

EL CONFLICTO RUSO-UCRAIANO Y LOS LÍMITES DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES ESTABLECIDOS POR LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR DE 1982

LEOPOLDO M. A. GODIO*

SUMARIO: I. Introducción. II. Las controversias marítimas con elementos terrestres en el sistema de solución de controversias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. III. La jurisprudencia internacional en controversias marítimas con elementos terrestres. III.a) El laudo referido al establecimiento de un área marina protegida en el Archipiélago de Chagos. III.b) El laudo sobre la controversia en el Mar del Sur de la China. IV. El caso entre Ucrania y Rusia concerniente a los derechos del Estado costero en el Mar Negro, el Mar de Azov y el estrecho de Kerch. V. Conclusión.

I. Introducción

El sistema de solución de controversias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 posee un nivel de detalle y complejidad que —dentro del consenso negociador bajo el concepto del *package deal*— no parece admitir resquicios en cuanto a los tipos de asuntos que pueden llegar a conocimiento de los foros habilitados para examinar los problemas referidos a los mares y océanos.

Con fundamento en la abundante bibliografía especializada, es posible admitir que el texto de la Convención de 1982 se encuentra profundamente marcado por una negociación extremadamente compleja en cuestiones jurídicas, económicas, tecnológicas y políticas,

* Abogado, Magíster en Relaciones Internacionales y Doctor, tesis *Sobresaliente* y recomendada a “Premio Facultad” (Universidad de Buenos Aires). Miembro Consejero del CARI.

especialmente si se advierte el contexto de la Guerra Fría. Sin embargo, Arias-Schreiber ha sostenido que la “... Convención ha sido el resultado de compromisos políticos, más que una obra de juristas esclarecidos, y que muchas de sus disposiciones no han tenido en cuenta la evolución previsible de la conducta de los Estados sino sus intereses inmediatos, a menudo contrapuestos”¹.

No obstante la opinión de Arias-Schreiber, creemos que el texto de la Convención de 1982 ha logrado adaptarse a un cambiante derecho internacional y sus desafíos contemporáneos, superando todas las evaluaciones posibles durante su negociación, más allá de los aspectos meramente formales². Nuestra afirmación puede encontrarse, por ejemplo, en la valoración realizada por Kelly, quien magistralmente se refiere a la peculiar arquitectura de la Convención de 1982, susceptible de reunir un “... mosaico de temas jurídicos y metajurídicos (...) en torno al sistema de solución de controversias en la Convención [de 1982]...” y del cual pueden generarse “... una pléyade de interpretaciones, opiniones, sugerencias, cuestionamientos y propuestas que enriquecen el conocimiento y la comprensión de los aciertos, problemas y lagunas que derivan de la aplicación e interpretación de las normas de la Convención a la luz de la jurisprudencia y de la práctica...”³.

Precisamente, el sistema de solución de controversias de la Convención de 1982 se ha situado en el centro de los diferendos internacionales de las últimas décadas, particularmente en aquellas

¹ ARIAS-SCHREIBER, Alfonso, “La Zona Económica Exclusiva. Su naturaleza jurídica. Usos militares”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Tomo LXIII, N° 149, 2013, pp. 133.

² Nos hemos referido a este aspecto en GODIO, Leopoldo M. A., & ROSENTHAL, Julián M., “The prompt release of vessels in provisional measures procedures. New trends and challenges?”, *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 4, N° 7, 2015, pp. 43-67. Actualmente, puede adicionarse la solicitud de opinión consultiva sometida, el 12 de diciembre de 2022, por una comisión de pequeños Estados insulares (creada en 2021) al Tribunal Internacional del Derecho del Mar para conocer las obligaciones específicas de los Estados Parte en relación a los perjuicios ocasionados por el cambio climático, la elevación del nivel del mar, el calentamiento y la acidificación de los océanos. Cfr. *Request for Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Order of 16 December 2022, ITLOS Reports 2022-2023*, (to be published).

³ KELLY, Elsa D. R., “Prólogo”, en Leopoldo M. A. Godio (comp.), *El sistema de solución de controversias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: contribuciones de su experiencia*, Buenos Aires, Eudeba, 2019, p. 24.

poseedoras de una indudable trascendencia e importancia marcada por lo geográfico, lo político y jurídico⁴. Estas disputas pueden encuadrarse en asuntos concernientes a: cuestiones militares; el acceso a recursos vivos y no vivos; la protección del medio marino; el intento de justificación de una presencia en áreas con recursos estratégicos; asegurar rutas marítimas claves para la navegación y sobrevuelo; la proyección de espacios marítimos originados en territorio terrestre; e incluso la consolidación de situaciones de hecho complejas, cuando no sutiles⁵.

Llegado a este punto corresponde preguntarse si, atento la competencia *ratione materiae* de la Convención de 1982 a los foros judiciales sobre la base del artículo 286, ¿es posible que un tribunal arbitral *ad hoc* —de conformidad con su Anexo VII— resuelva cuestiones marítimas con elementos terrestres?

La cuestión ya se ha presentado en los arbitrajes referidos al área marina protegida alrededor de Chagos⁶, declarada unilateralmente por el Reino Unido; la disputa sobre el Mar del Sur de la China⁷, y también posee una potencial aparición en el caso concerniente a los derechos del Estado costero en el Mar Negro, el Mar de Azov y el estrecho de Kerch, proceso actualmente en curso⁸.

⁴ Aunque el orden de los factores no suele alterar el producto, consideramos correcta la secuencia que hemos dispuesto. El fundamento lo podemos encontrar en las palabras de Beltramino, que en cuestiones de controversias geopolíticas opina que se trata de una “interrelación vertical” en el cual el territorio es antecesor (y luego sucesor) de la norma. Cfr. BELTRAMINO, Juan C. M., “*Rationale de la relación interdisciplinaria Derecho/Geografía*”, en Juan C. M. Beltramino (coord.), *Jornada sobre Derecho y Geografía*, Buenos Aires, Manantial, 1994, p. 11.

⁵ Nos hemos referido a algunas de ellas, con ejemplos y análisis doctrinal, en GODIO, Leopoldo M. A., “Las controversias marítimas con contenido geopolítico y el rol del arbitraje internacional. Contrastes y matices en su utilización”, *El Derecho*, 17 de marzo de 2021, pp. 1-4.

⁶ *Award in the Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Award of 18 March 2015, RIAA, Vol. XXXI, pp. 359-606.

⁷ *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award of 12 July 2016, RIAA, Vol. XXXIII, pp. 153-617.

⁸ *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. The Russian Federation)*, Award concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, 21 February 2020 (PCA Case No. 2017-06). Asimismo, un proceso

Para responder a nuestro interrogante, analizaremos las disposiciones de la Convención de 1982 y la práctica emanada de la jurisprudencia internacional para, posteriormente, dedicarnos a las eventuales consideraciones que puedan desprenderse del tribunal arbitral *ad hoc* entre Ucrania y Rusia, de conformidad con el Anexo VII de la Convención de 1982.

II. Las controversias marítimas con elementos terrestres en el sistema de solución de controversias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982

La Sección 2 de la Parte XV se dedica a la elección y activación de los foros obligatorios⁹ conducentes a decisiones obligatorias y vinculantes para los Estados Parte, siempre que no hayan alcanzado previamente un acuerdo pacífico respecto de la disputa¹⁰.

Lo anterior se traduce en una restricción inicial, que podríamos considerar de carácter temporal-procesal —con posibles interpretaciones de fondo a evaluar “caso a caso” a la luz del intercambio de opiniones, la negociación, la conciliación o cualquier otro medio pacífico conforme la

arbitral —conforme al Anexo VII de la Convención de 1982— fue iniciado por Mauricio contra Maldivas en junio de 2019. Posteriormente, las Partes acordaron trasladar el procedimiento arbitral a una Sala Especial del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que debió conocer las cinco excepciones preliminares de admisibilidad interpuestas por Maldivas el 18 de diciembre de 2019 y rechazó uno por uno, el 28 de enero de 2021, los planteos referidos a la jurisdicción de la Sala Especial. Cfr. *Delimitation of the maritime boundary in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections, Judgment, ITLOS Reports 2020-2021*, pp. 72-98, para. 246-353. Para una síntesis del caso, hasta la decisión de admisibilidad de 2021, ver RODRIGUEZ, Facundo D., “Dispute concerning delimitation of the Maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)”, en Alexis R. Laborias & Leopoldo M. A. Godio (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*, Buenos Aires, Aldina Editora Digital, 2021, pp. 459-468.

⁹ Yturriaga Barberán sostiene que la opción del artículo 287 —conocida como “fórmula Montreux” — constituye una jurisdicción “a la carta”. Cfr. YTURRIAGA BARBERÁN, José A., *Ámbitos de soberanía en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. Una perspectiva española*, Madrid, Ed. Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993, p. 493.

¹⁰ NORDQUIST, Myron H. [et al] (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, Vol. V, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 38.

Sección 1¹¹— la Convención de 1982 confiere al Estado afectado una acción unilateral suficiente para someter la controversia al órgano jurisdiccional de su elección —o en su defecto, al arbitraje judicial residual conforme las disposiciones del Anexo VII— sin importar la participación activa o no del Estado demandado en el proceso¹², toda vez que al convertirse en Estado Parte de la Convención de 1982 habilitan el inicio unilateral del procedimiento judicial o arbitral, además del deber de aceptar la sentencia o laudo¹³.

No obstante lo anterior, el artículo 286 presenta una contundente restricción al disponer un límite *ratione materiae* para la competencia de los foros judiciales previstos en la Sección 2 de su Parte XV, por cuanto expresa que aquella debe sujetarse “...a la interpretación o la aplicación de esta Convención”.

Sobre esta norma, Boyle advierte que se asume, de modo incuestionable, que las disputas territoriales se encuentran excluidas de los procesos contenciosos de la Convención de 1982 y que esta es la posición de Estados como China¹⁴. El mismo autor se pregunta si un tribunal internacional puede resultar competente cuando “resulte necesario” y que, ante esta incertidumbre, distintos Estados deciden presentar casos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) mediante un convenio especial, un acuerdo regional o por aplicación del artículo 36 (2) del Estatuto¹⁵.

Jiuyong considera que un tribunal internacional competente en razón de la Convención de 1982 podría ser habilitado para conocer —como paso preliminar— cuestiones de soberanía territorial dentro de

¹¹ Cfr. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 10 de diciembre de 1982, 1833 UNTS 3, artículos 280, 281, 282, 283 y 285.

¹² NORDQUIST, Myron H. [et al] (ed.), *supra* nota 10, p. 39.

¹³ TREVES, Tullio R., “Article 286”, en Alexander Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, Munich, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2017, p. 1845.

¹⁴ BOYLE, Alan, “UNCLOS Dispute Settlement and the Uses and Abuses of Part XV”, *Revue Belge de Droit International*, Vol. 47, Issue 1, 2014, pp. 184 y 194. Al respecto, ver BRUGA, Irene, “Territorial Sovereignty issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 27, Issue 1, 2012, pp. 59-95.

¹⁵ BOYLE, Alan, *supra* nota 14, p. 195.

controversias de delimitación marítima, siempre que resulte necesario para su determinación final. En otras palabras, se intenta afirmar que se trata de una exigencia lógica de la derivación soberana terrestre hacia su proyección en espacios marítimos¹⁶.

En su evaluación de la norma, Treves opina que podría tratarse de una fórmula condicional conjunta, susceptible de plantear dificultades entre dos Estados Parte ante un litigio que presente carácter mixto, es decir, sobre cuestiones parcialmente relacionadas con la interpretación de la Convención de 1982, como podrían ser asuntos referidos a la delimitación de zonas marítimas y disputas de soberanía respecto de elementos terrestres de carácter accesorio en supuestos de difícil separación o prevalencia de aspectos marítimos conectados con ella¹⁷.

De este modo, es posible admitir la posible generación de controversias que presenten ambos componentes —marítimo y terrestre— y que resulten sometidos ante tribunales internacionales. Sin embargo, ello no significa que deba aceptarse *prima facie* la competencia de aquellos en todos los supuestos ni que deba aceptarse que la competencia de la CIJ implica una automática admisión de competencias amplias, especialmente

¹⁶ El autor, que fue Presidente de la CIJ entre 2003-2006, se apoya en la labor realizada por la Corte en la controversia de delimitación marítima entre Qatar y Bahrein. Aunque evita entrar en detalles, afirmó que la labor de la CIJ para atribuir la isla de Janan (incluida Hadd Janan) correspondía a Qatar y que las islas Hawar y Qit'at Jaradah eran de Baréin. Según Jiuyong, la Corte se basó, en gran medida, en la historia de la zona y las interpretaciones de la potencia colonial que administraba la zona antes de la independencia; y que una vez determinada la soberanía sobre el territorio y las islas, se procedió a la delimitación propiamente dicha. En cuanto a la competencia de los tribunales internacionales en cuestiones territoriales y su proceso, señaló que: "The first task for the Court in any maritime delimitation exercise is to determine the relevant coasts to be taken into account in the delimitation. However, the case law of the Court unequivocally affirms that it is a principle of international law that "the land dominates the sea", which means that maritime rights derive from the coastal State's sovereignty over land. Thus, many maritime delimitation cases require the Court to decide, as a preliminary step, questions of sovereignty over disputed islands or certain coastal regions of land territory". Cfr. JIUYONG, Shi, "Maritime Delimitation in the Jurisprudence of the International Court of Justice", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, Issue 2, 2010, pp. 274 y ss.

¹⁷ TREVES, Tullio R., *supra* nota 13, pp. 1847-1848.

si se tiene en cuenta que aquella no radica en el propio tribunal, sino en el instrumento que habilita su actuación¹⁸.

Ante esta situación es posible afirmar que si la competencia de un tribunal internacional para entender en cuestiones marítimo-territoriales surge, exclusivamente, de la Convención de 1982, su ámbito de actuación y decisión se encuentra restringido a los asuntos marítimos y oceánicos. Nuestro criterio es coincidente con Treves, quien en un reciente trabajo sostuvo que:

“... si el compromiso u otro acuerdo que establece la competencia lo permiten, los órganos de adjudicación cuya competencia no se basa en la Convención de 1982 tienen la posibilidad de decidir sobre un ámbito más amplio de cuestiones, inclusive cuestiones territoriales que pueden ser la premisa necesaria de una decisión sobre una controversia referida a la delimitación de zonas marítimas entre Estados vecinos. Esto ha pasado, por ejemplo, en el caso entre Camerún y Nigeria (2002) sometido a la CIJ. La Corte –que era competente por efecto de las declaraciones de aceptación de competencia obligatoria de las dos partes, según el artículo 36 (2) del Estatuto– no encontró dificultad para decidir sobre la cuestión de delimitación de zonas marítimas haciendo hincapié sobre su sentencia, en el mismo fallo, relativa a la soberanía sobre la península de Bakassi.

Asimismo, en el asunto entre Eritrea y Yemen (1998-1999), el Tribunal Arbitral competente –con base en un acuerdo de compromiso entre las partes– decidió sobre la delimitación de las zonas marítimas, destacando su decisión, adoptada en un laudo separado, en lo referente a la soberanía sobre varias islas situadas en el Mar Rojo”¹⁹.

El propio Treves advierte que si estos asuntos hubiesen sido sometidos a un tribunal arbitral con competencia basada en la Convención de 1982, un resultado idéntico es difícil e improbable, atento a que el texto convencional carece de reglas referidas a la soberanía territorial y, en consecuencia, el diferendo no revestiría un asunto atinente “a la interpretación o aplicación de la Convención”, y este fue el razonamiento

¹⁸ Por caso, es necesario recordar que, hasta la fecha, no se han sometidos casos ante la CIJ por aplicación del artículo 287 de la Convención de 1982.

¹⁹ TREVES, Tullio R., “Cuestiones de soberanía territorial en asuntos contenciosos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982”, en Leopoldo M. A. Godio (dir.), *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar y su contribución: consolidación, desarrollo progresivo y diálogo entre tribunales*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 981-982.

seguido por el Tribunal Arbitral en el laudo referido al establecimiento de un área marina protegida en el Archipiélago de Chagos²⁰, al que nos referiremos más adelante.

Es posible que la respuesta más aproximada a la práctica judicial surja del razonamiento de Boyle: de presentarse una disputa de soberanía territorial en un tribunal internacional conforme la Convención de 1982, y a los efectos de una delimitación marítima, pocos tribunales pueden llegar a avanzar sobre ello, aunque intentarán evitarlo²¹.

III. La jurisprudencia internacional en controversias marítimas con elementos terrestres

III.a) El laudo referido al establecimiento de un área marina protegida en el Archipiélago de Chagos:

En el arbitraje referido al establecimiento unilateral del Reino Unido de una área marina protegida alrededor de Chagos, el Tribunal Arbitral —constituido con arreglo al Anexo VII de la Convención de 1982— emitió su laudo el 18 de marzo de 2015 y determinó, por una ajustada mayoría de tres votos contra dos, que carecía de competencia para considerar que el Reino Unido no era el Estado ribereño respecto del Archipiélago de Chagos, y que debían atribuirse a Mauricio derechos en carácter de “Estado ribereño” en la zona, a los efectos de la Convención de 1982, traduciéndose en una cuestión de soberanía inconducente a su interpretación o la aplicación²².

Sin embargo, el Tribunal Arbitral determinó —por unanimidad— que sí era competente respecto de la declaración unilateral del Reino Unido y la compatibilidad de sus obligaciones con arreglo a la Convención de 1982. Sobre este punto, determinó que, como resultado de los compromisos asumidos por el último Estado, el mismo incurrió en responsabilidad internacional al no tener en cuenta que Mauricio tenía

²⁰ *Ibidem*, pp. 982-983.

²¹ BOYLE, Alan, *supra* nota 14, p. 196.

²² Cfr. *Award in the Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Award of 18 March 2015, RIAA, Vol. XXXI, pp. 582-583, para. 547.

derecho a explotar los recursos vivos en las aguas circundantes al Archipiélago y acceder, posteriormente, a la exploración, explotación y administración de los recursos no vivos una vez que se le restituya el área en cuestión²³.

En cuanto al ajustado rechazo por parte de la mayoría, era una cuestión de difícil solución ya que, por una parte, podría interpretarse —tal como afirmaba Reino Unido— que el objetivo de Mauricio era resolver la restitución del Archipiélago de Chagos y sus espacios, consistiendo ello en una cuestión de soberanía y no referida a la interpretación o aplicación de la Convención de 1982; mientras que por otra parte, Mauricio interpretaba que la expresión “Estado ribereño” era utilizada en el texto convencional y que, la necesidad de su determinación era consistente y conectable con los asuntos marítimos, sin perjuicio de que la Convención de 1982 permite a los tribunales internacionales aplicar normas distintas al Derecho del Mar en este tipo de supuestos²⁴.

En el punto que nos interesa, la mayoría del Tribunal Arbitral aceptó que tenía competencia —de ser necesario— para realizar comprobaciones de hecho o determinaciones de derecho accesorias para resolver una disputa, aunque aclaró que en este supuesto puntual se trataba de una conexión incidental insuficiente respecto de la controversia en su conjunto²⁵, y que la controversia básica entre las partes se refería a la soberanía o la plenitud de la soberanía sobre el Archipiélago, razón por la cual el proceso no se refería a la interpretación o la aplicación de la Convención²⁶.

Lo llamativo de este asunto es que los dos árbitros disidentes —Wolfrum y Kateka— presentaron un voto concurrente anexo al laudo por el cual afirmaron que el Tribunal Arbitral debía ser competente para considerar y examinar las pretensiones sobre la identidad del “Estado ribereño” —atento a que las opiniones de las partes acerca de la soberanía

²³ El Tribunal Arbitral también determinó, por unanimidad, la inexistencia de controversia entre los Estados Parte respecto a las presentaciones sometidas ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental. Ídem.

²⁴ *Ibíd.*, pp. 374-375 y 443-453, para. 5-13 y 166-196.

²⁵ *Ibíd.*, pp. 458-460, para. 213-221.

²⁶ *Ibíd.*, pp. 460-463, para. 222-230.

formaban parte del razonamiento del demandante— y analizar si el Reino Unido, mediante sus compromisos, había cedido determinados derechos a Mauricio. Asimismo, los árbitros disidentes sostuvieron que las autoridades mauricianas habían actuado bajo coerción y que ello permitió el quebrantamiento ilegal de la integridad territorial de la colonia de Mauricio, en 1965, a la luz de los principios de descolonización y libre determinación²⁷.

En opinión de Treves, el laudo no excluyó, categóricamente, la posibilidad de que —en otros y eventuales supuestos— una controversia posea elementos de disputa soberana en una cuota menor o accesoria a la interpretación o aplicación de la Convención de 1982, sin que ello signifique disentir con la mayoría en ese punto²⁸.

III.b) El laudo sobre la controversia en el Mar del Sur de la China:

El diferendo se origina cuando China, por vía de hecho, intentó fortalecer su posición realizando rellenos de arrecifes y la construcción de islas artificiales para ser utilizadas como asentamientos de faros, pistas aptas para aeronaves y establecer bases militares, oceanográficas y de pesca. Posteriormente, la situación se agravó debido a incidentes que involucraron a buques pesqueros con tripulación armada, establecimientos de plataformas petrolíferas e incursiones de buques de guerra.

Filipinas —que probablemente seguía con atención el arbitraje entre Mauricio y Reino Unido referido— inició el proceso arbitral el 22 de enero de 2013, de conformidad con el Anexo VII de la Convención de 1982. El Estado demandante presentó y fundamentó su posición de modo tal que evitó plantear su petición como una cuestión de soberanía, sino más concretamente como actividades chinas en el mar y accidentes geográficos marítimos ocupados *de facto* por China, que declaraba poseer “derechos históricos” sobre las aguas en cuestión. Filipinas prescindió de reclamar al Tribunal Arbitral que se expida sobre la soberanía de las Spratlys, ni afirmó su propia reivindicación sobre aquellas.

²⁷ Ibidem, pp. 585-606, para. 3-94.

²⁸ TREVES, Tullio R., *supra* nota 13, pp. 1847-1847.

China, por su parte, argumentó en un documento de posición —en diciembre de 2014 y en posteriores declaraciones oficiales, ya que se negó, sistemáticamente, a aceptar la competencia del Tribunal Arbitral y rechazó participar en el proceso— que se trató de un diferendo intrínsecamente referido a cuestiones de soberanía sobre elementos terrestres y asuntos de delimitación exceptuados por el artículo 298 de la Convención de 1982, razón por la cual no atañen a la interpretación o aplicación de ésta²⁹. El Tribunal Arbitral se constituyó y decidió declararse competente el 29 de octubre de 2015³⁰.

El laudo definitivo, de más de quinientas carillas, posee muchos aspectos de posible análisis, pero es necesario destacar que el Tribunal Arbitral puso de relieve que no se pronunciaba sobre ninguna cuestión referida a la soberanía territorial de los Estados Parte. Precisamente, en el punto que nos interesa, el Tribunal Arbitral se refirió a la existencia de una controversia concerniente a la interpretación o aplicación de la Convención de 1982 y rechazó el argumento del documento de posición chino, por cuanto consideró que existe una controversia entre las partes respecto a la soberanía sobre islas en el Mar del Sur de la China, aunque aclaró que las cuestiones sometidas a arbitraje por Filipinas no conciernen estrictamente a la soberanía, razón por la cual al no tener que decidir explícita o implícitamente sobre cuestiones soberanas, no se afecta las pretensiones de ninguna de las partes en este punto³¹.

Asimismo, el Tribunal Arbitral notó que cada petición filipina reflejaba una controversia respecto de la Convención de 1982 y ello puso en relieve que: la interacción del texto convencional y otros derechos —incluidos los eventuales “derechos históricos” pretendidos por China³²—

²⁹ Cfr. *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility of 29 October 2015, RIAA, Vol. XXXIII, pp. 62-64, para. 151-153.

³⁰ *Ibíd.*, p. 149, para. 413.

³¹ Cfr. *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award of 12 July 2016, RIAA, Vol. XXXIII, pp. 237-238, para. 153-156.

³² China sostuvo que los espacios marítimos en disputa le pertenecían como consecuencia del trazado de una línea imaginaria que le otorgaba, históricamente, derechos sobre los recursos marinos en el área en disputa. Sin embargo, el Tribunal Arbitral concluyó que la Convención de 1982 asigna criterios claros para las distintas zonas y que las protecciones

revisten carácter de disputa respecto a la Convención; y que la ausencia de claridad frente a la existencia de un diferendo puede inferirse a través de la conducta de un Estado o su silencio y que ello es un asunto que debe determinarse objetivamente³³.

IV. El caso entre Ucrania y Rusia concerniente a los derechos del Estado costero en el Mar Negro, el Mar de Azov y el estrecho de Kerch

El actual conflicto entre Rusia y Ucrania posee seria conexión con dos disputas marítimas que han sido presentadas ante tribunales arbitrales *ad hoc* constituidos de conformidad con el Anexo VII de la Convención de 1982. Sus hechos, que aún no han podido ser determinados, pueden remontarse hasta 2015³⁴.

Sobre el tema de nuestro trabajo, el proceso referido a los derechos de los Estados costeros en el área del Mar Negro, el Mar de Azov y el Estrecho de Kerch —iniciado por Ucrania en septiembre 2016— ante las acciones de la Federación Rusa frente a las costas de Crimea³⁵ posee un indudable régimen de interpretación o aplicación basado en la Convención

de los derechos preexistentes sobre los recursos fueron consideradas en la III Conferencia, pero no adoptadas en el texto convencional. En otras palabras, determinó que en la medida que China pudo haber tenido derechos históricos sobre estos recursos en las aguas del Mar de China Meridional, aquellos habrían sido extinguidos en la medida que resulten incompatibles con las ZEE previstas en la Convención. En cuanto a los derechos tradicionales de pesca en Scarborough, el Tribunal Arbitral concluyó que China había violado su deber de respetar a los pescadores de Filipinas al impedir el acceso a Scarborough después de mayo de 2012. El Tribunal Arbitral señaló, no obstante, que arribaría a la misma conclusión respecto a los derechos de los pescadores de China si Filipinas llegara a obstruir la misma actividad a chinos en Scarborough. *Ibidem*, pp. 147-150, para. 407-412.

³³ *Ibidem*, pp. 237-238, para. 153-156.

³⁴ Aunque los acontecimientos que originan ambas controversias no resultan de sencilla determinación —debido, principalmente a una gran proliferación de noticias e intentos de formación de opinión pública en redes sociales, gestiones oficiales y otras estrategias para imponer su propia versión— la posición de las partes puede sintetizarse a partir de los documentos oficiales y el encuadre jurídico subyacente de cada Estado para justificar o excluir —según se trate de Ucrania o Rusia, respectivamente— la jurisdicción de cada tribunal arbitral.

³⁵ Cfr. *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. The Russian Federation)*, Award concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, 21 February 2020 (PCA Case No. 2017-06).

de 1982, aunque a ella debe adicionársele el acuerdo particular de Cooperación entre Rusia y Ucrania para el Uso del Mar de Azov y el Estrecho de Kerch (2003), junto con una declaración conjunta posterior (2012) que reconoce la cooperación y la regulación conjunta del transporte marítimo y la navegación³⁶, además de garantizar la seguridad de la navegación en el Mar de Azov y el Estrecho de Kerch.

De alguna manera los hechos que originan el arbitraje parecen referirse al estatus territorial de Crimea y su incorporación por parte de Rusia que, según Ucrania, se trata de una anexión en violación al derecho internacional³⁷; mientras el demandado niega esta calificación y destaca la celebración de un referéndum cuya mayoría declaró su “independencia” y posterior adhesión a Rusia, razón por la cual asumió “todos los derechos y obligaciones” como ribereño a las aguas adyacentes a la península³⁸.

Sobre este último aspecto, Ucrania siempre negó los hechos y los efectos jurídicos pretendidos por Rusia, además de invocar —entre otras razones— la resolución 68/262 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que, entre sus consideraciones, subrayó la insuficiencia legal del referéndum para alterar el estatus territorial de Ucrania³⁹.

Con estas aclaraciones preliminares es que la administración ocupante ha realizado distintos actos (ej. sanción de normas, decretos y reglamentos), cuyas eventuales consecuencias podrían afectar el ejercicio de derechos en el Mar Negro y las áreas marítimas adyacentes a la península de Crimea, entre los que se encuentra la navegación⁴⁰, y que motivó el inicio del proceso por Ucrania.

³⁶ La declaración de 2012 atribuyó al Mar de Azov carácter de “mar interno”. Fuente: <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/internacional/2012/07/12/ucrania-rusia-acuerdan-delimitar-frontera-maritima-heredada-urss/00031342117977058711186.htm> (consulta el 27/06/2022).

³⁷ Memorial of Ukraine, 19 February 2018, para. 102.

³⁸ Preliminary Objections of the Russian Federation, 19 May 2018, para. 10-12.

³⁹ A/RES/68/262.

⁴⁰ Algunas de ellas son referidas en VOLTERRA, Robert G. [et al], “Ukraine/Russian Federation: The Characterisation of the Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 33, Issue 3, 2018, pp. 615-616.

De este modo, la controversia aparenta referirse al estatus territorial de Crimea y su incorporación por parte de Rusia. Aunque la Convención de 1982 presenta algunas limitaciones a la competencia del Tribunal Arbitral en ese sentido, no existen dudas que la situación de las aguas circundantes podría considerarse como un carácter relevante — además de geopolítico— según la Convención de 1982, el acuerdo de 2003 y la declaración de 2012.

La contribución de la práctica jurisprudencial se advierte en oportunidad de decidirse las excepciones preliminares frente a los reclamos ucranianos. En su laudo de admisibilidad, el Tribunal Arbitral resolvió su incompetencia en lo atinente a la evaluación explícita o implícita sobre la soberanía o parte de la soberanía de Crimea. A pesar de la declaración de ausencia en la competencia —por no tratarse de un asunto concerniente a la interpretación o aplicación de la Convención de 1982— el Tribunal Arbitral reconoció que los Estados poseen una controversia de soberanía⁴¹.

Finalmente, Jiménez Pineda esclarece un punto relevante para nuestra investigación al señalar cómo el Tribunal Arbitral consideró que la posición ucraniana partía de la premisa de su soberanía sobre Crimea, fundamentando en ésta una parte significativa de sus pretensiones. Precisamente, la abundancia de argumentos respecto de la soberanía de Crimea hizo que el Tribunal Arbitral debiese considerar si se trataba de un aspecto principal o secundario respecto de la interpretación o aplicación de la Convención de 1982, inclinándose por la ausencia de jurisdicción sobre la controversia territorial, atento la imposibilidad de abordar varias de las pretensiones del solicitante sin determinar —previamente— cuál Estado era el soberano⁴².

⁴¹ Cfr. *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. The Russian Federation)*, Award concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, 21 February 2020 (PCA Case No. 2017-06), pp. 136-141, para. 475-491.

⁴² JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo, *El Arbitraje Internacional y el Derecho del Mar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 262.

V. Conclusión

En este punto corresponde, metodológicamente, recordar nuestra pregunta inicial: ¿es posible que un tribunal arbitral *ad hoc* —de conformidad con su Anexo VII— resuelva cuestiones marítimas con elementos terrestres?

El análisis del artículo 286 de la Convención de 1982, la opinión de doctrina calificada y la práctica arbitral nos permite arribar a dos reflexiones: 1) a pesar de las preocupaciones de Arias-Schreiber, el sistema de solución de controversias de la Convención de 1982 ha demostrado un nivel de adaptación permanente a largo plazo frente a los cambios y desafíos de un derecho internacional cada vez más complejo, a lo que es posible adicionar la innecesaridad de recurrir a una actualización o modificación del texto convencional; y 2) es potencial viable que un tribunal arbitral *ad hoc*, establecido de conformidad con el Anexo VII de la Convención, pueda entender respecto de cuestiones de soberanía territorial.

Sin embargo, el interés de nuestra segunda reflexión se encuentra lejos de revestir una competencia amplia y presenta, a nuestro criterio, claros límites y exige adoptar serios recaudos que la prudencia invita a considerarlos acumulativamente: 1) la competencia del tribunal arbitral no debe surgir exclusivamente de la Convención de 1982 y debe prestarse especial atención a los acuerdos regionales, especiales o las declaraciones de los Estados en disputa; 2) las cuestiones de soberanía deben evitarse en lo máximo posible y presentar un carácter secundario respecto de la controversia referida a la interpretación o aplicación de la Convención de 1982; 3) la competencia no debe habilitarse de modo automático o *prima facie*, sino que corresponde un cuidadoso y detenido examen, ya que cada caso es único; y 4) es insuficiente que un tribunal arbitral considere necesario abordar las cuestiones de soberanía terrestre.

Algunas de estas cuestiones pueden esclarecerse en oportunidad de decidirse el arbitraje entre Ucrania y Rusia concerniente a los derechos del Estado costero en el Mar Negro, el Mar de Azov y el estrecho de Kerch; como también pueden presentarse nuevos puntos de vista con la labor de

la Sala Especial del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en la disputa Mauricio/Maldivas aún en curso.

La importancia de estos asuntos radica en la expresión más valiosa para los Estados: la soberanía. Su mención hace que la comunidad internacional realice un atento seguimiento de su evolución y sin dudas, su resultado será objeto de arduos debates sobre esta cuestión.

Bibliografía

- ARIAS-SCHREIBER, Alfonso, “La Zona Económica Exclusiva. Su naturaleza jurídica. Usos militares”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Tomo LXIII, N° 149, 2013, pp. 115-140.
- BELTRAMINO, Juan C. M., “*Rationale* de la relación interdisciplinaria Derecho/Geografía”, en Juan C. M. Beltramino (coord.), *Jornada sobre Derecho y Geografía*, Buenos Aires, Manantial, 1994, pp. 9-17.
- BOYLE, Alan, “UNCLOS Dispute Settlement and the Uses and Abuses of Part XV”, *Revue Belge de Droit International*, Vol. 47, Issue 1, 2014, pp. 182-204.
- BRUGA, Irene, “Territorial Sovereignty issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 27, Issue 1, 2012, pp. 59-95.
- GODIO, Leopoldo M. A., “Las controversias marítimas con contenido geopolítico y el rol del arbitraje internacional. Contrastes y matices en su utilización”, *El Derecho*, 17 de marzo de 2021, pp. 1-4.
- GODIO, Leopoldo M. A., & ROSENTHAL, Julián M., “The prompt release of vessels in provisional measures procedures. New trends and challenges?”, *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 4, N° 7, 2015, pp. 43-67.
- JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo, *El Arbitraje Internacional y el Derecho del Mar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- JIUYONG, Shi, “Maritime Delimitation in the Jurisprudence of the International Court of Justice”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, Issue 2, 2010, pp. 271-291.
- KELLY, Elsa D. R., “Prólogo”, en Leopoldo M. A. Godio (comp.), *El sistema de solución de controversias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: contribuciones de su experiencia*, Buenos Aires, Eudeba, 2019, pp. 9-24.

- KELLY, Elsa D. R. & GODIO, Leopoldo M. A., “El Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el sistema de solución de controversias de la Convención de 1982”, en Alexis R. Laborías & Leopoldo M. A. Godio (coords.), *La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*, Buenos Aires, Aldina Editora Digital, 2021, pp. 21-35.

- NORDQUIST, Myron H. [et al] (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, Vol. V, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

- RODRIGUEZ, Facundo D., “Dispute concerning delimitation of the Maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)”, en Alexis R. Laborías & Leopoldo M. A. Godio (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*, Buenos Aires, Aldina Editora Digital, 2021, pp. 459-468.

- TREVES, Tullio R., “Cuestiones de soberanía territorial en asuntos contenciosos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982”, en Leopoldo M. A. Godio (dir.), *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar y su contribución: consolidación, desarrollo progresivo y diálogo entre tribunales*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 979-987.

- “Article 286”, en Alexander Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, Munich, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2017, pp. 1843-1849.

- VOLTERRA, Robert G. [et al], “Ukraine/Russian Federation: The Characterisation of the Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 33, Issue 3, 2018, pp. 614-622.

- YTURRIAGA BARBERÁN, José A., *Ámbitos de soberanía en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. Una perspectiva española*, Madrid, Ed. Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993.

Jurisprudencia

- *Award in the Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Award of 18 March 2015, RIAA, Vol. XXXI, pp. 359-606.

- *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility of 29 October 2015, RIAA, Vol. XXXIII, pp. 1-152.

- *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award of 12 July 2016, RIAA, Vol. XXXIII, pp. 153-617.

- *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. The Russian Federation)*, Award concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, 21 February 2020 (PCA Case No. 2017-06).

- *Delimitation of the maritime boundary in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections, Judgment, ITLOS Reports 2020-2021*, p. 17.

- *Request for Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Order of 16 December 2022, ITLOS Reports 2022-2023*, to be published.