

**ACUERDOS DE EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO OBLIGATORIO DE
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA CONVENCION DE NACIONES
UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR**

*EXCLUSION AGREEMENTS FROM THE COMPULSIVE DISPUTE SETTLEMENT
PROCEDURE OF THE
UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA*

Zlata Drnas de Clément¹

Resumen: Existen más de cien tratados que pueden ser considerados tratados paralelos a la CONVEMAR -a más de los *ad hoc*-, los que se perfilan como posibles acuerdos de exclusión de la Parte XV de la Convención, abriendo la posibilidad de llevar a probables decisiones no consistentes con la CONVEMAR, y a la desaparición-en los hechos de la obligatoriedad del procedimiento compulsivo, considerado en su momento uno de los grandes logros de las negociaciones de la Conferencia, garantía de paz y cohesión de todo el sistema de protección de los mares y océanos. En este trabajo, luego de unas palabras introductorias, consideraremos algunas percepciones sobre las fuerzas centrífugas y centrípetas en la relación entre la Convención y los acuerdos contemplados en los arts. 281 y 282 de la CONVEMAR según la jurisprudencia y la doctrina, ponderando las ventajas y desventajas de estos puntos de vista, para concluir con unas breves reflexiones finales.

Abstract: There are more than one hundred treaties that can be considered parallel treaties to the UNCLOS - to which must be added the *ad hoc* agreements- which are outlined as possible exclusion agreements from Part XV of the Convention, opening the possibility of leading to probable non-consistent decisions with the UNCLOS, and the disappearance in the facts of the compulsory procedure, considered at the time one of the great achievements of the Conference negotiations, a guarantee of peace and cohesion of the entire system of protection of the seas and oceans. In this paper, after a few introductory words, we will consider some perceptions regarding the centrifugal and centripetal forces in the relationship between the Convention and the agreements contemplated in arts. 281 and 282 of the UNCLOS according to jurisprudence and doctrine, weighing the advantages and disadvantages of these views, to conclude with some brief final reflections.

Palabras-clave: CONVEMAR, Mecanismo de solución de controversias, Procedimiento compulsivo, Acuerdos de exclusión.

Keywords: UNCLOS, Dispute resolution mechanisms, Compulsory procedures, Exclusion agreements.

Sumario: 1. Aspectos introductorios. 2. Fuerzas centrífugas en la relación entre la CONVEMAR y los acuerdos de exclusión. 2.1. Fragmentación sustantiva y procesal. 2.2. Choque de interpretaciones. 2.3.- Normas de Derecho internacional no incompatibles. 3. Fuerzas centrípetas en la relación entre la CONVEMAR y los acuerdos de exclusión. 3.1. Fragmentación positiva. 3.2. Acuerdos especiales que reafirman el procedimiento compulsivo de la Parte XV. 3.3. Apertura favorable a la *jurisdicción prima facie* (artículo 290). 3.4. Liberalidad en el reconocimiento del cumplimiento de los requisitos procedimentales para demandar conforme la Parte XV. 4 Consideraciones finales.

¹ Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y de la Universidad Católica de Córdoba (UCC). Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UNC. Catedrática de Teoría de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la UCC. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (ANDCS). Directora del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la ANDCS. Directora de la *Revista de la Facultad Nueva Serie II*, Facultad de Derecho, UNC.

1. Aspectos introductorios

La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) se ha construido durante ocho años como una “constitución para los océanos” y, como parte de ella, prevé un procedimiento obligatorio de solución de controversias que implica decisiones vinculantes². El Embajador Hamilton Shirley Amerasinghe -Presidente de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar- al presentar en 1976 un texto base de negociación único informal sobre Solución de Controversias, señaló: “Los procedimientos de solución de controversias serán el eje sobre el cual debe nivelarse el delicado equilibrio del entendimiento convencional. De lo contrario, el compromiso se desintegrará rápida y permanentemente”. Asimismo, resaltó que la Parte XV de la CONVEMAR es una "parte integral y un elemento esencial de la Convención"³. Se ha considerado uno de los grandes logros de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar el haber desarrollado un sistema integral para la solución de las controversias, elemento esencial para la interpretación y aplicación de la CONVEMAR. Así, Gudmundur Eiriksson expresó: “(l)a Convención es única entre los principales tratados ley al establecer, como parte integral de sus disposiciones, un sistema unitario para la solución de controversias”. Además, hizo presente que “ese resultado representó una inversión de la tendencia que prevalecía en ese entonces en las negociaciones internacionales”⁴, lo que se ha entendido como una característica innovadora que hace a la unidad esencial de la CONVEMAR. Por su parte, Alan E. Boyle⁵ ha destacado que la entrada en vigor de la CONVEMAR constituye el desarrollo más importante en materia de solución de controversias desde la adopción de la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El hecho de que el sistema de solución de controversias integrado a la CONVEMAR tras varios años de negociaciones fuera adoptado en 1982 con 130 votos a favor, sólo 4 en contra y 17 abstenciones era un augurio de que ese instrumento -especialmente a través del sistema de solución de controversias- iba a asegurar la prevalencia del derecho y contener las presiones políticas y económicas de los Estados más poderosos, ya que ese sistema “integral, comprehensivo y exhaustivo” contaba con los instrumentos necesarios para asegurar una

² Hayley Roberts, “Identifying ‘Exclusionary Agreements’: Agreement Type as a Procedural Limitation in UNCLOS Dispute Settlement”, *Ocean Development & International Law* volume 52, n. ° 2 (2021): 113.

³ *Memorando del Presidente de la Tercera Conferencia sobre el Documento A / CONF.62 / WP.9*, UN Doc A / CONF.62 / WP.9 / ADD.1 (1976), 122, párr. 6.

⁴ Gudmundur Eiriksson, *Tribunal Internacional del Derecho del Mar* (Leiden: Brill, 2000), 12.

⁵ Alan E. Boyle, “Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction”, *The International and Comparative Law Quarterly* volume 46, n. ° 1 (1997): 37.

interpretación y aplicación de la convención coherentes y satisfactorias para todos⁶-. Ello nos lleva a destacar la relevancia de una jurisprudencia continuada que se desarrolle de modo tal que consolide esas virtudes.

Tal como se señalara repetidamente, en la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, muchos Estados son reacios a ceder control sobre sus opciones diplomáticas y políticas para resolver sus controversias, y se sienten más cómodos buscando legitimación política, en lugar de someterse a declaraciones de legalidad o validez sobre sus acciones. Ello es propio de los Estados poderosos como Estados Unidos o China, a diferencia de los menos fuertes que buscan el amparo del pronunciamiento de un tercero fundado en el derecho⁷.

El sistema de solución de controversias de la CONVEMAR se redactó con el objetivo principal de lograr la interpretación y aplicación uniformes y efectivas de la CONVEMAR, ya que de otro modo los compromisos que incorpora serían vulnerables a la interpretación unilateral⁸.

El sistema de la Parte XV -tal como han señalado Andreas Zimmermann y Jelena Bäumler- es un sistema complejo, con lagunas⁹, adoptado como parte del "paquete de negociaciones" / "paquete de acuerdos" de la Conferencia que llevó a la adopción de la CONVEMAR y que ha buscado a través de las disposiciones sobre solución de controversias equilibrar los intereses de todos los Estados, dado el incremento de las competencias jurisdiccionales que fueron asignadas por la Convención a los Estados costeros. El sistema prevé, a más de los medios voluntarios que pudieren acordarse, el recurso obligatorio -según el caso- a una serie de procedimientos, incluidos conciliación, arbitraje, Corte Internacional de Justicia (CIJ), Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), Sala de Controversias de los Fondos Marinos (SCFM).

A veintisiete años de la entrada en vigor de la CONVEMAR y veinticinco del establecimiento del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), los procedimientos de solución de controversias de la Parte XV han sido relativamente subutilizados y sólo en escasos tópicos han permitido construir "doctrina jurisprudencial". Unos pocos casos tempranos abordaron cuestiones contenciosas relacionadas con la jurisdicción obligatoria,

⁶ Natalie Klein, *Dispute Settlement on the United Nations Convention on the Law of the Sea* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 21-24.

⁷ John E. Noyes, "Compulsory third-party adjudication and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea", *Connecticut Journal of International Law* volume 4 (1988-1989): 678.

⁸ Kriangsak Kittichaisaree, *The International Tribunal for the Law of the Sea* (Oxford: Oxford Public International Law, 2021), 17-23.

⁹ Andreas Zimmermann and Jelena Bäumler, "Navigating Through Narrow Jurisdictional Straits: The Philippines - PRC South China Sea Dispute and UNCLOS", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* volume 12 (2013): 431-461.

dejando sin respuesta muchos aspectos en materia de significado y alcance de las disposiciones sobre ese tipo de jurisdicción. Si bien, desde 2013, ha habido un incremento en el número de casos sometidos a los procedimientos de solución de controversias de la CONVEMAR, no ha habido oportunidad para clarificar el rol de los acuerdos de exclusión de la Sección 1 de la Parte XV de la Convención¹⁰, tópico que nos ocupa en este momento y que es uno de los más sensibles por su capacidad de horadar la unidad del sistema, su aplicabilidad, la percepción sustantiva unitaria de la CONVEMAR, incluso frenar el logro de sus objetivos.

Recordamos -a modo de pantallazo- que la Parte XV trata de la solución de controversias relativas a la interpretación o aplicación de la CONVEMAR. La *primera sección de la Parte XV* comienza con una recordación de la obligación general de los Estados ya establecida en la Carta de las Naciones Unidas (CNU artículos 2,3 y 33.1) de resolver sus disputas por medios pacíficos (CONVEMAR artículo 279). Consagra el derecho de los Estados a acordar “en cualquier momento” el medio pacífico de su elección para resolver la disputa (CONVEMAR artículo 280), en cuyo caso la solución de la controversia queda exenta de los procedimientos de la Parte XV, excepto dos situaciones: a) cuando no se haya llegado a un acuerdo por la vía elegida, y b) el acuerdo no haya excluido la posibilidad de recurrir a otro procedimiento (CONVEMAR artículo 281). Además, deja expresamente fuera de los ordenamientos de la Parte XV a los procedimientos de solución de controversias convenidos por las partes contendientes en otros acuerdos generales, regionales o bilaterales que impliquen decisiones vinculantes, los que se aplicarán en lugar de los procedimientos de la Parte XV (CONVEMAR artículo 282). Según el TIDM, a pesar de que los derechos u obligaciones en otros tratados (paralelos) son similares o idénticos a los derechos u obligaciones establecidos en la CONVEMAR, los derechos y obligaciones bajo esos acuerdos tienen una existencia separada [*Mox Plant (Irlanda v. Reino Unido)*, Medidas Provisionales, ITLOS, *Reports 95*, párr.50]. Corolario de ello es que las cortes y tribunales competentes en virtud de tratados alternativos no tienen jurisdicción sobre controversias relativas a la interpretación o aplicación de la CONVEMAR. Sin embargo, “en todos los casos”, cuando surjan disputas, los Estados deberán intercambiar opiniones rápidamente con respecto a su solución (no sobre el fondo de la cuestión sino los medios para solucionarla), o en caso de que se haya puesto fin a un procedimiento sin llegar a la solución o habiendo llegado a una

¹⁰ Gino Naldi, Constantinos Magliveras, “Jurisdictional Aspects of Dispute Settlement under the UN Convention on the Law of the Sea: Some Recent Developments”, *New Zealand Yearbook of International Law* volume 16 (2018): 207-240 https://doi.org/10.1163/9789004423268_008

solución, se requieran consultas sobre cómo llevarla a la práctica (CONVEMAR artículo 283).

La *segunda sección de la Parte XV* se ocupa de los procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias. Ello se da cuando la controversia no ha sido resuelta conforme la sección primera, en cuyo caso “cualquier parte” en la controversia podrá someter el diferendo a la corte o tribunal competente conforme esa sección: TIDM, CIJ, tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII, tribunal arbitral especial constituido de conformidad con el Anexo VIII. El tribunal que corresponda dependerá de las declaraciones efectuadas por las partes, pero cuando no haya una opción común, el arbitraje del Anexo VII es la posición predeterminada (CONVEMAR artículos 286 y 287). En resumen, el tribunal arbitral del Anexo VII es la norma a menos que las partes contendientes hayan acordado otra cosa. Quienes ven el vaso medio vacío, consideran que el rol es secundario, supletorio, excepcional (*v. infra*).

La *sección tercera de la Parte XV*, se refiere a las “excepciones” y a las “limitaciones” a la aplicabilidad de la sección segunda. Las excepciones se relacionan con el ejercicio por los Estados costeros de sus derechos soberanos dentro de la zona económica exclusiva (ZEE) relacionados con la conservación y gestión de los recursos vivos y la realización de investigaciones científicas marinas (CONVEMAR artículo 297). Los Estados también tienen la libertad de formular “declaraciones”, eximiendo del régimen obligatorio las controversias relativas a la delimitación de fronteras marítimas, bahías o títulos históricos, actividades militares, actividades de aplicación de la ley o controversias respecto de las cuales el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas esté ejerciendo sus funciones (CONVEMAR artículo 298). No nos ocupamos de esta esta sección en este trabajo ya que nos limitamos a los “acuerdos” de exclusión.

El complejo relativo a solución de controversias fue criticado aún antes de la adopción de la CONVEMAR por considerarse que había dejado demasiadas puertas de escape a su procedimiento obligatorio, entre ellas -y especialmente- la correspondiente a los acuerdos de exclusión de los artículos 281 y 282. Tal como lo recordara Rosemary Rayfuse¹¹, las únicas controversias a las que cabe aplicar en definitiva los procedimientos de solución obligatoria que lleven a una decisión vinculante son las relativas a reclamaciones por infracciones de las libertades de pesca, navegación, sobrevuelo, tendido de cables y oleoductos submarinos en alta mar u otros usos del mar internacionalmente lícitos en la zona económica exclusiva, y

¹¹ Rosemary Rayfuse, "The Future of Compulsory Dispute Settlement Under the Law of the Sea Convention", *Victoria University of Wellington Law Review* volume 36 (2005): 685-686.

disputas relacionadas con la contravención por parte de los Estados costeros de reglas y estándares internacionales específicos para la protección o preservación del medio marino.

En percepción comprimida, la Sección 1 tiene prioridad sobre la Sección 2, la que queda disponible sólo para un rango estrecho de casos. El propio artículo 286 de la CONVEMAR expresamente establece que los procedimientos obligatorios solamente pueden ser activados cuando la controversia no ha sido resuelta en aplicación de la Sección 1. Esta percepción ha sido confirmada en la sentencia de 2 de febrero de 2017 en el caso de la *Delimitación Marítima en el Océano Índico*, en el que la CIJ consideró que los procedimientos de la Sección 2 son residuales de las disposiciones de la Sección 1 (*Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, ICJ Reports 2017*, párr. 125).

Nuestra contribución se centrará en la Sección primera, en particular, en los artículos 281 y 282, los que establecen que si los Estados Partes en la CONVEMAR, partes en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de la Convención han acordado en tratar de resolverla por un medio pacífico de su elección, los procedimientos establecidos en la Parte XV se aplicarán sólo cuando se den dos circunstancias: a) no se haya llegado a una solución por ese medio; y b) el acuerdo entre las partes no haya excluido la posibilidad de aplicar otro procedimiento. Otra situación de exclusión por acuerdo se da cuando los Estados Partes en la CONVEMAR partes en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de la Convención hayan convenido, en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral o de algún otro modo (v.g. declaraciones hechas de conformidad con el artículo 36.2 del Estatuto de la CIJ), en que esa controversia se someta, a petición de cualquiera de las partes en ella, a un procedimiento conducente a una decisión obligatoria, dicho procedimiento se aplicará en lugar de los previstos en la Parte XV, a menos que las partes en la controversia convengan en otra cosa.

Muchos de los que han mostrado preocupación por la exclusión de ciertas controversias de la Parte XV, han considerado con visión realista que ello no debe verse como una falla jurídica, sino como el precio que debió pagarse para concertar el régimen de naturaleza excepcional de la CONVEMAR que, en definitiva, fue el mejor que se pudo alcanzar. De hecho, se ha generado una gran cantidad de literatura que ensalza las virtudes de la contribución positiva de la Parte XV en general -y del TIDM en particular- al desarrollo del derecho del mar y del derecho internacional en general. Sin embargo, quedan en pie las preocupaciones por la categorización y separación de diferentes elementos de una

controversia, algunos de los cuales podrían conducir a una solución obligatoria y vinculante mientras que otros no, lo que socavaría inexorablemente el régimen de la Parte XV.

En lo que hace a nuestro tópico, a pesar de que el establecimiento de un mecanismo obligatorio de solución de controversias en la CONVEMAR ha tenido y tiene por objeto ser el garante de la correcta aplicación de la Convención -como ya lo refiriéramos- la escasa jurisprudencia en materia de acuerdos de exclusión de la jurisdicción obligatoria no ha permitido consolidar principios interpretativos en la materia¹², continuando la falta de certeza en lo que al alcance y grado de autonomía de esas previsiones normativas¹³ y a la identificación de la gama de acuerdos que se encuentran dentro del alcance de los artículos 281 y 282, es decir qué tipo de acuerdos podrían excluir los procedimientos obligatorios de la CONVEMAR¹⁴.

En este trabajo, tras estas breves palabras introductorias, consideraremos algunas percepciones en torno a las fuerzas centrífugas y centrípetas en la relación entre la Convención y los acuerdos de los arts. 281 y 282 de la CONVEMAR conforme la jurisprudencia y la doctrina, ponderando las ventajas y desventajas de esas visualizaciones, para concluir con unas breves reflexiones finales.

2. Fuerzas centrífugas en la relación entre la CONVEMAR y los acuerdos de exclusión

2.1. Fragmentación sustantiva y procesal

Las disposiciones sobre solución obligatoria de controversias de la Parte XV han sido criticadas por quienes entienden que contribuyen a la *fragmentación* tanto sustantiva como procesal del Derecho del mar y del Derecho internacional en general. Si bien la fragmentación sustantiva se relaciona con la cuestión de la coherencia del conjunto normativo y la

¹² V. *i.a.* Douglas Guilfoyle, “The *South China Sea Award*: How Should We Read the UN Convention on the Law of the Sea?”, Published on line by Cambridge University Press: 16 February 2018. Publicado también en *Asian Journal of International Law*, Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 3055464, <https://ssrn.com/abstract=3055464>; Bjørn Kunoy, “The Scope of Compulsory Jurisdiction and Exceptions thereto under the United Nations Convention on the Law of the Sea”, *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international* volume 57 (2020): 2. Rosemary Rayfuse, “The Future of Compulsory Dispute Settlement...”, cit.; Hayley Roberts, “Identifying ‘Exclusionary Agreements’...”, cit., 115-123.

¹³ V. Kunoy, “The Scope of Compulsory Jurisdiction...”, 6; Bing Bing Jia, “The Curious Case of Article 281: A ‘Super’ Provision within UNCLOS”, *Ocean Development & International Law* volume 46, n. °4 (2015): 268.

¹⁴ Roberts, “Identifying ‘Exclusionary Agreements’...”, 115-116.

continuidad en el desarrollo y la aplicación de los principios jurídicos de la CONVEMAR y la fragmentación procesal se relaciona con la cuestión de la disponibilidad de foro y su pertinencia para la solución de la controversia, los dos tipos de fragmentación están entrelazados en tanto la elección del foro incide en la caracterización sustantiva de la controversia.

Se ha criticado la amplia gama de tribunales que se abre en el complejo de la Parte XV sobre solución de controversias de la CONVEMAR dado que cada tribunal tendría claramente funciones diferentes y no habría forma de garantizar que sus procedimientos y *modus operandi* fueran apropiados para la disputa ante ellos. Varios jueces de la Corte Internacional de Justicia -como Shigeru Oda¹⁵, Stefan M. Schwebel¹⁶, Gilbert Guillaume¹⁷- consideraron negativo el desplazamiento de la CIJ de su rol principal en materia de Derecho del mar -en calidad de parte central del Derecho internacional-, entendiendo que esa situación atentaba contra su integridad e integralidad normativo procesal. Advirtieron *i.a.* que la sobreabundancia de tribunales conduciría a la fragmentación debido a la aparición de interpretaciones inconsistentes o contrapuestas de las normas aplicables a partir de decisiones de los diferentes tribunales, cada uno de los cuales posee su propio ámbito jurisdiccional/competencial, su propia experiencia, su propio compromiso funcional. A ello se agrega la implícita apertura al infinito de los medios de solución de controversia que permiten los artículos 280, 281 y 282, con lo que, en los medios diplomáticos el contenido sustantivo del Derecho del Mar queda subordinado al vaivén de los intereses, la conveniencia, la capacidad de presión de las partes contendientes y, en el caso de los medios jurisdiccionales - si bien son convocados a pronunciarse conforme a derecho- por su variedad de conformación y objetivos.

La plétora de acuerdos internacionales regionales en vigor con disposiciones para la solución de controversias, en su mayoría regionales, de conformidad a la especificidad sustantiva del convenio lleva a distintas soluciones en los diferendos y prevén distintos medios para la resolución de controversias. Algunos sólo prevén consultas, mientras otros contemplan medios pacíficos en general, incluyendo o no el arreglo judicial o arbitral con consentimiento de las partes u obligatorio a opción de cualquiera de las partes. A título de ejemplo, entre los acuerdos regionales que sólo prevén la “consulta” está el *Acuerdo entre el*

¹⁵ Shigeru Oda, "Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea", *The International and Comparative Law Quarterly* volume 44, n° 4 (1995): 865.

¹⁶ Martii Koskenniemi y Päivi Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law* volume 15, n. ° 3 (2002): 553-554.

¹⁷ Gilbert Guillaume, "The Future of International Judicial Institutions", *The International and Comparative Law Quarterly* volume 44, n. ° 4 (1995): 848.

Gobierno de Islandia, el Gobierno de Noruega y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre determinados aspectos de la cooperación en el ámbito de la pesca de 1999 entrado en vigor ese mismo año (artículo 10); entre los que establecen que la solución se debe alcanzar “medios pacíficos” señalados en general se cuenta el *Convenio para la conservación y ordenación de los recursos de abadejo en el mar de Bering central* de 1994 entrado en vigor en 1995 (artículo XIII); entre los que contemplan una variedad de medios incluido el arbitraje o la CIJ con el consentimiento previo están el *Tratado Antártico* de 1959 entrado en vigor en 1961 (artículo XI), el *Acuerdo para el establecimiento de la Comisión de Pesca del Indopacífico* de 1948 en vigor ese mismo año (artículo XIV), el *Acuerdo Institucional de la Organización Latinoamericana para el Desarrollo Pesquero (OLDEPESCA)* de 1982 entrado en vigor en 1984 (artículo 38), la *Convención para la Conservación del Atún Rojo del Sur* de 1993, entrado en vigor en 1994 (artículo 16), el *Acuerdo de la FAO para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros en alta mar* de 1993, entrado en vigor en 2003 (artículo IX). Entre los que incluyen el arreglo judicial o arbitral obligatorio a opción de cualquiera de las partes se cuentan el *Tratado de Pesca entre los Gobiernos de Ciertos Estados Insulares del Pacífico y el Gobierno de los Estados Unidos de América* de 1987 entrado en vigor en 1988 (artículo 6); *Convención de la Organización del Atún del Océano Índico Occidental* de 1991, entrado en vigor en 1992 (artículo 18).

En lo que hace a la *fragmentación procesal*, la que -si bien está relacionada con la fragmentación sustantiva- como ya lo hicieramos presente, no se refiere a la inconsistencia en la interpretación y aplicación de las reglas legales, sino a las cuestiones jurisdiccionales/competenciales para interpretar y aplicar la CONVEMAR. La fragmentación procesal propia de los arts. 281 y 282 puede surgir de los cuerpos jurídicos especializados o "regímenes autónomos", los que pueden prever procedimientos de solución de controversias inconsistentes, algunos de ellos obligatorios (v.g. Organización Mundial del Comercio, acuerdos ambientales, acuerdos de inversión, etc.). De allí que muchos han señalado que el sistema de la Parte XV no es ni tan completo ni tan obligatorio como señalan sus proponentes. Este punto ha sido referido por muchos. Rayfuse, en la obra citada precedentemente, recuerda que Shirley V. Scoot -en la página 318 de su aporte “The Contribution of the LOS Convention Organizations to its Harmonious Implementation”, Capítulo 16 del libro *Oceans management in the 21st century: Institutional frameworks and responses*, editada por A.G., Oude Elferink D.R. Rothwell, Eds., Brill 2004- había señalado irónicamente que describir las disposiciones de la CONVEMAR como que estipulan un

acuerdo de solución de controversias obligatorio con algunas excepciones es poco diferente a decir que la CIJ tiene jurisdicción obligatoria, siempre que todos los Estados acepten la cláusula opcional. Por nuestra parte, creemos que no es lo mismo y que esa jurisdicción obligatoria de la CONVEMAR está más cerca de la formulación del artículo 66 de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados.

2.2. Choque de interpretaciones

El posible choque de interpretaciones en caso de existencia de regímenes paralelos solapados se ha podido visualizar *i.a.* en el caso de la disputa Chile y la Comunidad Europea sobre el *pez espada* (Chile v. Comunidad Europea CE/Unión Europea UE), en el caso *del atún rojo del sur o atún de aleta azul* (Australia y Nueva Zelandia contra el Japón), en el caso de la controversia entre Irlanda y el Reino Unido por la *Planta de Mox de Sellafield* (Irlanda v. Reino Unido), casos en los que participaron distintos tribunales (TIDM, Tribunal arbitral del Anexo VII de la CONVEMAR, Tribunal arbitral constituido en el marco del Convenio OSPAR, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) y en los que la fragmentación procesal contribuyó a la fragmentación sustantiva. Los tres casos se han producido en tiempo próximo, a inicios del tercer milenio.

En el caso del *Pez espada* entre la CE/UE y Chile, el problema surgió a causa de la extensión unilateral por parte de Chile de la aplicación de sus medidas de conservación del pez espada al alta mar. A los buques de la CE que pescaban en contravención de esas medidas se les prohibió desembarcar sus capturas en puertos chilenos. La Asociación Nacional de Armadores Palangreros de Altura de España presentó una solicitud ante la Comisión para que reclamara a Chile la anulación de las medidas adoptadas. La Comisión adoptó una Decisión por la que consideraba que esas medidas eran unilaterales, arbitrarias, discriminatorias, contrarias a las obligaciones de los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En abril de 2000 las CE solicitaron la celebración de consultas formales con arreglo al Entendimiento de la OMC sobre solución de controversias. Las consultas tuvieron lugar en junio de 2000, pero el asunto no se resolvió. El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC estableció un Grupo Especial. Chile al mismo tiempo dio comienzo a negociaciones para la celebración de un acuerdo subregional de pesca en el ámbito de la Comisión Permanente del Pacífico Sur (Acuerdo de Galápagos). Paralelamente, presentó el caso al TIDM por incumplimiento de la CE de las obligaciones previstas en la CONVEMAR, relativas a la cooperación con el Estado ribereño para la conservación de las especies

altamente migratorias en alta mar adyacente a la ZEE y recordó el deber de Chile como Estado ribereño de adoptar medidas con relación a sus nacionales para la conservación de los recursos vivos en alta mar. El TIDM designó en diciembre de 2000 conforme al artículo 15 de su Estatuto una Sala Especial para el tratamiento del diferendo. Sin embargo, en enero de 2001 Chile y la CE acordaron la suspensión de los procedimientos y el inicio de negociaciones y cooperación en el marco de la Comisión Técnica Científica y Técnica Bilateral sobre las poblaciones de pez espada del Pacífico Sudeste. La suspensión del procedimiento ante la Sala del TIDM fue prorrogada hasta el año 2009. El 25 de noviembre de ese año, las partes solicitaron conjuntamente a la Sala especial del TIDM la cesación del procedimiento por haber arribado a un acuerdo de solución del diferendo (convenio en materia de pesca). Asimismo, la UE y Chile informaron al OSD de la OMC que el TIDM dejó constancia -de conformidad con el artículo 105.2 del Reglamento del Tribunal del desistimiento por común acuerdo de las partes del procedimiento iniciado en 12 de enero de 2000. El desistimiento de las partes no ha permitido ponderar la fragmentación procesal (y sustantiva) que hubiese podido producirse de haber continuado el proceso ante esos tribunales tan diferentes.

En relación al caso del *Atún de aleta azul*, recordamos que Australia, Nueva Zelanda y Japón en 1985 -ante la disminución cuantitativa y cualitativa del recurso- acordaron el volumen total admisible de capturas de atún de aleta azul. Con la entrada en vigor de la Convención para la Conservación del Atún de Aleta Azul de 1993 (CCSBT) se constituyó una Comisión para la Conservación de la especie, asistida por un Comité Científico encargado de decidir el volumen total de capturas y su distribución. En 1993 Japón postuló un aumento de su cuota sin lograr acuerdo y en 1998 la Comisión expresó su oposición a una modificación del volumen a favor de Japón. Ese mismo año Japón inició un programa de “pesca experimental” al que se opusieron Australia y Nueva Zelanda. Japón manifestó su disposición a aceptar que la controversia se sometiera al procedimiento del artículo 16 y Anexo de la CCSBT, lo que fue rechazado por Australia y Nueva Zelanda que se inclinaban por el sistema de solución de controversias de la CONVEMAR (Sección 2 de la Parte XV). Además, requirieron al TIDM que ordenara medidas conservatorias (290.5 de la CONVEMAR)¹⁸. El TIDM otorgó medidas provisionales sobre la base de que el Tribunal del Anexo VII, *prima facie*, tendría jurisdicción sobre el caso. El Tribunal consideró que el mero hecho de que la

¹⁸ Alberto E. Monsanto, “La tutela del interés general en el Derecho del Mar: pluralidad de jurisdicciones y competencias del Tribunal de Hamburgo”, en *Protección de intereses colectivos en el derecho del mar y cooperación internacional*, Coordinadores Científicos María Ponte Iglesias, Julio Jorge Urbina (Madrid: Iustel, 2012), 191.

controversia se enmarcara en la *Convención para la Conservación del Atún Rojo del Sur* (CCSBT) de 1993 no excluía que la controversia también hubiese surgido en virtud de las disposiciones de la CONVEMAR con respecto a la conservación y gestión de especies altamente migratorias y, por lo tanto, las partes tenían la libertad de invocar las disposiciones de la CONVEMAR para resolver esa disputa¹⁹. A solicitud de las partes y del tribunal arbitral, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), instruyó el procedimiento. Una de las cuestiones principales que debía resolver el tribunal arbitral era si tenía competencia para pronunciarse sobre el mérito de la controversia. Japón alegó que la controversia se había planteado únicamente en relación con la Convención de 1993 sobre la conservación del atún de aleta azul del sur (CCSBT) y que, por lo tanto, no estaba obligado a someterse a arbitraje en cuanto al mérito de la controversia con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. El Japón sostuvo además que, de conformidad con el artículo 282 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, las partes podían evitar someterse a una solución obligatoria de la controversia si eran partes en otro tratado que regía la causa y excluía dicha solución. En cambio, el Tribunal del Anexo VII, en su laudo de 4 de agosto de 2000 sobre cuestiones de competencia y admisibilidad, llegó a conclusiones diferentes, algunas centrípetas y otras centrifugas. Con visión centrípeta el tribunal arbitral sostuvo que una controversia podía plantearse en relación con más de un tratado, lo que sucedía en el caso bajo consideración, de conformidad con el párr. 3 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, rechazando así la alegación del Japón de que la controversia se refería únicamente a la CCSBT. Sin embargo, con visión centrífuga el mismo el tribunal estuvo de acuerdo con el argumento del Japón de que existía una norma en la CCSBT (artículo 16) que excluía la competencia obligatoria de la Parte XV de la CONVEMAR respecto de las controversias que se plantearan simultáneamente en relación con dicha Convención y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, ya que sostuvo que el “sentido” y la “intención” de la norma relativa a la solución de controversias prevista en la CCSBT era “excluir” los procedimientos obligatorios de solución de controversias previstos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Es decir, entendió que el régimen obligatorio de solución de controversias de la Convención podría excluirse si las partes hubieran acordado otros medios para la solución de controversias en una convención regional de pesca, aun cuando la

¹⁹ International Tribunal for the Law of the Sea Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. Southern bluefin tuna cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan). List of cases: nos. 3 and 4 Provisional measures. Order of 27 August 1999.

disposición sobre solución de controversias del acuerdo regional no contuviera un procedimiento vinculante. El Tribunal del Anexo VII (laudo de 4 de agosto de 2000) declaró específicamente que la CONVEMAR "no llega a establecer un régimen verdaderamente completo de jurisdicción obligatoria que implique decisiones vinculantes" (párr. 62). Estimó que, de no ser así, ello significaría "privar de efecto sustancial a las disposiciones sobre solución de controversias de aquellos acuerdos de implementación que prescriben la solución de controversias por medio de la elección de las partes" (párr. 63). Ello, a pesar de no haberse señalado expresamente la voluntad de las Partes de excluir la aplicación de la Parte XV de la CONVEMAR y haber desconocido los "requisitos" de la CONVEMAR para la exclusión de la Parte XV, entre ellos la existencia de un acto positivo expreso de "exclusión". No puede presumirse que las partes en un acuerdo lo hacen pensando centralmente en excluir la sumisión obligatoria prevista en el Anexo VII. Por nuestra parte, pensamos que el criterio del Tribunal arbitral no tuvo reparos en privar de efecto sustancial (procedimiento compulsivo-decisión obligatoria) a la Parte XV de la CONVEMAR "también" vigente por "voluntad de las partes". Al pretender aplicar los principios de relación ley general-ley especial, se olvidó de la interpretación sistemática, ya que debe tenerse en cuenta que la CONVEMAR no es un acuerdo más, constituye una verdadera "Constitución", norma fundamental en materia de regulación de los mares y océanos. Es un conjunto normativo orgánico codificado "para todas las cuestiones relativas al derecho del mar" (párr. 1 de la parte preambular de la Convención), surgido de un poder constituyente legítimo (convenio multilateral en el que participan más de las dos terceras partes de la comunidad internacional), que define y crea derechos y deberes con la convicción de que "los problemas de los espacios marinos están estrechamente relacionados entre sí y han de considerarse en su conjunto" (párr. 2 de la Parte Preambular), que contiene sus propias instituciones, poderes y equilibrios. A pesar de ello, el Tribunal arbitral, por 4 votos contra 1, entendió que no era competente para resolver sobre el mérito de la controversia, y decidió por unanimidad, de conformidad con el párr. 5 del artículo 290 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, revocar, con efecto a partir del día de la firma del Laudo, las medidas provisionales decretadas por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en virtud de la Orden del 27 de agosto de 1999. El Juez Kenneth Keith adjuntó una opinión separada al laudo²⁰ en la que consideró que el laudo era la negación del propio objeto y propósito de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar,

²⁰ El texto íntegro del Laudo y de la opinión separada aparecen publicados en el sitio del CIADI en la Web. V. <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/arbitral-award-southern-bluefin-tuna-case;> <http://www.worldbank.org/icsid/bluefintuna/main.htm>

basado en el entendimiento compartido de la centralidad fundamental de las disposiciones obligatorias de solución de controversias (párr. 23). En su opinión, la exclusión de las disposiciones de la CONVEMAR para ser considerada tal debió haber sido “explícitamente” incorporada en el artículo 16 de la CCSBT. El laudo con su posición subordina la Parte XV de la CONVEMAR a los acuerdos regionales y de acuerdo a la concepción de “exclusión implícita” elimina de los procedimientos de la CONVEMAR -con ese criterio- para el futuro todo caso que plantee cuestiones bajo la CONVEMAR y otro acuerdo. Keith en el párr. 18 recuerda que el “Comentario de Virginia” establece a este respecto que “[l]a última frase del párr. 1 del artículo 281, prevé la posibilidad de que las partes, en su acuerdo de recurrir a un procedimiento en particular, también podrán especificar que este procedimiento será de carácter exclusivo”. Quienes no coinciden con la posición recuerdan que el “Comentario de Virginia” es un mero “estudio”, que los Comentarios se basan en la documentación formal e informal de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS III, 1973-1982) y en la participación de personas que fueron negociadores o tuvieron participación directa en la Conferencia. Sin embargo, cabe tener presente que el proyecto de largo alcance y duración fue concebido por sus editores²¹ para satisfacer la necesidad -en ausencia de un historial legislativo oficial de la Convención-, de un análisis objetivo y completo de los artículos de la Convención y del Acuerdo relacionados con la aplicación de la Parte XV de la Convención, por lo que la posición no cabe que sea menospreciada. La expresión del artículo 281 requiere acumulativamente *i.a.* que “el acuerdo entre las partes *no excluya (...)*”, dejando en claro que se trata de una acción manifiesta. La percepción centrífuga del Tribunal arbitral en el caso *del atún de aleta azul*, no ha sido mantenida en decisiones posteriores (v.g. *South China Sea (Philippines v. China)*, PCA Case no 2013-18, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015), párr. 223, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2579>, en el que el Tribunal considera que la “mejor opinión” es que el Artículo 281 requiere una declaración clara de exclusión de procedimientos adicionales. Esto está respaldado por el texto y el contexto del artículo 281 y por la estructura y el propósito general de la Convención. Por lo tanto, el Tribunal comparte las posiciones del TIDM en sus órdenes de medidas provisionales en los casos Southern Bluefin Tuna y MOX Plant, así como la opinión separada del Juez Keith en Southern Bluefin Tuna.

²¹ Myron H. Nordquist, Satya Nandan y Shabtai Rosenne *UNCLOS Commentary*, <https://referenceworks.brillonline.com/browse/united-nations-convention-on-the-law-of-the-sea>

Jacqueline Peel²² recuerda que el caso del *Atún de Aleta Azul* fue la primera decisión de un tribunal arbitral del Anexo VII y que parecía ofrecer una “oportunidad perfecta” para afirmar la importancia central del régimen obligatorio de solución de controversias establecido por la parte XV de la Convención, dado que durante las negociaciones para la CONVEMAR se consideró que los procedimientos obligatorios de la parte XV desempeñaban un "papel fundamental" en el mantenimiento de la integridad del régimen y en la reducción del recurso al unilateralismo para resolver disputas.

En el caso de la *Planta MOX de Sellafield (Irlanda v. Reino Unido)*, la controversia se originó a causa de la instalación por parte del Reino Unido de la planta MOX (combustible utilizado en los reactores nucleares de fisión compuesto por una mezcla de óxido de uranio natural, uranio empobrecido y óxido de plutonio) frente a las costas irlandesas, y los consiguientes riesgos del movimiento internacional de materiales radiactivos para la protección del medio marino del mar de Irlanda. En octubre de 2001 Irlanda anunció que tenía previsto presentar demanda contra el Reino Unido (RU) en el marco de la “Convención de la Protección del medio marino del Atlántico nororiental” (OSPAR) de 22 de septiembre de 1992, debido a la falta de una adecuada evaluación de impacto ambiental, y consecuentemente envió solicitud al RU para que se constituyera un tribunal arbitral, demandando por el incumplimiento de las obligaciones de información y la negativa a facilitar el acceso al informe ambiental en su integridad. El 9 de noviembre de 2001, además, inició procedimiento contra el RU para solicitar al TIDM la adopción de medidas conservatorias hasta la constitución de un tribunal arbitral conforme el Anexo VII de la CONVEMAR solicitado de declarar el incumplimiento por el RU de las obligaciones emergentes de los artículos 192, 193, 194, 207, 211 y 213 de la CONVEMAR al no haber adoptado las medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino del Mar de Irlanda por vertidos radiactivos. También solicitó al Tribunal que declarara que el RU incumplió las obligaciones de los artículos 123 y 197 de la CONVEMAR (obligación de cooperar para proteger el medio marino; autorización de explotación de la fábrica de MOX mientras se hallaba pendiente un procedimiento para la solución de la controversia relativa al acceso a la información). También invocó violación por parte del RU del artículo 206 de la CONVEMAR por no evaluar en el informe ambiental los efectos potenciales de la explotación de la fábrica. Irlanda señaló como derecho aplicable a la CONVEMAR, disposiciones de otros instrumentos

²² Jacqueline Peel, "A Paper Umbrella which Dissolves in the Rain? The Future for Resolving Fisheries Disputes under UNCLOS in the Aftermath of the Southern Bluefin Tuna Arbitration", *Melbourne Journal of International Law* Volume 3, n. ° 1 (2002): 53.

internacionales (incluidas las normas comunitarias), el Convenio OSPAR, la Directiva 85/337/CEE, las Directivas 80/836/ Euratom y 96/29/Euratom. El RU por su parte planteó la incompetencia del TIDM en base al artículo 282 de la CONVEMAR, en especial, debido a que varias imputaciones de Irlanda pertenecían al Derecho comunitario en las que tenía competencia exclusiva el Tribunal de Justicia Europeo. El 3 de diciembre de 2001 el TIDM se declaró *prima facie* competente y adoptó un conjunto de medidas provisionales (deber de cooperar, intercambiar información adicional, vigilar los riesgos y efectos de la actividad y, en su caso, adoptar medidas para prevenir la contaminación del medio marino). El TIDM no se dejó influir por el razonamiento del Tribunal del Anexo VII en el laudo sobre el atún rojo del sur que refiriéramos precedentemente y siguió su propio razonamiento en la orden, reconociendo que la controversia se enmarcaba tanto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar como en la “Convención de la Protección del medio marino del Atlántico nororiental” (OSPAR), en Euratom y tratados de la Unión Europea, pero que esas otras disputas tenían una existencia separada de la CONVEMAR. No adoptó medidas de protección atento a que el Tribunal arbitral del Anexo VII se iba a constituir prontamente (febrero de 2002) y a que el RU por nota había dado seguridades de que no habría transporte adicional por vía marítima de materias primas radiactivas. En el caso bajo consideración se produjeron varios pronunciamientos jurisdiccionales. *El laudo de 24 de junio de 2003* del Tribunal arbitral del Anexo VII (notificado a la Comisión Europea) decidió suspender el curso del procedimiento y ordenó se le informara más ampliamente sobre las implicaciones del Derecho comunitario en la controversia y la legitimación procesal de Irlanda y el RU conforme las competencias los miembros y de la CE en lo que atañe a la CONVEMAR. El tribunal entendió que conforme el artículo 282 de la CONVEMAR existía la posibilidad real de que le correspondiera al Tribunal de Justicia Europeo conocer en la controversia con la posibilidad de llegar a decisiones contradictorias en los dos ámbitos jurisdiccionales, por respeto mutuo y cortesía instó a las partes -conjunta o separadamente- a tomar las medidas adecuadas para resolver las cuestiones en el ámbito de las CE. El Tribunal arbitral confirmó las medidas provisionales del TIDM, pero no hizo lugar a las adicionales solicitadas por Irlanda. *El laudo del Tribunal arbitral del Convenio OSPAR de 2 de julio de 2003* desestimó la demanda de Irlanda, ya que entendía que su reclamación no encuadraba en la normativa invocada y por no haber aportado prueba de la razonable posibilidad de daños sustanciales al medio ambiente en la zona de aplicación del Convenio OSPAR. Con respecto a esto último se criticó que el tribunal no tomara en consideración la llamada “inversión de la carga de la prueba” propia del principio de precaución. *La sentencia del Tribunal de Justicia de las*

Comunidades Europeas de 30 de mayo de 2006 aportó referencia a las competencias transferidas por los Estados a la entonces CE y la relación entre el derecho comunitario con la CONVEMAR. El procedimiento ante el TJCE se había iniciado por denuncia de la Comisión europea imputando a Irlanda haber pasado por alto la competencia exclusiva del TJCE para pronunciarse en toda controversia relativa a la interpretación o aplicación del derecho comunitario (artículo 292 del Tratado de la CE). Irlanda opuso la no transferencia de competencias a la CE en materias de la CONVEMAR y especialmente destacó el artículo 123 de la CONVEMAR (mares cerrados o semicerrados) por su total separación de la normativa comunitaria. En su sentencia, el TJCE comenzó señalando que la CONVEMAR fue suscripta y aprobada por la CE pasando a ser parte del ordenamiento jurídico comunitario y sostuvo que un acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de las competencias fijado por los Tratados europeos y por tanto la autonomía del sistema jurídico comunitario. Declaró que Irlanda incumplió las obligaciones de los artículos 10 CE, 292 CE, 192 EA y 193 EA al iniciar un procedimiento de solución de controversias en el marco de la CONVEMAR. Por nuestra parte recordamos que todos los sistemas especializados del Derecho internacional (v.g. el derecho comunitario) presumen de autonomía plena, lo que en el estadio actual de la sociedad internacional milenial es algo ilusorio y relativo.

La fragmentación procesal y sustantiva como resultado de los diversos mecanismos de solución de controversias en conflicto y superposición y las consecuentes dificultades para el imperio y cohesión de la CONVEMAR alcanzan dimensiones preocupantes cuando se toma en consideración que hay más de cien tratados que pueden considerarse tratados paralelos a la CONVEMAR (artículo 282) -a más de los acuerdos *ad hoc*, especiales (artículo 281)²³-, los que se perfilan como posibles acuerdos de exclusión de la Parte XV de la Convención, llevando a posibles decisiones contradictorias y no coherentes con la CONVEMAR, como tampoco entre sí, y a la desaparición en los hechos del procedimiento obligatorio, considerado en su momento uno de los logros de las negociaciones de la Conferencia, garantía de la paz y de la cohesión de todo el sistema de protección de los mares y océanos. En ese sentido, Boyle²⁴ señaló que la fragmentación procesal deja un "casarón vacío" que sólo puede llenarse si las partes acuerdan someter la controversia por consenso al foro de su elección, es

²³ En el caso *Barbados v. Trinidad y Tobago* el tribunal arbitral señaló que el Artículo 281 está destinado principalmente a cubrir la situación en la que las Partes han llegado a un acuerdo *ad hoc* sobre los medios a ser adoptados para resolver la controversia particular que ha surgido (*Barbados v. República de Trinidad y Tobago*, Caso CPA no 2004-02, Laudo (11 de abril de 2006), párr. 200).

²⁴ Boyle, "Dispute Settlement and Law of the Sea Convention (...)", 47.

decir, el punto de partida en que se inició en 1973 la ardua tarea de negociación para alcanzar un complejo unitario de regulación para los mares.

En los casos en que se ha podido invocar acuerdos de exclusión de la Parte XV de la CONVEMAR, la Convención general quedó diluida, no cubriendo los aspectos específicos la verdadera solución del diferendo (solución judicial sobre la base de la aplicación del derecho) ya que se eludió la disputa legal, se cambió el foco de las reclamaciones, de modo que la ordenación prevista en la CONVEMAR para la conservación de las especies (v.g. pez espada, atún de aleta azul) o la obligación de no contaminar (fábrica de MOX) siguen siendo aun hoy objeto de discusión sometidos a los intereses políticos y a la presión de los Estados más fuertes. Los casos considerados permiten señalar que no han contribuido a construir/alimentar el hábito del respeto a la ley y han doblegado a la CONVEMAR antes de evaluar siquiera su preeminencia o no en materia de solución de controversias.

2.3. Normas de Derecho internacional no incompatibles

Además, en lo que hace a la fragmentación sustantiva de la Parte XV de la CONVEMAR, cabe tener presente que el artículo 293.1 de la misma Convención establece: "Una corte o tribunal que tenga jurisdicción conforme a esta sección (Sección 2. Procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias) aplicará esta Convención y *otras normas de derecho internacional que no sean incompatibles con esta Convención*" (el resaltado nos pertenece). En la jurisprudencia sobre la Parte XV se ha hecho referencia a "otras normas sustantivas". De todos modos, ningún "derecho especial/funcional" a nuestro criterio tiene verdadera independencia del Derecho internacional en cuya base se enraíza. Claro que ello está lejos de la concepción de "regímenes autónomos" concebidos como "circuitos jurídicos cerrados" y de la concepción sociológica posmoderna del derecho como conjunto de "regímenes no dispositivos" del espacio global²⁵.

El TIDM ha tenido ocasión de considerar tópicos propios del Derecho internacional como también de otras subdisciplinas del mismo, como el deber de cooperar en la conservación y gestión de los recursos vivos marinos, al deber de prevenir daños al medio marino, como también al principio de precaución desde una visión sustantiva más rica que el

²⁵ Zlata Drnas de Clément, "Derechos especiales/regímenes autónomos y el derecho internacional", en *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, editado por Jorge Cardona Llorens (Valencia: tirant lo blanch, 2012), 532-533.

complejo normativo de la CONVEMAR. Por ejemplo, con relación al "deber de cooperar" consideró que es un principio fundamental en la prevención de la contaminación del medio marino de conformidad con la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y con el *derecho internacional general*" (*Planta de MOX, Irlanda v. Reino Unido. Medidas provisionales*, 2001, párr. 41). En lo que hace al "principio de precaución", lo concibió en base a sus propias percepciones ("criterio de precaución") y requirió a las partes actuar sobre la base de la "prudencia y la cautela" (*Planta de MOX, Irlanda v. Reino Unido. Medidas provisionales*, 2001, párr. 82). Si bien no se observa hasta la fecha -básica y probablemente, atento a los escasos pronunciamientos- una fragmentación sustantiva en la interpretación y aplicación de la CONVEMAR vía solución de controversias, el camino está abierto para que ello pueda suceder.

Tal como lo señaláramos precedentemente los litigios internacionales contemporáneos cuentan con una variedad de instituciones judiciales cuyo funcionamiento paralelo se percibe como problema que afecta a la universalidad, integralidad y uniformidad del derecho internacional en general y -en repetida acción y dificultad- a los derechos especializados²⁶, especialmente, dado que el sistema jurídico internacional posee pocos mecanismos para mantener la coherencia. No existe una doctrina formal del precedente, ni una jerarquía formalmente establecida entre jurisdicciones, mientras la incertidumbre rodea la eficacia de las técnicas existentes para promover la coherencia. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 31.3. c) establece que los tratados deben interpretarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, "cualquier norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". Por su parte, La propia CONVEMAR, en su Parte XV Solución de Controversias establece que "la corte o tribunal competente en virtud de esta sección (Sección 2 Procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias) aplicará esta Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella" (artículo 293.1). Observamos que la CONVEMAR tiene una recepción más amplia del derecho internacional ya que no tiene idéntico alcance hablar de "norma pertinente" (adecuada, oportuna, a propósito de) que de "norma no incompatible" (no en oposición, antagonismo, o contradicción).

²⁶ Tim Stephens, "Multiple International Courts and the 'Fragmentation' of International Environmental Law", *Australian Year Book of International Law* volume 25 (2006): 229-230.

3. Fuerzas centrípetas en la relación entre la CONVEMAR y los acuerdos de exclusión

3.1. Fragmentación positiva

Puede verse a la fragmentación con percepción positiva incluso con acción centrípeta en las relaciones entre la CONVEMAR y los acuerdos regionales. De hecho, muchos publicistas han considerado al crecimiento de cortes y tribunales internacionales como una situación en gran medida benigna, e incluso beneficiosa, que muestra la expansión del derecho internacional a una gama más amplia de actividades, pero no por ello deja de aglutinar y solidificar al derecho internacional y a las grandes áreas de su construcción, como es el caso del derecho del mar. Estos puntos de vista optimistas abarcan afirmaciones postmodernas como que la proliferación de tribunales es indicativa de “la construcción de un orden internacional coherente basado en la justicia”, o la propuesta más progresiva de que el derecho internacional está mostrando una mayor madurez al flexibilizarse, convirtiéndose en un verdadero “sistema jurídico”. Jonathan Charney²⁷ examinó siete áreas del derecho internacional y concluyó que la multiplicidad de foros no había llevado a problemas graves de divergencia jurisprudencial, pudiendo observarse pronunciamientos contradictorios en calidad de verdaderas excepciones. Tim Stephens hace presente que sólo pueden citarse unos pocos ejemplos selectos de pronunciamientos contradictorios, entre ellos los casos del *atún de aleta azul* y el de la *planta de Mox*. Recuerda que la creación de nuevos tribunales y su esfuerzo por desarrollar una jurisprudencia distintiva eran el resultado de fuerzas políticas subyacentes. Koskenniemi y Leino²⁸ en ese sentido destacaron que la “lucha hegemónica” en la que cada corte o tribunal busca imponer su propia perspectiva tiene una meta cohesionante: transformar su enfoque en el general preferible. Por su parte Kunoy recuerda la Opinión Consultiva de la CIJ en el asunto del Sahara Occidental (*Wester Sahara Advisory Opinion*, ICJ Reports 1975, párrs. 12 a 24) que entendió que, cuando las cortes y tribunales internacionales adoptan puntos de vista contradictorios sobre disposiciones jurisdiccionales críticas en tratados multilaterales, alientan la desobediencia a las sentencias y laudos, ya que puede contravenir el principio de que un Estado no está obligado a permitir sus controversias sean sometidas a un

²⁷ Jonathan Charney, “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* volume 271 (1998): 101-382.

²⁸ Koskenniemi y Leino, “Fragmentation of International Law? ...”, 561.

arreglo judicial sin su consentimiento²⁹. En similar sentido, un largo estudio crítico de 542 páginas elaborado por la Chinese Society of International Law³⁰, que analiza en detalle los laudos arbitrales en el caso *Mar de China Meridional (Filipinas v. China)* concluyó -en sustento a sus intereses nacionales- que los numerosos errores del Tribunal arbitral han privado a sus laudos de validez, amenazando con socavar al status derecho internacional.

Algunos doctrinarios³¹ han argumentado que la contribución más importante del sistema de solución de controversias de la CONVEMAR en materia de los artículos 281 y 282 ha sido impulsar a las partes a romper el “impasse diplomático”, a alcanzar acuerdos, cambiar posicionamientos, lo que -en definitiva- fue lo que llevó a la solución a los diferendos.

3.2. Acuerdos que reafirman el procedimiento compulsivo de la Parte XV

Varios acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales han incluido procedimientos obligatorios conforme a la Parte XV de la CONVEMAR. Entre ellos, el *Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de Diciembre de 1982 Relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios* de 1995 en vigor en 2001 (artículo 30); la *Convención sobre la conservación y ordenación de poblaciones de peces altamente migratorias en el océano Pacífico occidental y central* de 2000 entrada en vigor en 2004 (artículo 31), el *Convenio sobre la conservación y ordenación de los recursos pesqueros en el océano Atlántico sudoriental* de 2001 (artículo 24); etc. Algunos van más allá de ese compromiso, por ejemplo, el *Acuerdo de Pesca para el Océano Índico Meridional* de 2006 cuyo artículo 20 establece:” Interpretación y resolución de litigios

²⁹ Kunoy, “The Scope of Compulsory Jurisdiction and ...”, 5.

³⁰ Chinese Society of International Law, *The South China Sea Arbitration Awards: A Critical Study Chinese Society of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2018, 977-984
<https://academic.oup.com/chinesejil/article-pdf/17/2/207/24810530/jmy012.pdf>

³¹ V. al respecto *i.a.* Barbara Kwiatkowska, “The Southern Bluefin Tuna Award (Jurisdiction and Admissibility), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, en Nisuke Endo, Edward McWhinney, Rüdiger Wolfrum (eds.) (The Hague: Kluwer Law International 2002), 697, 721; Barbara Kwiatkowska, “The Southern Bluefin Tuna Arbitral Tribunal Did Get it Right: A Commentary and Reply to the Article by David A. Colson and Dr. Peggy Hoyle”, *Ocean Development & International Law*, volume 34 (2003): 369; Bill Mansfield, “The Southern Bluefin Tuna Arbitration: Comments on Professor Barbara Kwiatkowska’s Article”, *The International Journal of Marine and Coastal Law* volume 16, n. ° 2 (2001): 361-362. Tim Stephens, “The Limits of International Adjudication in International Environmental Law: Another Perspective on the Southern Bluefin Tuna Case”, *The International Journal of Marine and Coastal Law* volume 19, n. ° 2 (2004): 177, 186; Cesare P.R. Romano, “The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: Elements for a theory of consent”, *International law and politics* volume 39 (2007): 791-802.

1. Las Partes contratantes harán todo lo posible por resolver sus litigios de forma amistosa. A petición de cualquiera de las Partes contratantes, podrá someterse un litigio a una decisión vinculante, de acuerdo con los procedimientos relativos a la resolución de litigios establecidos en la sección II de la parte XV de la Convención de 1982 o, en caso de que el litigio se refiera a una o más poblaciones transzonales, de conformidad con los procedimientos establecidos en la parte VIII del Acuerdo de 1995. Las disposiciones pertinentes de la Convención de 1982 y del Acuerdo de 1995 serán aplicables independientemente de que las Partes en litigio sean o no Parte en alguno de estos instrumentos”.

3.3. Apertura a la *jurisdicción prima facie* (artículo 290)

Se solido elogiar en los casos de solicitud de medidas conservatorias la generosa asunción por parte de TIDM de la *jurisdicción prima facie* y el consecuente otorgamiento de medidas con el llamado a la cooperación, a la adopción de compromisos para la preservación del medio con efecto saludable sobre las partes en las controversias y en el litigio mismo. A ese bajo umbral para admitir su *jurisdicción prima facie* se le ha reconocido fuerza centrípeta a la hora de discutir las cuestiones de *jurisdicción* y *competencia* en caso de acuerdos paralelos.

De conformidad al artículo 290.1 de la CONVEMAR, una corte o tribunal que considere que tiene *jurisdicción prima facie* en virtud de la Parte XV puede prescribir medidas provisionales para preservar los derechos respectivos de las partes en la controversia o para prevenir daños graves al medio marino, en espera de una decisión final. En virtud del artículo 290.5, cuando aún no se haya constituido un tribunal arbitral y las partes no hayan llegado a un acuerdo en el plazo de dos semanas sobre la presentación de la solicitud a una corte o tribunal, el TIDM puede prescribir medidas provisionales si considera, *prima facie*, que el tribunal que se constituya será competente y que la urgencia de la situación así lo requiere. Si bien el artículo 290.1 importa una *jurisdicción incidental*, la *jurisdicción residual* prevista en el artículo 290.5 se considera una innovación que trasciende lo meramente incidental y secundario y contribuye al enlace y unidad del sistema de solución de controversias de la Parte XV.

El Tribunal se mostró muy abierto y liberal a la hora de reconocer su *jurisdicción prima facie* frente a la obligación de intercambiar opiniones de conformidad con el artículo 283 y los criterios de urgencia. Así, en el caso del *atún rojo del sur*, desestimó los argumentos de Japón de que la disputa era científica, no legal y, que de todos modos estaba sometida a la

CCSBT que no preveía una solución obligatoria. El TIDM entendió con visión centrípeta que el hecho de que le fuera aplicable al caso la CCSBT, no excluía que la controversia también surgiera en virtud de la CONVEMAR y el consiguiente recurso a la Parte XV. Pidió la moderación de actos perjudiciales, reclamó esfuerzos continuos para llegar a un acuerdo negociado sobre medidas de conservación y ordenación entre los contendientes, pero relevantes para terceras partes y para lograr el objetivo de una utilización óptima del recurso. El TIDM -a pesar de que no adoptó medidas conservatorias por no reconocer urgencia para ello atento a que el tribunal arbitral había de constituir en dos meses- señaló con visión centrípeta que el deber de cooperar es un principio fundamental en la prevención de la contaminación del medio marino tanto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar como en el derecho internacional consuetudinario. Sostuvo que "la prudencia y la precaución" exigían que Irlanda y el Reino Unido cooperaran en el intercambio de información sobre los riesgos o efectos de la operación de la Planta MOX y ordenó a las partes intercambiar información relevante, monitorear los riesgos y efectos y diseñar las medidas apropiadas para prevenir la contaminación marina de la planta

La cuestión de si el TIDM adoptó un enfoque demasiado liberal para determinar la cuestión de su jurisdicción *prima facie*, a modo de lograr el "acaparamiento del caso", no nos parece adecuada, ya que la primacía que resulta de la CONVEMAR con relación a su capacidad de dictar medidas conservatorias y la práctica del Tribunal de pronunciarse más allá de las meras medidas conservatorias contribuye a fortalecer el sistema integral de la Convención.

3.3.Liberalidad en el reconocimiento del cumplimiento de requisitos procedimentales para demandar conforme la Parte XV.

Por ejemplo, en lo que hace a la obligación de *intercambiar opiniones, negociar*, el Tribunal Arbitral en el caso del *Atún de aleta azul* señaló que las partes habían recurrido a los medios de resolución de controversias establecidos en el artículo 16 de la CCSBT y que las negociaciones habían sido "prolongadas, intensas y serias" (39 *ILM* 1359 (2000) párr. 55 del laudo). Reconoció que no se habían intentado todos los medios enumerados en el artículo 16, y que el artículo 16 (2) disponía que el hecho de no llegar a un acuerdo sobre la remisión de una controversia a la CIJ o al arbitraje no eximía a las partes de su responsabilidad de

continúe buscando la resolución de su disputa por medios pacíficos, pero entendió que esa disposición no requería que las partes continuaran indefinidamente negociaciones infructuosas (39 *ILM* 1359 (2000) párr. 55 del laudo). En el caso de la *Planta de MOX*, el TIDM mostró su apertura al considerar que las negociaciones habían terminado y, por lo tanto, Australia y Nueva Zelanda no estaban obligadas a agotar los procedimientos amistosos en virtud de los artículos 279 a 285 dado que habían llegado a la conclusión de que “se habían agotado las posibilidades de solución”. De modo similar, en el caso relativo a la *Reclamación de tierras por Singapur en el estrecho de Johor y sus alrededores (Malasia v. Singapur) (Medidas provisionales)*, la Orden del TIDM de 8 de octubre de 2003 de medidas provisionales a la espera del establecimiento de un tribunal del Anexo VII, en respuesta a la afirmación de Singapur de que no se habían llevado a cabo negociaciones ni un intercambio de opiniones, el TIDM señaló en párr. 48 que esas obligaciones recaían por igual en ambas partes y que cuando no se había podido resolver una disputa o acordar un medio para resolverla, un Estado podría no estar "obligado a continuar con un intercambio de puntos de vista cuando concluya que ese intercambio no podría dar un resultado positivo" (párr. 68).

4. Consideraciones finales

Si bien, en la Parte XV de la Convención el apego al derecho queda debilitado por la libre elección de los medios de solución de controversias que se halla vigente en plenitud y por los medios alternativos -particularmente los establecidos en “acuerdos” de exclusión- es el aglutinante del compacto normativo y procedimental de la CONVEMAR. El sistema de solución de controversias de la CONVEMAR es complejo, flexible, inclusivo de todos los medios de solución de controversias bajo ciertas condiciones, todas ellas en manos de los propios litigantes. Sin embargo, toda su amplitud, tiene un camino de cierre que salvaguarda los objetivos de la CONVEMAR y permite su efectividad. Ello, más allá de si el sistema es capaz de asegurar los equilibrios que el “package deal” de la Conferencia había alcanzado.

Muchos han recordado que el sistema de solución de controversias no es perfecto, pero que debe reconocerse que ha sido confeccionado cuidadosamente en el marco de “lo posible”, habiéndose obtenido lo mejor que se pudo alcanzar. Bien ha señalado Ran Prakash Anand³² - de modo similar a lo señalado por muchos otros- que la Parte XV de la Convención ha estado

³² Ran Prakash Anand, “Enhancing the Acceptability of Compulsory Procedures of International Dispute Settlement”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* volume 5 (2001): 19.

limitada, ya que resulta impensable que los Estados acepten una jurisdicción compulsiva general sin limitaciones. Las dificultades para lograr un marco perfecto de regulación de los océanos se visibiliza en buena medida en el hecho de que en la actualidad la CONVEMAR tras 30 años de su adopción cuenta con sólo 168 Partes cuando fue adoptada en 1982 por 130 Estados, momento en que las Naciones Unidas contaban con 157 Miembros³³.

La idea sostenida desde las negociaciones de la Convención que los procedimientos obligatorios de la Parte XV resultaban fundamentales para la integridad de la CONVEMAR y la limitación del unilateralismo está en contradicción por su propia naturaleza con toda interpretación abierta y laxa inclinada a la prevalencia de la voluntad de las partes -a menos que expresamente esté contemplada en la Convención-. Es retrocesiva y conlleva necesariamente las presiones políticas o económicas de la parte o partes más poderosas, afirmando el unilateralismo fáctico. Además, los acuerdos multilaterales, regionales o bilaterales, predominantemente están dirigidos a la conservación y ordenación de los recursos marinos, pero cuando se trata de poblaciones transzonales y migratorias, generalmente los Estados costeros acusan a los que pescan en alta mar de no respetar las normas de conservación y manejo, mientras los que pescan en alta mar acusan a los ribereños de extender su jurisdicción más allá de su Zona económica exclusiva. Por otra parte, hay que tener en cuenta a la hora del análisis y la interpretación que los acuerdos de exclusión pueden obrar más como asociaciones dirigidas al rédito económico que a la preservación de los recursos.

En materia de acuerdos de exclusión, la doctrina y la jurisprudencia recitan viejos adagios pronunciados hace casi 100 años como los casos de *Carelia* y *Lotus* en defensa de un consensualismo que consideramos mal planteados, básicamente, por hacer prevalecer un acuerdo paralelo por sobre la CONVEMAR, considerando que explícita o implícitamente ello implica una manifestación de acuerdo de las partes contendientes de exclusión de aplicación de la Parte XV de la CONVEMAR, olvidando dar su verdadero peso a un elemento de situación básico como es el que -en esos casos- las partes en disputa no suelen estar de acuerdo sobre qué sistema normativo y medio de solución de controversias o ámbito jurisdiccional debe ser competente, escenario sobre el que “de común acuerdo” ya han tomado previsiones en el artículo 287.5 de la CONVEMAR, disponiendo que un Tribunal arbitral del Anexo VII será quien decida sobre eso y sobre el fondo de la cuestión en tanto su

³³ United Nations Treaty Collection
(https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en).

jurisdicción/competencia en materia regulada por la CONVEMAR ya ha sido aceptada. La libertad que la Convención contempla en ese mismo inciso y artículo para que las partes decidan “otra casa” a *posteriori* del surgimiento de la jurisdicción/competencia del Tribunal arbitral del Anexo VII para el caso, debería ser interpretada restrictiva y evolutivamente para que los párrafos tercero y cuarto preambulares de la CONVEMAR puedan desarrollar sus virtualidades: “Reconociendo la conveniencia de establecer *por medio de esta Convención*, con el debido respeto de la soberanía de todos los Estados, un orden jurídico para los mares y océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos de los mares y océanos, *la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos*”; “Teniendo presente que el logro de esos objetivos contribuirá a la realización de un *orden económico internacional justo y equitativo* que tenga en cuenta los intereses y necesidades de toda la humanidad y, en particular, los intereses y necesidades especiales de los países en desarrollo, sean ribereños o sin litoral” (los resaltados nos pertenecen). Si bien, las partes preambulares se consideran enunciaciones de carácter político, declarativas, no vinculantes, debemos tener en cuenta que esos pronunciamientos preliminares que anteceden a la parte dispositiva, también forman parte de los compromisos del acuerdo, aun cuando estén enunciados de modo de no crear derechos y obligaciones subjetivos inmediatos. Además, de acuerdo a las convenciones de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986 (artículo 31) los tratados deben interpretarse de buena fe, de conformidad al sentido corriente que haya de atribuir a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Con ello, la parte preambular adquiere relevancia especial al llevarse a cabo la interpretación del tratado, ya que da luz, sentido, cohesión al instrumento jurídico y permite captarlo como un todo.

No suena razonable que los tribunales busquen sustento para su visión consensualista y particularista en pronunciamientos que tienen casi un siglo, como son las referencias a los asuntos de *Carelia Oriental* y *Lotus*. En el asunto de *Carelia Oriental* la CPJI señaló que está bien establecido en el derecho internacional que ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser obligado a llevar sus controversias con otros Estados ya sea a la mediación o al arbitraje, o a cualquier otro tipo de arreglo pacífico (CPJI. *Carelia Oriental* (1923), Opinión Consultiva, (Serie A) No 5, 27). En el asunto *Lotus* la Corte señaló que un Estado no está sujeto a ninguna autoridad externa a menos que haya dado su consentimiento voluntario a dicha autoridad; que las normas de derecho vinculantes para los Estados emanan de su propio libre albedrío (CPJI *Lotus (Francia contra Turquía)* (1926), (Ser A) No 10, 18-19).

Hemos elegido este tópico ya que los acuerdos de los artículos 281 y 282 de la CONVEMAR pueden excluir la sujeción de los litigantes al sistema de la Convención, atentando contra su carácter integral, privándolo de su principal efecto y valor. Los mandatos de la Convención pueden quedar así “secuestrados” por los acuerdos de exclusión.

Alain Pellet señaló hace más de veinte años que según el análisis voluntarista del derecho internacional, donde hay voluntad del Estado, hay derecho internacional; si no hay voluntad, no hay derecho: “We are so deeply impregnated with the voluntarist analysis of international law that our natural reflex is to say that where there is State will, there is international law: no will, no law”. En las palabras finales de su trabajo recuerda a Schachter y su percepción de una necesaria evolutividad: “Legal dogma could seem acceptable in a slowly evolving society. It can no longer be accepted at the present time of multi-dimensional changes, where legal relativism has become an absolute necessity³⁴”.

Muchas veces en nuestros trabajos hemos criticado el peligro de la ideologización, politización y forzamiento de la evolución de ciertas áreas del derecho en los ámbitos jurisdiccionales, pero tampoco consideramos valioso desconocer el movimiento natural que los sistemas jurídicos tienen hacia el logro de sus objetivos, valiéndose de la hermenéutica a través de la interpretación e integración del derecho. Resulta autista recitar el consensualismo expreso como base del Derecho Internacional cuando numerosos derechos especiales han tomado caminos dramáticamente opuestos al consensualismo, en base a la consolidación de un orden público internacional ineludible en toda sociedad organizada.

En estos últimos tiempos se observa en distintas áreas del Derecho internacional como el Derecho de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho internacional ambiental -entre otros- una creciente y expandida tendencia postmoderna de desformalización, especialización, fragmentación, adecuación de las mentalidades voluntaristas (estructuralistas, sistematicistas, formalistas) a nuevas técnicas elásticas y libres fundadas en los objetivos y la libre aplicación del derecho (verdadero “law-making”, generalmente, sustentado en principios y objetivos sociales). A ello se agrega la emergencia de la protección de los intereses de la comunidad internacional. Bruno Simma³⁵, hace más de veinticinco años hizo presente que la comunidad internacional no sólo comprende a los Estados sino -en última instancia- a todos los seres humanos (hoy podríamos decir de “todos los seres vivos” con la emergencia de los derechos de la naturaleza en el plano ambiental en

³⁴ Alain Pellet, “The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making”, *Australian Year Book of International Law* volume 12 (1988-1989): 22.

³⁵ Bruno Simma, “From Bilateralism to Community interest in International law”, *Recueil des Cours* volume 259 (1994): 234.

activa expansión) y que ello conlleva que el derecho no se agota en las relaciones entre Estados y sus derechos y deberes correlativos sino que incorpora los intereses de la comunidad internacional como un todo.

Si bien consideramos que el “Derecho” es norma a observar y rechazamos la desformalización incontrolada de la mano del voluntarismo/activismo judicial ideologizado³⁶, el Derecho del Mar no debe anclarse en la versión unidimensional del derecho, la sacra reverencia a la voluntad de los Estados, llevando el congelamiento normativo sin adecuación a las necesidades de la realidad existente como son los desafíos de detener el deterioro de la calidad de los mares y sus recursos y desarrollar la sostenibilidad ambiental y social del aprovechamiento de los recursos, obrando de modo ajeno a la visión ética, axiológica, teleológica y deontológica que la integralidad de la CONVEMAR revela.

³⁶ Zlata Drnas de Clément, *Los paradigmas ideológicos y la concepción del Derecho internacional* (Córdoba: Advocatus, 2020), 141-145 (<https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/06/LOS-PARADIGMAS-IDEOL%C3%93GICOS-drnas-de-clement.pdf>).

Bibliografía

Anand, Ran Prakash. "Enhancing the Acceptability of Compulsory Procedures of International Dispute Settlement". *Max Planck Yearbook of United Nations Law* volume 5 (2001): 1-20.

Boyle, Alan E. "Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction". *The International and Comparative Law Quarterly* volume 46, n. ° 1 (1997): 37-54.

Drnas de Clément, Zlata. "Derechos especiales/regímenes autónomos y el derecho internacional". En *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, editado por Jorge Cardona Llorens, 521-538. Valencia: tirant lo blanch, 2012.

Drnas de Clément, Zlata. *Los paradigmas ideológicos y la concepción del Derecho internacional*. Córdoba: Advocatus, 2020 (<https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/06/LOS-PARADIGMAS-IDEOL%C3%93GICOS-drnas-de-clement.pdf>).

Eiriksson, Gudmundur. *Tribunal Internacional del Derecho del Mar*. Leiden: Brill, 2000.

Guilfoyle, Douglas. "The South China Sea Award: How Should We Read the UN Convention on the Law of the Sea?". Published on line by Cambridge University Press: 16 February 2018. Publicado también en *Asian Journal of International Law*, Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 3055464, <https://ssrn.com/abstract=3055464>

Guillaume, Gilbert. "The Future of International Judicial Institutions". *The International and Comparative Law Quarterly* volume 44, n. ° 4 (1995): 848-862.

Klein, Natalie. *Dispute Settlement on the United Nations Convention on the Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Kittichaisaree, Kriangsak. *The International Tribunal for the Law of the Sea*. Oxford: Oxford Public international law, 2021.

Koskenniemi, Martii y Päivi Leino. "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties". *Leiden Journal of International Law* volume 15, n. ° 3 (2002): 553-579.

Kunoy, Bjørn. "The Scope of Compulsory Jurisdiction and Exceptions Thereto under the United Nations Convention on the Law of the Sea". *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international* volume 57 (2020): 1-64.

Kwiatkowska, Barbara. "The Southern Bluefin Tuna Award (Jurisdiction and Admissibility)". En *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*. Editado por Nisuke Endo, Edward McWinney, Rüdiger Wolfrum, 697-730. The Hague: Kluwer Law International 2002.

Kwiatkowska, Barbara. "The Southern Bluefin Tuna Arbitral Tribunal Did Get it Right: A Commentary and Reply to the Article by David A. Colson and Dr. Peggy Hoyle". *Ocean Development & International Law*, volume 34, n. ° 3-4 (2003): 369-395.

Mansfield, Bill. "The Southern Bluefin Tuna Arbitration: Comments on Professor Barbara Kwiatkowska's Article". *The International Journal of Marine and Coastal Law* volume 16, n. ° 2 (2001): 361-366.

Monsanto, Alberto E. "La tutela del interés general en el Derecho del Mar: pluralidad de jurisdicciones y competencias del Tribunal de Hamburgo". En *Protección de intereses colectivos en el derecho del mar y cooperación internacional*. Editado por Ponte Iglesias, María Teresa, Julio Jorge Urbina, 179-212. Madrid: Iustel, 2012.

Naldi, Gino, Constantinos Magliveras. "Jurisdictional Aspects of Dispute Settlement under the UN Convention on the Law of the Sea: Some Recent Developments". *New Zealand Yearbook of International Law* volume 16 (2018): 207-240.

Noyes, John E. "Compulsory third-party adjudication and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea". *Connecticut Journal of International Law* volume 4 (1988-1989): 675-696.

Oda, Shigeru. 'Dispute settlement prospect in the law of the sea'. *The International and Comparative Law Quarterly* volume 44, n. ° 4 (1995): 863-872.

Peel, Jacqueline. "A Paper Umbrella which Dissolves in the Rain? The Future for Resolving Fisheries Disputes under UNCLOS in the Aftermath of the Southern Bluefin Tuna Arbitration". *Melbourne Journal of International Law* volume 3, n. °1 (2002): 53-79.

Pellet, Alain. "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making". *Australian Year Book of International Law* volume 12 (1988-1989): 22-53.

Rayfuse, Rosemary. "The Future of Compulsory Dispute Settlement Under the Law of the Sea Convention". *Victoria University of Wellington Law Review* volume 36 (2005): 683-713.

Roberts, Hayley. "Identifying 'Exclusionary Agreements': Agreement Type as a Procedural Limitation in UNCLOS Dispute Settlement". *Ocean Development & International Law* volume 52, n. ° 2 (2021): 113-142.

Romano, Cesare P.R. "The shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: Elements for a theory of consent". *International law and politics* volume 39 (2007): 791-872.

Simma, Bruno. "From Bilateralism to Community interest in International law". *Recueil des Cours* volume 259 (1994): 217-384.

Singh, Vinai. "Analysis of advantages and disadvantages of forums prescribed under the UNCLOS and state practice: the way ahead for India". *Revista de Direito Internacional Brasilia* volume 13, n. ° 3 (2016): 318-336.

Stephens, Tim. "Multiple International Courts and the 'Fragmentation' of International Environmental Law". *Australian Year Book of International Law* volume 25 (2006): 227-271.

Stephens, Tim. "The Limits of International Adjudication in International Environmental Law: Another Perspective on the Southern Bluefin Tuna Case". *The International Journal of Marine and Coastal Law* volume 19, n. ° 2 (2004): 177-197.

Zimmermann, Andreas and Jelena Bäumler. "Navigating Through Narrow Jurisdictional Straits: The Philippines – PRC South China Sea Dispute and UNCLOS". *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* volume 12 (2013): 431–461.