ITSAS-ARDURALARITZAZKO ESKOLA
ESCUELA DE ADMINISTRACION MARITIMA

ANUARIO DE DERECHO MARITIMO

DIRECTOR:
PROF. IGNACIO ARROYO

VOLUMEN V

EUSKO JAURLARITZA
LURRALDE-ANTOLAKETA ETA GARRAIO SAILA
Portuen eta Itsas-Garraiotarako Artezkaritza

GOBIERNO VASCO
DEPARTAMENTO DE POLITICA TERRITORIAL Y TRANSPORTES
Dirección de Puertos y Transportes Marítimos

Volumen editado con el patrocinio del DEPARTAMENTO DE POLITICA TERRITORIAL
Y TRANSPORTES DEL GOBIERNO VASCO

© Ignacio Arroyo Martínez
Paseo de Gracia, 92
08008 BARCELONA

I.S.B.N.: 84-398-9276-4
Depósito legal: M. 16.757-1986

Printed in Spain / Impreso en España
por OFFIRGRAF, S. A.
Polígono Industrial La Hoya
S. S. de los Reyes (Madrid)

LOS DERECHOS DE LOS ESTADOS SIN LITORAL Y EN SITUACIÓN DESVENTAJOSA EN LA ZONA ECONOMICA EXCLUSIVA: EL AMBITO DE LA PARTICIPACION

ANTONIO MARTÍNEZ PUÑAL
Doctor en Derecho
Profesor Colaborador de Derecho Internacional
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: A) Introducción.—B) El ámbito geográfico: Región o subregión.—C) La naturaleza de los recursos: Recursos vivos «versus» recursos vivos y no vivos.—D) La existencia de recursos: El problema del excedente en relación con el volumen de captura permisible. 1. La participación en el excedente; 2. La participación en el volumen de captura permisible.—E) El desarrollo como condicionante espacial de la existencia de derechos.—F) La naturaleza preferente de los derechos.—G) La transferencia de los derechos.—H) La inaplicabilidad de los artículos 69 y 70 de la Convención sobre el Derecho del Mar.

A) Introducción

Trataremos en estas páginas de dar respuesta a algunos de los aspectos de la problemática referente a los derechos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en la Zona Económica. En concreto, intentaremos contribuir a un mejor entendimiento de las coordenadas que, a nuestro juicio, delinean el ámbito de la participación de dichos Estados en los recursos de la citada Zona. Algunas incógnitas dejarán de serlo, otras, sin duda, requerirán tal vez análisis más pormenorizados que habrán de ser hechos en la medida en que la Convención sobre el Derecho del Mar vaya siendo objeto de un mayor y profundo estudio.

Nuestra labor será hecha, evidentemente, a la luz de la Convención sobre el Derecho del Mar en cuanto ésta haya dado una respuesta, más o menos acertada, al problema sometido a examen. Cuando así no suceda, recurriremos, además, a un análisis retrospectivo del problema mediante el estudio de su tratamiento en la Comisión de Fondos Marinos (CFM) y en la III Conferencia sobre el Derecho del Mar (III CDM), no olvidándonos, por lo demás, de introducir en todo ello las aportaciones doctrinales habidas al respecto.

Pasamos, pues, sin más dilación, a estudiar y valorar lo que nosotros entendemos resultan ser algunas de las *claves* jurídicas de los derechos de participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en los recursos vivos de la Zona Económica Exclusiva.

B) El ámbito geográfico: Región o subregión

En los arts. 69 y 70 de la Convención sobre el Derecho del Mar se establece que los Estados sin litoral o, en su caso, los Estados en situación geográfica desventajosa tendrán derecho a participar, sobre una base equitativa, en la explotación de una parte apropiada del excedente de recursos vivos de las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados ribereños de la misma «subregión o región». Otras referencias a la expresión «subregión o región» se encuentran, respectivamente, en los aptdos. 3, 4 y 5 y 4, 5 y 6, respectivamente, de los citados artículos. Resultará, pues, de interés, la depuración de dichos términos en la medida en que nos resulte posible. Ello nos servirá, además, de marco de referencia para la delimitación del ámbito geográfico de los acuerdos «subregionales o regionales» de que se habla en distintos apartados de dichos artículos. Asimismo, no dejará de ser de utilidad la precisión de los citados términos de «región» y «subregión» para su entendimiento en otras partes de la Convención en que aparecen recogidos.

Trataremos de acercarnos a la definición de los términos «región» y «subregión» mediante el estudio de su tratamiento en los debates de la III Conferencia y por la doctrina que se ha preocupado por el tema. Nos ceñiremos únicamente a la III CDM debido al hecho de que este tema no fue objeto de comentarios en la CFM. Ni qué decir tiene que la necesidad de una determinación de dichos términos surge de la falta de cualquier tipo de definición en las distintas disposi-

ciones de la Convención en que los encontramos. Tal indefinición no será sino indicio de las limitaciones con que nos enfrentaremos en nuestro objetivo. Por lo demás, esta realidad nos parece hasta cierto punto fiel corolario de la indefinición de los Estados en situación geográfica desventajosa. Indefinidos, en buena medida, los legitimados activos de los derechos de participación, no parece ilógico que el campo de la legitimación pasiva presente a su vez problemas en su concreción. Advertidas estas premisas, pasaremos seguidamente a desarrollar el esquema previsto.

Hecha la precisión, el 18 de mayo de 1978, por el delegado danés Villadsen, de la necesidad de una adecuada definición de la expresión «la misma subregión o región» (1), el delegado canadiense Mawhinney, sin entrar en definir dicha expresión, apuntó unos datos en relación con ella, los cuales juzgamos en principio parecer aceptables. En efecto, dicho delegado sostendría: «La idea de región o subregión es uno de los elementos clave de esas nuevas propuestas. Conviene precisar claramente que los Estados sin litoral y los Estados en situación geográfica desventajosa no pueden aspirar a pertenecer a más de una región o subregión porque, en ese caso, los privilegios que se les conceden en virtud de los artículos 69 y 70 serían exorbitantes. Paralelamente, es importante dejar bien sentado que no se podrá considerar a ningún Estado ribereño como perteneciente a más de una región o subregión, pues sería para él una carga intolerable tener que hacer frente a reivindicaciones que le llegarían de todas partes, o sea, que todavía están por definir los límites jurídicos de los privilegios y de las obligaciones que se enuncian en los artículos 69 y 70» (2).

Finalmente, destacaremos la intervención del delegado polaco Symonides, quien, después de poner de manifiesto la necesidad de llegar a un acuerdo en las interpretaciones de las definiciones de algunos términos poco claros, uno de los cuales sería el de «región», afirmaría: «Los mares semicerrados con escasos recursos vivos y sin un excedente disponible, no constituyen regiones en el sentido del artículo 70. En tales casos, debe considerarse la 'región' como una región oceánica, en conformidad con la terminología utilizada por la

(1) 103.ª Sesión Plenaria, *III CDM, Docs. Ofcs.*, vol. IX, p. 69.

(2) *Ibid.*, pp. 69-70.

La preocupación por la definición del término «región» sería puesta de manifiesto por el rumano GLICA, 57.ª Sesión, Segunda Comisión, *III CDM, Docs. Ofcs.*, vol. XI, p. 62, y por el búlgaro ZHELYAZKOV, 58.ª Sesión, *ibid.*, p. 71.

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación» (3).

En definitiva, de las intervenciones, por lo demás no muy numerosas ni instructivas, habidas en la III CDM en relación con los términos «subregión» o «región», destacaremos la reiteración en la necesidad de una definición de dichos términos, entendiéndolas en un sentido amplio y de tal forma que abarquen un excedente disponible de recursos vivos. Las definiciones de subregión o región por referencia a áreas geográficas carentes de recursos malograrían los derechos de participación contemplados en los arts. 69 y 70. También habría que destacar, finalmente, la existencia de una única relación entre Estado desaventajado y región por una parte y entre Estado aventajado y región por otra, algo que encontramos acertado como regla general.

La preocupación por la necesidad de disponer de una definición de los términos «región» y «subregión» fue puesta tempranamente de manifiesto por la doctrina. Así, Montaz, en relación con el tema, en 1974, afirmaría la necesidad de llegar a un cierto equilibrio satisfactorio entre las diferentes regiones, debiendo responder este equilibrio a dos criterios: cuantitativamente, el número de Estados desaventajados afectados a cada una de las regiones debería ser sensiblemente igual; cualitativamente, un cierto número de factores económicos deberían ser tomados en consideración, siendo preciso especialmente evitar la vinculación a una misma región de un número bastante grande de Estados cuya población y el futuro sean tributarios de las pesquerías adyacentes (4). Según este autor, por tanto, la conformación de las regiones habrá de realizarse de una forma equilibrada tanto por lo que se refiere al número de Estados en situación geográfica desventajosa pertenecientes a cada región (equilibrio cuantitativo) como por lo que se refiere al grado de «dependencia pesquera» de dichos Estados (equilibrio cualitativo). Se trataría, en otras palabras, de evitar la creación de regiones desaventajadas en relación con otras con base en la mayor incidencia en unas que en otras de los derechos de participación.

Dos años más tarde, en 1976, Storer, a la vez que subraya el gran problema que constituye la definición del término «región», diría que

(3) 138.ª Sesión Plenaria, *III CDM, Docs. Ofcs.*, vol. XIV, p. 61.

(4) Cfr. MONTAZ, D.: «La mer et l'egalité entre les Etats», *Revue Iranienne des Relations Internationales*, n.° 2, hiver 1974-75, p. 27.

«some countries in Europe have suggested that the appropriate region to considerer was not just the eastern Atlantic but the whole north Atlantic» (5). Implícitamente, parecería apuntarse a la idea de la conformación de las regiones con base en el principio de la existencia de un excedente de recursos vivos, o, lo que es lo mismo, a la configuración de lo que podríamos calificar como «regiones excedentarias».

Por su parte, Symonides, manifestándose en un plano de mayor concreción, diría de la «región» que ésta se superpone con las áreas geográficas cubiertas por las Comisiones Económicas de las Naciones Unidas (6).

En su misma línea, Alexander sostendría, en 1977: A possible definition of 'regions', as seen on a global basis, could correspond with the Regional Economic Commissions of the Un Economic and Social Council» (7).

Gonçalves habrá sido tal vez el autor que más se preocupó de la definición del término «región», como lo prueban los trabajos suyos publicados en 1978, 1979 y 1983. En el correspondiente a este último

---

(5) STORER, J. A.: «Law of the Sea Negociations and Extended Jurisdiction», *Economic Impact of Extended Fisheries Jurisdiction,* Michigan, 1976, p. 109.

(6) Cfr. SYMONIDES, J.: «Geographically Disadvantaged States and the New Law of the Sea», *Polish Yearbook of International Law,* 1976, p. 62.

(7) ALEXANDER, L. M.: «Regional Arrangements in the Oceans», *American Journal of International Law,* vol. 71, n.° 1, January 1977, pp. 94-95.

Para este autor, asimismo, «it becomes apparent that all regions are in a sense intellectual concepts —techniques for organizing phenomena into manegeable patterns» *(ibid.).* Dentro de esa técnica de regiones marinas orientadas a una administración de recursos y en la perspectiva de los derechos de participación que nos ocupan, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ haría una referencia a proyectos nacionales patrocinadores de «la existencia de regiones o subregiones como módulos operativos para el logro de una participación común en el desarrollo entre los Estados vecinos de un determinado sector geográfico» (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: *La Zona Exclusiva de Pesca en el nuevo Derecho del Mar,* Oviedo, 1977, p. 63).

Como el mismo ALEXANDER nos recuerda, las cuatro Comisiones son la Comisión Económica para Europa, la Comisión Económica Social para Asia y el Pacífico, la Comisión Económica para América Latina y la Comisión Económica para Africa, siendo los Estados Unidos de América miembro de todas ellas, excepción hecha de la africana.

Aquí, en la hipótesis de que fuese aceptada esa clasificación regional, surgiría un problema derivado de la pertenencia a más de una «región». Sería una excepción a la regla general de la pertenencia a una sola región. La solución podría ir por el camino de entender, en la medida que fuese procedente, la redacción de los arts. 69 y 70, cuando hablan de la participación en los recursos vivos «de las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños de la misma subregión o región», como referida a la participación en los recursos vivos de las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños que estén situados en la misma región o subregión. Con ello, de algún modo, se preservaría la relación unitaria de que hablamos antes.

año afirmaría, en relación con la interpretación de los conceptos de «región» y «subregión»:

> «... Poderia, assim, conceber-se, teoricamente, que a 'região' na qual o acesso seria aberto aos Estados sem litoral e 'geograficamente desfavorecidos', basear-se-ia na consideração:
>
> *a)* de aspectos geopolíticos —correspondendo, neste caso, a região a um continente ou à área geográfica de competência de organizações, como as comissões económicas regionais das Nações Unidas ou grupos políticos regionais, tais como a Organização da Unidade Africana e a organização dos Estados Americanos;
>
> *b)* de un espaço geográfico continental correspondente à área formada por un Estado sem litoral e Estados costeiros limítrofes ou vizinhos;
>
> *c)* de 'zonas económicas regionais ou sub-regionais', criadas nos termos de acordo entre Estados costeiros e sem litoral, nas quais estes Estados teriam, entre outros, direitos iguais, com vista à exploração dos recursos biológicos marinhos;
>
> *d)* da zona económica exclusiva de um único Estado costeiro limítrofe...» (8).

El problema continuaría, pues, abierto y pendiente de solución para Gonçalves. Ello reflejaba no en vano su punto de vista general sobre la materia, puesto de manifiesto cuando escribe que debido a la diversidad de situaciones locales, tanto geográficas como económicas, no era de esperar que la III Conferencia diese lugar a una única y global definición del concepto de región, lo cual vendría a confirmar la flexibilidad de dicho concepto (9).

En esa línea de «flexibilidad conceptual», la indefinición de la «región» o «subregión» a juicio de Economides, vendría a ser algo voluntariamente querido (10). Estando de acuerdo con su tesis en lo que se refiere a la necesidad de negociar el ámbito físico de las regiones desde la perspectiva actual de las regiones a que nos ha conducido la indefinición regional de la Convención sobre el Derecho del Mar, no estamos de acuerdo con su formulación respecto al carácter «vo-

(8) GONÇALVES, M. E.: *A Politica Comun da Pesca da Comunidade Económica Europea*, Lisboa, 1983, p. 125. Esta monografía recoge la Tesis Doctoral de la autora mantenida en 1977.

La autora se manifiesta en términos similares en «Analysis of the Concept of 'Region' in the Informal Composite Negociating Text», F.A.O., Doc. COFI/78/Inf. 10, May 1978, p. 15; «Concepts of marine region and the new law of the sea», *Marine Policy*, October 1979, p. 261.

(9) Cfr. *ibid.*, «Concepts ...», *cit.*, p. 263.

(10) Cfr. ECONOMIDES, A. E.: «La III Conferenza delle Nazioni Uniti sul Diritto del Mare», *La Comunità Internazionale*, vol. XXXIV, n.° 1, p. 34.

luntario» de dicha indefinición. A nuestro juicio, lo que sí se produjo fue una incapacidad al respecto de las delegaciones participantes en la III Conferencia. No podemos soslayar, como fácilmente se puede deducir de nuestro hilo argumental, la íntima conexción —ya enunciada antes— entre las definiciones de «Estado en situación geográfica desventajosa» y de «región» o «subregión» (11).

Una nueva posibilidad para el concepto de región sería sugerida por Extavour, quien, después de recordarnos la inexistencia de una precisa definición del término «región» en el contexto del nuevo Derecho del Mar (12), afirmaría que aquél debería ser tomado para referirse a los grupos geográficos reconocidos en el sistema de las Naciones Unidas, especialmente Africa, Asia, Europa del Este, Latinoamérica y Europa Occidental y otros (13).

Por su parte, Ulfstein escribiría: «'Region' and 'subregion' are not defined in the LOSC and the terms have no distinct meaning in fisheries management or international law. It seems most appropriate to delimit the regions according to geographical and fisheries management criteria. This last criterion implies that one takes into consideration ecology, the fishing pattern and the traditionally geographical competence area for the regional fishery organizations. Against this background the North East Atlantic and the Baltic Sea should be considered one region. If the same criteria are used on a subregion, the North Sea, the Barents Sea and the areas west of Ireland may be regarded as separate subregions» (14).

Otra hipótesis conceptual sería la abierta por Verwey cuando afirma: «The formulation 'sub-region or region' creates the possibility for coastal states to refuse their co-operation in establishing arrangements with LL/GDS: for instance, by making their co-operation

(11) No pretendemos, con todo, equiparar las dificultades de ambas definiciones. No puede olvidarse que el «Estado en situación geográfica desventajosa» era un término nuevo mientras que la «región» era un término ya utilizado en el vocabulario convencional jurídico-marítimo.

En ese sentido, no es extraño que fuese dicho por JAYAKUMAR: «There are, of course, other problems areas... Nor have the terms region and subregion been defined... However, in comparison with the five issues just dicussed (entre ellos, uno bajo el título «Wich Countries Should Be Covered by a Provision for GDS»), the writer feels that these other questions can be resolver with less difficulty» (JAYAKUMAR, S.: «The Issue of the Rights of Landlocked and Geographically Disadvantaged States in the Living Resources of the Economic Zone», *Virginia Journal of International Law*, vol. 18, n.° 1, Fall 1977, p. 115).

(12) EXTRAVOUR, W. C.: *The Exclusive Economic Zone*, Genève, 1979, pp. 178 y 261.

(13) Cfr. *ibid.*, p. 249.

(14) ULFSTEIN, G.: «200 Mile Zones and Fisheries Management», *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, vol. 52, Fasc. 3-4, 1983, p. 21.

in the establishment of sub-regional arrangements dependent on the previous establishment of collective arrangements at the regional (continental) level, which may never come into existence» (15). Haciendo patente nuestro desacuerdo con la posibilidad de rehusar la cooperación en las circunstancias apuntadas por el autor, lo que a nosotros nos interesa en este momento es la equiparación que parece hacer aquél entre los términos «región» y «continente», con lo cual surgiría otra eventual posibilidad de hacer realidad el planteamiento regional.

Estaríamos, a tenor de las posiciones doctrinales expuestas, ante una serie de posibilidades de diseñar el mapa regional. Ello sería un buen exponente de la falta de una adecuada definición. Con razón diría Rao: «Thought some may considerer that this expressions is 'constructively ambiguous', problems arising out of its interpretation in practice cannot be ruled out, for there is no internationally accepted meaning of what constitutes 'a region' or 'a subregion'» (16).

La falta de una definición clara no dejaría de ser asimismo, de una u otra manera, puesta de relieve por otros autores, como Alexander, Hassan, Paterson, Eriksson, Jayakumar y Caflisch (17).

---

(15) VERWEY, W. D.: «The New Law of the Sea and the Establishment of a New International Economic Order: The Role of the Exclusive Economic Zone», *I.J.I.L.*, vol. 21, n.° 3, July-September, 1981, p. 406.

(16) RAO, P. Ch.: *The New Law of Maritime Zones —With special reference to India's Maritime Zones—*, New Delhi, 1983, pp. 260-261.

(17) ALEXANDER: «Regionalism and the Law of the Sea: The Case of Semi-enclosed Seas», *Ocean Development and International Law*, vol. 2, n.° 2, Summer, 1974, p. 164; HASSAN, T.: «Third Law of the Sea Conference Fishery Rights of Landlocked States», *Lawyer of the Americas*, vol. 8, n.° 3, October 1976, p. 701; PATERSON, A. E.: «The Law of the Sea Conference: What Are Its Implications for Development?», *International Development Review*, vol. 2, 1976, p. 34; ERIKSSON, G.: «Some Thoughts on Regional Marine Arrangements in the Developing World», *Regionalization of the Law of the Sea*, Proceedings Law of the Sea Institute Eleventh Annual Conference, November 14-17, 1977, University of Hawaii, Honolulu, 1978, pp. 96-97; JAYAKUMAR: «The Issue...», *cit.*, p. 115; CAFLISCH: «The Doctrine of Mare Clausum and the Third United Nations Conference on the Law of the Sea», *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Leinden, 1977, p. 210; *Id.*: Landlocked and Geographically Disadvantaged States and the New Law of the Sea», *Thesaurus Acroasium*, vol. VII, 1977, p. 393; *Id.*: «The Fishing Rights of Land-Locked States and Geographically Disadvantaged States in the Exclusive Economic Zone», *La Zona Economica Exclusiva*, Milano, 1983, cit., p. 44. Este último autor, refiriéndose a la región, escribiría: «L'élaboration d'une telle définition aurait suscité des difficultés insurmontables tant au sein du Groupe des Etats sans littoral et géographiquement désavantagés qu'en celui du Groupe des Etats côtiers» (La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer adoptée le 30 avril 1982), *Annuaire Suisse de Droit International*, vol. XXXIX, 1983, p. 74.

Sobre la problemática del concepto «región», *vid.*, asimismo TAVARES DE PINHO, A.: *L'accés de étrangers a l'exploitation des ressources biologiques de la zone economique exclusive*, tesis doctoral, Nice, 1983, pp. 165-171.

Queremos advertir también que lo dicho respecto a la región, aun cuando no haya sido hecha referencia expresa a las subregiones, es también de aplicación para éstas. No estaría tampoco la «subregión» libre de las dificultades encontradas en el caso de la región. Acaso podría decirse con Johnston que sus dificultades de definición podrían ser incluso mayores (18).

Aparece claro, a la luz de todo el análisis doctrinal efectuado por nosotros, que no existe ninguna línea de delimitación regional que gozando de una suficiente fundamentación haya logrado sobresalir sobre las otras. Es más, la falta de fundamentación para la hipótesis de trabajo habrá resultado, como pudimos comprobar, una constante en los diversos planteamientos doctrinales; falta que, salvo contadas excepciones, ni siquiera ha intentado ser subsanada por la doctrina. A este respecto, valorando en su justa medida esas excepciones, se echa de menos una monografía que abra puntos de luz y reflexión en la materia.

Llegado aquí, aun siendo conscientes de que somos objeto de las limitaciones en que se vieron inmersos aquellos que hemos citado en este epígrafe, hemos de señalar, a modo de resumen y epílogo, que a la vista de la indefinición de la Convención sobre el Derecho del Mar respecto del término «región», habrá de procederse a su conformación con una gran dosis de flexibilidad, si bien dicha conformación habrá de estar, a nuestro juicio, guiada por dos principios que estimamos fundamentales: el primer principio estribaría en procurar el logro de «regiones» dotadas con un excedente de recursos vivos. Lo contrario sería fácilmente desechable desde un plano metodológico si tenemos en cuenta el *plus* de dificultades que crearía una ordenación regional diseñada sobre un *déficit* de recursos vivos; el segundo principio habrá de atender, a nuestro modo de ver, a la búsqueda de un equilibrio interregional en la *ratio* excedente de recursos vivos/dependencia nutricional pesquera. Lo contrario sería inconsecuente con la más justa distribución de recursos pesqueros a escala mundial que ha venido a suponer la última revisión del Derecho del Mar, por el hecho de venir a suponer para los Estados miembros de las distintas regiones el tener que hacer frente a una serie de cargas distintas que pudieran llegar a entrañar, en algunos casos, una injusticia manifiesta a nivel de Estados aventajados. De todos mo-

(18) JOHNSTON: «Regionalization and its Consequences at UNCLOS III», *Regionalization..., cit.*, p. 5.

dos, como resulta obvio, los dos principios citados habrán de ser rectamente entendidos, dejando a salvo las cautelas de libre disposición, por encima de los mínimos participativos, establecidas respectivamente, en los aptdos. 5 y 6 de los arts. 69 y 70, en los cuales se recoge que «las disposiciones que anteceden no afectarán a los arreglos concertados en subregiones o regiones donde los Estados ribereños puedan conceder a Estados sin litoral (o en situación geográfica desventajosa) de la misma subregión o región derechos iguales o preferenciales para la explotación de los recursos vivos en las zonas económicas exclusivas».

C) La naturaleza de los recursos: Recursos vivos «versus» recursos vivos y no vivos

Se dice en los arts. 69 y 70 de la Convención que los Estados sin litoral y los Estados en situación geográfica desventajosa, respectivamente, tendrán derecho a participar, sobre una base equitativa, en la explotación de una parte apropiada del excedente de «recursos vivos» de las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados ribereños de la misma subregión o región. Los derechos de participación serían, en los términos contenidos en dichos artículos, establecidos, como acabamos de ver, exclusivamente en los recursos vivos, o sea sobre los peces, mamíferos marinos y plantas de la Zona Económica Exclusiva (19).

No ofreciendo ninguna duda la interpretación de la Convención en este punto respecto a la limitación de los derechos de participación a los recursos vivos, estimamos, no obstante, que pudiera resultar de interés la exposición de algunas reflexiones proclives a contemplar los derechos de participación tanto sobre los recursos vivos como sobre los no vivos. Adelantaremos ya aquí que las reflexiones formuladas no dejarán de apuntar elementos argumentales en pro de dicha participación sumamente interesantes, pese a la no inclusión de la participación en los recursos no vivos de la Zona Económica

(19) FERGUSON, refiriéndose a los derechos de participación en la extracción de los recursos vivos en las Zonas Económicas Exclusivas y a la distinción entre recursos vivos y no vivos, diría: «The RSNT distinguished between living resources (fish, plants, and marine mammals) and non living resources (oil and hard minerals)». FERGUSON, S.: «*UNCLOS* III: Last Chance for Landlocked States», *Law of the Sea IX, San Diego Law Review*, vol. 14, n.° 3, April 1977, p. 648.

Exclusiva en la redacción del texto de la Convención sobre el Derecho del Mar.

Uno de los primeros autores que se manifestó sobre este particular fue Friedmann, quien había señalado en 1972:

> «Since the oceanbeb sediment in which there is so much interest has originated over millions of years in the land from which material is carried by rivers into the sea, it would be highly inequitable to deny a share of these resources to a country whose rivers contributed their accumulation. This would give certain rights to landlocked countries, which are altogether excluded from the benefits that have accrued to the coastal states, as the law now stands.
>
> It was hardly to be expected that states excluded from such an enormous extension of the wealth of certain countries would not seek some kind of compensation. The most disadvantaged of these States —the twenty-nine landlocked countries— so far have not made moves other than to support an international oceanbed regime under which at least some of the wealth of the seabed would be redistributed» (20).

Por su parte, Franck, El Baradei y Aron, dos años después, advertirían:

> «The definition of the area already subject to coastal state sovereignty is important for the purpose of determining the amount of compensation or trade-offs to which the landlocked and geographically disadvantaged states may be entitled if coastal states take jurisdiction over parts of *res communis*. If, under existing law, the continental shelf only extends to a limit of 200 metres depth, then an extension of coastal state jurisdiction to deeper areas would warrant compensation to states which presently share in the *res communis* but which would be deprived of that benefit under a new law. Even if the present limit of the continental shelf were thought to extend all the way to the end of the continental margin —i. e., if the 'limit of exploitability' were now thought to have crept all the way to the edge of the oceanic abyss— still, extension of coastal jurisdiction to 200 miles would, in many cases, go beyond that margin to include part of the *res communis* seabed basin and abyssal plains; and this extension, too, might support a claim for compensatory arrangements. Once 'compensation' is under discussion, the door is open to the introduction of equitable systems for redistributing part of the coastal states' windfall that would result from an extension of their jurisdiction» (21).

---

(20) FRIEDMANN, W.: *The Future of the Oceans,* London, 1972, pp. 42-43. Parecida línea argumental sería la esgrimida por BRIDGMAN: «Boundaries of the Economic Zone —Discussion and Questions—», *Law of the Sea: Conference Outcomes and Problems of Implementation,* Proceedings Law of the Sea Institute Tenth Annual Conference, June 22-25, 1976, Kingston, Rhode Island, 1977, pp. 215-216. Argumentación similar fue recogida asimismo por O'CONNELL, D. P.: *The International Law of the Sea,* vol. I, Oxford, 1982, p. 580.

(21) FRANCK, T.; EL BARADEI, M.; ARON, G.: «The New Poor; Land-Locked Shelf-Locked and other Geographically Disadvantaged States», *New York University Journal of International Law and Politics,* vol. 7, n.° 1, 1976, p. 17.

De todos modos, la posición de los Estados ribereños no era favorable a una compensación en tal sentido. Sus puntos de vista, reflejados, entre otros, por Caflisch, sostienen que en virtud del criterio de explotabilidad establecido por el art. 1 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental, ellos gozan ya de derechos adquiridos sobre los recursos del lecho oceánico hasta una extensión de 200 millas e incluso más allá de dicha extensión (22).

Más adelante, en relación con este mismo asunto, el citado autor continuaría como sigue:

> «The argument of the broard-shelf States is contradictory. While these States advocate the establishment of an economic zone of 200 miles *de lege ferenda* because the creation of such a zone would be to their advantage, they show a great attachment to the *lex lata* as soon as the latter is in their favour, as in the case in their opinion, in the matter of the continental shelf. Countries other the broad-shelf States could imitate this example and begin to insist on the *lex lata* wherever it suits their interests. Thus the land-locked and geographically disadvantaged States could, for instance, invoke their *vested* fishing rights in the areas of high seas which are to fall within the future economic zone. Using a reasoning analogous to that followed by the broad-shelf States, they could insist that the existence of such *vested* rights makes the creation of economic zones legally impossible and hence justifies the maintenance of the *status quo*. It must be remembered, finally, that the Third UN Conference on the Law of the Sea is not, in essence, a codification conference but is entrusted with making new law; hence arguments based on the existing law are not necessarily decisive» (23).

---

(22) Cfr. CAFLISCH: «The Doctrine...», *cit.*, pp. 216-217.

La tesis contraria, favorable a los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa y basada en el carácter de *res communis omnium* de los recursos, sería también recogida por este autor en la p. 216.

(23) *Ibid.*, p. 221.

Los mismos argumentos son expuestos por CAFLISCH en «Land-Locked...», *cit.*, pp. 385-386.

El mismo autor, como miembro de la delegación de Suiza en la III Conferencia, había precisado que: «Su delegación, al igual que las de los otros países sin litoral o en situación geográfica desventajosa, estima que el establecimiento de una zona económica en beneficio de un número reducido de Estados ribereños, conduciría a desigualdades *de iure* y *de facto*, cualquiera que sea la forma jurídica que dicha zona adopte. La institución de un régimen de desigualdad requeriría una compensación que debería consistir en el derecho a participar directa o indirectamente en la exploración y explotación de los recursos vivos de la zona económica propuesta. Este derecho debería beneficiar a todos los Estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa, ya sean desarrollados o en desarrollo», 22.ª Sesión, Segunda Comisión, 31 de julio de 1974, *III CDM, Docs. Ofcs.*, vol. II, p. 200.

En parecido sentido, el delegado singapureño CHAO había afirmado: «Con respecto a las propuestas que figuran en el documento A/CONF. 62/C. 2/L. 39, sobre la participación de los países sin litoral o en otra situación geográfica desventajosa en la explotación de los recur-

Finalmente, señalaremos cómo las tesis participativas fueron auspiciadas por Extavour cuando escribe: «The principal argument advanced in support of such a position has been that the 1958 Continental Shelf Convention has already unfairly discriminated against the land-locked States in conferring upon the coastal States sovereign rights over the shelf which formed an integral part of the *communis omnium,* being part of the high seas. The recognition of participation by land-locked States in the non-living resources of the exclusive economic zone and the continental shelf would therefore serve to redress the balance which had been upset by that Convention which respect to the rights of all States to the sea-bed and subsoil and their resources» (24).

Las posibilidades encerradas en las anteriores afirmaciones no llegarían, con todo, a ver la luz, y a ello contribuirían también las propias diferencias entre los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa. En este sentido, Montaz subrayaría que difícilmente se podía concebir que los Estados del Golfo Pérsico, por ejemplo, aunque miembros del Grupo de Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, aceptasen repartir los recursos petrolíferos con los otros miembros de dicho Grupo (25).

No es nuestra intención abrir una polémica respecto a algo en que la Convención sobre el Derecho del Mar se ha pronunciado de forma meridiana. Unicamente quisimos poner de manifiesto la existencia de argumentos en pro de la citada participación, si ésta hubiese disfrutado de un *contexto* adecuado para su inclusión en la Convención. No ha de olvidarse, con todo, habida cuenta de las repetidas veces postulada conexión entre el Nuevo Derecho del Mar y el Nuevo Orden Económico Internacional, el papel que los recursos energéticos submarinos hubieran podido tener para el desarrollo de los

sos no vivos de la zona económica de los países ribereños vecinos y de su participación en los ingresos provenientes de la explotación de los recursos minerales del mar es un derecho adquirido en virtud de la Convención de 1958 sobre la Plataforma Continental. Todos los países tienen derechos adquiridos sobre los recursos del mar. El razonamiento algo contradictorio que se utiliza para justificar el establecimiento de una zona económica y la retención exclusiva para el Estado ribereño de los beneficios derivados de la explotación de los recursos minerales de esa zona, sugiere que hay un undécimo mandamiento según el cual debe obedecerse la Convención sobre la Plataforma Continental, pero no deben obedecerse las otras tres Convenciones de Ginebra». 36.ª Sesión. Segunda Comisión, 12 de agosto de 1974, *III CDM, Docs. Ofcs.*, vol. II, p. 289.

(24) EXTRAVOUR, *op. cit.*, p. 252.

(25) Cfr. MONTAZ, D.: «L'evolution du Droit de la Mer de la Conférence de Genève a celle de 1975», *Droit de la Mer,* París, 1977, p. 74.

recursos no vivos de la zona económica, se ha sostenido que el derecho a los

Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa. En la cooperación a este desarrollo, junto con una verdadera ruptura no lograda de la «dependencia nutricional pesquera», hubiera encontrado la Convención sobre el Derecho del Mar un importante argumento para la defensa de aquella conexión.

En esta línea de consideraciones no dejan de parecernos acertadas las siguientes palabras de Manley: «The July 1977 Negociating Text further lacks any adequate safeguards for landlocked and geographically disadvantaged States, whether (with specific reference to the former) with regard to transit rights or with regard to access to living resources of the sea within the proposed Exclusive Economic Zone of coastal states. In terms of nonliving resource exploitation within the EEZ, they are accorded no rights whatsoever. Considering that a number of the landlocked nations are among the most underdeveloped on the face of the globe, this failure can only regarded as an outrageous and tragic aspect of the emerging 'new law of the sea'» (26).

No se habría procedido, por tanto, a nuestro juicio, a una desustanciación de la Zona Económica Exclusiva por el hecho de que se hubiese recogido en la Convención la regulación de los derechos de participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en los recursos no vivos de dicha Zona. Es más, tal participación no sería sino un complemento no carente de lógica por el que se podría haber posibilitado el desarrollo de la vocación finalizada del art. 254 de la Convención (Derechos de los Estados vecinos sin litoral y en situación geográfica desventajosa), en el cual se establece que:

> «1. Los Estados y las organizaciones internacionales competentes que hayan presentado a un Estado ribereño un proyecto para realizar la investigación científica marina mencionada en el párrafo 3 del artículo 246 darán aviso de él a los Estados vecinos sin litoral o en situación geográfica desventajosa, y notificarán al Estado ribereño que han dado ese aviso.
>
> 2. Una vez que el Estado ribereño interesado haya dado su consentimiento al proyecto, de conformidad con el artículo 246 y otras disposiciones pertinentes de esta Convención, los Estados y las organizaciones internacionales competentes que realicen ese proyecto proporcionarán a los Estados vecinos sin litoral o en situación geográfica desventajosa, si así lo solicitan y cuando

(26) MANLEY, R. H.: «Developing Nation Imperatives for a New Law of the Sea: UNCLOS I and III as Stages in the International Policy Process», *Ocean Development and International Law*, vol. 7, n.° 1/2, 1979, p. 14.

proceda, la información pertinente prevista en el artículo 248 y en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 249.

3. Se dará a los mencionados Estados vecinos sin litoral o en situación geográfica desventajosa, si así lo solicitan, la oportunidad de participar, cuando sea factible, en el proyecto de investigación científica marina propuesto, mediante expertos calificados nombrados por ellos que no hayan sido impugnados por el Estado ribereño, de acuerdo con las condiciones convenidas para el proyecto, de conformidad con las disposiciones de esta Convención, entre el Estado ribereño interesado y el Estado o las organizaciones internacionales competentes que realicen la investigación científica marina.

4. Los Estados y las organizaciones internacionales competentes a que se refiere el párrafo 1 proporcionarán a los mencionados Estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa, si así lo solicitan, la información y la asistencia previstas en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 249, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 de ese artículo».

Los derechos de información, participación y asistencia de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa recogidos en el citado artículo lo son tanto en la materia de recursos vivos como en materia de recursos no vivos. De ahí nuestra observación de que la participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en los recursos no vivos de la Zona Económica Exclusiva, amén de por las razones expuestas, no estaría despojada de una lógica que parecería consustancial con los planteamientos de un Nuevo Orden Económico Internacional que hiciese hincapié en la incorporación en el plano de la distribución de recursos de una justicia económica real con un grupo de países, formado sustancialmente por los países más pobres del planeta (27).

(27) De la actuación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en materia de investigación en la Zona Económica Exclusiva se ocuparon: SYMONIDES, *op. cit.*, pp. 67-69; CAFLISCH: «Land-Locked...», *cit.*, pp. 396-397; MINNER, R.: «Science, Sovereignty, and the Law of the Sea Conference», *Ocean Developmentand International Law,* vol. 4, n.° 3, 1977, pp. 318-319; CAFLISCH, L., y PICARD, J.: «The Legal Regime of Marine Scientific Research and the United Nations Conference on the Law of the Sea», *Zeitschrift für auslandisches öffentiches Recht und Volkerrecht,* 38/3-4, 1978, p. 374; KRUEGER, H. B., y NORDQUIST, M. H.: «The Evolution of the 200-Mile Exclusive Economic Zone: State Practice in the Pacific Basin», *Virginia Journal of International Law,*, vol. 19, n.° 2, Winter, 1979, pp. 424-425; HAFNER, G.: «The Regulation of Marine Scientific Research Activities of Landlocked and Geographically Disadvantaged States in the Draft Convention on the Law of the Sea», *The Law of the Sea in 1980,* Proceedings Law of the Sea Institute Fourteenth Annual Conference, Kiel, Germany, October 20-23, 1980, Hawaii, 1983, pp. 342-360; HAFNER: «The 'Land-Locked viewpoint'», *Marine Policy,* July 1981, p. 282.

D) La existencia de recursos: El problema del excedente en relación con el volumen de capturas permisible

1. *La participación en el excedente*

Los arts. 69 y 70 de la Convención sobre el Derecho del Mar disponen, respectivamente, en sus aptdos. 1, que los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa tendrán derecho a participar, sobre una base equitativa, en la explotación «de una parte del excedente» de recursos vivos de las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados ribereños de la misma subregión o región.

Prevista la participación con carácter general en una parte del excedente, es necesario indagar sobre el alcance del concepto-base que viene a resultar en este supuesto el excedente, auténtica —en palabras de Pastor Ridruejo— «clave de bóveda del régimen de acceso de otros nacionales» (28). Para ello, acudiremos al art. 56 de la Convención, en cuyos aptdos. 1 y 2 se dice:

> «1. En la zona económica exclusiva, el Estado ribereño tiene:
> *a)* Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar ...
> .....
> 2. En el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes en la zona económica exclusiva en virtud de esta Convención, el Estado ribereño tendrá debidamente en cuenta los derechos y deberes de los demás Estados y actuará de manera compatible con las actividades de esta Convención».

Una vez vistos los derechos de soberanía que el Estado ribereño tiene en virtud del art. 56, es necesario poner en conexión este precepto con los arts. 61 y 62. Según el art. 61:

> «1. El Estado ribereño determinará la captura permisible de los recursos vivos en su zona económica exclusiva.

(28) PASTOR RIDRUEJO, K. A.: «La Convención sobre el Derecho del Mar y los intereses de España», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1983*, Vitoria-Gasteiz, 1983, p. 85.

En términos parecidos se expresaría NAWAZ, M.: «On the Advent of the Exclusive Economic Zone: Implications for a New Law of the Sea», *Law of the Sea: Caracas and Beyond*, The Hague, p. 196.

2. El Estado ribereño, teniendo en cuenta los datos científicos más fidedignos de que disponga, asegurará, mediante medidas adecuadas de conservación y administración, que la preservación de los recursos vivos de su zona económica exclusiva no se vea amenazada por un exceso de explotación. El Estado ribereño y las organizaciones internacionales competentes, sean subregionales, regionales o mundiales, cooperarán, según proceda, con este fin.

3. Tales medidas tendrán asimismo la finalidad de preservar o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes, incluidas las necesidades económicas de las comunidades pesqueras ribereñas y las necesidades especiales de los Estados en desarrollo, y teniendo en cuenta las modalidades de la pesca, la interdependencia de las poblaciones y cualesquiera otros estándares mínimos internacionales generalmente recomendados, sean subregionales, regionales o mundiales.

.....

5. Periódicamente se aportarán o intercambiarán la información científica disponible, las estadísticas sobre captura y esfuerzos de pesca y otros datos pertinentes para la conservación de las poblaciones de peces, por conducto de las organizaciones internacionales competentes, sean subregionales, regionales o mundiales, según proceda, y con la participación de todos los Estados interesados, incluidos aquellos cuyos nacionales estén autorizados a pescar en la zona económica exclusiva».

El Estado ribereño, con base en sus derechos soberanos, determinará, habida cuenta de todo lo preceptuado en el anterior artículo, la captura permisible de los recursos vivos en su Zona Económica Exclusiva; y ello habrá de hacerlo con la obligación de obtener un nivel de producción en consonancia con el máximo rendimiento sostenible, tal como éste es perfilado por las precisiones contenidas en el citado aptdo. 2 (29).

(29) O'CONNELL advertiría al respecto:

«The concept of maximum sustainable yield has the aspect of scientific plausibility, but some empjasis is being placed upon an alternative standard to be aimed at in fishery management, namely maximum economic yield. This would, in most cases, be less than the maximum sustainable yield. The difficulty with this concept is that there is no accepted economic aim in fishing, for the standard is relative to the standard of living of the fishermen, which will vary from country to country, and bears no relationship to the goal of earning foreign exchange.

The Draft Caracas Convention, by qualifying maximum sustainable yield according to relevant environmental and economic factors, including the economic needs of coastal fishing communities, has weakened the scientific character of the determination which the coastal State is obliged to make of the level of exploitability as a step towards the determination of the surplus available for allocation. The formula is a composite one, in which subjective judgments of an economic character modify objective judgments about verifiable ecological facts».

O'CONNELL, D. P.: *The International Law of the Sea,* vol. 1, Oxford, 1982, p. 565.

Sobre el concepto de óptimo económico, puede verse: SOUTHEY, C.: «The International

Por su parte, los aptdos. 1 y 2 del art. 62 establecen:

> «1. El Estado ribereño promoverá el objetivo de la utilización óptima de los recursos vivos de la zona económica exclusiva, sin perjuicio del artículo 61.
>
> 2. El Estado ribereño determinará su capacidad de capturar los recursos vivos de la zona económica exclusiva. Cuando el Estado ribereño no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible, dará acceso a otros Estados al excedente de captura permisible ...».

Yendo a la búsqueda del concepto de «excedente», hemos podido ver cómo surge un auténtico carrusel de conceptos conexos con él como el volumen de captura permisible, el máximo rendimiento sostenible, la utilización óptima de los recursos y la capacidad de captura, los cuales, sin duda, no dejarán de ofrecer alguna dificultad tanto a la hora de efectuar su definición como a la de llevar a cabo su puesta en práctica (30). No profundizaremos en el estudio de los

---

Fishery: A Proposal Bases on the New Welfare Economics», *The Law of the Sea: The United Nations and the Ocean Management*, Proceedings of the Fifth Annual Conference of the Law of the Sea, June 15-19, 1970, Kingston, Rhode Island, 1971, pp. 53-55.

(30) El delegado de Guyana, TALBOT, había llegado a manifestar en la CFM que «la prudencia parece aconsejar en contra del uso de los conceptos de 'rendimiento máximo sostenido' o 'captura óptima' en cualquier nuevo acuerdo para la reglamentación de la pesca mundial» (Doc. A/AC. 138/SC. II/SR. 30, 29 de marzo de 1972, p. 83).

Por su parte, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ apuntó: «Estas propuestas de carácter cientifista, que persiguen formalmente la idea de mantener el máximo rendimiento constante de los recursos pesqueros, y que tratan de mantener abiertas las zonas pesqueras nacionales de los Estados dotados de medios de extracción material y tecnológicamente poco desarrollados, corresponden generalmente a potencias pesqueras interesadas en pesquerías alejadas de sus costas. Su tesis es, en principio, atractiva, ya que parece intentar el poner el máximo racional de alimentos del mar a disposición de la humanidad. No obstante, adolece de elementos criticables. En primer lugar, porque fijar un nivel óptimo de capturas permisibles exige una tecnología relativamente sofisticada cuya carencia se reprocha a estos Estados poco desarrollados. En segundo lugar, porque el Estado costero es el más interesado en el rendimiento de sus pesquerías, y si carece de industrias extractoras adecuadas será él quien solicite la participación extranjera, sometiéndola a los condicionamientos necesarios para que suponga un beneficio auténtico para su economía nacional» (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 258-259).

Sobre el carácter relacional-discrecional de las facultades del Estado ribereño, contenidas en los anteriores artículos de la Convención para poner en práctica los conceptos allí recogidos, pueden verse: WODIE: «Les intérêts économiques et le Droit de la Mer —Principales tendances après les Conférences de Caracas (20 juin-29 août 1974), de Genève (17 mars-29 mai 1975) et de New York (16 mars-7 mai 1976)—», *Revue Générale de Droit International Public*, t. 80, n.° 3, Juillet-Septembre 1976, pp. 759-760; EXTRAVOUR, *op. cit.*, p. 192: SANCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: «Reglamentación internacional de las pesquerías: intereses españoles y soluciones al problema pesquero», *Estudio y explotación del mar en Galicia*, Santiago de Compostela, 1979, p. 481; PEREZ GONZÁLEZ: «La ordenación jurídica del mar: factores en presencia», *Temas marítimos*, Santiago de Compostela, 1981, pp. 22-23;

pormenores técnicos de sus definiciones, atendiendo únicamente, a la hora de su utilización, al sentido lógico de las palabras, precisado, con todo, como tendremos ocasión de ver, en algunas aportaciones habidas al respecto. Ello nos permitirá llegar al concepto de excedente, tal cual a nosotros nos interesa, desde una perspectiva jurídica.

Todos estos conceptos están íntimamente vinculados entre sí, de tal forma que no parecerían ser sino, en cierta medida, más que las diversas caras de un mismo problema: la utilización óptima de los recursos. Esta vendría a manifestarse con la obtención del máximo rendimiento sostenible. En tal sentido, Anand ha escrito que el rendimiento máximo sostenible es la captura óptima, la máxima cantidad de pescado que puede ser capturado sin disminuir la capacidad reproductiva de las especies o afectar adversamente a las especies asociadas o dependientes (31).

El máximo rendimiento sostenible, por otra parte, debería reflejarse en el volumen de capturas permisible (32), con lo cual éste no habrá de ser sino más que un fiel exponente de la utilización óptima de los recursos. No en vano, O'Connell diría que han sido establecidos dos niveles de explotación —la captura permisible que parece ser (aunque no haya sido dicho) el rendimiento óptimo sostenible, y la capacidad de captura del Estado costero (33). Respecto al máximo rendimiento este mismo autor escribiría:

> «It is obvious that fishery management policies must be based upon scientifically verified estimates of the maximum sustainable yield. There have been

de la pêche dans la Convention sur le Droit de la Mer et la pratique)

O'CONNELL: *The International...*, p. 563; CARROZ: «Les problèmes des Estats», *Le nouveau Droit International de la Mer*, París, 1983, p. 189; PASTOR RIDRUEJO: «La Convención...», *cit.*, p. 85; SCOVAZZI, T.: «La pesca nella Zona Economica Esclusiva», *La Zona.., cit.*, pp. 18-19; FARNELL, J., y ELLES, J.: *In Search of a Common Fisheries Policy*, Aldershot, 1984, p. 8.

(31) Cfr. ANAND, R. P.: «Editor's Introduction», *Law of the Sea..., cit.*, p. 18.

A su vez, BOMBACE definiría el máximo rendimiento sostenible como «il punto che segna il valore di massima cattura equilibrata per un determinato sforzo di pesca minimo possibile e che, ove questo fosse tenuto costante, darebbe una cattura costante equilibrata nel tempo». BOMBACE, G.: «La gestione delle risorse biologiche: Aspetti tecnico scientifici», *La Zona..., cit.*, p. 57.

(32) De EXTAVOUR recogemos lo siguiente: «The 'allowable catch' is '... that catch which, if taken in any one year, will best enable the objectives of (fisheries) management *(e. g.*, the optimum long-term yield) to be achieved». El autor toma esa definición del Doc. GE. 75-64093 del Departamento de Pesquerías de la FAO sometido a la III Conferencia. EXTAVOUR, *op. cit.*, p. 192.

(33) O'CONNELL, *op. cit.*, p. 564.

two approaches towards this question. One approach is to project on a global basis the yields established in practice in such heavily fished areas as the Humboldt Current, and the other is to calculate the amount of fhytoplankton which is naturally produced in the oceans, and on which the fishery stocks depend. There is a wide discrepancy in the results reached by these methods. The political and legal issues for fishery management are obviously affected by the inconclusive character of the scientific evaluations that have been made, and also controversial views respecting the management policies of some coastal States and their competence to give effect to these policies» (34).

Puesto en relación el volumen de captura permisible con la capacidad pesquera del Estado ribereño, cabe que en la práctica dicho Estado no tenga capacidad para explotar toda aquélla, surgiendo así un excedente de la captura permisible de recursos vivos de la Zona Económica Exclusiva, el cual ha sido definido por Pastor Ridruejo y Carrillo Salcedo como «la diferencia resultante entre la captura permisible y la capacidad de captura» (35).

Sería, en definitiva, sobre este excedente de recursos vivos de la Zona Económica Exclusiva sobre el que los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa de la región o subregión tendrán derecho a participar en su explotación, en los términos indicados en la Convención, incluida la limitación especificada para cuando dichos Estados sean desarrollados, en cuyo caso el derecho a participar se ceñirá exclusivamente a la explotación de recursos vivos en las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados ribereños desarrollados de la misma subregión o región, recursos vivos que obviamente habrán de ser excedentarios, puesto que en otro caso carecería de sentido la regulación participativa expresamente acordada para los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en desarrollo en los aptdos. 3 y 4 de los arts. 69 y 70 de la Convención sobre el Derecho del Mar, asunto del que nos ocuparemos en el epígrafe siguiente.

---

(34) *Ibid.*

(35) PASTOR RIDRUEJO: «La Convención...», cit., p. 85; CARRILLO SALCEDO: *El Derecho Internacional en un mundo en cambio,* Madrid, 1984, p. 216.

Para MESEGUER, en un sentido parecido, el excedente es un «nuevo concepto en el Derecho Internacional Pesquero que expresa, en principio, el resultado aritmético de deducir de la captura total permisible fijada por el Estado ribereño la capacidad de captura de su propia flota» (MESEGUER, J. L.: «Acuerdos bilaterales y multilaterales de pesca suscritos por España: naturaleza y problemas», *Situación,* 1984/4, p. 79).

Vid., asimismo, CARROZ: «Le nouveau Droit des pêches et la notion d'excedent», *Annuaire Français de Droit International,* XXIV, 1978, pp. 851-865.

En relación con la fijación del excedente y conceptos conexos, no quisiéramos terminar este epígrafe sin advertir con O'Connell que la determinación de la captura permisible no es completamente una materia subjetiva, «because that State has the obligation to promote the objective of optimum utilization. Also exclusive to the coastal State is the determination of its capacity to harvest the living resources of the EEZ, but this too is not entirely subjective, because the obligation on the part of the coastal State to allocate the surplus among the other States. The coastal State could hardly be allowed to say that there is no surplus when manifestly it does not have the capacity to harvest the entire allowable catch» (36).

2. *La participación en el volumen de captura permisible*

Según se recoge, respectivamente, en los aptdos. 3 y 4 de los arts. 69 y 70 de la Convención: «Cuando la capacidad de captura de un Estado ribereño se aproxime a un punto en que pueda efectuar toda la captura permisible de los recursos vivos en su zona económica exclusiva, el Estado ribereño y otros Estados interesados cooperarán en el establecimiento de arreglos equitativos sobre una base bilateral, subregional o regional, para permitir la participación de los Estados en desarrollo (sin litoral) (en situación geográfica desventajosa) de la misma subregión o región en la explotación de los recursos vivos de las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños de la subregión o región, en forma adecuada a las circunstancias y en condiciones satisfactorias para todas las partes. Al aplicar esta disposición se tendrán también en cuenta los factores mencionados en el (párrafo 2) (párrafo 3)».

En el texto se contempla, como acabamos de ver, la posibilidad de que los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en desarrollo participen, en los términos en él dispuestos, en los recursos vivos que componen el volumen de captura permisible «cuando la capacidad de captura de un Estado ribereño se aproxime a un punto en que pueda efectuar toda la captura permisible de los recursos vivos en su zona económica exclusiva».

La expresión que acabamos de entrecomillar ofrecerá sin duda algunos problemas a la hora de su aplicación por la amplitud con

(36) O'CONNELL, *op. cit.*, p. 563.

que puede ser interpretado el verbo «se aproxime» allí contenido (37). De todos modos, conviene precisar que tal idea de «aproximación», a nuestro juicio, no ha de entenderse sino en el sentido de que más que referirse a un momento concreto lo que persigue en el fondo es buscar que los derechos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en desarrollo queden amparados por el establecimiento de los arreglos equitativos pertinentes *con la debida antelación,* previamente al desarrollo de esa capacidad de captura que «se aproxime a un punto en que pueda efectuar toda la captura permisible de los recursos vivos en su zona económica exclusiva», capacidad de captura que haría prácticamente inexistente el volumen de recursos excedentarios, sobreviniendo incluso una inexistencia absoluta de excedente en los casos que la capacidad de captura alcanzase a toda la captura permisible (38), casos estos últimos que han de ser entendidos como abarcados por los aptdos. 3 y 4 citados so pena de querer abrir una discriminación injustificada entre los Estados con

(37) Un intento no muy acertado de aclaración de las expresiones «excedente» y «se aproxime a un punto» fue hecho en el Doc. A/CONF. 62/L. 107, Zaire: enmiendas, y en la intervención del delegado de dicho país KALONJI TSHIKALA. Ambos pueden consultarse en *III CDM, Docs. Ofcs.*, vol. XVI, 13 de abril de 1982, pp. 230-231 y en 169.ª Sesión Plenaria, 15 de abril de 1982, *ibid.*, p. 103.

Los aptdos. 3 y 4 que acabamos de ver originaron una serie de comentarios respecto a su interpretación. A tal efecto pueden verse: TREVES, T.: «La settima sessione della Conferenza del Diritto del Mare», *Rivista di Diritto Internazionale,* vol. LXII, Fasc. 1, 1979, pp. 131-132; VERWEY, *op. cit.*, p. 407; WANI, I.: «An Evaluation of the Convention on the Law of the Sea from the Perspective of the Landlocked States», *Virginia Journal of International Law,* 22, n.° 4, Summer 1982, p. 650; BENOUNA, M.: *Droit international du développement,* Paris, 1983, p. 123.

La tesis de la participación en los recursos no excedentarios se desprende también de las siguientes palabras de PUEYO LOSA: «Ahora bien, aun cuando el ribereño dispusiese de capacidad suficiente para efectuar por sí mismo la totalidad de la captura permisible, la nueva Convención parece atender, una vez más, de manera particular a los intereses de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa al disponer que 'cuando la capacidad de captura de un Estado ribereño se aproxime...» (PUEYO LOSA: «La indeterminación del nuevo Orden Jurídico-Marítimo Internacional: Reflexiones sobre el carácter consuetudinario de la Zona Económica Exclusiva y el valor de la nueva Convención sobre el Derecho del Mar», *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. XXXVII, n.° 2, 1985, p. 345.

En igual sentido, FLEISCHER dice que «the provisions of article 69, paragraph 3, and article 70, paragraph 4, go further than those of article 62; they also grant a right to participate even when no surplus exists» (FLEISCHER: «The Exclusive Economic Zone under the Convention Regime and in State Practice», *The 1982 Convention on the Law of the Sea,* Proceedings Law of the Sea Institute Seventeenth Annual Conference, July 13-16, 1983, Oslo, p. 260).

(38) La inexistencia absoluta de excedentes no parece que vaya a darse a corto plazo como fenómeno generalizado. Cfr., a este respecto, MOHAN: «Fisheries Jurisdiction», *Law of the Sea..., cit.*, p. 243.

una capacidad de captura próxima al volumen de captura permisible y los Estados con una capacidad suficiente para llevar a cabo toda la captura permisible (39).

Llevaría consigo, pues, la idea de la «aproximación» una previsión cautelar temporal que atendería al buen fin del ejercicio de los derechos de participación. Ni qué decir tiene que la participación quedaría abortada si se pretendiera estipular ésta con *posterioridad* al momento en que el despliegue de la capacidad esté próximo a alcanzar toda la captura permisible. La cooperación en el establecimiento de arreglos equitativos sobre una base bilateral, subregional o regional se tornaría, en tales casos, en una cooperación imposible, al menos por lo que respecta al Estado o Estados ribereños próximos a efectuar toda la captura permisible.

Los derechos de participación, habida cuenta de la inexistencia —en términos absolutos o de algún relieve— de recursos vivos excedentarios, se realizarían, como podemos ver con Verwey, Wani y Pueyo Losa, sobre el propio volumen de captura permisible (40), entendido como concepto sumatorio de la capacidad de captura más el excedente existente cuando lo hubiera o de valor cero cuando no lo hubiese, no pudiendo entenderse, por tanto, estos aptdos. 3 y 4, que estamos analizando, como una medida complementaria para reforzar la participación en un excedente prácticamente inexistente. Ello es así por varias razones: en primer lugar, tal medida constituiría una

(39) Creemos encontrar en lo sostenido por nosotros la respuesta a la preocupación expresada por CAFLISCH, cuando escribe: «L'inclusion du mot 'presque' signifie-t-elle que le chiffre 3 de l'article 69 et le chiffre 4 de l'article 70 deviendront inapplicables dès que la capacité d'exploitation de l'Etat côtier aura atteint la totalité du volume admisible des captures?» (CAFLISCH, «La Convention...», *cit.*, p. 73).

Idéntica respuesta cabe deducir de las palabras de PUEYO LOSA recogidas en la nota anterior: «Ahora bien, aun cuando el ribereño dispusiese de capacidad suficiente para efectuar por sí mismo la *totalidad* de la captura permisible...» (PUEYO LOSA, «La indeterminación...», *cit.*, el subrayado es nuestro).

(40) En un sentido contrario, tal vez, parecería poder manifestarse el delegado canadiense MAWHINNEY, cuando al referirse a las Fórmulas de Transacción contenidas en el Doc. NG. 4/9/Rev. 2, subraya: «La delegación del Canadá interpreta los artículos 69 y 70 en el sentido de que significan claramente que el acceso de los Estados sin litoral y de los Estados en situación geográfica desventajosa a la explotación de los recursos vivos sigue estando limitado al excedente de los recursos, y en el texto definitivo habrá que destacar con claridad que ninguna obligación que incumba a un Estado ribereño que se acerca al punto en que esté en condiciones de explotar la totalidad de la captura permisible podrá ser, en modo alguno, de carácter financiero, pues no se le puede obligar a pagar el derecho de utilizar plenamente su capacidad de captura en la zona de 200 millas frente a sus costas» (103.ª Sesión Plenaria, 18 de mayo de 1978, *III CDM, Docs. Ofcs.*, vol. IX, p. 69). Cabe la posibilidad de que dicha delegación quisiera referirse, al hablar de la limitación al excedente, a los aptdos. 1 de los arts. 69 y 70.

discriminación para los Estados con una capacidad de captura próxima al volumen de captura permisible en relación con los Estados ribereños con una capacidad de captura menor o que puedan efectuar toda la captura permisible, los cuales no se verían afectados por esta hipotética medida complementaria; en segundo lugar, en ningún momento se habla en los citados apartados de participación en el excedente, sino que ésta se refiere a «los recursos vivos de las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños de la subregión o región»; finalmente, si la literalidad de dichos apartados no fuese suficiente, ello resulta del contenido del Memorando explicativo sobre las Propuestas (Doc. NG. 4/9) presentado por el Presidente del Grupo de Negociación 4, Embajador Satya Nandan (Fiji) (Doc. NG. 4/10), propuestas en las que se recoge por primera vez este tratamiento específico para los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en desarrollo y que serían el antecedente inmediato de las Fórmulas de Transacción (Doc. NG. 4/9/Rev. 2), las cuales serían recogidas casi literalmente en las sucesivas revisiones del Texto Integrado y finalmente en la Convención sobre el Derecho del Mar. Pues bien, en dicho Memorando se dice:

> «... En mi opinión, si el Estado ribereño puede explotar toda la captura permisible por su cuenta, los Estados sin litoral y geográficamente desfavorecidos no tienen una base firme para reclamar su participación en dicha situación. En efecto, permitir su participación en tales circunstancias podría muy bien provocar los efectos perjudiciales que el Estado ribereño desea evitar. Por otra parte, si la explotación de toda la captura permisible por el Estado ribereño es consecuencia de empresas mixtas o de otros acuerdos similares con terceros, creo que los Estados sin litoral y geográficamente desfavorecidos tienen razón cuando dicen que en ese caso su exclusión no sería equitativa.
>
> Por consiguiente, la solución que sugiero es la inclusión en los artículos 69 y 70 de una nueva disposición relativa a esa situación. Esta disposición aparece en el párrafo 3 del art. 69 y en el párrafo 4 del artículo 70. Con arreglo a esta nueva disposición en una situación del tipo de la que acabo de mencionar, el Estado ribereño adoptará medidas apropiadas para que los Estados sin litoral y geográficamente desfavorecidos puedan tener una participación adecuada en esas empresas mixtas o concertar otros arreglos análogos en condiciones satisfactorias para las partes interesadas».

Advertiremos que este Memorando se refería a las Fórmulas de Transacción sugeridas por el Presidente del Grupo de Negociación 4, Doc. NG. 4/9 de 28 de abril de 1978, en cuyos arts. 69 y 70, apartados. 3 y 4 respectivos, se decía: «Cuando un Estado ribereño aumen-

te, como resultado de empresas mixtas o de otros arreglos similares con terceros, su capacidad de explotar los recursos vivos de su zona económica exclusiva hasta el extremo de efectuar toda la captura permisible, adoptará medidas apropiadas para facilitar a los Estados en desarrollo sin litoral, especialmente a aquellos que hayan pescado en la zona, una participación adecuada en tales empresas mixtas u otros arreglos similares, en condiciones satisfactorias para las partes interesadas».

Hacemos la anterior advertencia para salir al paso de ciertos errores como el cometido por Oxman al ligar exclusivamente el contenido del Memorando, el cual, en un principio, era explicativo del Doc. NG. 4/9, con el Doc. NG. 4/9 Rev. 2 —recogido como hemos dicho casi literalmente por la Convención (41)—, el cual es de fecha posterior al Memorando y en el que para nada se habla del aumento, como resultado de empresas mixtas u otros arreglos similares con terceros, de la capacidad del Estado ribereño de explotar o de captura de los recursos vivos de su Zona Económica Exclusiva hasta el extremo de efectuar toda la captura permisible como base del tratamiento específico acordado para los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en desarrollo; omisión, a nuestro entender, intencionada que nos conduce a una interpretación argumentada de la Convención como la que acabamos de hacer que atendería a la mera posesión, ajena a cualquier tipo de consideraciones en cuanto a los factores que la posibiliten, de una capacidad de captura próxima al volumen de captura permisible.

La interpretación que nosotros entendemos correcta estipularía, por tanto, dos tipos de participación: uno sobre el excedente de recursos, el cual, como hemos podido apreciar, forma parte del volumen de captura permisible, y otro sobre el propio volumen de captura permisible (42). En relación con el último tipo, debemos advertir que no podrá argumentarse en su contra con base en una supuesta contradicción entre el apto. 2 del art. 62 y los aptdos. 3 y 4, respectivamente, de los arts. 69 y 70 con base en la previsión que en el primer artículo se hace de dar «acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible». No haremos, al respecto, otra consideración

(41) OXMAN, H. B.: «The United Nations Conference on the Law of the Sea: The Seventh Session (1978)», *American Journal of International Law*, vol. n.° 1, January 1979, pp. 16-18.

(42) En esta dirección, CAFLISCH, «La Convention...», *cit.*, pp. 72-73.

que la realizada por el delegado zaireño Kalonji Tshikala, cuando, valorando las disposiciones de los aptdos. 3 y 4, dijo: «Con respecto a la parte V, los artículos 62, 69 y 70 constituyen a juicio de su delegación un todo orgánico, por lo que deben concordarse recíprocamente» (43). Ello resulta obvio por el hecho de pertenecer a una misma Convención y, particularmente, por las identidades en el objeto material que en ellos se producen. Además, el mismo art. 62, apartado 2, habla de dar acceso al excedente de la captura permisible, «teniendo especialmente en cuenta los artículos 69 y 70, sobre todo en relación con los Estados en desarrollo que en ellos se mencionan», siendo los únicos Estados en desarrollo *mencionados* los recogidos en los repetidos aptdos. 3 y 4 de los arts. 69 y 70.

No quisiéramos terminar este epígrage sin apuntar algunas consideraciones hechas en la III Conferencia respecto a la discriminación que suponen los citados aptdos. 3 y 4 para los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa desarrollados que nosotros estimamos acertadas. En ese sentido, el suizo Monnier, examinado el Texto Integrado/Revisión 2, afirmaría el 26 de agosto de 1980: «La delegación de Suiza considera injustificada y poco equitativa la distinción trazada en el artículo 69 entre los países sin litoral desarrollados y en desarrollo» (44).

Más concreto sería Wolf, quien haciendo uso de la palabra en calidad de representante de Austria y de Presidente del Grupo de países sin litoral y otros países en situación geográfica desventajosa, señaló el mismo día que «su delegación no ve ninguna necesidad de reservar a los países en desarrollo los derechos previstos en el párrafo 3 del artículo 69, ya que esos derechos tienen su origen en la creación de la zona económica, respecto de la cual no se hace ninguna distinción entre países ribereños desarrollados y en desarrollo» (45). El mismo delegado advertiría el 31 de marzo de 1982, al examinar el Proyecto de Convención: «Por tanto, deberá hacerse especial hincapié en los derechos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en relación con la explotación de los recursos vivos

(43) 169.ª Sesión Plenaria, 15 de abril de 1982, *III CDM, Docs. Ofcs.*, vol. XVI, p. 103. Resulta clara, en consecuencia, nuestra discordancia con O'CONNELL, cuando en relación con el art. 62 (1), sostiene: «Although this is said to be without perjudice to Article 61, that is probably intended as a reference to paras. 2-5 of that Article, since a contradiction would arise if Aticle 62 (1) would override Article 61 (1)» (O'CONNELL, *op. cit.*, p. 563).

(44) 136.ª Sesión Plenaria, *id.*, vol. XIV, p. 43.

(45) 137.ª Sesión Plenaria, *ibid.*, pp. 52-53.

en la zona económica exclusiva. No deberá hacerse distinción entre Estados en desarrollo y otros Estados a ese respecto, puesto que ambas categorías están igualmente en desventaja» (46).

A nuestro juicio, esta discriminación carece de sentido. Hubiera sido más justo, con las limitaciones espaciales recogidas para los países desarrollados en los aptdos. 4 y 5, respectivamente, de los arts. 69 y 70, acudir cuando menos, como mal menor, a una redacción como la del Texto de los artículos 58, 59, 59 bis y 60 propuestos por el Presidente, Embajador Satya N. Nandan, para su consideración por el Grupo de los 21, Doc. NG. 4/1 de 8 de septiembre de 1976, en cuyo art. 58 aptdo. 3 se recoge que, «en el caso de que no haya excedente de un número considerable de especies en una zona determinada, los Estados interesados establecerán, cooperando a tal efecto en las esferas bilaterales, subregional o regional, disposiciones equitativas para permitir que el Estado sin litoral interesado participe en la explotación de los recursos vivos de tal o tales zonas». Lo mismo se diría en el art. 58, aptdo. 3, con relación a los Estados en desarrollo con características geográficas especiales. Reparemos que en lo que atañe a los Estados sin litoral, no se hacía alusión a su nivel de desarrollo en el citado apartado, regulándose exclusivamente el fenómeno del desarrollo en el aptdo. 4 que vendría a limitar la participación de los Estados desarrollados sin litoral a «las zonas económicas exclusivas de los Estados desarrollados ribereños de la misma región o subregión».

E) El desarrollo como condicionante espacial de la existencia de derechos

Como puede comprobarse al examinar los trabajos de la CFM y de la III CDM, el subdesarrollo de un país venía a ser muchas veces una piedra angular que definía la existencia de los postulados derechos de participación en función de una *conditio sine qua non* cual era la de que los países beneficiarios de tales derechos fuesen países en desarrollo. Se establecería en tales casos una discriminación que, habiendo sido puesta de manifiesto por Riphagen (47) en la CFM, sería repetidas veces denunciada tanto en la III CDM como en la doctrina.

(46) 163.ª Sesión Plenaria, 31 de marzo de 1982, *id.*, vol. XVI, p. 56.
(47) Doc. A/AC. 138/SC. 11/SR. 72, 9 de agosto de 1972, pp. 5-6.

Lo sería, en efecto, el 6 de agosto de 1974, por el austriaco Weidinger, según el cual: «... la delegación de Austria rechaza categóricamente los intentos, que figuran en algunas propuestas relacionadas con los derechos de los países sin litoral o en situación geográfica desventajosa, de establecer una distinción basada en la etapa del desarrollo económico alcanzada por los Estados en cuestión. Es evidente que se trata de una distinción injustificada, porque esta diferencia no se establece en relación con los Estados ribereños. Los países desarrollados que carezcan de litoral o estén en situación geográfica desventajosa deberán gozar, en relación a sus vecinos ribereños desarrollados, de iguales derechos a los que gozan los países en desarrollo sin litoral o en situación geográfica desventajosa frente a los Estados ribereños en desarrollo. Difícilmente podría ser objetivo de la Conferencia excluir un pequeño grupo de Estados de su participación equitativa en la exploración y explotación de las riquezas de los mares» (48).

Si la discriminación entre Estados sin litoral y geográficamente desaventajados en desarrollo y desarrollados no tenía sentido, habida cuenta de la no discriminación de la Zona Económica Exclusiva entre Estados ribereños en desarrollo y desarrollados, tampoco lo tenían los efectos discriminatorios que aquélla reportaría para los Estados ribereños según su situación económica. En efecto, esta discriminación fue denunciada, el 8 de agosto de 1974, por el sueco Myrsten, para quien: «Su delegación cree que, como los países desarrollados sin litoral o con plataforma continental cerrada tienen por vecinos a países desarrollados, el diferente trato dado a los derechos de los países vecinos en situación geográfica desventajosa tendría como consecuencia dar a los Estados ribereños desarrollados más derechos de pesca exclusivos en sus zonas económicas. En cambio, los Estados ribereños en desarrollo se comprometerían a compartir los recursos vivos de sus zonas económicas con otros vecinos en situación geo-

(48) 28.ª Sesión, Segunda Comisión, 6 de agosto de 1974, *III CDM, Docs. Ofcs.*, vol. II, p. 248. En la misma línea argumental se expresaría el delegado suizo ANDRES en 32.ª Sesión, Segunda Comisión, *ibid.*, p. 270.

La discriminación sería denunciada repetidas veces. Así, «L'achèvement des travaux de la session, ouverte le 20 juin, de la 3ème Conférence sur le droit de la mer», *Journal de la Marine Marchande et de la Navigation Aérienne*, 56.ª Année, n.° 2855, Jeudi 5, septiembre 1974, p. 2200; HASSAN: «Third Law of the Sea Conference: Fishing Rights of Landloked States», *Lawyer of the Americas*, vol. 8, n.° 3, October 1976, pp. 704 y 711; LISBONNE, J.: «Land-Locked States», *Report of the 57th Conference held at Madrid*, August 30, 1976 to Sept. 4, 1976, London, The International Law Association, 1978, p. 547.

gráfica desventajosa. A su delegación le cuesta comprender por qué los Estados ribereños muy desarrollados deben tener derecho a reservar para sí grandes partes de los recursos vivos del mar. Resulta aún más difícil comprender por qué debe concederse a los Estados ribereños desarrollados derechos más amplios en sus zonas que a los Estados ribereños en desarrollo. Por tanto, a su delegación le parece que ningún país en desarrollo perdería admitiendo los derechos de los países desarrollados en situación geográfica desventajosa dentro de las zonas de los vecinos de éstos» (49).

En la doctrina, un autor como Caflisch vendría en la misma línea, a criticar unos hechos que constituirían sin duda un curioso resultado para una institución como la de la Zona Económica Exclusiva concebida como un instrumento del Nuevo Orden Económico Internacional (50).

Con todo, no habrá faltado quien encontrase justificada la hipótesis de una discriminación entre los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en función de su desarrollo. Así, Brankovic subrayaría al respecto «que la plupart des pays riverains reconnaissent que dans le cadre des arrangements bilatéraux, il conviendra d'assurer aux pays en voie de développement sans littoral un traitement préferentiel. Cette manière de voir s'est heurtée à des Etats développés sans littoral (Autriche, Suisse et autres). Il n'est cependant pas nécessaire de discuter le bien-fondé d'un traitement préferentiel des pays en voie de développement sans littoral, et encore moins de s'engager dans des explications et des justifications sur ce point. Les pays développés sans littoral ne se trouvent certainement pas dans uns situation telle qu'il faille leur ménager un traitement préferentiel, bien que pour le reste il convienne de les traiter sur le même pied que tous les autres Etats sans littoral» (51).

Frente a tal razonamiento se alzarían voces como la de Jayakumar, quien apuntaría: «The LL/GDS have insisted upon the position that their rights to living resources in the EEZ should be exerci-

(49) 33.ª Sesión, Segunda Comisión, *ibid.*, p. 267.

Un argumento similar sería expuesto por CHAO (Singapur), 36.ª Sesión, Segunda Comisión, 12 de agosto de 1974, pp. 288-289.

(50) Cfr. CAFLISCH, «La Convention...», *cit.*, p. 76.

(51) BRANKOVIC, B.: «Les pays sans littoral —situations et revindications—», *Revue de Politique Internationale*, vol. XXVI, n.° 597, 20-II-1975, pp. 28-29. Asimismo en inglés en «Land-Locked Countries —Position and Demands—», *Review of International Affairs*, vol. XXVI, n.° 598, 5-III-1975, p. 14.

table by *both* developing and developed LL/GDS, with the condition that developed LL/GDS can only exercise rights in the EEZ of developed coastal States. They have pointed out that the level of economic development has *not* been the criterion for determining the entitlement of a coastal State to an EEZ. If only developing coastal States claimed EEZ's then, naturally, developed LL/GDS could not claim rights; but this was not the case. Since developed coastal States also wished to establish EEZ's, the rights of their developed LL/GDS neighbours should be accommodated» (52).

Tales argumentos, en contra de una discriminación por la que se viniesen a impedir los derechos de participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa desarrollados, no dejarían de hacer mella en la redacción del Texto Unico Oficioso, en cuyo art. 57 se recoge que «los Estados desarrollados sin litoral sólo podrán ejercer sus derechos dentro de las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños desarrollados vecinos», si bien tal Texto Unico queda a medio camino entre la discriminación y la no discriminación. No podemos olvidar, encontrando justificada, por nuestra parte, la limitación de la participación de los Estados desarrollados a las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados desarrollados (53), que el art. 58 del mismo Texto ignora en términos absolutos los derechos de participación de los Estados en situación geográfica desventajosa desarrollados, abriéndose así paso a unos planteamientos discriminatorios que habrían de durar hasta el Texto Integrado Oficioso/Revisión 1, en cuyo artículo 70, aptdo. 5 se recogía la participación de los «Estados desarrollados con características geográficas especiales... en la explotación de recursos vivos... en las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños desarrollados de la misma subregión o región...».

---

(52) JAYAKUMAR, *op. cit.*, p. 110.

El mismo autor nos recuerda en la p. 78 que la condición de participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa únicamente en las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados ribereños desarrollados fue propuesta por el Grupo de Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en el Documento Regime on the Living and Non-Living Resources of the Economic Zone, recogido en *Third United Nations Conference on the Law on the Sea —Documents of the Geneva Session 1975,* Compiled and introduced by R. PLATZODER, Hamburg, 1975, p. 78.

En la misma posición se manifestaría WODIE, *op. cit.*, p. 752.

(53) En relación con la justificación de dicha exclusión, WODIE afirmó que eran consideraciones de desarrollo económico y el deseo de elevar el principio e igualdad a la efectividad de la igualdad lo que condujo a esta discriminación (WODIE, *op. cit.*, p. 752).

A partir de este momento, entraríamos ya en una recta final que nos conduciría a los arts. 69 y 70 de la Convención sobre el Derecho del Mar, en cuyos aptdos. 4 y 5, respectivamente, se dispone: «Los Estados desarrollados (sin litoral) (en situación geográfica desventajosa) tendrán derecho, en virtud de lo dispuesto en este artículo, a participar en la explotación de los recursos vivos sólo en las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños desarrollados de la misma subregión o región, tomando en consideración la medida en que el Estado ribereño, al facilitar el acceso de otros Estados a los recursos vivos de su zona económica exclusiva, haya tenido en cuenta la necesidad de reducir al mínimo las consecuencias perjudiciales para las comunidades pesqueras y las perturbaciones económicas en los Estados cuyos nacionales hayan pescado habitualmente en la zona».

Adentrados en el texto convencional, observamos cómo el desarrollo viene a resultar un condicionante espacial de la existencia de los derechos de participación. En efecto, el desarrollo viene a actuar de tal modo que los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en desarrollo tendrán derechos de participación en las Zonas Económicas Exclusivas de cualesquiera Estados ribereños de la subregión o región (desarrollados o no, pues), mientras que cuando aquéllos sean desarrollados solamente tendrán tales derechos en las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados ribereños desarrollados; a ello cabría añadir, como ya tuvimos oportunidad de ver en el epígrafe anterior, cómo el desarrollo discrimina, a nuestro modo de ver injustificadamente, especialmente en sus términos absolutos en los aptdos. 3 y 4 de los arts. 69 y 70 de la Convención, amparando el ejercicio de los derechos de participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en desarrollo en los términos allí establecidos, ignorando totalmente los supuestos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa desarrollados, quedando, por tanto, absolutamente desguarnecidos de cualquier base especial, por lo que respecta a los citados aptdos. 3 y 4, para el ejercicio de sus derechos de participación.

Para terminar este epígrafe, subrayaremos, pues, la función desempeñada por el subdesarrollo-desarrollo de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa como elemento discriminador espacial positivo en los aptdos. 4 y 5 de los arts. 69 y 70. Por el contrario, el subdesarrollo-desarrollo, tal como es introducido en los apartados. 3 y 4 de ambos artículos, constituye, a nuestro modo de ver,

como ya hemos puesto de relieve, una injustificada discriminación para los Estados desarrollados. Una vez más, expresamos nuestra opinión de que cualquier objeción respecto de los Estados desarrollados sería salvable mediante la debida aplicación al caso de los aptdos. 4 y 5 de los referidos artículos. Se ha practicado aquí un maniqueísmo que no es sino el mero reflejo de una mala conciencia por parte de los Estados ribereños desarrollados subidos al carro tercermundista de la Zona Económica Exclusiva. Sólo que tal maniqueísmo ha sido aplicado, lo cual no es infrecuente en cualquier esfera de la vida misma, a aquellos países que dentro del mundo del desarrollo son lo más débiles, en este caso, por lo que respecta a sus condiciones geográfico-marítimas (54).

F) La naturaleza preferente de los derechos

Si detrás de un régimen de igualdad o preferencial existe siempre una fase de particularización y el régimen particularizado puede —sin tener que ocurrir ello siempre— estar imbuido de un carácter preferencial, habiéndose decantado la Convención por un régimen de tratamiento particularizado, cabe ahora preguntarse por los posibles rasgos preferenciales que distingan el régimen de participación pre-

(54) No entraremos aquí a analizar la problemática del trazado de la línea divisoria entre los países en desarrollo y los países desarrollados, cuyo tratamiento, salvadas sus vinculaciones jurídicas, como así viene siendo hecho, corresponde en un primer momento al campo de los economistas y de los sociólogos. El problema fue puesto de manifiesto por ODA en «Fisheries under the United Nations», *American Journal of International Law*, vol. 74, n.° 4, October 1983, p. 745.

De todos modos, podemos adelantar que, con relación a los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, el problema fue ya objeto de alguna consideración. Así, ALEXANDER Y HODGSON recordaron cómo las Naciones Unidas, distinguiendo entre países sobre la base de sus niveles económicos, omiten de la definición desarrollado/en desarrollo a los países del bloque socialista, lo cual llevaría consigo que Estados sin litoral como Checoslovaquia, Hungría y Mongolia tenderían a no ser clasificados ni como en desarrollo ni como desarrollados. ALEXANDER Y HODGSON, R. D.: «The Role of Geographically-Disadvantaged States in the Law of the Sea», *Law of the Sea VIII, San Diego Law Review*, vol. 13, March 1976, p. 561.

A su vez, EXTRAVOUR dijo: «In short, emphasis is placed on considerations involving the economic development of certain countries, rather than any over-all objective geographical criteria. One possible implication of this approach is that the right of participation which is attributed to these countries may cease to be operative when they would ultimately have joined the ranks of the developed countries. Various difficulties could then arise in relation to isolating the developed and developing States, thought for the inmediately foreseeable future such a problem may not arise» (EXTRAVOUR, *op. cit.*, p. 260).

visto para los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en los recursos vivos de las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados ribereños de la misma subregión o región en relación con otros Estados terceros.

A nuestro juicio, parece evidente el carácter preferencial de los derechos de participación recogidos respectivamente en los aptdos. 3 y 4 de los arts. 69 y 70. Este carácter preferencial se revela como tal en términos que podríamos calificar de absolutos si tenemos en cuenta la naturaleza de los recursos, pertenecientes, como hemos podido ver, a un volumen de captura permisible no excedentario y a un excedente —cuando lo haya— prácticamente inexistente mientras que los Estados terceros únicamente podrán tener acceso, en virtud del art. 62, al excedente de la captura permisible.

Por otra parte, si atendemos a la naturaleza de la participación contemplada en los aptdos. 3 y 4 de los arts. 69 y 70, ésta será llevada a cabo mediante «el establecimiento de arreglos equitativos... en forma adecuada a las circunstancias y en condiciones satisfactorias para las partes», debiendo ser tenidos «también en cuenta los factores mencionados en el (párrafo 2) (párrafo 3)» según los cuales habrán de ser tenidos «en cuenta, entre otras cosas:

a) La necesidad de evitar efectos perjudiciales para las comunidades pesqueras o las industrias pesqueras del Estado ribereño;

.....

d) Las necesidades en materia de nutrición de los respectivos Estados».

Por lo que respecta a los derechos de participación que se recogen en los aptdos. 1 de los arts. 69 y 70, si bien es verdad que lo son sobre el excedente, conviene recordar el texto de dichos apartados, todo él enriquecido por una variada gama de precisiones que, como veremos, no existen ni en su más mínima expresión en el art. 62 al tratar del acceso de otros Estados terceros al excedente. En efecto, pensamos nosotros, los arts. 69 y 70, en sus aptdos. 1, no dirán en balde: «Los Estados (sin litoral) (en situación geográfica desventajosa) tendrán el derecho a participar, sobre una base equitativa, en la explotación de una parte apropiada del excedente ... teniendo en cuenta las características económicas y geográficas pertinentes de todos los Estados interesados y de conformidad con lo dispuesto en este artículo y en los artículos 61 y 62».

Es en la última parte de la anterior frase, al hablar de los derechos de participación «de conformidad con lo dispuesto en este artí-

culo y en los artículos 61 y 62», donde puede presentarse alguna duda sobre cuál es la disposición de base que da pie a los derechos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, la cual se encuentra a nuestro juicio en los arts. 69 y 70. Ello nos parece obvio si atendemos al hecho puro y simple de que la ausencia de dichos artículos reduciría dichos Estados ontológicamente a la desnuda condición de los Estados terceros contemplados en el art. 62, lo cual no ha sido querido por los redactores de la Convención sobre el Derecho del Mar, al haber recogido en su seno la compleja problemática de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en sendos artículos *ad hoc*.

¿Cuál puede ser entonces el significado de la expresión «de conformidad... con lo dispuesto en los artículos 61 y 62»? A nuestro modo de ver, dicha remisión a los citados artículos no podrá ser enteramente comprendida si no nos remitimos a sus antecedentes en los arts. 57 y 58, en sus aptdos. 2 y 3, respectivamente, del Texto Unico Oficioso en los cuales se decía: «Las disposiciones del presente artículo se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 50 y 51».

Más adelante, en los aptdos. 2 y 3, respectivamente, de los arts. 58 y 59 del Texto Unico Revisado se dispondría: «El presente artículo está sujeto a lo dispuesto en los artículos 50 y 51».

Asimismo, en los aptdos. 2 y 3, respectivamente, de los arts. 69 y 70 del Texto Integrado Oficioso, a su vez, se estipularía: «El presente artículo se aplicará con sujeción a lo dispuesto en los artículos 61 y 62».

Posteriormente, en los aptdos. 1 de los arts. 69 y 70 del Texto Integrado Oficioso/Revisión 1 se vendría a señalar: «Los Estados (sin litoral) (con características geográficas especiales) tendrán derecho a participar... conforme a lo dispuesto en este artículo y en los artículos 61 y 62». Igual redacción aparecería recogida en el Texto Integrado Oficioso/Revisión 2. En el Proyecto de Convención (Texto Oficioso), en el Proyecto de Convención y, finalmente, en la Convención se llegaría a la fórmula: «Los Estados (sin litoral) (en situación geográfica desventajosa) tendrán derecho a participar... de conformidad con lo dispuesto en este artículo y en los artículos 61 y 62».

Las remisiones a los arts. 61 y 62 (con distinta numeración, como hemos visto, según el Texto de que se trate) habrán sido objeto de sucesivas valoraciones. Así, desde una óptica que juzgamos extrema, comprensible, tal vez, desde un punto de vista táctico, el Grupo de Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa manifesta-

rá refiriéndose al Texto Unico Oficioso: «El artículo 57 concedía a los países sin litoral un derecho de participación sobre una base equitativa solamente. Este 'derecho' era más una 'ventaja' que un 'derecho' propiamente dicho, porque dependía de las facultades del Estado ribereño definidas en los artículos 50 y 51» (55). Asimismo, el Grupo afirmaría en la misma ocasión: «El texto único revisado para fines de negociación continuó reflejando la posición de los Estados ribereños. Si acaso, la situación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa empeoró, ya que la expresión 'sin perjuicio de lo dispuesto' que figuraba en los artículos 57 y 58 del texto único para fines de negociación fue sustituida por la palabra 'sujeto a lo dispuesto'» (56).

Al margen de estas valoraciones generales, la doctrina centró el problema de la interpretación de estas cláusulas de remisión en la consideración de si éstas tenían la virtud o no de reconducir la participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa al excedente de los recursos vivos, problema éste que no quedaría resuelto de forma expresa hasta el Texto Integrado/Revisión 1 merced a la inclusión en él de las Fórmulas de Transacción (Doc. NG. 4/9/Rev. 2). En el sentido indicado, Jayakumar señalaría: «The LL/GDS were particulary upset that the Chairman of the Second Committee altered the SNT articles wording of 'without prejudice to the provisions or articles 50 and 51' to the RSNT wording of 'subject to the provision of articles 50 and 51'. In the 'without prejudice' wording of the SNT articles, it was arguable whether the LL/GDS were entitled to the surplus only or to some of the allowable catchs as well. By altering this to 'subject to', the RSNT now appeared to swing more categorically towards limiting LL/GDS rights to the surplus only» (57).

Por su parte, Extravour se expresaría en términos que no ayudarían demasiado a aclarar el problema al estimar que, verosímilmente, de acuerdo con los arts. 50 y 51 del Texto Unico Revisado a los cuales las previsiones del art. 58 están sujetas, los Estados sin litoral

(55) Memorando del Grupo de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa sobre los derechos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en la Zona Económica Exclusiva, Doc. NG. 4/7, 20 de abril de 1978, p. 4.

(56) *Ibid.*

(57) JAYAKUMAR, *op. cit.*, p. 86. Cfr. en este mismo sentido NELSON: «The Function of Regionalism in the Emerging Law of the Sea as Refflected in the Informal Composite Negociating Texts», *Regionalization of the Law of the Sea...*, cit., pp. 20 y 53.

pueden ser requeridos para observar una amplia variedad de términos y condiciones establecidos por el Estado costero en el ejercicio de sus derechos de participación en la explotación de los recursos biológicos de la Zona Económica Exclusiva (58).

Sería Fleischer quien estudiará más detenidamente el tema. Es en las siguientes líneas, donde este autor apunta, a nuestro juicio, certeramente cuáles son los puntos de conexión en que se sostiene la remisión contenida en los arts. 69 y 70 a los arts. 61 y 62. Las palabras de Fleischer, escritas sobre el Texto Unico Revisado y que resultan de total utilidad al analizar la Convención sobre el Derecho del Mar, cuando ésta se ocupa de la citada remisión, son las siguientes:

> «However arguably even now the text is not entirely clear in this respect. In treaty language *subject to* may mean that a thing shall be repected and not touched upon but not necessarily that this thing shall also govern that which is otherwise stated in the Article in question. That Articles 58 and 59 are subject to Articles 50 and 51 may imply that the duties of coastal States to make the surplus available to other States according to Article 51 and the principles of total allowable catch and optimum utilization or resources (Articles 50 and 51) shall remain untouched by Articles 58 and 59. But at the same time the latter Articles may provide rights for third-party States which go further than those already accorded in Article 51 and which are not subject to the same limitations. Even if the rights under 58 and 59 go further and are additional to those specified in Article 51, Articles 58 and 59 may nevertheless be *suject to 51*. From a legal logic view point one might say that if *subject to* really meant that all limitations in Articles 50 and 51 should apply fully to Articles 58 and 59, the latter would be superfluous or strictly limitative (introducing new limitations in addition to those following from Articles 50 and 51) instead of permissive in relation to third-party States. This statement may seem contrary to the intention of Articles 58 and 59, which are meant to enhance not limit rights for LL and GDS» (59).

Más adelante continuaría el citado autor:

> «According to Article 51, paragraph 2, the access of foreign State nationals to the EEZ under that provision is pursuant to the terms contained in paragraph 4 of the same Article. Article 51, paragraph 4, obliges the foreign fishermen to comply with the regulations of the coastal State. The regulations include the payment of fees and other remuneration, which in the case of developing coastal states may consist of 'adequate compensation in the field of financing, equipment and technology relating to the fishing industry'.

(58) EXTAVOUR, *op. cit.*, p. 249.

(59) FLEISCHER, C. A.: «The Right to a 200-Mile Exclusive Economic Zone or a Special Fishery Zone», *Law of the Sea IX, San Diego Law Review*, vol. 14, n.º 3, April 1977, p. 561. Este autor abundaría en el mismo asunto en las pp. 555-556.

> Was the intention of the drafters and of the UNCLOS that the cross-reference from Articles 58 and 59 to Article 51 should include the right of the coastal State to apply this limitation on the rights on foreign states to LL and GDS? Can the intention be that fishing by, for example, Jamaica and Cuba in the coastal waters of Mexico under Article 59 be subject to the transfer of funds from Jamaica and Cuba to the Mexican government? Another example of the limitations applicable under Article 51 is that the coastal State may demand 'the landing of all or any part of the catch by such vessels in the ports of the coastal State'. Is the interpretation tenable that the rights of developing countries under this Article (which includes countries 'particularly dependent, for the satisfaction of the nutritional needs of their populations upon the exploitation of the living resources' in the zone) shall fall under this limitation? Can that be the meaning of the *subject to* reference in Article 59, paragraph 3? One is tempted to say that the answer clearly is no. However, the coastal State must undeniably have its rights to apply ordinary, non-discriminatory fisheries regulations to the fishing vessels from LL and GDS» (60).

Las observaciones realizadas por Fleischer se verían fortalecidas por la sustitución de la expresión «está sujeto a lo dispuesto en los artículos 61 y 62» —después de los diversos cambios habidos en el intermedio— por la expresión «de conformidad con lo dispuesto en este artículo y en los artículos 61 y 62» recogida en el Proyecto de Convención (Texto Oficioso), Proyecto de Convención sobre el Derecho del Mar.

Para el ejercicio de los derechos de participación sobre los recursos excedentarios será necesario, como ya tuvimos oportunidad de ver, atender respectivamente al contenido de los aptdos. 2 y 3 de los arts. 69 y 70, según los cuales:

> «Los Estados interesados establecerán las modalidades y condiciones de participación mediante acuerdos bilaterales, subregionales o regionales, teniendo en cuenta, entre otras cosas:
>
> *a)* La necesidad de evitar efectos perjudiciales para las comunidades pesqueras o las industrias pesqueras del Estado ribereño;
>
> .....

(60) *Ibid.*, p. 562. Analizando la Convención sobre el Derecho del Mar y sobre el mismo asunto, en una exposición quizá más sucinta y por ello no tan rica en matices como la recogida en los párrafos citados anteriormente, pero no contradictoria con ella, el mismo autor puede ser consultado en «The Exclusive...», cit., pp. 269-271.

En relación con la descarga «de toda la captura, o parte de ella en los puertos del Estado ribereño» [art. 62, aptdo. 4, pfo. h)] por los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, el delegado de Lesotho, MAKEKA, diría: «Es injusto restringirles la disposición y el uso de los recursos que han recogido». 13.ª Sesión Plenaria, 26 de agosto de 1980, *III CDM, Docs. Ofcs.*, vol. XIV, p. 40.

d) Las necesidades en materia de nutrición de las poblaciones de los respectivos Estados».

Quisiéramos advertir en relación con el pfo. a) de este apto. 2, que «la necesidad de evitar efectos perjudiciales para las comunidades pesqueras o las industrias pesqueras del Estado ribereño», la cual, por cierto, reza también para otros Estados terceros en virtud de la remisión amplia que en el art. 62, aptdos. 2 y 3, se hace a los arts. 69 y 70, deberá ser entendida dentro de unos cánones que permitan una interpretación sistemática y concordada de los arts. 62, 69 y 70, haciéndose necesario entender dicha cláusula en la perspectiva de la búsqueda de un equilibrio de los arts. 56 (Derecho, jurisdicción y deberes del Estado ribereño en la zona económica exclusiva) y 69 y 70. El necesario intento de interpretación sistemática aparece facilitado, por lo demás, por el carácter enunciativo de los mismos aptdos. 2 y 3 respectivos de los arts. 69 y 70. Reparemos si no en el hecho de que en los apartados se dice literalmente que los Estados interesados establecerán las modalidades y condiciones de participación, «teniendo en cuenta, entre otras cosas»; evidentemente, la *premisa mayor* de la expresión «entre otras cosas» no puede ser sino otra que el punto de partida que vendría a constituir una interpretación sistemática de la Convención que permita descubrir y desplegar todos los parámetros teleológicos que le son propios, interpretación que habrá de atender indudablemente a valorar adecuadamente en cada momento el alcance de los derechos supuestamente en contradicción. No podría ser de otro modo so pena de convertir la Convención, que justo es reconocerlo, no es precisamente un modelo de claridad en este y en muchos otros supuestos, en un instrumento totalmente ajeno a los fines contenidos en su Preámbulo. Piénsese sólo por un momento en la inutilidad de los arts. 69 y 70 —cuya redacción fue uno de los problemas más debatidos en la III Conferencia— si se pretendiese interpretar en un sentido literal aislado de todo su contexto el párrafo a) de los citados aptdos. 2 y 3.

A ello habría que añadir también aquí que en virtud del aptdo. 2, pfo. d) de los citados artículos, los Estados implicados establecerán las modalidades y condiciones de la participación teniendo en cuenta, entre otras cosas, «las necesidades en materia de nutrición de las poblaciones de los respectivos Estados».

Asimismo cabría subrayar la disposición recogida en la Convención, como ya tuvimos ocasión de ver, de establecer las modalidades y condiciones de participación «mediante acuerdos bilaterales, subre-

gionales o regionales». La posibilidad de la celebración de acuerdos subregionales o regionales coloca los derechos de participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en un plano distinto al de otros Estados terceros a los cuales se «dará acceso... mediante acuerdos u otros arreglos». Los distintos niveles geográficos de operatividad previstos para el ejercicio de los derechos de participación de los primeros vienen a arrojar un punto más de luz sobre la especial consideración de esos derechos que trascienden el plano de la bilateralidad alcanzando los ámbitos de la subregionalidad y la regionalidad, imbuidos por un deseo —no debidamente cumplido, como veremos— de poner «en comunicación», en el ámbito marítimo, el mundo de los «have» con el de los «have not», y ello no por un espontáneo voluntarismo sino con base —amén de la fuerza del Grupo de Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa— en las causas atinentes a la fundamentación de los derechos de dichos Estados (61).

Procede advertir, asimismo, radicando en ello, a nuestro juicio, la diferencia principal entre la participación contenida en los arts. 69 y 70 y la del art. 62, que los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa —como ha puesto de manifiesto Azcárraga y Bustamante— «gozan de un derecho de participación mientras que

---

(61) En apoyo de nuestra línea argumental, estimamos que no dejarán de ser de utilidad las siguientes palabras de FLEISCHER:

«Indeed, one may find limitations deriving from Article 51 which do not apply to Articles 58 and 59 —despite the reference in the latter to the former (subject to). The wording of Articles 51 clearly implies a certain degree of discretion on the part of the coastal State in granting access to surplus resources; this discretion must be regaded as a limitation upon the rights of other States. Such States may claim the right to fish only as it is accorded by the coastal State (which 'shall give... other States access'). Foreign States may claim a right to fish after the coastal State has, *inter alia*, decided on the distribution of quotas among claimants in accordance with the guidelines in Article 51.

LL or GDS have a stronger position under Articles 58 and 59. These States 'shall have' a 'right' to fish that is not contingent upon the coastal State's interpretation an application of its obligations. Clearly the stronger language in favour of third-party States in Articles 58 and 59 must prevail here over the limitation following from Article 51.

Another difference between the Articles is that under Article 51 the coastal State has a choice between 'agreements or other arrangements' —language which seems to include the somewhat precarious system of fishing rights accorded by unilateral legislation as opposed to treaty binding the two governments. Under Articles 58 and 59 the terms and conditions 'shall be' determined 'through bilateral, subregional or regional agreements'. Again the rule of Article 58 or 59 must prevail, even if thesse Articles are 'subject to articles 50 and 51'» (204).

«The Right...», cit., pp. 561-562. En similar sentido se pronunciaría el autor en «The Exclusive...», cit., p. 270.

los otros terceros participarán sobre la base de 'concesiones'» (62).

Convendría recordar aquí, abundando en ese dualismo participativo, que Pérez González, al referirse expresamente al acceso al excedente del art. 62, aptdo. 2, dice que «el acceso de terceros se concretará a través de acuerdos u otros arreglos y de conformidad con una serie de condiciones reglamentadas por el ribereño, lo que viene a dar a éste en principio una entera facultad de control y, por supuesto, de selección de las clientelas y de las modalidades de acceso» (63).

---

(62) En ese sentido, el eximio iusmaritimista escribiría: «Una discriminación podría ser establecida entre los terceros Estados. En efecto, los Estados mediterráneos, y empleamos este término, no para significar a los ribereños del mar Mediterráneo con mayúsculas sino a los que estén situados 'en medio de las tierras', o sea, desprovistos de litoral o de acceso directo a los mares, o también a los situados en desventaja geográfica, gozarán en principio del derecho a explotar los recursos biológicos de la zona económica de los Estados costeros vecinos... Y en cuanto a los otros Estados extraños a la zona, especialmente aquellos cuyos pescadores explotaban habitualmente los recursos biológicos de la zona, no serían excluidos de hecho, aunque no podrían ser admitidos más que sobre la base de concesiones consentidas por el Estado ribereño a reserva de acuerdos internacionales particulares que podrían suscribirse a tales efectos» (AZCÁRRAGA Y BUSTAMANTE, J. L. de: *El Dominio Marítimo del Estado sobre la Zona Económica Exclusiva,* Madrid, 1983, p. 35).

En un sentido parecido, REUTER afirmaría: «En lo que se refiere a los recursos biológicos de esta zona, los Estados que carecen de litoral y los Estados en vías de desarrollo poco favorecidos tendrían el derecho a participar en la explotación de las zonas costeras de los Estados limítrofes, pero los Estados que pescan habitualmente en estas aguas no tendrían más que la expectativa de autorizaciones de pesca de carácter discrecional» (REUTER, P.: *Derecho Internacional Público,* Barcelona, 1982, p. 306).

Igualmente, en el mismo sentido, SCOVAZZI, T.: «La pesca nella Zona Economica Esclusiva», *La Zona Economica Esclusiva,* Milano, 1983, p. 19.

Asimismo, JUSTE RUIZ escribiría: «La simple lectura del resto del artículo 62 deja bien claro, sin embargo, que el acceso de terceros a los excedentes de la zona se configura más como una concesión del ribereño que como un verdadero derecho de los Estados terceros» (JUSTE RUIZ, J.: «La pesca española ante el actual proceso de revisión del Derecho del Mar (con especial referencia a la problemática de nuestra flota Sur)», *Anuario de Derecho Marítimo,* vol. 1, 1981, p. 424.

(63) PÉREZ GONZÁLEZ, «La ordenación...», cit., p. 23.

En la misma línea, RAO, *op. cit.*, p. 257.

En relación con este asunto, FLEISCHER sostendría: «It may be said that in general coastal state has a wide measure of discretion in regard to the distribution of that part of the allowable catch of its EEZ which it cannot harvest itself. The rule on the granting of access to foreign states to the surplus is mandatory —the coastal state 'shall' give access according to article 62, paragraph 2— but in the implementation of this basic obligation the coastal state has evidently a certain freedom of action as to which states will be given the right to fish and as to the quotas to be allocated to the different foreign states with respect to the various species and fisheries in the EEZ. However, this right of decision is not purely arbitrary. As is said in article 62, paragraph 3: In giving access to other states the coastal state must 'take into account all relevant factor', including the factors mentioned specifically in the same paragraph 3.

Tha the implementation of the basic obligation to give access to a suplus must be conside-

A sensu contrario de la línea argumental que hasta aquí hemos venido exponiendo hay que destacar que ninguna de las previsiones que matizan las disposiciones referentes a los derechos de participación contenidas en los arts. 69 y 70 aparecen recogidas por el art. 62, el cual, al disponer que, cuando el Estado ribereño no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible, «dará acceso» a otros Estados al excedente de la captura permisible, procede a efectuar una ponderación de los derechos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa al establecer que dicho acceso se «dará... teniendo especialmente en cuenta los artículos 69 y 70, sobre todo en relación con los Estados en desarrollo que en ellos se mencionan». Dicha ponderación estaría presente también en el aptdo. 3 del art. 62 al señalar que al dar a otros Estados acceso a su Zona Económica Exclusiva el Estado ribereño tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, «incluidos, entre otros... las disposiciones de los artículos 69 y 70».

No quisiéramos, con todo, trasladar la impresión de que bajo las expresiones «dará acceso» y «al dar a otros Estados acceso», contenidas respectivamente en los aptdos. 2 y 3 del art. 62, el Estado ribereño se encuentra ante un mero ejercicio de la voluntad. Nada más lejos de nuestros deseos que pretender dar cobijo —ni mucho menos extender— tal estado de ánimo. Sin detenernos en mayores consideraciones, queremos afirmar que tras la expresión «dará acceso» se encuentra una verdadera obligación para el Estado ribereño de facilitar el acceso al excedente a terceros Estados, obligación que lleva consigo, si bien sujeta a la «selección» de que nos hablaba Pérez González, el correlativo derecho al excedente. En este sentido, nos parece, con Fleischer, que la obligación de dar acceso al excedente tiene su razón de ser en la necesidad de utilizar todos los recursos proteínicos disponibles en bien del mundo entero y en particular de los países en desarrollo, de tal forma que argüir en favor de un derecho del Estado costero para prohibir a los pescadores extranjeros acceder al excedente parece irrazonable: «The coastal State's needs, which are the basis of the development toward an extended fishery zone an im-

---

red from case to case and from one year to the other also follows from the fact that it must be effectuated through 'agreements' or other 'arrangements' between the coastal state and the other states which obtain a right of access. If no agreement is reached, the coastal state may refuse to give access to the state concerned or it may use the option of an 'arrangement' by establishing the quotas unilaterally in its own legislation».

FLEISCHER: «The Exclusive...», cit., p. 268.

portant part of the legal reasoning which can be invoked in favor of that development, do not seem to go further than the catch which that State is capable of harvesting. Consequently, the justification for Article 51, paragraph 2, and Articles 58 and 59 are rules wich may be deduced from general principles of law as to the necessary catch» (64).

De todos modos, por lo hasta aquí visto, no parece descabellado poder afirmar que los derechos de participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa disfrutarán de una naturaleza diferente de la de los otros Estados terceros, la cual otorga a los derechos de los primeros un carácter preferencial sobre los derechos de esos otros Estados.

Este carácter preferente resultará, por lo demás, patente si reparamos que la redacción de los aptdos. 3 y 4, respectivamente, de los arts. 69 y 70 nos dice: «Cuando la capacidad de captura de un Estado ribereño se aproxime a un punto en que pueda efectuar toda la captura permisible...». Observaremos que se habla de «cuando la capacidad de captura» del Estado ribereño y que de ningún modo se habla de «Cuando la capacidad de captura del Estado ribereño y los otros terceros se aproxime...», lo cual hubiera sido un indicio de una posible preferencia de los derechos de los otros Estados terceros y que tampoco hay ninguna disposición en el art. 62, en virtud de la cual los otros Estados terceros en desarrollo, en caso de inexistencia de excedente o por el carácter despreciable de éste, puedan participar en el volumen de capturas permisibles. A ello habría que añadir, desde luego, que no tendría ningún sentido sostener que mientras una capacidad de captura del Estado ribereño próxima al volumen de captura permisible obliga al Estado ribereño a reducir en alguna medida su capacidad de captura para posibilitar la participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, ésta pudiera verse impedida, por el contrario —en el supuesto de incapacidad del Estado ribereño—, por la capacidad de captura de otros Estados terceros. La discriminación que se produciría, de aceptarse tales supuestos, entre los Estados ribereños y los Estados terceros sería un mo-

(64) FLEISCHER: «The Rights...», cit., p. 556.

En este mismo sentido, PULVENIS escribiría, refiriéndose al Estado ribereño: «En effet, il a *l'obligation* d'asurer la participation des Etats tiers à l'exploitation de ces ressources» (PULVENIS, J. F.: «Zone économique et plateau continental. Unité ou dualité», *Revue Iranienne des Relations Internationales*, n.° 11-12, Printemps, 1978, p. 116).

numento a la incongruencia etiológica y a la irracionalidad normativa.

Por lo que respecta a los aptdos. 1 de los arts. 69 y 70, tal carácter preferencial podría deducirse de los términos que han de acompañar al derecho de participación: «Los Estados (sin litoral) (en situación geográfica desventajosa) tendrán derecho a participar, sobre una base equitativa, en la explotación de una parte apropiada del excedente». Nótese que se dice que el derecho a participar lo será «sobre una base equitativa» y en «una parte apropiada» del excedente. Estamos aquí en presencia de dos expresiones de difícil tratamiento que por el contrario no aparecen recogidas en el art. 62. Por lo que respecta a la segunda, estimamos que ella vendrá a ser una resultante de la puesta en escena de los mecanismos y factores contenidos en los aptdos. 2 y 3 respectivos de los arts. 69 y 70. Por lo que atañe a la expresión «base equitativa», se hace difícil perfilar los lindes de su alcance. Una hipótesis posible en el momento de interpretar el Texto Unico Revisado fue la expuesta por Fleischer en los siguientes términos:

> «Another difficulty is found in the term 'on an equitable basis', which refers to the access existing by virtue of Articles 58 and 59. This language, which is found in Articles 58 and 59 but not in Article 51, must prevail over the limitations which are or may be applicable under the latter.
>
> This lengthy analysis poses crucial questions: Does the language to the effect that Articles 58 and 59 shall be *subject to* Article 51 imply that the limitation in Article 51 concerning the surplus is applicable also in regard to Articles 58 and 59? If other limitations found in Article 51 are not applicable to Articles 58 and 59, why should the surplus limitation in particular be applicable? And may not the equitable basis, which qualifies the rights accorded under Articles 58 and 59 be regarded as an alternative to the qualification given under Article 51 —namely the restriction to the surplus? No need exists for the reference to equity in Article 51, for the extent of the obligations on coastal States and of the rights of other States *in toto* is there clearly defined. However, in Articles 58 and 59 the extent of the obligations incumbent upon the coastal State and consequently the rights of the foreign States covered by those Articles are provided for with reference to another criterion, 'on an equitable basis'. May not this criterion be regarded as superseding that of Article 51, irrespective of the *subjecto* references contained in Articles 58 and 59? The application of the *lex specialis* of the latter Articles to he exclusion of the limitations contained in the more general rules of Article 51 might not be contrary to the main principles of treaty interpretation» (65).

(65) FLEISCHER, *op. cit.*, p. 563.

En el marco de la misma hipótesis, NJENGA habría escrito: «Surgen entonces serias preguntas sobre la naturaleza del derecho que se otorga a los Estados sin litoral y en situación

Con todo, resultará lógico que ante un asunto tan complejo como el analizado por nosotros se hayan suscitado a nivel doctrinal posiciones diferentes que van desde la negativa a cualquier tipo de preferencia hasta las que la aceptan, pasando naturalmente por aquellas que se plantean un interrogante al respecto.

Entre los primeros estaría Hoof, quien afirmaría: «Por último, dentro del PCTO no existe un orden de preferencia a favor de determinados Estados para reclamar el excedente, a pesar de que hubo Delegaciones que propugnaban la prioridad de los Estados sin litoral y de los Estados con características especiales de la subregión o región» (66).

En sede de interrogantes, en una línea en cierto modo preferencialista, Njenga manifestaría: «¿Deberán disfrutar los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, particularmente los que están en vía de desarrollo, de alguna forma de preferencia sobre otros con respecto al excedente?, y si es así, ¿cómo será esa preferencia reglamentada en la Convención?» (67).

En el terreno de una eventual preferencia estarían González Campos y Sánchez Rodríguez, para quienes: «El acceso a los *excedentes de captura* por terceros Estados supone una importante atenuación del principio de 'exclusividad', de aprovechamiento de los recursos pesqueros. Ahora bien, *esta facultad de acceso se halla sometida a diferentes condiciones:* 1) En primer lugar, al presupuesto de que existan tales excedentes... 2) En segundo lugar, a la eventual preferencia de acceso respecto de ciertos Estados 'desaventajados': los Estados sin litoral, así como los Estados en desarrollo de la región con carac-

---

geográfica desventajosa, si se le considera 'sujeto a la existencia de un excedente'. ¿Qué será lo compartido, 'sobre bases equitativas', cuando no hay excedente, ya sea de una o de todas las especies?» (NJENGA, F. X.: «Africa, el Nuevo Derecho del Mar y el Nuevo Orden Económico Internacional», *Estudios del Tercer Mundo,* vol. I, n.° 3, septiembre 1978, p. 33).

Más rotundo habría sido KRONFOL, para quien: «Furthermore, participation on 'equitable basis' to obtain an equitable share of the living resources provides the LLS and GDS permanet access to fish on annual portion of the total allowable catch in the EEZ of their reighbors» (KRONFOL, Z. A.: «The Exclusive Economic Zone: A Critique of Contemporary Law of the Sea», *Journal of Maritime Law and Commerce,* vol. 9, n.° 4, July 1978, p. 474.

(66) HOFT, E. R.: «Los problemas regionales marítimos argentinos y el Derecho Internacional Público», *Anuario Argentino de Derecho Internacional,* I, 1983, p. 213.

En esta línea estarían igualmente: PHILLIPS, J. C.: «The Exclusive Economic Zone as a Concept in International Law», *International and Comparative Law Quarterly,* vol. 26, Part. 3, July 1977, p. 604; CARROZ: «Le nouveau...», cit., p. 858. Este autor reiteraría idéntica posición más tarde en «Les problèmes...», cit., pp. 188-189; O'CONNELL, *op. cit.,* p. 566.

(67) NJENGA, *op. cit.,* p. 33.

En forma interrogativa se pronunciaría también OXMAN, *op. cit.,* p. 16.

terísticas especiales; y —extremo este aún sin resolver— en último lugar, supuesto un régimen de 'preferencias' los Estados que habitualmente han faenado en la zona» (68).

Dentro de unas coordenadas preferencialistas, habría estado ya, según nos indica Meseguer, el Texto Unico Oficioso. En efecto, este autor señala: «En relación al régimen de participación de terceros Estados en la zona, la posición española tuvo por objeto tratar de introducir en la redacción de los distintos artículos las tesis generales defendidas en Caracas...; supresión del criterio preferencial establecido para el grupo de los llamados 'Estados geográficamente desaventajados'... y, por último, exclusión también de los criterios preferenciales establecidos en favor de los Estados sin litoral desarrollados» (69).

En una tónica preferencialista, Herrero Rubio se manifestaría en los siguientes términos:

> «Pero con respecto a los terceros Estados, en el texto integrado se establecen distinciones de interés, en cuanto que determinan alguna diferencia, a veces notable, en su participación en su zona económica especial.
>
> Estos artículos 69 y 70 que realizan una discriminación favorable a los Estados sin litoral, o en situación geográfica desventajosa, encuentran su fundamento en el propósito de establecer una igualdad material donde la igualdad puramente formal entraña una desventaja» (70).

De Simoes Ferreira entresacamos el siguiente párrafo, que, sin duda, resultará altamente expresivo en la materia de preferencialidad que estamos examinando. En efecto, la citada autora, refiriéndose a los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, afirmaría: «They have accordingly insisted to include that articles 69 and 70 be amended to include a reference to a preferential or priority rights of the disadvantaged and landlocked. Coastal states were unwilling

---

(68) SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 481.
En un pie de eventualidad parecen también ubicarse FARNELL y ELLES, *op. cit.*, pp. 7-8.

(69) MESEGUER: «III Conferencia sobre el Derecho del Mar: Posición española en materia de pesca marítima», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol XXX, n.° 2-3, 1977, p. 381.

(70) HERRERO RUBIO, A.: «La Zona Económica especial en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar», *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, II, Madrid, 1979, pp. 692-693.

to have such an express reference in the text, contending that these preferential rights were implied» (71).

Finalmente, para poner término al abanico doctrinal que en materia de preferencialidad hemos tenido oportunidad de examinar, estimamos que resultará procedente traer a colación las siguientes palabras de Pueyo Losa:

> «Si en la nueva Convención sobre el Derecho del Mar se parte de la atribución al Estado ribereño de derechos soberanos a los efectos de exploración y explotación de los recursos vivos de su zona económica exclusiva, ésta a continuación parece restringir o limitar su capacidad al respecto al apuntar la posibilidad de que terceros Estados puedan acceder a la explotación de tales recursos. Partiendo de la base, ciertamente, de que el Estado ribereño habrá de determinar no sólo 'la captura permisible de los recursos vivos en su zona económica exclusiva' (art. 6.1), sino también 'su capacidad de capturar los recursos vivos' de dicho espacio de mar, se dispone que 'cuando el Estado ribereño no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible, dará acceso a otros Estados al excedente de captura permisible' (art. 62.2); pareciendo, además, afirmarse con mayor rigor esta presunta obligación del Estado ribereño de dar acceso al 'excedente' respecto concretamente de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, al puntualizarse en los arts. 69 y 70 que ambos tipos de Estados 'tendrán derecho a participar, sobre una base equitativa, en la explotación de una parte apropiada del excedente de los recursos vivos de las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños de la misma subregión o región'» (72).

---

(71) SIMOES FERREIRA, P.: «The Role of African States in the Development of the Law of the Sea at the Third United Nations Conference», *Ocean Development and International Law*, vol. 7, n.° 1-2, 1979.

(72) PUEYO LOSA: «La indeterminación...», cit., p. 344. Este autor volvería sobre el asunto de forma bien precisa en la p. 347: «De las disposiciones contenidas en los arts. 69 y 70 se podría deducir, con todo, el reconocimiento de un derecho preferencial de acceso a los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa...». Sobre el particular, cfr. asimismo la p. 348.

En un contexto preferencialista vendrían a situarse: HASSAN, *op. cit.*, pp. 708-709; HAFNER, «The Land-Locked...», cit., p. 614; PULVENIS, «Zone économique...», cit., p. 116; CAFLISCH, «La Convention...», cit., p. 71. En una idéntica línea interpretativa puede consultarse, asimismo, dicho autor en «The Fishing...», cit., p. 38; LAHLOU, A.: *Le Maroc et le Droit des Pêches Maritimes*, París, 1983, pp. 323-324. En la misma línea se expresaría en las pp. 238 y 323; BENNOUNA: «Le Droit International relatif aux matières primes», *Recueil des Cours. Academie de Droit International*, t. 177, 1982, vol. IV, p. 140. En parecidos términos se volvería a expresar este autor en *Droit International du développement...*, cit., p. 123. En ambos trabajos, el autor parece limitar los acuerdos de participación de los Estados en desarrollo a las Zonas Económicas Exclusivas de los Estados en desarrollo, lo cual no resultaba ser así de la propia letra de la Convención que establece únicamente limitaciones para los Estados desarrollados; MENGOZI, P.: «Patrimonio Comune dell'Umanita e Zona Economic Esclusiva», *La Zona Economica*, cit., p. 140.

Llegados a este punto, hemos de señalar, por todo lo que hemos dicho, que nuestra posición se decanta hacia la defensa, dentro del régimen de tratamiento particularizado previsto en la Convención sobre el Derecho del Mar para los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, de la existencia con carácter general de una regla de preferencialidad que otorgaría un carácter prioritario a los derechos de los citados Estados sobre los de los otros terceros Estados en materia de participación en los recursos vivos de la Zona Económica Exclusiva, y ello tanto por lo que se refiere a la propia *metafísica* ínsita en sus orígenes como por lo que atañe a su ejercicio.

Tal manifestación nuestra parece, por lo demás, venir avalada por el Memorando explicativo sobre las Propuestas (NG. 4/9) presentado por el Presidente del Grupo de Negociación 4, Embajador Satya Nandan (Fiji) (Doc. NG. 4/10), antecedente inmediato, como hemos dicho, de las Fórmulas de Transacción (Doc. NG. 4/9/Rev. 2), recogidas, recordaremos, casi literalmente en las sucesivas versiones del Texto Integrado y en la Convención. En dicho Memorando, el Presidente del Grupo de Negociación 4 manifestó:

> «Me permito ahora referirme a los puntos más difíciles que era preciso tomar en consideración al formular las propuestas. En primer lugar, se recordará que los Estados sin litoral y geográficamente desfavorecidos declararon que su participación en las zonas económicas exclusivas vecinas debía realizarse con carácter preferencial o prioritario. En consecuencia, sugirieron que se modificasen los artículos 69 y 70, incluyendo una referencia expresa a la prioridad o preferencial con el fin de que esos artículos fuesen más significativos. Muchos Estados ribereños opinaron que no era necesario un texto tan explícito y señalaron que la preferencia hacia esos Estados estaba implícita en las disposiciones especiales de los artículos 69 y 70.
>
> Ahora bien, aunque comprendo las opiniones expresadas por algunos de los Estados ribereños sobre este asunto, estoy convencido de que la relación entre las disposiciones de los artículos 69 y 70 y las del artículo 62 debe quedar más clara. A mi juicio, la mejor manera de lograrlo es modificar el párrafo 2 del artículo 62, disponiendo que el Estado ribereño, al dar acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible, tenga especialmente en cuenta las disposiciones de los artículos 69 y 70, sobre todo en relación con los Estados en desarrollo que en ellos se mencionan.
>
> Esta enmienda tiene la ventaja de que evita el empleo de las palabras 'prioridad' o 'preferencia' en los artículos 69 y 70, poniendo al mismo tiemplo más claramente de relieve la necesidad de hacer objeto de una consideración especial a los Estados mencionados en dichos artículos. En mi opinión, esta fórmula representa un equilibrio justo y razonable entre la posición de los Estados sin litoral y geográficamente desfavorecidos que desean que se incluyan las palabras prioridad o preferencia, y la posición de los Estados ribereños, que desean que no aparezcan tales términos».

Las palabras de Satya Nandan constituyen, a nuestro juicio, un claro testimonio de rechazo, cuando menos, de las tesis no preferencialistas y la aceptación *sub limine* de la preferencia específica. Observaremos que el Presidente, cuya opinión en atención al grado de oficiosidad habido en la III CDM, resulta ser altamente cualificada, declara que «*muchos* Estados ribereños opinaron que no era necesario un texto tan explícito y señalaron que la preferencia hacia esos Estados estaba implícita en las disposiciones especiales de los artículos 69 y 70» (73), mientras que en el párrafo siguiente dice que «aunque comprendo las opiniones expresadas por *algunos* de los Estados ribereños sobre este asunto, estoy convencido de que la relación entre las disposiciones de los artículos 69 y 70 y las del artículo 62 debe quedar más clara» (74). ¿Cuál podría ser, *a contrario sensu,* la «consideración especial» de que nos habla el Presidente Satya Nandan? Cualquier *tertium genus* que pudiera querer establecerse como «consideración especial» de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa sólo podría arbitarse embebido, por mínimo que pudiera ser, en algún tipo de rasgo preferencial de los derechos de participación de los citados Estados que vendría a avalar —e incluso a constituir *stricto sensu*— una manifestación de la citada preferencialidad.

G) La transferencia de los derechos

En el art. 72 de la Convención se recoge la cláusula de intransmisibilidad de los derechos de participación. Dicho artículo, como recordaremos, dice así:

> «1. Los derechos previstos en virtud de los artículos 69 y 70 para explotar los recursos vivos no se transferirán directa o indirectamente a terceros Estados o a los nacionales de éstos por posesión o licencia, por el establecimiento de empresas conjuntas ni de cualquier otro modo que tenga el efecto de tal transferencia, a menos que los interesados acuerden otra cosa.
>
> 2. La disposición anterior no impedirá a los Estados interesados obtener asistencia técnica o financiera de terceros Estados o de organizacione internacionales a fin de facilitar el ejercicio de los derechos de conformidad con los artículos 69 y 70, siempre que ello no tenga el efecto a que se hace referencia en el párrafo 1».

(73) El subrayado es nuestro.
(74) El subrayado es nuestro.

Este artículo ha sido objeto de tratamiento tanto en los debates de la III Conferencia como a nivel doctrinal, produciéndose en torno a él una serie de manifestaciones que estudiaremos a continuación, por el valor que encierran para ayudarnos a exponer nuestra posición al respecto (75).

Comenzando por la III Conferencia, subrayaremos las declaraciones del delegado de Lesotho, Makeka, al señalar: «El artículo 72 es totalmente irracional: excluir a los Estados sin litoral de las empresas conjuntas es excluirlos de un capital y de una tecnología esenciales, y con ello de una participación real» (76). En relación con este comentario, hecho a la vista de la Revisión 2 del Texto Integrado Oficioso, válido, por tanto, para la Convención, debido a la ausencia de diferencias de fondo entre las redacciones de aquél y de ésta, estimamos, obviamente, que no debe ser tomado de otra manera que como una valoración de la importancia que tienen las empresas conjuntas como fuentes de capital y de tecnología, nunca como una interpretación del art. 72 excluyente de la participación de capital y tecnología extranjeros. Tal participación resultará plenamente lícita, con la salvedad allí recogida, en virtud del aptdo. 2 del art. 72 cuando dice que «la disposición anterior no impedirá a los Estados interesados obtener asistencia técnica o financiera de terceros Estados o de organizaciones internacionales a fin de facilitar el ejercicio de los derechos».

Por otra parte, dicha asistencia sería procedente en virtud del art. 266 (Fomento del desarrollo y de la transmisión de la tecnología marina), en particular su aptdo. 2, en el cual se establece:

> «Los Estados fomentarán, en la esfera de la ciencia y tecnología marinas, el desarrollo de la capacidad de los Estados que necesiten y soliciten asistencia técnica en esa esfera, particularmente de los Estados en desarrollo, incluidos los Estados sin litoral y los Estados en situación gográfica desventajosa, en lo referente a la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos marinos, la protección y preservación del medio marino, la

(75) Respecto a este artículo, PASTOR RIDRUEJO nos dice: «En el tercer período de sesiones (Ginebra, primavera de 1975), cuando en el llamado 'Grupo de Expertos Jurídicos' se debatía el régimen articulado de la zona económica exclusiva, la delegación española volvió a exponer sus ideas y en todo caso logró la inclusión de una disposición que impedía a los Estados sin litoral la transferencia de sus derechos de pesca a otros Estados. Se trata del actual artículo 72 de la Convención, al que ya nos hemos referido» (PASTOR RIDRUEJO, «La Convención de 1982...», cit., p. 86).

(76) 136.ª Sesión Plenaria, 26 de agosto de 1980, *III CDM. Docs. Ofcs.*, vol. XIV, p. 40.

investigación científica marina y otras actividades en el medio marino compatibles con esta Convención, con miras a acelerar el desarrollo económico y social de los Estados en desarrollo».

La posición de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en esa materia se vería además reforzada por el párrafo a) del art. 269 (Medidas para lograr los objetivos básicos) que estipula lo siguiente:

«Para lograr los objetivos mencionados en el artículo 268, los Estados, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, procurarán, entre otras cosas:

a) Establecer programas de cooperación técnica para la efectiva transmisión de todo tipo de tecnología marina a los Estados que necesiten y soliciten asistencia técnica en esta materia, especialmente a los Estados en desarrollo sin litoral y a los Estados en desarrollo en situación geográfica desventajosa, así como a otros Estados en desarrollo que no hayan podido crear o desarrollar su propia capacidad tecnológica en ciencias marinas y en la exploración y explotación de recursos marinos, ni desarrollar la infraestructura de tal tecnología».

Asimismo, lo sería por el art. 272 (Coordinación de programas internacionales), según el cual:

«En materia de transmisión de tecnología marina, los Estados tratarán de lograr que las organizaciones internacionales coordinen sus actividades, incluidos cualesquiera programas regionales o mundiales, teniendo en cuenta los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo, en particular de aquellos sin litoral o en situación geográfica desventajosa».

A nivel doctrinal, el artículo no dejaría de ser objeto de algunas críticas desde la aparición de sus precedentes. Así, Hassan afirmaría, a nuestro modo de ver, con bastante fundamento:

«While the landlocked states would be restrained from transferring their rights unilaterally, the coastal states would be able to license foreign fishermen and earn revenue therefrom. Thus, despite the major effort of the landlocked states and some important tradeoffs that they might have to make to get fishing rights, it seems that they will no benefit from them, at least in the immediate future. The landlocked states, in accordance with the SNT, are only allowed to tansfer their rights with the express consent of the coastal satate concerned. What if the coastal refuses consent? In a system where fishing rights of the landlocked states would be self-operative, the restriction on unilateral transfers is understandable, but where the rights are already subject to agreement, the necessity for a such provision is questionable. The only

possible justification would be to cover situations where agreements between coastal and landlocked states for the exercise of the latters's fishing rights do not specify the allowable catch. Such situations are highly improbable since a coastal state would not only be required to determine the allowable catch of the living resources in its EEZ, but also give other states access to the surplus allowable catch in light of its own harvesting capacity and the fishing rights of landlocked states. The mandatory obligation of the coastal state to give third states access to the surplus of the allowable catch naturally would require a prior determination of the landlocked state's share. This is not to suggest that the landlocked state would be competent to make such a determinaton alone; its share would be subject to mutual determination by both the landlcked and the coastal state concerned. Thus, as long as a specific share is fixed, it seems illogical to restrain the landlocked state's right to utilize this share in any particular way. Although the landlocked states would be entitled to this share as matter of right and thus have the force of claim over it, they would not enjoy the same status regarding transfer of this right ...» (77).

Por su parte, en este mismo terreno, Wodie afirmaría:

«L'exercise de ce droit incertain, outre qu'il est affecté d'une condition suspensive (conclussion d'accords), est assorti d'une condition résolutoire. Aux termes de l'article 59 du document A/CONF. 62/WP. 8/Part. II du 7 mai 1975 les droits accordés aux Etats sans littoral et aux Etats géographiquement défavorisés ne peuvent être transférés sans le consentement exprès de l'Etat côtier à des Etats tiers ou à leurs ressortissants par voie de bail ou de concession, par la creation d'entreprises conjointes en collaboration ni en vertu d'aucun autre arrangement. Que cette condition se réalise et l'Etat riverain est fondé à annuler rétroactivement les droits reconnus à l'Etat sans littoral qui s'est rendu coupable d'un tel agissement. Cette disposition édictée dans le souci légitime d'empêcher le pillage des ressources biologiques des Etats riverains par les Etats développés avec la complicité des Etats sans littoral ou défavorisés, affecte inconstestablement le principe d'egalité entre les Etats; puisqu'aussi bien cette obligation de non transfert ne pèse pas sur l'Etat côtier. Les Etats dépourvus de littoral ne son pas dépourvus de souveraineté. Au total ces dispositions laissent transparaître que les Etats défavorisés ne sont pas titulaires de droits, mais concessionnaires d'un titre précaire et révocable» (78).

(77) HASSAN, *op. cit.*, pp. 709-710. El mismo autor volvería sobre el tema en la p. 711.

(78) WODIE, *op. cit.*, p. 753.

Somos conscientes, con todo, de los posibles riesgos que podría comportar la eliminación de la cláusula de intransferibilidad. Recordaremos, en efecto, la preocupación expresada al respecto por SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: «Tal cláusula preventiva tiene sentido en la medida en que el trato privilegiado a los países sin litoral pudiera esconder intereses más bastardos, especialmente en continentes donde coincide la presencia de una potencia hegemónica» (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 317-318).

En relación con estas afirmaciones, aceptando en líneas generales el sentido de la denuncia de la desigualdad de tratamiento dado en materia de transferibilidad a los Estados ribereños por una parte y a los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa por otra, hemos de hacer no obstante la observación de que, a nuestro juicio, la transferencia de los derechos a terceros Estados sin el acuerdo del Estado —o Estados— sin litoral o en situación geográfica desventajosa en cuestión y del Estado —o Estados— ribereño («a menos que los Estados interesados acuerden otra cosa», en palabras de la Convención), no autoriza al Estado —o Estados— ribereño a anular retroactivamente los derechos reconocidos a los Estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa que se hubiesen comportado en tal sentido. Ni de la letra ni del espíritu de la Convención se deduce que pueda darse una tesis tan extrema por una mera actuación del Estado ribereño en virtud de una supuesta «condición resolutoria». Ello no quiere decir que en tales casos no entren en juego responsabilidades que deberán ser apreciadas convenientemente mediante el recurso a los mecanismos para la solución de controversias recogidos en la Convención. De todo nuestro discurso argumental, fácilmente se colegirá nuestro desacuerdo con las afirmaciones anteriores, cuando en ellas se dice —algo que posiblemente, a la vista de la Convención, Wodie ya no mantendría— que los Estados sin litoral y los Estados desfavorecidos no son titulares de derechos, sino concesionarios de un título precario y revocable.

Serían, con todo, a nuestro modo de ver, las palabras de Oda las que mejor pondrían el dedo en la llaga de la discriminación que supone el art. 72 para los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, los cuales, objeto de un tratamiento, como podemos ir apreciando, más bien insuficiente por lo que respecta a la cobertura de sus «necesidades proteínicas pesqueras», parecerían haber sido considerados, al menos por lo que se refiere al papel de la Zona Económica Exclusiva como factor de desarrollo, como inmerecedores de algo que más allá de un restringido acceso a los recursos atendiese a la búsqueda del «progreso para todos los pueblos del mundo» del que nos habla el Preámbulo de la Convención sobre el Derecho del Mar. No sería, pues, extraño que Oda mostrase su sorpresa por encontrar una previsión en la Convención que restringe la transferencia de los derechos de participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa a terceros Estados: «If the rights of these States are limited by Article 72, the raison d'être of those

provisions conferring special status on these states will be very doubtfull, considering that they may legitimately wish to participate in fishing for the sake not only supplying animal protein to their own populations, but also of increasing national employment opportunities or even developing marine fishing as an integral part of their national industry» (79).

A la vista de todas las consideraciones que hemos tenido la oportunidad de ver y valorar, pensamos que lo más oportuno no hubiera sido la no inclusión lisa y llana de este artículo, sino, tal vez, el establecimiento de un régimen intermedio en el que se dejase abierto un régimen de libertad de transferencia de los derechos de participación, como pudiera ser, p. ej., aquel en el que se posibilitase la transferencia de dichos derechos, «salvo que los Estados interesados acuerden otra cosa». Se hubiera invertido así el sentido del actual art. 72 de «prohibición salvo acuerdo» por el de «libertad salvo acuerdo». El *status* de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa habría experimentado en tal caso una mejoría indudable, habida cuenta del mayor margen de maniobrabilidad que vendría a darse a los citados Estados. De todos modos, dispuestas como están las cosas en la Convención, es de esperar que el acuerdo en cuanto a la transferencia, dados los pasos necesarios para el establecimiento de «las modalidades y condiciones de participación mediante acuerdos bilaterales, subregionales o regionales», no deba encontrar mayores problemas para su logro en buena parte de los casos. Ello no debería constituir en principio ningún perjuicio estimable para los Estados ribereño mientras que para los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa vendría a contribuir a un reforzamiento de su desmejorada autonomía en el medio marino.

H) La inaplicabilidad de los artículos 69 y 70 de la Convención sobre el Derecho del Mar

El art. 71 de la Convención contiene una cláusula de inaplicabilidad de los arts. 69 y 70, la cual fue introducida en 1977, en el art. 71 del Texto Integrado Oficioso, con una redacción que perduraría

(79) ODA, «Fisheries...», pp. 745-746.
En una línea parecida se manifestaría TAVARES DE PINHO: *op. cit.*, p. 198.
En contra del art. 72, se expresaría también MANLEY, *op. cit.*, p. 18.

en sus términos literales en las sucesivas revisiones del Texto Integrado, en el Proyecto de Convención y finalmente en la Convención sobre el Derecho del Mar. Dicho art. 71 previene: «Las disposiciones de los artículos 69 y 70 no se aplicarán en el caso de un Estado ribereño cuya economía dependa abrumadoramente de la explotación de los recursos vivos de su zona económica exclusiva».

Hemos de subrayar que un artículo de tanta trascendencia como éste ha recibido una atención prácticamente nula por parte de la doctrina. Sería en los debates donde se suscitarían al menos algunos comentarios. Así, el delegado de Lesotho, Makeka, afirmaría: «El artículo 71 constituye una restricción más sobre los pretendidos derechos de los Estados sin litoral, máxime cuando esos Estados representan la mayoría de los más pobres entre los países pobres. Su participación en las zonas de los Estados que alegan depender de la pesca no puede afectar adversamente a estos Estados» (80).

El zaireño Bieya Mbaki, por su parte, señalaría: «La delegación del Zaire pide que se suprima el art. 71» (81). Días más tarde, este país insistiría sin éxito en su pretensión presentando el Proyecto Zaire: enmiendas, Doc. A/CONF. 62/C. 2/L. 107, en el cual entre otras cosas, se decía: «Artículo 71: suprímase este artículo por ser redundante y porque repite el contenido de los artículos 62, 69 y 70».

El mismo país, unos días después, a través del delegado Kalonji Tshikala, volviendo sobre el mismo tema, afirmaría: «Su delegación no ve qué objeto tiene el artículo 71, al que considera superfluo y capaz de crear problemas inncesarios. Sus disposiciones ya están establecidas en los párrafos 2 y 3 del artículo 62, en el párrafo 2 del artículo 69 y en el párrafo 3 del artículo 70. Además, si la economía de un Estado dependiera abrumadoramente de la explotación de pesquerías, pero dicho Estado no tuviera la capacidad suficiente para efectuar toda la captura permisible, ¿por qué no podría permitir que los Estados sin litoral y aquéllos con características geográficas especiales aprovecharan la captura disponible hasta que desarrollara la capacidad de efectuar toda la captura por sí mismo? Puesto que el objetivo de los artículos 62, 69 y 70 es la explotación óptima de los recursos vivos de la zona, la introducción de otros criterios no objetivos haría difícil, si no imposible, la celebración de acuerdos bilaterales o regionales» (82).

(80) 136.ª Sesión Plenaria, 26 de agosto de 1980, *III CDM, Docs. Ofcs.*, vol. XIV, p. 40.
(81) 167.ª Sesión Plenaria, 7 de abril de 1982, *id.*, vol. XVI, p. 89.
(82) 169.ª Sesión Plenaria, 15 de abril de 1982, *ibid.*, p. 103.

A esta intervención contestaría el delegado islandés Andersen en los siguientes términos: «El artículo 71 no es 'superfluo' como dijo el representante del Zaire, porque establece una regla especial para un país que depende en forma abrumadora de los recursos vivos de su zona económica exclusiva. En un caso como ese todo excedente disponible puede utilizarse en beneficio de ese mismo país. La supresión de dicho artículo constituiría un cambio de fondo al que su delegación se opone firmemente» (83).

Al hilo de las intervenciones zaireña e islandesa, juzgamos que debemos hacer algunas consideraciones respecto a la procedencia del art. 71. En relación con la intervención islandesa, parécenos encontrar en ella una contradicción cuando se dice que «en un caso como ese, todo excedente disponible puede utilizarse en beneficio de ese mismo país». A nuestro juicio, la situación de «dependencia económica pesquera abrumadora» no parece, en principio, que sea compatible con la existencia de un excedente. En caso de existir éste, supuesto en el que la tesis de la dependencia abrumadora podría llegar a encontrarse con serios problemas de identificación, vendría a tener razón el delegado zaireño cuando afirmaba que en el caso de que «dicho Estado no tuviera la capacidad para efectuar toda la captura permisible, ¿por qué no podría permitir que los Estados sin litoral y aquellos con características geográficas especiales aprovechasen la captura disponible hasta que desarrolle la capacidad de efectuar la captura por sí mismo?».

Asimismo, en cuanto a la posición zaireña, estamos de acuerdo en que el citado art. 71 es redundante y superfluo en la medida que sus disposiciones están ya establecidas en los aptdos. 2 y 3 del art. 62, en el aptdo. 2 del art. 69 y en el aptdo. 3 del artículo 70. Ello parece resultar así si recordamos que el aptdo. 2 del art. 62 habla

(83) *Ibid.*, p. 104.

En relación con este articulo, CAFLISCH escribiría: «Une troisième observation a trait à l'article 71 qui, on s'en souvient, exonère des charges résultant des articles 69 et 70 les Etats côtiers dont l'économie est 'tres lourdement tributaire' de la pêche dans leur zone économique exclusive. Cette exception a été prévue à la demande insistante de l'Islande qui craignait una ruée vers ses eaux de pêcheurs venant des pays sans littoral et géographiquement désavantagés de l'Europe occidentale: elle est censée protéger ce seul pays. Etant donné la formulation abstraite de l'article 71, il faut toutefois craindre que d'autres Etats côtiers tenteront de s'en prévaloir. On peut du reste demander quel est le sens de cette excepción, étant donné que les intérêst de l'Islande son dejá protegés para la règle du reliquat. La réponse à cette question semble être que, en cas de reliquat, l'Islande ne sera liée para aucune des régles de la Convention relatives à l'attribution du reliquat et pourra disposer de celui-ci à sa guise» (CAFLISCH, «La Convention...», cit., p. 75).

de que «el Estado ribereño... dará acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible». Luego, si una «dependencia económica pesquera abrumadora» parece que, en principio, no debe presentarse acompañada de un excedente, si no hay excedente no habrá, en consecuencia, aplicación posible de ningún tipo del art. 62. Por lo que respecta al aptdo. 3 de dicho artículo, no debemos olvidar que, según él: «Al dar a otros Estados acceso a su zona económica exclusiva, en virtud de este artículo, el Estado ribereño tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos, entre otros, la importancia de los recursos vivos de la zona para la economía del Estado ribereño y para sus demás intereses nacionales...». Este párrafo protegería sin duda los intereses de los Estados ribereños en una situación que pudiésemos calificar como de una «gran dependencia pesquera», siendo tal vez un argumento inaceptable para los supuestos de los Estados con una «abrumadora dependencia económica pesquera» por ser este aptdo. 3 un apartado que parte de la base de la existencia de un excedente.

Por lo que respecta a los arts. 69 y 70, los que a nosotros más nos interesan, huelga decir que en los casos de una «dependencia económica pesquera abrumadora», ante la previsible falta de excedentes, resultaría innecesario decir que los aptdos. 1 y 2 del art. 69 y 1 y 3 del art. 70 no podrían ya ser aplicados. Unicamente podría tener sentido, por tanto, el art. 71 ante los aptdos. 3 y 4, respectivamente, de los arts. 69 y 70, y aun aquí este art. 71 podría ser perfectamente innecesario si tenemos en cuenta que la dependencia abrumadora se encontraría con una serie de cláusulas de salvaguardia. Recordemos si no las previsiones de dichos aptdos. cuando disponen «el establecimiento de arreglos equitativos... en forma adecuada a las circunstancias y en condiciones satisfactorias para todas las partes». Ello, amén de la remisión que se hace a los factores mencionados en el apartado 2, entre los cuales se recoge «la necesidad de evitar efectos perjudiciales para las comunidades pesqueras o las industrias del Estado ribereño» y «las necesidades en materia de nutrición de las poblaciones de los respectivos Estados». Ante tal estado de cosas, los arreglos equitativos pertinentes, de llegar a haberlos, tendrían un contenido de muy corto alcance y en consecuencia unos efectos de muy escasa relevancia.

Por todo ello, creemos que ha resultado inoportuna la inclusión de la disposición del art. 71 en la Convención. No tratamos con esto de menospreciar los derechos de los Estados ribereños —los cuales

creemos defendidos debidamente, como acabamos de ver, en los arts. 62, 69 y 70—, sino de conseguir que los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa pudiesen gozar de los derechos que se les reconoce, huyendo del riesgo —que entraña este art. 71— de que dichos derechos permanezcan en un plano hipotético y teórico. Piénsese si no en los problemas que puede representar para el ejercicio de tales derechos una pretensión de inaplicabilidad con base en un concepto de «dependencia económica pesquera abrumadora» que no ha sido calificado ni siquiera debatido en los términos más generales ni en la CFM ni en la III CDM, de forma que pudiésemos tener una idea aproximada de lo que tal representa y que, a nuestro juicio, parece que debiera darse no como una dependencia *in potentia* sino como una dependencia *in actu,* motivo por el cual entendemos que una dependencia económica pesquera abrumadora difícilmente podrá presentarse acompañada de un excedente.

Otro argumento de peso para confirmar el desacierto que supone la inclusión de este artículo resulta ser el hecho de la inexistencia de una previsión de inaplicabilidad del art. 62, lo cual, a nuestro modo de ver, viene a confirmar que la cláusula de inaplicabilidad está contenida en el propio art. 62 a expensas de la existencia o inexistencia de excedentes. Tal cláusula funcionaría automáticamente en los supuestos de países con una «dependencia económica pesquera abrumadora» a tenor de una mera interpretación primaria del citado art. 62. De ningún modo, por lo demás, nos parecería tolerable la discriminación que supondría entre los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa y los otros Estados terceros una pretendida tesis de inexistencia material de una cláusula implícita de inaplicabilidad del art. 62 en el seno del propio artículo. Así las cosas, la inclusión del art. 71 parece venir a resultar una prueba más del carácter preferencial de los derechos de participación de los arts. 69 y 70, preferencia que, estando si acaso más explícita en la mente de las distintas delegaciones asistentes a la Conferencia que en la propia Convención, haría brotar en ésta, de forma explícita —y a modo de anticuerpos, permítasenos la expresión—, un tratamiento de choque dedicado a dichos arts. 69 y 70, por mor de la mayor entidad y relieve de los derechos de participación en ellos contenidos (84).

(84) LAHLOU afirmaría que «il convient de souligner que l'article 71 vide de leur contenu les dispositions 69 et 70, dans la mesure où il prévoit leur non application pour le Etats côtiers, dont est lourdement tributaire de l'exploitation des ressources biologiques de leur zone économique exclusive. On ne saurait être plus ambigü» (LAHLOU, *op. cit.*, p. 325).

Por todas las razones expuestas, a nuestro entender, parece que en definitiva este artículo no contribuye positivamente a nada y, por el contrario, bien pudiera constituir una fuente de problemas innecesarios que podrían haberse evitado o cuyo nacimiento al menos se habría dificultado con la no inclusión del contenido del citado art. 71 en la Convención sobre el Derecho del Mar (85).

(85) En relación con los conceptos de Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa puede consultarse nuestro trabajo «Reflexiones sobre los intereses pesqueros españoles y los derechos de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en los recursos vivos de las Zonas Económicas Exclusivas de otros Estados», *Industrias Pesqueras*, n.os 1422 y 1423, 15 de julio y 1 de agosto de 1986, pp. 13-15 y 11-14.