parte autónoma y distinta de la que regula la navegación por el mar territorial (Parte II, Sección 3). Se subraya con esta nueva sistemática el carácter específico del régimen de los estrechos.

Lo anterior suscita de inmediato la interrogante de si en el nuevo Derecho del Mar un estrecho posee, como espacio marítimo, una naturaleza distinta de la del mar territorial.

En nuestra opinión, ha de responderse de forma negativa a la duda anterior. En primer lugar, porque la inclusión de las aguas del Estrecho en el mar territorial de uno o de varios Estados continúa siendo uno de los elementos constitutivos de la noción presente en el Convenio de 1982; de otra parte, se llega a -

idéntico resultado tras el examen atento de los artículos 34,1 y 35 b) del texto citado, pues en el primero de los preceptos se afirma que el régimen de paso en tránsito por los estrechos, regulado en la Parte III del Convenio, "no afectará en otros aspectos a la condición jurídica de las aguas que forman tales estrechos", ni tampoco "al ejercicio por los Estados ribereños del estrecho de su soberanía o jurisdicción sobre tales aguas, su lecho y su subsuelo y el espacio aéreo situado sobre ellas"; bien entendido que tal soberanía y jurisdicción se ejerce con arreglo a la Parte III y otras normas de Derecho Internacional. Por lo que respecta al artículo 35 b), este precepto alude indirectamente al "mar territorial de los Estados ribereños de un estrecho", y lo anterior supone, en definitiva, afirmar que la naturaleza de las aguas del estrecho --su "condición jurídica"-- es la del mar territorial.

Esta conclusión en nada se modifica por la inclusión en el artículo 34,2 del Convenio de una fórmula a tenor de la --cual "La soberanía o jurisdicción de los Estados ribereños del estrecho se ejercerá con arreglo a esta Parte y a otras normas de Derecho Internacional".

En efecto, cualquier interpretación restrictiva de la soberanía de los ribereños de un estrecho que intentara apoyarse en la referencia a los artículos 34 a 45 del Convenio, estaría limitada por el propio contenido de esta Parte III y, muy especialmente, de la Sección 2, relativa al "paso en tránsito" de buques y aeronaves. Ello se confirma, con toda claridad, en el artículo 34,1, cuando alude al "régimen de paso por los estrechos" y, asimismo por obra del inciso final del propio artículo 34,2, ya que la referencia a "otras normas de derecho internacional" comprende las normas que rigen las facultades de los ribereños en su mar territorial, con independencia del "derecho de paso en tránsito" de buques y aeronaves por las aguas del estrecho. Finalmente, cualquier mediatización de la soberanía de los ribereños, más allá de este límite, debe descartarse conforme al artículo 38,3 del Convenio, dado que "toda actividad que no constituya un ejercicio del derecho de paso en tránsito por un estrecho que dará sujeta a las demás disposiciones aplicables de esta Convención". En resumen, la nueva sistemática adoptada por el Convenio de 1982 no implica en modo alguno que los estrechos internacionales constituyan un espacio marítimo independiente del mar territorial de los Estados.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Convenio de 1982 distingue dos tipos de estrechos. En primer lugar, aunque el texto convencional no los mencione de esta forma expresamente, cabe referirse a los estrechos principales, definidos en el artículo

37 como aquellos "estrechos utilizados para la navegación internacional entre una parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva". En segundo término, podemos hablar de los estrechos de importancia secundaria, que, a su vez, admiten dos expresiones distintas: de un lado, todo estrecho que "esté formado por una isla de un Estado ribereño de ese estrecho y su territorio continental", siempre que "del otro lado de la isla exista una ruta de alta mar o que atravesase una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a sus características hidrográficas y de navegación" (artículo 38,1). Dentro de este apartado podemos incluir, a título de ejemplo, los estrechos de Corfú (lo que significa la resurrección de las tesis albanesas ante el T.I.J. treinta y tres años más tarde) y de Messina. Por otra parte, se ubican dentro de este segundo apartado los estrechos "situados entre una parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva y el mar territorial de otro Estado". (artículo 45,1), como es el caso del Estrecho de Tirán, que da paso al Golfo de Akaba, en el Mar Rojo. En todo caso, el artículo 35 c) excluye de forma expresa la aplicación de la Parte III del Convenio al "régimen jurídico de los 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", lo que significa que quedan excluidos del régimen general previsto en el Convenio de 1982 los estrechos turcos regulados por el Convenio de Montreux de 20 de julio de 1936 (18) y los Estrechos Daneses, regulados por el Tratado de 14 de mayo de 1857. Se entiende que en estos casos los regímenes convencionales en cuestión dan satisfacción a los intereses estratégicos de las superpotencias y grandes potencias.

Está claro que en la distinción originariamente norteamericana entre "major straits" y "other and minor straits", los primeros presentan siempre una importancia estratégica, económica y comercial de primer orden a escala planetaria; por ello, no sorprende en absoluto que a unos y otros tipos de estrechos internacionales se les atribuya la aplicación de distintas reglas y principios jurídicos.

3.- APLICACION DE LA NOCION AL ESTRECHO DE GIBRALTAR.

Como ha señalado Ruth Lapidoth (19) a pesar de su enorme importancia para la navegación internacional, el Estrecho de Gibraltar no ha sido objeto sino de una reglamentación internacional mínima, aunque el derecho al paso inocuo no haya sido --

puesto nunca en duda. Es más, durante el bloqueo de Gibraltar -- por España en 1780, los navíos neutrales debían respetar ciertas reglas dictadas por nuestra nación, pero el paso no fue interrumpido ni prohibido. Más tarde, la libertad de navegación fue confirmada por el acuerdo franco-británico de 8 de abril de 1904 que establecía una entente cordial respecto al ejercicio de la tutela de tal libertad, reafirmada en el Convenio hispano-francés de 3 de octubre del mismo año y el Tratado hispano-francés de 27 de noviembre de 1912 (20) relativo a Marruecos.

No han faltado opiniones favorables a la existencia de un régimen jurídico particular para el Estrecho de Gibraltar, que se concretase en el libre tránsito, en virtud de la hipotética vigencia de los convenios citados. Han mantenido esta tesis, entre otros, J. Colombos, D.P. O'Connell y R. Lapidoth; además, el principio de libertad de navegación y de sobrevuelo sobre el Estrecho de Gibraltar fue defendido por las delegaciones italiana y soviética ante la Comisión de Fondos Marinos (respectivamente, el 19 y el 24 de julio de 1973, Docs. A/AC. 138/SC. 11/SR. 66 y 69). Dejando a un lado las querellas doctrinales existentes, estimamos con E. Brüel, R.R. Baxter, J.D. Gonzalez Campos, Scott - C. Truver, J.A. de Yturriaga, etc., que los textos de 1902 y de 1912 tienen cuando menos un valor meramente histórico, que el régimen jurídico aplicable es el sistema general actualmente en vigor y que la práctica hispano-marroquí (21) así como la práctica general de los Estados, pone de manifiesto sin lugar a dudas que el Estrecho de Gibraltar se rige por las disposiciones del Convenio de Ginebra de 1958 sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, así como por las reglas del derecho consuetudinario general.

En efecto, el Estrecho de Gibraltar reúne todos los elementos característicos de la noción de estrecho presentes en el artículo 16,4 del Convenio de 1958, incluso el elemento jurídico. Hasta 1973 Marruecos tenía fijadas en tres millas la anchura de su mar territorial pero en el dahir número 1-73-211 se estableció que "las aguas territoriales marroquíes se extienden -- hasta un límites fijado en doce millas marinas a partir de las líneas de base". En el citado dahir se prevé asimismo que "salvo convenio especial", la anchura del mar territorial no se extenderá más allá de una línea media cada uno de cuyos puntos sea equidistante de los puntos más próximos de las líneas de base de las costas marroquíes y de las costas de los países extranjeros que estén frente a frente a las costas marroquíes o les sean límites".

España, por otra parte, tenía fijadas desde 1760 la anchura de su mar territorial en seis millas, pero a partir de --

1977 las Cortes aprobaron una Ley de su extensión hasta doce. -- En dicha disposición se establece igualmente que "salvo mutuo -- acuerdo en contrario, el mar territorial no se extenderá, en relación con los países vecinos y con aquellos cuyas costas se encuentren frente a las españolas, más allá de una línea media determinada, de forma que todos sus puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de cada uno de dichos países".

Así pues, hasta fecha bien reciente, sólo la parte central del Estrecho de Gibraltar --cuya anchura oscila entre -- 7,5 y 9 millas -- quedaba cubierta por el mar territorial de España o de Marruecos; pero desde 1977 la casi totalidad de las aguas del Estrecho forman parte del mar territorial de los dos Estados ribereños. De lo anterior se infiere que el régimen jurídico aplicable a la navegación marítima a través del Estrecho de Gibraltar es el derecho de "paso inocente", y nunca la libertad de navegación marítima y aérea, tal como sostienen quienes tienen íntimos intereses favorables a este segundo régimen jurídico. -- Desde el punto de vista del futuro régimen de los mares, y de conformidad con la reglamentación existente en el Convenio de 1982, el Estrecho de Gibraltar pasaría a ser calificado como un "estrecho principal", con las consecuencias jurídicas que se explicarán a continuación. Pero, en cualquier caso, debe darse una respuesta negativa a las tesis que sostienen la existencia de un régimen jurídico particular en el Estrecho de Gibraltar, en los términos -- previstos en el artículo 35 c) del Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982.

III.- EL REGIMEN JURIDICO DE LA NAVEGACION INTERNACIONAL A TRAVES DE LOS ESTRECHOS.

1.- EL REGIMEN JURIDICO EN EL DERECHO VIGENTE: EL "DERECHO DE PASO INOCENTE" Y SUS ASPECTOS.

El régimen de la navegación por los estrechos se vincula con la noción central en esta materia: el "derecho de paso inocente".

El "derecho de paso inocente" es una facultad concedida a los buques extranjeros para su navegación por el mar territorial de otros Estados, incluidos los estrechos utilizados para la navegación internacional.

VATTEL, en 1758, simbolizando el estado de la doctrina y de la práctica con referencia al tema de los estrechos, decía que "cuando sirven a la comunicación de los mares, cuya navegación es común a todas las naciones o a muchas, la que posee el estrecho no puede rehusar el paso a las demás con tal de que sea inocente y no ofrezca riesgo..." Agregando significativamente que "sólo el cuidado de su propia seguridad autoriza al señor del estrecho para usar ciertas precauciones y exigir formalidades establecidas de ordinario por la costumbre de las naciones" (22).

La razón de ser del derecho de paso inocente está como indica González Campos (23) en el equilibrio entre los intereses del Estado ribereño ("security") y los intereses generales de la navegación marítima ("safetv"), es decir, entre la seguridad política y general del ribereño y la seguridad física o material del buque y su dotación. El primer grupo de intereses se refiere, fundamentalmente, a la seguridad de los Estados ribereños frente a la amenaza potencial que puede suponer el paso por las aguas de su soberanía de las naves de otras potencias marítimas; el segundo grupo de intereses se concreta en la utilización de los espacios marítimos de otros Estados, a los fines del paso del buque, esto es, dentro de los límites que el comercio marítimo internacional reclama. Tal régimen de paso inocente, en la medida en que ha venido aceptándose como el mecanismo propio de un sistema de coexistencia sobre los mares, hoy tiende a reafirmarse en beneficio del interés mutuo de todos los pueblos de no dificultar la capacidad de navegación y comunicación de los buques al servicio del comercio internacional.

En el Convenio de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y Zona Contigua el régimen jurídico de la navegación internacional a través de los estrechos es igual al aplicable en cualquier parte del mar territorial, esto es, el derecho de paso inocente (artículos 14 a 23), con la única especialidad de que el paso inocente de buques extranjeros nunca puede suspenderse en los estrechos (artículo 16, 4º), prohibición que se justifica por la importancia fundamental de estas vías de comunicación en la navegación internacional. En los restantes aspectos, el Estado ribereño posee las mismas facultades y competencias para otros usos que las reconocidas en otras partes de su mar territorial.

En la regulación del paso inocente por los estrechos internacionales, los aspectos en presencia de mayor interés son los siguientes:

A.- Aplicación exclusiva a la navegación marítima.

La navegación contemplada afecta exclusivamente a los buques, pues las cuatro Subsecciones comprendidas en la Sección II del Convenio (Derecho de paso inocente) excluyen por completo el paso de aeronaves extranjeras (24).

El derecho de paso inocente 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.

Los artículos 1° y 2° del Convenio de Chicago sobre la Aviación Civil Internacional de 1944, que pueden considerarse como expresión del Derecho general en vigor en la navegación aérea, consagran la soberanía del Estado sobre su espacio aéreo, esto es, tanto sobre el suprayacente a su territorio en sentido estricto como sobre sus aguas interiores y su mar territorial. (25) La práctica de los Estados, con anterioridad a 1914, había establecido el carácter completo y exclusivo de esta soberanía del ribereño sobre las aguas bajo su soberanía, sin limitación alguna en interés de terceros Estados, salvo acuerdo particular; quedando sometida la navegación aérea, como regla general, tanto para aeronaves civiles como para aeronaves militares, a la previa autorización del Estado de sobrevuelo. La consecuencia de ello ha sido, como nos revelan los estudios realizados para la Conferencia de Ginebra de 1958, que "las aeronaves no gozan en el espacio aéreo sobre el mar territorial del derecho de paso inocente que ejercen los buques en ese mar territorial, aunque convencionalmente la práctica sea pródiga en concesiones taxativas y reglamentadas de los ribereños respecto de sobrevuelos y escalas técnicas para el mejor desenvolvimiento y seguridad del tráfico aéreo.

Y no es que, al respecto, hayan faltado en el pasado propuestas tendentes a la misma finalidad de un libre despliegue del poder aéreo sobre el área de los estrechos; propuestas que han encontrado, invariablemente, la oposición de la mayoría de los Estados de la Comunidad Internacional. En 1930, la Delegación de Alemania, en la Segunda Comisión de la Conferencia de Codificación, propuso, no obstante la negativa que recibiera su sugerencia en la Conferencia de París de 1919, que se concediera a las aeronaves un derecho de tránsito sobre los estrechos; pero frente a la oposición de la Delegación de Italia, la propuesta sería rechazada por una abundante mayoría, estimándose que el problema del sobrevuelo era una cuestión distinta que debía quedar excluida de las deliberaciones respecto al régimen de los espacios marítimos. En 1958, cabe registrar una propuesta en el mismo sentido del Reino Unido; pero ni siquiera fue sometida a debate en la primera Conferencia sobre el Derecho del Mar. Más significativo, si cabe, es la evolución del problema -

en el caso de los estrechos turcos, pues si el Tratado de Lausana de 1923 obligó a Turquía a reconocer el sobrevuelo "en el Estrecho de los Dardanelos, el Mar de Mármara y el Bósforo", como elemento del régimen general de "internacionalización" absoluta de esta zona, en el Tratado de Montreux de 1936 Turquía logra eliminar esta grave limitación de su soberanía, estableciéndose condiciones apropiadas para el paso de las aeronaves civiles.

Resulta sorprendente, frente a esta situación de la práctica internacional, que ya se propusiera por las superpotencias, en el Comité de los Fondos Marinos, que cualesquiera "aeronaves en tránsito" por los estrechos utilizados para la navegación internacional gocen de "... la misma libertad de sobrevuelo que en el alta mar" (26). También que en las propuestas de Italia sobre estrechos se propugnase, respecto de los estrechos "secundarios", que el sobrevuelo de aeronaves se sometiese a "las disposiciones relativas al paso inocente" (27). En ambos casos, era el mismo objetivo el perseguido: el libre despliegue del poder militar, en derogación de la soberanía del Estado ribereño sobre su espacio aéreo.

Se sostuvo por los autores de las propuestas que tal "libertad de sobrevuelo" habría de ejercerse "normalmente" de acuerdo con los estándares, prácticas recomendadas y otras reglamentaciones de la OACI aplicables a la aviación civil en el alta mar; aunque cabe preguntarse qué ocurriría en los supuestos "anormales", esto es, en las situaciones de crisis internacional, en las que precisamente se realiza el despliegue del poder aéreo. También se afirmó, como "garantía para los ribereños, que las aeronaves, ejerciendo el libre sobrevuelo, tendrían en cuenta, - en todo momento, la seguridad de la navegación de la aviación civil; pero la práctica nos muestra, con la triste realidad de los accidentes, las graves consecuencias que derivan de la utilización simultánea de una ruta aérea por aeronaves civiles y militares, riesgos aún mayores en el área limitada de un estrecho. Quizá por ello se propusiera como solución alternativa para el ribereño, que éste designase un "corredor" apropiado sobre el espacio terrestre, en sustitución del corredor posible en el espacio marítimo del estrecho.

Estos datos explican que las propuestas de libre tránsito aéreo sobre los estrechos encontraran las más duras críticas en el seno de la Comisión de Fondos Marinos. La actitud de la mayoría de los Estados representados en el Comité confirmó - ampliamente, en este punto, los datos de la práctica internacional, basada en la completa y exclusiva soberanía del Estado sobre el espacio aéreo suprayacente a su mar territorial.

B.- Exclusión de la navegación en inmersión.

El derecho de "paso inocente" se refiere a la navegación marítima en superficie, con exclusión de la navegación en inmersión por las aguas del mar territorial, incluidos los estrechos. Este elemento estructural de la noción se consagra en el artículo 14,6° del Convenio de Ginebra de 1958, conforme al cual "los buques submarinos tienen la obligación de navegar en la superficie y de mostrar su bandera".

Se trata de una norma generalmente reconocida en el Derecho del Mar, que se afirma claramente en la Conferencia de Codificación de 1930. Las respuestas de los Gobiernos al cuestionario elaborado por el Comité Preparatorio nos muestran que, para dieciseis Estados, cabía reconocer el "derecho de paso inocente" a los buques submarinos, pero ninguna de estas respuestas indica que este reconocimiento era posible si el paso se verificaba en inmersión. La consecuencia fue establecer en el artículo 12 del Proyecto elaborado por la Subcomisión I de la Segunda Comisión de la Conferencia que "los buques submarinos navegarán en la superficie durante el paso por el mar territorial (28). Esta norma sería recogida por la Comisión de Derecho Internacional, en su Proyecto de 1955, en la subsección relativa a los buques de guerra, afirmándose en el Informe que el artículo 26,3° del Proyecto pone de relieve que "la seguridad del Estado ribereño no puede ser ignorada". En 1956, la regla aparece incluida en las normas generales sobre el "paso inocente", estimándose por la CDI que ello entraña su aplicación no sólo a los submarinos militares, sino incluso a los de carácter comercial (29). La Conferencia de Ginebra, en 1958, refleja el acuerdo general de todos los Estados en este punto, aunque importa retener tres aspectos de los debates.

En primer lugar, que las deliberaciones de la Conferencia muestran que la norma que obliga a los buques submarinos a navegar en la superficie está justificada por razones de seguridad, tanto en lo que se refiere al Estado costero como a la navegación marítima internacional.

Este imperativo de seguridad, en segundo lugar, condujo a la adopción de una enmienda de Francia, para mejor identificar este tipo de buques, al exigirse, como hoy se contiene en el artículo 14,6°, que han "de mostrar su bandera" durante el paso por las aguas del mar territorial.

Finalmente, estas razones de seguridad se entendía que eran aplicables a cualquier tipo de buques, submarinos, militares, científicos, comerciales "o de cualquier otra clase", opí

nión expuesta sin disidencia alguna por las Delegaciones de Grecia, Polonia y el Reino Unido (30); y la observación se enlaza con la primera, en cuanto el riesgo de la navegación en inmersión no afecta sólo a la seguridad del Estado costero, sino a la navegación marítima en general.

C.- Cualificación del paso.

La noción del "paso inocente" se define en atención a dos factores inseparablemente unidos: uno, el elemento material de la noción, es el concepto de "paso", entendido como "el hecho de navegar rápida e ininterrumpidamente por el mar territorial, ya sea para atravesarlo sin penetrar en sus aguas interiores, ya sea para dirigirse hacia estas aguas, ya sea para dirigirse hacia alta mar viniendo de ellas"; otro, hace referencia a la relación del paso con la comunidad nacional del Estado ribereño, y se traduce en la "inocencia del paso". El primero de estos dos factores, recogido en el artículo 14, 2° del Convenio de Ginebra de 1958, pone de relieve la actividad que el buque lleva a cabo en las aguas de un Estado extranjero: navegar por su mar territorial, de forma continuada, sin realizar ninguna otra utilización del medio marino que la estrictamente referida a la navegación. En efecto, si bien el paso comprende "el derecho a detenerse o fondear", ello sólo es admisible en la medida en que constituyan "incidentes normales de la navegación o le sean impuestos al buque por una arribada forzosa o un peligro extremo", según se establece en el artículo 14, 3° del Convenio de Ginebra. Este carácter de navegación continuada, a través del mar territorial, ha llevado en el pasado a sostener que el "paso", en sentido estricto, es el paso "lateral", bordeando la costa y no el perpendicular de entrada o salida en puertos, sometido a un régimen distinto. Pero el Convenio, siguiendo la inicial elaboración hecha por la Conferencia de Codificación de 1930, recoge ambos aspectos, sin perjuicio de la reserva contenida en el artículo 16, 2° respecto de los buques que se dirigen hacia las aguas interiores. De otra parte, que se trata de la estricta utilización del mar territorial a fines de navegación, con exclusión de otros usos, queda manifestado en la disposición especial respecto al paso de buques de pesca extranjeros, para evitar que tales buques "pesquen dentro del mar territorial", con ocasión del paso. La consecuencia, en ambos casos, es la de considerar que el paso del buque que se detiene o fondea injustificadamente, o realiza otros usos del mar, no se encuentra ejerciendo el derecho de paso inocente, sino en la misma situación que si se hallase en las aguas interiores, o en los puertos del Estado ribereño.

La "inocencia" del paso, en segundo lugar, se ha definido en el artículo 14, 4° del Convenio de Ginebra de forma general, al establecerse que "el paso es inocente mientras no sea perjudicial para la paz, el orden o la seguridad del Estado ribereño, "es decir, siempre que no perjudique los intereses legítimos mínimos que a un Estado le compete defender en un espacio bajo su soberanía, concretando la propia práctica y codificación internacionales -nunca con carácter exhaustivo- aquéllos actos realizados por un buque sobre los que hay acuerdo de que constituyen un perjuicio para la paz, orden o seguridad del ribereño, en la inteligencia de que para los actos calificados por el ribereño como no inocentes sin estar incluidos en ese conjunto de actos sobre los que ya existe un consensus general se exigiría una justificación suficiente de los intereses protegidos mediante dicha calificación.

D.- Aplicación en tiempos de paz.

El "paso inocente" es una noción propia del Derecho del Mar en tiempo de paz, que se basa en la igualdad de todos los Estados respecto del ejercicio de este derecho.

- Al aludir al primer aspecto, se excluyen directamente los supuestos de conflicto armado internacional en los que participe el Estado ribereño, pues es otro sector del ordenamiento internacional el aplicable en tal caso; pero no los supuestos de tensión o las situaciones de crisis, al margen del uso de la fuerza.

En estos casos, el Derecho en vigor reconoce que "el Estado ribereño puede, sin discriminación entre los buques extranjeros, suspender temporalmente y en determinados espacios de su mar territorial, el paso inocente de buques extranjeros, si tal suspensión es indispensable para la protección de su seguridad". Se trata de una facultad incluida dentro de los "derechos de protección del Estado ribereño" igual que la relativa a "tomar en su mar territorial las medidas necesarias para impedir todo paso que no sea inocente"; facultad que exige la previa publicación, por los cauces habituales en la práctica, pues "sólo tendrá efecto cuando se haya publicado en la debida forma" por el ribereño. La razón de ser de esta medida de suspensión - del paso inocente, es la misma que sirve de base a todo el régimen de la navegación en el mar territorial; la protección de la seguridad del ribereño.

- El segundo aspecto, como se ha indicado, hace referencia a la igualdad de los Estados. Dado que "los buques de -

cualquier Estado, con litoral marítimo o sin él, gozan del derecho de paso inocente en el mar territorial", el Estado ribereño tiene, en contrapartida, el deber de no adoptar medidas que puedan entrañar una discriminación entre los pabellones. La norma anterior, relativa a la suspensión del paso, expresamente afirma este principio de no discriminación. Ahora bien, como todo el régimen del "paso inocente", la no discriminación entre los Estados se aplica únicamente en tiempo de paz, esto es, al margen de las situaciones de conflicto armado internacional.

E.- Los buques de guerra extranjeros en los estrechos.

El examen del problema del paso de los buques de guerra extranjeros por los estrechos permite llegar a una conclusión: el Derecho del Mar reconoce, en principio, que ésta es una materia que queda dentro de la autonomía del Estado ribereño; autonomía que posee, de otra parte, unos límites precisos. Pues el Estado ribereño, si bien no puede impedir el paso inocente del buque por su mar territorial, sí está facultado para fijar condiciones razonables respecto del ejercicio de este derecho - por terceros Estados en función de consideraciones relativas a la seguridad del Estado ribereño, cuya apreciación le corresponde en exclusiva. Ello sin perjuicio de las medidas que pudiera adoptar el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el marco del capítulo VII de la Carta y, en particular, los artículos 41 y 42.

Tanto la práctica internacional como la doctrina han mostrado, tradicional y generalmente, dos actitudes contrapuestas sobre este tema. De una parte, considerando que el derecho de paso inocente era una facultad exclusiva de los buques mercantes, de la que quedaban excluidos los buques de guerra. Actitud que se defiende por un sector autorizado de la doctrina desde dos consideraciones principales: de una parte, señalando la ausencia de un interés general en el paso del buque de guerra. Mientras que el tránsito de las naves mercantes entraña un uso pacífico de los mares y beneficia a todos los países, presumiéndose así inocente -de ahí el acuerdo de todos los Estados en facilitar y potenciar tal tránsito-, la navegación de los buques de guerra no suele obedecer a un interés general ni a un uso pacífico e inocente de los mares, sino a los intereses estratégicos y militares de un reducido número de Potencias marítimas. En segundo lugar se subraya, junto a esta ausencia de intereses general para la comunidad internacional, el hecho de que el simple paso del buque de guerra por aguas bajo soberanía extranjera implica una potencial amenaza para el ribereño.

El derecho de paso inocente será negado, respecto de los buques de guerra, por internacionalistas como HALL, JESSUP, ACCIOLY, SCHWARZENBERGER, BALDONI, WHEATON, FIORE y SANCHEZ DE BUSTAMANTE; refiriéndose este último en 1930 a la importancia de establecer, desde el punto de vista del tránsito y de su regulación, una diferencia entre los buques según el uso a que se destinan, y apuntando al respecto cómo "mientras los de comercio y los de propiedad privada en general, no tienen otras restricciones que las fundadas en el principio expuesto anteriormente -tránsito inocuo-..., los de guerra que, en principio no deben transitar por las aguas territoriales ajenas sino cuando el país a que pertenecen mantenga relaciones diplomáticas con el Estado soberano de esas aguas, han de obedecer, asimismo, todas las prescripciones especiales establecidas para ellos, entre las que pueden figurar la necesidad de un permiso de la autoridad competente, la prohibición de visitas a ciertas zonas, la limitación del número de los que transitan al mismo tiempo por una costa, la prohibición de repetir el viaje el propio buque sin ciertos intervalos, y cualesquiera otras que la seguridad nacional imponga o requiera (31), y en la misma línea BALDONI quien después de manifestarse en el sentido de que la admisión de navíos de guerra depende exclusivamente de la voluntad del Estado ribereño, recordaría cómo "la pratique des Etats d'accord du reste aussi avec la majorité des auteurs, s'est prononcée en effet clairement - dans la sens que le passage des bâtiments de guerre est une pure question de "comitas gentium" (32)

- En contrapartida, el reconocimiento del derecho de paso inocente de los buques de guerra se ha justificado, por otro sector doctrinal (33), basándose en consideraciones relativas a la navegación internacional, presentes respecto de cualquier tipo de buques. También en el examen de los datos de la práctica, concretados en una ausencia de conflictos frente al hecho de la navegación de tales buques por áreas del mar territorial, al margen de su entrada en aguas interiores y puertos.

De la práctica estatal, en relación tanto al Mar territorial como a los estrechos que forman parte del mismo, iba a quedar constancia en las respuestas de los Gobiernos al cuestionario formulado por el Comité preparatorio de la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930 (34), así como a través de las intervenciones de los distintos delegados a lo largo de la Conferencia, al confirmar, como deduce BALDONI, que "l'Etat territorial se réserve la faculté de révoquer selon son bon plaisir l'autorisation de passage" (35), resultando a este respecto reveladores de la inexistencia de un derecho general de paso inocente con carácter incondicionado de los buques de guerra -como advierte GONZALEZ CAMPOS- tanto el artículo 12 del Texto final

aprobado por la 2ª Comisión de la Conferencia como las observaciones hechas al mismo, toda vez que, si bien se afirma en dicho precepto que "por lo general el Estado ribereño no impedirá el paso de los buques extranjeros por su Mar territorial y no exigirá una autorización o notificación previas", las observaciones hechas al mismo señalan que es conforme a la práctica de los Estados la facultad del ribereño de prohibir, en casos excepcionales, el paso de los navíos de guerra extranjeros", estipulándose, por lo demás, la facultad del ribereño de reglamentar las condiciones en que puede efectuarse el paso, y en particular - "respecto del número de unidades extranjeras que pasan simultáneamente por su Mar territorial.

La sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el Asunto del Estrecho de Corfú, en 1949 (36), habría de ser un factor relevante para los iniciales trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, a partir de 1952, cuya labor se inspira, de otra parte, en los resultados alcanzados en 1930. Pero si se examina el proceso seguido por la CDI, tras las observaciones de los Gobiernos a su proyecto de artículos sobre el mar territorial, es significativo ver como en 1955 y 1956 los debates en la Comisión van a provocar una importante modificación de los textos iniciales, reconociéndose la facultad del Estado ribereño de reglamentar el paso, incluyendo la exigencia de previa autorización o notificación.

El "comentario" de la CDI al artículo 24 de su proyecto final de 1956 sobre el mar territorial merece ser destacado. De una parte, mientras la Comisión se congratula del hecho de que las legislaciones de un gran número de Estados no exigen la previa autorización para el paso, de otra se reconoce expresamente que "esto no implica que un Estado ribereño no tuviera el derecho de exigir (esa notificación previa o esa autorización si juzgara necesario tomar esta medida de precaución". Por ello, "admitiendo que el paso de buques de guerra a través del mar territorial de otro Estado puede ser considerado por éste como una amenaza a su seguridad, y dándose cuenta de que varios Estados exigen una notificación o una autorización previas, la Comisión no puede negar a los Estados el derecho de tomar esa medida". Tal facultad sólo se condiciona al hecho de haber sido publicada debidamente por el Estado ribereño.

En la Conferencia de Ginebra de 1958 la regulación del problema del paso de los buques de guerra quedaría limitada al actual artículo 23, adoptado por una amplia mayoría de votos. (37) Pero este resultado es inseparable de la constante de la práctica internacional que se está señalando: para un número considerable de Estados, el Derecho Internacional les faculta a

exigir la previa autorización; para otros, únicamente una notificación previa. Entre los primeros se incluía a los Estados socialistas y a un grupo de países en desarrollo, de Africa y Asia.

Es, en suma, comprobable la existencia de un amplio sector de la práctica estatal que, aun no teniendo inconveniente en reconocer un derecho de paso inocente para los buques de guerra por el mar territorial y los estrechos que forman parte de él, condicionará tal derecho, en función de razones de seguridad y en los casos en que el Estado ribereño lo estime oportuno, al cumplimiento de ciertos requisitos como el de la autorización o notificación previa a dicho Estado, pues, si es cierto -como- apuntaría OPPENHEIM- que "en la práctica ningún Estado se opone actualmente, en tiempos de paz, al tránsito de los buques de guerra extranjeros y de otros buques públicos a través de su zona marítima", ello no implicará que por razones de seguridad y especialmente en determinadas zonas estratégicas, el paso de buques de guerra no pueda llevarse a cabo de un modo condicionado: en unos casos mediante la previa exigencia de una autorización; en otros, mediante la simple notificación del paso.

Dada la obligación del ribereño de no prohibir o suspender temporalmente el paso por los estrechos internacionales que se encuentren en su mar territorial, la autorización ha sido criticada con el argumento de que "puede constituir un obstáculo grave al paso, pues la eventual negativa del ribereño a autorizarlo sería equivalente, de hecho, a la prohibición del paso de buques de guerra por aguas del estrecho". Pero, como señala González Campos (38), la exigencia de previa autorización, en el caso de la navegación por los estrechos, puede responder a las mismas preocupaciones que inspiran a las legislaciones nacionales al regular la presencia de navíos militares extranjeros en su mar territorial. El examen de las legislaciones nacionales revela que los Estados ribereños establecen un límite -de ordinario, tres unidades navales- para evitar la presencia simultánea de buques de guerra extranjeros en su mar territorial, límite que se justifica por razones de seguridad. En el caso de la navegación por los estrechos, la autorización previa es el cauce posible para evitar esta excesiva presencia de fuerzas navales extranjeras; las exigencias de seguridad del Estado ribereño en las aguas del estrecho son mayores que en cualquier otra parte de su mar territorial. La frecuencia del paso de buques extranjeros, por el contrario, refuerza esta conclusión, siendo así que el Estado ribereño no dispone, como es el caso respecto de las restantes áreas de su mar territorial, de la facultad de suspender el paso, temporalmente, y por razones de seguridad.

En definitiva, la previa autorización para el paso de buques de guerra por los estrechos no equivale a una negativa - del "derecho de paso inocente". La autorización no vendría a ser más que una variante de la facultad de ordenación del paso que el ribereño tiene en su mar territorial, a fin de impedir -sobre todo en situaciones de crisis nacional o internacional- que el derecho de paso sin posible suspensión de que gozan los buques - de guerra extranjeros por los estrechos alcance un carácter radical o ilimitado. Al Estado ribereño corresponde apreciar si tal exigencia es necesaria o basta la simple notificación del paso; también, caso de adoptar la exigencia de previa autorización, su aplicación - concreta respecto de determinados buques de guerra, en un momento determinado. La apreciación debe tener en cuenta, no sólo el factor de seguridad del ribereño, sino también los intereses de terceros Estados en la utilización de las aguas del estrecho como vía de comunicación. En el caso de que el Estado costero se considere amenazado por un inminente peligro, el equilibrio de intereses se inclinará hacia la protección del ribereño; en otro caso, la autorización previa tendrá un simple valor formal, como elemento de la "ordenación del paso" por las aguas del estrecho para impedir la excesiva presencia de fuerzas navales extranjeras. (39)

En resumen, con arreglo al régimen jurídico vigente, el derecho de paso inocente comprende el tránsito en superficie de todo tipo de buques extranjeros por las aguas de un estrecho, con exclusión de la detención o el fondeo injustificado y debiendo abstenerse en todo momento de realizar actos de cualquier naturaleza que puedan afectar a la seguridad nacional o al orden público del Estado ribereño. A estos fines, conviene destacar que la práctica internacional ha consagrado la facultad en favor de los países ribereños de estrechos para legislar en relación al paso de buques de guerra extranjeros, los cuales, en determinadas circunstancias, podrían poner en grave peligro su seguridad nacional e, incluso, su propia soberanía territorial; de ahí que muchos ordenamientos nacionales sometan a tales buques a los requisitos de la previa autorización del ribereño o de la previa notificación por los cauces diplomáticos.

2.- EL REGIMEN JURIDICO EN EL CONVENIO DE 1932.

El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 contiene alteraciones sustantivas respecto al régimen descrito anteriormente, pues a los dos tipos de estrechos que se contemplan en su texto corresponden principios y reglas sobre navegación también diferentes. En este orden de ideas, conviene distinguir:

A).- Los estrechos principales.

A los estrechos principales se aplica un régimen de nuevo cuño: el derecho de paso en tránsito (Artículos 37 a 44), que comprende la libertad de navegación y sobrevuelo exclusivamente para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho entre una parte de la alta mar o de zona económica exclusiva y otra parte de alta mar o de una zona económica exclusiva (art. 37); dicho tránsito puede ser también horizontal o vertical al sentido de la costa o, si se quiere, para entrar en un Estado ribereño del estrecho, para salir de dicho Estado o para regresar de él, con sujeción a las condiciones que regulen la entrada a ese Estado (artículo 38, 2). Como sucedía con el derecho de paso inocente, tampoco habrá suspensión alguna del paso en tránsito (artículo 44 in fine).

El art. 36 de la Convención de 1982 contempla el caso de los estrechos utilizados para la navegación internacional por los que pasa una ruta de alta mar o que atraviere una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a características hidrográficas y de navegación. En otras palabras, en el artículo en cuestión se tiene en cuenta el supuesto de que no todo el estrecho esté cubierto por el mar territorial de uno o más Estados. Y para tal hipótesis se excluye la aplicación de la parte III y se dispone la aplicación de las partes pertinentes de la Convención, incluyendo las disposiciones sobre libertad de navegación y sobrevuelo. Tampoco quedan afectados en este supuesto los intereses estratégicos de las superpotencias y las grandes potencias, que pueden hacer pasar libremente sus efectivos militares por la ruta de alta mar o de zona económica exclusiva.

Por lo que respecta a las características del paso en tránsito, han de subrayarse los siguientes aspectos:

- 1.- En primer lugar, el paso significa avanzar sin demora por o sobre el estrecho (artículo 39 1.a), de forma tal que los buques y aeronaves deberán abstenerse de toda amenaza o uso de la 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 de Derecho Internacional incorporados a la Carta de las Naciones Unidas (artículo 39, i b).
- 2.- En segundo término, el paso hace referencia a la libre navegación marítima y al libre sobrevuelo,

lo que significa una extensión del paso a buques y aeronaves. Cabe señalar que esta alusión a la libertad de navegación marítima y aérea nos sitúa, en principio, ante un derecho de naturaleza similar al existente en el alta mar, si bien el mismo artículo 38, 2 matiza la posible equiparación anterior con una alusión funcional para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido; de esta suerte, no podemos considerar que se trate de una libertad de navegación en términos absolutos, sino un régimen limitado funcionalmente a los fines indicados, con lo cual toda actividad de buques o de aeronaves que no constituya un ejercicio del derecho de paso en tránsito por un estrecho quedará sometida jurídicamente al régimen general del mar territorial o, por emplear los términos del artículo 38,3, quedará sujeta a las demás disposiciones aplicables de esta Convención.

- 3.- El tercer aspecto que merece ser destacado se refiere a la aplicación del derecho de paso en tránsito a todo tipo de navegación marítima, tanto en inmersión como en superficie, que realice cualquier tipo de buque (mercantes, buques de Estado, buques de guerra, submarinos etc.) Los datos anteriores ponen de manifiesto bien a las claras que la adopción del nuevo derecho de paso en tránsito no se ha hecho en nombre exclusivamente de los intereses económicos o comerciales de la Comunidad internacional en su conjunto, sino que se priman intereses militares y estratégicos. La libertad de sobrevuelo de aeronaves militares y la libre navegación de submarinos en inmersión por los estrechos pueden producir un doble efecto de signo negativo: 1) de un lado, aumentar el riesgo de colisiones y reducir la seguridad en rutas aéreas y marítimas tan importantes como los estrechos internacionales; 2) de otra parte, disminuir las facultades y garantías que para su seguridad nacional tienen reconocidos los Estados ribereños de estrechos conforme al régimen actualmente en vigor, pues el despliegue de flotas aeronavales dotadas de submarinos propulsados por energía nuclear que navegan en inmersión, por fuerza supone un riesgo directo para los ribereños y para la navegación marítima y aérea de carácter comercial.

B.- Los estrechos secundarios.

Los estrechos secundarios continúan sometidos al régimen de paso inocente, que no podrá ser suspendido (artículo 45). Se aplica a los estrechos formados por una isla de un Estado ribereño de un estrecho y su territorio continental cuando del otro lado de la isla existe una ruta de alta mar o que atraviesa una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a sus características hidrográficas y de navegación - (arts. 45, 1.a) y 38,1) (por ejemplo el Estrecho de Corfú y el Estrecho de Messina); y a los estrechos situados entre una parte de alta mar o de una zona económica exclusiva y el mar territorial de otro Estado (art. 45, 1,b) (por ejemplo, el Estrecho de Tirán, entre el Golfo de Akaba y el Mar Rojo). El paso inocente es justamente el que rige para el mar territorial, aunque sin posibilidad de suspensión (art. 45). En este régimen existe, por tanto, la prohibición de la navegación en inmersión y del sobrevuelo.

En estos casos, efectivamente, no están comprometidos los intereses estratégicos de las Superpotencias y las grandes potencias, ya que pueden hacer pasar sus efectivos bélicos -submarinos termonucleares o fuerza aérea- bien por la ruta alternativa de alta mar o zona económica exclusiva que quede del otro lado de la isla, bien por la parte de alta mar o zona económica exclusiva adyacente al mar territorial de que se trate.

No existen diferencias cualitativas en cuanto a las características o elementos del derecho de paso inocente, tal como aparece regulado en el sistema convencional de 1958 y en el texto de 1982.

Podemos subrayar que la inocencia del paso se encuentra mucho más matizada en el Convenio de 1982, pues su artículo 19,2 expresa una serie de actividades que se consideran perjudiciales para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño, tales como:

- a).- Cualquier amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política del Estado ribereño o que de cualquiera otra forma viole los principios incorporados en la Carta de las Naciones Unidas;
- b).- Cualquier ejercicio o práctica con armas de cualquier clase;

- c).- Cualquier acto destinado a obtener información en perjuicio de la defensa o la seguridad del Estado ribereño;
- d).- Cualquier acto de propaganda destinado a atentar contra la defensa o la seguridad del Estado ribereño;
- e).- El lanzamiento, recepción o embarque de aeronaves;
- f).- El lanzamiento, recepción o embarque de dispositivos militares;
- g).- El embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño;
- h).- Cualquier acto de contaminación intencional y grave contrario a esta Convención;
- i).- Cualesquiera actividades de pesca;
- j).- La realización de actividades de investigación o levantamientos hidrográficos;
- k).- Cualquier acto dirigido a perturbar los sistemas de comunicaciones o cualesquiera otros servicios o instalaciones del Estado ribereño;
- l).- Cualesquiera otras actividades que no estén directamente relacionadas con el paso.

Se recoge también, por último, la suspensión temporal del paso en áreas determinadas dictada por el ribereño cuando sea "indispensable para la protección de su seguridad" (art. 25.3).

Las actividades anteriores, consideradas en el Convenio de 1982 como contrarias a la inocencia del paso, estimamos que constituyen asimismo expresión del derecho actualmente en vigor, pues todas ellas quedan incluidas en la formulación genérica contenida en el artículo 14, 4º y 5º del Convenio de Ginebra de 1958; en consecuencia, se constituye un catálogo que puede ser tenido en cuenta respecto al actual status jurídico del Estrecho de Gibraltar.

3.- APLICACION DEL ESQUEMA ANTERIOR AL ESTRECHO DE GIBRALTAR.

Si aplicamos el anterior esquema al Estrecho de Gibraltar, con arreglo al Derecho en vigor, el régimen de la navegación internacional a través de los estrechos es el derecho de paso inocente para los buques extranjeros, que deberán navegar en superficie y mostrando su pabellón, sin que dicho paso pueda ser suspendido ni por Marruecos ni por España. Dicho paso se efectúa de conformidad con las leyes y reglamentos adoptados por los países ribereños, debiendo realizarse igualmente a la vista de las vías marítimas y de los dispositivos de separación del tráfico establecidos por Marruecos y por España.

Por el contrario, de conformidad con las previsiones del Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982, el régimen aplicable a un estrecho principal sería el derecho de paso en tránsito, aunque cupiera tampoco la posibilidad de suspender el paso, en beneficio de todos los buques extranjeros que naveguen en superficie o en inmersión así como de las aeronaves.

Ello significa, de un lado, menores facultades de los ribereños para ordenar el tráfico marítimo y aéreo por o sobre el estrecho. Como la Sección 2 de la Parte III, a diferencia de la Sección 3 de la Parte II (Paso inocente por el mar territorial), no distingue entre buques mercantes y otros buques de características especiales, tales como los buques extranjeros de propulsión nuclear, buques que transporten sustancias nucleares u otras sustancias peligrosas o nocivas, etc., debe ser tenida en cuenta, a fines de seguridad, la navegación de este tipo de buques sin un control estricto por parte de los ribereños.

En resumen, nuestra opinión general es que el derecho de paso en tránsito resultaría gravemente lesivo para los intereses defensivos y de seguridad nacional de Marruecos y de España.

La pretensión de sustituir el régimen tradicional de paso inocente por un régimen nuevo que diese satisfacción a las necesidades de despliegue estratégico de las superpotencias y sus aliados en uno y otro bloque afectaría, como pone de relieve Pastor Ridruejc (40), a la soberanía y a la seguridad de España, al incluir manifiestamente al Estrecho de Gibraltar. De ahí que ya en la Comisión preparatoria de la Conferencia la delegación española manifestase sus preferencias por el sistema en vigor de paso inocente (41) y lo mismo hicieron otros Estados ribereños de estrechos, formándose un reducido grupo de intereses,

el denominado de los "Estados estrecharios". La actitud española se reiteró en la fase inicial de la Conferencia y así, en el debate general celebrado en el segundo período de sesiones, (Caracas, verano de 1974), el jefe de la delegación dijo que el régimen de paso inocente garantizaba los intereses de la navegación pacífica internacional al tiempo que expresaba su sorpresa por el hecho de que algunos Estados lo rechazasen; Estados -señaló- que han concebido la revisión del Derecho del Mar más desde el ángulo de sus objetivos estratégicos que desde los principios de cooperación pacífica, desarrollo y seguridad de todos los Estados; hoy -agregó- sería contrario al sentido de la historia y al desarrollo objetivo de la comunidad internacional que la seguridad nacional de los Estados ribereños fuese sacrificada en aras del inestable equilibrio de poder entre los más fuertes (42).

Pero el grupo de Estados estrecharios sufrió fuertes presiones y su postura no recibió aliento ni apoyo del tercer mundo neutralista. El grupo fue perdiendo fuerza y consistencia y por su parte la actitud inicial de la delegación española fue modulándose y flexibilizándose a lo largo de los sucesivos períodos de sesiones de la Conferencia. Efectivamente, en el IV período de sesiones (Nueva York, primavera de 1976), la delegación de España se mostró abierta a que la navegación marítima por los estrechos quedase sometida al régimen de paso en tránsito aunque continuó oponiéndose a la aplicación de dicho régimen al sobrevuelo de aeronaves. En la primera fase del VII período de sesiones (Ginebra, primavera de 1978) la delegación presentó una serie de sugerencias oficiosas a la Comisión II de la Conferencia (43), que realmente nunca fueron discutidas ni negociadas, aunque sí consiguió la inclusión en un momento posterior (segunda parte del IX período de sesiones, Ginebra, verano de 1980) de lo que hoy es una disposición general de la Convención: el art. 304 sobre responsabilidad por daños, y que cubría sus preocupaciones al respecto en lo que concierne a las actividades relacionadas con el paso en tránsito.

IV.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS Y DE TERCEROS ESTADOS EN LOS ESTRECHOS INTERNACIONALES.

1.- LAS COMPETENCIAS DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS DE UN ESTRECHO.

Los Estados ribereños de un estrecho utilizado para la navegación internacional tienen reconocidas por el ordena-

miento una serie de competencias y de facultades, que se derivan, en términos generales, de su condición de soberanos territoriales sobre las riberas y las aguas del mismo: pero, como es bien sabido, la soberanía no sólo genera derechos, sino que comporta asimismo una serie de obligaciones respecto a terceros Estados que el Derecho Internacional previene.

A).- El régimen convencional de Ginebra de 1958 y el Derecho Internacional General.

a) Derechos

a') De conformidad con el régimen convencional de Ginebra de 1958 y con el Derecho Internacional general, los ribereños tienen la facultad general de tomar en su mar territorial las medidas que sean necesarias para impedir todo paso que no sea inocente (artículo 16, 1º) y, respecto de los buques extranjeros que se dirigen hacia sus aguas interiores, tienen el derecho de tomar las medidas necesarias para impedir cualquier infracción de las condiciones aplicables a la admisión de dichos buques en tales aguas (artículo 16, 2º del Convenio de 1958). Importa destacar, en este sentido, que la calificación respecto de la inocencia o no de un determinado paso corresponde inicialmente al Estado ribereño, lo que se traduce en un régimen que prima, sobre todo, los intereses de seguridad de estos países.

b') La segunda de las facultades generales, de singular importancia en el tema que nos ocupa, se refiere a la ordenación del paso por los estrechos a través de actos de su Derecho interno.

En el ejercicio del derecho de paso pueden surgir diversos problemas relacionados de una u otra forma con la facultad que tiene el ribereño de ordenar mediante leyes y reglamentos las actividades llevadas a cabo en un espacio que, no lo olvidemos, está sometido a su soberanía; ordenación que tenderá a preservar -inter alia- lesiones a su paz, orden y seguridad producidas en los distintos usos de las aguas territoriales y, en particular, en la navegación por esas aguas.

La distinción entre la "ordenación del paso" y el régimen general del "paso inocente" estriba -como dice González Campos (44)- en el distinto alcance de las competencias que se atribuyen al Estado ribereño en su mar territorial.

Como se ha señalado, la noción del paso inocente se refiere al derecho reconocido a los buques extranjeros para penetrar en el mar territorial y navegar por él, siempre que dicho paso no sea perjudicial para los intereses del Estado ribereño. La norma central del régimen de paso inocente es la que faculta al Estado costero a "tomar las medidas necesarias para impedir todo paso que no sea inocente". Esta norma expresa la relación directa entre el hecho de la navegación del buque por aguas bajo soberanía extranjera y la eventual lesión de los intereses relativos a la "paz, el orden y la seguridad del Estado ribereño", que el Derecho Internacional le faculta para proteger.

Ahora bien, en el ejercicio del derecho del paso, surgen problemas distintos, que se relacionan con la general facultad del Estado ribereño de ordenar la actividad humana en el espacio del globo sometido a su soberanía. Dado el carácter del medio en el mar territorial, tal facultad de regular conductas humanas se referirá, de forma directa, a los distintos usos del medio, en particular, a la navegación. Este segundo sector de problemas afecta al modo de efectuarse el ejercicio del derecho de paso inocente e implica especiales facultades para el Estado costero, con los correspondientes deberes para los buques que ejercen el derecho de paso inocente. Estos últimos, en síntesis, pueden expresarse diciendo que los buques extranjeros que ejercen el derecho de paso inocente por el mar territorial, incluidos los estrechos, quedan sometidos a la legislación del Estado ribereño en lo relativo a la navegación por ese espacio marítimo. Las correspondientes facultades del Estado ribereño se concretan, en términos generales, en el derecho de ordenar el paso.

Por lo que se refiere a las medidas generales de ordenación de la navegación, además de los aspectos tradicionales de la navegación, en ellas se presta atención a los nuevos problemas plan-

teados por el avance tecnológico y concretados en la ordenación de la preservación e investigación del medio marino y del paso de los buques con características especiales, facultándose en general al Estado ribereño para que establezca rutas marítimas y esquemas de separación del tráfico obligatorios para cualquier buque que ejerza el paso inocente en su mar territorial, incluidos los estrechos.

Se consideran como buques con características especiales los impulsados o armados nuclearmente, los que transportan sustancias nucleares o mercancías especialmente peligrosas, y los dedicados a la investigación del medio marino. Esta simple enumeración demuestra que, en la actualidad, la geografía de los Estados ribereños en general y vecinos de estrechos en particular los coloca -a causa, repetimos, del avance tecnológico- en una situación llena, como ha puesto de relieve Jiménez Piernas (45), de graves riesgos políticos y ecológicos.

En los buques impulsados nuclearmente, los riesgos de navegación fundamentalmente derivan de dos extremos principales: de una parte, el menor tamaño del reactor nuclear, que supone una mayor vulnerabilidad de su estructura; de otra, el hecho de que el reactor se encuentra situado en un objeto móvil, el buque, y sometido a los riesgos de accidentes de mar, accidentes ordinarios que en el caso de este tipo de navíos pueden acarrear consecuencias importantes respecto de la seguridad de la instalación nuclear. Ello al margen de los problemas derivados de combustible nuclear, de la necesidad de una adecuada protección contra las radiaciones o el singular funcionamiento de la fuente de energía impulsora del buque, que afecta a sus condiciones de navegación. Esto explica suficientemente que el paso de estos buques por el mar territorial se subordine a su notificación o autorización previas si así lo decide el Estado ribereño. En este sentido, uno de los aspectos más delicados de la problemática planteada por los buques de carac-

terísticas especiales es precisamente el régimen de la navegación de los submarinos propulsados y armados nuclearmente. A pesar de las protestas sobre sus excelentes condiciones de seguridad, los hechos evidencian los riesgos de navegación de estos sumergibles.

El riesgo que ocasiona, caso de accidente de mar, el transporte de explosivos, gases y líquidos inflamables, sustancias tóxicas, radiactivas y cualesquiera mercancías que la experiencia demuestre sean de naturaleza peligrosa para la seguridad, en su más amplio sentido, del Estado ribereño, explica también suficientemente que se condiciona el paso de estas mercancías por el mar territorial a la previa notificación y al uso de las rutas marítimas establecidas por el ribereño, además de cubrir los posibles daños que pudiera causar la carga transportada mediante un certificado internacional de seguro o de garantía.

Por último, a la prohibición general ya existente en el Derecho vigente de que los buques dedicados a la investigación del medio marino realicen cualquier actividad en ese sentido en el mar territorial del Estado ribereño sin su previa autorización, debiera añadirse la posibilidad de que el ribereño subordine el paso de estos buques a su previa notificación e incluso lo limite a rutas marítimas designadas al efecto, dado que las actividades normales de este tipo de buques, en particular la exploración de recursos o la investigación con fines militares, afectan a la seguridad económica, ecológica y militar del ribereño en sus aguas territoriales. En cuanto a las condiciones para la concesión de la autorización de investigar en las aguas bajo soberanía del ribereño se entiende que la solicitud del permiso debía acompañarse de una información completa de los fines del programa, inicio y duración, zona de investigación, equipo, personal, tonelaje del buque utilizado, invitación a participar al menos en tanto se desarrollara en sus aguas, ofrecimiento para disponer de los datos o conclusiones obtenidas y, en fin, la garantía de publicidad de lo conseguido en trabajos o revistas científicas o su envío a organismos o institutos oceanográficos.

En definitiva, aunque la cuestión de la investigación científica de los mares no ha sido regulada unitariamente en los Convenios de 1958, es fácil inferir del sistema normativo de los mismos que la soberanía atribuida al ribereño en sus aguas territoriales, restringida sólo por el derecho de paso inocente, sujeta lógicamente la investigación por buques extranjeros en esas aguas al consentimiento expreso del ribereño.

En relación a las facultades que acaban de ser expuestas, el Convenio de Ginebra de 1958 sobre el Mar Territorial y Zona Contigua, no distingue reglas aplicables a distintos tipos de buques, por lo cual puede sostenerse en rigor que las normas y reglamentos adoptados por los Estados ribereños para ordenar el tráfico marítimo obligan a todos los buques extranjeros - que naveguen por sus estrechos.

c').- Por último, corresponde a los Estado ribereños la facultad de hacer cumplir y sancionar cualquier infracción a sus leyes y reglamentos adoptados para ordenar el tráfico marítimo en su mar territorial, del cual forman parte los estrechos. El único límite a esta potestad sancionadora son las inmunidades que el Ordenamiento internacional reconoce en favor de los buques de Estado destinados a fines no comerciales (artículo 22) y de los buques de guerra.

En resumen, los Estados ribereños de un estrecho internacional gozan de la facultad general de ordenar y reglamentar las condiciones del paso de todo tipo de buques extranjeros, en toda la dimensión de la seguridad nacional y de la seguridad de la navegación y del tráfico marítimos, así como de sancionar las conductas contrarias a dicha reglamentación, conductas que convertirían el paso en no inocente, con la especialidad y los límites previstos para determinados buques de Estado y para los buques de guerra extranjeros.

b) Obligaciones

En lo que concierne a las obligaciones que incumben a los países ribereños de un estrecho, junto a la obligación genérica de no suspender el paso, hay que destacar dos obligaciones a las que aludiera el Tribu

nal Internacional de Justicia en el asunto del estrecho de Corfú: en primer lugar, la de no poner dificultades al paso inocente (artículo 15, 1°); en segundo término, la de garantizar la seguridad de la navegación internacional por sus aguas, dando a conocer, de manera apropiada, todos los peligros que, según su conocimiento, amenacen a la navegación en su mar territorial (artículo 15, 2°). Por lo que se refiere a los buques mercantes y a los buques de Estado explotados con fines comerciales, existe asimismo la obligación de no imponer gravámenes a dichos buques por el solo hecho de su paso por el mar territorial, salvo que se deban a la remuneración de servicios determinados prestados a dicho buque, pero sin discriminación de ningún género entre ellos (artículo 18). Además, los ribereños carecen, en principio, de competencia para extender su jurisdicción civil y penal a los buques extranjeros que hagan uso del derecho de paso inocente por sus estrechos, tal como prevén los artículos 19 y 20 del citado Convenio de Ginebra de 1958 sobre el Mar Territorial y Zona Contigua.

B).- El Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982.

a) Estrechos secundarios

En la perspectiva de cambio del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, no existen diferencias sustanciales respecto a los derechos y obligaciones que tienen los Estados ribereños de estrechos secundarios por referencia a los que gozan en la actualidad, pues en ambos casos estamos en presencia del régimen de paso inocente. En la Sección 3 de la Parte II del texto convencional de 1982 (Paso inocente por el mar territorial), aparecen reglas pormenorizadas que afectan al derecho de paso inocente y que, en el sistema convencional de 1958, aparecía bajo fórmulas generales. En este sentido, el artículo 21 del Convenio de 1982 indica las materias particulares que el Estado ribereño puede regular por medio de leyes y reglamentos internos:

- a) La seguridad de la navegación y la reglamentación del tráfico marítimo;
- b) La protección de las ayudas a la navegación y de otros servicios e instalaciones;

- c) La protección de cables y tuberías;
- d) La conservación de los recursos vivos del mar;
- e) La prevención de infracciones de sus leyes y reglamentos de pesca;
- f) La preservación de su medio ambiente y la prevención, reducción y control de la contaminación de éste;
- g) La investigación científica marina y los levantamientos hidrográficos;
- h) La prevención de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios.

Se hace excepción de todo lo relacionado con el "diseño, construcción, dotación o equipo de buques extranjeros, a menos que las leyes y reglamentos pongan, en efecto, reglas o normas internacionales generalmente aceptadas: (Artículo 21, 2°), lo que supone negar por el momento cualquier acción preventiva estructural por parte del ribereño contra la contaminación de su medio marino.

En relación con el apartado a) de la enumeración recién citada, el control de la seguridad de la navegación y la reglamentación del tráfico se concretan en la facultad del ribereño para establecer vías marítimas y esquemas de separación del tráfico aplicables en principio a cualquier buque extranjero que pase por su mar territorial, incluyendo los estrechos, y en especial a los buques de características especiales, debiendo tener en cuenta el ribereño a la hora de fijar las vías y esquemas las "recomendaciones" de la Organización Consultiva Marítima Internacional, los canales tradicionalmente usados para la navegación internacional, las características de ciertos buques y canales y, en fin, la "densidad del tráfico", pero sin quedar nunca bajo el control de esa Organización la fijación de las vías y esquemas (Artículo 22). En todo caso, es obligación del Estado ribereño dar la publicidad suficiente en sus cartas marítimas de navegación de las vías y dispositivos adoptados.

Por lo demás, los buques extranjeros de propulsión nuclear y los buques que transporten sustancias nucleares u otras sustancias intrínsecamente peligrosas o nocivas deberán tener a bordo los documentos y observar las medidas especiales de precaución que para tales buques se hayan establecido en acuerdos internacionales (artículo 23).

Se recoge la responsabilidad del Estado del pabellón de los buques de guerra y públicos dedicados a fines no comerciales por daños causados al ribereño durante su paso " como resultado del incumplimiento de las leyes

y reglamentos" sobre dicho paso (Artículo 31). Amén de poder - exigir a los buques de guerra que abandonen el mar territorial interrumpiendo o suspendiendo su paso cuando incumplan esas leyes y reglamentos y no acaten la invitación a hacerlo (Artículo 30), regla ya incluida como sabemos- en el Convenio de 1958.

Al margen de estas novedades, no existen otras diferencias cualitativas que alteren el marco de competencias y de obligaciones de los Estados ribereños de estrechos secundarios en el Convenio de 1982, si los comparamos con los reconocidos para todos los estrechos en el texto convencional de 1958.

b) Estrechos principales

1. Mayor atención exige el examen de los derechos y obligaciones reconocidos en beneficio de los Estados ribereños de estrechos principales en el Convenio de 1982.

Con carácter general, el derecho de paso en tránsito no afecta a las competencias genéricas que todo ribereño tiene en su mar territorial y, en concreto, a la soberanía o jurisdicción sobre tales aguas, su lecho y su subsuelo y el espacio aéreo situados sobre ellas (artículo 34, 1º). No obstante, las - competencias particulares reconocidas en el régimen vigente a - los países ribereños de estrechos internacionales se concretan, en tres aspectos esenciales: impedir el paso que no sea inocente, ordenar el paso por medio de leyes y reglamentos y sancionar el paso que no sea inocente. En este orden de ideas, no cabe duda alguna de que las competencias de los países ribereños de estrechos principales aparecen disminuidas y limitadas en el texto de 1982, pues:

1º .- Se reconoce a los ribereños la facultad de dictar leyes y reglamentos relativos al paso en tránsito (artículo 42) para buques y aeronaves extranjeras, sin que exista - discriminación alguna y con la obligación de dar a los mismos - la publicidad debida para el conocimiento general. Pero esta: reglamentación interna puede referirse a todos o algunos de los siguientes puntos:

a).- La seguridad de la navegación y la reglamentación del tráfico marítimo de conformidad con el artículo 41;

- b).- La prevención, reducción y control de la contaminación, llevando a efecto las reglamentaciones internacionales relativas a la descarga en el estrecho de hidrocarburos, residuos de petróleo y otras sustancias nocivas;
- c).- En el caso de los buques pesqueros, la prohibición de la pesca, incluida la reglamentación del arrumaje de los buques de pesca;
- d).- El embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios de los Estados ribereños de estos trechos (artículo 42, 1°).

Ahora bien, esta facultad de reglamentación está limitada a las materias expresamente mencionadas, lo cual contrasta, de una parte, con las facultades generales reconocidas en la actualidad y, de otra, con las facultades de reglamentación que el propio Convenio de 1982 reconoce en favor del Estado ribereño en los estrechos de importancia secundaria y en las restantes zonas de su mar territorial, recogidas en su artículo 21, 1°; por consiguiente, en esta perspectiva material, las facultades y competencias de los ribereños para ordenar el paso sufren un primer proceso de restricción.

Pero al anterior se une un segundo proceso de restricción o limitación competencial respecto a determinado tipo de buques caracterizados por sus características especiales -tales como los buques de propulsión nuclear, y los buques que transporten sustancias nucleares y otras sustancias intrínsecamente peligrosas o nocivas-, pues las facultades expresadas en el artículo 42 difícilmente resultan de aplicación a estos últimos. En el sistema convencional de 1958 las facultades reglamentarias del ribereño podían extenderse a todo tipo de buques extranjeros, comprendidos también los buques de guerra; en el sistema convencional de 1982 el artículo 23 contempla este tipo de buques, si bien es cierto que a fines meramente fiscalizadores o de inspección de los documentos requeridos por las normas internacionales en orden a la seguridad de la navegación.

Un segundo aspecto importante de la ordenación del paso lo constituye el establecimiento de vías marítimas y dispositivos de separación de tráfico, regulado en el artículo 41. De conformidad con este precepto, su establecimiento se producirá cuando sea necesario para el paso seguro de los buques (artículo 41, 1°), pudiendo sustituirlos si el ribereño lo cree necesario (artículo 41, 2°) y dando en cualquier caso la debida pu-

blicidad de las vías y dispositivos existentes en sus respectivas cartas de navegación (artículo 41, 6° y 2°). Si hasta aquí pareciera que las facultades de los Estados ribereños continúan siendo de gran amplitud en esta materia concreta, las restantes cláusulas convencionales demuestran bien a las claras que sus facultades reguladoras por medio de disposiciones del ordenamiento interno han quedado limitadas fuertemente, en beneficio de normas internacionales, ya sean de carácter convencional o bien actos de organizaciones internacionales. Que lo anterior es así se desprende, en primer lugar, de lo previsto en el artículo 39, 2° y 3° respecto a los buques y aeronaves extranjeras que hagan uso del paso en tránsito, pues en ambos casos las obligaciones de éstos se hallan vinculadas al cumplimiento de los instrumentos jurídicos de las organizaciones internacionales que tienen competencia en la materia, principalmente la O.M.I. (Organización Marítima Internacional, que es la antigua I.M.C.O.) y la O.A.C.I. En segundo término, las facultades y competencias relativas a la prevención, reducción y control de la contaminación a que se refiere el artículo 42, 1°b) deberán llevar a efecto las reglamentaciones internacionales aplicables. En tercer lugar, de conformidad con el artículo 41, 3°, el establecimiento de vías marítimas y dispositivos de separación deben ajustarse a las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas. Por último, el artículo 43 impulsa la cooperación convencional entre los Estados ribereños de estrechos y los Estados usuarios de los mismos en orden al establecimiento y mantenimiento en el estrecho de las ayudas necesarias para la navegación y la seguridad u otras mejoras que faciliten la navegación internacional, y a la prevención de la contaminación. En resumen, desde esta perspectiva funcional de la ordenación de paso, el diagnóstico relativo a las facultades y competencias atribuidas a los ribereños ha de ser igualmente de limitación o restricción de las mismas, por referencia al régimen vigente.

Se ha señalado antes, un tanto de pasada, que el artículo 41 del Convenio de 1982 era favorable a la normativa internacional y a la acción de las organizaciones internacionales para el establecimiento de vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico, en la tensión dialéctica existente entre dicha normativa y los ordenamientos internos de los Estados ribereños. Dicho en otros términos, la nueva solución es contraria, al menos, muy alejada de la que se retuvo en 1958. En efecto, el artículo 41, 4°, afirma que antes de designar o sustituir vías marítimas o dispositivos de separación del tráfico, los Estados ribereños de estrechos someterán propuestas a la organización internacional competente para su adopción. La organización sólo podrá adoptar las vías marítimas y los dispositivos de separación del tráfico convenidos con los Estados ribereños de los es

trechos, después de lo cual éstos podrán designarlos, establecerlos o sustituirlos. Con arreglo a esta cláusula, que parece aplicable a los estrechos cuyas aguas bordean costas de un solo ribereño, el iter lógico para el establecimiento de vías o dispositivos es el siguiente: propuesta por el Estado interesado, - adopción por la organización de acuerdo con éste y, finalmente, establecimiento o sustitución por un acto estatal interno.

Por su parte, el artículo 41, 5° dispone que en un es trecho respecto del cual se propongan vías marítimas o dispositivos de separación del tráfico que atraviesen las aguas de dos o más Estados ribereños del estrecho, los Estados interesados cooperarán para formular propuestas en consulta con la organización internacional competente. Esta última hipótesis que, en principio, resulta de aplicación al estrecho de Gibraltar, requiere la cooperación entre los interesados con el objeto de someter la oportuna propuesta para su adopción por el organismo internacional.

Respecto al primer supuesto, como ha puesto de relieve Scott C. Truver (47), puede darse el caso paradójico de que los Estados ribereños propongan un determinado dispositivo para la separación del tráfico y que la O.M.I se niegue a adoptarlo, sin que la mencionada organización pueda tampoco adoptar sistema alguno sin la previa propuesta de aquellos Estados. Tanto en uno como en otro caso estaríamos en una situación de impasse de difícil solución, con la consecuencia posible de que no se adopte medida de ningún tipo que garantice la seguridad de la navegación marítima en el estrecho, ni ordene el tráfico. En el segundo supuesto, es posible que los Estados interesados, tras las oportunas negociaciones, hayan llegado a un acuerdo de conjunto para someter una propuesta común a la O.M.I., sin que la citada organización la estime adecuada en orden a su adopción; también en este caso llegaríamos a un callejón sin salida, con el consiguiente perjuicio para los intereses de la navegación internacional en la existencia de rutas seguras. Lo anterior es más grave aún si tenemos en cuenta que los submarinos pueden navegar en inmersión, lo que aumenta de forma importante el riesgo. Claro está, continúa apuntando Scott C. Truver, que tampoco existe la posibilidad de establecer dispositivos de separación del tráfico aéreo para las aeronaves que sobrevuelen el estrecho, ya que según el artículo 39, 3°, éstas deberán observar únicamente el reglamento del aire establecido por la Organización de Aviación Civil Internacional, lo cual converge asimismo hacia la existencia de riesgos ciertos en los estrechos principales para la navegación marítima y aérea internacionales. ¿Cabría afirmar, entonces, que en caso de desacuerdo entre los Estados ribereños y la O.M.I para el establecimiento o la sustitución de dispositivos

de separación del tráfico, existe una presunción favorable a la competencia subsidiaria y residual en favor de aquéllos, en su calidad de soberanos de su mar territorial?.

2°.- El segundo aspecto al que hacíamos referencia en páginas anteriores, se refiere a las competencias y facultades de los ribereños para hacer cumplir la normativa interna que regula la ordenación del paso en tránsito. El Convenio de 1958 reconocía la doble competencia del ribereño para impedir todo paso que no fuera inocente o para sancionar el paso que no fuera inocente; pero el Convenio de 1982 nada dice al respecto, aunque deba descartarse una facultad favorable a impedir el paso en tránsito, cuando el ribereño estime que no cumple los requisitos convencionalmente exigidos.

Por lo que se refiere al problema de la sanción, consideramos con J. González Campos que, en una aproximación genérica, la relevancia reconocida a la normativa internacional frente a la legislación interna limita la competencia sancionadora de los ribereños, ya que tal facultad ha de ejercitarse de conformidad con los términos de aquélla. Lo anterior no significa en modo alguno que el ribereño carezca de competencias sancionadoras, pues el artículo 42, 1° permite a los Estados ribereños dictar leyes y reglamentos relativos al paso en tránsito, y, de otra parte, el apartado 4° de este artículo 42 dispone que los buques extranjeros que ejerzan el derecho de paso en tránsito cumplirán dichas leyes y reglamentos. Puede concluirse, por consiguiente, que la facultad reconocida al ribereño para dictar normas de ordenación de paso entraña, correlativamente, el derecho a exigir su cumplimiento y sancionar las eventuales infracciones. Esta conclusión, que se acomoda asimismo con la lógica jurídica más elemental -quien dicta la normativa, sanciona las conductas contrarias-, no queda afectada en absoluto por el hecho de que, en este caso concreto, se trate de legislación dictada por los Estados ribereños para dar ejecución a normas o actos emanados de una organización internacional.

La conclusión expuesta se deduce igualmente de otras cláusulas convencionales.

En primer lugar, el artículo 38, 3°, afirma que toda actividad que no constituya un ejercicio del derecho de paso en tránsito por un estrecho quedará sujeta a las demás disposiciones aplicables de esta Convención. Cabría entender entonces que sólo es paso en tránsito el que se acomoda a los requisitos exigidos en el texto convencional estudiado, por lo que cualquiera otra conducta que excediera del contenido propio de este derecho, quedaría sometida a las reglas propias del mar territorial de -

los Estados, que, con arreglo al artículo 25, 1º, supone la competencia del Estado ribereño para sancionar este tipo de conductas, lo que sugiere de nuevo una competencia residual y subordinada en beneficio del ribereño y soberano, en relación a los aspectos no expresamente regulados en el Convenio de 1982.

En segundo término, el artículo 233 del Convenio establece ciertamente una reserva de la aplicación de las normas de las secciones 5, 6 y 7 de la Parte XIII del mismo -sobre protección y preservación del medio marino- en el caso de los "estrechos utilizados para la navegación internacional". Pero este precepto determina que, no obstante tal reserva, "si un buque extranjero distinto de los mencionados en la sección 10 -buques de Estado- comete una violación de las leyes y reglamentos mencionados en los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 42 que produzca o amenace con producir daños importantes al medio marino de los estrechos, los Estados ribereños de los estrechos podrán tomar las medidas apropiadas de ejecución y, de ser así, respetarán, mutatis mutandis, las disposiciones de esta sección". Entre las medidas de ejecución a que se refiere esta Sección 7 de la Parte XIII figura la inspección del buque en el mar (artículo 226) y la imposición de penas pecuniarias, según el artículo 230, por violación de "leyes y reglamentos nacionales o reglas y normas internacionales", salvo en el caso de un acto intencional y grave de contaminación en el mar territorial, en el que el Estado ribereño puede imponer sanciones de tipo penal. Por lo que se refiere a los "buques de Estado", el artículo 42, 5º, del Convenio precisa que cuando éstos actúen "en forma contraria a dichas leyes y reglamentos" el Estado del pabellón del buque será responsable por cualquier daño o pérdida causada a los Estados ribereños de un estrecho.

2. En cuanto a las obligaciones particulares de los Estados ribereños de estrechos principales, el artículo 44, al referirse a los "Deberes de los Estados" menciona tres aspectos generales: primero, la obligación de no obstaculizar el paso en tránsito; segundo, el deber de "dar a conocer de manera apropiada cualquier peligro que, según su conocimiento, amenace a la navegación en el estrecho o al sobrevuelo del estrecho"; por último, la obligación de no proceder a "suspensión alguna del paso en tránsito".

2.- LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS TERCEROS ESTADOS CUYOS BUQUES Y AERONAVES HACEN USO DE LOS ESTRECHOS UTILIZADOS PARA LA NAVEGACION INTERNACIONAL.

Si antes se han examinado los derechos y obligaciones de los países ribereños de estrechos, corresponde a conti-

nuación analizar los derechos y las obligaciones de los terceros Estados cuyos buques y aeronaves (estas últimas en el marco convencional de 1982) hagan uso de los estrechos utilizados para la navegación internacional. Este complejo sistema obligacional se infiere en buena medida y a sensu contrario de las facultades que acaban de ser expuestas.

En el Convenio de Ginebra de 1958, al derecho genérico de los terceros Estados a que sus buques ejerciten el derecho de paso inocente a través de las vías indicadas, en las condiciones y con los requisitos estudiados anteriormente, se contraponen la obligación correlativa de que dichos buques respeten es-
crupulosamente la inocencia del paso.

Respecto al derecho de paso en tránsito por los estrechos en el Convenio de 1982, el régimen de paso inocente por los estrechos de importancia secundaria no ha sufrido cambios sustantivos o determinantes por referencia al sistema vigente. Al derecho de los terceros Estados a que sus buques y aeronaves ejerciten el derecho de paso en tránsito en la forma prevista por las disposiciones convencionales, se contraponen, otra vez, la obligación correlativa de que sus buques y aeronaves respeten dichas disposiciones, así como las leyes y reglamentos de los ríberes dictados para la ordenación del paso.

Ahora bien, existen tres aspectos concretos que suponen limitaciones y obligaciones específicas para los buques o aeronaves de terceros Estados que ejerzan el derecho de paso en tránsito por un estrecho internacional principal.

1°.- En primer lugar, el artículo 39, 2° dispone que durante el paso los buques cumplirán, de un lado, los "reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales de seguridad en el mar generalmente aceptados, incluido el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes" y, de otro, los "reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales generalmente aceptados para la prevención, reducción y control de la contaminación causada por buques".

2°.- El segundo aspecto, contemplado en el artículo 39, 3°, afecta al paso en tránsito de las aeronaves, las cuales observarán el Reglamento del Aire establecido por la Organización de Aviación Civil Internacional aplicable a las "aeronaves civiles", en tanto que "las aeronaves de Estado cumplirán normalmente (48) tales medidas de seguridad y en todo momento operarán teniendo debidamente en cuenta la seguridad de la navegación"; tanto uno como otro tipo de aeronaves "mantendrán sintonizada en todo momento la radiofrecuencia asignada por la autoridad compe-

tente de control del tráfico asignada internacionalmente, o la correspondiente radiofrecuencia de socorro internacional".

Es de destacar que en cualquiera de los dos aspectos que acabamos de mencionar, las obligaciones de los buques y aeronaves mencionados y, por consiguiente, de los respectivos Estados del pabellón o de registro o matrícula de la aeronave no se plantean por referencia o con relación al Estado o Estados ribereños, sino respecto a una organización internacional, como la O.M.I. o la O.A.C.I. Esta situación, rigurosamente desconocida en el Derecho del Mar clásico o actual, prueba hasta qué punto han sido tenidos en cuenta intereses ajenos a los propios de los países ribereños en la futura regulación de los estrechos.

3º.- Por fin, el tercer aspecto se refiere a la prohibición para todo tipo de buques extranjeros, incluidos los buques destinados a la investigación científica marina y a levantamientos hidrográficos, de realizar durante su paso en tránsito "ninguna actividad de investigación o levantamiento sin la autorización previa de los Estados ribereños de esos estrechos" (artículo 40).

En resumen, el Convenio de 1982 huye de cualquier catálogo detallado que contenga obligaciones o deberes de los buques o aeronaves extranjeras durante el paso en tránsito por un estrecho internacional principal, pues las cláusulas existentes son deliberadamente fugitivas y, en ciertos casos, incluyen obligaciones respecto a organizaciones internacionales, obviando por completo a los países ribereños. Y en este sentido conviene advertir que los reglamentos internacionales sobre seguridad en el mar y en el aire, a que se refieren los párrafos 2º y 3º del artículo 39, quedan fuera del contenido que puede ser objeto de reglamentación por el Estado ribereño, de conformidad con lo previsto en el artículo 42. Lo cual significa, dicho en otros términos, que cuando un buque o una aeronave incumplen esta clase de normativa internacional, poniendo en grave riesgo la seguridad de la navegación marítima o aérea sobre el estrecho e, incluso, causando daño a buques o aeronaves de otros países o del mismo ribereño del estrecho, las consecuencias jurídicas desbordan a este último y deben sustanciarse en el ámbito multilateral particular de la organización internacional competente. A nuestro juicio, la técnica prevista en el Convenio de 1982 perjudica notoriamente los intereses legítimos de los Estados ribereños en su mar territorial, constituyendo un peligro potencial para la seguridad de la navegación internacional, en especial cuando se trate de submarinos que navegan en inmersión o de aeronaves de guerra extranjeros, pues, en ambos casos, sus obligaciones son

inexistentes en la práctica; pero aún lo es más cualquier posibilidad de controlar la aplicación o inaplicación de la normativa internacional existente.

En contrapartida, de entrar en vigor el citado texto convencional, se produciría de inmediato un aumento correlativo de las obligaciones de los Estados ribereños. La más importante sería la obligación de permitir un paso en tránsito por su mar territorial -ciertamente caracterizado por ser un estrecho principal- de aeronaves, buques en superficie y buques en inmersión, obteniendo a cambio sobre los mismos un control formalmente débil y materialmente nulo.

Esto es, si en el Convenio de 1958, en la contradicción fundamental de intereses existentes en los estrechos utilizados para la navegación internacional, primaba, como aspecto dominante de la misma, la soberanía del ribereño sobre la libertad de navegación de buques extranjeros, en el futuro pasaremos a la situación inversa. El aspecto que va a dominar la contradicción será la libertad, en detrimento de la soberanía de los ribereños de estrechos principales. Este resultado encierra una paradoja evidente respecto a la evolución del Derecho del Mar contenida en otras partes del Convenio de 1982, pues en materia de aprovechamiento de los recursos naturales del medio marino, el establecimiento de zonas económicas exclusivas de 200 millas de anchura constituye una manifestación fehaciente de que en este caso ha primado la soberanía de los ribereños sobre la libertad del mar. La razón es sencilla: en los estrechos principales, los intereses estratégicos prevalecen sobre cualquier otra consideración.

3.- EXAMEN DE LA CUESTION EN EL ESTRECHO DE GIBRALTAR

Si aplicamos los resultados del análisis anterior al examen de la cuestión en el Estrecho de Gibraltar, la conclusión más obvia es que las competencias generales en materia de ordenación de la navegación reconocidas en el régimen internacional actualmente en vigor, satisfacen más eficazmente, a nuestro juicio, los intereses nacionales de Marruecos y de España. Desde el punto de vista de la ordenación del paso inocente, incluyendo el establecimiento o sustitución de dispositivos de separación del tráfico, compete por entero al ordenamiento interno de ambos países determinar las leyes y reglamentos aplicables a la navegación marítima. Si nos situamos en la perspectiva de la sanción de conductas de buques extranjeros que contravengan la reglamen-

tación interna de los ribereños, corresponde por entero a éstos tomar las medidas que estimen adecuadas, exceptuando las inmunidades reconocidas a ciertos buques. Este amplio abanico de competencias resulta coherente con la obligación general de los países ribereños de garantizar la seguridad de la navegación internacional marítima.

Por el contrario, si el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 llegara a entrar en vigor, sus disposiciones generarían efectos negativos para Marruecos y España, dado que, desde una perspectiva global, se produciría una restricción cuantitativa y cualitativamente importante de las respectivas facultades y competencias en orden a la ordenación del paso por el estrecho. En primer lugar, como se ha iniciado anteriormente, la facultad de regular el paso en tránsito por medio de leyes y reglamentos de sus ordenamientos internos, sufriría una doble reducción: desde el punto de vista ratione materiae, tan sólo podrían extenderse a los aspectos previstos de manera expresa en el artículo 42, 1º; por lo que respecta al tipo de buques a los que dicha legislación fuera aplicable, quedarían excluidos los "buques de características especiales" y los buques de guerra, comprendidos los submarinos.

Como cuestión vinculada a la anterior, pero que presenta rasgos específicos, es la que se refiere a la designación de las vías marítimas y al establecimiento de dispositivos de separación del tráfico por parte de los dos Estados ribereños del Estrecho de Gibraltar. En las páginas anteriores hemos intentado poner de manifiesto que, mientras que en el régimen jurídico vigente dicha facultad reposa por entero en los ribereños, el mecanismo previsto en el artículo 41, en especial en sus párrafos 4º y 5º, reduce tales facultades a la mera propuesta a la O.M.I., debiendo esta organización adoptarlos formalmente para que, en un momento posterior, el Estado marroquí y el Estado español puedan formalmente designarlos, establecerlos o sustituirlos. Se hurtarían, por tanto, las competencias directas de los ribereños, añadiendo la dificultad adicional -que, en cuanto hipótesis de trabajo, es perfectamente lícita- de llegar a una situación caótica y perjudicial para la ordenación y la seguridad del paso a través del estrecho, cuando las propuestas de los ribereños no fueran aceptadas por la O.M.I.. El texto convencional de 1982 no ofrece respuestas válidas para superar una situación de crisis como la descrita, a menos que estimáramos que existe una competencia residual e implícita en beneficio de los soberanos territoriales para regular directamente el tema a falta de acuerdo, al menos de manera provisional y transitoria.

La existencia de una normativa internacional, adoptada en el seno de una organización cuasi-universal, podría relegar a un segundo término los intereses y puntos de vista de los Estados cuyas costas son bañadas por el estrecho.

Por si lo anterior no resultara suficientemente ilustrativo, los párrafos 2º y 3º del artículo 39 arrojan otros puntos de sombra respecto a la posición de España y de Marruecos de cara al estrecho. En efecto, si los buques deben cumplir en su paso en tránsito la normativa internacional relativa a la seguridad en el mar y a la prevención y control de la contaminación, y si la misma normativa es aplicable a las aeronaves durante su paso en tránsito por el Estrecho de Gibraltar, llegaremos una vez más a la conclusión de que las facultades de los ribereños han quedado vacías de contenido real en materias de tanta importancia como las aludidas. En este punto debe constatarse que el paso en tránsito de aeronaves queda al margen, por completo, de la acción de control y ordenación del sobrevuelo por parte de los Estados soberanos del estrecho, lo que sin duda puede originar situaciones de conflicto y de peligro para los pasillos aéreos sobre el mismo, vedados a toda actividad ordenadora o controladora por parte marroquí y española.

Si pasamos al plano de las facultades sancionadoras, cabe deducir de las cláusulas mismas del Convenio de 1982 que éstas se reducirían a la contravenciones por buques extranjeros de las leyes y reglamentos dictados por España y por Marruecos en el estricto ámbito competencial a que se refiere el artículo 42, 1º lo que a todas luces resulta insatisfactorio desde el punto de vista de las garantías de los citados países ribereños. Dichas facultades de sanción afectarían a las infracciones de la reglamentación adoptada por la O.M.I., ya que, como hemos advertido al tratar este tema, su ejecución correspondería a los ribereños por medio de actos de su derecho interno.

En términos puramente materiales, el tránsito del régimen en vigor hacia el Convenio de 1982 produciría, previsiblemente, los siguientes efectos respecto al Estrecho: primero, aumento de la intensidad de la navegación marítima por el Estrecho de Gibraltar, en especial de buques de guerra extranjeros, sometidos a un control débil o nulo por parte de los ribereños; segundo, inauguración del libre sobrevuelo de aeronaves extranjeras en estas aguas, con circulación intensa de aeronaves de guerra, quedando sometidas todas ellas a reglamentos internacionales; tercero, ausencia de controles especiales para garantizar la seguridad de la navegación sobre los buques de características especiales" y sobre los submarinos en inmersión; cuarto, posibles conflictos de Marruecos y España con la O.M.I. para de-

signar vías marítimas y establecer dispositivos de separación del tráfico, con el consiguiente peligro para la navegación de buques.

En definitiva, consideramos que los argumentos y problemas expuestos reúnen la solvencia suficiente como para ratificar nuestro juicio negativo en relación al Convenio de 1982 para España y Marruecos.

V. CONCLUSION

La conclusión final que se obtiene del precedente - análisis es que la Convención de 1982 ha transformado de modo sustancial el régimen de los estrechos utilizados para la navegación internacional. En los estrechos de mayor importancia estratégica se ha sustituido el régimen de paso inocente por el régimen nuevo de paso en tránsito.

La valoración que cabe realizar de este derecho de paso en tránsito es totalmente negativa, desde la perspectiva de la seguridad de los Estados con estrechos en sus costas, por que dar estos espacios abiertos por completo a la libre navegación marítima y aérea, aspecto este último desconocido en el Derecho Internacional. El cambio es, pues, radical, y constituye una manifestación fiel de las aspiraciones mostradas por las Superpotencias y por los países con poder militar más sólido a lo largo de los trabajos de la IIIª Conferencia de las N.U. En efecto, se da la paradoja de que el futuro régimen de la navegación por los estrechos internacionales es más favorable a los buques extranjeros que el paso por el mar territorial de un Estado, a pesar de la importancia de estos espacios para la seguridad de los ribereños. Basta pensar, en este sentido, las consecuencias que tiene para España la libre navegación a través del estrecho de Gibraltar de buques y aeronaves de guerra extrañas, en un sector estratégicamente clave para nuestra defensa nacional. Esta valoración sería enteramente positiva desde la perspectiva de las grandes potencias militares, con intereses expansionistas y de control sobre las pequeñas y medianas potencias. Pero ha sido un tributo necesario para lograr el consenso respecto a otros espacios marinos ansiados por estas últimas, pues constituía un componente esencial de lo que se ha denominado el "package deal" o "negociación global" del ordenamiento del mar.

Claro que, -como dice PASTOR RIDRUEJO- (49) no estamos aquí ante una de las materias en que la Convención sea el reflejo del Derecho Internacional Consuetudinario que rige en la actualidad. Por alto que pueda ser el número de Estados que la ratifiquen o se adhieren a ella, no parece que el régimen de paso en tránsito sea oponible a los Estados ribereños de los estrechos que no lleguen a ser partes en la Convención.

Es oportuno traer a colación aquí el principio sentado por el Tribunal de La Haya al tratar de la posibilidad de que una regla convencional pueda transformarse en norma consuetudinaria de Derecho Internacional General; el Tribunal dijo a este respecto que no basta una participación muy amplia y representativa en la Convención; requirió además que tal participación comprendiese a los Estados particularmente interesados. Y los Estados ribereños de los estrechos son, sin duda, Estados que entran en esta categoría. Hay que tener en cuenta además que, aún en la hipótesis de que el nuevo régimen tradujese el Derecho consuetudinario general -una costumbre nacida en el seno de la Conferencia- semejante normativa no obligaría a los Estados que se hayan opuesto a ella en el período de su formación.

Por lo que respecta a España hay que decir, finalmente, que a lo largo de la Conferencia e incluso una vez adoptada la Convención no ha dejado de expresar en actas sus reservas sobre la nueva regulación del paso en tránsito (50) y que incluso en lo que atañe a un aspecto crucial del régimen del sobrevuelo -presentó una enmienda formal que obtuvo 21 votos a favor, 60 abstenciones y 55 en contra. Es indudable que la regla establecida al respecto por el artículo 39-3-a de la Convención no enuncia la "opinio generalis" de la Comunidad Internacional. En tanto que España no sea parte en la Convención, le es inoponible desde el punto de vista jurídico el régimen de paso en tránsito.

NOTAS

- (1) GONZALEZ CAMPOS, Julio: Navegación por el mar territorial, incluidos los estrechos. La actual revisión del Derecho del mar. Una perspectiva española. Instituto de Estudios Políticos. Centro de Documentación. Madrid 1974 pag. 285 y sigtes.
- (2) Sobre la influencia de los estrechos en la estrategia marítimo-naval, puede verse: GOLMAYO CIFUENTES, E: Los factores estratégicos en el proceso de revisión del Derecho del Mar, en la obra "La actual revisión del Derecho del Mar, pág.133 y sigs.
- (3) Según se expresa en el "Aide-Memoire" de la Embajada de los Estados Unidos de América en Montevideo, dirigido a la Cancillería de la R.O. del Uruguay, de 24 de Octubre de 1969, "a mediados de 1967, la Unión Soviética se dirigió a los Estados Unidos y a un gran número de otros países para solicitar puntos de vista sobre la posibilidad de una nueva Conferencia internacional sobre el Derecho del Mar que lograra un amplio acuerdo de un límite de 12 millas para el mar territorial y la zona exclusiva de pesca. Estados Unidos respondió en aquel entonces que su posición estaría influenciada por el hecho de que la Unión Soviética y otros países estuvieran dispuestos a apoyar disposiciones que ofrecieran el paso libre a través y por encima de estrechos internacionales..." (La América Latina y la extensión del mar territorial. Régimen jurídico. Montevideo. 1971 pag. 70-75).
- (4) Sobre la importancia de los estrechos para la navegación internacional, vide: CERVERA PERY, José: El Estrecho de Gibraltar y los aspectos esenciales de su estatuto jurídico. Revista General de Marina. Mayo 1983. pag. 731.

- (5) En sus dos obras fundamentales, *The influence of sea power upon history (1660-1783)*, London, 1889, 8th ed., y *The influence of sea power upon the French Revolution and Empire (1793-1812)*, 2 vols, London, 1893, 2nd ed., continuación de la anterior, y donde -en conjunto- se desarrolla la tesis del predominio del poder marítimo sobre el continental a -- partir del ejemplo británico.
- (6) Cf. GARCIA ARIAS, L., *Historia del principio de la libertad de los mares*, Santiago de Compostela 1946, p. 186. Y por la doctrina inglesa, la obra clásica de FULTON, T. W. *The sovereignty of the sea*, Edimburgh and London, 1911, pp. 9-10.
- (7) En efecto, en lo que se refiere a los estrechos internacionales Estados Unidos ha definido absolutamente -y no en términos comparativos- sus intereses disuasorios estratégicos, que se basan en el paso en inmersión de sus submarinos nucleares a fin de impedir o dificultar su detección en los estrechos ya que el valor fundamental de estos sumergibles radica precisamente en su movilidad e imposible localización en el actual estado de la tecnología militar. La Unión Soviética, también con una importante flota de disuasión estratégica y otra de submarinos convencionales con la misión de - anular la fuerza de portaaviones y -en lo posible- la de -- submarinos nucleares norteamericanos, sufre una posición geográfica que obliga a su flota en la mayoría de los casos a pasar por estrechos para alcanzar el alta mar, lo que la sitúa en clara desventaja respecto de Estados Unidos ya que un régimen de paso inocente en los estrechos tendría -a su entender- consecuencias gravísimas para su fuerza submarina nuclear y convencional.

La apreciable fuerza de disuasión estratégica de Francia, - unida a su presencia colonial en el Caribe, Indico y Pacífico así como a los compromisos militares asumidos en África con gobiernos dependientes de la exmetrópoli, explica su - alineación con el resto de las Potencias Marítimas en la defensa de las libertades del alta mar y del paso sin restricciones por los estrechos. En cuanto al Reino Unido, su tradición naval, la defensa de los intereses de la Alianza Atlántica y de Estados Unidos, así como sus intereses económicos implicados en el comercio y tráfico marítimo mundiales para los que sería perjudicial un régimen de paso inocente por los estrechos con imposiciones -ad exemplum- en la construcción y equipamiento de los barcos por razones de seguridad y prevención de la contaminación, explican suficientemente su defensa de la libertad del alta mar aunque - sus intereses pesqueros, petrolíferos y anticontaminantes - como Estado ribereño le obligan a desear un acuerdo o compromiso de conjunto razonable.

- (8) Esta perspectiva explicaría mejor la actitud radical de Estados Unidos sobre el libre tránsito por los estrechos a pesar de ciertas evidencias, como la presumible mejora de la tecnología militar para detectar a los sumergibles aún en inmersión a su paso por los estrechos, el continuo aumento del radio de acción de los cohetes atómicos que desplazan estos sumergibles, que alcanzan las cuatro mil quinientas millas anulando paulatinamente el interés de la gran mayoría de estrechos internacionales, la propia inoperancia de la localización exacta del sumergible dado su sistema automático e inmediato de ataque y dirección de los cohetes, y en fin la evidencia de la mayor desventaja relativa de la Unión Soviética por su casi completa dependencia de los estrechos para acceder a los océanos. El interés en el libre tránsito por los estrechos no puede, pues, explicarse recurriendo exclusivamente a los intereses estratégicos contenidos en la contradicción por la hegemonía entre las propias Grandes Potencias.
- (9) GONZALEZ CAMPOS, J.: Opus cit; pags. 299 a 320.
- (10) Véase Erik Bruel: International Straits. A Treatise on international Law, vol. I, Copenhagen, 1947 (págs. 18 y ss.).
- (11) Sobre aguas archipiélagicas, vide: PUEYO LOSA J. El archipiélago oceánico. Madrid 1981.
- (12) T.I.J., Recueil des Arrêts, 1949 (págs. 28-9).
- (13) Vide BAXTER, R.R: The Law of International Waterways (with particular regard to Interoceanics Canals), Cambridge, 1964, pags 8-9 y 164 y LAPIDOTH, R.; Les detroits en Droit International, Paris 1972, pags. 26-27.
- (14) Este carácter marcadamente evolutivo del concepto llevaría a BRUEL a afirmar en 1940 que la importancia secundaria para el tráfico comercial de ciertos estrechos del sudeste asiático (caso de los de Makassar y Balabac, entre otros) - hacía dudosa entonces la aplicación de la noción de estrecho internacional a los mismos (opus cit. vol. I, pags 42-44).
- (15) Baste recordar a este respecto la propia opinión de la doctrina anglosajona más autorizada en este siglo: vid. HALL, W.E., A treatise on International Law, 8th ed., Oxford, - 1924, pag. 198
- (16) Esta posición sería mantenida por España (señor Ruiz Morales), en la 60ª sesión de la Subcomisión II, el 4 de abril de 1973, véase doc. A/AC. 138/SC. II/SR.60.

- (17) En la fase preparatoria de la Conferencia, todavía los esta dos estrecharios, en especial España y Marruecos por una par te, y Malasia e Indonesia de otra, propugnaron que prevaleciera en sus estrechos las regulaciones más restrictivas del paso inocente.

En la sesión de Ginebra de 1975, los Estados Unidos obtuvieron apoyo creciente a su posición, que era la de afirmar la necesidad de garantizar el tránsito a todos los buques y -- aviones en los estrechos utilizados para la navegación inter nacional, mientras China Popular defendía el principio de -- que un estrecho en los límites de las aguas territoriales, prescindiendo de su empleo para la navegación internacional, constituye parte inseparable del mar territorial del Estado litoral de dicho estrecho.

La resistencia inicial de los Estados ribereños de los Es-- trechos fue debilitándose gradualmente en los sucesivos pe-- ríodos de sesiones frente a la fuerte presión de las Super-- potencias y grandes Potencias y ante la neutralidad o pasi-- vidad de la inmensa mayoría del Grupo de los 77, y realmen-- te fue sólo España la que mostró su disconformidad hasta el último momento respecto a alguna de las disposiciones del -- nuevo régimen

- (18) Sobre los estrechos sometidos a regímenes especiales, puede verse: LANGAVANT, E. Droit de la mer Vol. II. Editions Cu-- jas 1981. pág. 167.
- (19) Ruth Lapidoth: Les detroits en le Droit International. Galli-- mard. Paris, 1977.
- (20) Según el artículo 7 de la Declaración Franco-Británica (cu-- yo texto sería reproducido en los otros dos convenios), -- "con el fin de asegurar el libre tránsito del Estrecho de -- Gibraltar, ambos gobiernos convienen no permitir que se le-- vantén fortificaciones u obras estratégicas cualesquiera en la parte de la costa marroquí comprendida entre Melilla y -- las alturas que dominan la orilla derecha del Sebú". Natu-- ralmente, las delegaciones de Marruecos y España en la Comi-- sión de Fondos Marinos (antecedente inmediato de la Confe-- rencia del Mar) expresarían sus firmes protestas por estas alegaciones de Gran Bretaña.
- (21) Como afirma Truver (4), la política fundamental de España -- sobre el paso a través de los estrechos internacionales no ha cambiado durante más de doscientos años, pues ha manteni-- do que los buques extranjeros gozan tan sólo de un derecho de paso -- inocente no suspendible a través del Estrecho de Gibraltar (Scott C. -- Truver: The Strait of Gibraltar and the Mediterranean. La Haya, 1980).

- (22) VATTEL: El Derecho de Gentes o Principios de la Ley natural aplicado a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos. Madrid, 1820, vol.I, trad. de D. Manuel Pascual Hernández (pags.363 y ss). Libro I, Cap. XIII, Sec. CCXCI.
- (23) GONZALEZ CAMPOS, opus cit. pag. 325.
- (24) Sobre el régimen jurídico de la navegación aérea por los estrechos internacionales puede verse mi obra "La neutralidad en la guerra aérea: derechos y deberes de beligerantes y neutrales". Madrid 1982, pags. 78 a 82.
- (25) La doctrina es unánime al respecto: vide, BROWNLIE, J., Principles of Public International Law, 3rd ed., Oxford, 1979, pag. 121; DIEZ DE VELASCO, M., Instituciones de Derecho Internacional Público, 2 vols., Madrid, vol. I (5a ed, 1980), pags. 275-276; FAVRE, A., Principes de Droit des Gens, Fribourg, 1974, pags. 578-580; SORENSEN, Manual de Derecho Internacional Público, trad. a cargo de la "Dotación Carnegie" con revisión y adiciones a la ed. en español de Bernardo Sepúlveda, México, 1974, pags. 341-343; y VERDROSS, A., Derecho Internacional Público, trad. de la 5a ed. alemana por A. Truyol Serra con la colaboración de M. Medina Ortega, Madrid, 1976, pag. 259.
- (26) En la propuesta de la Unión Soviética, documento A/AC-138/SC.II/L.7, art. segundo.
- (27) Italia, en doc. A/AC.138/SC.II/L.30. Corr. 1, Apartado B).
- (28) Actes de la Conference, 1930, vol. III (pág. 216).
- (29) Anuario de la C.D.I., 1956-II (pág: 269).
- (30) Véase Conferencia, 1958. Documentos Oficiales, vol.III, 37a sesión de la Comisión I, párrafos 28-36 (pág. 112).
- (31) ACCIOLY: Traité de droit international public., t.III, 1942 pag. 117; FIORE: Tratado de derecho internacional público, 1883,t. II, pags 28 y sgtes; HALL: International Law, 1917 pag. 163; JESSUP: The Law of territorial waters and maritime jurisdiction, 1927, pag. 120; SANCHEZ DE BUSTAMANTE: El Mar Territorial, 1930, pags 222-223; SCHWARZENBERGER: International Law as applied by International Courts and Tribunals, 1949 (2a ed.), pag. 152, y 1957 (3a ed.), pag. 197; WHEATON H.: Eléments du droit international, 1848, t. I, pag. 172 y 180.

- (32) BALDONI: "Les navires de guerre dans les eaux territoriale étrangères", R. des C., 1938, III, t. 65, pags. 223-224 - (pags. 185-303); en este mismo sentido y del mismo autor: Il mare territoriale nel Diritto internazionale commune,-- 1934, pag. 93.
- (33) FAUCHILLE (Traité de droit international public, 1925, t.I. 2a parte, pag. 1006) y SCHELLE (Cours de droit international public, 1948, p. 43) afirmarían la existencia de ese derecho. Sobre las diversas opiniones de los autores a este respecto ver BRUELS: International Straits, 1947, pp 54-69 y "Les Détroits danois au point de vue de Droit International", - R. des C. 1936, vol. I, t, 55, pags. 634-637 (pags. 595-696)
- (34) La respuesta de la mayor parte de los Gobiernos en el sentido de no venir aplicando ningún tipo de restricciones al tránsito de los buques de guerra por su mar territorial, - no significaría el reconocimiento de un derecho de paso incente, sino exclusivamente la constatación de que el paso de los buques de guerra no resultaba obstaculizado en la práctica por los Estados Vid. en este sentido BRUEL: International Straits, cit., 1947, pag. 230; BALDONI: "Les navires de guerra dans..", cit., pags 224-225.
- (35) BALDONI: "Les navires de guerre dans...", cit, p. 225 Vid. a este respecto las intervenciones de Estados Unidos, Rumanía, España y Gran Bretaña, entre otros, en Actes de la -- Conférence pour la Codification du Droit International (1930) vol.III (Eaux Territoriales), Genève, 1930, pp. 58-66 Cfr. sobre la labor de la Conferencia de Codificación de La Haya, GONZALEZ CAMPOS: Op. cit., pp. 369-370.
- (36) Corfu Channel Case, Judgment of april 1949, I.C.J., Reports, 1949, pag.28: "it is...generally recognized and in accordance with international custom that states in time of peace have a right to send their war ships through straits used for international navigation between two parts of the high seas without the previous authorization of a coastal state, provided that the passage is innocent. Unless otherwise prescribed in a international - convention, there is no right for a coastal state to prohibit such passage through straits in time of peace".
- (37) Ver en general sobre el desarrollo de la Conferencia de Ginebra, en este aspecto, DEVRIES REILINGH, O.G.: "Warships in territorial waters, their right of innocent passage", - Netherlands Yearbook of International Law, vol. II, 1971, pags 50 y ss. WAYNE KAYE, L.: "The Innocent passage of war

ships in foreign territorial seas: A threatened freedom", San Diego Law Review, vol. 15, número 3, 1978, pags. 576-577, pags. 573-602.

(38) GONZALEZ CAMPOS. opus cit. pag. 381.

(39) La Orden 25/1985, de 23 de abril, aprueba las normas para las escalas de buques de guerra extranjeros en puertos o fondeaderos españoles y su paso por el mar territorial español. (D.O.E. Núm. 115, de 14-5-85).

(40) PASTOR RIDRUEJO. J.A.: Lecciones de Derecho Internacional Público II, Madrid 1985, pag. 402-403.

(41) El Memorandum acerca de las posiciones españolas sobre el Derecho del Mar, presentada en Nueva York, en marzo de 1972, ante la Comisión ampliada de Fondos Marinos, dentro de los trabajos preparatorios de la III Conferencia del Derecho del Mar, decía a propósito de los estrechos internacionales: "La posición española defiende la necesidad de mantener el régimen de paso inocente, secular en el Derecho del Mar, y codificado en el Convenio de Mar Territorial y Zonas Contiguas, de Ginebra, en 1958, al que España se ha adherido.

Entiende el Gobierno español que el régimen de paso inocente garantiza la navegación pacífica de todos los países -- por los estrechos internacionales comprendidos en el mar territorial de uno o varios países, asegurando al mismo -- tiempo al Estado ribereño contra los peligros de la navegación no inocente que puede amenazar a su comunidad nacional. Defiende, por ello, que este régimen establece el justo -- equilibrio entre los intereses y seguridad de los países ribereños y los de terceros Estados en la utilización pacífica de los estrechos internacionales y que, por esta razón debe ser mantenido.

Las propuestas que piden una absoluta libertad de navegación y de sobrevuelo por o sobre los estrechos que forman parte del mar territorial de uno o varios Estados responden a unos móviles esencialmente políticos o estratégicos al servicio de unos pocos Estados y que impondrían una gravísima servidumbre a los ribereños, sin ser necesario para la comunidad internacional en su conjunto. A largo plazo serían susceptibles de crear situaciones y conflictos de suma gravedad en ciertas áreas, constituyendo además un grave precedente de atentado a la soberanía de los Estados.

Al consagrarse en un futuro Convenio internacional esa absoluta libertad de paso y sobrevuelo, las grandes potencias obtendrían:

- a) La desaparición de toda posibilidad de control por parte de los Estados ribereños respecto al paso de los buques de guerra de otros países que, por muy cercano que se mantuviese a la costa, sería asimilado al que rige en alta mar.
- b) El logro de un derecho hoy inexistente, cual es el libre sobrevuelo de aeronaves militares sobre el mar territorial que forma parte de un estrecho.
- c) El tránsito en inmersión de submarinos, prohibido por el vigente Derecho internacional.

Estas libertades supondrían gravísimos riesgos para los Estados ribereños, como los que sin carácter exhaustivo se enumeran a continuación:

- Peligros para su seguridad nacional
- Peligros para la navegación pacífica y aérea de los ribereños.
- Peligros de contaminación marina, ya que el Estado ribereño se encontraría totalmente inerte para declarar como paso no inocente el de un buque que tanto por su carga como por su defectuosa condición marinera supusiera un grave riesgo de contaminación, tanto más sería cuanto que los principales estrechos son paso obligado de los grandes buques petroleros.

(La actual revisión del Derecho del Mar. II. Textos y Documentos. Instituto de Estudios Políticos. Centro de Documentación. Madrid 1975. pag. 376.

- (42) Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Documentos oficiales, volm. I, Nueva York, 1975. págs. 192 y sigs.
Sobre el segundo periodo de sesiones de la Conferencia y en relación con los estrechos, vide: Los Estados Unidos de América, la navegación por los estrechos y la III Conferencia sobre Derecho del Mar, de J.L. MESEGUER SANCHEZ; Revista General de Marina, 1975, pag. 151.
- (43) Doc. C. 2/Informal Meeting/4, de 26 de abril de 1978.
- (44) GONZALEZ CAMPOS, opus cit., pag. 354-356.
- (45) JIMENEZ PIERNAS, Carlos B: El proceso de formación del Derecho Internacional de los archipiélagos. Tesis doctoral. Editorial de la Universidad Complutense de Madrid. 1982. - pag. 833 y sigs.

- (46) Sobre las diez de la mañana del día 9 de abril de 1981, el carguero japonés Missho Maru, de dos mil trescientas cincuenta toneladas, que había salido del puerto japonés de Kobe con destino a Shanghai, protagonizó el último accidente en que ha participado hasta la fecha un submarino nuclear al ser abordado por un sumergible desconocido en la zona este del Mar de la China, a unos setenta kilómetros al sureste de la isla japonesa de Shimo Koshiki, hundiéndose en quince minutos y desapareciendo dos de sus quince tripulantes. Al parecer, el submarino navegaba en superficie o maniobraba en ese momento para hacerlo, y tras el accidente se sumergió ignorando a los supervivientes. Hasta las diez de la noche del día 10, día y medio después del accidente, la Embajada norteamericana en Tokyo no informaba de que se trataba del submarino norteamericano de la clase "Polaris" -- George Washington, justificando este retraso por el deseo de conocer bien las circunstancias del accidente, lo que no evitó el lógico sentimiento de irritación en la opinión pública japonesa, conocedora de que el Mar de la China es una zona tradicionalmente infectada de submarinos a causa de su proximidad a la gran base soviética de Vladivostok y unirla con Vietnam y el Océano Indico, y donde ha habido ya cuatro accidentes desde 1975 según informaba el Ministerio de Defensa japonés. En agosto de 1976 fue un abordaje entre un submarino nuclear norteamericano y un pesquero nipón, en -- otoño de ese mismo año se produjo otro abordaje entre un submarino nuclear soviético y otro pesquero también japonés, y en agosto de 1980 se desataba un grave incendio en un submarino nuclear soviético que navegaba en aguas de Okinawa -- en el que murieron nueve marineros de su dotación.-- Dado -- que estos accidentes han acaecido en alta mar, cabe lícitamente preguntarse si no es prudente controlar y ordenar el paso de estos sumergibles en aguas poco profundas y muy concurridas como suelen ser las aguas territoriales y las de los estrechos.
- (47) The Strait of Gibraltar and the Mediterranean. Alphen aan den Rijn, 1980, pp. 203 y 204.
- (48) Esta disposición sobre las aeronaves de Estado merece un -- breve comentario, pues, a juicio de PASTOR RIDRUEJO, es particularmente lesiva para la seguridad del Estado ribereño -- del estrecho. Efectivamente, según el art. 3b) del Convenio de Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago el día 7 de diciembre de 1944, "se considerarán aeronaves de Estado las que se usen para servicios militares, aduaneros o policiales". Resultaría por ello que los aviones militares de un tercer Estado que sobrevuelen un estrecho en el ejercicio

del derecho de paso en tránsito, sólo "normalmente" estarían obligados a cumplir las medidas de seguridad establecidas por el Reglamento del Aire. Pero, ¿quién califica si la situación es normal o no? ¿Por qué razón en situaciones excepcionales no deben cumplir las aeronaves militares con los requisitos de seguridad establecidos por el Reglamento del Aire incluyendo el requisito de identificación? ¿No se está perjudicando con ello la seguridad de la navegación aérea en zonas de gran densidad de tráfico, como son los estrechos utilizados para la navegación internacional? ¿No se están poniendo limitaciones excesivas a la soberanía y a las exigencias de defensa del Estado ribereño del estrecho en cuyo territorio podrían penetrar sorpresivamente aeronaves de guerra extranjeras? Consideraciones de este tipo es tán en la base de la resistencia de la delegación de España a la aceptación global del régimen de paso en tránsito y de la presentación de la enmienda formal que, en las postrimerias de la Conferencia, la delegación española presentó tendente a la eliminación del adverbio "normalmente" en el inciso a) del párrafo 3º del art. 39. Sometida a votación fue rechazada por 55 votos en contra, 21 a favor y 60 abstenciones. La enmienda no pasó, por tanto, al texto de la Convención (sesión plenaria de la Conferencia de 26 de abril de 1982; Doc. A/CONF, 62/SR,176) (PASTOR RIDRUEJO.J.A. Lecciones de Derecho Internacional Público pag. 401).

- (49) PASTOR RIDRUEJO J.A.- Opus cit. pág. 404.
- (50) También en la explicación de voto después de la adopción de la Convención, en la 182 sesión plenaria de la Conferencia, Doc. A/CONF., 62) SR/182. Allí el jefe de la delegación española embajador LACLETA declaró que, según el Gobierno español, los textos aprobados por la Conferencia no constituían una codificación o expresión del Derecho Consuetudinario al menos en la cuestión de los estrechos.