

LAS NOCIONES DE ROCA, ISLA, INSTALACIÓN, ESTRUCTURA E ISLA ARTIFICIAL EN LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO DEL MAR

THE NOTIONS OF ROCK, ISLAND, INSTALLATION, STRUCTURE AND ARTIFICIAL ISLAND IN THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA

M^a DOLORES BOLLO AROCENA*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ELEVACIONES EN BAJAMAR, ISLAS Y ROCAS: DEFINICIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO. III. INSTALACIONES, ESTRUCTURAS E ISLAS ARTIFICIALES: DEFINICIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO. IV. CONCLUSIONES FINALES.

RESUMEN: El medio marino tiene un valor económico y geoestratégico de primera magnitud, tal y como lo demuestran las numerosas controversias internacionales que enfrentan a los Estados y que tienen como telón de fondo ese hecho. Sirvan como botón de muestra las tensiones existentes en torno a las pretensiones de distintos Estados en el Mar de China Meridional, tensiones que Filipinas vehiculó a través de una demanda dirigida contra el Estado chino y que fueron “resueltas” mediante un discutido laudo arbitral, que interpretó, precisamente, las nociones que son objeto de estudio en el presente trabajo. Nos estamos refiriendo a las nociones de elevación en bajamar, roca e isla, nociones que estaban necesitadas de un estudio detenido, pues, aún cuando han transcurrido más de cuatro décadas desde que se adoptara la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM), la jurisprudencia internacional había pasado por encima de las mismas hasta entonces y la doctrina no había (ni ha) alcanzado tampoco un verdadero consenso en torno a su interpretación. La incertidumbre es aún mayor cuando cualquiera de tales formaciones marinas naturales son objeto de obras de ingeniería para construir sobre ellas –aunque también al margen de ellas– estructuras, instalaciones o islas artificiales, cuestionándose entonces el estatuto de la formación y los espacios a los que tendría derecho, además de quién puede construirlas, en qué espacio marítimo y con qué fines.

Las conclusiones que se extraigan tienen interés más allá del caso concreto, pues la extraordinaria evolución de la tecnología permite hoy la realización de obras de ingeniería inimaginables en el momento de adoptarse la Convención de Montego Bay, obras, en ocasiones, absolutamente necesarias para hacer frente al crecimiento del nivel del mar como consecuencia del cambio climático y evitar así la desaparición paulatina de determinadas islas; en otras ocasiones, obras libremente decididas por los Estados para aprovechar las nuevas posibilidades que el medio marino ofrece, como, por ejemplo, la producción de energía procedente de mares y océanos, o la construcción de islas artificiales con fines diversos, desde residenciales hasta fines estrictamente militares.

ABSTRACT: The marine environment has an economic and geostrategic value of the first magnitude, as demonstrated by the numerous international disputes between States against the backdrop of this fact. An example is the

Fecha de recepción del trabajo: 25 de septiembre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 15 de noviembre de 2024.

* Profesora Titular de D^o Internacional Público. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Mail: mariadolores.bollo@ehu.eus. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-108253RB-C31, *Regímenes de facto, desterritorialización de las obligaciones de los Estados y consecuencias para la seguridad, dignidad humana y sostenibilidad*. Todas las páginas web citadas en el presente trabajo han sido consultadas por última vez el 18 de septiembre de 2024.

existing tensions over the claims of different States in the South China Sea, tensions that the Philippines brought a lawsuit against the Chinese State and that were “resolved” by means of a disputed arbitration award, which interpreted precisely the notions that are the object of study in this paper. We are referring to the notions of low tide elevation, rock and island, notions that were in need of careful study, since, even though more than four decades have passed since the adoption of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), international jurisprudence had passed over them until then and the doctrine had not and has not reached a true consensus on their interpretation. The uncertainty is even greater when any of these natural marine features are the object of engineering works to build on them –although also outside them– structures, installations or artificial islands, questioning then the status of the features and the spaces to which it would be entitled, as well as who can build them, in what maritime space and for what purposes.

The conclusions to be drawn are of interest beyond the specific case, since the extraordinary evolution of technology makes it possible today to carry out engineering works that were unimaginable at the time of the adoption of the Montego Bay Convention, works that are sometimes absolutely necessary to cope with the rise in sea level as a result of climate change and thus prevent the gradual disappearance of certain features; on other occasions, works freely decided by the States to take advantage of the new possibilities offered by the marine environment, such as the production of energy from the seas and oceans, or the construction of artificial islands for various purposes, from residential to strictly military purposes.

PALABRAS CLAVE: *Elevación en bajamar, isla, roca, isla artificial, instalación, estructura, mar territorial, zona económica exclusiva, plataforma continental, alta mar, zona internacional de los fondos marinos y oceánicos*

KEY WORDS: *Low tide elevation, island, rock, artificial island, installation, structure, territorial sea, economic exclusive zone, continental shelf, high sea, international seabed and oceanic area*

I. INTRODUCCIÓN

Por muy diversas razones el mar es, desde hace ya más de un siglo, un espacio codiciado por los Estados. Es, obviamente, una fuente de recursos, vivos y no vivos, presentes tanto en la columna de agua como en el lecho y en el subsuelo marino, pero es, también, una vía de comunicación de primer orden en una economía globalizada e interdependiente en la que el 80% del comercio internacional de mercancías es transportado por vía marítima, razones más que suficientes para afirmar que el medio marino tiene un valor económico y geoestratégico de primer nivel.

La Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (en adelante CNUDM), la conocida como Convención de Jamaica o de Montego Bay, adoptada en 1982, es hoy día el principal marco de referencia para determinar los derechos y las obligaciones de los Estados en los distintos espacios marítimos. No obstante, han transcurrido algo más de cuatro décadas desde que se adoptara la *Constitución de los Océanos*¹, tiempo en el que se ha tenido ocasión de esclarecer el alcance de muchas de sus disposiciones. Otras, sin embargo, podría decirse que permanecen aún envueltas bajo un halo de imprecisión, de ahí que hayamos considerado necesario realizar un estudio detenido de algunas de ellas.

Tal sería el caso de las disposiciones dedicadas a la definición de las nociones elevaciones en bajamar, islas y rocas, por un lado, e, instalaciones, estructuras e islas artificiales, por otro. Es

1 United Nations Office of Legal Affairs, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *The United Nations Convention on the Law of the Sea (A historical perspective)*, (1998), disponible en http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_historical_perspective.htm

evidente que unas y otras presentan problemas y consideraciones de distinto tipo, pero nuestro interés por abordarlas de manera conjunta encuentra su razón ser en la situación creada por China, quien en los últimos lustros lleva realizando una práctica que podríamos denominar de expansión territorial en el sur del mar que lleva su mismo nombre. Y es que, por un lado, el gigante asiático está reclamando como propias distintas formaciones marinas a las que atribuye unilateralmente el estatuto de islas, para proceder a continuación a proclamar los espacios marítimos que, de conformidad con la CNUDM, se derivan de tal condición, en oposición a las tesis de otros Estados vecinos que cuestionan no solo la soberanía china sobre algunas de tales formaciones, sino el estatuto jurídico atribuido a las mismas. Pero es que, además, China está llevando a cabo una práctica ciertamente inquietante en esa misma área del mar, consistente en construir estratégicamente toda una serie de instalaciones, estructuras o, incluso, islas artificiales sobre la base de lo que podrían ser consideradas elevaciones en bajamar o rocas –pero también al margen de ellas–, con un propósito indisimulado de establecer sobre ellas construcciones que sirvan para alojar pistas de despegue y aterrizaje, hangares para aviones de combate o para artillería pesada, puertos de abrigo para sus buques de guerra, así como instalaciones de radar, entre otras cosas². Cuando todo ello se lleva a cabo sobre la base de formaciones marinas preexistentes unas nociones y otras se entrelazan, de ahí que hayamos decidido estudiarlas separadamente y analizar a continuación el estatuto que adquieren tras la intervención humana sobre las mismas o si, por el contrario, este no varía por tal circunstancia.

La situación de tensión en el Mar de China llegó a tal punto que Filipinas decidió someter la controversia a un tribunal arbitral, que se constituyó conforme al Anexo VII de la CNUDM, y que concluyó con la adopción, por unanimidad³, de un Laudo⁴ que el Estado demandado, China, no reconoce, pues ni siquiera participó en el procedimiento⁵. Ese Laudo, aunque criti-

2 Ya en la actualidad son habituales las acusaciones mutuas entre Pekín y Washington de estar militarizando el Mar de China: este último Estado ha incrementado exponencialmente la construcción de islas artificiales e instalaciones con fines militares y Estados Unidos ha elevado considerablemente la presencia de sus buques y aeronaves que patrullan, sobrevuelan y llevan a cabo ejercicios militares en esa misma área geográfica. La acción de la armada estadounidense se enmarca dentro del que se denominó “Freedom of Navigation Program” que pretende desafiar la presión china de reducir el tráfico internacional por el Mar del Sur de China. Para ver la perspectiva china de tales políticas: ZHANG, X., “The latest Developments of the US Freedom of Navigation Programs in the South China Sea: Deregulation or Re-balance?”, *Journal of East Asia & International Law*, 2016, Vol. 9-1, pp. 167-182, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3248834. Para ver la perspectiva de Estados Unidos: PEDROZO, R., “Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus”, *International Law Studies*, Vol. 90, 2014, pp. 512-543.

3 Los árbitros que conformaron el tribunal arbitral fueron los Magistrados Thomas A. Mensah (Ghana), Jean Pierre Cot (Francia), Stanislaw Pawlak (Polonia), Rüdiger Wolfrum (Alemania) y el Profesor H.A. Soons (Países Bajos).

4 *The Republic of the Philippines v. The People’s Republic of China, The South China Sea Arbitration*, Award of 12 July 2016 (en adelante, el Laudo), disponible en <https://docs.pca-cpa.org/2016/07/PH-CN-20160712-Award.pdf>.

5 Por primera vez un Estado Parte en la CNUDM (China) no participa en un procedimiento derivado del mecanismo de arreglo de controversias previsto en la Convención. Sin embargo, hizo público un documento en el que vino a denunciar la ilegitimidad del arbitraje: “Position Paper of the Government of the People’s Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of Philippines”, de 7 de diciembre de 2014, disponible en <https://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/>

cado por un sector de la doctrina⁶, nos podrá servir como marco de referencia para abordar el estudio de las nociones a las que nos hemos referido, pues, por unos motivos u otros, no habían sido abordadas en profundidad por la jurisprudencia internacional hasta entonces, sin que exista, tampoco, un consenso en torno a ellas en la doctrina internacionalista. Debemos advertir, sin embargo, que éste no es un trabajo que pretenda abordar todas y cada una de las cuestiones que el laudo plantea, sino única y exclusivamente aquellos aspectos del mismo que sirvan para esclarecer las nociones en las que hemos puesto el foco y cuyo interés tiene un alcance más allá del caso concreto.

Y es que hay otros Estados que están interviniendo, igualmente, sobre distintas formaciones marinas, no tanto por un afán expansionista, sino por otros motivos: por un lado, por pura supervivencia, pues, como es bien conocido, el fenómeno del cambio climático repercute también sobre el medio marino, ya que el deshielo provocado por el aumento de la temperatura está elevando al propio tiempo el nivel del mar, afectando de modo particularmente alarmante a Estados insulares y archipelágicos⁷. Es una realidad que un importante número de islas que conforman el territorio soberano de distintos Estados se encuentran amenazadas de verse sumergidas bajo las aguas de mares y océanos; tal sería el caso, por ejemplo, de algunas islas deshabitadas de Kiribati o de Maldivas⁸. Ello está provocando que los Estados que se

[snhwtlcwj_1/201606/t20160602_8527277.htm](https://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/snhwtlcwj_1/201606/t20160602_8527277.htm). De la misma forma, el gobierno chino publicó un informe sobre su posición respecto al laudo dictado el 12 de julio de 2016, “Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China on the Award of 12 July 2016 of the Arbitral Tribunal in the South China Sea Arbitration Established at the Request of the Republic of the Philippines”, disponible en https://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/snhwtlcwj_1/201607/t20160712_8527294.htm.

- 6 EISEMANN, P.M., “Qu’est-ce qu’un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982? Observations sur la sentence arbitrale du 12 juillet 2016 relative à la mer de Chine méridionale (*Philippines c. Chine*)”, *Révue Générale de Droit International Public*, 2020-1, pp. 7-39. Muy críticos también NORDQUIST, M. H., “UNCLOS Article 121 and Itu Aba in the South China Sea Final Award: a correct interpretation?”, en JAYAKUMAR, S., KOH, T., BECKMAN, R., DAVENPORT, DT., PHAN, H.D., (Eds.), *The South China Sea Arbitration: The Legal Dimension*, US Center for International Law Series, 2018, pp. 176-204; TALMON, S., “The South China Sea Arbitration: Observations on the Award of 13 July 2016”, *Bonn Research Papers on Public International Law*, Paper N° 14/2018, 17 de mayo de 2018.
- 7 En la actualidad son 22 los Estados que reclaman para sí su condición de Estados archipelágicos: Antigua y Barbuda, Bahamas, Cabo Verde, Comores, República Dominicana, Fidji, Granada, Indonesia, Jamaica, Kiribati, Maldivas, Islas Marshall, Mauricio, Papúa Nueva Guinea, Filipinas, Santo Tomé y Príncipe, Seychelles, Islas Salomon, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, Tuvalu y Vanuatu. Ver BAUMERT, K, MELCHIOR, B., “The Practice of Archipelagic States: A Study of Studies”, *Ocean Development and International Law*, 2015, Vol. 46, pp. 60-80, disponible en https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2015/10/baumert-melchior_archipelagic_states_-_odil_2015_.pdf
- 8 Cfr. GAGAIN, M., “Climate Change, Sea Level Rise, and Artificial Islands: Saving the Maldives’ Statehood and Maritime Claims Through the ‘Constitution of the Oceans’”, *Colo. J. Int’l Envtl. L. & Pol’y*, Vol. 23:1, pp. 77-120; McADAM, J., “Disappearing States’, Statelessness and the boundaries of International Law”, *UNSW Law Research Paper* N° 2010-2, disponible en <https://www.ilsa.org/jessup/jessup13/Disapearing%20States,%20Jane%20McAdam.pdf>; TSALTAS, G., BOURTZIS, T., RODO- THEATOS, G., “Artificial islands and structures as a means of safeguarding state sovereignty against sea level rise. A law of the sea perspective”, paper presentado en el 6° Advisory Board on the Law of the Seas (ABLOS) Conference, Monaco 25-27 octubre 2010, disponible en <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=355025009087122070127004083118073067014057084078086094127025005>

encuentran en estas circunstancias estén decidiendo la adopción de medidas para “reforzar” sus islas, con el fin de impedir que el crecimiento del nivel del mar las convierta en espacios inhabitables, les impida desplegar una actividad económica sostenida, pues cualquiera de tales circunstancias podría convertir formaciones marinas, con el estatuto de islas, en rocas, o incluso en elevaciones en bajamar, con las consecuencias que se derivarían de tal circunstancia para el Estado afectado, más aún si lo que sucede es que la isla llega a desaparecer. Por otro lado, las inmensas posibilidades que el medio marino ofrece en nuestros días hacen que los Estados estén dando rienda suelta a las oportunidades que la CNUDM les ofrece, construyendo estructuras e instalaciones, por ejemplo, para aprovechar la energía procedente de mares y océanos, o construyendo islas artificiales con fines residenciales, recreativos o incluso militares. Es por todo ello por lo que consideramos de interés un estudio detenido conjunto de las nociones abordadas en el presente trabajo.

II. ELEVACIONES EN BAJAMAR, ROCAS E ISLAS: DEFINICIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO

La idea de diferenciar entre los distintos tipos de formaciones marinas para determinar los poderes que éstas proyectan sobre los espacios era ya antigua. Sin embargo, esta cuestión adquirió una importancia notable en la III Conferencia sobre Derecho del Mar cuando se abordó el tema coincidiendo, entre otras cosas, con el reconocimiento que en ella tuvo lugar de un espacio como la zona económica exclusiva. De este modo, la Convención reconoce la existencia de las denominadas “elevaciones en bajamar” (artículo 13), islas y rocas (artículo 121) y establece los espacios marinos a los que cada una de tales formaciones tiene derecho.

1. Elevaciones en bajamar

El artículo 13 de la CNUDM, reflejo del derecho consuetudinario internacional, define *elevación en bajamar* como “una extensión natural de tierra rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta en la bajamar, pero queda sumergida en la pleamar”. La disposición advierte que las elevaciones así definidas pueden ser utilizadas como punto de apoyo para trazar la línea de base si estuvieran a una distancia de la costa no superior a la anchura del mar territorial, no si estuvieran más allá de éste, en cuyo caso, además, carecerían de mar territorial propio. Y es que, según esgrimió Filipinas en el asunto del Mar de China Meridional anteriormente referido, y tal y como aceptó el tribunal, a pesar del uso del término tierra en la

[10003110806807210200209700605500711610405210109309302908201700511207300504029104099098115109005028011081092067025102083085069071023118097126006070078025010121109122011080123086114019090091&EXT=pdf](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1412028); GROTE STOUTENBERG, J., *Disappearing Island States in International Law*, Brill-Nijhoff, 2015; YAMAMOTO, L., ESTEBAN, M., “Vanishing Island States and Sovereignty”, *Ocean & Coastal Management*, 2010, Vol. 53, pp. 1-9, en particular p. 3. Hay quien habla ya de una nueva categoría de Estados, los Estados desterritorializados, Estados que podrían permanecer así transitoriamente por una generación, vid. RAYFUSE, R., “W(h)ither Tuvalu? International Law and Disappearing States”, *University of New South Wales Law Research Studies*, 2009-9, p. 13 disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1412028

descripción física de una elevación de bajamar, tales elevaciones de bajamar no forman parte del territorio terrestre de un Estado en sentido jurídico, sino que forman parte de la masa de tierra sumergida del Estado y entran dentro de los regímenes jurídicos del mar territorial o de la plataforma continental⁹, lo que le lleva a concluir, como hizo la CIJ en los asuntos *Qatar c. Bahrain* y *Nicaragua c. Colombia*, que “the shoals cannot be appropriated, although a coastal State has sovereignty over the shoals located within its territorial sea, since it has sovereignty over the territorial sea itself”¹⁰, a diferencia de las islas que son susceptibles de apropiación. Dado que las elevaciones en bajamar forman parte del mar territorial o la plataforma continental del Estado ribereño, quedan sometidas al régimen jurídico de cada uno de los espacios, razón por la que no pueden tampoco ser apropiadas por un tercero¹¹. Lo mismo ocurriría con una elevación situada más allá de las 200 millas, pues nada cambia respecto de la posibilidad de apropiación o no de la elevación en bajamar¹².

-
- 9 Parágr. 291 y 308 del Laudo. Así las cosas, el Tribunal arbitral calificó, por un lado, a Hughes Reef, Gaven Reef (Sur) y Subi Reef como elevaciones en bajamar situadas en el Mar Territorial de una isla en disputa; por otro lado, concluyó que Mischief Reef y Second Thomas Shoal también eran elevaciones en bajamar situadas en la Zona Económica Exclusiva de Filipinas, por lo que este Estado tiene derechos soberanos sobre ellas, parágr. 697-701 y 1043 del Laudo.
- 10 Parágr. 309 del Laudo. En este mismo sentido, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, ICJ Reports 2012, p. 624-641, parágr. 26: “It is well established in international law that islands, however small, are capable of appropriation (see, e.g., *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 102, para. 206). By contrast, low-tide elevations cannot be appropriated, although “a coastal State has sovereignty over low-tide elevations which are situated within its territorial sea, since it has sovereignty over the territorial sea itself” (*ibid.*, p. 101, para. 204) and low-tide elevations within the territorial sea may be taken into account for the purpose of measuring the breadth of the territorial sea (see paragraph 182 below)”. En la doctrina, PASTOR PALOMAR, A., “La qualification juridique des formations maritimes dans l’arrêt du 16 mars 2001 (affaire Qatar/Bahreïn), *Révue Générale de droit international public*, 2002, tome 106, n° 2, pp. 329-356; DAVENPORT, T., “Island-Building in the South China Sea: Legality and Limits”, *Asian Journal of International Law*, 8 (2018), pp. 76-90, p. 80; CASADO RAIGÓN, R., “La contribution des juridictions internationales au développement du Droit de la Mer”, *Récueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 2023, t. 434, pp. 227-511, p. 475; SCHOFIELD, C., SCHOFIELD, R., “Testing Waters: Charting the Evolution of Claims to and From Low-Tide Elevations and Artificial Islands under the Law of the Sea”, *Asia-Pacific Journal of Ocean and Policy*, 1 (2016), pp. 37-67, en particular pp. 57 y ss.
- 11 Algunos autores consideran que la decisión adoptada en el asunto Eritrea v. Yemen es el único caso en el que un tribunal ha caracterizado a una elevación en bajamar como territorio del Estado, asimilándola a una isla, *Award of the Arbitral Tribunal in the first stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty and Scope of Dispute)*, Decision of 9 October 1998, XXII Reports of International Arbitral Awards, parágr. 527. En este sentido OXMAN, B. H., “International decisions. The Government of the State of Eritrea and the Government of the Republic of Yemen. Award of the Arbitral Tribunal in the First State of the Proceedings”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, pp. 668-682, p. 680; TALMON, C., “The South China Sea Arbitration and the Finality of “Final” Awards”, *Bonn Research Papers on Public International Law*, Paper N° 12/2016, 24 november 2016, p. 13; DIPLA, H., “La sentence arbitrale sur la mer de Chine méridionale et le statut des formations insulaires en Droit International”, *Annuaire de Droit de la Mer*, 2018 (Vol 23), pp. 117-154, en particular p. 125; SYMMONS, “Article 13. Low-tide elevations”, en PROELSS, A. (Ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2017, pp. 131-147, en particular, p. 137.
- 12 DAVENPORT, T., “Island-Building in the South China Sea: Legality and Limits”, *op. cit.*, p. 83.

2. Islas y Rocas

La parte VIII de la CNUDM, compuesta de un único artículo, el artículo 121, y que lleva por título “Régimen de las islas”, define en su primer párrafo la noción de *isla*, entendiendo por tal “una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”, circunstancia, esta última, que diferencia claramente, al menos sobre el papel, una isla de una “simple” elevación en bajamar. Por tanto, toda extensión natural de tierra, rodeada de agua y que se encuentre sobre el nivel del mar con marea alta es una isla¹³, tal y como ya había quedado fijado –en exactos términos– en el artículo 10 de la Convención sobre mar territorial y zona contigua adoptada en 1958¹⁴.

A continuación, el párrafo 2º del artículo 121 reconoce que, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, toda isla ostenta el derecho a disfrutar de los mismos espacios marítimos que otras extensiones terrestres. No obstante, a modo de excepción respecto de lo que podríamos considerar la regla general establecida en el párrafo 2º¹⁵, el párrafo 3º establece que “las rocas no aptas para mantener habitación o la vida económica propia no tendrán derecho a zona económica exclusiva ni a plataforma continental”. O lo que es lo mismo, aún reuniendo lo requisitos de ser una extensión natural de tierra totalmente rodeada de agua, que siempre emerge en pleamar, determinadas islas podrían no tener derecho a zona económica exclusiva ni a plataforma continental por tratarse de rocas “no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia”¹⁶.

La redacción a la que nos acabamos de referir fue el resultado de la fórmula de compromiso a la que se llegó en abril de 1975, aunque desde entonces hasta la definitiva adopción del texto del tratado hubo distintas propuestas de modificación del mismo, propuestas, en unos casos, destinadas a limitar los derechos de los Estados que poseían islas, en otros, con el objetivo claro de intentar que todo tipo de formaciones marinas rodeadas de agua, con independencia de cual-

13 Sin embargo, la distinción no es tan automática, puesto que, como ha señalado Casado, no existe un sistema de referencia que sirva para definir los niveles de marea alta: “Il n’y a pas de règle dans la CNUDM ou dans le droit international coutumier qui oblige à déterminer le statut d’une formation marine selon un système donné”, por lo que los Estados son libres de reivindicar la condición de isla en base al sistema que consideren oportuno y que corresponda “raisonnablement au sens ordinaire de l’expression marée haute reprise dans les articles 13 et 121 de la Convention”, CASADO RAIGÓN, R., “La contribution des juridictions internationales au développement du Droit de la Mer”, *op. cit.*, p. 471.

14 No obstante, de conformidad con las Convenciones de Ginebra de 1958 todas las islas quedaban sometidas al mismo régimen, un régimen según el cual todas podían disfrutar de su propio mar territorial y de su plataforma continental (artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre plataforma continental, de 29 de abril de 1958).

15 En este sentido, parágr. 390 Laudo. En la doctrina, SHENG-TI GAU, Michael, “The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS by the Tribunal for the South China Sea Arbitration: A Critique”, *Ocean Development & International Law*, 2019, Vol. 50, Nº 1, pp. 49-69, pp. 49, 56-57; TANAKA, Y., “Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)”, *Ocean Development & International Law*, 2017, Vol. 48, Nº 3-4, pp. 365-382, p. 366.

16 La literalidad del artículo en su versión en inglés es: “Rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive...”. El texto en su versión francesa establece: “Les rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ou à une vie économique propre...”

quier criterio, tuvieran derecho a los mismos espacios marinos que el territorio continental¹⁷. Sin embargo, las negociaciones se desarrollaron con un espíritu de consenso (*package deal*¹⁸) que se mantuvo hasta el final en un intento de evitar poner en riesgo el acuerdo, lo que provocó que en ocasiones el resultado fuera el de textos “poco negociados y opacos”¹⁹ haciendo uso de eso que se denomina “ambigüedad constructiva”. La denominada por Kolb como “caja de Pandora”²⁰ del artículo 121.3 de la CNUDM ha permanecido por muchos años cerrada, pues los tribunales han evitado precisar su alcance en las distintas controversias en las que la citada disposición hubiera podido ser objeto de interpretación. En este sentido, resulta muy ilustrativo el repaso que Francckx²¹ o Eisemann²² realizan a distintos asuntos resueltos por diversos órganos jurisdiccionales, asuntos todos ellos en los que, por un motivo u otro, los tribunales han entendido que no era necesario analizar el alcance del artículo 121²³. Fue precisamente el tribunal arbitral que dictó sentencia en el asunto del Mar de China Meridional el que decidió abrir la caja de Pandora, tal y como vamos a tener ocasión de analizar en las páginas que siguen a continuación.

Como punto de partida debemos señalar que el término roca aparece en una sola ocasión en la Convención de 1982 y la única vez en la que lo hace –artículo 121.3– no va acompañado de una definición que aporte seguridad jurídica. No obstante, atendiendo a lo dispuesto en el artículo cuyas líneas generales se acaban de esbozar, se puede afirmar que las rocas son un tipo de islas que, de reunir ciertas características, esto es, no tener capacidad para sostener la habitación humana y/o para tener vida económica propia –lo veremos más adelante–, carece-

-
- 17 Para ver las propuestas realizadas en el proceso de negociación de la disposición, vid. por ejemplo, TALMON, S., “The South China Sea Arbitration: Observations on the Award of 13 July 2016”, *op.cit.*, pp. 76-81.
- 18 En palabras de Matz-Lück, “The Convention is a package in more than one respect. It is a reflection of different interests, asymmetrical powers, customary law, and new concepts... There is a compromise in all the different subjects that have been regulated. Some compromises are obvious, and some are more disguised as parts of the famous, infamous ‘package deal’ that tied together otherwise unrelated subjects”, MATZ-LÜCK, N., “Peace Through Law? The Role of the Law of the Sea Convention Put into Question”, en BAADE, B. et al. (Eds.), *Cynical International Law?*, Springer, 2021, pp. 163-173, en particular, p. 168.
- 19 CASADO RAIGÓN, R., “La contribution des juridictions internationales au développement du Droit de la Mer”, *op. cit.*, p. 452. FRANCKX, E., “The Arbitral Tribunal’s interpretation of paragraph 3 in Article 121: a first but important step forward”, en JAYAKUMAR, S., KOH, T., BECKMAN, R., DAVENPORT, DT., PHAN, H.D., (Eds.), *The South China Sea Arbitration: The Legal Dimension*, NUS Center for International Law Series, 2018, pp. 154-175, en particular p. 159.
- 20 KOLB, R. “L’interprétation de l’article 121, paragraphe 3, de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer: les ‘rochers’ qui ne se prêtent pas pa l’habitation humaine ou à une vie économique propre..”, *Annuaire Français de Droit International*, t. 40, 1994, pp. 876-909, en particular pp. 899 y ss.
- 21 FRANCKX, E., “The Arbitral Tribunal’s interpretation of paragraph 3 in Article 121: a first but important step forward”, *op. cit.*, pp. 159-164.
- 22 EISEMANN, P.M., “Qu’est-ce qu’un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982. Observations sur la sentence arbitrale du 12 juillet 2016 relative a la mer de Chine Meridionnelle (Philippines c. Chine)”, *op. cit.*, pp. 8 a 10; TANAKA, Y., “Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)”, *op. cit.*, pp. 374-376.
- 23 Si bien de la sentencia dictada por la CIJ en el asunto Nicaragua c. Colombia cabría afirmar la naturaleza consuetudinaria del artículo 121 en su totalidad, autores como NORDQUIST (NORDQUIST, M. H., “UNCLOS Article 121 and Itu Aba in the South China Sea Final Award: a correct interpretation?”, *op. cit.*, p. 177) o REMIRO BROTONS, tienen una opinión distinta. Así, este último autor señaló en relación al párrafo 3º del artículo 121 lo siguiente: “dado su carácter innovador, no codificador, sólo las partes se obligan por esta disposición”, REMIRO BROTONS y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 535.

rían de los espacios reconocidos a las islas con carácter general²⁴. Ahora bien, ¿qué es lo que determina que una formación marina sea considerada isla, con derecho a todos los espacios, o que sea una roca? Como con gran elocuencia señaló Remiro Brotóns, la calificación como isla o como roca “no es una operación científica hecha desde el guindo de la inocencia; por el contrario, está transida de intereses geoestratégicos y económicos”²⁵. Por ello, vamos a analizar los distintos elementos que podrían ayudar a adoptar criterios objetivables con el fin de evitar en la medida de lo posible la arbitrariedad en la calificación.

A. COMPOSICIÓN Y EXTENSIÓN

Con independencia de la idea que, casi de manera automática, genera el término roca, el tribunal arbitral en el asunto del Mar de China Meridional, siguiendo la posición mantenida por Filipinas, afirmó que el artículo 121.3 no pretendía predeterminedar la composición geológica o geomorfológica de estas formaciones marinas, llegando a señalar que podrían estar compuestas de agregados de minerales, de materia orgánica, pudiendo ser variable la dureza de la composición, pues incluso podrían estar conformadas por materiales blandos como las arcillas²⁶. Para llegar a tal afirmación, el tribunal recurrió al diccionario de inglés de Oxford, que señala que las mismas pueden estar formadas por “aggregates of minerals... and occasionally also organic materials such as clays”. Sin embargo, si se recurre al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se puede apreciar que define roca de una manera no coincidente con la del diccionario inglés pues, en su primera acepción, la define como “piedra, o vena de ella, muy dura y sólida” para añadir en acepciones posteriores la idea de “2. Peñasco que se levanta en la tierra o en el mar. 3. Cosa muy dura, firme y constante. 4. Material sólido de origen natural formado por una asociación de minerales o por uno solo que constituye una parte importante de la corteza terrestre”. Una definición, como se puede observar, más restrictiva o menos flexible –pues las distintas acepciones nos remiten a una composición sólida, dura, en una línea similar al diccionario francés Le Robert– que la contenida en el diccionario inglés anteriormente mencionado²⁷.

24 Así lo reconoce el propio tribunal arbitral en el parágr. 481 del Laudo: “Within Article 121, rocks are a category of island”. En el mismo sentido, GJETNES, M. “The Spratlys: Are They Rock or Islands?”, *Ocean Development & International Law*, 2001, Vol. 32, pp. 191-204, N° 2, p. 193; KOLB, R. “L’interprétation de l’article 121, paragraphe 3, de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer: Les rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ou à une vie économique propre...”, *op. cit.*, p. 904. Sin embargo, tal y como advirtió Cheng-ti Gau, el tribunal ignoró la referencia incluida en el párrafo 2, es decir, la frase “Salvo lo dispuesto en el párrafo 3...”. En su opinión “Ignoring the first seven words of paragraph 2, the two disqualifying conditions under paragraph 3 were transformed from the conditions for the exception into the limitations to the general rule. Blurring the line between the rule and the exception thus facilitated a process that subjected an island under paragraphs 1-2 to the disqualifying conditions under paragraph 3 before deciding if that island has an EEZ and continental shelf”, CHENG-TI GAU, Michael, “The interpretation of Article 121(3) of UNCLOS by the Tribunal for the South China Sea Arbitration: A Critique”, *Ocean Development & International Law*, 2019, Vol. 50-1, pp. 49-69, en particular p. 63.

25 REMIRO BROTONS y OTROS, *Derecho Internacional. Curso General*, *op. cit.*, p. 535.

26 Parágr. 479 del Laudo.

27 En la misma línea que el diccionario español va la definición contenida en el Dictionnaire de l’Académie Française: “1. Bloc de pierre brute, généralement abrupt et isolé, de taille variable.; 2. Matière minérale, compacte et très dure...”

Además, para interpretar el término roca como lo hizo, el tribunal arbitral se apoyó en lo que había afirmado la sentencia dictada por la CIJ en el asunto *Nicaragua c. Colombia*. Y es que, a tal fin, se remitió a un párrafo de la sentencia que afirmaba lo siguiente: “International law defines *an island* by reference to whether it is ‘naturally formed’ and whether it is above water at high tide, not by reference to its geological composition . . . The fact that the feature is composed of coral is irrelevant”²⁸. Ahora bien, como se puede advertir, el párrafo de la sentencia no se está refiriendo específicamente a las rocas cuando señala que la composición de estas es irrelevante sino que se está refiriendo a la categoría general, más amplia, de islas. Es la composición de las islas la que según ese párrafo resulta irrelevante, porque lo relevante es que se haya formado naturalmente. En el marco de la CNUDM, toda roca es una isla, pero no todas las islas son rocas, de ahí que intercambiar los términos, como si de una misma cosa se tratara, no sería a nuestro juicio correcto, y, en puridad, el párrafo citado no dice que la composición de las rocas sea irrelevante²⁹. Sin embargo, el Tribunal arbitral en el asunto del Mar de China Meridional señaló a renglón seguido que una interpretación estricta del término roca llevaría a un resultado –que calificó de absurdo– según el cual cualquier “feature” que quede al descubierto en marea alta, ya esté formada por arena, lodo, grava o coral, independientemente de cualquier otra característica, generaría siempre derechos marítimos ampliados, incluso si fuera incapaz de sustentar la habitación humana o una vida económica propia. En opinión del Tribunal arbitral, tales “features” serían más efímeras que una roca geológica, podrían cambiar de ubicación, incluso aparecer y desaparecer como resultado de las condiciones a lo largo del tiempo. Por ello, concluyó afirmando, no sin razón, que un criterio geológico “would thus accord greater entitlements to less stable and less permanent features. This cannot have been the intent of the Article”³⁰.

Por otro lado, cabe plantear si la extensión de la formación marina puede ser un criterio para determinar su condición de isla o roca. El tribunal arbitral en el asunto *Filipinas c. China* señaló que “size cannot be dispositive of a feature’s status as a fully entitled island or rock and is not, on its own, a relevant factor”³¹. Para no llevarnos a equívocos, todo parece indicar que la preocupación del tribunal no era tanto el tamaño mínimo que debía tener una formación marina para ser una isla sino trasladar la idea de que ésta podía tener una extensión muy grande y no por ello convertirse en isla, pues al margen de su más o menos amplia extensión debería

28 *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, ICJ Reports 2012*, p. 624-641, párr. 37. La cursiva es nuestra.

29 En todo caso, se ha de reconocer que en ese asunto ambas partes estaban de acuerdo en que “QS 32” era una roca en el sentido del artículo 121.3 de la Convención, *ibid.*, párr. 183.

30 Parágr. 481 del Laudo. En esta línea se había manifestado unos cuantos años antes GJETNES, M., “The Spratlys: Are They Rocks or Islands”, *Ocean Development & International Law*, 2001, Vol. 32, pp. 191-204, en particular p. 193; CASADO RAIGÓN, R., “La contribution des juridictions internationales au développement du Droit de la Mer”, *op. cit.*, p. 460.

31 Parágr. 538 del Laudo. En el mismo sentido: *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), 2012, I.C.J. Reports*, párr. 37; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Judgment, 2001, I.C.J. Reports*, párr. 185. En la doctrina, en la misma línea, VAN DYKE, J.M. & BROOKS, R.A., “Unhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Oceans Resources”, *Ocean Development and International Law Journal*, Vol. 12, N° 3-4, 1983, pp. 265-300, en particular p. 286.

cumplir los requisitos contenidos en el artículo 121.3³². Eisemann, sin embargo, apuntó que “en recourant au terme de ‘rocher’, le texte instituait implicitement un critère de superficie qui excluait les îles ‘ordinaires’ ainsi que les îlots (par définition plus petits que les îles) pour s’en tenir à l’émergence la plus réduite”. Y aclara aún más, “Dès lors, on pourrait penser (...) que la formule ‘qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ni à une vie économique propre’ n’est qu’un simple élément descriptif visant une émergence de taille nécessairement réduite”³³. Por su parte, Casado afirmó que la elección de la palabra “roca” no fue casual, y en la misma línea que Eisemann defendió que con ello se trataba de limitar la aplicación de la excepción a las formaciones más pequeñas. No obstante, apuntó que no existen pruebas claras que apoyen tal interpretación si se toman en consideración los trabajos preparatorios³⁴, dándose la circunstancia, además, de que ni la jurisprudencia avala con claridad esa tesis ni tampoco lo hace la práctica, como luego tendremos ocasión de analizar³⁵.

B. “APTITUD PARA”

Dejando a un lado la cuestión de la composición y de la extensión, lo cierto es que el párrafo 3 del artículo 121 señala que son “las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia” ..., —o en su versión en inglés “the rocks which can no sustain human habitation or economic life of their own”, o en su versión en francés “les rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ou à une vie économique propre”— las que carecerían del derecho a tener espacios marítimos propios. Ello nos lleva, como hizo el tribunal arbitral, a tener que interpretar el sentido de las expresiones “habitación humana” y “vida económica propia”, y a esclarecer, además, si son requisitos alternativos o acumulativos³⁶. Sin embargo, consideramos

32 TANAKA, Y., “Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)”, *op. cit.*, p. 370.

33 EISEMANN, P.M., “Qu’est-ce qu’un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982? Observations sur la sentence arbitrale du 12 juillet 2016 relative à la mer de Chine méridionale (*Philippines c. Chine*)”, *op. cit.*, p. 25. En esa misma línea, Talmon ha señalado que “The drafters of Article 121(3) UNCLOS considered geology and size determinative of the status of high-tide features”, TALMON, S., “The South China Sea Arbitration: Observations on the Award of 13 July 2016”, *op. cit.*, parágr. 162.

34 CASADO RAIGÓN, R., “La contribution des juridictions internationales au développement du Droit de la Mer”, *op. cit.*, p. 452-453. En la línea de considerar que los trabajos preparatorios no son concluyentes, PICHEL, C., “The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS in the 2016 South China Sea Arbitration Award”, *El Orden Jurídico Internacional en el Siglo XXI. Estudios en Honor del Profesor Marcelo Gustavo Cohen*, Brill/Nijhoff, 2023, p. 886.

35 *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *op. cit.*, parágr. 37: “...The fact that QS 32 is very small does not make any difference, since international law does not prescribe any minimum size which a feature must possess in order to be considered an island. Accordingly, the Court concludes that the feature referred to as QS 32 is capable of appropriation”.

36 Y es que tal y como ya puso de manifiesto REMIRO BROTONS, los términos empleados en la disposición son “abono para la controversia”, REMIRO BROTONS y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, *op. cit.*, p. 535. Para ver un estudio específico sobre el particular, cfr. CHARNEY, J.I., “Rocks that Cannot Sustain Human Habitation”, *American Journal of International Law*, 1999, Vol. 93, p. 863; KWIATKOWSKA, B., SOONS, A.H.A., “Entitlement to Maritime Areas of Rocks Which Cannot Sustain Human Habitation or Economic Life of Their Own”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1990, Vol. 21, pp. 139-181, en particular p. 142; PÖLSTER, C., “The legal status of rocks”, Research Proposal,

necesario interpretar antes esos términos en el contexto general de la frase –cosa que no hizo el tribunal arbitral–, es decir, interpretar el sentido que ha de dársele al inicio de la frase “las rocas no aptas” –“the rocks which can no sustain” o “le rochers qui ne se prêtent pas à”–. Y es que, según la literalidad del artículo 121.3 de la CNUDM, son “las rocas no aptas para” (y no “las islas no aptas para”), las que carecen de espacios propios.

El sentido corriente del inicio de la frase –tanto si tomamos la versión en español, pero quizás más claramente aún si tomamos la versión en inglés o en francés– nos lleva a la idea según la cual son las rocas que no son aptas, es decir, que no se prestan o que no tienen capacidad para lo que la disposición indica, las que no tienen los mismos espacios marítimos que el territorio continental. Ello podría llevar a afirmar que las rocas que sí tienen tales capacidades sí dispondrían de ellos³⁷. Lo cierto es que el tribunal arbitral en el asunto del Mar de China Meridional sustituye en todo su razonamiento el término isla por el término “high tide elevation” o elevación en pleamar, para reclasificar a continuación éstas, distinguiendo entre, por un lado, aquellas “high tide elevation” que tendrían la consideración de isla por reunir los requisitos de tener capacidad para sostener la vida humana y/o la vida económica propia y por otro lado, aquellas “high tide elevation” que tendrían la consideración de roca por carecer de tales atributos. De este modo, el tribunal arbitral exigió someter a todas las islas al test del párrafo 3 del artículo 121, algo que ha sido criticado por autores como Sheng-ti Gau³⁸ o Dipla³⁹, pues, en su opinión, en atención al texto de la disposición, solo a las rocas les serían exigibles, bien una, bien ambas características. En sentido contrario, se manifestó Casado, cuya opinión compartimos, pues afirmó que el factor determinante para la aplicación de la excepción prevista en el párrafo 3 del artículo 121 no es la denominación particular –roca, isla, islote, cayo...–, ni la composición ni el tamaño de la formación marina, sino si realmente esta tiene o no capacidad para la habitación humana y/o vida económica propia⁴⁰, algo que parece desprenderse de lo dispuesto en la sentencia dictada por la CIJ en el asunto que enfrentó a Costa Rica y Nicaragua, relativo a la delimitación marítima en el mar del Caribe y en el Océano Pacífico⁴¹.

2016, disponible en https://backend.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_rechtswissenschaft/Doktoratstudium_PhD/Expose1/Voelkerrecht/The_Legal_Status_of_Rocks.pdf;

- 37 En este sentido, según Talmon habría tres categorías de “islands”: rocas que no puede sostener vida humana ni una vida económica propia; rocas que sí pueden sostener bien una, bien otra o bien las dos y, finalmente, todas las demás islas. Solo las primeras carecerían de zona económica exclusiva y plataforma continental, TALMON, S., “The South China Sea Arbitration: Observations on the Award of 13 July 2016”, *op. cit.*, p. 80.
- 38 SHENG-TI GAU, M., “The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS by the Tribunal for the South China Sea Arbitration: A Critique”, *op. cit.*, pp. 63 y ss.
- 39 DIPLA, H., “La sentence arbitrale sur la mer de Chine méridionale et le statut des formations insulaires en Droit International”, *op. cit.*, p. 134.
- 40 CASADO RAIGÓN, R., “La contribution des juridictions internationales au développement du Droit de la Mer”, *op. cit.*, p. 460.
- 41 *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l’océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)*, CIJ Recueil 2018, párr. 113 y 140: “140. La Cour conclut qu’il y a lieu, aux fins de la construction de la ligne d’équidistance provisoire, de placer des points de base sur les îles du Maïs. Ces îles ayant une population importante et se prêtant à une vie économique, elles satisfont largement aux critères énoncés à l’article 121 de la CNUDM pour qu’une île puisse générer une zone économique exclusive et un plateau continental”.

Si bien autores como Van Dyke, Morgan, Gurish⁴² o Kolb⁴³ han afirmado que, en realidad, vida económica propia y habitación humana hacen referencia a una misma idea, lo cierto es que el tribunal arbitral interpretó siquiera formalmente sendas nociones de manera separada, razón por la cual vamos a proceder de ese mismo modo.

C. “HABITACIÓN HUMANA”

Comenzando por la primera de las características, la aptitud para mantener “habitación humana” hace referencia a la idea de habitabilidad, es decir, a un espacio en el que los seres humanos pueden vivir, un espacio apto, capaz, o que se presta a la vida de las personas. Ahora bien, como señalaba Hayashi, los escenarios que se pueden presentar son muy variados: desde situaciones en las que hubo residentes en el pasado, pero ya no existan en el presente, supuestos de residencia temporal pero no permanente, o situaciones en las que quizás no existan habitantes en la actualidad pero pudiera haberlos en el futuro en función de un cambio en las circunstancias⁴⁴.

En el asunto del Mar de China Meridional, el tribunal arbitral advirtió que el artículo 121.3 nos remite a la idea de “capacidad”, por lo que no se trata de saber si realmente la roca sustenta habitación humana en el momento en que se realiza la evaluación de la situación, sino de si sería objetivamente apta para ello. El laudo afirmó, sin embargo, a renglón seguido, entrando en cierta contradicción, que el hecho de que una extensión de tierra, rodeada de agua, que emerja incluso en marea alta, no haya tenido habitantes nunca en el pasado podría ser un elemento a favor de su consideración como espacio inhabitable; y a la inversa, el hecho de que en el pasado hubiera habido una población estable, podría ser un indicio de que es un entorno susceptible de ser habitado⁴⁵. En todo caso, a nuestro juicio, debe evaluarse la capacidad y no la tenencia o no de habitantes en un momento dado.

En relación con la estabilidad de la presencia de habitantes, el laudo elevó el listón, pues señaló que el término “habitación” implica una presencia no transitoria de personas que han decidido permanecer y residir en el lugar de forma estable, descartando como tal la presencia temporal de pescadores o de personal militar, por ejemplo⁴⁶. Además, habitación humana requeriría, según el tribunal arbitral, “unas condiciones lo suficientemente propicias para la vida y los medios de subsistencia humanos como para que las personas habiten el lugar, en vez de

42 VAN DYKE, J.M., MORGAN, J.R., y GURISH, J., “The Exclusive Economic Zone of the Northwestern Hawaiian Islands: When do Uninhabited islands Generate an EEZ?”, *San Diego Law Review*, 1988, Vol. 25, pp. 425-294, en particular, p. 437.

43 KOLB, R. “L’interprétation de l’article 121, paragraphe 3, de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer: Les rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ou à une vie économique proper...”, *op. cit.*, p. 906.

44 HAYASHI, M., “International Legal Regime regarding Islands and Rocks”, *The SPF Review of Islands Studies 2021*, disponible en <https://www.spf.org/islandstudies/research/a00025.html>, p. 7.

45 Parágr. 483 y 484 del Laudo.

46 Parágr. 618 del Laudo. En ese mismo sentido, GJETNES, Marius, “The Spratlys: Are They Rocks or Islands”, *op. cit.*, p. 196 y VAN DYKE, J.M & BROOKS, R.A., “Uninhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Oceans Resources”, *op. cit.*, p. 288.

limitarse a sobrevivir en él”⁴⁷. De este modo, el tribunal exigió no solo la permanencia en el tiempo, sino lo que podríamos denominar presencia con una determinada calidad de vida. No obstante, el tribunal reconoce que las formas de habitación y sustento varían enormemente de una cultura a otra, por lo que no se debe asumir un modo específico de hacerlo, pero concluye que hay algunos factores que deben permanecer inalterables: “como mínimo, la habitación humana sostenida requeriría que un lugar fuera capaz de sustentar, mantener y proporcionar alimentos, bebida y refugio a algunos seres humanos para permitirles residir allí de forma permanente o habitual durante un período prolongado de tiempo”. Sin llegar a señalar el número exacto de personas, el laudo afirma que “la satisfacción de las necesidades básicas de un solo individuo no suele estar comprendida en el concepto ordinario de habitación humana: los seres humanos necesitan compañía y comunidad durante períodos de tiempo prolongados”⁴⁸.

A nuestro modo de ver, si lo relevante es la posibilidad de habitar en ese espacio, el número de personas que lo hagan sería irrelevante a los efectos de la calificación de la formación marina, incluso si lo hacen o no de manera permanente. Por otro lado, podría ocurrir perfectamente que una parte sea habitable y otra no, sin que ello excluya la calificación de “isla”. Así sucedió, por ejemplo, en el asunto *Federación Rusa c. Australia*, en el que el TIDM concluyó que la isla australiana de Heard era una isla, a pesar de que una parte importante de su superficie estaba cubierta con nieve y hielo haciendo virtualmente imposible la vida en esa parte⁴⁹.

D. “VIDA ECONÓMICA PROPIA”

La noción de mantenimiento de “vida económica propia” está también abierta al debate. Y es que puede ser interpretada de muy diversas formas: desde la disponibilidad por la isla de un sustento económico propio –como podrían ser los recursos naturales–, pero también podría interpretarse de otro modo, como la existencia de una proyección económica, derivada, por ejemplo, del hecho de albergar faros y otras instalaciones para la navegación y, en consecuencia, para el transporte marítimo, la pesca o el turismo. Hafetz, por su parte, plantea que la conversión de tales islas en santuarios marinos o reservas naturales, por ejemplo, sería otra posibilidad que permitiría a una isla cumplir con el requisito de vida económica propia, pues medidas de protección y de conservación como esas podrían generar un beneficio económico para el país al que la isla pertenezca, amén de promover la sostenibilidad del medio y sus especies⁵⁰. No obstante, como señala Hayashi habría que demostrar una cierta

47 Parágr. 489 del Laudo.

48 Parágr. 490-491 del Laudo. Algún autor habla de la necesidad de que habiten un número mínimo que, de un modo un tanto aleatorio, concreta en 50 personas. Tal es el caso de SONG, quien cita al propio tiempo a autores como Gidel, Hogdson, Van Dyke o Bennett, en SONG, Y. H., “Taiping Island: an island or a rock under UNCLOS?” en *Maritime Transparency Initiative* disponible en <https://amti.csis.org/taiping-island-an-island-or-a-rock-under-unclos/>

49 TIDM, *Asunto del Volga (Fédération de Russie c. Australie, Prompte mainlevée, Arrêt de 23 de diciembre de 2002)*.

50 HAFETZ, J., “Fostering Protection of the Marine Environment and Economic Development: Article 121(3) of the Third Law of the Sea Convention”, *American University International Law Review*, vol. 15 (1999-2000), p. 627.

actividad, pues no sería suficiente con vincular el escenario de un “santuario marino” a la vida económica⁵¹.

El laudo dictado en el asunto del Mar de China Meridional abordó con detenimiento la noción a la que nos estamos refiriendo. Según se señaló, el término “vida” sugiere que la mera presencia de recursos sería insuficiente para considerar cumplido el requisito de “vida económica”, pues se requeriría un cierto nivel de actividad humana local para explotar, desarrollar y distribuir dichos recursos. En opinión del Tribunal, vida económica conlleva algo más que actividad económica, pues además de ser sostenida en el tiempo, es decir, una vida económica continuada, los recursos en torno a los cuales gira la actividad deben ser locales, no importados, pues una actividad económica que sólo puede llevarse a cabo mediante la inyección continua de recursos externos no está comprendida en el concepto de “vida económica propia”.

El tribunal fue más allá, incluso, al señalar que las actividades económicas “puramente extractivas”, que no reportan ningún beneficio al elemento o a su población, no equivaldrían a una vida económica “propia”⁵². En opinión del Tribunal arbitral, la actividad económica derivada de la explotación de una posible zona económica exclusiva o de la plataforma continental no podría ser entendida como la aptitud para tener una vida económica propia. El componente “por sí mismo” dejaría claro que debe tener la capacidad de mantener una vida económica independiente, sin depender “predominantemente” de la aportación de recursos externos – sin que haya quedado establecido qué sería una dependencia predominante de los recursos aportados desde el exterior– o servir únicamente como objeto de actividades extractivas, sin la participación de la población local⁵³. Esgrimir que una formación marina tendría vida económica de contar con los espacios de ZEE y PC sería, en opinión del tribunal, un argumento circular, algo que no ocurre en el caso de que los recursos provengan del MT al que toda roca tiene derecho según el 121.3 de la CNUDM⁵⁴. Pero el tribunal da un paso más aún al requerir un vínculo entre la vida económica y el propio accidente marino, y no simplemente respecto de sus aguas adyacentes. Así, advierte que la actividad económica en el mar territorial podría formar parte de la vida económica de un accidente geográfico, siempre que esté vinculada de algún modo a él, ya sea a través de una población local o de otro modo. Sin embargo, para dotar a una formación marina de vida económica propia no bastaría con que unos pescadores lejanos explotaran el mar territorial que rodea una roca sin hacer uso propio de ésta. Tampoco lo haría una empresa dedicada a la extracción de los recursos minerales del lecho marino ad-

51 HAYASHI, M., “International Legal Regime regarding Islands and Rocks”, *op. cit.*, p. 9.

52 Parágr. 499-500 del Laudo.

53 Según concluye el tribunal “Article 121(3) serves to prevent such expansion from going too far. It serves to disable tiny features from unfairly and inequitably generating enormous entitlements to maritime space that would serve not to benefit the local population, but to award a windfall to the (potentially distant) State to have maintained a claim to such a feature. Given this context, the meaning attributed to the terms of Article 121(3) should serve to reinforce, rather than counter, the purposes that the exclusive economic zone and Article 121(3) were respectively intended to serve” (parágr. 516). Y siguiendo ese razonamiento, el tribunal recordó las declaraciones realizadas en distintos contextos por Estados como Perú, Singapur o Colombia, cfr. parágr. 518-520. Esta misma interpretación la realiza GJETNES, Marius, “The Spratlys: Are They Rocks or Islands”, *op. cit.*, p. 194.

54 Parágr. 502-503 del Laudo.

yacente a la roca sin hacer uso de la misma⁵⁵. Como puede apreciarse, el tribunal arbitral que dictó sentencia en el caso del Mar de China Meridional estableció un estándar elevadísimo para llegar a considerar que una formación marina tiene vida económica propia.

En definitiva, según el Tribunal, ambos atributos –habitabilidad y/o vida económica– deben existir “in naturally occurring conditions”, siguiendo el planteamiento de Filipinas, al vincular esta cuestión a la referencia incluida en el párrafo 1º del artículo 121, esto es, a la idea de “extensión natural de tierra”. Y es que, según el tribunal arbitral, el objeto y fin de la disposición se vería socavado si Estados alejados físicamente pudieran introducir tecnología, o suministros externos para sustentar la habitación humana o la vida económica⁵⁶.

A nuestro juicio, hay que reconocer que, en el mundo interdependiente en el que vivimos, la autosuficiencia prácticamente no existe. Siendo esta una realidad indiscutible resultaría incongruente exigirselo, precisamente, a un territorio insular. En esta línea puede destacarse lo señalado por Charney cuando advirtió que el párrafo 3 del artículo 121 no especifica que las condiciones mencionadas en el mismo deban existir naturalmente, por lo que, aplicando tal consideración, podríamos entender que ni la vida económica ni las condiciones de habitabilidad tienen por qué tener una procedencia natural en la propia isla, al menos en su totalidad⁵⁷. Por ello, compartimos la opinión de Eisemann en este punto cuando afirma que el tribunal no interpretó sino que, en realidad, reescribió el artículo 121.3 pues incluyó elementos nuevos que no aparecen en el texto de la disposición y que tampoco se desprenden de los trabajos preparatorios⁵⁸, y, lo que resulta aún más llamativo, como señalábamos anteriormente, no responde a la práctica de los Estados posterior a la adopción de la Convención.

En todo caso, de lo dispuesto en el propio laudo cabría interpretar que la aptitud para la habitación humana o para la vida económica propia podría resultar de la consideración de la situación de un grupo de islas en su conjunto y no de cada una de ellas individualmente, pues no hay que obviar tampoco que la disposición utiliza el término isla en singular (artículo 121.1. “Isla es...”), pero el término roca se emplea en plural (artículo 121.3. “Las rocas no aptas para...”). Por tanto, el tribunal admite que un grupo humano se sirva de un conjunto de formaciones marinas para desarrollar su vida, es decir, para residir y para desarrollar las actividades económicas necesarias para vivir⁵⁹.

55 Parágr. 503 del Laudo.

56 Parágr. 414 del Laudo. Así se desprende también de lo señalado por el tribunal en el parágr. 483 del Laudo cuando se plantea la siguiente interrogante: “Does the feature *in its natural* form have the capability or sustaining human habitation or an economic life? If not, it is a rock” y del parágr. 513: “Accordingly, the Tribunal understands the phrase “cannot sustain” to mean “cannot, without artificial addition, sustain.” This reading is consistent with the “naturally formed” qualification of the definition of “island” and the words “of their own” which qualify “an economic life” (la cursiva es nuestra).

57 CHARNEY, J.I., “Rocks that Cannot Sustain Human Habitation”, *op. cit.*, p. 867.

58 EISEMANN, P.M., “Qu’est-ce qu’un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982...”, *op. cit.*, pp. 28 y 32.

59 Parágr. 544 y 547 del Laudo.

E. REQUISITOS ALTERNATIVOS O ACUMULATIVOS

Una vez analizados los problemas que plantea la interpretación de ambas nociones, es preciso reflexionar en torno a la necesidad o no de la concurrencia de ambas características para ostentar todos los derechos atribuibles a una isla, o si, por el contrario, la presencia de una de ellas sería suficiente a tal fin. Si bien un sector de la doctrina parece entender que se trata de requisitos alternativos⁶⁰, hay quien considera que por la forma en la que está redactada la disposición estaríamos en presencia de requisitos acumulativos, pues defienden que, en realidad, serían las dos caras de una misma moneda⁶¹. Lo cierto es, sin embargo, que en el proceso de redacción de la disposición hubo una propuesta danesa de incluir la conjunción “y” entre vida económica propia” y “mantenimiento de vida humana”, propuesta que fue rechazada, por lo que la interpretación literal llevaría a la consideración de tales criterios como alternativos⁶². En opinión de Charney, “the phrase seems merely to require proof that the rock actually has some capacity for human habitation or economic value for society”⁶³.

En el asunto Filipinas c. China, el Estado demandante defendió que para ostentar el estatuto de isla ésta debía reunir los dos requisitos pues, según señaló, sería difícil concebir la presencia de uno sin el otro⁶⁴. Sin embargo, la respuesta del tribunal arbitral consistió en afirmar que una roca sólo estaría desprovista de una zona económica exclusiva y de una plataforma continental si careciera tanto de la capacidad de sostener la habitación humana como de la capacidad de sustentar una vida económica propia⁶⁵, entrando, sin embargo, en cierta contradicción al afirmar a renglón seguido que ambos conceptos están estrechamente ligados, puesto que la actividad económica es llevada a cabo por seres humanos y los seres humanos raramente habitarán zonas en las que no sea posible ninguna actividad económica o no haya medio de vida, aunque dejó abierta la posibilidad de que se pudieran dar casos⁶⁶.

60 HAYASHI, M., “International Legal Regime regarding Islands and Rocks”, *op. cit.*, p. 6

61 KOLB, R. “L’interprétation de l’article 121, paragraphe 3, de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer: Les rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ou à une vie économique propre...”, *op. cit.*, p. 906; FRANKX, E., “The enigma of Article 121, paragraph 3: The Way Forward?”, en http://www.maritimeissues.com/uploaded/EU/1_Erik%20Franckx_Article%20121_maritimeissues_com.pdf, pp. 21 y 22; PICHEL, C., “The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS in the 2016 South China Sea Arbitration Award”, *op. cit.*, p. 889.

62 CHARNEY, J.I., “Rocks that Cannot Sustain Human Habitation”, *op. cit.*, p. 868.

63 *Ibidem*.

64 Parágr. 417 del Laudo. Además, en opinión de Filipinas la doble negación de la frase daría lugar a una interpretación según la cual sería necesaria la presencia de los dos requisitos para ostentar la condición de isla y no de roca.

65 Parágr. 496 del Laudo. En la sentencia dictada por la CIJ el 2 de febrero de 2018 en el asunto *Costa Rica c. Nicaragua*, aunque no abordó la cuestión, hizo una afirmación de la que podría deducirse que su conclusión es que las nociones son alternativas pues señaló explícitamente, en relación con Nicaragua, que “Nicaragua n’a produit aucun élément attestant qu’elles se prêtent à l’habitation humaine ou à une vie économique propre”, *CIJ, Recueil 2018*, p. 184, parágr. 113.

66 El tribunal recordó para ello la intervención del delegado de Micronesia en la III Conferencia sobre derecho del mar (parágr. 497 del Laudo) cuando señaló: “Small islands which have no land resources to speak of need the benefits of an economic zone and the sea’s resources within it more desperately than any other territories. It would not be equity to deny the sea’s resources to those who need them most. Suggestions have also been made that uninhabited islands should not have a full economic zone. Almost all of our high

Pero, quizás, la crítica más importante al laudo dictado en el asunto del Mar de China Meridional ha sido la desconsideración que el tribunal ha tenido hacia la práctica internacional que pone en cuestión la interpretación realizada. Y es que la realidad demuestra que los Estados han considerado islas formaciones marinas que no encajan en los criterios fijados por el tribunal, sin que ello haya dado lugar a protestas formales importantes por parte de terceros.

Autores como Eisemann o Tanaka han mencionado en diferentes trabajos un importante número de islas proclamadas como tales por Estados bien distintos, islas que no cumplirían los criterios fijados en el laudo arbitral⁶⁷. Tal sería, por ejemplo, el caso de Francia, que ha establecido ZEE alrededor ciertas islas de la Polinesia francesa, o alrededor de las islas Kergelen y Crozet, o las de Clipperton y Amsterdam; Australia ha hecho lo propio en las islas de Heard y McDonald; Fidji ha establecido ZEE alrededor de Ceva i Ra; Kiribati ha reclamado ZEE a partir de la isla de McKean; Méjico lo ha hecho alrededor de la isla de Clarion y Roca Portida y Venezuela respecto de la *Isla de Aves*⁶⁸, Noruega en la isla Bouvet, Portugal en islas Salvajes⁶⁹ o EEUU en el Reef Maro, y en las islas hawaianas del noroeste⁷⁰.

Además, si se analizan las respuestas de los Estados, inmediatamente después de dictarse el laudo que “resolvió” la controversia entre Filipinas y China, se podría concluir que esta fue un tanto fría. Así, la Alta Representante de la UE realizó una declaración tras tres días de difíciles negociaciones en la que reconoció de manera genérica el laudo⁷¹, pues algunos Estados miembros estaban preocupados por sus propias disputas marítimas por lo que no estaban dispuestos a mostrar un apoyo expreso a aquel⁷². Otros Estados, como India o Malasia “tomaron

islands, and almost all of our atolls, made up of low islands, are inhabited. But some islands are inhabited only part of the year, while others are used not as residences but for fishing or in some functional way other than for permanent habitation. They are all the same as vital a part of our economy and livelihood as some islands that may have permanent dwellings on them, but may have little or no fish resources near them. We do not believe that the criteria of inhabitation or size are practical or equitable” *Statement by the Chairman of the Joint Committee of the Congress of Micronesia submitted on behalf of the Congress by the United States of America*, UN Doc. A/CONF.62/L.6 (27 de Agosto de 1974).

- 67 EISEMANN, P.M., “Qu’est-ce qu’un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982...”, *op. cit.*, p. 36 y ss. TANAKA, Y., “Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)”, *op. cit.*, p. 373 y ss.
- 68 Venezuela reclama respecto de la Isla de Aves ZEE y PC propias. En la isla existe tan solo una guarnición de la guarda costera, una rada y una base de estudios oceanográficos. Algunos Estados –como Francia, Países Bajos o Estados Unidos– le reconocieron la condición de isla en sus acuerdos de delimitación con Venezuela, no así otros países vecinos como Antigua, St Kitts y San Vicente, que cuestionan tal calificación, por lo que la disputa no estaría resuelta. Vid. HAYASHI, M., “International Legal Regime regarding Islands and Rocks”, *op. cit.*, p. 8.
- 69 España no cuestiona la soberanía de las islas, pero sí su derecho a ZEE y a PC, pues las considera rocas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121.3 CNUDM. Cfr. GARCÍA PLANAS, P., “El código salvaje”, *La Vanguardia*, 20 de octubre de 2019.
- 70 TALMON, C., “The South China Sea Arbitration and the Finality of “Final” Awards”, *op. cit.*, parágr. 23, p. 14.
- 71 Declaración de la Alta Representante en nombre de la UE sobre el Laudo dictado en el arbitraje entre la República de Filipinas y la República Popular China, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/07/15/south-china-sea-arbitration/>
- 72 EMMOTT, R., “EU’s statement on South China Sea reflects divisions”, *Reuters*, 15 julio 2016, disponible en <https://www.reuters.com/article/idUSL8N1A130Y/>

nota” de la decisión adoptada. Ningún Estado respaldó expresamente el contenido del mismo; ni siquiera los Estados Unidos quisieron posicionarse, anunciando, simplemente, que tenían que estudiar la decisión. Fueron varios los Estados que mostraron desde el inicio su rechazo: naturalmente, China, por Scarborough Shoal y las Islas Spratlys, pero también Taiwan porque el laudo calificó como roca la isla de Itu Aba (Taiping), que administran; Japón porque también el laudo calificó de roca la isla japonesa de Oki-no-Tori, así como Rusia, Montenegro, Pakistán, Siria y Vanuatu⁷³.

Por todo ello, compartimos la opinión de que es difícil pensar que todos estos Estados vayan a modificar su posición a la luz del laudo arbitral, que amenaza con convertir lo que un cierto número de Estados consideran islas en meras rocas sin derecho a ZEE ni a PC. Por ello, compartimos la opinión de Talmon cuando afirmó que “it may be predicted that the tribunal’s decision on this provision will be ephemeral rather than final”⁷⁴ o de Eisemann cuando concluyó que “on peut douter que la sentence arbitrale du 12 juillet 2016 soit amenée à faire jurisprudence”⁷⁵. De hecho, hay que reconocer, como ya apuntó Casado, que la CIJ tuvo ocasión de hacer mención al laudo en la sentencia que dictó en 2018 en el asunto que enfrentó a Costa Rica c. Nicaragua, y optó sin embargo por no hacer la más mínima referencia al mismo cuando abordó la condición de isla o roca de Cayos de Perla y de las Islas del Maíz⁷⁶. En ambos pasajes, la CIJ se limitó a referirse al artículo 121 del CNUDM para proceder a la calificación de sendas formaciones marinas y a los requisitos que el mismo contiene, sin mencionar el Laudo en ningún momento⁷⁷.

Es cierto, sin embargo, como ha señalado el estudio realizado por *Asia Maritime Transparency Initiative* que, en el nuevo contexto internacional generado tras la invasión rusa de Ucrania y la mayor preocupación por el respeto de las normas internacionales, un cierto número de gobiernos e instituciones internacionales han declarado públicamente que consideran obligatorio el fallo dictado en el asunto del Mar de China Meridional: tal sería el caso de la Comisión Europea y las Embajadas en Filipinas de un cierto número de Estados miembros de la UE, con ocasión del séptimo aniversario del laudo⁷⁸. Sin embargo, siendo realistas, la posición de los Estados se basa, esencialmente, en sus propios intereses, lo que hace que la coherencia muchas

73 Ver las referencias incluidas por TALMON, C., “The South China Sea Arbitration and the Finality of “Final” Awards”, *op. cit.*, párr. 22, p. 15.

74 TALMON, C., “The South China Sea Arbitration and the Finality of “Final” Awards”, *op. cit.*, párr. 22, p. 14.

75 EISEMANN, P.M., “Qu’est-ce qu’un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982...”, *op. cit.*, p. 38.

76 *Délimitation maritime dans le mer des Caraïbes et l’océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua) et frontière terrestre dans la partie septentrionale de Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, *arrêt*, CIJ Recueil 2018, párr. 113 y 140.

77 Este mismo hecho ha sido destacado por Papanicolopulu, si bien ha advertido que quizás esa omisión pueda deberse a la reticencia de la CIJ a referirse a jurisprudencia de otros tribunales. PAPANICOLOPULU, I., “The land dominates the sea (dominates the land dominates the sea)”, *Questions of International Law*, Febrero 2018, pp. 39-48, disponible en https://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2018/02/03_Whats-an-island_PAPANICOLOPULU_FIN.pdf

78 Para ver las declaraciones realizadas por los Estados a lo largo de los años: <https://amti.csis.org/arbitration-support-tracker/>

veces brille por su ausencia. Así, algunos Estados que han proclamado el deber de China de acatar el laudo, no han retirado sus propias reclamaciones de ZEE y PC sobre lo que el laudo calificaría con total claridad como rocas⁷⁹. Y es que, en definitiva, es difícil pensar que quienes vayan a resultar perjudicados por lo que se desprende de la decisión adoptada en julio de 2016 –que solo a las partes inmersas en la controversia obliga, es cierto– vayan a aceptar sin más lo que la misma implica⁸⁰ y ajusten sus comportamientos a ella, teniendo en cuenta que la redacción del artículo 121 de la CNUDM admite otras interpretaciones.

III. INSTALACIONES, ESTRUCTURAS E ISLAS ARTIFICIALES: DEFINICIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO

Cada vez son más numerosos los proyectos de creación de construcciones en el mar y con fines diversos: desde la explotación de recursos existentes en el medio marino, no solo recursos pesqueros sino también minerales o energéticos⁸¹, hasta la construcción de islas artificiales con distintos fines, como pueden ser los residenciales o militares, como luego veremos. Ha sido, precisamente, la actividad desplegada con este último fin por el gigante asiático en el Mar de China Meridional la que ha hecho saltar todas las alarmas al crear “islas artificiales”, en áreas en disputa, sobre la base de elevaciones en bajamar o de lo que podrían ser rocas –en los términos que se acaban de estudiar–, pues la finalidad que China persigue en ese punto estratégico no es sino controlar la navegación y el comercio en una zona de vital trascendencia, ya que son 5 trillones de dólares los que se mueven anualmente en ese espacio.

En las páginas que siguen a continuación, abordaremos el estudio de las nociones de instalación, estructura e isla artificial, la relevancia de su creación autónoma o bien sobre formaciones marinas naturales preexistentes –y la alteración del estatuto que por tal motivo podrían experimentar–, así como los espacios en los que éstas pueden ser construidas y con qué fines.

1. Instalaciones, estructuras e islas artificiales: definición

La Convención de Montego Bay reconoce en distintos artículos el derecho de los Estados a la construcción de instalaciones y estructuras, incluso la creación de islas artificiales con el fin de

79 PICHEL, C., “The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS in the 2016 South China Sea Arbitration Award”, *op. cit.*, pp. 917-918.

80 El único caso conocido en el que un Estado ha renunciado a sus aspiraciones respecto de lo que el Laudo consideraría una roca es el del Reino Unido y su proclamación de ZEE y PC respecto de Rockall. Tras su adhesión a la CNUDM en 1997 el Reino Unido recalificó Rockall como roca, conforme al 121.3 de la Convención porque tal formación marina no era capaz de sostener la habitación humana ni tampoco de tener vida económica propia.

81 NIEUWENHOUT C., “The Legal Framework for Artificial Energy Islands in the Northern Seas”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2023, Vol. 38, pp. 1-34; MORRIS, M.K, KINDT, J.W., “The Law of the Sea: Domestic and International Considerations Arising from the Classification of Floating Nuclear Power Plants and Their Breakwaters as Artificial Islands”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 19, 1979, pp. 299-319.

poder ejercer los derechos que el ribereño tiene en el espacio de que se trate. Es cierto que en ninguna de sus disposiciones determina el sentido exacto de tales términos, por lo que ha sido la doctrina quien ha procedido a su definición.

La característica fundamental de los elementos mencionados en el artículo 60 CNUDM – instalaciones, estructuras e islas artificiales– es el hecho de haber sido construidos por el ser humano –frente al carácter natural de las islas definidas en el artículo 121 CNUDM a las que hemos dedicado nuestro estudio en páginas precedentes–, si bien es objeto de debate la necesidad o no de que emerjan de manera permanente, pues las instalaciones y estructuras podrían quedar sumergidas siquiera de manera temporal⁸². Así, Soons definió las islas artificiales como “constructions created by man’s dumping of natural substances like sand, rocks and gravel on the seabed”, mientras que una instalación o una estructura sería “constructions resting upon the sea floor and fixed there by means of piles or tubes driven into de seafloor, and/or to concrete structures which become fixed there by their own weight”⁸³. Para Munch, sin embargo, el elemento crucial para distinguir una instalación o estructura de una isla artificial sería la necesidad de esta última de emerger siempre, en tanto que las primeras podrían permanecer sumergidas temporal o permanentemente⁸⁴. Tanto las islas artificiales como las instalaciones y estructuras –insistimos que estas últimas se tratan prácticamente siempre de manera conjunta e indistinta⁸⁵–, únicamente tendrían derecho, si ello fuera necesario, a una zona de seguridad razonable a su alrededor que no excederá de 500 metros⁸⁶. En ella, el Estado podrá tomar las

82 PROELSS, A., “Article 60. Artificial islands, installations and structures in the exclusive economic zone”, en PROELSS, A. (Ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, op. cit., p. 471.

83 SOONS, A.H.A., *Artificial islands and Installations in International Law*, Occasional Papers, n° 22, Law of the Sea Institute, University of Rhodes Island, 1973, p. 3. Apoyando tal definición, HONEIN, S.E., *The International Law Relating to Offshore Installations and Artificial Islands, An Industry Report*, Lloyd’s of London Press LTD, 1991, p. 1.

84 MUNCH, F., “Les îles atificielles et les installations en mer”, *Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1978, pp. 933-958, en particular, p. 943.

85 Así, por ejemplo, el artículo 147 de la CNUDM se refiere a instalaciones; el 194, párrafos 3 c) y d) se refiere a “instalaciones y dispositivos”; el 209 menciona “instalaciones, estructuras y otros dispositivos”; la parte XIII, dedicada a la investigación científica marina, se refiere en los artículos 258 a 262 a instalaciones o equipos. Fue esa la razón por la que hubo una propuesta de llevar a cabo una armonización de los términos empleados en la CNUDM, para lo cual se propuso añadir al artículo 1 un nuevo párrafo para aclarar el sentido del término “instalación”: “installations includes artificial islands and estructuras”. Sin embargo, como se puede apreciar, esta propuesta, que no fue admitida, de poco hubiera servido a los fines de diferenciar entre las nociones de isla artificial, estructura e instalación. A/CONF.62/L.57/Rev.1 (1980), section VIII, XIV Off. Rec. 114, citado en UN Convention on the Law of the Sea Commentary 1982, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Brill Nijhoff, 2013, p. 584.

86 El hecho de que un Estado advierta que la navegación es peligrosa, más allá de los 500 metros que rodean una isla artificial, y que por tanto recomiende a los buques que naveguen manteniendo una distancia mayor (3 millas), ha dado lugar a una interpretación, ciertamente generosa, según la cual ello no supone una vulneración de la Convención pues no constituye por ese mero hecho la creación de una zona de seguridad ampliada, *Netherlands v. Russia, The Arctic Sunrise Arbitration, Award on the Merits of 14 August 2015*, parágr. 207-220, disponible en <https://pcacases.com/web/sendAttach/1438>. Sobre el particular, PESCH, S., “Coastal State Jurisdiction around Installations: Safety Zones in the Law of the Sea”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 30, 2015, pp. 512-532.

medidas adecuadas par garantizar tanto la seguridad de la navegación como de la propia instalación, estructura o isla artificial⁸⁷.

La construcción de una isla artificial o de una estructura o instalación puede hacerse de manera enteramente autónoma, en cuyo caso probablemente no se susciten dudas iniciales sobre su condición jurídica. Si acaso, cabría plantear si ese estatuto resulta inamovible, pase lo que pase y suceda lo que suceda después de forma natural, con el transcurrir del tiempo. En este sentido, compartimos, en principio, la opinión de Lewis cuando advierte que las construcciones artificiales serían incapaces de adquirir el estatuto de formación marina natural⁸⁸. Pero, pongamos por caso que un buque hundido de manera accidental, en una zona del mar no excesivamente profunda, dé lugar con el paso del tiempo y con la acumulación natural de sedimentos en torno a él a una formación marina que tenga como base un elemento artificial como es un buque, pero que termine por convertirse en una elevación en bajamar o incluso en una roca. En tal caso, esa nueva formación marina no debería adquirir los derechos recogidos en la Convención por no tratarse en sentido estricto de una extensión natural de tierra. Aunque quizás pueda parecer ilógico, e incluso pueda considerarse que es tanto como intentar poner freno a la naturaleza, si se llegara a admitir otra cosa, los Estados podrían comenzar a desarrollar prácticas consistentes en depositar sobre el fondo marino estructuras de diferente tipo con el fin de generar, con el transcurrir del tiempo, formaciones marinas que les sirvan, entre otras cosas, para ampliar sus espacios marinos.

Si bien el supuesto al que nos acabamos de referir tiene un carácter residual, no lo es la posibilidad de que una determinada formación marina natural preexistente resulte modificada a través de la intervención humana, mediante técnicas como la recuperación de tierras, la ampliación de islotes, rocas o arrecifes de coral, o mediante la unión de pequeños grupos de islotes, utilizando para ello materiales de construcción, para conformar una isla más grande, planteándose entonces el estatuto que merece en la nueva situación.

Así, las construcciones creadas a partir de o sobre una elevación en bajamar o un arrecife natural preexistente: ¿sería una elevación en bajamar o pasaría a ser una isla, o acaso se convertiría, por la intervención humana, en una instalación, estructura o isla artificial? Estos son precisamente los casos de las construcciones creadas por China, pues siempre lo han sido sobre la base de formaciones marinas preexistentes⁸⁹. El tribunal arbitral que dictó sentencia en el asunto *Filipinas c. China*, ya advirtió que una elevación en bajamar o una roca no pueden transformarse legalmente en una isla en términos jurídicos por efecto de la actividad humana. El estatus de una formación marina, señaló el tribunal, debe evaluarse sobre la base de su situación natural⁹⁰. Con cierta lógica, advirtió que si se permitiera a los Estados convertir

87 IMO, *Safety Zones and Safety of Navigation around Offshore Installations and Structures*, IMO Res. A671(16), 19 de octubre de 1998.

88 LEWIS, R. "The artificial Construction and Modification of Maritime Features: Piling Pelion on Ossa", *Ocean Development & International Law*, Vol. 52, Núm. 3, 2021, pp. 239-259, en particular p. 245.

89 ANDREEFF, A., "Legal Implications of China's Land Reclamation Projects in the Spratly Islands", *New York University Journal of International Law & Policy*, 2014-2015, Vo. 37, pp. 855 y ss.

90 Parágr. 508 del Laudo. En este mismo sentido, GEWIRTZ, P., "Limits of Law in the South China Sea", *East Asia Policy Paper* 8, Mayo 2016, p. 6.

cualquier roca –incapaz de sustentar ni habitación humana ni vida económica propia mediante el uso de la ingeniería– en una isla, con los derechos que en tal caso le correspondería y a los que ya hemos hecho alusión, se vería frustrada la finalidad del 121.3 de la CNUDM, y además, se incentivaría a los Estados a emprender tales acciones con el fin de extender así sus zonas marítimas en detrimento del resto de los Estados y/o de lo que en otro caso sería patrimonio común de la humanidad⁹¹. En este orden de cosas, compartimos la opinión de Schoembaum cuando concluye que la interpretación realizada por el tribunal arbitral redundará en beneficio del medio marino, porque los Estados tendrán menos interés –aunque lo seguirán teniendo– en realizar construcciones sobre las formaciones naturales existentes si con ello no amplían sus derechos en el mar⁹².

Ahora bien, cabe plantear también si la construcción de una instalación o estructura, incluso de una isla artificial sobre una formación marina que tuviera la condición de roca haría perder a ésta el estatuto que le es propio. Es decir, la duda que se suscita es si en tal caso, la actividad humana haría perder a la roca el mar territorial al que tendría derecho, según la CNUDM. A nuestro modo de ver, y compartiendo la opinión de Kohl, la roca no perdería su derecho a un mar territorial propio, pero tampoco ampliaría el espacio al que tendría derecho. De este modo, si un Estado construyera una isla artificial sobre la base de una roca en términos jurídicos, y la construcción sobresaliera 2 millas más allá de los límites físicos de la roca original, ese Estado tendría derecho a un mar territorial de 10 millas más como máximo, pues la medición habría de hacerse siempre desde los límites físicos de la roca naturalmente considerada⁹³.

En este mismo sentido, cabe plantear qué ocurriría si se utilizara una isla natural como base para intervenir artificialmente, sea para su ampliación o para lo que cada vez va a ser más habitual, esto es, para garantizar su supervivencia. Este último ha sido el caso de la Isla de Hulhumale, en la que está situada la capital de la República de Maldivas, y que ha sido fortificada para evitar su paulatino hundimiento. Algunos autores han defendido que si bien las medidas de prevención de la erosión están admitidas por el Derecho internacional –sin que quepa entender que se trata de acciones que pretenden la ampliación de la soberanía terrestre y marítima por parte del Estado que las adopta– las medidas para su “desarrollo” parecen plantear más dudas, aunque la línea divisoria entre un tipo de medidas y otras puede llegar a ser muy fina⁹⁴. En la línea de lo señalado en el supuesto anterior, a nuestro modo de ver, las

91 Parágr. 509 del Laudo. A título meramente ilustrativo, siguiendo este razonamiento, el tribunal señaló que la construcción realizada por China sobre el arrecife natural de Mischief Reef se ha traducido en la creación de una isla artificial: “China has elevated what was originally a reef platform that submerged at high tide into an island that is permanently exposed. Such an island is undoubtedly ‘artificial’ for the purposes of article 60”, parágr. 1037 del Laudo.

92 SCHOEMBAUM, T.J., “The South China Sea Arbitration Decision and a Plan for Peaceful Resolution of the Disputes”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol 47, N° 4, October, 2016, p. 457.

93 En este sentido KHOL, A. W., “China’s Artificial Island Building Campaign in the South China Sea: Implications for the Reform of the United Nations Convention on the Law of the Sea”, *Dickinson Law Review*, 2018, Vol. 122-3, pp. 917-937, p. 929, disponible en <https://ideas.dickinsonlaw.psu.edu/dlr/vol122/iss3/8/>

94 Dadandish y Rahnavard admiten las que denominan medidas de prevención, no así las de consolidación, si bien ellos mismos advierten de la dificultad para diferenciar unas medidas de otras. Cfr. DADANDISH, P., RAHNAVARD, H., “The artificial Island in the Persian Gulf: A Political and Legal Analysis”, *Iranian Review of Foreign Affairs*, Vol. 3. N° 4, Winter 2013, pp. 101-126. En una línea similar, CHEE, S.Y.,

obras de ingeniería realizadas sobre una isla no modificarían su estatuto jurídico, por lo que no perdería el derecho a sus propios espacios marítimos, ya reconocidos, pero tampoco podría suponer su ampliación artificial. En realidad, se trata de un intento de detener los efectos del cambio climático, intentando evitar que la naturaleza siga su curso. De otro modo, las consecuencias para los Estados más perjudicados por el cambio climático serían nefastas, pues verían mermar sus derechos soberanos, y parte de su población, a la larga, tendría que abandonar sus hogares, como ya ha comenzado a ocurrir en algunos casos⁹⁵.

Conviene revisar, no obstante, quién y dónde tiene derecho a la construcción de instalaciones, estructuras e islas artificiales, ya se haga de manera autónoma o sobre la base de formaciones marinas preexistentes, así como con qué fines y en qué condiciones, de conformidad con la Convención de Montego Bay, pues tales construcciones son hoy una realidad y sus usos muy diversos, algo probablemente inimaginable –al menos no en los términos en los que la tecnología permite a día de hoy– en el momento en el que fue adoptada la CNUDM⁹⁶.

2. El derecho de los Estados a la construcción de instalaciones, estructuras e islas artificiales: régimen jurídico

A. EN ESPACIOS SOMETIDOS A LA SOBERANÍA DEL ESTADO: AGUAS INTERIORES Y EN MAR TERRITORIAL

Tanto en aguas interiores como en mar territorial el Estado ribereño tiene soberanía plena, de lo que se deriva su derecho a establecer instalaciones y estructuras, así como islas artificiales, respetando las normas de seguridad y las que exigen la debida protección del medio marino.

Naturalmente, el establecimiento de una instalación, estructura, y por supuesto el de una isla artificial, puede entorpecer, menoscabar o limitar los derechos reconocidos en la convención para terceros Estados, derechos como el de paso inocente por el mar territorial, por ejemplo. Así, el artículo 24 de la CNUDM establece que el Estado ribereño no pondrá dificultades al paso inocente de buques extranjeros por el mar territorial salvo que lo haga de conformidad con la Convención. Y puede entenderse que la construcción de instalaciones, estructuras o islas artificiales en espacios sometidos a la soberanía del Estado ribereño es acorde con la Con-

OTHMAN, A.G., KWANG, y otros, “Land Reclamation and Artificial Islands: Walking the Tightrope Between Development and Conservation”, *Global Ecology and Conservation*, Vol 17, 2017, p. 80.

95 Sirva como botón de muestra del problema la noticia aparecida en el Diario El País el pasado 6 de junio en la que se hace eco de la primera reubicación en América Latina de 300 familias, refugiadas climáticas, procedentes del archipiélago de Guna Yala (Panamá), MAHATANI, N., “Expulsados por el mar: los primeros refugiados climáticos reubicados de América Latina”, *El País*, 6 de junio de 2024 disponible en <https://elpais.com/america-futura/2024-06-09/expulsados-por-el-mar-los-primeros-refugiados-climaticos-reubicados-de-america-latina.html>. Para ver un estudio jurídico reciente sobre el particular JIMÉNEZ PINEDA, E. y GONZÁLEZ GRECO, D. J., *Las migraciones climáticas: estudio desde la perspectiva regional y de la cooperación internacional*, UCO Press – Ed. Aranzadi, 2023, 192 pp.

96 Defendiendo la necesidad del desarrollo normativo en este ámbito TSALTAS, G., BOURTZIS, T., RODOTHEATOS, G., “Artificial islands and structures as a means of safeguarding state sovereignty against sea level rise. A law of the sea perspective”, *op. cit.*, p. 1.

vención⁹⁷. En todo caso, lo que debe hacer el Estado es dar a conocer todos los peligros que amenacen la navegación por ese espacio –y, obviamente, la construcción de instalaciones y estructuras, así como de islas artificiales lo hacen–, no solo cuando la estructura, instalación o isla artificial hayan sido ya colocadas sino desde el momento en el que se inicie el proceso para su puesta en marcha, pues el peligro para la navegación puede darse desde ese mismo instante.

Además, deben realizarse estudios de impacto ambiental, pues es obligación de todos los Estados la preservación del medio marino y sus especies, también en los espacios sometidos a su soberanía. Y es que las consecuencias medioambientales de las intervenciones en el medio son más que notables, pues, por ejemplo, los sedimentos vertidos y los metales pesados utilizados para la construcción de las islas artificiales, por ejemplo, degradan la calidad del agua, lo que supone un grave perjuicio para el ecosistema marino y la biodiversidad, un deterioro de los fondos, de los arrecifes de coral, así como del pasto marino, pudiendo incluso traer ello consigo la alteración de las corrientes marinas y con ella la erosión de la costa. Por citar un ejemplo, para construir la isla Palm Jumeirah (Dubai) se dragaron alrededor de 94 millones de metros cúbicos de sedimentos, afectando de manera determinante a la vida marina y a las especies existentes hasta entonces en la zona⁹⁸. Todo ello exige una reconsideración del modo en el que se toman las decisiones de llevar a cabo megaproyectos de esta naturaleza, pues un estudio del impacto ambiental –para el propio Estado que lleva adelante el proyecto y, por supuesto, para los Estados vecinos, ya que es un medio que no conoce de fronteras– debe ser una exigencia ineludible a la hora de adoptar la decisión final sobre su construcción.

a) Instalaciones y estructuras

La realización de actividades científico marinas y aún más la explotación de los recursos minerales y energéticos existentes en los fondos marinos ha hecho que se construyan instalaciones y estructuras sobre los mismos para posibilitar su extracción. Un ejemplo clásico ha sido la instalación de plantas petroleras y gasísticas, sobre todo en aguas poco profundas, aunque también cabe la explotación de aguas profundas y ultraprofundas⁹⁹. Sin embargo, en los últimos tiempos, la necesidad de desarrollar nuevas fuentes de energía sostenibles, con el fin de alcanzar los objetivos de descarbonización de Europa, ha hecho que la energía renovable marina se encuentre en pleno proceso de expansión en la Unión Europea. Y es precisamente a través de la creación de estructuras e instalaciones en distintos puntos del espacio marítimo como puede generarse este tipo de energía, ya sea mediante tecnologías de energía eólica marina fija –consistentes en estructuras de cimentación fija montadas sobre el fondo del mar a una profundidad máxima de 60 metros–, energía eólica flotante –consistente en plataformas flotantes ancladas al fondo marino mediante unos tensores–, energía oceánica, generada por la

97 En esta línea, SAMIE, N., “Fixed offshore installations. A new rule of customary International law”, *Lawyer of the Americas*, Vol. 9, 1977, pp. 518-530, en particular p. 520-521.

98 VAN LAVIEREN, H. y otros, *Managing the Growing Impacts of Development on Fragile Coastal And Marine Ecosystems: Lessons from the Gulf*, UNU-INWEH, Canadá 2011.

99 Empresa OUCO, “Plataforma petrolíferas en alta mar: algunos datos importantes que debe saber”, 24 de agosto de 2023, disponible <https://ouco-industry.com/es/Plataformas-petroleras-en-alta-mar%3A-algunos-datos-importantes-que-debes-saber/>

marea (mareomotriz) y por las olas (undimotriz) y la energía fotovoltaica flotante –consistente en la instalación de módulos fotovoltaicos sobre un sistema de flotación-¹⁰⁰.

Este simple esbozo da cuenta de la necesidad de ordenar el espacio marítimo, para lo cual, en el marco de la UE, se adoptó la Directiva de ordenación del espacio marítimo¹⁰¹ cuya finalidad era, por un lado, gestionar la actividad humana en el mar de manera coordinada y, por otro, aumentar la cooperación transfronteriza entre países bañados por las mismas aguas. España aprobó en 2017 el Real Decreto 363/2017, de 8 de abril, por el que se estableció el marco para la ordenación del espacio marítimo español¹⁰², Real Decreto completado por otro, el 150/2023 por el que se aprueban los planes de ordenación marítima de las cinco demarcaciones marítimas de España¹⁰³, lo que permitirá organizar las actividades humanas en las distintas zonas del mar “con el fin de alcanzar objetivos ecológicos, económicos y sociales”. Como han señalado Sanz Larruga y Lobo Rodrigo, el citado Real Decreto supone “la primera experiencia de ordenación integral del espacio marítimo en España, un intento impulsado por la Unión Europea y que hunde sus raíces en la experiencia desarrollada por la ONU y que localiza los distintos usos y ocupaciones en dicho espacio buscando, en la medida de lo posible, su complementariedad y todo ello bajo el prisma del enfoque ecosistémico”¹⁰⁴.

En España hay varios parques eólicos marinos (*offshore wind farms*). La energía eólica marina obtenida a través de proyectos de cimentación fija –que es la solución tecnológicamente más consolidada hasta el momento– no se ha desarrollado mucho en España, por la gran profundidad de las aguas territoriales que hacen inviable esa tecnología a partir de los 50 metros. Sin embargo, nuestro país es una potencia en las incipientes soluciones de carácter flotante para los parques eólicos marinos. De hecho, es el país europeo con más instalaciones de I+D para eólica flotante y las otras energías del mar, destacando la Plataforma Oceánica de Canarias (PLOCAN) y la Plataforma de Energía Marina de Vizcaya (BiMEP) o la Zona experimental de aprovechamiento de energías marinas de Punta Langosteira (A Coruña), el segundo banco de pruebas del mundo para la energía de las olas¹⁰⁵.

Cuatro de las cinco demarcaciones marítimas –la Noratlántica, la Levantino-Balear, la del Estrecho y Alborán, así como la canaria– son consideradas de “alto potencial” para la explo-

100 Tribunal de Cuentas Europeo. Informe Especial 22/2023. Energía renovable marina en la UE. Los planes de crecimiento son ambiciosos pero la sostenibilidad supone todavía un reto, pp. 51 y ss.

101 Directiva 2014/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo, DOUE, núm. 257, de 28 de agosto de 2014, pp. 135-145.

102 Real Decreto 363/2017, de 8 de abril, por el que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo, BOE núm. 86, de 11 de abril de 2017, pp. 28802 a 28810.

103 Real Decreto 150/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueban los planes de ordenación del espacio marítimo de las cinco demarcaciones marinas españolas, BOE núm. 54, de 4 de marzo de 2023, pp. 32350 a 32578.

104 SANZ LARRUGA, F.J., LOBO RODRIGO, A., “El Real Decreto 150/2023 por el que se aprueban los planes de ordenación del espacio marítimo. Luces y sombras”, *Anuario. Observatorio de políticas ambientales*, 2023, pp. 445-497.

105 Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, “Eólica marina y energías del mar en España”, <https://www.idae.es/tecnologias/energias-renovables/uso-electrico/eolica/eolica-marina/eolica-marina-y-energias-del-mar>

tación de la energía eólica marina, muy particularmente a través de aerogeneradores flotantes, como decíamos, los más adecuados por las características de la costa española. La distancia a la que se ha previsto la ubicación de los parques varía en función de la demarcación de que se trate: a una distancia máxima de 21 km en el caso de la demarcación Noratlántica, pero de 1850 metros en el caso de alguno de los polígonos ubicados en la demarcación canaria, frente a las costas de la isla de Lanzarote.

Naturalmente, todo ello puede generar problemas de distinta índole que deben ser gestionados con el fin de respetar las obligaciones que el Estado tiene en los distintos espacios marinos: por un lado, garantizar la seguridad de la navegación marítima y aérea; por otro, preservar el medio marino. De hecho, hay sectores económicos en España que están poniendo en cuestión la política de nuestro país en esta materia. Y es que deben ser tenidos en cuenta los efectos para sectores como el turístico, como consecuencia del impacto visual que pueden producir, o el pesquero, por la afectación que todo ello puede suponer para la biodiversidad, derivada de los cambios en la calidad del agua debido a la liberación de contaminantes, lo que traerá consigo la degradación del hábitat, el efecto desplazamiento debido al ruido submarino¹⁰⁶ y a las estructuras de los parques eólicos marinos, o los cambios en los patrones de migración debidos a cambios en el campo electromagnético¹⁰⁷, así como la colisión de las aves con las instalaciones de energía renovable.

Por tanto, aún siendo espacios en los que los Estados ostentan soberanía, por un lado, la obligación de garantizar la seguridad de la navegación, y por otro, la obligación de cooperar para preservar el medio y sus especies, exigen la realización de evaluaciones de impacto serias y rigurosas y la ejecución ordenada de este tipo de planeamientos.

b) Islas artificiales

Son numerosos los Estados que han construido islas artificiales en sus aguas territoriales y con fines diversos. Emiratos Árabes Unidos ha sido el país pionero en su desarrollo, lo que ha animado después a otros países del Golfo, como Qatar, Omán, Bahrain, o Kuwait a seguir por el mismo camino, si bien no es en esa área del mundo el único lugar en el que se está produciendo un desarrollo notable de la construcción de islas artificiales. A título meramente ilustrativo, cabrían destacar otras. Tal sería el caso de la isla de Odaiba en la bahía de Tokio, o los aeropuertos de Kansai, Chubu Centrair o Kobe, situados sobre islas artificiales, Isla del Puerto e

106 En relación con esta cuestión, ALDAZ CASANOVA, A.M., “Posibilidades para Combatir el Ruido Oceánico desde el Proyecto de Instrumento Internacional relativo a la conservación y el uso sostenible de la Biodiversidad Marina en zonas más allá de la jurisdicción nacional”, en CASADO RAIGON, R. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (Coords), *La Contribución de la Unión Europea a la Protección de los Recursos Biológicos en Espacios Marinos de Interés Nacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp.417-432.

107 Para ver los efectos de los parques eólicos marinos en las pesquerías y la acuicultura de terceros Estados: VAN HOEY, G., BASTARDIE, F., BIRCHENOUGHT, S., DE BACKER, A., GILL, A. de KONING, S., HODGSON, S., MANGI CHAI, S., STEENBERGERN, J., TERMEER, E., VAN DEN BURG, S., HINTZEN, N., *Overview of the effects of offshore wind farms on fisheries and aquaculture*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, disponible en <https://maritime-spatial-planning.ec.europa.eu/practices/overview-effects-offshore-wind-farms-fisheries-and-aquaculture>

Isla Rokko, todas ellas en Japón; Isla Edén en Seychelles; Ocean Reef en Panamá; Isla Jurong en Singapur o Treasure Island, Venezian Island o Harbour Island en Estados Unidos.

La propia España no ha estado al margen de este tipo de iniciativas, siquiera a modo de globo sonda. Así, podemos recordar un ya antiguo proyecto, no ejecutado, que lanzó un grupo inmobiliario consistente en la construcción de islas artificiales, de tipo residencial, frente a las costas levantinas, a un kilómetro de la playa de la Malvarrosa en Valencia (“Isla Luna”). Incluso ha habido estudios doctrinales sobre el impacto que podría tener este tipo de construcciones frente a la costa de Barcelona¹⁰⁸. Más allá del impacto medioambiental que este tipo de propuestas podrían tener, todo parece indicar que no son muy convenientes en la costa mediterránea, en un momento en el que el cambio climático está provocando en ella cada vez mayores problemas.

Si nos referimos brevemente a las aguas archipelágicas las conclusiones a extraer son prácticamente idénticas a las señaladas hasta el momento. Si acaso es preciso tener presente que determinadas zonas de esas aguas pueden ser atravesadas por rutas marítimas internacionales, por lo que no deberían construirse islas de esta naturaleza, y donde se haga deberá incorporarse la señalización necesaria para asegurar no solo la navegación de los buques por la zona sino también el sobrevuelo de las aeronaves por la ruta aérea internacional de que se trate. Un ejemplo de construcción de isla artificial en las aguas archipelágicas es el caso de la isla de Hulhumalé en el Estado de Maldivas, inaugurada en el año 2004, con una superficie de 2 km cuadrados¹⁰⁹, o el caso de la Isla de Thilafushi, en ese mismo archipiélago, creada, en este caso, con el fin de que cumpla la función de vertedero. Casos como el de Maldivas serán más habituales en el futuro, pues todo apunta a que incrementará la construcción de islas artificiales con la finalidad de impedir, en los casos más extremos, la propia desaparición de algunos Estados.

B. EN ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y PLATAFORMA CONTINENTAL

El artículo 56 de la CNUDM reconoce el derecho del Estado ribereño a explorar y explotar los recursos naturales existentes en la ZEE, a adoptar medidas de conservación y administración de los mismos, tanto en la columna de agua como en el lecho y el subsuelo marino. Ello incluye el derecho a realizar otras actividades con miras a la explotación económica de la zona, como sería el caso de la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos. Con tal propósito, el Estado ribereño puede establecer y utilizar islas artificiales, instalaciones y estructuras, sobre las que ejercerá su jurisdicción con arreglo a la Convención. En correspondencia con lo anterior, los terceros Estados deberán tener debidamente en cuenta los

108 RABIONET, I.C., GARCÍA, V.G., GALINDO, M.R., “Indicators for Evaluating the Impact of Artificial Island on the Barcelona Coast”, *Coastal Management*, 2008, Vol. 36, pp. 254-273

109 Para ver un trabajo sobre la viabilidad y la eficacia de este tipo de medidas y construcciones: BROWN, S., WADEY, M.P., NICHOLLS, R.J., SHAREEF, A., KHALEEL, Z., HINKEL, J., LINCKE, D., MCCABE, M.V., “Land raising as a solution to sea-level rise: An analysis of coastal flooding on an artificial island in the Maldives”, *Journal of Flood Risk Management*, 2020-I, disponible en https://www.researchgate.net/publication/335638408_Land_raising_as_a_solution_to_sea-level_rise_An_analysis_of_coastal_flooding_on_an_artificial_island_in_the_Maldives

derechos del ribereño, así como las leyes y reglamentos que dicte, obviamente, en la medida en que no sean incompatibles con las disposiciones dedicadas a la ZEE.

Dando un paso más, el artículo 60 de la CNUDM, titulado “Islas artificiales, instalaciones y estructuras en la zona económica exclusiva –que se aplica *mutatis mutandis* a la plataforma continental, según prevé el artículo 80 del mismo texto¹¹⁰– profundiza en el reconocimiento del derecho exclusivo del Estado ribereño a construir, autorizar y reglamentar la construcción, operación así como la utilización de: a) islas artificiales, sin añadir matiz alguno; b) Instalaciones y estructuras, y aquí sí, se advierte que se permite su construcción para los fines previstos en el artículo 56 anteriormente referidos, así como “para otras finalidades económicas”, lo que limitaría el establecimiento a fines económicos, aunque estos pueden llegar a ser muy variados; c) Instalaciones y estructuras que puedan interferir el ejercicio de los demás derechos del Estado ribereño en la zona. El Estado ribereño tiene “jurisdicción exclusiva” sobre instalaciones, estructuras e islas artificiales, “incluida”, advierte la disposición “la jurisdicción en materia de leyes, reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarios, de seguridad y de inmigración”¹¹¹, lo que implica que estamos ante una lista abierta de materias, que incluirían, por ejemplo “to prescribe and enforce environmental regulations (including nature conservation standards), or to exercise criminal jurisdiction with regard to offenses committed on or against artificial islands, installations and structures”¹¹².

La construcción de cualquiera de los elementos mencionados debe ser convenientemente notificada y publicitada de tal forma que se pueda advertir permanentemente su presencia, sin que, en ningún caso, puedan interferir en la utilización de vías marítimas reconocidas que sean esenciales para la navegación internacional¹¹³. Aplicando analógicamente lo previsto en el artículo 262 de la citada convención para las instalaciones a los efectos de investigación científica marina, se deberán incluir signos de identificación que indiquen el Estado en que están registrados, así como las señales de advertencia convenidas internacionalmente para garantizar la seguridad marítima y la seguridad de la navegación aérea. Además, el Estado debe comprometerse a retirar cualquiera de tales instalaciones, una vez resulten “abandonadas o en desuso”, avisando de forma adecuada de la profundidad, posición y dimensiones de aquellas que no se hayan retirado completamente¹¹⁴.

110 La Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental de 1958 ya hablaba en su artículo 5.2 del derecho del Estado ribereño a construir, mantener y a hacer funcionar en la plataforma continental “instalaciones y otros dispositivos” (no así de islas artificiales), sin llegar tampoco a definirlos, para la exploración y explotación de los recursos naturales.

111 Artículo 60.2 de la CNUDM.

112 PROELSS, A., “Article 60. Artificial islands, installations and structures in the exclusive economic zone”, en PROELSS, A. (Ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, *op. cit.*, p. 473. En el mismo sentido TSALTAS, G., BOURTZIS, T., RODOTHEATOS, G., “Artificial islands and structures as a means of safeguarding state sovereignty against sea level rise. A law of the sea perspective”, *op. cit.*, p. 10.

113 Artículo 60.7 de la CNUDM.

114 Artículo 60.3 de la CNUDM. IMO, *Guidelines and Standards for the Removal of Offshore Installations and Standards on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone*, IMO Res. A672(16), 19 de octubre de 1989, Anexo. La Convención sobre Plataforma Continental de 1958 exigía la retirada total de las instalaciones o dispositivos en desuso, si bien la práctica de los Estados no era muy respetuosa con tal

Por lo tanto, el estado ribereño puede construir en su propia ZEE una isla artificial, sin que la CNUDM haya limitado los usos que de la misma pueda realizarse, o puede autorizar a un tercero su construcción, lo que implica, consecuentemente, que los terceros Estados no pueden proceder a la instalación de islas artificiales en la ZEE de otro Estado sin su consentimiento. Esa fue precisamente la interpretación realizada por el tribunal arbitral en el asunto del Mar de China Meridional respecto de la actuación de este último Estado, pues concluyó, por ejemplo, que la isla artificial que China había construido en Mischief Reef, sobre lo que calificó como elevación en bajamar, había sido construida dentro de la ZEE filipina, vulnerando, por tanto, el derecho de Filipinas a autorizar la construcción de islas artificiales, fijado en el artículo 60 de la CNUDM¹¹⁵, así como toda una serie de disposiciones de la Convención vinculadas a la obligación de todos los Estados de preservar y proteger el medio y sus especies¹¹⁶.

El problema se plantea sobre todo cuando dos o más Estados reclaman concurrentemente la ZEE sobre una misma área del mar. En tal caso los Estados deben proceder a la delimitación marítima mediante acuerdo, y mientras la controversia se resuelve ninguno de ellos debería proceder a la realización de conductas o actividades que tiendan a agravarla, como ocurriría en el caso de que uno de ellos iniciara la construcción de una isla artificial sobre el espacio en disputa.

Por lo que se refiere a la construcción de instalaciones y estructuras en la ZEE y en la PC, se plantean al menos dos cuestiones: por un lado, con qué finalidad las puede construir el Estado ribereño –pues ya no se trata de espacios sobre los que ostenta soberanía plena–, y, por otro, si los terceros pueden establecer instalaciones y estructuras para fines que pudieran estar autorizados. Y es que la redacción del artículo 60 de la CNUDM ha dado lugar a distintas interpretaciones: en primer lugar, como ya se ha señalado, existe un acuerdo más o menos unánime en torno a la idea de que el Estado ribereño puede construir en su ZEE o en su PC una isla artificial, sea cual sea el fin para el que la misma se destine, pues, como decíamos, el artículo 60.1 a) no ha puesto límite alguno, a diferencia de lo que hace respecto de las instalaciones y estructuras que quedarían limitadas, podría decirse, a su finalidad estrictamente económica, según se desprende del artículo 60.1.b). Así lo interpretaron países como Italia¹¹⁷,

obligación, En ese sentido ver McDADE, P.V., “The Removal of Offshore Installations and Conflicting Treaty Obligations as a Result of the Emergence of the New Law of the Sea: A Case Study”, *San Diego Law Review*, Vol. 24, Núm. 3, 1987, pp. 645-688. Cfr. igualmente la bibliografía citada en NORDQUIST, M. H., *UN Convention on the Law of the Sea Commentary 1982*, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Brill Nijhoff, 2013, p. 586, nota 15.

115 Parágr. 1203 del Laudo.

116 En particular, el parágr. 993 del Laudo concluye: “The Tribunal further finds that China has, through its island-building activities at Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef (North), Johnson Reef, Hughes Reef, Subi Reef and Mischief Reef, breached Articles 192, 194(1), 194(5), 197, 123, and 206 of the Convention”.

117 “... the rights of the Coastal State to build and to authorize the construction, operation and the use of installations and structures in the exclusive economic zone and on the continental shelf is limited only to the categories of such installations and structures as listed in article 60 of the Convention”, disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec

Alemania¹¹⁸, Holanda¹¹⁹ o Gran Bretaña¹²⁰, en las declaraciones que formularon en el momento de manifestar su consentimiento en obligarse por la CNUDM. Por otro lado, se encontrarían quienes consideran que la construcción de instalaciones y estructuras corresponde en exclusiva al Estado ribereño, sea cual sea su finalidad o su uso, esto es, un régimen idéntico al de las islas artificiales. En esta línea se pronunciaron, por ejemplo, Brasil¹²¹ o Uruguay¹²² en las declaraciones que acompañaron a sendos instrumentos de ratificación de la Convención, o Trinidad y Tobago o Seychelles, según se desprende de su legislación interna, protestada en ambos casos por Estados Unidos¹²³.

La diferencia entre una y otra línea exegética tiene importantes implicaciones, pues, si bien según ambas interpretaciones las estructuras o instalaciones que tienen fines económicos – como las que tienen como propósito la generación de energía marina – como consecuencia del viento, las olas o las mareas, por ejemplo¹²⁴– solo pueden ser construidas por el Estado ribereño o por terceros, previa autorización por su parte, si la instalación o estructura tuviera fines distintos a los económicos, la respuesta sería distinta según cada una de las líneas interpretativas. La primera de ellas permitiría a los terceros Estados su construcción no así la segunda, pues defienden que la construcción de instalaciones y estructuras en ese espacio corresponde en exclusiva al ribereño.

118 “...Apart from artificial islands, the coastal State enjoys the right in the exclusive economic zone to authorize, construct, operate and use only those installations and structures which have economic purposes”, *Ibidem*.

119 “...The coastal state enjoys the right to authorize, operate and use installations and structures in the EEZ for economic purposes. Jurisdiction over the establishment and use of installations and structures is limited to the rules contained in article 56 paragraph 1, and is subject to the obligations contained in article 56 paragraph 2, article 58 and article 60 of the Convention”, *Ibidem*.

120 “The United Kingdom cannot accept any declaration or statement made or to be made in the future which is not in conformity with articles 309 and 310 of the Convention. Article 309 of the Convention prohibits reservations and exceptions (except those expressly permitted by other articles of the Convention). Under article 310 declarations and statements made by a State cannot exclude or modify the legal effect of the provisions of the Convention in their application to the State concerned. The United Kingdom considers that declarations and statements not in conformity with articles 309 and 310 include, *inter alia*, the following:... Those which are not in conformity with the provisions of the Convention relating to the exclusive economic zone or the continental shelf, including those which claim coastal state jurisdiction over all installations and structures in the exclusive economic zone or on the continental shelf, and those which purport to require consent for exercises or manoeuvres (including weapons exercises) in those areas”. *Ibidem*

121 “V. The Brazilian Government understands that, in accordance with the provisions of the Convention, the coastal State has, in the exclusive economic zone and on the continental shelf, the exclusive right to construct and to authorize and regulate the construction, operation and use of all types of installations and structures, without exception, whatever their nature or purpose”, *Ibidem*.

122 “This Convention does not empower any State to build, operate or utilize installations or structures in the exclusive economic zone of another State, neither those referred to in the Convention nor any other kind, without the consent of the coastal State”, *Ibidem*.

123 ROACH, J. A., SMITH, R.W., *Excessive Maritime Claims*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 (3ª Ed.), p. 175.

124 La tecnología ha evolucionado de forma que ahora son posibles los aerogeneradores marinos flotantes en la ZEE, incluso, por qué no, en alta mar, lo que sin duda menoscabará el derecho a la libertad de navegación de los buques y las aeronaves de terceros Estados en ambos espacios.

El laudo dictado por el tribunal arbitral en el asunto del Mar de China Meridional se acercó a las posiciones de quienes defienden que solo el Estado ribereño tiene derecho a construir islas artificiales, instalaciones y estructuras en su ZEE o PC, o bien terceros pero siempre con la autorización de este último: “These provisions speak for themselves. In combination, they endow the coastal State—which in this case is necessarily the Philippines—with exclusive decision-making and regulatory power over the construction and operation of artificial islands, and of installations and structures covered by Article 60(1), on Mischief Reef. Within its exclusive economic zone and continental shelf, only the Philippines, or another authorised State, may construct or operate such artificial islands, installations, or structures”¹²⁵. En la doctrina, Roach ha señalado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60.1 todas las islas artificiales en la ZEE o PC quedan sometidas a la jurisdicción exclusiva del Estado ribereño, sea cual sea su propósito o uso. Sin embargo, apunta que las instalaciones y las estructuras que no tienen un fin económico o cuyo uso no interfiera con el ejercicio de los derechos del Estado ribereño en la ZEE “are no subject to the exclusive jurisdiction of the coastal state”¹²⁶. En esta misma línea, Kraska ha defendido que “Foreign States, however, are not forbidden to construct installations and structures on a coastal State’s continental shelf per se. Only those installations and structures that are “for the [economic] purposes provided for in article 56” or that “interfere with the exercise of the rights of the coastal State” over its resources require coastal State consent (...). Only those military activities that rise to the level of or of sufficient are of such scale that they do not have “due regard” for the coastal state’s rights to living and non-living resources of the EEZ, and continental shelf are impermiss”¹²⁷. En sentido contrario, Tsaltas, Bourtzis y Rodotheatos defienden que “the construction of AIS on the EEZ and de CS is subject to prior authorization by the relevant coastal state”¹²⁸.

Dado que tanto la ZEE como la PC son áreas del mar caracterizadas por la libertad de navegación y sobre las que los Estados ribereños disfrutan de poderes limitados, es posible que queden espacios jurídicos que permitan a terceros construir instalaciones y estructuras con fines no cubiertos por los derechos que ostentan en ellos los Estados ribereños. Entre esos fines no se incluye la investigación científica marina pues, como es bien sabido, ni en la ZEE ni en la PC existe libertad para los terceros en ese ámbito, de modo que, cualquier estructura o instalación con tales fines debería ser el resultado de una autorización previa por parte del ribereño y de conformidad con las correspondientes disposiciones de la CNUDM¹²⁹. La duda se suscita

125 Parágr. 1035 del Laudo.

126 ROACH, J.A., “Artificial islands in the South China Sea: the legal regime and implications of the Award”, en JAYAKUMAR, S., KOH, T., BECKMAN, R., DAVENPORT, DT., PHAN, H.D., (Eds.), *The South China Sea Arbitration: The Legal Dimension*, NUS Center for International Law Series, 2018, pp. 205-220, en particular p. 208.

127 KRASKA, J., “Military Activities on the Continental Shelf”, disponible en <https://www.lawfaremedia.org/article/military-activities-continental-shelf>

128 TSALTAS, G., BOURTZIS, T., RODOTHEATOS, G., “Artificial islands and structures as a means of safeguarding state sovereignty against sea level rise. A law of the sea perspective”, *op. cit.*, p. 9.

129 No obstante, existen importantes discrepancias en torno al alcance de la competencia del Estado relativa a la investigación científico-marina, discrepancias, por ejemplo, entre Estados Unidos y China, y en la doctrina internacionalista. El debate se centra fundamentalmente en esclarecer si las labores de inteligencia militar entran o no dentro de la investigación científico marina. En palabras de ZANG, es difícil distinguir

en torno a la respuesta que habría de darse si la estructura o instalación tuviera fines distintos, muy particularmente, por razones obvias, si tuviera un fin militar, que es, esencialmente, el fin para el que China construyó una isla artificial sobre la elevación en bajamar de Mischief Reef, en la ZEE de Filipinas.

Lo cierto es que en el seno de la Conferencia Internacional que dio lugar a la CNUDM no se debatió formalmente sobre las actividades militares que pudieran realizarse en el mar y por tanto, tampoco sobre las posibles actividades militares que terceros Estados pudieran llevar a cabo en la zona económica exclusiva de otro, por lo que no hay una disposición que las autorice o prohíba de manera expresa¹³⁰. Es bien sabido, porque así se desprende del preámbulo de la CNUDM y también de varias de sus disposiciones, específicamente de la disposición general contenida en el artículo 301, que el mar debe ser usado con fines pacíficos. Así, el citado artículo, siguiendo un lenguaje muy similar al recogido en el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, señala que “Al ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones de conformidad con esta Convención, los Estados Partes se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de Naciones Unidas”¹³¹. Otras disposiciones se refieren igualmente al fin pacífico del mar, como el artículo 88, referido al altamar, o las que hacen referencia a los principios que deben regir en general la investigación científico marina (artículos 240 y 242.1), la investigación científica en la ZEE y PC (artículo 246.3) y en la ZIFMO (artículos 143.1, 147.2 d). Sin embargo, ello no significa en absoluto que esté prohibida toda actividad que tenga una connotación militar¹³². En este sentido, O’Brien ha afirmado de una manera ciertamente expansiva que “UNCLOS does not hamper conventional military activities where it amounts to the exercise of the sea power of a State. States are entitled to use the seas for military manoeuvres, for firing conventional weapons, for installing defence mechanisms and, of particular importance,

entre “marine survey, marine data collection and marine scientific research from perspective of the types and potential uses of collectable data”, ZANG, H., « Is It Safeguarding the Freedom of Navigation or Maritime Hegemony of the United States?: Comments on Raul (Pete) Pedrozo’s Article on Military Activities in the EEZ », *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, Nº 1, pp. 31-47, pp. 35 y ss.

130 PREZAS, I., “Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Remarks on the Applicability and Scope of the Reciprocal ‘Due Regard’ Duties of Coastal and Third States”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 34, 2019, pp. 97-116, en particular pp. 98-99.

131 Como ha señalado Guilfoyle, si bien está generalmente admitida la realización de maniobras militares en alta mar –no así los ensayos con armas nucleares–, su realización en zona económica exclusiva es otra cuestión, cuestión que la CNUDM no termina de dejar clara. En este sentido, apunta que Estados como Bangladesh, Brasil, Cabo Verde, India, Malasia, Pakistán y Uruguay han afirmado en declaraciones realizadas tras la ratificación de la CNUDM que se requiere el permiso del Estado ribereño para llevar a cabo maniobras militares en la ZEE de otro Estado, opinión discutida por Estados como Francia, Italia, Países Bajos y Reino Unido, así como por Alemania y Estados Unidos. Cfr. GUILFOYLE, “Article 88: Reservation of the sea for peaceful purposes”, *op. cit.*, pp. 682-686.

132 HEINTSCHEL VON HEINEGG recuerda lo que la propia CIJ concluyó en el asunto Nicaragua c. Estados Unidos (fondo) cuando advirtió que las maniobras militares que Estados Unidos realizó cerca de las aguas nicaragüenses no constituyeron una violación del 2.4 de la Carta, HEINTSCHEL VON HEINEGG, W., “Military Activities in the Exclusive Economic Zone”, *Revue Belge de Droit International*, 2014/1, pp. 45-64, p. 55.

for the navigation of naval fleets, including submarines”¹³³. De todo cuanto menciona, nuestro interés en este lugar consiste en esclarecer si un Estado puede construir una estructura o instalación con fines militares en la ZEE de otro Estado, dejando a un lado en este trabajo, por tanto, todo lo que se refiere a otro tipo de actividades militares en el mar¹³⁴.

La posición de los Estados –también de la doctrina– oscila entre dos extremos maximalistas, representados por Estados Unidos y China. Así, Estados Unidos entiende que la naturaleza de la ZEE es funcional, y que por tanto su propósito consiste en garantizar a los Estados ribereños el pleno control sobre los recursos adyacentes a sus costas; desde ese punto de vista, la idea defendida por un grupo de Estados, en el sentido de expandir la autoridad del ribereño a los “derechos residuales” en la ZEE, fue claramente rechazada en el seno de la Conferencia internacional¹³⁵. Sobre la base de tal razonamiento, Estados Unidos defiende que terceros Estados pueden realizar actividades militares en la ZEE de otro sin su consentimiento e incluso sin previo aviso, pues sería la manifestación de otros usos del mar relacionados con las libertades de navegación y sobrevuelo, aplicables en alta mar y a cuyo régimen se remite el párrafo 2º del artículo 58¹³⁶. En el otro extremo, China defiende la existencia de tales derechos residuales en favor del Estado ribereño¹³⁷, esto es, derechos no expresamente regulados en la Convención, lo que le lleva a considerar que está permitida la imposición de restricciones a actividades de terceros, exigiendo notificación e incluso consentimiento previo para todo tipo de actividades en su ZEE¹³⁸.

133 O'BRIEN, “Article 103: Peaceful uses of the seas”, en PROELSS, A. (Ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2017, pp. 1943-1947, en particular p. 1946. Sobre la utilización de la ZEE con fines militares, GALDORISI, G.V., KAUFMAN, A.G., “Military activities in the Exclusive Economic Zone: Preventing uncertainty and defusing conflict”, *California Western International Law Journal*, Vol. 32, 2002, pp. 253 y ss.

134 Para ver ese otro tipo de actividades PEDROZO, R., “Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus”, *op. cit.*, pp. 512-543; PEDROZO, R., “Military Activities in the Exclusive Economic Zone”, *International Law Studies*, Vol. 97, 2021, pp. 45-52.

135 Esta misma posición mantuvo Italia, tal y como quedó reflejado en la declaración realizada en el momento de manifestar el consentimiento en obligarse por el tratado: “according to the Convention, the Coastal State does not enjoy residual rights in the exclusive economic zone. In particular, the rights and jurisdiction of the Coastal State in such zone do not include the right to obtain notification of military exercises or manoeuvres or to authorize them”. disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec. En el mismo sentido, las declaraciones realizadas en el momento de consentir por parte de Alemania, Países Bajos y Gran Bretaña.

136 Negando que las actividades militares estén amparadas en la libertad de navegación y sobrevuelo, ZANG, H., « Is It Safeguarding the Freedom of Navigation or Maritime Hegemony of the United States?: Comments on Raul (Pete) Pedrozo’s Article on Military Activities in the EEZ », *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, N° 1, pp. 31-47.

137 En esa misma línea se encuentran otros Estados como Cabo Verde o Uruguay, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec

138 PREZAS, I., “Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Remarks on the Applicability and Scope of the Reciprocal ‘Due Regard’ Duties of Coastal and Third States”, *op. cit.*, pp. 99 y 101. ZANG, H., « Is It Safeguarding the Freedom of Navigation or Maritime Hegemony of the United States?: Comments on Raul (Pete) Pedrozo’s Article on Military Activities in the EEZ », *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, N° 1, pp. 31-47.

Frente a posiciones quizás extremas como las mencionadas, probablemente haya que buscar un punto intermedio. Así permite deducirlo el laudo dictado por el tribunal arbitral en 2015 en el caso *Chagos Marine Protected Area Arbitration* cuando interpretó el significado que ha de dársele a la expresión obligación del Estado ribereño de “tener debidamente en cuenta” los derechos y los deberes de los demás Estados en su ZEE, en ese caso interpretado respecto de las actividades de investigación científico marina (artículo 56.2 CNUDM)¹³⁹. En tal caso concluyó que tener debidamente en cuenta implica, por lo menos, “both consultation and a balancing exercise with its own rights and interests”¹⁴⁰. Ese mismo sentido podría dársele a la obligación contenida en el artículo 58.3 del mismo tratado, cuando señala que, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, los terceros Estados “tendrán debidamente en cuenta” los derechos y deberes del Estado ribereño en su ZEE.

A nuestro modo de ver, si partimos de la base que ha sido una práctica habitual de los Estados la realización de maniobras, de ejercicios o prácticas con armas, de vigilancia e investigación para la obtención de información más allá de las 12 millas marinas, lo que no parece sensato es entender que todo ello convenga que se realice sin siquiera llegar a notificar al Estado ribereño que van a tener lugar al menos algunas de tales actividades, como las maniobras militares, pues es evidente que ello puede poner en peligro la seguridad de los buques que puedan estar realizando actividades de pesca o simplemente que puedan navegar simultáneamente por ese espacio. Pero si de lo que estamos hablando en nuestro caso es de la colocación de una instalación o estructura con fines militares en la ZEE de otro Estado, quizás quepa aplicar en esta circunstancia lo dispuesto en el artículo 59 de la CNUDM¹⁴¹ cuando señala que en los casos en los que el Tratado “no atribuya derechos o jurisdicción al Estado ribereño o a otros Estados en la zona económica exclusiva” y surja un conflicto entre los intereses del Estado ribereño y los de cualquier otro Estado “el conflicto debería ser resuelto sobre la base de equidad y a la luz de todas las circunstancias pertinentes, teniendo en cuenta la importancia respectiva que revistan los intereses de que se trate para las partes, así como para la comunidad internacional en su conjunto”¹⁴².

Tomando en consideración esos criterios nuestra opinión se acerca más a la de quienes defienden que los terceros Estados no tienen libertad para la construcción de estructuras e instalaciones en la ZEE de otro con fines militares, pues casi con total seguridad tales instalaciones interferirán en el ejercicio de los derechos del Estado ribereño, ya sea en su ZEE o en su PC,

139 BEAUCILLON, CH., “Limitating the States’ Military Activities in the EEZ: ‘Due Regard Obligations’ and the Law on the Use of Force Applied to Nuclear Weapons”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 34 (2019) pp. 128-143.

140 *The Republic of Mauritius and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, Award of 18 march 2015, parágr. 534, disponible en <https://files.pca-cpa.org/pcadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>

141 YEE, S., “Military Activities in the EEZ. Moving the Debate to Article 59 of the UNCLOS”, en *Towards an international law of coprogresiveness, Part II: Membership, Leadership and responsibilities*, Vol. 2, pp. 179-186.

142 Sobre esta cuestión PROELSS, A., “Article 60. Artificial islands, installations and structures in the exclusive economic zone”, *op. cit.*, p. 472. Negando la aplicabilidad del artículo 59, HEINTSCHEL VON HEINEGG, W., “Military Activities in the Exclusive Economic Zone”, *Revue Belge de Droit International*, 2014/1, pp. 45-64, p. 58.

pues podría afectar a la preservación del medio y sus especies, así como a la seguridad del Estado ribereño y con ella a la paz y la seguridad internacionales en su conjunto. Por ello, a nuestro juicio, tales instalaciones no podrían construirse sino después de realizar las correspondientes consultas con el Estado ribereño, referidas, por ejemplo, al lugar exacto en el que la instalación o estructura vaya a ser colocada, dimensiones, e incluso finalidades específicas, debiendo llegar a un acuerdo basado, como señaló el tribunal arbitral, en la ponderación de los derechos e intereses de las partes¹⁴³.

C. EN ALTA MAR Y EN ZONA INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS Y OCEÁNICOS

El artículo 87 de la CNUDM, que lleva por título “Libertad de la alta mar”, se refiere al régimen de libertades bien conocido, que incluye, “entre otras” –listado no exhaustivo, por tanto–: libertad de navegación, de sobrevuelo, de tendido de cables y tuberías submarinos, libertad de pesca así como –y es esto lo que nos interesa–, “Libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el derecho internacional, con sujeción a las disposiciones de la Parte VI”¹⁴⁴. El ejercicio de tales libertades se realizará, según dispone el artículo 87.2 de la CNUDM, teniendo debidamente en cuenta los intereses de otros Estados¹⁴⁵, así como los demás derechos previstos en la Convención para la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos (ZIFMO)¹⁴⁶. En todo caso, hay que partir de dos ideas: por un lado, el alta mar será utilizada siempre con fines pacíficos (artículo 88 de la CNUDM), por lo que cualquier

143 En este sentido MAGGIO, “Article 80. Artificial islands, installations and structures on the continental shelf”, en PROELSS, A. (Ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary, op. cit.*, pp. 628-633, en particular p. 633; PREZAS, I., “Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Remarks on the Applicability and Scope of the Reciprocal ‘Due Regard’ Duties of Coastal and Third States”, *op. cit.*, p. 106.

144 La Convención sobre el Alta mar de 1958 recogía en su artículo 2 el régimen de libertades al que ésta quedaba sometida, sin que se incluyera referencia alguna al derecho a crear instalaciones, estructuras e islas artificiales, aunque se decía genéricamente “estas libertades, y otras reconocidas por los principios generales del derecho internacional, serán ejercidas por todos los Estados con la debida consideración para con los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de alta mar”. Es dudoso que 1958 se considerara la construcción de instalaciones, estructuras o islas artificiales como una libertad reconocida por los principios generales del derecho internacional. De hecho, cuando Guilfoyle aborda esta cuestión menciona la libertad de investigación científica como una libertad reconocida por el derecho internacional, aún cuando no apareciera en la Convención sobre alta mar de 1958, pero no dice lo mismo de la libertad de crear construcciones como las analizadas. GUILFOYLE, “Article 88: Reservation of the sea for peaceful purposes”, *op. cit.*, p. 680.

145 Por ejemplo, la colocación de plantas nucleares podría poner en peligro el medio marino y sus especies. Sobre el particular, BLAKE, M.,J., “Floating Nuclear Plants. A Reasonable Use of the High Seas?”, *California Western International Law Journal*, Vol. 8, num. 2, 1978, pp. 191-227.

146 Para ver un estudio sobre la ZIFMO en perspectiva histórica, cfr. SOBRINO HEREDIA, J.M., “El régimen jurídico de la explotación de los fondos marinos y oceánicos y los intereses de España”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1999, Nº 3, pp. 609-634. Para ver un trabajo reciente: ALDAZ CASANOVA, A.M., “Protección medioambiental de la Zona Internacional de los Fondos Marinos en su consideración como Patrimonio Común de la Humanidad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 76-1 (2024), pp. 23-44.

instalación, estructura o isla artificial, deberá construirse bajo esa premisa; por otro lado, ningún Estado puede pretender legítimamente someter cualquier parte del alta mar a su soberanía (artículo 89 de la CNUDM).

En este sentido, y haciendo una lectura literal de la disposición, podría afirmarse que un Estado puede construir libremente una estructura o instalación, incluso una isla artificial, sin que los fines, en principio, estén limitados. No obstante, tal libertad no es en modo alguno absoluta. Para comenzar, porque existe una obligación general recogida en el artículo 192 de la Convención según la cual los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino, y, evidentemente, construcciones como las que estamos tratando conllevan graves perjuicios para el mar por lo que cualquier acción de esta naturaleza debería ser llevada a cabo condicionando toda intervención al cumplimiento de la obligación. Ahondando más en ello, si cualquiera de tales construcciones tuviera como finalidad, por ejemplo, la explotación de los recursos pesqueros existentes en la zona, el Estado en cuestión tendría la obligación de cooperar con los demás Estados con el fin de conservar el medio y sus especies, por lo que, como señalaba, tal libertad se podría ver limitada. En el caso de que se procediera a la construcción de una instalación o estructura con el fin de explorar y explotar¹⁴⁷ los recursos existentes en la ZIFMO, es bien sabido que será necesaria la celebración previa de un contrato con la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos¹⁴⁸. Igualmente, si cualquiera de tales construcciones tuviera fines militares, la libertad no sería total puesto que, como se ha dicho, la Convención recoge la obligación de utilizar el mar con fines pacíficos, por lo que consideramos un contrasentido que un Estado pudiera construir una instalación, estructura o isla artificial de carácter permanente en altamar¹⁴⁹, por ejemplo, para colocar estratégicamente arsenales militares desde los que poder amenazar con llevar a cabo acciones armadas contra terceros. El alta mar, un espacio no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, y la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos, patrimonio común de la Humanidad, deberían estar libres de construcciones que pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales.

147 Si bien la AIFM ya aprobó los Reglamentos en relación con la exploración de los nódulos polimetálicos (aprobado en 2000 y enmendado sustancialmente en 2014), de los sulfuros polimetálicos (2010) y de las costras de ferromanganeso (2012), aún queda por aprobar el Reglamento de explotación de minerales en los fondos marinos. Precisamente, en estos momentos la AIFM está debatiendo un texto consolidado del Proyecto de Reglamento de explotación de minerales de los fondos marinos (*Cfr. Draft regulations on exploitation of mineral resources in the Area*, ISBA/29/C/CRP.1, 16 de febrero de 2024). Y es que las actividades mineras en las profundidades de mares y océanos constituyen un verdadero desafío, pues es muy probable que la explotación de estos pueda afectar al medio en términos de contaminación, de pérdida de biodiversidad, que traigan consigo la acidificación del agua o el aumento de la temperatura del agua, por ejemplo, por lo que puede resultar prácticamente imposible que la explotación se realice de manera sostenible.

148 Para ver el estado de los contratos de exploración celebrados hasta el momento cfr. <https://www.isa.org/jm/exploration-contracts/>

149 Compartimos la opinión de Samie cuando señaló que una cosa es llevar a cabo ejercicios militares, por ejemplo, de carácter temporal, y otra bien distinta es construir estructuras, instalaciones o incluso islas artificiales de carácter permanente con fines militares. SAMIE, N., “Fixed offshore installations. A new rule of customary International law”, *op. cit.*, p. 523.

IV. CONCLUSIONES FINALES

El medio marino tiene un valor económico y geoestratégico de primera magnitud. Buena prueba de ello es el interés de los Estados por hacerse con las más vastas extensiones del mar a las que la CNUDM les daría acceso. No obstante, algunas disposiciones de la Convención, poco estudiadas hasta hace tan solo un par de lustros, constituyen una fuente de controversia, particularmente en algunas áreas del mar, como es el caso del Mar de China Meridional, donde el gigante asiático viene llevando a cabo una política que hemos denominado expansionista, valiéndose para ello de las posibilidades que ofrecen, por un lado, el artículo 121 de la CNUDM, y por otra, el entramado de disposiciones que se refieren al derecho de los Estados a construir instalaciones, estructuras e islas artificiales en distintos espacios marítimos y con distintos fines. El estudio conjunto de todas esas disposiciones nos ha permitido llegar a algunas conclusiones generales, más allá del caso concreto, sobre las nociones objeto de análisis:

1. Las elevaciones en bajamar –extensión natural de tierra, rodeada de agua y que se encuentra sobre el nivel del mar solo cuando baja la marea– no forman parte del territorio terrestre sino que forman parte de la masa de tierra sumergida del Estado, por lo que tienen el mismo estatuto que espacio marítimo subacuático en el que se encuentran, no siendo susceptibles de apropiación ni por el Estado ribereño, ni mucho menos por terceros Estados.

Las elevaciones en bajamar carecen de espacios propios y cualquier intervención humana que sobre las mismas pueda llevarse a cabo –construyendo sobre ellas estructuras, instalaciones o islas artificiales–, y que solo el Estado que ejerce su soberanía o jurisdicción sobre el espacio en el que se encuentran podría realizar, no alteraría tal situación, más allá de garantizar un máximo de 500 metros de seguridad a su alrededor.

2. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel del mar de manera permanente, siempre que reúna una de estas dos características: tener capacidad para la habitación humana o tener vida económica propia. En tal caso, tendrá derecho a los mismos espacios que el territorio continental. No obstante, ni la habitación humana requiere un elevado número de habitantes ni siquiera que estos permanezcan obligatoriamente en la isla de manera permanente, ni en unas condiciones de vida determinadas que a nadie se le exigen; tampoco la noción de “vida económica propia” debe entenderse en los restrictivos términos fijados en el laudo arbitral dictado en el asunto del Mar de China Meridional, pues la interdependencia económica es una señal de identidad de la economía del siglo XXI. Ni la composición geológica ni el tamaño predeterminan el estatuto de una formación marina, si bien es cierto que muy probablemente una isla de un tamaño exiguo no pueda reunir ninguno de los atributos anteriormente referidos.

Una isla sobre la que se interviene mediante la realización de obras de ingeniería con el fin de lograr su supervivencia frente a los efectos adversos derivados del cambio climático, no pierde el estatuto de isla natural ni el derecho a los espacios marítimos que le son propios. Ni los pierde ni tampoco los ve ampliados, pues cualquier medición debería realizarse partiendo de la formación marina original, naturalmente considerada.

3. Una roca es una isla que carece de los atributos de habitabilidad y de vida económica propia, por lo que no posee zona económica exclusiva ni plataforma continental, pero sí disfrutaría

de mar territorial. De conformidad con las conclusiones del Tribunal arbitral en el asunto del Mar de China Meridional, la intervención humana sobre las rocas, con el propósito de hacerlas habitables o de convertirlas en espacios con vida económica propia, de forma artificial, no modificaría su estatuto original y por tanto, no verían ampliados sus derechos marítimos. De este modo, se desincentiva la intervención de los Estados sobre tales formaciones marinas, evitando así que éstos copen cada vez más áreas del mar. Sin embargo, la práctica estatal, sin ser definitiva, apunta hacia una interpretación menos rigurosa, por lo que habrá que ver que ver hasta que punto el Laudo mencionado sienta jurisprudencia.

4. Al margen de cualquier interacción con las formaciones marinas naturales, los Estados tienen libertad para la construcción de instalaciones y estructuras en sus aguas interiores, en su mar territorial y en sus aguas archipelágicas. También pueden crear tales instalaciones y estructuras en su zona económica exclusiva y en su plataforma continental, al menos si las mismas tienen fines económicos. La creación de tales instalaciones y estructuras para la explotación de los recursos minerales y energéticos es ya moneda común, como lo es también ya su establecimiento para el aprovechamiento de la energía renovable marina, ya se trate de la energía fotovoltaica, la eólica marina, o la energía oceánica generada por las mareas y por las olas.

Si los fines para los que se crearan instalaciones y estructuras no fueran económicos sino de otro tipo, particularmente si el fin fuera militar, se acrecientan las dudas sobre la exclusividad del ribereño para llevar adelante tales construcciones, pero lo que parece evidente también es que los terceros Estados carecen de libertad para establecer infraestructuras de ese tipo sin contar con el Estado ribereño, con quien al menos deberán celebrar consultas con el fin de acordar el lugar exacto en el que la instalación o estructura va a ser ubicada, sus dimensiones, e incluso sus finalidades concretas, todo ello con el fin de ponderar los derechos y los intereses de las partes.

5. Los Estados ostentan también el derecho a construir islas artificiales, sea cual sea el fin para el que se creen, tanto en sus aguas interiores, como en su mar territorial, al igual que en la zona económica exclusiva y en su plataforma continental, quedando, por tanto, excluida la posibilidad de que los terceros establezcan islas artificiales en esos espacios, salvo que obtengan previamente la autorización del Estado ribereño.

En alta mar, sin embargo, cualquier Estado disfruta de la libertad de crear instalaciones y estructuras, incluso islas artificiales, dicho lo cual debe tenerse presente que los derechos y libertades reconocidos en la CNUDM a los que nos acabamos de referir se encuentran limitados por la obligación de utilizar el mar con fines pacíficos, lo que limitaría seriamente el establecimiento de tales construcciones con fines militares fuera del territorio soberano de cada Estado, es decir, más allá de su mar territorial, pues estarían en juego, nada más y nada menos que la paz y la seguridad internacionales.

6. El impacto que tanto las instalaciones, estructuras como islas artificiales suponen para el medio marino y para la biodiversidad, sea cual sea la zona en la que se establezcan, exigen estudios rigurosos y detenidos antes de llevar adelante proyectos de esa naturaleza, si se quiere evitar una degradación aún mayor de mares y océanos, así como la violación de la obligación general de preservar el medio y sus especies.

