



## El régimen jurídico de las islas en el derecho internacional: una interpretación del artículo 121 de la CONVEMAR

### The legal status of islands in international law: an interpretation of article 121 of UNCLOS

Francisco Lertora Pinto<sup>1</sup>  <https://orcid.org/0000-0001-8528-6930>

<sup>1</sup>Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Asistente en la Cátedra de Derecho Internacional Público, Santiago, Chile. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Advanced Master in International Law de la Université Catholique de Louvain, Bélgica.

 franciscolertora@gmail.com



#### Resumen:

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, estableció en el artículo 121 el régimen jurídico de las islas. Los párrafos 1 y 2 del artículo 121 son parte del derecho internacional consuetudinario, debido a que reiteran lo dicho por la Convención de Ginebra de 1958 sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, pero el párrafo 3 del artículo 121 introdujo una nueva diferenciación entre islas y rocas. Acorde al párrafo 3, las rocas no producirán todos los espacios marítimos, con la excepción del mar territorial y la zona contigua. Ello, implica una restricción a los Estados con territorios insulares en la extensión de sus reclamaciones de espacios marítimos, incluyendo la zona económica exclusiva, la plataforma continental y la plataforma continental extendida. Este artículo, busca analizar el artículo 121, en especial la diferencia entre islas y rocas, el aporte de la jurisprudencia en la materia y sus implicancias en el derecho internacional.

**Palabras clave:** entidades internacionales; privilegios internacionales; principios de derecho internacional; resolución de conflictos.

#### Abstract:

The United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 established in Article 121 the legal status of islands. Article 121, paragraphs 1 and 2, are part of customary international law because it repeats the provisions of the Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone of 1958, but paragraph 3 of Article 121 introduced a new differentiation between islands and rocks. According to paragraph 3, the rocks do not produce full maritime spaces, with the exception of the territorial sea and the contiguous zone. Therefore, this implies a restriction to States with island territories in the extension of their claims for maritime spaces, including the exclusive economic zone, the continental shelf and the extended continental shelf. The purpose of this paper is to analyze Article 121, especially the difference between islands and rocks, the contribution of the jurisprudence on the matter and its implications in international law.

**Keywords:** international organizations; international privileges; principles of international law; conflict resolution.

Fecha de recepción: 30 de junio de 2020 | Fecha de aceptación: 20 de enero de 2021

## Introducción

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982) (CONVEMAR), en gran parte codificó el derecho internacional del mar ya existente en esa época, pero en otros ámbitos no sólo cristalizó normas de derecho internacional consuetudinarias, sino que también generó nuevas normas, muchas de las cuales reflejan la transacción a la cual se tuvo que llegar en ciertas materias del derecho internacional del mar.

En el derecho internacional del mar rige el principio de que la tierra domina al mar, ello fue ya reconocido en el año 1909 por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) en el caso de *Grisbadarna*, donde en su sentencia, el Tribunal Arbitral señaló que:

Whereas it is much more in accord with the ideas of the 17th century and with the concepts of law prevailing at that time if we admit that the automatic division of the territory in question ought to have been made according to the general direction of the land territory of which the maritime territory constituted an appurtenance ... (The *Grisbådarna* Case (Norway v. Sweden), 1909, p. 5)

Fallo que ha sido reiterado en varias ocasiones por otros tribunales internacionales, incluyendo la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso de *North sea continental shelf*, la CIJ expresó que:

The doctrine of the continental shelf is a recent instance of encroachment on maritime expanses which, during the greater part of history, appertained to no-one. The contiguous zone and the continental shelf are in this respect concepts of the same kind. In both instances the principle is applied that the land dominates the sea; it is consequently necessary to examine closely the geographical configuration of the coastlines of the countries whose continental shelves are to be delimited (Corte Internacional de Justicia, 1969, párr. 96).

Y en el caso *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, entre otros. Sobre el caso de *Aegean*. la Corte señaló que:

As the Court explained in the above-mentioned cases, the continental shelf is a legal concept in which "the principle is applied that the land dominates the sea" (I. C.J. Reports 1969, p. 5 1, para. 96); and it is solely by virtue of the coastal State's sovereignty over the land that rights of exploration and exploitation in the continental shelf can attach to it, ipso jure, under international law. (Corte Internacional de Justicia, 1978, párr. 86)

Por tanto, cuando un Estado tiene soberanía sobre un territorio, desplegará sus derechos en los espacios marítimos circundantes reconocidos por el derecho internacional.

Lo anterior, no sólo ocurre tratándose de territorios continentales, sino que también de carácter insular. Ello implica que las islas también generen espacios marítimos en favor

del Estado que tiene soberanía sobre dicha isla, siguiendo el principio ya señalado de que la tierra domina al mar.

Sin embargo, el artículo 121, fruto de una compleja transacción entre los Estados que negociaron el texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, ha introducido en el párrafo 3 una restricción en la generación de espacios marítimos a las formaciones que sean calificadas como rocas, las cuales, no generarán todos los espacios marítimos en favor del Estado costero. Esta "innovación" de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar plantea serios desafíos en relación a la interpretación del artículo 121, en especial, en saber qué islas son rocas o qué rocas son islas.

## 1. Régimen jurídico de las islas a la luz de la convención de las naciones unidas sobre el derecho del mar

El régimen jurídico de las islas está regulado en la Parte VIII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativa al Régimen de las Islas. Dicho título contiene solamente un artículo, el 121, que tiene la siguiente redacción:

1. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar.
2. Salvo lo dispuesto en el párrafo 3, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres.
3. Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental. (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar [CONVEMAR], 1982, art. 121)

Para efectos de llevar a cabo la interpretación de este artículo, habrá que aplicar la regla general de interpretación consagrada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), la cual señala que: "**Regla general de interpretación.** I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (art. 31, no. 1).

La CONVEMAR (1982, art. 121, no. 1) recoge de manera idéntica la definición de islas que se encuentra en la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (1958, art. 10). La definición de isla establece con claridad que los únicos requisitos para que una elevación se considere isla es que sea una extensión de carácter natural, rodeada de agua y que se encuentre sobre el nivel del mar en pleamar.

El hecho de que sea una extensión natural de tierra tiene por propósito evitar calificar como islas construcciones artificiales que crean los Estados en el mar. Dicha artificialidad, dice relación con la elevación misma y no con otras estructuras que se puedan generar en la isla. Un caso emblemático es el de la isla Okinotorishima, la cual, si bien era una pequeña formación natural, las continuas intervenciones por parte de Japón la han transformado por completo, llegando a pensar algunos autores que si incluso alguna vez pudo haber originado mar territorial y zona contigua por tratarse de una roca, hoy en día su carácter artificial, sumado a que probablemente si no fuese por la intervención humana el islote habría desaparecido por la erosión del mar, debiesen llevar a pensar que ya ni siquiera puede ser considerado una roca, sino una isla artificial. No obstante, es una materia de debate y Japón ha presentado información ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental para una plataforma continental extendida de dicha formación, lo cual fue objetado por China y la República de Corea, alegando que es una roca. Ver: Song (2009, pp. 145-176).

Que se encuentre rodeada de agua es una característica obvia, ya que de no ser así, entonces nos encontraríamos con un accidente geográfico de otro tipo, tal como un istmo, península u otro.

El hecho de que se señale que las islas deben estar sobre el nivel del mar en pleamar se relaciona con la utilización de elevaciones similares a las islas que emergen en la bajamar pero que se encuentran bajo la pleamar y que sirven para el establecimiento de las líneas de base.

La CONVEMAR (1982) establece que:

1. Una elevación que emerge en bajamar es 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. Cuando una elevación que emerge en bajamar esté total o parcialmente a una distancia del continente o de una isla que no exceda de la anchura del mar territorial, la línea de bajamar de esta elevación podrá ser utilizada como línea de base para medir la anchura del mar territorial.
2. Cuando una elevación que emerge en bajamar esté situada en su totalidad a una distancia del continente o de una isla que exceda de la anchura del mar territorial, no tendrá mar territorial propio. (art. 13)

La misma definición se puede encontrar en la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (1958, art. 11). No obstante, el art. 13, no. 2, encuentra una excepción en el art. 7, no. 4, el cual señala que:

Las líneas de base rectas no se trazarán hacia ni desde elevaciones que emerjan en bajamar, a menos que se hayan construido sobre ellas faros o instalaciones análogas que se encuentren constantemente sobre el nivel del agua, o que el trazado de líneas de ba-

se hacia o desde elevaciones que emerjan en bajamar haya sido objeto de un reconocimiento internacional general. (CONVEMAR, 1982, art. 7, no. 4)

El no. 2 del artículo 121 de la CONVEMAR (1982) señala que todas las islas, con excepción de las del no. 3, generarán todos los espacios marítimos.

La CONVEMAR (1982, art. 121, no. 3), por su parte, establece que las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental, por lo que sólo generarán mar territorial y zona contigua, lo que implica una restricción en la jurisdicción del Estado ribereño en sus espacios marítimos, pudiendo sólo extender su jurisdicción hasta las 24 millas marítimas.

La redacción de los párrafos 1 y 3 de la CONVEMAR (1982) parece ser contradictoria. Por una parte, se señala que una isla es una formación natural de tierra rodeada de agua; y por otra, que las rocas no aptas para la vida humana o para la vida económica propia no producirán Zona Económica Exclusiva (ZEE) y plataforma continental, por lo que las rocas “aptas” pasarían a considerarse islas. El hecho de ser considerada como isla y no como roca tiene importancia para determinar si dicha elevación en el mar generará o no todos los espacios marítimos reconocidos por el derecho internacional a los Estados ribereños.

Además, el hecho que las rocas sean consideradas islas en la lógica del artículo 121 podría tener implicancias en relación a la carga de la prueba. Ello, porque si toda característica en el mar se entiende como isla, implica una presunción legal en favor de su calidad de isla y no de roca. Luego, será quien alegue que la isla no posee las capacidades para la vida humana o la vida económica propia quien tendrá que probar aquello. En cambio, si las islas fuesen consideradas como rocas, supondría la presunción en contrario<sup>1</sup>. Desde nuestro punto de vista, si un Estado considera que una característica en el mar bajo su soberanía es una isla, tendrá una presunción legal a su favor, y tendrá que ser un tercero quien demuestre que no cumple con alguno de los requisitos de la CONVEMAR (1982, art. 121, no. 3).

### 1.1. Análisis del Artículo 121, no. 3

El no. 3 del artículo 121 de la CONVEMAR (1982) es el resultado de un complejo proceso de negociación, en donde algunos Estados, no con menos intereses de los que defendían que

---

<sup>1</sup> Se podría entender como una relación entre las rocas e islas de género a especie. No obstante, de la redacción del artículo 121 eso no es del todo claro. Ello porque si se establece que todas las islas son rocas, pero no todas las rocas son islas, se entendería que las rocas son islas sólo una vez que cumplen con los requisitos del párrafo 3, lo cual supondría que las características en el mar no tienen *a priori* ZEE y plataforma continental y sólo una vez que reúnen ambos requisitos pueden poseer todos los espacios marítimos. Dicha interpretación no parece ser la correcta toda vez que los requisitos del párrafo 3 son alternativos por lo que se debe interpretar de una manera positiva, es decir, que las características en el mar tienen todos los espacios marítimos si poseen uno de los dos requisitos del párrafo 3.

cualquier formación produjese todos los espacios marítimos, consideraban que pequeñas formaciones rocosas en medio del mar no debían generar ningún tipo de espacio marítimo. No obstante, llama la atención que tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional, en repetidas ocasiones han señalado que toda característica en el mar tiene derecho a un mar territorial, acorde al derecho internacional consuetudinario, por lo que cuando se habla de formaciones “enclavadas”, se entiende que dicho enclavamiento es con un mar territorial de 12 millas marítimas. Al respecto, la CIJ en el caso entre Nicaragua v. Colombia señaló que:

That entitlement to a territorial sea is the same as that of any other land territory. Whatever the position might have been in the past, international law today sets the breadth of the territorial sea which the coastal State has the right to establish at 12 nautical miles. (Corte Internacional de Justicia [CIJ], 2012, párr. 177)

Esta idea de que pequeñas islas, o *pinhead*, debiesen tener espacios marítimos restringidos, fue ampliamente debatido en el marco de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Allí, dos bandos se enfrentaron: los que abogaban por que toda elevación en el mar generara todos los espacios marítimos (Reino Unido; Venezuela; Japón; entre otros); y los que consideraban que estas pequeñas islas no debían generar ningún tipo de espacio marítimo (Rumania; Turquía; Dinamarca; entre otros).

A la luz de diferentes hechos, uno puede pensar que las posiciones de los Estados se relacionaban más bien con cuestiones relativas a delimitaciones marítimas pendientes, que con cautelar otro tipo de intereses, ya sea propios o de la humanidad en su conjunto.

Al respecto, la posición de Rumania, por ejemplo, se relacionaba claramente con la Isla *Serpent*, la cual pertenece a Ucrania y que podría haber generado un efecto en la delimitación marítima entre ambos Estados, que a la fecha de la Tercera Conferencia se encontraba pendiente de delimitación. Asimismo, Venezuela abogaba por que cualquier tipo de formación produjese todos los espacios marítimos, lo cual se relacionaba con sus intereses sobre la isla *Avena* y la delimitación marítima pendiente con Holanda, Francia y Estados Unidos. Por ello, resultará interesante revisar la jurisprudencia en materia de delimitación marítima y como ésta se relaciona con el tema del régimen jurídico de las islas.

Por otra parte, el artículo 121 no. 3 no definió lo que se entiende por roca, palabra que no es mencionada en ninguna otra parte de la CONVEMAR (1982). En principio, hemos dicho que las rocas son islas, y que se diferencian de éstas en que las rocas no generan espacios marítimos, salvo mar territorial y zona contigua. Pero también, algunos autores han discutido la diferente composición geológica de las rocas, así como el tamaño de éstas.

Las rocas son definidas por el *Diccionario de la lengua española* como: "Peñasco que se levanta en la tierra o en el mar" (Real Academia Española, 2014, definición 2). Por su parte, el Oxford English Dictionary define roca como: "a mass of rock standing above the earth's surface or in the sea" (Oxford University Press, s.f., definición 2). El Cambridge Dictionary las define como: "the dry solid part of the earth's surface, or any large piece of this that sticks up out of the ground or the sea" (Cambridge University Press, s.f., definición 1). Finalmente, el Dictionnaire de l'Académie française define roca como: "Masse de matière minérale qui se détache en blocs plus ou moins importants de la surface du sol ou des fonds marins" (Académie française, 2017, definición 1)

Al respecto, el hecho de que la CONVEMAR diferencie las islas de las rocas, podría ser indicativo de que existen diferencias entre ambos conceptos, ya que si fuesen lo mismo, los debería haber denominado de igual manera. Luego, tendría que existir alguna diferencia y siendo las rocas de composición similar al de las islas, el único criterio que se vislumbra como diferenciador es el tamaño de uno y otro<sup>2</sup>.

En el caso *The South China Sea Arbitration*, la CPA se refirió tanto a la composición de las formaciones que son islas como al tema del tamaño de las mismas. Con relación a la composición de las islas, el tribunal arbitral consideró que

Introducing a geological qualification in paragraph (3) would mean that any high-tide features formed by sand, mud, gravel, or coral —irrespective of their other characteristics— would always generate extended maritime entitlements, even if they were incapable of sustaining human habitation or an economic life of their own. (*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párr. 481)

Por tanto, el tribunal arbitral señaló que la composición de una elevación es indiferente para calificarla como isla o roca, así como también, que la calificación de una característica como isla o roca es indiferente para saber si realmente se aplica la excepción del no. 3, a *contrario sensu*, una elevación de tierra que se encuentra emergida en pleamar, aunque sea denominado como arrecife o bajío igualmente puede ser considerado isla para efectos del artículo 121 si reúne las condiciones específicas que establece el párrafo 3 y que se analizarán más adelante.

En definitiva, la CPA concluyó que: "The geological and geomorphological characteristics of a high-tide feature are not relevant to its classification pursuant to Article 121 (3)" (*The*

---

<sup>2</sup> Podría pensarse en la exclusión de algunos bancos de arena como categorías de islas o rocas.

*South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párr. 540).

Por otra parte, en las discusiones de la Tercera Conferencia estuvo presente el factor tamaño, y se intentó diferenciar entre rocas, islotes e islas. En ese ámbito, fue bastante influyente el trabajo del norteamericano Hodgson, quien señaló que las rocas eran aquellas que poseían una superficie inferior a 0.001 milla cuadrada (0,002 km<sup>2</sup>); islotes entre 0,001 y 1 milla cuadrada; pequeñas islas entre 1 y 1.000 millas cuadradas; e islas las que tienen una superficie superior a 1.000 millas cuadradas.

No obstante, hubo varios cálculos de esa naturaleza. Así, por ejemplo, Malta propuso que las islas fuesen aquellas formaciones de tierra superiores a 1 Km<sup>2</sup>, y las que tuviesen una superficie inferior serían catalogados como islotes. También, la Organización Hidrográfica Internacional propuso la siguiente diferenciación: pequeñas islas entre 1-10 Km<sup>2</sup>; islotes entre 10-100 Km<sup>2</sup>; e islas las superiores a esa cifra.

Sin embargo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no recogió ninguno de esos criterios, no obstante, podrían tenerse en cuenta a la hora de interpretar dicha disposición. En ese sentido, la Corte Permanente de Arbitraje en el caso *The South China Sea Arbitration*, consideró tangencialmente esta materia, y si bien señaló que el tamaño no era una característica a tener en consideración, el mismo tribunal consideró que:

These included proposals to include "size" on a list of "relevant factors" proposals to categorise islands and islets depending on whether they were "vast" or "smaller" and proposals that made distinctions based on whether the surface area of a feature measured more or less than a particular figure, such as one square kilometer or ten square kilometers. (*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párr. 538)

Si bien se volverá sobre este punto más adelante, es pertinente destacar que la CPA tuvo en cuenta este elemento, y es destacable que señaló que se hizo una distinción entre 1-10 Km<sup>2</sup> de superficie, lo que podría ser indicativo de que menos de 1 Km<sup>2</sup> es necesariamente una roca y no un islote o isla. No obstante, se recalca que el tribunal expresamente concluyó que el tamaño no otorga a una elevación el estatus de isla, tal como lo señaló la CIJ (2012) en el caso entre Nicaragua v. Colombia en la cual recalcó que el "...international law does not prescribe any minimum size which a feature must possess in order to be considered an island" (párr. 37).

De la redacción del artículo 121, no. 3, más allá de los debates que puedan existir, los criterios que allí se establecieron fueron dos y dicen relación con razones económicas y de



habitabilidad, es decir, la CONVEMAR (1982) no recogió cuestiones como la composición geológica o geomorfológica o el tamaño de las islas, sino que se remitió solamente a un factor que podríamos calificar como socio-económico.

Al respecto, el mencionado párrafo señala que “Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental” (CONVEMAR, 1982, art.121, no. 3). *A contrario sensu*, las rocas aptas para la vida humana o actividad económica propia serían consideradas islas. Es en esta lógica que se podría pensar que rocas e islas son lo mismo, pero tal como se discutió anteriormente no se entendería, entonces, el por qué llamarlas diferentes.

La redacción del párrafo es negativa, lo que podría incidir en si los requisitos enunciados son alternativos o copulativos. Al respecto, una interpretación gramatical del párrafo indicaría que los requisitos son alternativos, es decir, no se requiere de la concurrencia de ambos para que la roca sea considerada isla, bastando con sólo poseer uno de los dos atributos.

Sin embargo, algunos han visto en la redacción negativa del párrafo una muestra de que los requisitos son copulativos, y que por tanto, ambos deben concurrir para que la roca sea considerada como isla para todos los efectos legales. Ello se debería a que como la redacción es negativa, las rocas no tendrían ni plataforma continental ni zona económica exclusiva a menos que ambos requisitos sean reunidos de forma copulativa. “Du fait de la structure négative de la phrase, ce n’est pas que les rochers possèdent un plateau continental (ou une zone économique exclusive) si l’une ou l’autre condition est satisfaite, mais qu’ils n’en possèdent pas si l’une ou l’autre condition est absente” (Karagiannis, 1996, p. 575).

En relación a esta materia, la CPA en el caso *The South China Sea Arbitration*, descartó, a nuestro entender, de manera correcta dicha interpretación, y consideró que:

Accordingly, the Tribunal concludes that, properly interpreted, a rock would be disentitled from an exclusive economic zone and continental shelf only if it were to lack *both* the capacity to sustain human habitation *and* the capacity to sustain an economic life of its own. Or, expressed more straightforwardly and in positive terms, an island that is able to sustain *either* human habitation *or* an economic life of its own is entitled to *both* an exclusive economic zone *and* a continental shelf (in accordance with the provisions of the Convention applicable to other land territory). (*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párr. 496)

Dicha interpretación del tribunal parece ser la acertada, en el sentido de que la redacción negativa del párrafo se relaciona con los criterios alternativos que de no concurrir alguno negarán las zonas marítimas. Pero si una característica es capaz de soportar la vida hu-

mana o la vida económica propia entonces se generarán todos los espacios marítimos reconocidos por el derecho internacional.

The text creates a cumulative requirement, as the Philippines argues, but the negative overall structure of the sentence means that the cumulative criteria describe the circumstances in which a feature will be *denied* such maritime zones. The logical result therefore is that if a feature is capable of sustaining either human habitation or an economic life of its own, it will qualify as a fully entitled island. (*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párr. 494)

Sin embargo, ante las dudas que deja esta interpretación y acudiendo a medios de interpretación complementarios acorde a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, art. 32), como los *travaux préparatoires*, se puede constatar que la frase originalmente tenía la conjunción copulativa “y” (*and*) y fue reemplazada por la conjunción disyuntiva “o” justamente porque no se obtuvo el apoyo de los Estados que participaban de la Tercera Conferencia. Por ello, debiese ser conclusivo que basta con que uno de los elementos concurra para que no se aplique la excepción del párrafo tercero del artículo 121 (Charney, 1999, p. 868).

Finalmente, pareciese existir una especie de “interpretación práctica” que adoptó la CPA en el caso *The South China Sea Arbitration*. Ello, porque habiendo concluido, a nuestro entender, de manera correcta la interpretación del párrafo tercero del artículo 121 en los términos ya señalados, se arrojó a señalar que en la práctica era prácticamente imposible encontrar una actividad económica propia sin la existencia de vida humana. Al respecto, el tribunal concluyó que: “However, as a practical matter, the Tribunal considers that a maritime feature will ordinarily only possess an economic life of its own if it is also inhabited by a stable human community” (*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párr. 544).

Dicha conclusión del tribunal es el resultado que él mismo hace de la interpretación de la frase del artículo 121 (3) “vida económica propia”. El tribunal arbitral consideró que para interpretar dicha frase debía dividirla en dos: por una parte, la vida económica; y por otra, la vida económica “propia”.

En ese análisis, el tribunal arribó a la conclusión que la vida económica es la actividad económica que ejerce un grupo humano, y que sea “propia” es indicativo que debe ser propia del lugar y no importada desde afuera. A la luz de ese análisis es que el tribunal entiende que no puede existir una actividad económica propia sin población humana en el lugar, lo cual termina por desdibujar los requisitos alternativos y no copulativos del párrafo en cues-

tión. Caflisch (2017) luego de analizar la conjunción “o”, apoya la conclusión del tribunal en los siguientes términos:

Avec la vie sociale, la notion de vie économique propre forme un tout désignant la présence d’une communauté d’habitation stable, organisée et active, implantée sur le Rocher. Une partie essentielle de la vie économique propre doit provenir des habitants du Rocher, même si des apports extérieurs être admis jusqu’à un certain point. Ici comme ailleurs, l’interdiction de l’abus de droit figurant à l’article 300 de la Convention de 1982 aura son rôle à jouer: les apports extérieurs en question ne peuvent être tolérés si leur but principal est d’éviter l’application de l’article 121, 3. (pp. 484-485)

Ello, a nuestro entender, supone una desnaturalización de la redacción, contexto y fin que tiene el no. 3 del artículo 121 (CONVEMAR, 1982), y, por tanto, el tribunal parece haber extremado el *test* de las rocas no aptas para generar espacios marítimos.

### 1.2. Posiciones doctrinales en relación al artículo 121, no. 3

En esta materia, no pacífica en la doctrina, se pueden distinguir dos grupos: los que consideran una interpretación más restringida de la CONVEMAR (1982, art. 121, no. 3); y aquellos que consideran una interpretación más amplia del mismo.

Autores como J. Charney o A. Oude Elferink han señalado que los requisitos del artículo 121 (3) no son copulativos. A juicio de Charney, bastaría con una actividad económica en los espacios marítimos adyacentes a la isla para cumplir con el requisito de la actividad económica. Incluso, dicho autor da el siguiente ejemplo:

Let us assume that there is a small rock in the middle of the ocean. New and highly sophisticated research techniques discover that the feature contains an enormous quantity of hydrocarbons deep below the surface. Current economic conditions make these resources economically exploitable, but only by the use of new drilling and recovery techniques. The feature has neither tillable soil nor potable water. Prior to the new discovery and the new economic circumstances, it would have been classified as an Article 121(3) rock. Now, however, the profits from the hydrocarbons could support all the equipment and personnel necessary to extract the resource, as well as the importation of energy, food and water (or its desalination), for a long period of time. (Charney, 1999, p. 870)

Otros autores, han visto una interpretación amplia en el requisito de “vida económica propia” pero desde una perspectiva conservacionista. Se ha postulado, al respecto, que el establecimiento de áreas marinas protegidas o parques marinos representa en sí misma una actividad propia. Al respecto, Jonathan L. Hafetz ha señalado que:

A State that establishes a marine park or protected area around a pristine coral reef should not be penalized by being forced to forego the expansion of its maritime jurisdiction that it would likely have gained from pursuing a more traditional form of economic development. Instead such States should be given an incentive to preserve the marine

environment where such preservation is also economically beneficial and thus consistent with the "economic life" criterion of Article 121(3). (citado en Song, 2010, p. 683)

Dicha idea se vería reforzada por otros principios que informan la CONVEMAR (1982), tales como los de preservación del medio marino contenidos, principalmente, en los artículos 192 y 194, que son norma de derecho internacional consuetudinario.

En contra de estas posturas amplias, otros autores han sostenido que justamente el objetivo de la CONVEMAR (1982, art. 121, no. 3) era que los Estados no abarcaran grandes extensiones de espacios marítimos desde posesiones insulares diminutas, generalmente alejadas de sus territorios continentales e incapaces de poseer población humana y actividad económica alguna.

Van Dyke (2009, infra 15) ha sugerido que solamente las islas que puedan ser habitadas por al menos 50 personas tendrían la capacidad para generar ZEE y plataforma continental. Ello se relaciona con que las islas que no son capaces de sostener vida humana no pueden gozar de esos espacios marítimos. Asimismo, ha señalado que la actividad humana no puede provenir de la explotación económica de los espacios marítimos circundantes al islote o de un asentamiento humano distante.

En ese sentido, Kolb (1994, pp. 906-907), señala que debe existir una habitación efectiva de la isla y que los requisitos enunciados en la CONVEMAR (1982, art. 121, no. 3) debiesen interpretarse de manera copulativa y no de forma alternativa, ya que son un todo. Además, este autor señala que a su entender en la práctica sería difícil encontrar una vida económica propia de una isla sin un asentamiento humano y viceversa.

El mismo autor señala que la actividad económica podría ser efectuada en el mar territorial pero no en la ZEE o la plataforma continental ya que se llegaría a un problema circular debido a que la existencia de los espacios marítimos dependería de su vida económica y la vida económica de los espacios marítimos (Kolb, 1994, pp. 906-907).

Ante las diferencias en las opiniones de la doctrina, cabría agregar algunos antecedentes tales como la opinión del Juez del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), B. Vukas, quien en su opinión individual en el caso Volga señaló que:

In the present case, an exclusive economic zone has been proclaimed by Australia off the coasts of two uninhabited islands which are much smaller than the Kerguelen Islands. As I did not do so in my Declaration attached to the Judgment in the "*Monte Confurco*" Case, I feel obliged to explain my position concerning the appropriation of vast areas of the oceans by some States which possess tiny uninhabited islands thousands of miles from their own coasts

[...]

Although the terminology used in article 121, paragraph 3, is vague, and the relationships between the components of this rule are rather unclear, taking into account the legislative history of this provision, we must agree with the conclusions arrived at by Barbara Kwiatkowska and Alfred H. A. Soons:

As the term "rocks" should be construed as not implying any specific geological features, the essential element of the definition is the second one . . . , namely that it covers only rocks (islands) "which cannot sustain human habitation or economic life of their own" (párr. 6)

[...]

In view of the above-mentioned absence of permanent habitation and the geographical and climatic characteristics of Heard Island and the McDonald Islands, it comes as no surprise that some interests and/or concerns other than economic ones are pointed to as the reason for establishing the exclusive economic zone around these islands. (*The "Volga" case (Russian Federation v. Australia)*, declaration of vice-president Vukas, 2002, párrs, 2, 6, 7)

A juicio de Vukas: "Notwithstanding the importance of preservation of marine resources, the argument advanced by Dr Bennett does not sound very convincing, particularly in relation to the sea area in question" (*The "Volga" case (Russian Federation v. Australia)*, declaration of vice-president Vukas, 2002, párr. 7). Y concluyó señalando que: "The purpose of this brief text is to explain my belief that the establishment of exclusive economic zones around rocks and other small islands serves no useful purpose and that it is contrary to international law" (*The "Volga" case (Russian Federation v. Australia)*, declaration of vice-president Vukas, 2002, párr. 10).

Como se puede apreciar, la opinión del juez Vukas fue tajante en relación a que estas islas subantárticas no debiesen gozar de ZEE. No obstante su calificada opinión, nos gustaría realizar dos comentarios en relación a ella: primero, nada indica que la opinión de Vukas haya sido compartida por otros de los miembros del TIDM, por lo que no reflejaría una mayor adhesión a su postura en relación a su interpretación del artículo 121, no. 3 (CONVEMAR, 1982); y segundo, es interesante que en relación a la preservación del medio ambiente marino señale que en el caso de las islas subantárticas sería cuestionable por el lugar donde están situadas, área que se encuentra regulada por la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, pero no así en otros lugares donde podría tener algún tipo de justificación la proclamación de ZEE.

### 1.3. Estatus jurídico del artículo 121, no. 3

Otro tema de interés para analizar es el estatus jurídico del artículo 121 en el derecho internacional. Se ha señalado casi de manera unánime en la doctrina y la jurisprudencia que tanto

el no. 1 y 2 del artículo 121 (CONVEMAR, 1982) son derecho internacional consuetudinario. Con relación al tercero, existen dudas.

Ello se debe a la redacción confusa de dicho párrafo y a la falta de definiciones claras sobre el alcance y significado de sus términos, lo que haría difícil suponer la existencia de una *opinio juris* por parte de los Estados. Es por esa razón que autores como Tanaka (2012, pp. 67-68) o Churchill y Lowe (1999, pp. 163 y 164), han señalado que el párrafo tercero no sería parte del derecho internacional consuetudinario.

Asimismo, la Corte Internacional de Justicia ha reafirmado ello, últimamente en el caso de la Controversia Territorial y Marítima entre Nicaragua v. Colombia, en la cual señaló que:

The Court has recognized that the principles of maritime delimitation enshrined in Articles 74 and 83 reflect customary international law (*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 91, paras. 167 *et seq.*). In the same case it treated the legal definition of an island embodied in Article 121, paragraph 1, as part of customary international law (*ibid.*, p. 91, para. 167 and p. 99, para. 195). It reached the same conclusion as regards Article 121, paragraph 2 (*ibid.*, p. 97, para. 185). (CIJ, 2012, párr. 139)

En relación al párrafo tercero, la doctrina ha señalado que no hay una práctica de los Estados ni tampoco una *opinio juris* que acredite que dicho párrafo es parte del derecho internacional consuetudinario (Song, 2010, pp. 678-679). No así los otros párrafos que han sido ampliamente reconocidos tanto de manera convencional por la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (1958) como por la jurisprudencia.

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia en el caso entre Nicaragua v. Colombia, concluyó, en relación al párrafo 3 del artículo 121, que:

The Court observes, however, that the entitlement to maritime rights accorded to an island by the provisions of paragraph 2 is expressly limited by reference to the provisions of paragraph 3. By denying an exclusive economic zone and a continental shelf to rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own, paragraph 3 provides an essential link between the long-established principle that "islands, regardless of their size,... enjoy the same status, and therefore generate the same maritime rights, as other land territory" (*ibid.*) and the more extensive maritime entitlements recognized in UNCLOS and which the Court has found to have become part of customary international law. The Court therefore considers that the legal régime of islands set out in UNCLOS Article 121 forms an indivisible régime, all of which (as Colombia and Nicaragua recognize) has the status of customary international law. (CIJ, 2012, párr. 139)

De esta manera, la CIJ parece haber zanjado una discusión doctrinal que se inclinaba por considerar dicho párrafo 3 como meramente convencional y no consuetudinario. No obstante, podría argumentarse que la CIJ lo que ha señalado es que siendo el régimen jurídico de la ZEE y de la plataforma continental parte del derecho internacional consuetudinario, entonces las rocas serían parte de ese estatus normativo. Sin embargo, también podría señalarse que una cosa son los espacios marítimos que generan las islas y otro es si la isla catalogada como roca goza o no de esos espacios marítimos.

A nuestro entender, la CIJ no fue clara en si lo que considera como consuetudinario son los requisitos que establece la CONVEMAR (1982, art. 121, no. 3), o bien, los espacios marítimos que se generan en virtud de su calidad de isla. No obstante, más allá de estas consideraciones, no parece claro en la práctica de los Estados que el no. 3 sea de carácter consuetudinario (Caflich, 2017, pp. 486-489).

Finalmente, es pertinente señalar que si bien no ha habido mayores pronunciamientos de los tribunales internacionales sobre el estatus normativo de las rocas que no sirven para generar todos los espacios marítimos (islas que no son islas), sí han existido variados pronunciamientos sobre aquellas rocas que sirven para efectos de trazar las líneas de base, disposiciones que sí son parte del derecho internacional consuetudinario.

## 2. Análisis de jurisprudencia sobre la materia

La jurisprudencia sobre el régimen de las islas es bastante escasa e indirecta. El único asunto en el cual un tribunal ha debatido extensa y específicamente sobre el régimen de las islas ha sido el caso ante la CPA *The South China Sea Arbitration*. Sin embargo, han existido otros asuntos contenciosos en que, si bien no se ha discutido directamente sobre la CONVEMAR (1982, art. 121), si se ha hecho mención al mismo o se ha debatido sobre islas y rocas. Al respecto, hay jurisprudencia relevante en materia de delimitación marítima que se relaciona con el tema de las islas, pero no así sobre el estatus insular de dichas características.

Un caso emblemático en materia de estatus insular de una formación fue el del *Rockall*. Una pequeña formación rocosa de la cual el Reino Unido pretendía extender 200 millas marítimas en el atlántico, lo que generó las protestas de Dinamarca, Islandia e Irlanda. Sin embargo, en el año 1997 cuando el Reino Unido accedió a la CONVEMAR (1982) señaló que el *Rockall* era una roca acorde a lo dispuesto en el artículo 121, no. 3, lo que supone el primer y último acto unilateral por el cual un Estado renuncia a sus proyecciones marítimas desde una roca.

En cuanto a delimitaciones marítimas, generalmente relacionado con la materia de las circunstancias relevantes en el proceso de delimitación, algunas veces las islas han producido un efecto medio (*half-effect*) y en otras han quedado “enclavadas”.

Both state practices and jurisprudence of international courts and tribunals have also indicated a further way to deal with islands: enclaving. This methodology is particularly suitable where islands exist toward the middle of the area to be delimited or, alternatively, on the wrong side of median line between opposing mainland coasts. (Schofield, (2009, p. 33).

En el *English Channel Case*, el tribunal arbitral otorgó un efecto reducido a las islas británicas en el canal para efectos de lograr un resultado equitativo. Al respecto, el tribunal señaló que:

The function of equity, as previously stated, is not to produce absolute equality of treatment, but an appropriate abatement of the inequitable effects of the distorting geographical feature. In the particular circumstances of the present case the half-effect method will serve to achieve such an abatement of the inequity. (*Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (UK, France)*, 1977, párr. 251)

En el mismo párrafo de la sentencia, el tribunal explicó en qué consistía este método de delimitación, observando que:

The method of giving half effect consists in delimiting the line equidistant between the two coasts, first, without the use of the offshore island as a base-point and, secondly, with its use as a base-point; a boundary giving half-effect to the island is then the line drawn mid-way between those two equidistance lines. This method appears to the Court to be an appropriate and practical method of abating the disproportion and inequity which otherwise result from giving full effect to the Scilly Isles as a base-point for determining the course of the boundary. (*Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (UK, France)*, 1977, párr. 251)

En el caso entre Túnez v. Libia ante la CIJ, ésta también le otorgó un efecto medio a la proyección de la isla tunecina Kerkennah, señalando que: “Taking into account the position of the Kerkennah Islands, and the low-tide elevations around them, the Court considers that it should go so far as to attribute to the Islands a ‘half-effect’ of a similar kind” (Corte Internacional de Justicia, 1982, párr. 129). Dicha isla tiene alrededor de 160 Km<sup>2</sup> y más de 15.000 habitantes. De igual manera, en el caso entre Libia v. Malta ante la CIJ, ésta consideró la extensión de las costas lo que le otorgaba a Libia una ventaja en proporción de 8:1. Por ello, la Corte, primeramente, no consideró la isla maltesa de Filfa como un punto de base válido para extender su plataforma continental por razones de resultados no equitativos, y luego, procedió



a otorgarle un efecto limitado a la proyección marítima de la isla de Malta (Corte Internacional de Justicia, 1985, párrs., 64, 72 y 73).

En el caso de la Delimitación Marítima en el Mar Negro entre Rumania v. Ucrania, esta última sostuvo que la isla Serpent producía un efecto total sobre los espacios marítimos; en cambio, Rumania sostenía que se trataba de una roca en los términos de la CONVEMAR (1982, art. 121, no. 3) y por tanto no era susceptible de producir efecto alguno. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia (2009, párrs. 149, 186 y 187) no se pronunció sobre dicha isla ya que consideró que no producía ningún efecto en el área de delimitación, por lo que no requería de su pronunciamiento. No obstante, como lo nota Evans (2018) "... yet this entirely disingenuous since, as the Court notes, it had already decided that the island could not be used as a basepoint for the generation of the provisional equidistance line and so its effect in that line has already been subject to consideration" (pp. 234-235).

En el caso entre Nicaragua v. Colombia, Disputa Territorial y Marítima, la Corte Internacional de Justicia algo más dijo con respecto a esta materia. Sin embargo, en relación a lo medular de este asunto, que es si el conjunto de islotes o cayos colombianos caían o no dentro de la CONVEMAR (1982, art. 121, no. 3), la CIJ consideró que no era necesario pronunciarse por razones similares a las esgrimidas en el caso entre Rumania v. Ucrania, debido a que:

In the present case, the Court similarly concludes that it is not necessary to determine the precise status of the smaller islands, since any entitlement to maritime spaces which they might generate within the relevant area (outside the territorial sea) would entirely overlap with the entitlement to a continental shelf and exclusive economic zone generated by the islands of San Andrés, Providencia and Santa Catalina. (CIJ, 2012, párr. 180)

Como se ha podido estudiar en estos casos relativos a delimitaciones marítimas, los tribunales internacionales no se pronuncian sobre si las formaciones son islas o rocas en el sentido de la CONVEMAR (1982, art. 121) y se limitan a señalar sus efectos en relación al resultado equitativo que debe entrañar una delimitación marítima o a su falta de efecto en casos donde dichas formaciones son parte de otros espacios marítimos del Estado ribereño. Otras veces se relacionan simplemente a su validez como punto de base en concordancia con las reglas de la CONVEMAR.

Otros casos ante la CIJ se han relacionado con la soberanía sobre una o más islas. Un ejemplo, el caso entre Indonesia v. Malasia (Pulau Ligitan and Pulau Sipadan) sobre dos islas sumamente pequeñas que se encontraban bajo una disputa territorial. La misma Corte Internacional de Justicia (CIJ, 2002) señaló que: "Although bigger than Ligitan, Sipadan is also a small island, having an area of approximately 0.13 sq. km" (párr. 14). Es decir, nos encontra-

mos en presencia de unas formaciones extremadamente pequeñas pero que se les trata como islas. Situación similar es lo que ocurrió en la disputa entre Malasia v. Singapur en el caso de *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge* (Corte Internacional de Justicia, 2008).

Finalmente, y tal como ya se ha señalado, el único caso en donde un tribunal internacional se ha pronunciado sobre el régimen jurídico de las islas es *The South China Sea Arbitration*. Si bien ya se ha hecho mención en repetidas ocasiones a dicha sentencia de la CPA, es pertinente retener los siguientes elementos que ha aportado al desarrollo de este tema, a saber:

- a) Consideró que el tamaño de las islas no tenía importancia para calificar una elevación como isla o roca. Sin embargo, citó algunas cifras en Km<sup>2</sup> que podrían informar sobre la materia.
- b) También, concluyó que las características geológicas o geomorfológicas de una elevación marina no eran importantes para calificarla como isla o roca. No obstante, si bien el tribunal consideró que una elevación de coral es irrelevante para efectos de considerarla una isla o roca, de todas formas, señaló que una "geological rock" es más estable que formaciones "efímeras" tales como elevaciones de arena, barro, grava o coral que pueden ser menos estables. Con ello, a nuestro entender, si bien el tribunal sostiene que la composición de la elevación marina no es importante, claramente realiza una discriminación negativa en contra de las elevaciones pocos estables.
- c) Luego de haber descartado el criterio de tamaño y de composición de la roca (cuestión dudosa según se ha visto) la CPA consideró que el único criterio válido para saber si una isla es isla o es roca es si dicha formación puede tener vida humana o actividad económica propia.
  - 1) Vida humana: la CPA consideró que la vida humana debía desarrollarse en la isla y no alejada de la misma. Asimismo, el tribunal señaló que:

...the use in Article 121(3) of the term 'habitation' includes a qualitative element that is reflected particularly in the notions of settlement and residence that are inherent in that term. The mere presence of a small number of persons on a feature does not constitute permanent or habitual residence there and does not equate to habitation. (*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párr. 489)

El tribunal consideró que la mera presencia temporal o sin ánimo de habitación no era constitutiva de vida humana en los términos de la CONVEMAR (1982, art.

121). Con ello, el tribunal elimina la posibilidad que la presencia de una persona o cuidador de una isla pueda considerarse como vida humana.

- 2) "o": la CPA concluyó que uno de los dos elementos debe concurrir para que no se aplique la excepción de CONVEMAR (1982, art. 121 no. 3). Sin embargo, y tal como ya se explicó, el tribunal señaló que desde un punto de vista práctico difícilmente puede concurrir uno de los requisitos sin la existencia del otro, con lo que parece torcer el carácter acumulativo y no copulativo del párrafo.
- 3) Vida económica propia: es uno de los elementos más debatidos en doctrina. La CPA adoptó un enfoque restringido de este requisito, señalando que el hecho que la vida económica sea propia implica que no sea fuera de la isla, es decir, que la economía sea independiente de una fuente externa. A ello se suma que el tribunal consideró que la explotación de los espacios marítimos adyacentes, ZEE y plataforma continental, debe ser excluida como una vida económica propia en los términos del artículo 121 (CONVEMAR, 1982; *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párr.502).

Sean Murphy analizó detalladamente la sentencia de la CPA en *The South China Sea Arbitration* y resumió la sentencia en nueve puntos. Finalmente, el autor concluyó que:

In light of these findings, the Philippines v. China tribunal proceeded to analyse each of the features in the South China Sea that were at issue, taking into account the existence of fresh water, vegetation and biology, living space, soil and agricultural potential, and dependence on outside supplies for substance. With respect to economic activity, the tribunal looked for activity oriented around the feature itself, such as fishers living on the island, rather than just extraction from the island or surrounding seas by external actors, for example through mining for guano or collecting shells (Murphy, 2017, p. 93).

### 3. Implicancias del artículo 121, no. 3 en el derecho internacional

El artículo 121 de la CONVEMAR (1982) no ha señalado ningún tipo de requisito geológico o geomorfológico para que una elevación marina sea considerada una isla y no una roca. Ello no implica que *a priori* dichos antecedentes deban ser del todo descartados. Si bien es cierto que la CPA en *The South China Sea Arbitration* señaló que los antecedentes geológicos y geomorfológicos no eran pertinentes para calificar una característica como isla o roca, ello lo analizó desde el punto de vista de la composición misma de la elevación, y no a la luz de su posible unidad o continuidad con otras elevaciones que sí fuesen consideradas como islas.

Asimismo, si bien la CPA desechó los argumentos geológicos y geomorfológicos en relación a la composición de las rocas, es pertinente destacar que en la misma sentencia el

tribunal consideró que una "*geological rock*" es más estable que formaciones "*efímeras*" tales como elevaciones de arena, barro, grava o coral que pueden ser menos estables. Con ello, a nuestro entender, si bien el tribunal sostuvo que la composición de la elevación marina no es importante, claramente realizó una discriminación negativa en contra de las elevaciones pocos estables.

Por otra parte, el factor tamaño tampoco fue retenido por el artículo 121 (CONVEMAR, 1982). Al respecto, se ha señalado que, si bien no quedó plasmado en la redacción del artículo, los *travaux préparatoires* demuestran que dicha condición sí fue tomada en cuenta, y que es por ello, en parte, que el artículo 121 distingue entre islas y rocas (Oude Elferink, 2016).

En esos trabajos preparatorios, se demuestra que uno de los informes más influyentes que se presentaron ante las comisiones de trabajo fue el del norteamericano Hodgson quien realizó una clasificación de las elevaciones marinas en relación a su tamaño. Al respecto, Hodgson determinó que las rocas eran aquellas que poseían una superficie inferior a 0.001 milla cuadrada (0,002 km<sup>2</sup>).

Sin embargo, y tal como ya se ha señalado, el criterio de tamaño no fue recogido por la CONVEMAR, no obstante, parece considerarse implícito en la diferenciación textual que la misma hizo entre islas y rocas.

La CIJ, en el caso entre Qatar v. Bahrein, fue clara en señalar que:

It is thus the terrestrial territorial situation that must be taken as starting point for the determination of the maritime rights of a coastal State. In accordance with Article 121, paragraph 2, of the 1982 Convention on the Law of the Sea, which reflects customary international law, islands, regardless of their size, in this respect enjoy the same status, and therefore generate the same maritime rights, as other land territory<sup>3</sup>. (Corte Internacional de Justicia, 2001, párr. 185)

Por tanto, los requisitos de la CONVEMAR para que una isla sea calificada como tal y no como roca, son que dicha característica sea apta para sostener habitación humana o vida económica propia. En este punto parece importante señalar que quien alegue que una isla es una roca deberá probar aquello. En relación a esta materia, Murphy (2017) critica la sentencia de la CPA en *The South China Sea Arbitration*, señalando que:

The Tribunal's approach in deciding the case almost seems to impose a burden of proving that an island does not fall within Article 121, paragraph 3, rather than the other way around. Such a burden seems inconsistent with the structure of Article 121, which pre-

---

<sup>3</sup> El párrafo citado se relaciona con la isla de Qit'at Jaradah, la cual fue calificada como isla por la CIJ en circunstancias de que su tamaño es menor a los 50 m<sup>2</sup>.

sents paragraph 3 as an exception to a general rule that all islands are entitled to full maritime zones (p. 94).

### 3.1. Requisitos del no. 3 del artículo 121 y sus efectos en el derecho internacional

El requisito de la presencia humana considerado en el artículo 121, no. 3 (CONVEMAR, 1982) se relaciona con un grupo humano que habite en el lugar de manera permanente. Así al menos lo ha señalado la CPA en *The South China Arbitration*, que consideró el hecho de Estados archipelágicos donde por la interconexión que pudiese existir entre las distintas islas que configuran el Estado, pudiesen haber islas sin habitación permanente pero que se entienden parte de un sistema de vida propio de su condición geográfica particular.

No obstante, habría que considerar que en distintos casos ante tribunales internacionales se ha calificado de isla a características desprovistas de presencia humana y de dudosa capacidad para mantenerla. Así, por ejemplo, en el caso de Jan Mayen, entre Dinamarca v. Noruega, Dinamarca alegó que Jan Mayen no cumplía con los requisitos del artículo 121 (3) (Corte Internacional de Justicia, 1993, párr. 60). Este caso es bastante interesante ya que Jan Mayen es una tierra cubierta en gran parte de hielo y no posee otra actividad económica más que la explotación de recursos desde sus aguas circundantes y aun así la CIJ consideró que se trataba de una isla.

Otros casos, además de los ya mencionados en la sección anterior, son los relativos a pronta liberación de naves resueltos por el TIDM, tanto en el caso Monte Confurco como en el caso Volga, donde Francia y Australia, respectivamente, capturaron buques en ZEE generadas a partir de la isla Kerguelen e islas Heard y McDonald, respectivamente, siendo ambas islas desprovistas de presencia humana y actividad económica propia (*The "Volga" case (Russian Federation v. Australia)*, 2002; *The "Monte Confurco" case (Seychelles v. France)*, 2000).

En relación a la presencia de humanos en las aguas adyacentes a las islas, en el caso *The South China Sea Arbitration*, la CPA fue clara en señalar que la habitación humana debe ser en la isla y no en relación a la presencia humana en las actividades económicas en los mares adyacentes, situación que se relaciona más bien con el segundo requisito del artículo 121, no. 3.

Al respecto, la "vida económica propia" que plantea el artículo 121, no. 3 debe analizarse desde dos puntos de vista: el primero, es que la vida económica implica una actividad económica ya sea tradicional como la agricultura, o bien, de otra naturaleza como podría ser la prestación de servicios — en el caso de la isla Sipadan que se encuentra bajo la soberanía

de Malasia, acorde a lo señalado por la CIJ (2002), dicho país instaló un resort el cual posteriormente ha sido cerrado por la declaración de Reserva Natural de la isla, no obstante, se permiten las visitas por el día—. Se ha señalado que la vida económica es un concepto amplio que no debe ceñirse a la economía tradicional, pudiéndose considerarse otras actividades extractivas o de otro tipo.

En relación a ello, la CPA señaló en su sentencia que:

The ordinary meaning of 'economic' is 'relating to the development and regulation of the material resources of a community' and may relate to a process or system by which goods and services are produced, sold and bought, or exchanged. The term 'life' suggests that the mere presence of resources will be insufficient and that some level of local human activity to exploit, develop, and distribute those resources would be required. The Tribunal also recalls that 'economic life' must be read bearing in mind the time component of 'sustain'. A one-off transaction or short-lived venture would not constitute a sustained economic life. The phrase presupposes ongoing economic activity. (*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párr. 499)

El tribunal parece entender que la vida económica está íntimamente ligada a un beneficio para la población local. En otras palabras, que no basta con la mera actividad económica, cualquiera que sea ésta, sino que se debe tener en cuenta dicha actividad en relación con la comunidad. Al respecto, la actividad económica en las aguas adyacentes puede ir en directo beneficio de la comunidad, y por tanto, podría estimarse que si se extraen recursos marinos de esas aguas entonces se está ejerciendo una actividad económica.

En cuanto a que la vida económica debe ser "propia", es algo más complejo. Al respecto, la CPA señaló que:

The 'of their own' component is essential to the interpretation because it makes clear that a feature itself (or group of related features) must have the ability to support an independent economic life, without relying predominantly on the infusion of outside resources or serving purely as an object for extractive activities, without the involvement of a local population. In the Tribunal's view, for economic activity to constitute the economic life of a feature, the resources around which the economic activity revolves must be local, not imported, as must be the benefit of such activity. Economic activity that can be carried on only through the continued injection of external resources is not within the meaning of 'an economic life of their own'. Such activity would not be the economic life of the feature as 'of its own', but an economic life ultimately dependent on support from the outside. Similarly, purely extractive economic activities, which accrue no benefit for the feature or its population, would not amount to an economic life of the feature as 'of its own'. (*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párr. 500)

El tribunal consideró que el carácter propio de la vida económica está en estrecha relación no solamente con la “independencia” económica de la característica, sino que también que la actividad extractiva o de otro tipo que se realice en la isla vaya en beneficio de su población.

Con ello, la CPA desnaturaliza el sentido del no. 3 del artículo 121 ya que no habría ninguna opción, a la luz del análisis del tribunal, que una isla que no tiene población, pero sí actividad económica pueda ser considerada como isla y no como roca.

Además, el tribunal sostuvo que los dos requisitos del no. 3 debían entenderse en conexión a la idea de “capacidad” de la característica para poseer alguno de los dos requisitos. En ese sentido, el tribunal consideró algunos elementos “objetivos” para analizar si una característica puede sostener población, tales como la presencia de agua dulce, comida y refugio para que un grupo de personas pueda vivir por un tiempo indeterminado. Sin embargo, la misma CPA señaló que:

Such factors would also include considerations that would bear on the conditions for inhabiting and developing an economic life on a feature, including the prevailing climate, the proximity of the feature to other inhabited areas and populations, and the potential for livelihoods on and around the feature. The relative contribution and importance of these factors to the capacity to sustain human habitation and economic life, however, will vary from one feature to another. (*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párr. 546)

Al respecto, una correcta interpretación del artículo 121, no. 3, debe ser aquella que considere los dos requisitos del párrafo como alternativos y no como acumulativos. Desde ese punto de vista, señalar que la actividad económica debe ser una actividad que vaya en beneficio de una población local, es establecer más requisitos de los que señaló la propia disposición.

Por tanto, bastaría con una actividad económica en la isla, que sea propia, para efectos de cumplir con uno de los requisitos del no. 3.

El hecho de que el artículo 121, no. 3 exija la “capacidad” de sostener alguno de ambos requisitos, no implica un valor superior a la presencia humana. La capacidad de vida económica propia de una formación puede ser la extracción de sus recursos naturales en beneficio de otra isla u otro territorio.

Si bien se ha señalado que las actividades económicas en los espacios marítimos no debiesen considerarse como una actividad que cumpla con lo dispuesto en el no. 3 del artículo 121 ya que, de ser así, toda característica podría ser apta para ser catalogada como una

isla acorde al artículo 121, no. 1 y no una roca, tampoco podría interpretarse dicho párrafo tercero en el sentido de impedir o negarles todo valor a las actividades económicas que desarrolla un Estado en los espacios marítimos circundantes a la formación en el mar. Sin embargo, es cierto que ello implicaría un problema circular. Al respecto, la CPA señaló que:

In the Tribunal's view, economic activity derived from a possible exclusive economic zone or continental shelf must necessarily be excluded. Article 121(3) is concerned with determining the conditions under which a feature will—or will not—be accorded an exclusive economic zone and continental shelf. It would be circular and absurd if the mere presence of economic activity in the area of the possible exclusive economic zone or continental shelf were sufficient to endow a feature with those very zones. (*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párr. 502)

No obstante, en el caso de la preservación del medio ambiente, por ejemplo, sería contradictorio considerar que tal acción por parte del Estado ribereño en las aguas circundantes a la isla pudiese ser considerada como no válida debido a que dicha característica no posee ZEE. Esta situación fue avanzada por Australia en el caso Volga. Allí, Australia capturó un buque ruso en las aguas circundantes a las islas Heard y McDonald, islas que por cierto se encuentran a más de 4000 Km de Australia continental y son absolutamente deshabitadas, y que nadie en el juicio dudó en considerarlas como islas a excepción de la opinión individual del juez Vukas, ya analizada en este artículo. Situación similar se podría decir del caso Monte Confurco.

### 3.2. Títulos jurídicos sobre las islas

Finalmente, habría que considerar ciertas alegaciones que se han hecho en relación con la posesión efectiva de islas o rocas. Al respecto, se podría pensar en que la presencia continua de un Estado en las aguas adyacentes a la característica podría configurar un título definitivo sobre la formación misma.

Sin embargo, como lo recalcó la misma CPA en relación con ciertas alegaciones de China de que poseía títulos históricos (derechos históricos) — Ver apreciación de la CPA sobre la diferencia entre títulos históricos; derechos históricos; aguas históricas; entre otros. (*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, 2016, párrs. 215-229)— sobre los recursos de las aguas adyacentes de las islas en disputa, lo que consagraría un derecho preferente en favor de ellos, el tribunal señaló que:

Accordingly, the scope of a claim to historic rights depends upon the scope of the acts that are carried out as the exercise of the claimed right. Evidence that either the Philippines or China had historically made use of the islands of the South China Sea would, at most, support a claim to historic rights to those islands. Evidence of use giving rise to



historic rights with respect to the islands, however, would not establish historic rights to the waters beyond the territorial sea. The converse is also true: historic usage of the waters of the South China Sea cannot lead to rights with respect to the islands there. The two domains are distinct. (The South China Sea Arbitration (*The Republic of Philippines v. The People's Republic of China*), 2016, párr. 266)

En consecuencia, los eventuales derechos históricos que pudiese alegar un Estado sobre recursos naturales en los espacios marítimos circundantes a un territorio, no le otorga derecho sobre dicho territorio. En el caso *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)* (1984), se discutió la importancia de los recursos naturales en materia de delimitación marítima (con especial atención a los derechos sobre la plataforma continental). Ver especialmente párrafo 240.

Por tanto, un Estado que tenga derechos sobre una característica en el mar tendrá que detentar un título jurídico sobre la isla, lo que le permitirá generar al menos un mar territorial de 12 millas marítimas, tal como lo señaló la CIJ en el caso entre Nicaragua v. Colombia de 2012 — Señala Von Muhlendahl (2016) a propósito de aquella sentencia, en relación a la formación denominada QS 32, que es una isla de sólo un 1 m<sup>2</sup>, se podría producir “le résultat paradoxal où une formation terrestre minuscule peut être à la fois une île conformément au paragraphe 1 de l’article 121 et un rocher en vertu de son paragraphe 3” (p. 292). Luego, habrá que considerar si dicha característica es una roca o bien una isla, sin perjuicio de la presunción en favor del Estado que detenta la característica bajo el estatus de isla. De ello se sigue una sucesión lógica de pasos que no podría ser invertida en un sentido contrario a lo que se ha señalado, ya que, en definitiva, es la tierra la que domina al mar y no al revés.

## Conclusiones

1. El artículo 121 en sus párrafos 1 y 2 mantuvo lo ya dispuesto por la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (1958) y que era parte del derecho internacional consuetudinario, esto es, que toda isla proyectaba los espacios marítimos reconocidos por el derecho internacional.
2. La CONVEMAR introdujo el párrafo 3, y con ello, la idea de que algunas características en el mar son rocas y no islas. Ello implica una restricción en la jurisdicción del Estado ribereño en los espacios marítimos, toda vez que las rocas no producirán ni ZEE ni plataforma continental.
3. Para que una característica en el mar sea considerada roca y no isla, deben ser rocas “no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia”.

4. Dicha frase ha sido ampliamente debatida en doctrina y ha sido analizada por el tribunal arbitral en *The South China Sea Arbitration*, único caso en que un tribunal internacional se ha pronunciado latamente sobre la materia.
5. En este artículo se han criticado varias de las conclusiones a las cuales arribó el tribunal, destacando su contradicción con relación a que los requisitos que establece el párrafo 3 del artículo 121 son alternativos y no copulativos como los transforma el tribunal en base a una "interpretación práctica" del párrafo donde a su juicio no puede existir vida humana sin una actividad económica propia, cuestión criticable en su razonamiento.
6. El resto de la jurisprudencia sobre la materia se ha limitado a cuestiones relacionadas con delimitaciones marítimas, no teniendo una incidencia concreta en la interpretación del artículo 121.
7. Las implicancias de la interpretación del artículo 121 para el derecho internacional, y en especial del párrafo 3, son considerables, teniendo en cuenta que hay varios Estados que detentan posesiones insulares y que en la práctica gozan de todos sus espacios marítimos circundantes. A ello se suma que un gran número de esos Estados han hecho sus presentaciones sobre plataforma continental extendida ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental en virtud de los espacios marítimos que proyectan dichas islas.
8. En algunos casos, de seguirse el razonamiento del tribunal en el caso *The South China Sea Arbitration*, muchas de esas islas deberían ser consideradas como rocas, en virtud de que el *test* al cual sometió el tribunal a las características en el mar que en principio son islas, fue desmesurado y en algunos pasajes desprolijo.
9. Se concluye que las islas seguirán siendo tales mientras otro Estado no pruebe lo contrario, y dicha prueba debe interpretar de manera correcta los requisitos alternativos establecidos en el artículo 121 (3) de la CONVEMAR.

## Referencias Bibliográficas

Académie française (2017). Roche. En *Dictionnaire de l'Académie française* (9a ed.). Recuperado el 21 de septiembre de 2022, de <https://bit.ly/3felpob>

Caflich, L. (2017). Les espaces marins attachés à des îles ou rochers. En J. M. Thouvenin y M. Forteau (Eds.). *Traité de Droit International de la Mer* (pp. 477-489). A. Pedone.

Cambridge University Press. (s.f.). Rock. En *Cambridge Dictionary*. Recuperado el 21 de septiembre de 2022, de <https://bit.ly/3Remvz2>

- Charney, J. (1999). Rocks That Cannot Sustain Human Habitation. *American journal of international law*, 93(4), 863-878. <https://doi.org/10.2307/2555353>
- Churchill, R. R. y Lowe, A. V. (1999) *The law of the sea* (3a ed.). Manchester University Press.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Organización de las Naciones Unidas, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969. <https://bit.ly/3PpPLC1>
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, Suiza, 10 de diciembre de 1982. <https://bit.ly/2I5w5ES>
- Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua. I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Organización de las Naciones Unidas, Ginebra, Suiza, 29 de abril de 1958. <https://bit.ly/3vS89MC>
- Corte Internacional de Justicia. (20 de febrero de 1969). North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (327), 3-56. <https://bit.ly/3B0MAMR>
- Corte Internacional de Justicia. (19 de diciembre de 1978). Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (440), 3-46. <https://bit.ly/3R6ytes>
- Corte Internacional de Justicia. (24 de febrero de 1982). Case concerning the continental shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (473), 18-94. <https://bit.ly/3cx39qf>
- Corte Internacional de Justicia. (12 de octubre de 1984). Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (505), 246-352. <https://bit.ly/3RdnT58>
- Corte Internacional de Justicia. (21 de marzo de 1985). Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (496), 3-29. <https://bit.ly/3pUL4FY>
- Corte Internacional de Justicia. (14 de junio de 1993). Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (635), 38-82. <https://bit.ly/3KuxS47>
- Corte Internacional de Justicia. (16 de marzo de 2001). Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (820), 40-118. <https://bit.ly/3QX0kxW>
- Corte Internacional de Justicia. (17 de diciembre de 2002). Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (858), 625-686. <https://bit.ly/3Rn8f7z>
- Corte Internacional de Justicia. (23 de mayo de 2008). Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (937), 12-102. <https://bit.ly/3dTctoK>

- Corte Internacional de Justicia. (03 de febrero de 2009). Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (950), 61-134. <https://bit.ly/3ACsJT4>
- Corte Internacional de Justicia. (19 de noviembre de 2011). Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (1034), 624-720. <https://bit.ly/3wCvJ0i>
- Evans, M. (2018). Relevant Circumstances. En A. Oude Elferink, T. Henriksen y S. Veierud (Eds.), *Maritime boundary delimitation: the case law* (pp. 222-261). Cambridge University.
- The Grisbådarna Case (Norway v. Sweden) (Corte Permanente de Arbitraje 23 de octubre 1909). <https://bit.ly/3pSjWai>
- International Arbitral Awards. (30 de junio de 1977). Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (UK, France). *Reports of International Arbitral Awards*, 18, 3-413. <https://bit.ly/3Snlbun>
- Karagiannis, S. (1996). Les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre et le droit de la mer. *Revue Belge de Droit International*, (2), 559-624. <https://bit.ly/3oBIFQL>
- Kolb, R. (1994). 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... *Annuaire français de droit international*, 40, 876-909. <https://doi.org/10.3406/afdi.1994.3227>
- The "Monte Confurco" case (Seychelles v. France), List case N° 6 (Tribunal Internacional del Derecho del Mar 18 de diciembre de 2000). <https://bit.ly/3wAml7R>
- Murphy, S. (2017). *International Law relating to Islands*. The Hague Academy of International Law.
- Oude Elferink, A. (07 de septiembre de 2016). The South China Sea Arbitration's Interpretation of Article 121 (3) of the LOSC: A disquieting first. The Norwegian Centre for the Law of the Sea Blog. <https://bit.ly/3oAx2Zp>
- Oxford University Press. (s.f.). Rock. En *Oxford Advanced Learner's Dictionary*. Recuperado el 21 de septiembre de 2022, de <https://bit.ly/3Sr6Xss>
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23a ed.). Recuperado el 21 de septiembre de 2022, de <https://bit.ly/2zVeude>
- Schofield, C. (2009). The trouble with islands: the definition and role of islands and rocks in maritime boundary delimitation. En S.-Y. Hong y J. Van Dyke (Eds.), *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the law of the sea* (pp. 19-37). Brill. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004173439.i-308.13>

- Song, Y.-H. (2009). Okinotorishima: A Rock or an Island? Recent Maritime Boundary Controversy between Japan and Taiwan/China. En S.-Y. Hong y J. Van Dyke (Eds.). *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the law of the sea* (pp. 145-176). Brill. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004173439.i-308.56>
- Song, Y.-H. (2010). The Application of Article 121 of the Law of the Sea Convention to the Selected Geographical Features Situated in the Pacific Ocean. *Chine journal of international law*, 9(4), 663-698. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmq031>
- The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China) (Corte Permanente de Arbitraje 21 de julio de 2016). <https://bit.ly/3csXZvJ>
- Tanaka, Y. (2012). *The international law of the sea*. Cambridge University.
- Van Dyke, J. (2009), Disputes over islands and maritime boundaries in East Asia. En S.-Y. Hong y J. Van Dyke (Eds.). *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the law of the sea* (pp. 39-75). Brill. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004173439.i-308.18>
- The "Volga" case (Russian Federation v. Australia), declaration of vice-president Vukas (Tribunal Internacional del Derecho del Mar 23 de diciembre de 2002). <https://bit.ly/3wGoKDL>
- The "Volga" case (Russian Federation v. Australia), List of cases: N° 11 (Tribunal Internacional del Derecho del Mar 23 de diciembre de 2002). <https://bit.ly/3pT7t6p>
- Von Muhlendahl, P. I. (2016). *L'èquidistance dans la délimitation des frontières maritimes. Étude de la jurisprudence internationale*. Pedone.

Para citar este artículo bajo Norma APA 7a ed.

Lertora Pinto, F. (2022). El régimen jurídico de las islas en el derecho internacional: una interpretación del artículo 121 de la CONVEMAR. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, 29, e4299. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-4299>



Copyright del artículo: ©2022 F. Lertora



Este es un documento de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.