

Consecuencias del cambio climático em los mares y océanos: desafíos actuales em la región del ártico y el régimen de navegación por los estrechos internacionales¹

Consequências das mudanças climáticas nos mares e oceanos: Desafios atuais na região ártica e o regime de navegação nos estreitos internacionais

Leopoldo M. A. Godio²

Resumen: El cambio climático, resultante del calentamiento global, afecta no solo al medio ambiente, sino también a la dinámica del comercio internacional. Entre sus efectos, en las regiones polares, destacamos el aumento del nivel del mar y la alteración de las corrientes oceánicas. Esto llevó a la aparición de vías navegables en el Océano Ártico que pueden servir para fines comerciales al facilitar el transporte entre los océanos Pacífico y Atlántico. Ante este escenario y utilizando el método deductivo basado en el análisis jurisprudencial y documental, el presente artículo tiene como objetivo indagar en qué medida el caso *Northwest Passage* entre Estados Unidos y Canadá puede contribuir a la solución de las controversias que surgen a nivel internacional, sobre el derecho del mar y regular las prácticas comerciales marítimas. Se observa que, aunque de suma importancia, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 no es suficiente para resolver el conflicto presentado, y es necesario promover no solo instrumentos normativos internacionales, sino también diplomáticos o foros especializados de tal manera que imposibiliten favorecer a un Estado sobre otro, así como brindar una solución híbrida, capaz de satisfacer los intereses de todos los Estados involucrados, que reconozca la navegación y produzca lineamientos y procedimientos para la protección de áreas marinas.

Palabras-clave: Cambios climáticos. Derecho Internacional del Mar. Ártico. *Northwest Passage*. Áreas Marinas.

Resumo: As mudanças climáticas, decorrentes do aquecimento global, afetam não apenas o meio ambiente, mas também a dinâmica do comércio internacional. Dentre seus efeitos, nas regiões polares, destacam-se o aumento do nível do mar e a alteração das correntes oceánicas. Isso ocasionou o aparecimento de vias navegáveis no Oceano Ártico e que podem servir para fins de comerciais ao facilitar o transporte entre os Oceanos

¹ Agradecemos a Michelle Alves Monteiro, estudiante de Maestría en Derecho em la UNISINOS/RS y a Daniel Urias Feitoza, estudiante de Derecho em la UFU/MG por su activa participación em la edición de este texto.

² Profesor e Investigador de Derecho Internacional em la Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho. Doctor em Derecho (Universidad de Buenos Aires); Magister em Relaciones Internacionales (Universidad de Buenos Aires); Programa especial de Fusiones y Adquisiciones (Universidad Austral); Abogado (Universidad de Buenos Aires). ORCID n. 0000-0001-8829-2033.

Pacífico e Atlântico. Diante desse cenário e utilizando-se o método dedutivo a partir da análise jurisprudencial e documental, o presente artigo tem por objetivo investigar em que medida o caso *Northwest Passage* entre os Estados Unidos e o Canadá pode contribuir para solucionar as controvérsias que surgem no âmbito internacional sobre o direito do mar e regulamentar as práticas comerciais marítimas. Observa-se que, muito embora de extrema importância, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, não é suficiente para dirimir o conflito apresentado, sendo necessário que se promova não somente instrumentos normativos internacionais, como também mecanismos diplomáticos ou foros especializados de maneira a impossibilitar o favorecimento de um Estado em detrimento de outro, bem como de atender uma solução híbrida, capaz de satisfazer aos interesses de todos os Estados envolvidos, que reconheça a navegação e que produza diretrizes e procedimentos de proteção de áreas marinhas.

Palavras-chave: Mudanças Climáticas. Direito do Mar. Artigo. *Northwest Passage*. Áreas Marinhas.

1. Introducción

El cambio climático se origina por las emisiones de gases de efecto invernadero y sus consecuencias se manifiestan, naturalmente, en un incremento de la temperatura promedio del planeta y el nivel de las precipitaciones, así como en el patrón y características que presentan los eventos naturales (DURAN, 2011). Por otra parte, repercute ampliamente en distintos ámbitos de la actividad vinculada al bienestar de la población como, por ejemplo, el comercio internacional y el establecimiento de barreras para arancelarias, la producción de bienes y servicios relacionados al ambiente, la acidificación de mares y océanos, la desaparición de territorios insulares y la afectación de la biodiversidad marina, entre otros (GONZÁLEZ, 2015).

Sin embargo, por razones de extensión, propondremos considerar sólo un sector del planeta como parte de nuestro objeto de estudio, casualmente alejado de nuestra vida diaria: las áreas polares³. Allí, las secuelas del cambio

³ Albert Gore afirma que “Los efectos más tremendos del cambio climático se están dando en el Ártico y la Antártida, en verdad más en el Ártico ya que a diferencia que la Antártida el casquete de hielo del Ártico mide unos 3 metros, es decir, es más vulnerable a las temperaturas que se elevan rápidamente” (GORE, 2007, pp. 126-129). Con más exactitud, Symonides afirma que el cambio climático y el aumento de la temperatura global conducen a una reducción de la capa de hielo que generó, desde el siglo XXI, en el caso del Ártico, una

climático presentan desafíos que van más allá de las actividades científicas como, por ejemplo, el acceso a nuevos recursos vivos y no vivos de gran interés para la industria farmacéutica y energética, entre otros. En ese sentido, recortando aún más la amplitud de temas posibles, en el presente trabajo optamos por analizar una de ellas: la aparición de vías navegables en el Océano Ártico que, se intuye, adquirirán carácter permanente en pocos años y serán aptas para su utilización con fines de transporte marítimo comercial uniendo el norte de los océanos Pacífico y Atlántico, tal como se cree que ocurrirá con el *Northwest Passage* (SYMONIDES, 2015).

De este modo, se presenta como hipótesis de trabajo demostrar qué Parte y Sección de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante, “la Convención”, indistintamente) corresponde asignarle al *Northwest Passage*. ¿Se trata de una aplicación del régimen de “paso en tránsito” dispuesto en la Sección 2 de la Parte III, referida a los estrechos internacionales (y su eventual aplicación *mutatis mutandi* a las “aguas archipelágicas” previstas en la Parte IV)? ¿debe incluirse como un sistema de “aguas interiores” comprendido en la Sección 2 de la Parte II o destinar las disposiciones de “zonas cubiertas de hielo”, establecidas en la Sección 8 de la Parte XII, que regula la protección del medio marino? La respuesta a estas preguntas requiere dar respuesta tres aspectos claves: ¿debe priorizarse el medio marino respecto de la navegación? ¿Se trata de un espacio donde prevalece un uso comercial? ¿Puede tener el primer *status* para luego mutar, dinámicamente, al segundo?

2. El cambio climático y las regiones polares: el Océano Ártico

El efecto del cambio climático posee efectos en el medio animal y vegetal, ya que las elevadas temperaturas alteran los ciclos atmosféricos y

disminución de entre 2 a 5 millones de km², perdiendo así más del 50% de su superficie, en el más grave de las hipótesis (SYMONIDES, 2015, p. 225).

provocan fenómenos meteorológicos cuya frecuencia –e intensidad– es cada vez mayor (FERNÁNDEZ, 2014). En las regiones polares, sus consecuencias resultan especialmente preocupantes al ignorarse la importancia e irreversibilidad del proceso de deshielo de los polos, el incremento del nivel del mar y la alteración de las corrientes marinas (FERNÁNDEZ, 2014).

Precisamente, en el Ártico la lista de perjuicios resulta extensa y afecta el precario balance entre agua y hielo, al punto que el incremento, en una fracción de un grado centígrado en el promedio anual de la temperatura, puede transformar un extenso hielo oceánico en un gran mar abierto (BYERS, 2012). En consecuencia, distintos Estados ribereños adoptaron medidas con el objeto de desarrollar nuevas técnicas sin afectar el ecosistema (BYERS, 2012).

Aunque la comunidad internacional no reconoce universalmente ningún reclamo que recaiga sobre el Ártico, el mismo fue objeto de competencia entre los distintos Estados por la explotación de sus recursos, pero ninguno resultó exitoso (DUYCK, 2011). A pesar del atractivo que poseen sus riquezas para las grandes potencias, se trata de una zona con poca o nula injerencia de actividad humana (DUYCK, 2011). En ese orden de ideas, la disputa entre EEUU y Canadá por el denominado *Northwest Passage* se encuentra inserta en este debate y su calificación como estrecho o aguas interiores, según el interés de cada uno de estos Estados (BYERS, 2012), sin perjuicio de la posible cooperación en el manejo y la administración de esta zona motivada, principalmente, por razones ambientales⁴.

⁴ Incluso puede sostenerse que, como reflejo de esa concientización, se cristalizó la adopción del Tratado Antártico, seguido de acuerdos sectoriales como: Convention on the Conservation of Antarctic Seals, 1972, 11 ILM 251, Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resource, 1980, 19 ILM 841, Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resources Activities, 1988; y especialmente, Protocol on Environment Protection to the Antarctic Treaty, Artículo 7, 1991. Actualmente, el Tratado del Ártico se encuentra en negociación y de hecho, se está utilizando el Tratado del Antártico como base para su proyección, ya que como se sabe, ambas zonas comparten características tanto climáticas, como superficiales. De esta forma, la inspiración y el espíritu resolutivo de este acuerdo está empapando las nuevas tratativas.

2.1. Implementación del principio precautorio

Uno de los temas centrales es, sin duda, el Principio n° 15 de la Declaración de Río⁵ que describe a la emergencia climática como el más prominente –y controvertido– desarrollo del derecho internacional del medio ambiente en las últimas dos décadas, en particular, del principio precautorio (BYERS, 2012). Lo anterior no debe llamarnos la atención toda vez que el concepto resulta aplicable a las regiones polares como zonas cuyo detrimento, a causa principalmente de la variación y contaminación climática, es irreversible y su amenaza constante viene acompañada de potenciales y graves consecuencias.

Como ejercicio comparativo, vale la pena señalar que el Tratado Antártico contiene disposiciones indirectas como los artículos Artículo V y IX que regulan, específicamente la adopción de medidas para evitar las actividades nucleares y radioactivas en la región; y la protección y conservación de los recursos vivos de la Antártida, respectivamente. Asimismo, su Protocolo de Protección del Medioambiente define a la Antártida, en el artículo 2, como una “reserva natural, dirigida a la paz y la ciencia”. Sin embargo, distintos proyectos destinados a la investigación pueden acelerar las consecuencias del cambio climático. Es por ello, debe considerarse si el principio precautorio no solo corresponde ser aplicado en lo que respecta a contaminación y cambio climático, sino ser ampliado en lo relativo al turismo y la investigación (ONU, 1992). A título de ejemplo, Canadá aplica el principio precautorio como uno de los tres fundamentos estratégicos del derecho del mar (HOEL, 2009), definiéndola como “*erring on*

⁵ Cfr. Rio Declaration on Environment and Development 1992, Principle 15: “*In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by states according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a read on for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation*”.

the side of caution”, es decir, con el objeto de evitar la realización de acciones de riesgo y perjuicio (DUYCK, 2011).

No obstante, la zona del Ártico contaba con algunas experiencias en antiguas convenciones y acuerdos aplicables a la protección de la flora y la fauna que aluden también, aunque con menor claridad, al principio precautorio. Un ejemplo de ello fue, en su momento, la Convención para la protección y preservación de lobos marinos en el Océano Pacífico Norte, de 1911⁶.

2.2. Distintas perspectivas de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar aplicables al Cambio Climático y a la Protección de las Regiones Polares

Según Boyle, la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (en adelante, la Convención) no alude, directamente, al cambio climático o a la contaminación del medioambiente por la emisión de gases de efecto invernadero (BOYLE, 2012). Sin embargo, el autor afirma que la Parte XII, al señalar la contaminación marina producida por buques y la protección de ecosistemas sensibles y especies en extinción, puede adecuarse perfectamente a la situación en las regiones del Ártico y la Antártida, especialmente por la aplicación genérica del artículo 192 de la Convención, que dispone la obligación, en cabeza de los Estados, de proteger y preservar el medio marino. En otras palabras, Boyle incluye tanto a ecosistemas frágiles como a *hábitats* especialmente vulnerables, amenazados o en peligro de extinción que, en definitiva, permite comprender en su totalidad a las zonas polares (BOYLE, 2012).

⁶ Conocido como *Convention between the United States and Other Powers Providing for the Preservation and Protection of Fur Seals*, celebrado por EEUU, Reino Unido, Japón y Rusia (EEUU, 2017).

Por otra parte, la contaminación del dióxido de carbono depositado en la atmósfera presenta un riesgo inminente no solo para la biodiversidad marina presente en la columna de agua, sino también para todo el planeta que, aplicando una lectura dinámica de la Convención y en particular, del artículo 194, el mismo aparece adaptable, ya que hace referencia a las medidas necesarias para prevenir la contaminación marina de cualquier fuente⁷. Asimismo, y considerando la norma señalada en conjunto con los artículos 207 (referido a la contaminación procedente de fuentes terrestres) a 212 (contaminación desde la atmósfera o a través de ella), advertimos una vinculación entre todas las fuentes de contaminación marina que permite ampliar nuestra idea.

Por último, resulta especialmente significativo como marco de protección de medio marino el artículo 234, aplicable a las zonas cubiertas de hielo, respecto del cual los Estados ribereños tienen derecho a dictar y hacer cumplir leyes y reglamentos –sin discriminación–, con el objeto de prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques en las zonas cubiertas de hielo, dentro de los límites de la zona económica exclusiva (en adelante, ZEE), donde la especial severidad de las condiciones climáticas y la presencia de hielo sobre esas zonas durante la mayor parte del año creen obstrucciones o peligros excepcionales para la navegación, y la contaminación del medio marino pueda causar daños de importancia o alterarlo en forma irreversible⁸. No obstante, las medidas adoptadas por el

⁷ En efecto, la norma dispone que: “(...) Medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino; 1 Los Estados tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto; 2. Los Estados tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que las actividades bajo su jurisdicción o control se realicen de forma tal que no causen perjuicios por contaminación a otros Estados y su medio ambiente, y que la contaminación causada por incidentes o actividades bajo su jurisdicción o control no se extienda más allá de las zonas donde ejercen derechos de soberanía de conformidad con esta Convención (...).

⁸ Con fundamento en una entonces polémica legislación canadiense de los años 1970 del siglo XX, destinada a regular su jurisdicción sobre la navegación hasta una anchura de 100 millas

Estado costero deben respetar, debidamente, la navegación, por lo que resulta necesario reconocer que se trata de un margen de discrecionalidad que no admite abusos y que, de presentarse la navegación, debe remitirse a las demás disposiciones de la Convención, particularmente las dispuestas en la Parte II y la Parte III.

3. El régimen de navegación en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y su aplicación al *Northwest Passage*

3.1. Consideraciones generales sobre el paso inocente en la Convención

Se entiende por “paso inocente” a la navegación pacífica, rápida e ininterrumpida de un buque extranjero que no resulte perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño⁹, el que puede regular la misma siempre que no imponga requisitos a estos buques con el objeto de denegar u obstaculizar el paso ni constituya, en la práctica, una discriminación. Tampoco permite establecer gravámenes por el solo hecho de realizarse el tránsito, excepto que se trate de un pago no discriminatorio ante

para evitar la contaminación del mar por los buques, este artículo fue negociado por la propia Canadá, la entonces Unión Soviética Unión y los EEUU, obteniendo aprobación por los gobiernos de estos países (SYMONIDES, 2015). Aunque Symonides omite la información de la norma canadiense se trata, con seguridad, de la *Arctic Waters Pollution Prevention Act (AWPPA)*, adoptada en 1970 por aquel Estado (LALONDE, 2014).

⁹ Cfr. artículos 19 y 20 de la Convención. Asimismo, para beneficiarse del paso inocente, el mismo no puede ser utilizado por el buque para ingresar a las aguas interiores del Estado ribereño o salir de ellas, ni realizar escalas en radas o instalaciones portuarias. El carácter de paso rápido e ininterrumpido no impide que el buque pueda detenerse y fondear, siempre que ello sea producto de incidentes normales de la navegación, fuerza mayor, dificultad grave o que tenga el objeto de prestar auxilio a personas. Finalmente, las actividades contempladas en el artículo 19 (2), a) a l) de la Convención son consideradas pasos perjudiciales, concluyendo que cualquier actividad no relacionada directamente con el paso, impide calificarlo como “inocente”.

determinados servicios prestados (por ejemplo, el practicaje obligatorio por razones de seguridad marítima)¹⁰.

Su antecedente más relevante fue el estudio, por parte de la C.I.J., al decidir el primer caso sometido a su decisión: el asunto del *Corfu Channel*, en 1949 (ICJ, 1949). Allí la Corte afirmó que el paso era inocente, mientras no fuese perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño, aspecto que fue codificado en el artículo 17 de la Convención y que, actualmente, posee carácter consuetudinario. A pesar de lo dispuesto en el artículo 19, tendiente a establecer criterios objetivos para aclarar el significado de “paso inocente”¹¹, la doctrina no acuerda en afirmar si las disposiciones referidas a este derecho (entre los artículos 14 y 23), pueden tener idéntica naturaleza, ya que poseen un carácter general amplio de interpretación discrecional a favor del Estado ribereño (WOLF, 2012).

Tal vez, una posible explicación de lo anterior encuentre fundamento en el resultado alcanzado en otra Parte de la Convención: el régimen de estrechos internacionales, ya que muchos de ellos quedaban totalmente dentro del mar territorial de Estados ribereños, requiriendo que los negociadores consensuaran un sistema especial, ante la necesidad de asegurar un paso libre y sin obstáculos, especialmente por aquellos interesados en una rápida movilización de flotas navales, dentro de un contexto signado por la guerra fría. En otras palabras, en el régimen del mar territorial, el derecho de paso inocente es interpretado en beneficio del Estado

¹⁰ *Cfr.* artículos 21 a 26 de la Convención. El derecho de paso inocente no se aplica al sobrevuelo de las aeronaves, por aplicación del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944. Asimismo, cabe señalar que Chicago se firmaron otros acuerdos como el Acuerdo de Tránsito y el Acuerdo de Transporte, que consagró las llamadas “libertades del aire” moderando la rigidez del Convenio de 1944 referido, de modo que primera libertad acordada en el Acuerdo de Tránsito, reconoce el derecho sobrevuelo pacífico de aeronaves sobre el espacio aéreo de terceros Estados sin aterrizaje.

¹¹ La lista menciona actividades relacionadas con la soberanía, la integridad territorial, la independencia política, la defensa o seguridad del Estado ribereño, ejercicios navales, contaminación intencional, pesca, investigación, perturbación en comunicaciones, servicios e instalaciones, así como cualquier otra actividad que no una relación directa con pasaje.

riberreño, mientras que, en los estrechos internacionales, el mismo resulta favorable al Estado del pabellón del buque.

En definitiva, los buques extranjeros que ejerzan el derecho de paso inocente por el mar territorial deberán cumplir las leyes y reglamentos del Estado ribereño, así como las normas internacionales generalmente aceptadas relativas a la prevención de abordajes en el mar. Por su parte, el Estado ribereño puede intervenir o suspender temporalmente el paso, cuando lo requiera la seguridad en la navegación, puede designar vías marítimas y establecer dispositivos de separación del tráfico marítimo, en particular respecto de buques contenedores de hidrocarburos, buques de propulsión nuclear y aquellos que transporten sustancias o materiales nucleares u otros intrínsecamente peligrosos o nocivos¹², entre otras medidas para protección de su seguridad¹³. El Estado ribereño tiene, en general, una amplia gama de facultades de ejecución contra buques extranjeros en caso de presentarse un paso no inocente, por ejemplo: detener, visitar e inspeccionar a los buques, pudiendo indicarles la salida del mar territorial o bien, dirigirlos a puerto para dar inicio al proceso judicial que corresponda.

Como corolario, el Estado ribereño ejerce su soberanía conforme la Convención y otras normas del derecho internacional aplicables, con la sola limitación de permitir el paso inocente de los buques que enarboles el pabellón de otros Estados, los que deben navegar sin realizar actividades que requieran de la autorización del Estado costero o que sean contrarias a sus leyes. Ello significa, desde otro punto de vista, que este Estado puede, en principio sin limitación, regular y controlar prácticamente todas las actividades desarrolladas en el mar territorial, incluyendo el sobrevuelo.

¹² *Cfr.* artículos 21 (4) y 22 (1) y (2) de la Convención.

¹³ *Cfr.* artículo 25 de la Convención.

3.2. Los estrechos utilizados para la navegación internacional y el derecho de navegación: su aplicación *mutatis mutandis* a las aguas archipelágicas

Un estrecho es un curso de agua navegable que une dos zonas de mar y su régimen presenta, en la práctica, dificultades de orden político y geográfico que, asociadas a la libertad de navegación y comunicación, pueden presentar aristas complejas (CAMINOS, 1987), especialmente cuando el estrecho divide las costas de dos Estados¹⁴. Su definición legal se basa en dos elementos: una condición geográfica referida a dos grandes masas de agua conectadas entre sí; y el carácter funcional de ser utilizado para la navegación internacional. Su régimen es un compromiso de gran importancia, tanto para los Estados que desean ejercer su paso como para aquellos interesados en supervisar y regular el tráfico de estas aguas (LAPIDOTH, 2012).

Históricamente, su antecedente se encuentra en los trabajos del *Institut de Droit International* elaborados entre 1894 y 1912; en el debate en la Conferencia de La Haya de 1907; y las tareas de la *International Law Association (ILA)* (CAMINOS, 1987). Respecto del paso de buques de guerra en tiempos de paz, la C.I.J. tuvo ocasión de analizar la misma en el caso del *Corfu Channel*, reconociendo a aquellos el derecho de paso ya que ese estrecho unía dos partes de alta mar y se utilizaba para la navegación internacional, a pesar de su carácter secundario respecto de otras vías (ICJ, 194).

Posteriormente, el derecho consuetudinario en materia de estrechos fue codificado y se reflejó en el artículo 16, inciso 4 de la Convención sobre Mar

¹⁴ Para una primer aproximación al concepto de “estrechos utilizados para la navegación internacional” (o estrechos internacionales) nos remitimos a la sentencia de la C.I.J. en el *Corfu Channel* ya referido. En el caso, Albania había sostenido que el estrecho no era una vía marítima internacional por tratarse de una vía secundaria y se empleaba casi con exclusividad para el comercio local entre Jacaranda y Corfú. La C.I.J. desestimó estos argumentos y destacó la “situación geográfica de estrecho” al comunicar dos zonas de alta mar y que el mismo era utilizado para la navegación internacional. En el caso de la República Argentina, reviste especial interés el estatus jurídico del estrecho de Magallanes (CAMINOS, 1987).

Territorial y la Zona Contigua, de 1958, estableciendo los requisitos a cumplirse para considerar a un curso de agua como un estrecho internacional. Sin embargo, algunos autores interpretan que esta norma constituyó, en parte, desarrollo progresivo (LAPIDOTH, 2012).

No obstante, el régimen de estrechos generó arduos debates durante la III Conferencia y finalmente, la Convención estableció en su Parte III las disposiciones jurídicas aplicables para los estrechos destinados a la navegación internacional. Su articulado concilia, de modo equilibrado, los intereses de potencias mercantes y militares, exigiendo una fluidez en el tránsito internacional y las mayores opciones de operatividad para sus fuerzas navales (SCOVAZZI, 2000); y los del Estado costero del estrecho preocupados, fundamentalmente, por la seguridad estratégica defensiva de sus costas y la protección ambiental (TREVES, 1990).

Al respecto, Scovazzi (2000, p. 168) afirma que el régimen de estrechos internacionales establecido en la Convención fue un punto crucial del *package deal*. En ese sentido, solo los estrechos utilizados para la navegación internacional son regulados por la Convención, en los que rige un derecho de paso establecido por la misma Parte III¹⁵, encontrándose los Estados costeros obligados a no obstaculizar el mismo e informar todo peligro que amenace su navegación o sobrevuelo. Asimismo, si un estrecho utilizado para la navegación internacional une dos zonas de alta mar, o la alta mar y una ZEE, o dos ZEE de dos Estados distintos, se aplica al respecto el derecho de paso para la navegación y el sobrevuelo previsto en la Sección II de la Parte III de la Convención¹⁶.

A pesar de su aparente similitud con el régimen de paso inocente previsto para el mar territorial, este resulta más favorable a los Estados en ejercicio del derecho en tránsito, ya que se aplica también a las aeronaves¹⁷ e

¹⁵ Cfr. artículo 37 de la Convención.

¹⁶ Cfr. artículos 38 y 39 de la Convención.

¹⁷ Cfr. artículo 38 de la Convención.

incluye, discutiblemente, el derecho de paso sumergido para los submarinos (WOLF, 2012). Por otra parte, el Estado costero puede dictar leyes y reglamentos en materia de seguridad de la navegación; prevención, reducción y control de la contaminación; prohibición de pesca; y, embarco o desembarco de productos, monedas o personas¹⁸. En definitiva, los estrechos constituyen un régimen especial en materia de navegación que permite, con requisitos, establecer disposiciones en materia de conservación de recursos vivos y no vivos, incluso en estrechos que constituyan una frontera entre dos Estados¹⁹.

Finalmente, en aguas archipelágicas, los deberes de los buques y aeronaves durante su paso, incluyendo las actividades de investigación y estudio, así como los deberes del Estado archipelágico y las disposiciones referidos al tránsito por las vías marítimas archipelágicas remite a los artículos 39, 40, 42 y 44 de la Convención que se aplican, *mutatis mutandis*, al paso por las vías marítimas archipelágicas²⁰. En lo referido al paso, el artículo 53 (3), (4) y (12) aporta algunas aclaraciones al concepto de “paso por las vías marítimas archipelágicas”, entendiéndole como:

(...) el ejercicio, de conformidad con esta Convención, de los derechos de navegación y de sobrevuelo en el modo normal, exclusivamente para los fines de tránsito ininterrumpido, rápido y sin trabas entre una parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva y otra parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva.

4. Tales vías marítimas y rutas aéreas atravesarán las aguas archipelágicas y el mar territorial adyacente e incluirán todas las *rutas normales* de paso utilizadas como tales en la navegación o sobrevuelo internacionales a través de las aguas archipelágicas o sobre ellas y dentro de tales rutas, en lo que

¹⁸ Cfr. artículo 42 (1) de la Convención.

¹⁹ Cabe destacar que el régimen, para algunos Estados como EEUU, reviste carácter de norma consuetudinaria (UN, 1988, p. 18) o bien, se trata de un régimen que no posee aceptación general en virtud de distintas declaraciones realizadas, como Irán (que no es parte, con relación al Estrecho de Ormuz), en los siguientes términos: “(...) *certain of its provisions are merely the product of quid-pro-quo which do not necessarily purport to codify the existing customs or established usage (practice) regarded as having an obligatory character*” y que “*the right of transit passage through straits used for international navigation*” (part III, section 2, article 38)”. Disponible en http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Iran Upon signature . Acceso en 01/07/2017.

²⁰ Cfr. artículo 54 de la Convención.

se refiere a los buques, todos los canales normales de navegación...;

12. Si un Estado archipelágico no designare vías marítimas o rutas aéreas, el derecho de paso por vías marítimas archipelágicas podrá ser ejercido a través de las rutas utilizadas *normalmente* para la navegación internacional (ONU, 1982).

Lo anterior nos lleva a preguntarnos si al *Northwest Passage* se le deben aplicar las disposiciones referidas a la Parte III, referida a los estrechos internacionales; las establecidas en la Parte IV, reconocidas para las aguas archipelágicas; o ninguna de ellas, recurriendo a la Convención y las disposiciones específicas que se presentan en las particularidades del caso.

4. El caso particular del *Northwest Passage*: el debate entre EEUU y Canadá

Los efectos del cambio climático, evidentes en las regiones polares y principalmente, en el Ártico, advierten sobre las oportunidades que brindan los mares de agua-hielo como oportunidad para la navegación y el comercio, empleando sus rutas para efectuar y perfeccionar este intercambio. Sin lugar a dudas una de las vías más conocidas es el Pasaje Noroeste, también llamado “*Northwest Passage*”, que se extiende a través del archipiélago ártico de Canadá (HANDI, 2012), con un gran potencial como espacio estratégico que no sólo acortaría y abarataría los costos marítimos en el transporte entre Europa y la costa este de los EEUU, sino que también comunicaría esta con el continente asiático (GRIFFITHS, 1993).

En este contexto es que EEUU, Rusia, Japón y la Unión Europea, intentan obtener, permanentemente, beneficios para maximizar sus intereses y, en consecuencia, advierten las distintas alternativas que presentan las regiones polares (FRANCKX, 1993). Así fue como realmente han tenido inicio todas las controversias en torno al *Northwest Passage*, y por esta misma razón es que las disputas llevan años de duración y han contado con la participación

de muchos actores internacionales para proponer una solución que contemple sus intereses.

El inicio de la tesis canadiense se sitúa en 1969 cuando un buque tanque intentó atravesar el Archipiélago Ártico de Canadá para comprobar la posibilidad de transportar petróleo desde Alaska hasta el noroeste de los Estados Unidos y tal vez Europa. El Estado canadiense lo consideró como una intromisión a su territorio que afectó su soberanía, aunque este aspecto es cuestionado por parte de la doctrina, que desconoce el dominio canadiense en estas extensiones. En el año 1970 y motivado por este incidente, Canadá extendió su mar territorial a 12 millas y dispuso una zona de conservación de hasta 100 millas, con el objeto de administrar el espacio en base a una “soberanía funcional y cuidado” de zonas delicadas. Fue en 1973 cuando el gobierno canadiense califica al pasaje como aguas interiores, negando reconocerle el carácter de estrecho internacional y así, intentar obtener pleno dominio sobre las aguas del Archipiélago Ártico. Las controversias comienzan a proliferar cuando, en 1985, cuando Canadá insistió en requerir a los EEUU una autorización previa para permitir el paso de un buque rompe-hielo. EEUU se negó rotundamente a esto, alegando que el *Northwest Passage* reviste carácter de estrecho internacional (HANDI, 2012).

Estas disputas convergieron, en 1988, con un acuerdo de cooperación en el ártico referido al tránsito en el Pasaje del Noroeste que impide otorgarle efecto jurídico, en relación a las respectivas posiciones de los Estados entre ellos ni tampoco respecto de terceros, a toda navegación realizada por buques rompehielos norteamericanos²¹. En otras palabras, ambos Estados reafirmaron sus posiciones en la controversia reduciendo la cuestión, según Symonides (2015, p. 238), a si el *Northwest Passage* puede ser reconocido como un estrecho utilizado para la navegación internacional.

²¹ Cfr. *Canada Treaty Information, Agreement between the government of the United States of America on Artic cooperation*, E 101701 – CTS, 1988, No 29. Disponible en www.treaty-accord.gc.ca . Acceso en 01/07/2017.

Desde aquel momento pocos rompehielos cumplieron con la formalidad de la notificación y autorización previa. El fundamento es ideológico: los EEUU continúan afirmando que no sólo la ruta en cuestión presenta carácter de libre navegación, sino también todas las rutas conformadas por las islas del Ártico, negando a estas el estatus de aguas interiores canadienses (HANDI, 2012).

Sobre este punto, Symonides (2015, p. 238-239) se pregunta si las condiciones geográficas que conecten las aguas de los estrechos destinados a la navegación internacional resultan suficientes o bien si estas deben complementarse con un uso funcional para el transporte marítimo. Por evidentes razones, Canadá alega que esta condición no es cumplida en el caso del *Northwest Passage*. Sin embargo, en el supuesto de reducir el debate a una calificación de estrecho internacional que la prudencia no permite asegurar de modo concluyente, adelantamos que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no contiene disposiciones de particular y especial aplicación al caso en estudio, aunque es posible razonar que de la propia naturaleza que poseen estrechos internacionales destinados a la navegación, regulados en la Parte III de la Convención, debe prevalecer el tránsito del buque por sobre las restricciones del Estado costero.

Asimismo, este ensayo de criterio que hemos adelantado revela la inconsistencia de los argumentos canadienses al exigirse una “práctica” que habilite la funcionalidad cuando, por otro lado, este Estado interpreta el acuerdo de 1988 celebrado con los EEUU –ya señalado– como una limitación en ese sentido.

En razón de lo expuesto, si se considerase al *Northwest Passage* como un estrecho, no quedan muchos fundamentos para la oposición canadiense, ni siquiera ante buques o aeronaves de guerra extranjeros, excepto que se encuadre dentro de las excepciones a la navegación, de carácter restrictivo, que habilita la Parte III de la Convención (GODIO, 2015).

Por otra parte, corresponde rechazar al *Northwest Passage* como una vía de navegación conformada por un conjunto de islas (COGLIATI-BANTZ, 2015) que, a su vez, disponga el establecimiento de vías marítimas archipelágicas ya que, en este supuesto que remite a un paso sin restricciones, la navegación y sobrevuelo que debe realizarse del modo “normal”. Este resultado para el caso del *Northwest Passage* es la que propone Vincent Cogliati-Bantz (2015), en criterio que compartimos, con fundamento en las negociaciones e interpretaciones formuladas en ocasión de la III Conferencia.

En definitiva, independientemente de prevalecer el criterio de una tesis u otra, lo único que parece indiscutible es que el cambio climático permitiría una gradual “normalización” del tránsito en el *Northwest Passage* que, sostenemos, con el tiempo favorecería la interpretación de los intereses y la posición del Gobierno de los EEUU tendiente a asegurar la navegación por estas aguas.

Lo anterior adquiere aún más fundamento cuando al considerar la evaluación de la postura canadiense, sintetizada por Suzanne Lalonde, quien afirma los derechos canadienses sobre el control del *Northwest Passage* se encuentran desafiados ante el creciente acceso en la región del Ártico y el aumento del transporte marítimo (LALONDE, 2014); ensayando propuestas de protección a partir de dos fundamentos: 1) la aplicación del artículo 234 de la Convención ya referido; o 2) considerar al *Northwest Passage* como una “Zona Marina Particularmente Sensible” (*Particularly Sensitive Sea Area*, o P.S.S.A.)²².

²² Se trata de áreas que, debido a su reconocida importancia ecológica, socioeconómica o científica, puede ser vulnerable a los daños causados por las actividades marítimas internacionales. Los criterios para su identificación y requisitos de designación están contenidas en la directriz de la O.M.I., revisada en 2005, A.982(24) *Revised guidelines for the identification and designation of Particularly Sensitive Sea Areas (PSSAs)*, comprendiendo a los ecosistemas únicos o raros; la biodiversidad y su vulnerabilidad; criterios sociales, culturales y económicos, como la importancia de la zona para la recreación o el turismo; y criterios científicos o históricos, entre otros. Una vez que se le designa como PSSA, es posible adoptar medidas específicas de control para las actividades marítimas como, por ejemplo, establecer criterios de separación del tráfico o aplicar requisitos más estrictos de carga y descarga en buques, entre otros. Actualmente, existen dieciséis áreas determinadas como

Actualmente, el *Northwest Passage* es utilizado para la navegación, aunque sólo parcial y esporádicamente durante el verano, y presenta, respecto del *Northern Sea Route*, una importante diferencia ya que este último es utilizado durante todo el año por buques de la Federación de Rusia, que cuenta con la más importante flota de rompehielos del mundo y mantiene, desde 1991, esta ruta abierta para la navegación internacional (SYMONIDES, 2015).

Llegado a este punto ¿constituye la Convención y sus disposiciones un instrumento completo para su regulación o bien, es necesario recurrir a un instrumento específico, atento las particularidades que presenta la zona del *Northwest Passage*? En una interpretación preliminar, puede reconocerse la aplicación de muchas instituciones de la Convención, tales como: aguas interiores, mar territorial, estrechos utilizados para la navegación internacional, ZEE, alta mar y la protección del medio marino resultan *prima facie* suficientes. Sin embargo, en tiempos recientes han aparecido nuevas regulaciones: en junio de 2010, Canadá dispuso la vigencia obligatoria del *The Northern Canada Vessel Traffic Services Zone Regulations* (conocido como “NORDREG”, por sus siglas en inglés), un sistema de información de entrada y navegación, aplicable a los buques que ingresen en aguas situadas al norte de Canadá (NORDREG, 2015).

La obligatoriedad de la norma mereció el rechazo de gran parte de los armadores, además de los gobiernos de EEUU, la Unión Europea y Singapur, al interpretar que se trata de una violación al principio de la libertad de navegación que no guarda relación con los derechos de soberanía reconocidos en la ZEE (SYMONIDES, 2015, p. 230). Sin embargo, no resultaría difícil justificar la postura canadiense aplicando los grandes principios ambientales y las disposiciones de protección del medio marino, especialmente si se

“particularmente sensibles” por la O.M.I (OMI,. Fuente disponible en <http://www.imo.org/es/OurWork/Environment/PSSAs/Paginas/Default.aspx> . Acceso en 01/07/2017.

consideran los peligros adicionales y las condiciones que influyen en la navegación por estas aguas.

Symonides (2015) afirma que existe una gran cantidad de normas, códigos, directrices y recomendaciones vinculantes que garantizan la seguridad de los buques, su tripulación y sus pasajeros. Sin embargo, afirma que estas, a pesar de tener un impacto positivo, no resultan suficientes para la navegación en el Ártico. El único documento previsto expresamente no posee carácter vinculante y fue adoptado por dos órganos de la Organización Marítima Internacional (en adelante “O.M.I.”): el Comité de Seguridad Marítima y el Comité de Protección del Medio Marino en octubre y diciembre de 2002, respectivamente, que reconocen las exigencias adicionales que requiere el ambiente polar, debido a las condiciones climáticas de las aguas árticas cubiertas de hielo, para los buques y embarcaciones a partir de las quinientas toneladas, clasificados según las condiciones de navegación y tipo de buque.

Realizando un paralelismo, cabe señalar que los Miembros Consultivos pertenecientes al Sistema del Tratado Antártico solicitaron a la O.M.I., en 2004, la elaboración de directrices para los buques que operen en las aguas al sur del paralelo 60° Sur²³ adoptadas, finalmente, en 2009 y en vigor desde el 1° de enero de 2011²⁴. No obstante lo anterior, cabe señalar que en febrero de 2010, la O.M.I. comenzó la elaboración de un proyecto de código para la navegación en las aguas del Ártico y la Antártida (SYMONIDES, 2015, p. 233).

²³ Cfr. *ATCM Decision 4, “Guidelines for Ships Operating in Arctic and Antarctic Ice-covered Waters”*, ATCM XXVII (24 May – 4 June 2004).

²⁴ Cfr. *A 26/Res.1024*, adoptada en 2 dec. 2009, Ítem 10 de la agenda, 18 jan. 2010. Disponible en https://www.govmin.gl/images/stories/petroleum/IMO_A.102426_Guidelines_for_ships_operating_in_polar_waters.pdf. Acceso en 01/07/2017.

3. Conclusión

El derretimiento del Océano Ártico presenta una importante oportunidad para el desarrollo del transporte internacional a través de la conexión de las rutas marítimas, permitiendo así reducir los costos comerciales y ambientales como consecuencia del transporte marítimo entre Europa y Asia, incluyendo a los Estados de América del Norte (SYMONIDES, 2015, pp. 225-226).

Lo anterior no significa, *per se*, una consecuencia negativa desde el inicio, ya que posibilita un importante ahorro de combustible y una reducción en las emisiones de los gases que provocan el efecto invernadero (GORE, 2007), además de interesantes perspectivas para el desarrollo de la actividad turística, además de proporcionar una fuente de acceso de agua potable, al menos teóricamente (SYMONIDES, 2015, p. 225).

Sin embargo, implementar estas actividades implican peligros para el medio marino al elevarse los niveles de ruido, afectar el hábitat de los mamíferos marinos e irrumpir a la población allí asentadas (AVELING, 2010). En otras palabras, el inicio de cualquier acción merece ser estudiada seriamente a fin de no afectar intereses y otros bienes tutelados. Lo importante a considerar, más allá del debate sobre el régimen aplicable a la navegación o conservación del Ártico y el Paso del Noreste como un “área marina sensible”, es el rol de los Estados interesados en estos espacios, a fin de no sólo promover los instrumentos internacionales necesarios, por los mecanismos diplomáticos o foros especializados adecuados como, por ejemplo, la O.M.I., sino también su cumplimiento.

Este último aspecto requiere, de acuerdo a la práctica internacional, de un sistema de solución de controversias realista que se encuentra presente en la Convención dispone en la Parte XV. Sin embargo, cabe señalar que el artículo 298 (1) (b), exceptúa del sistema de arreglo las controversias referidas a aguas históricas y las disputas de soberanía, razón por la cual resultaría

necesario avanzar en un acuerdo bilateral o regional específico, máxime si los EEUU continúa sin ratificar la Convención.

Finalmente, corresponde adoptar una conclusión sobre qué parte de la Convención debe aplicarse al *Northwest Passage*, tal como lo hemos planteado al comienzo de nuestro trabajo. El desarrollo de la controversia entre Canadá y los EEUU se dirige, a pesar de los tratados bilaterales y sus declaraciones, a una práctica que favorece la postura de este último Estado, que pretende emplearle las disposiciones previstas para los estrechos internacionales y las aguas archipelágicas, en el caso que corresponda este criterio final para este paso en particular.

En ese sentido, cabe recordar que no es posible exigir a la Convención requisitos no previstos y que en los estrechos internacionales destinados a la navegación deben prevalecer las disposiciones del tránsito de buques por sobre las restricciones del Estado costero, en el caso, Canadá. Su fundamento se refuerza incluso, gracias a la práctica realizada por los Estados como consecuencia del cambio climático y que nos permite concluir en una inevitable aplicación, tarde o temprano, fundada en la costumbre internacional. Sin embargo, el derecho internacional requiere prudencia y, por su carácter dinámico, es posible la aparición de opciones de origen diplomático que eviten un desenlace a favor del paso y contemple en una solución híbrida los intereses de ambos Estados que reconozca la navegación y, simultáneamente disponga pautas de protección propias de un área marina sensible.

Referencias

- BOYLE, Alan, “Law of the Sea Perspectives on Climate Change”, **The International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol. 27, 2012, pp. 831-838.
- BYERS, Michael, ‘Arctic Region: Specific geographic issues’, Rüdiger Wolfrum (ed.), **The Max Planck Encyclopedia of Public International Law** (Oxford University Press, Oxford, 2012).
- CAMINOS, Hugo, “**The legal régime of straits in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea**”, *Recueil des Cours*, Vol. 205, 1987, pp. 9-245.

COGLIATI-BANTZ, Vincent P., “Archipelagic States and the New Law of the Sea”, en Lilian del Castillo (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea*. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos, Leiden, Brill, 2015, pp. 299-317.

DURÁN COTRINA, Patricia, “La economía del cambio climático”, **Revista Peruana de Derecho Internacional**, Tomo LXI, Setiembre-Diciembre, N° 144, 2011, pp. 179-196.

DUYCK, Sebastien, “Drawing Lessons for Artic Governance from the Antarctic Treaty System”, Gudmundur Alfredsson, Timo Koivurova and Kamrul Hossain (eds), **The Yearbook of Polar Law**, Vol 3, Leiden, Brill, 2011.

FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M., “El cambio climático y la sostenibilidad de los recursos pesqueros del Mar del Norte: La controversia comercial entre la Unión Europea y las Islas Feroe”, **Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)**, Vol. 4, 2014.

FORNARI, Matteo, **Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale**, Milano, Giuffrè Editore, 2010.

FRANCKX, Erik, **Maritime Claims in the Arctic: Canadian and Russian Perspectives**, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

GODIO, Leopoldo M. A., “La evolución del régimen jurídico de las islas en el derecho internacional contemporáneo y su interpretación en la controversia entre Nicaragua y Colombia”, en Mauricio Alice [et. al.], *Contribuciones al estudio del derecho internacional*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 2015, pp. 157-182.

GODIO, Leopoldo M. A. & ROSENTHAL, Julián M., “La libre navegación de los buques de guerra en el mar territorial y su regulación a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 3, N° 2, 2015, pp. 109-131.

GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., “Los desastres naturales y sus efectos en islas y Estados insulares: posibles soluciones jurídicas”, en Silvina Sandra González Napolitano (dir.), **Respuestas del derecho internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales**, Avellaneda, SGN Editora, 2015, pp. 97-110.

GORE, Albert, **Una verdad incómoda: la crisis planetaria del calentamiento global y cómo afrontarla**, Barcelona, Gedisa, 2007.

GRIFFITHS, Frederick, **Politics of the Northwest Passage**, Kingston, Mc Gill- Queen’s UNIVERSITY Press, 1987.

HAKON HOEL, Alf, “**Best Practices in Ecosystems Based Oceans Management in the Arctic**”, Report Series Number 129, 2009.

HANDL, Günther, ‘Northwest Passage (Canadian-American Controversy)’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), **The Max Planck Encyclopedia of Public International Law** (Oxford University Press, Oxford, 2012).

KRASKA, James, “The Northern Canada Vessel Traffic Services Zone Regulations (NORDREG) and the Law of the Sea”, **International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol. 30, 2015, pp. 225-254.

LALONDE, Suzanne, “Evaluating Canada’s Position on the Northwest Passage in Light of Two Possible Sources of International Protection”, en Clive Schofield, Seokwoo Lee & Moon-Sang Kwon (eds.), **The Limits of Maritime Jurisdiction**, Leiden, Brill, 2014, pp. 575-588.

LAPIDOTH, Ruth, ‘Straits, International’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), **The Max Planck Encyclopedia of Public International Law** (Oxford University Press, Oxford, 2012).

SCOVAZZI, Tullio, “**Evolution of International Law of the Sea**”, *Recueil des Cours*, Vol. 286, 2000, pp. 39-243.

SYMONIDES, Janusz, “Problems and Controversies Concerning Freedom of Navigation in the Arctic”, en Lilian del Castillo (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International*

Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos, Leiden, Brill, 2015, pp. 225-242.

TREVES, Tullio “**Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer**”, Recueil des Cours, Vol. 223, 1990, pp. 9-302.

WOLF, Sarah, ‘Territorial Sea’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), **The Max Planck Encyclopedia of Public International Law** (Oxford University Press, Oxford, 2012).

Artigo recebido em: 24/05/2019.

Aceito para publicação em: 14/06/2020.