

EL 'CIERRE' DEL ESTRECHO DE ORMUZ: UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

THE 'CLOSURE' OF THE STRAIT OF HORMUZ: AN ANALYSIS FROM INTERNATIONAL LAW

Ana Gemma López Martín*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESTRECHO DE ORMUZ, ¿UN ESTRECHO INTERNACIONAL? III. EL RÉGIMEN DE NAVEGACIÓN POR LOS ESTRECHOS INTERNACIONALES PREVISTO EN LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO DEL MAR DE 10 DE DICIEMBRE DE 1982. IV. EL EVENTUAL CARÁCTER CONSUETUDINARIO DEL DERECHO DE PASO EN TRÁNSITO Y SU APLICABILIDAD A IRÁN. V. UNA BREVE REFERENCIA AL 'CIERRE' DEL ESTRECHO DE ORMUZ COMO MEDIDA DE REPRESALIA. VI. CONCLUSIONES

RESUMEN: Desde hace ya algunos años, la República Islámica de Irán viene amenazando con un eventual cierre del Estrecho de Ormuz, del que es Estado ribereño. La preocupación por los efectos negativos que pudiera conllevar dicho cierre, sobre todo desde el punto de vista económico, habida cuenta que es el estrecho con mayor volumen de tráfico de petroleros del mundo, nos lleva a analizar si dicho cierre sería legítimo. Nos preguntamos si desde el punto de vista del Derecho internacional Irán tiene derecho a cerrar el Estrecho de Ormuz o, en su caso, a imponer tasas de paso. Un análisis que se centra principalmente en las normas del Derecho del mar relativas a los estrechos internacionales, sin olvidar algunos aspectos de la responsabilidad internacional, como es el relativo a la posible calificación del cierre como una medida de represalia frente a las sanciones impuestas por EEUU y algunos Estados de la Unión Europea.

ABSTRACT: In recent years, the Islamic Republic of Iran is threatening a possible closure of the Strait of Hormuz, which is a coastal State. Concern about the negative effects that could lead the closure, especially from the economic point of view, given that is the strait with greater traffic of oil in the world, leads us to analyze whether the closure would be legitimate. We wonder if from the point of view of International Law Iran has the right to close the Strait of Hormuz or, where appropriate, to impose passage rates. An analysis that focuses mainly on the rules of the Law of Sea concerning the international straits, not to mention some aspects of international responsibility, as is the score on the possible closure as a countermeasure against the sanctions imposed by the United States of America and some States of the European Union.

PALABRAS CLAVE: Estrecho de Ormuz, estrechos internacionales, derecho de paso inocente, derecho de paso en tránsito, contramedidas.

KEYWORDS: *Strait of Hormuz, international straits, right of innocent passage, transit passage right, countermeasures.*

Fecha de recepción del original: 19 de marzo de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 24 de mayo de 2013.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid. anagama@ucm.es

I. INTRODUCCIÓN

El pasado mes de enero, el Gobierno de Irán finalizó los ejercicios “Velayat-91” desarrollados en el Estrecho de Ormuz, el golfo de Omán y el norte del océano Índico, un enclave por el que pasa el 40% del petróleo que se transporta por vía marítima. Durante los mismos, los militares iraníes simularon el cierre del Estrecho de Ormuz y destruyeron exitosamente los blancos programados con los misiles de producción propia Qader (tierra-mar) y Nour (tierra-tierra). Según un alto mando -el comandante naval Habibollah Sayyari- con esta acción el país quiere mostrar su capacidad militar ante la amenaza de que un cierre del estrecho desencadene un ataque exterior y enviar un mensaje de paz y amistad a los países vecinos¹.

No es ésta la primera vez que Irán realiza ejercicios de este tipo, ni que amenaza con cerrar el Estrecho de Ormuz.

La amenaza de cerrar este estrecho es una práctica habitual del régimen iraní desde la época de los años 80 y ha recurrido a ella cada vez que ha sido objeto de presión internacional, tanto por su apoyo al terrorismo internacional en los 90, como por su programa nuclear en la última década². Más recientemente, el 24 de diciembre de 2011, Irán inició sus maniobras militares Velayat-90 en el Estrecho de Ormuz y sus alrededores, extendiéndose desde el Golfo Pérsico y el Golfo de Omán (Mar de Omán) al Golfo de Adén y el Mar Árabe, en las que la Marina de guerra probó con éxito su primer misil antirradar de desarrollo nacional: Mehrab (‘altar’); unos días más tarde, el 27 de diciembre, Irán advertía acerca de que se podría detener el flujo de petróleo a través del Estrecho de Ormuz en el caso de que se impusieran mayores sanciones al país. En julio de 2012, introdujo un submarino y un destructor en la zona para responder a cualquier ataque. Ese mismo mes, más de la mitad del parlamento iraní (150 de los 290 diputados) apoyó un proyecto de ley para cerrar el Estrecho de Ormuz a los países que mantienen sanciones contra la nación persa; según ese texto, Irán podría cobrar una tarifa del 3 por ciento sobre las cargas de petróleo procedentes del Pérsico para países que siguen imponiendo sanciones, entre ellos los de la Unión Europea (UE) y Estados Unidos (EEUU), que debería pagarse por transferencia al Banco Central de Irán, una entidad también bloqueada por las sanciones.

Aunque la amenaza no es nueva, sí lo es la capacidad armamentística de Irán la cual ha aumentado considerablemente en los últimos años. Irán ha sustituido los misiles antibuque Harpoon de origen estadounidense por los Yingyi-82 (C-802) chinos, menos vulnerables que aquellos a las medidas electrónicas y a la interceptación, además de producir sus propios misiles cuya cantidad o calidad no se conoce exactamente pero que respaldan sus amenazas. También ha multiplicado el número de lanchas rápidas y de plataformas desde las que se puede sembrar minas o atacar a las unidades navales

¹ <http://www.redpbipmexico-internacional.org/usuario/nota.php?id=5336>.

² Vid. Arteaga, F., y Escribano, G., “Irán y el cierre del Estrecho de Ormuz: analizando los riesgos militares y energéticos”, Real Instituto Elcano, *ARI* 5/2012, p.6 (http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/programas/energiamcambioclimatico/publicaciones/ari5-2012).

aprovechándose de su cantidad para aumentar sus posibilidades de éxito. Finalmente, las fuerzas se han desplegado sobre las bases y plataformas más próximas al Estrecho, incluyendo la ocupación de algunos islotes sobre el canal (Irán ocupó en 1992 las tres pequeñas islas de Abu Musa, Tung as Sughra y Tunb al Kubra, estratégicamente situadas a ambos lados de los canales de acceso, una ocupación a la que los Emiratos Árabes Unidos –EAU– sólo han reaccionado por vía diplomática y jurídica) y se han reforzado las guarniciones, fortificado y artillado las instalaciones y mejorado la coordinación de las operaciones de ambas marinas con un nuevo sistema de mando y control. Irán cuenta con dos marinas unidas bajo el control de los Guardianes de la Revolución: la tradicional Marina de la República Árabe Islámica (MRAI) y el Cuerpo de Marina de la Guardia Revolucionaria Islámica (CMGRI), cada una de ellas con unos 20000 miembros³.

Todo ello nos da una idea de que Irán cuenta ahora con capacidad militar más que suficiente para denegar el tránsito por el Estrecho de Ormuz, al menos temporalmente; para ello le bastaría con colocar minas por las rutas de paso del estrecho o frente a los puertos de carga del Golfo, o bien disparar un misil sobre cualquier buque en tránsito o provocar un incidente que afectara a la seguridad marítima. Circunstancia que preocupa enormemente a la Comunidad internacional, habida cuenta la importancia estratégica que tiene dicho estrecho desde el punto de vista económico, dado que es la principal vía de tránsito del petróleo mundial, tal y como queda reflejado en la siguiente tabla⁴:

Volumen de petróleo y productos petrolíferos transportados a través de zonas mundiales de estrechamiento, 2007-2011					
Localización	2007	2008	2009	2010	2011
Bab el Mandeb	4.6	4.5	2.9	2.7	3.4
Estrechos Turcos	2.7	2.7	2.8	2.9	N/A
Estrechos Daneses	3.2	2.8	3.0	3.0	N/A
Estrecho de Ormuz	16.7	17.5	15.7	15.9	17.0
Canal de Panamá	0.7	0.7	0.8	0.7	0.8
Canal de Suez y tubería SUMED	4.7	4.6	3.0	3.1	3.8

Ahora bien, la cuestión que aquí nos planteamos no es tanto la capacidad material que pueda tener Irán para cerrar el Estrecho de Ormuz, como la relativa a si realmente puede hacerlo según el Derecho internacional, esto es, si tal cierre está permitido. El objeto de nuestro trabajo es, pues, el de determinar a la luz de las normas internacionales vigentes si es lícito el cierre del Estrecho de Ormuz que tan enfáticamente proclama el Gobierno de la República islámica de Irán o si, por el contrario, de llevarse a cabo el mismo, ello supondría un hecho internacionalmente ilícito por violar el Derecho internacional y, por tanto, desencadenante de la correspondiente responsabilidad internacional del Estado iraní.

³ *Ibidem*, pp.7-8.

⁴ Fuente: http://www.eia.gov/countries/analysisbriefs/World_Oil_Transit_Chokepoints/wotc.pdf.

A este respecto, debemos tener en cuenta que, a los efectos de solventar esta cuestión, son diversas y variadas las normas internacionales que entran en juego. Sin duda, el punto de partida lo constituyen aquellas disposiciones existentes en el ámbito del Derecho del Mar que, eventualmente, guardan relación directa con el tema; cuáles son las relativas a la regulación de la navegación marítima por los estrechos internacionales, en el entendimiento de que el Estrecho de Ormuz sea considerado un “estrecho internacional” –primera labor previa de elucidación- y, por tanto, susceptible de ser aplicables en él las normas internacionales que regulan su navegación. En esta línea, el primer texto de referencia sería la *Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar* de 10 de diciembre de 1982 –en vigor desde el 16 de noviembre de 1996-, y más concretamente su Parte III relativa a los “Estrechos utilizados para la navegación internacional”.

Ahora bien, dado que no todos los Estados son parte de dicha Convención –tiene actualmente 165 Estados partes⁵- y, en concreto, no lo es la República islámica de Irán, habría que plantearse entonces el eventual carácter consuetudinario –o no- de dichas disposiciones (en particular del artículo 37 que es el que determina el derecho de paso en tránsito en estrechos que, como el de Ormuz, unen dos zonas de libertad de navegación), así como la posible existencia de cualesquiera otras normas consuetudinarias existentes en la materia, además de la crucial cuestión de su aplicabilidad al Estado iraní.

Pero, al margen de la normativa específica de la navegación por los estrechos que regule la posibilidad del cierre de Ormuz, debemos igualmente tener en cuenta que la República islámica de Irán está planteando el cierre del estrecho como un acto de respuesta a las sanciones económicas que le están siendo aplicadas por EEUU y algunos Estados de la UE, como si de una contramedida se tratara. Por lo que, igualmente deberá hacerse una breve referencia a la posible licitud del cierre del Estrecho de Ormuz en el marco del derecho de la responsabilidad internacional.

II. EL ESTRECHO DE ORMUZ, ¿UN ESTRECHO INTERNACIONAL?

El estrecho de Ormuz –denominado así por la cercana isla de Ormuz- es un angosto paso natural situado en el Mar Árabe (también denominado Mar de Arabia o Mar de Omán) que conecta el Golfo Pérsico con el Golfo de Omán; o lo que es lo mismo, conecta a los mayores productores de petróleo del Golfo Pérsico –Arabia Saudita, Irán, Irak y Emiratos Árabes Unidos- con el Golfo de Omán. En su parte más angosta cuenta con una anchura de 21 millas náuticas, si bien el canal navegable para el transporte de entrada y salida es de poco más de una milla; su longitud es de 100 millas náuticas. En la parte norte del mismo es ribereña la República islámica de Irán y al sur el Estado de Omán.

⁵ El estado de las ratificaciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, así como las diversas declaraciones realizadas por los Estados, puede consultarse en el enlace: http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&lang=en

No hay duda alguna acerca de que el Estrecho de Ormuz constituye un estrecho desde el punto de vista geográfico, entendiendo por tal, en palabras de la Organización Hidrográfica Internacional, “a narrow passage between landmasses or islands or groups of islands connecting two larger sea areas”⁶. Ahora bien, debemos tener presente que no todo estrecho geográfico es un estrecho jurídico; esto es, no constituye un estrecho regulado por el Derecho internacional. De ahí que se imponga una primera labor de identificación, cuál es la de determinar si el Estrecho de Ormuz es un estrecho internacional y, por tanto, susceptible de aplicársele las normas internacionales en materia de navegación.

En esta línea, el Derecho internacional se ocupa de regular de manera específica la navegación únicamente por aquellos estrechos que la *Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar* de 1982 (CNUDM) denomina “estrechos utilizados para la navegación internacional”. Resulta así que, como ya indicara Hyde⁷, ‘hay estrechos y estrechos’, y solo los estrechos “utilizados para la navegación internacional” son clasificados como ‘estrechos internacionales’, y solo tales estrechos entran dentro del régimen específico previsto en la Parte III -secciones 2 y 3- de la CNUDM. Al manifestarse en estos términos, resulta evidente que la Convención de 1982 sigue claramente la estela de la *Convención de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua* de 29 de abril de 1958 que consagró convencionalmente esta expresión siguiendo, a su vez, los dictados de la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú* de 1949. Ahora bien, heredera de la expresión, también lo es de su indefinición, pues ni una ni otra definen en su articulado lo que deba entenderse por estrechos utilizados para la navegación internacional. En palabras de J.N. Moore, “UNCLOS has not altered or clarified the existing uncertainty in customary international law over the definition of ‘straits used for international navigation’”⁸.

Cierto es que, a lo largo de la IIIª Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar se discutió acerca de la conveniencia de incluir una definición al respecto, aunque se puso igualmente de manifiesto la dificultad para conseguir un concepto que fuera generalmente aceptado. En este sentido, fueron varias las propuestas de definición de los “estrechos utilizados para la navegación internacional” presentadas, sin que ninguna de ellas llegara a obtener el consenso necesario para que fuera incluida de manera

⁶ Vid. INTERNATIONAL HYDROGRAPHIC ORGANIZATION, *A Manual on Technical Aspects of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982*, 4ª ed., Monaco, 2006, pa.94. En sentido similar, L.J. PRATT define un estrecho geográfico como “a narrow passage between two large bodies of water which have different density stratification and sea level elevations due to the independent, natural processes in each basin” (Vid. PRATT, L.J., *The Physical Oceanography of Sea Straits*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1990, p.373).

Etimológicamente, el término estrecho procede del latín “strictus”. Para un análisis terminológico del vocablo ‘estrecho’ véase, BRÜEL, E., *International Straits. A Treatise on International Law*, London, 1947, pp.15-17

⁷ Cf. HYDE, *International Law, Chiefly as interpreted and applied by the United States*, 1945, p.487.

⁸ Vid. MOORE, J.N., “The Regime of Straits and the Third United Nations Conference on the Law of the Sea”, *AJIL*, 1980, p.112.

expresa en el articulado de la Convención⁹. No obstante, a la luz de dichas propuestas, y en el marco de una labor puramente interpretativa del tratado, entendemos que, en mayor o menor medida, todas ellas son tributarias de los tres elementos que *tradicionalmente* han constituido la definición doctrinal de ‘estrechos internacionales’ o ‘estrechos utilizados para la navegación internacional’, cuáles son: geográfico, jurídico y funcional. Por lo que la identificación de un estrecho internacional pasa imperiosamente por la determinación de esos tres elementos¹⁰ y su aplicación al supuesto concreto de que se trate, en este caso referido al Estrecho de Ormuz.

1. Elemento geográfico

En sentido similar a la definición geográfica anteriormente recogida, E. Brüel define un estrecho geográfico como “a contraction of the sea between two territories, being of a certain limited width and connecting two seas otherwise separated at least in that particular place by the territories in question”¹¹. Partiendo de este concepto podemos afirmar que son cuatro los rasgos geográficos definitorios de un estrecho internacional:

a) En primer lugar, debe ser una *parte del mar no creada artificialmente*. De esta forma, el adjetivo ‘marítimo’ distingue a los estrechos de otras vías de agua que no forman parte del mar, como es el caso de los ríos que constituyen espacios fluviales. Mientras que el calificativo ‘natural’, lo diferencia de otros cursos de agua marítimos creados artificialmente por el hombre, como son los canales –como el de Kiel, Panamá o Suez- sometidos, salvo acuerdo en contrario, a la soberanía absoluta del Estado al que atraviesa. Evidentemente, ni ríos, ni canales artificiales entran en la categoría de estrechos.

b) En segundo lugar, debe existir una *contracción del mar* de tal forma que las aguas comprendidas en el estrecho, comparadas con las adyacentes, sean más reducidas en extensión que éstas. Este aspecto goza de una gran imprecisión, ya que no se especifica, desde un punto de vista geográfico, la anchura que debe tener la contracción. Ahora bien, la determinación de cuál sea la anchura máxima sí tiene trascendencia a efectos de la inclusión del estrecho como estrecho internacional, si bien esta cuestión entra dentro del elemento jurídico. Por otra parte, el punto de vista geográfico se limita únicamente al aspecto superficial del estrecho, sin tener en cuenta otros factores como la profundidad.

c) Además, debe *separar dos espacios terrestres*, siendo indiferente que éstos sean dos territorios continentales –Estrecho de Tirán-, dos islas –Canal de Menorca-, o un territorio continental y una isla –Canal de Zanzíbar-

⁹ Una exposición en detalle de cada una de estas propuestas, así como de las planteadas igualmente en la Conferencia de Ginebra de 1958, puede consultarse en LÓPEZ MARTÍN, A.G., *La navegación por los estrechos. Geoestrategia y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.93-99.

¹⁰ Para una análisis pormenorizado de los elementos definitorios de un estrecho internacional, véase igualmente LÓPEZ MARTÍN, A.G., *La navegación... op.cit.*, pp.99-123.

¹¹ Vid. BRÜEL, E., *International Straits... op.cit.*, pp.18-19.

d) Por último, el estrecho debe *unir dos áreas de mar*, dos espacios marítimos entre los cuales el estrecho es su conexión natural. El tamaño de las aguas conectadas tampoco es determinante. Pueden ser dos océanos distintos –estrecho *interoceánico*- (Estrecho de Torres), dos partes del mismo océano –estrecho *intraoceánico*- (Estrecho de Bass), dos mares –estrecho *intermarino*- (El Sound), o dos partes del mismo mar –estrecho *intramarino*- (Estrecho de Otranto). Hay una quinta categoría de estrechos, los que unen un océano con un mar –Bab el Mandeb-.

Con relación a cuál sea la naturaleza jurídica de los espacios marítimos conectados (mar territorial, alta mar...), si bien no es trascendente en cuanto a la conceptualización de un estrecho internacional, sí lo es, y mucho, a los efectos de fijar su concreto régimen de navegación; pues es precisamente atendiendo a este dato como la Parte III de la CNUDM lleva a distinguir dos regímenes diferentes de navegación por los estrechos internacionales–derecho de paso inocente y derecho de paso en tránsito-, según los espacios marítimos que estos conecten.

A este respecto, debemos hacer notar que se ha producido una importante evolución en lo que se refiere a la calificación jurídica de las aguas que se unen por un estrecho a los efectos de definirlo como ‘internacional’. Así, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sentó como criterio decisivo para la definición de estrecho internacional, el de su situación como elemento de conexión entre dos partes de alta mar¹²; por su parte, la Convención de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua de 1958 amplió los espacios conectados al referirse en su artículo 16.4, no sólo a los que unen una parte de alta mar con otra parte de alta mar, sino también al supuesto en que el estrecho conecte alta mar con el mar territorial de un Estado extranjero. El abanico de aguas conectadas por los estrechos internacionales se amplía nuevamente en la Convención de 1982; así, por un lado, se codifican tanto el de conexión entre dos zonas de alta mar que ahora engloba el nuevo espacio de ZEE -por tanto, conexión entre alta mar y ZEE y alta mar o ZEE (art.37)-, como el de conexión entre alta mar o ZEE y mar territorial (art.45). Por otro, se añaden dos supuestos más: el estrecho que separa una isla de un Estado del territorio continental del mismo, cuando del otro lado de la isla hay un corredor similar de alta mar o ZEE (art.38), y el excepcional caso de conexión con aguas interiores de un Estado, en la hipótesis de que el trazado de línea de base recta haya producido como efecto encerrar como aguas interiores aguas que antes no se consideraban como tales (art.35 a)¹³.

¹² Asunto del *Estrecho de Corfú*, ICJ Reports, 1949, p.28.

¹³ Aunque expresamente no se recoge en la Parte III, cabe inferir de lo dispuesto en la Parte IV relativa a los “Estados archipelágicos”, que en el caso de estrechos internacionales existentes entre islas de un Estado archipelágico, esto es, en el supuesto de “estrechos archipelágicos” las aguas de tales estrechos, así como los espacios marítimos conectados por los mismos son fundamentalmente aguas archipelágicas del propio Estado ribereño del estrecho; siempre y cuando dicho Estado se haya acogido a la denominación de Estado archipelágico y haya procedido a delimitar sus espacios marítimos con líneas de base archipelágicas (artículo 47). Tal ocurre sobre todo con Indonesia –Estrecho de Lombok, Estrecho de Sund- y Filipinas –Estrecho de San Juanico, Estrecho de Maqueda-; aunque también encontramos estrechos de este tipo en Bahamas –Crooked Passage-, Trinidad y Tobago –Galleons Passage-, Papúa Nueva Guinea –Estrecho de Dampier-, Islas Salomón –Manning Strait-, o Fiji –Vatu-i-ra Channel-. Es

2. Elemento jurídico

Para que un estrecho geográfico entre en la categoría de estrecho internacional debe cumplir además un importante requisito de carácter jurídico, cual es que las aguas del estrecho formen parte del mar territorial de uno o más Estados. No es necesario que la totalidad de las aguas del estrecho queden comprendidas en el mar territorial, es suficiente con que se produzca el solapamiento en algunas de las partes del estrecho, que será en la zona más angosta del mismo¹⁴.

Este elemento ya se hallaba implícito en la Convención de Ginebra de 1958, al estar incluido el artículo 16.4 en la parte dedicada al mar territorial, y más concretamente en la sección III dedicada al derecho de paso inocente de los buques extranjeros por el mar territorial. Años antes, había sido apuntado por diversos autores, como J. Westlake¹⁵ quien, a principios del siglo XX, afirmó que los estrechos considerados en Derecho internacional eran aquéllos cuya anchura fuera inferior al doble de la extensión del mar territorial de los Estados ribereños del estrecho en cuestión.

A efectos jurídicos, por tanto, un estrecho internacional es un estrecho geográfico en el cual el mar territorial del Estado o Estados ribereños no permite que exista una ruta de libre navegación a través de dicha vía marítima¹⁶. De no ser así, esto es, en el caso de que en la parte más angosta del estrecho se supere el doble de la anchura del mar territorial (en principio, que supere las 24 millas de anchura; siempre y cuando la anchura del mar territorial respectivo sea de 12 millas, pues si es inferior, el límite máximo aludido se vería proporcionalmente reducido), estaríamos ante un estrecho geográfico pero no ante un estrecho internacional, ya que parte de sus aguas no estarían sometidas a la soberanía de ningún ribereño y existiría una ruta de libre navegación y libertad de sobrevuelo por tratarse de alta mar o ZEE. Este tipo de estrechos quedan fuera de la regulación de la CNUDM, tal y como expresamente dispone el artículo 36. Sería el caso, entre otros muchos, del Estrecho de Groenlandia, del Canal de Mozambique, del Canal de Otranto, o del Paso de Florida.

necesario reseñar que en el caso de ‘estrechos archipelágicos’ el régimen jurídico aplicable a los mismos no es el de la Parte III, sino el de la Parte IV de la CNUDM.

¹⁴ A este respecto, debemos tener en cuenta, el más que frecuente supuesto de que existan islas en medio del estrecho; pues, habida cuenta que las islas tienen igualmente adjudicado mar territorial, su existencia en un estrecho puede conllevar el cumplimiento del elemento jurídico, al solaparse su mar territorial con el mar territorial del litoral continental. Así, podemos encontrarnos con estrechos en los que la anchura de una costa continental a otra supere las 24 millas -lo que llevaría a excluirlos de esta categoría-, pero que en medio de la parte más angosta tienen islas, lo que supone la división del estrecho en dos o más canales, cuyas aguas, ahora sí, son mar territorial. Eso sucede, por ejemplo, en el Estrecho de Bering, en el Estrecho de Torres o en el Estrecho de Bass, entre otros.

¹⁵ Cf. WESTLAKE, J., *International Law*, vol.I, London, 1904, p.193. Esta tesis fue recogida en las propuestas del Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya de 1930, y acogida en la propia Conferencia, al señalar el Comité Principal que las aguas de los estrechos que no formen parte de alta mar son mar territorial (cf. *AJIL*, 1930).

¹⁶ Cf. YTURRIAGA BARBERÁN J.A., *Ámbitos de soberanía en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. Una perspectiva española*, Madrid, 1993, p.254.

3. Elemento funcional

El último de los requisitos a cumplir por un estrecho internacional es de carácter funcional: la utilización del estrecho para la navegación internacional. Un criterio que, a su vez, presupone como requisito intrínseco que dicha vía marítima debe ser navegable. Debemos indicar que el requisito de la navegación viene referido exclusivamente a la navegación marítima y no a la aérea, y además navegación en superficie. Pues, sucede que estrechos que no son utilizados para la navegación marítima en superficie o no son navegables, no plantean problemas para ser sobrevolados o, incluso, para que sea factible la navegación en inmersión; pero se entiende que no cumplen el requisito funcional y quedan fuera de la Parte III. Así, por ejemplo, no son navegables tres de los cuatro estrechos que separan las Islas Andaman: el Estrecho de Austin, el de Homfray y el de Andaman. Los estrechos rusos de Petukhouskii Shar, Sharapov Shar, Iugorshii Shar y Red Army, situados en la zona ártica, no son adecuados para la navegación marítima en superficie debido a la intensa y continua niebla que siempre hay en ellos. Asimismo, el Estrecho de M'Clure en el archipiélago ártico canadiense tampoco es navegable debido a que está bloqueado por el hielo todo el año –aunque algunos submarinos sí podrían llegar a atravesarlo sumergidos-.

En consecuencia, aquellos estrechos que formen parte del mar territorial de uno o varios Estados pero que no sean usados para la navegación internacional o no sean navegables quedan fuera de la Parte III, y están sujetos a las disposiciones generales de la Parte II de la CNUDM relativas al mar territorial y, en consecuencia, su régimen de navegación será el de derecho de paso inocente con posibilidad de suspensión.

A la luz de los criterios anteriormente señalados, no hay duda alguna acerca de que el Estrecho de Ormuz es un estrecho internacional –regulado, por tanto, por las normas internacionales específicas en la materia-, dado que en él confluyen los elementos necesarios para tal catalogación: no solo es claramente un estrecho geográfico, también lo es jurídico pues su anchura mínima es de 21 millas náuticas, y sin duda es utilizado para la navegación internacional. Esto significa que las cuestiones relativas a cuál y cómo ha de ser el régimen de navegación por el Estrecho de Ormuz son las específicas establecidas por el ordenamiento jurídico internacional. La siguiente tarea es la de determinar cuáles son dichas normas.

III. EL RÉGIMEN DE NAVEGACIÓN POR LOS ESTRECHOS INTERNACIONALES PREVISTO EN LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO DEL MAR DE 10 DE DICIEMBRE DE 1982

Tal y como ya hemos señalado, la regulación de la navegación por los estrechos internacionales viene establecida hoy día por vía convencional en la Parte III de la Convención de 1982; sin duda, una de las partes más complicadas de consensuar en su momento en la IIIª Conferencia de Derecho del Mar habida cuenta los altos intereses estratégicos y económicos que los mismos suponían para las Grandes Potencias- sobre todo en algunos de ellos, los más importantes desde la óptica de la geostrategia mundial,

como son Gibraltar, Dover, Torres, Malacca, Bab-el-Mandeb, u Ormuz-, los cuales chocaban frontalmente con la justificada preocupación por la seguridad de los Estados ribereños de los estrechos.

Una confrontación que aún se vive hoy día en algunos de ellos, en especial en el de Ormuz que analizamos, y que no es sino traslación de la eterna dicotomía existente entre los incuestionables derechos soberanos de los Estados ribereños de los estrechos, y las “necesidades” de libertad de movimiento –más o menos justificadas- de los Estados que utilizan los mismos para navegar; una situación que se produce, tanto en el ámbito del comercio internacional, como en el del despliegue del poder militar.

1. Los diferentes tipos de estrechos que establece la CNUDM

Uno de los rasgos más destacables de la regulación contenida en la CNUDM con relación a los estrechos es el que viene determinado por la atomización de regímenes de navegación, sobre la base de una multiplicidad de ‘tipos’ de estrechos internacionales, dotado cada uno de ellos de una distinta regulación jurídica, a la que antes nos hemos referido. Lo que choca frontalmente con la norma consuetudinaria reconocida como tal en su momento por la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú*, y codificada en la *Convención de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua* de 1958, cuyo artículo 16.4 reconocía, como hemos señalado, dos categorías de estrechos internacionales -los que unen dos partes de alta mar, y aquellos que unen una zona de alta mar con el mar territorial de un Estado-, con un único régimen de navegación para ambos: el del derecho de paso inocente; consolidando así la unidad de régimen jurídico en todo el mar territorial incluidos los estrechos.

La razón del cambio regulatorio vino motivada porque la ordenación consagrada por el artículo 16.4 de la Convención de 1958 no satisfacía ni a las potencias marítimas, recelosas de las implicaciones del paso inocente en los estrechos que obstaculiza la movilidad de su despliegue estratégico de carácter hegemónico¹⁷, ni tampoco a un grupo de Estados interesados en algunos estrechos importantes quienes, bien por razones ideológicas, bien conservacionistas, deseaban imponer un grado mayor de control sobre el paso a través de los estrechos que el correspondiente al paso inocente.

Además, a ello hubo que sumar el importante cambio que supuso en este ámbito la ampliación de la anchura del mar territorial a 12 millas; pues si en 1958, atendiendo a que en términos generales las anchuras oscilaban entre las 3 y las 6 millas náuticas, el número de estrechos internacionales era de apenas una decena, el paso a un mar territorial de 12 millas supuso un aumento exponencial del número de estrechos internacionales, los cuales pasaron a superar la centena¹⁸. Esto es, que en un gran

¹⁷ Cf. PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar y los intereses de España”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1983, p.78.

¹⁸ Así lo hicieron, por ejemplo, Irán en 1959, Yemen en 1967, Malasia en 1969, Marruecos en 1969, Francia en 1971, Omán en 1972, o España en 1977. Una tabla recogiendo la evolución de las reclamaciones sobre las diferentes anchuras del mar territorial puede verse en BURKE, W.T.,

número de estrechos en los que antes existía una zona de libertad de navegación por superar el doble de la anchura del mar territorial y tener una franja de alta mar –por lo que la navegación por los mismos no planteaba problema alguno a las Grandes Potencias–, sus aguas pasaron a ser mar territorial al ampliar la anchura de éste hasta un máximo de 12 millas, convirtiéndose así en estrechos internacionales y siendo su régimen de navegación el de derecho de paso inocente. Entre los estrechos afectados por tan importante cambio de naturaleza jurídica se encontraban los estrechos más importantes desde el punto de vista estratégico a los que antes nos hemos referido, como es el caso del Estrecho de Ormuz.

En este sentido, el resultado de la presión ejercida por las Grandes Potencias en la IIIª Conferencia sobre Derecho del Mar supuso el reconocimiento de las siguientes categorías de estrechos reguladas por la Parte III de la CNUDM¹⁹:

a) Hay dos clases de estrechos donde rige el derecho de paso inocente:

1. Estrechos formados por una isla de un Estado ribereño de ese estrecho y su territorio continental, cuando del otro lado de la isla exista una ruta de alta mar o que atraviese una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a sus características hidrográficas y de navegación (artículo 38.1): Estrecho de Messina.

2. Estrechos situados entre una parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva y el mar territorial de otro Estado (artículo 45.1 b): Estrecho de Tirán, Estrecho de Suur.

b) Una tercera categoría de estrechos -la más numerosa y la que engloba los estrechos más importantes-, donde rige el derecho de paso en tránsito: los que unen 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 (artículo 37): Estrecho de Gibraltar, Estrecho de Dover.

Quedan fuera de la Parte III los siguientes estrechos:

1. Estrechos que engloben aguas interiores que antes del trazado de una línea de base recta de conformidad con el método establecido en el artículo 7 ya fueran aguas interiores (artículo 35 a): Canal de Beagle.

2. Estrechos cuyo paso esté regulado total o parcialmente por convenciones internacionales de larga data y aún vigentes que se refieran a tales estrechos (artículo 35 c): Estrechos daneses (Gran Belt, Pequeño Belt y Sound), Estrecho de Magallanes y Estrechos turcos (Bósforo y Dardanelos).

“Submerged Passage through Straits: Interpretations of the proposed Law of the Sea Treaty Text”, *Washington Law Review*, 52, 1976-1977, pp.195-196.

¹⁹ Una “diversificación” fruto de uno de los mayores compromisos de la IIIª Conferencia, gráficamente expresado por R. Jeanel con la frase lapidaria: “No strait, no fish” (Vid. JEANEL, R., “Les grands compromis de la Conférence”, en SFDI, *Perspectives du droit de la mer à l'issue de la 3ª Conférence des Nations Unies. Colloque de Rouen*, Pedone, Paris, 1984).

3. Estrechos cuyo paso esté regulado por acuerdos compatibles con la Convención que no son de larga data (artículo 311.2).

4. Estrechos por los que pasa una ruta de alta mar o atraviesa una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a características hidrográficas y de navegación (artículo 36): son los que ya hemos visto no cumplen el elemento jurídico como el Estrecho de Davis o el Canal de Yucatán.

5. Estrechos que engloben aguas archipelágicas como consecuencia del trazado de líneas de base archipelágicas en Estados archipelágicos (parte IV): la serie de estrechos que separan diferentes islas indonesias (Leti) o filipinas (San Bernardino).

Curiosamente, a pesar de esta pluralidad de estrechos tipificados (ocho categorías), no están todos los que son. Resultando que la práctica nos deja dos ejemplos de estrechos utilizados para la navegación internacional que no quedan englobados en ninguna de las categorías anteriores lo que plantea dudas y discrepancias respecto a determinar qué régimen de navegación debe regir en los mismos.

1. Los que podríamos denominar estrechos mixtos, esto es, estrechos que responden, a la vez, a dos categorías distintas de estrecho que tienen atribuido un diferente régimen jurídico, mutuamente incompatible. Concretamente, estrechos formados por una isla de un Estado ribereño de un estrecho, por un lado, y su territorio continental y también el territorio continental de otro Estado ribereño, de otro, cuando del otro lado de la isla existe una ruta de alta mar o atraviesa una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a sus características hidrográficas y de navegación. Esto es, estrechos del artículo 38.1, pero en los que hay otro Estado ribereño en el estrecho, de forma tal que, si sólo se tiene en cuenta la parte del estrecho que afecta a este último, estaríamos ante un estrecho que une una zona de alta mar o ZEE con otra zona de alta mar o ZEE. Es el caso del Estrecho de Corfú o del Canal de Pemba.

2. Estrechos que engloban mar territorial y que conectan una parte de alta mar o zona económica exclusiva con las aguas archipelágicas de otro Estado. Esta situación es la que se produce, tras la accesión a la independencia de Timor Leste, en el Estrecho de Wetar entre Indonesia y Timor Leste, que une el alta mar o ZEE del Mar de Arafura con las aguas archipelágicas indonesas.

A la vista de lo anteriormente expuesto, queda claro que la Parte III distingue dos regímenes de navegación en los estrechos internacionales: derecho de paso inocente no suspendible (idéntico al codificado en la Convención de 1958), y derecho de paso en tránsito. Veamos a grandes rasgos las notas que caracterizan a cada uno de ellos.

2. El derecho de paso inocente en los estrechos internacionales

Como ya hemos apuntado hasta la entrada en escena de la Convención de 1982, el único régimen de navegación por los estrechos internacionales había sido el del derecho de

paso inocente²⁰. Un derecho de paso similar, aunque no exactamente idéntico, al que existe en el mar territorial; que no es una mera facultad, sino un auténtico derecho, oponible por terceros Estados al Estado ribereño, que viene a limitar la soberanía de éste sobre su mar territorial, y del que gozan todos los Estados aunque no tengan litoral.

Fue la CIJ en su sentencia de 9 de abril de 1949, en el asunto *del Estrecho de Corfú*, quien consagró dicho régimen de navegación en los siguientes términos:

“It is, in the opinion of the Court, generally recognized and in accordance with international custom that States in time of peace have a right to send their warships through straits used for international navigation between two parts of the high seas without the previous authorization of the coastal State, provided that the passage is innocent. Unless otherwise prescribed in an international convention, there is no right for a coastal State to prohibit such passage through straits in time of peace”²¹.

Con algunos matices, tales como la ausencia de referencia expresa al derecho de paso de los buques de guerra, este es básicamente el régimen de navegación por los estrechos internacionales que codifica la *Convención de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua* de 1958, en el único artículo que dedica al tema en su Sección III, dentro del “derecho de paso inocente en el mar territorial”. Se trata del artículo 16, párrafo 4:

“El paso inocente de buques extranjeros no puede ser suspendido en los estrechos que se utilizan para la navegación internacional entre una parte de alta mar y otra parte de alta mar, o el mar territorial de un Estado extranjero”²².

Esto se traduce en que, salvo por la no posibilidad de suspensión, el régimen de navegación en los estrechos se caracterizaba por el mismo derecho de paso inocente que existe en el resto del mar territorial. Esto es, todos los buques pueden atravesar los estrechos mientras navegan por el mar territorial sin entrar en aguas interiores, o para dirigirse hacia aguas interiores, o procedentes de aguas interiores para dirigirse a alta mar. Este paso incluye la parada y el fondeo siempre que sean incidentes ordinarios de la navegación o por motivos de fuerza mayor. El paso es inocente en la medida en que no es perjudicial para la paz, el orden público o la seguridad del ribereño; no se considerará inocente si al pasar el buque no cumple las leyes y reglamentos dictados por el ribereño para impedir que los buques pesquen en sus aguas territoriales. El Estado ribereño no puede entorpecer el paso inocente y está obligado a dar publicidad a cualquier peligro para la navegación de la que tenga conocimiento Respecto al tránsito

²⁰ Para un análisis en detalle del régimen de paso pueden consultarse, entre otros muchos, GHOSH, Sh., “The Legal Regime of Innocent Passage through the Territorial Sea”, *Indian Journal of International Law*, 1980, pp.216-235; NGANTCHA, F., *The Right of Innocent Passage and the Evolution of the International Law of the Sea*, Pinter Publishers, London, 1990; O’CONNELL, *The International Law of the Sea... op.cit.*, pp.259-298; PRZETACZNIK, F., “Freedom of navigation through territorial sea and international straits”, *Revue de Droit International des sciences diplomatiques et politiques*, 1977.3, pp.222-236.

²¹ Vid. ICJ Reports, 1949, p.28

²² Debemos hacer notar que este texto difiere de la fórmula del *Estrecho de Corfú*, al referirse a la “suspensión” del paso y no a la “prohibición” como hace la sentencia de la CIJ. Véase el texto en BOE n° 307, de 24 de diciembre de 1971.

de submarinos, estos deben navegar en superficie y mostrando su bandera mientras atraviesan los estrechos. Este derecho de paso no se extiende a las aeronaves²³.

Por lo que se refiere al régimen jurídico del derecho de paso inocente aplicable a las dos categorías de estrechos anteriormente apuntadas en las que rige dicho paso según la Convención de 1982, hemos de señalar que esta última sigue fielmente la estela de lo marcado por la Convención de 1958. Dispone a este respecto el artículo 45 CNUDM:

“1. El régimen de paso inocente, de conformidad con la Sección tercera de la Parte II, se aplicará en los estrechos utilizados para la navegación internacional:

- a) excluidos de la aplicación del régimen de paso en tránsito en virtud del párrafo primero del artículo 38; o*
- b) situados entre una parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva y el mar territorial de otro Estado.*

2. No habrá suspensión alguna del paso inocente a través de tales estrechos.”

Resulta así que esta disposición no desarrolla el régimen jurídico del paso inocente, sino que actúa por vía de remisión a lo estipulado al respecto en la Sección tercera de la Parte II; esto es, nos remite a la regulación específica del mar territorial sobre el particular, corroborando que las aguas que forman parte de un estrecho internacional siguen siendo mar territorial, con la particularidad para el caso de los estrechos internacionales de que no cabe la posibilidad de suspensión de dicho paso, de ahí la común denominación de ‘paso inocente no-suspendible’.

En este sentido, nos encontramos, por tanto, que el régimen jurídico concerniente al paso inocente se detalla en los artículos 17 a 32, que conforman la Sección tercera de la Parte II de la CNUDM, de forma más o menos similar al recogido en la Sección segunda de la Parte I de la Convención de Ginebra de 1958. No existen diferencias sustanciales entre ambas convenciones, pero cierto es que en la Convención de 1982 aparecen reglas pormenorizadas que afectan al derecho de paso inocente, que en el

²³ Cierto es que la cuestión de la navegación aérea fue examinada por la CDI, incluso el Relator especial fue interrogado acerca de la posibilidad de extender el derecho de paso inocente al espacio aéreo. La respuesta de François fue contundente, en el sentido de que el *Convenio de Chicago sobre Aviación Civil* de 7 de diciembre de 1944 no reconoce el derecho de paso inocente, y que la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930 había manifestado expresamente que no existía ningún derecho consuetudinario de paso inocente sobre el espacio aéreo supradistante al territorio (citado en YTURRIAGA BARBERÁN, J.A., “El sobrevuelo por los estrechos internacionales utilizados para la navegación internacional”, *Anuario IHLADI*, vol.9, 1991, pp.362-363). Esta opinión fue compartida por el profesor Pepin, para quien, dado que el espacio aéreo sobre el mar territorial está totalmente asimilado al espacio aéreo sobre el territorio terrestre, los movimientos de aeronaves en ambos espacios están sometidos a idénticas condiciones (cf. Doc.A/CONF.13/14, 4 de octubre de 1957).

En esta misma línea, la OACI señaló en sus comentarios al Proyecto de la CDI que una aeronave extranjera no goza del derecho de paso aéreo sobre el territorio terrestre de un Estado o sobre el adyacente mar territorial (Doc.A/CONF.13/31, 24 de julio de 1958). Una posición reiterada posteriormente por el Secretario de la OACI quien señaló que no se reconoce derecho de paso inocente alguno para las aeronaves sobre el mar territorial; dicho sobrevuelo está sujeto al régimen del Convenio de Chicago. A este respecto, la Convención de 1982 “does not change the status quo in international air law in this respect” (Doc. LC/26-WP/5-1 (1987), en *Netherlands Institute for the Law of the Sea, Documentary Yearbook*, 1987, p.250).

sistema convencional de 1958 aparecían bajo fórmulas generales. Tal sucede con los criterios que rompen la inocencia del paso (artículo 19.2), con las materias que el ribereño puede regular por medio de leyes y reglamentos internos (artículo 21), o con la cuestión de las vías marítimas y los dispositivos de separación del tráfico (artículo 22).

Así, frente a la locución genérica y ambigua de la Convención de 1958 según la cual el paso es inocente mientras no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño –reproducido en el párrafo 1 del art.19 CNUDM- el párrafo 2 enumera una docena de actividades que se consideran perjudiciales y, en consecuencia, no son inocentes por lo que no pueden ser realizadas por un buque durante su paso. Tales actos son:

- “a) cualquier amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política del Estado ribereño o que de otra forma viole los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas;*
- b) cualquier ejercicio o práctica con armas de cualquier clase;*
- c) cualquier acto destinado a obtener información en perjuicio de la defensa o la seguridad del Estado ribereño;*
- d) cualquier acto de propaganda destinada a alertar contra la defensa o la seguridad del Estado ribereño;*
- e) el lanzamiento, recepción o embarque de aeronaves;*
- f) el lanzamiento, recepción o embarque de dispositivos militares;*
- g) el embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño;*
- h) cualquier acto de contaminación internacional y grave contra esta Convención;*
- i) cualesquiera actividades de pesca;*
- j) la realización de actividades de investigación o levantamientos hidrográficos;*
- k) cualquier acto dirigido a perturbar los sistemas de comunicaciones o cualesquiera otros servicios o instalaciones del Estado ribereño;*
- l) cualesquiera otras actividades que no estén directamente relacionadas con el paso”.*

Si reparamos en el contenido y objeto concreto de las actividades relacionadas, observamos con T. Treves²⁴ que éstas vienen referidas, principalmente, a la exigencia de seguridad del Estado ribereño indicada en la definición general del carácter ‘inocente’ del paso. Tal sucede, con los seis primeros apartados; incluso, el primero de ellos reitera lo expresado en el artículo 301 CNUDM²⁵, que está directamente inspirado en el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas que recoge el principio estructural de prohibición del uso o amenaza de la fuerza. Las preocupaciones relativas a la seguridad también parecen influir de manera primordial en el sub-apartado k). Los otros puntos de la lista (g, h, i, j), en cambio, se refieren a actividades propias y soberanas del Estado ribereño y que éste considera de importancia particular; incluso, algunas que se ejercen de forma exclusiva por éste más allá de mar territorial, como ocurre con la legislación

²⁴ Vid. TREVES, T., “La navigation”, en DUPUY, R.J., et VIGNES, D., *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris, 1985, pp.757-758.

²⁵ El artículo 301 establece: “Al ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, de conformidad con esta Convención, los Estados Partes se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”.

aduanera, fiscal, sanitaria y de inmigración, que se impone también en la zona contigua (artículo 33 CNUDM). Ahora bien, aunque el catálogo de actividades prohibidas es más bien extensivo y detallado, no podemos considerar que sea exhaustivo debido a la cláusula residual que comporta el último sub-párrafo, al referirse a ‘cualquier otra actividad que no esté directamente relacionada con el paso’. La intención innovadora de la Convención se ve, ciertamente, comprometida con esta referencia final que, si bien, no otorga una discrecionalidad absoluta al Estado ribereño deberá ser cuidadosamente interpretada y aplicada en consonancia con los otros puntos de la lista, para evitar la posibilidad de abuso de derecho, sancionada convencionalmente en el artículo 300 CNUDM.

Creemos igualmente importante reseñar que al poner el acento en las actividades que desarrolla el buque, la Convención exige, como señala H. Caminos²⁶, que la inocencia de su paso sea juzgada únicamente por su conducta y no por el propósito o destino de su viaje. Únicamente cuando el buque extranjero se dedique a alguna de las actividades listadas en el artículo 19.2 su paso se podrá considerar ‘no-inocente’, permitiendo al Estado ribereño tomar las medidas necesarias para impedir dicho paso, según lo dispuesto en el artículo 25. En todo caso, en línea con la calificación del ‘paso’, la calificación de la ‘no-inocencia’ del mismo es también competencia exclusiva del Estado ribereño.

A) El paso inocente de ciertos tipos de buques

Ahora bien, con relación a la inocencia del paso existen ciertos tipos de buques que por sus especiales características plantean ciertos problemas interpretativos respecto a si gozan o no del derecho de paso inocente; nos estamos refiriendo a los buques tanque y los propulsados por energía nuclear, así como a los buques de guerra.

Por lo que se refiere a *los buques tanque y los propulsados por energía nuclear* (buques de características especiales) se han generado ciertas reticencias entre algunos Estados al reconocimiento del derecho de paso inocente a los mismos, al entender que la inocuidad del paso no puede apreciarse haciendo abstracción del riesgo de contaminación del medio marino que dichos buques supone. La protección de las costas del Estado ribereño y de su medio ambiente, han inspirado la idea de una modernización de la noción de paso inocente, defendida arduamente por Canadá, que se traduciría en el reconocimiento de derechos especiales al Estado ribereño sobre el paso inocente de estos buques. Fruto de esta presión, son dos artículos incorporados a la CNUDM que se refieren a estos buques de características especiales, los artículos 22.2 y 23²⁷. La

²⁶ Vid. CAMINOS, H., “The Legal Regime of Straits in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea”, *R. des C.*, n° 295, 1987-V, pp.141-142. Debemos indicar que esta circunstancia viene reforzada por lo dispuesto en el art.24.1, que prohíbe al ribereño discriminar de hecho o de derecho contra los buques de cualquier Estado o contra los que transporten mercancías hacia o desde cualquier Estado.

²⁷ Por un lado, el artículo 22 establece: “2. En particular, el Estado ribereño podrá exigir que los buques cisterna, los de propulsión nuclear y los que transporten sustancias o materiales nucleares u otros intrínsecamente peligrosos o nocivos limiten su paso a esas vías marítimas”.

Por su parte, el artículo 23, cuyo enunciado es “*Buques extranjeros de propulsión nuclear y buques que transportan sustancias nucleares u otras sustancias intrínsecamente peligrosas o nocivas*”, dispone: “Al

pregunta que surge es si a tenor de dichas disposiciones cabe inferir la exclusión del derecho de paso inocente para los buques de características especiales; la respuesta es claramente negativa. El paso inocente no conoce como excepción el criterio del tipo de carga, ni el del medio de propulsión. Más aún, estos artículos lo que hacen, por contra, es confirmar que este tipo de buques disfruta del derecho de paso inocente. Tanto la expresión contenida en el artículo 23 de “al ejercer el derecho de paso inocente”, como la referencia del artículo 22 a la capacidad de “limitar el paso a esas vías marítimas”, están corroborando que el derecho de paso inocente para buques propulsados por energía nuclear o que transporten sustancias peligrosas existe. Lo que hacen estos artículos es únicamente regular su paso, no excluirlo.

No obstante, la práctica contemporánea no se ajusta plenamente a este tenor y nos encontramos con numerosos Estados que entienden que tales buques no gozan sin más del derecho de paso inocente y así lo han trasladado a sus legislaciones internas exigiendo, bien la autorización, bien la previa notificación para permitir a este tipo de buques ejercer el paso por su mar territorial. Tal es el caso de Estonia, cuya Decisión N° 62 sobre navegación de los buques a través del mar territorial y las aguas interiores de 10 de marzo de 1993, obliga a los buques de propulsión nuclear a solicitar previa autorización por vía diplomática, con una antelación no inferior a los 30 días anteriores al paso, para poder transitar por su mar territorial y, en consecuencia, para atravesar los estrechos de los que es ribereño. O también de Italia, cuyo Decreto de 8 de Mayo de 1985 establece el pilotaje obligatorio para los buques que transporten sustancias peligrosas y superen las 6000 toneladas para atravesar el Estrecho de Messina, y directamente se prohíbe el paso a los buques de este tipo de 50000 toneladas. Otras legislaciones internas, en cambio, no subordinan el paso de estos buques y la entrada a sus aguas interiores a la necesidad de autorización o de mera notificación, aunque sí exigen el cumplimiento de una serie de requisitos e informaciones que van más allá de la mera obligación de utilizar la vías marítimas designadas por el ribereño, o de verificar las exigencias marcadas en el artículo 23 CNUDM²⁸.

Más controvertida aún es la aplicación del derecho de paso inocente a los **buques de guerra**. Aquí son mayores las reticencias de un nutrido número de Estados a reconocer el derecho de paso inocente a este tipo de buques, así como de una parte de la doctrina. En este sentido, esta actitud toma en consideración que este derecho es corolario de la libertad y las necesidades del comercio internacional, y no de la libertad de navegación; los buques de guerra no guardan relación alguna con dicha libertad ni con esas necesidades por lo que quedan excluidos²⁹. Mientras que las Grandes Potencias Marítimas son las más fervientes defensoras de la existencia de este derecho. Como

ejercer el derecho de paso inocente por el mar territorial, los buques extranjeros de propulsión nuclear y los buques que transportan sustancias nucleares u otras sustancias intrínsecamente peligrosas o nocivas deberán tener a bordo los documentos y observar las medidas especiales de precaución que para tales buques se hayan establecido en acuerdos internacionales”.

²⁸ Todas las legislaciones internas relativas a los diversos espacios marítimos que se citan en el presente trabajo se localizan en <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/regionalist.htm>.

²⁹ Cf. LUCCHINI, L., et VOELCKEL, M., *Droit de la Mer*, Tome 2, Vol.2, Pedone, Paris, 1996, p.249.

señala O'Connell, tanto la Convención de Ginebra de 1958 como la Convención de 1982, "are ambiguous on the question of the right of innocent passage of warships"³⁰.

Si bien es cierto que en ninguno de los dos regímenes convencionales existe un artículo que se refiera expresamente al paso de los buques de guerra, ni para permitirlo expresamente, ni para someterlo a la exigencia de autorización o notificación³¹, también lo es que las dudas interpretativas evidentes que genera la Convención de Ginebra de 1958 al respecto no parecen existir en la Convención de 1982 o, al menos, existen elementos de juicio suficientes que permiten disiparlas. En efecto, varios argumentos sustentan la interpretación de que la CNUDM prevé en su articulado el paso inocente de buques de guerra. Por un lado, la referencia del artículo 17 a "los buques de todos los Estados", sin distinción; por otro, el propio título de la subsección A: "normas aplicables a todos los buques", donde se ubica el paso inocente, que no diferencia entre tipos de buques, cuando las siguientes subsecciones (B y C) sí lo hacen. Más aún, ciertas actividades enumeradas en el artículo 19 como 'no-inocentes', sólo pueden ser realizadas por buques de guerra, lo que supone que la navegación militar es su objeto; es el caso del "ejercicio o prácticas con armas" (b), "lanzamiento, recepción o embarque de aeronaves" (e), o "de dispositivos militares" (f). Sería absurdo recoger estas actividades si no se permitiera el paso inocente de buques de guerra, que son quienes pueden realizarlas.

Sin embargo, la *práctica estatal* sigue sin estar clara, no es unánime, y los Estados mantienen posturas encontradas lo que puede generar dudas acerca de la existencia de una norma consuetudinaria que reconozca el derecho de paso inocente a los buques de guerra, la cual fuera oponible a aquellos Estados que, como Irán, no son parte de la CNUDM.

Así, varios Estados, al firmar o al depositar su instrumento de ratificación de la CNUDM, han declarado que el paso de los buques de guerra por el mar territorial está

³⁰ Vid. O'CONNELL, *The International Law of the Sea*, vol.I, Oxford, 1984, p.274; trabajo al que remitimos para una análisis de la evolución histórica, tanto de la discusión doctrinal, como de la práctica estatal al respecto (pp.274-294). Igualmente reseñable en este contexto resulta el trabajo de ESPALIÚ BERDUD, C., y CASADO RAIGÓN, R., "El paso inocente de buques de guerra extranjeros por mar territorial: alcance del régimen de la CNUDM", *REDI*, 2005.2, vol. LVII, pp.777-798.

³¹ A este respecto, debemos señalar que la CDI incluía en su proyecto de 1956, un artículo que permitía al Estado ribereño someter el paso de los buques de guerra por su mar territorial al requisito de la notificación o autorización previa (artículo 24, *ILC Yearbook*, 1956, II, p.276); si bien dicho artículo no obtuvo la mayoría de dos tercios necesaria para ser aprobado, por lo que la Convención de Ginebra de 1958 guarda silencio sobre este punto. En esta línea, la práctica posterior a la Conferencia de Ginebra de 1958 no despeja dudas al respecto, pues los Estados se alinean en las dos posiciones extremas: la de la necesidad de autorización previa y la del reconocimiento del derecho de paso inocente para estos buques. Una situación que se mantiene a lo largo de toda la IIIª Conferencia, donde también hubo intentos para incorporar una disposición que permitiera al Estado ribereño exigir autorización o notificación previa a estos buques, que fueron infructuosos, por lo que tampoco encontramos en la CNUDM disposición alguna en ese sentido.

supeditado, bien a la previa notificación, bien a la necesidad de autorización³². Es el caso de China, Croacia, Egipto, Montenegro y Serbia, para quienes es necesaria la previa notificación. Mientras, Irán, Omán y Yemen, sostienen la necesidad de autorización previa del paso. Otros Estados han reivindicado el derecho a tomar las medidas que sean necesarias para salvaguardar sus intereses de seguridad, incluyendo la posibilidad de adoptar leyes y reglamentos relativos al paso de los buques de guerra, así lo han hecho Santo Tomé y Príncipe, Cabo Verde, Rumania, Sudán, Finlandia, y Suecia. La posición contraria ha sido sostenida por otros Estados, que se han manifestado claramente a favor del paso inocente de los buques de guerra sin necesidad de consentimiento ni notificación; es el caso de Italia, EEUU³³, Reino Unido, Francia, Países Bajos, y Alemania.

De igual forma, un número importante de Estados mantienen en su legislación, reglas que imponen la condición de la autorización o la notificación previa del Estado ribereño para permitir el paso de buques de guerra (como hemos visto que ocurre con los buques de propulsión nuclear y los que transportan sustancias peligrosas). Los Estados que exigen previa notificación en su ordenamiento interno son: Dinamarca, Estonia, Finlandia, Guyana, India, Indonesia, Corea, Mauricio, Montenegro, y Serbia. Mayor es el número de Estados que exige la concesión de una autorización previa, para que los buques de guerra accedan a su mar territorial: Albania, Argelia, Antigua y Barbuda, Bangladesh, Barbados, Brasil, Bulgaria, Burma, Camboya, China, Congo, Emiratos Árabes Unidos, Granada, Irán, Maldivas, Malta, Pakistán, Polonia, Rumanía, San Vicente y Granadinas, Seychelles, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Suecia, Siria, Vietnam y Yemen³⁴.

³² El texto de las distintas declaraciones puede consultarse en http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&lang=en

³³ Incluso EE.UU. y la URSS formalizaron en 1989, una Declaración conjunta unida a la Interpretación uniforme de las reglas de Derecho internacional que rigen el paso inocente, en la que ambos afirmaban que todos los barcos, incluyendo los buques de guerra disfrutaban del derecho de paso inocente (cf. *ILM.*, 1989, pp.1444-1447).

³⁴ Estados que exigen previa notificación en su ordenamiento interno: Dinamarca (Real Orden N° 73 y Ordenanza de 16 de abril de 1999, que rige la entrada en territorio danés de buques de guerra y aeronaves militares extranjeros en tiempo de paz), Estonia (Decisión N° 62, de 10 de marzo de 1993), Finlandia (Decreto 656/80, de 1 de enero de 1981), Guyana (Ley N° 10 de Fronteras Marítimas, de 30 de junio de 1977), India (Ley N° 80, 1976, sobre Zonas Marítimas), Indonesia (Regulación N° 8), Corea (Decreto Presidencial N° 9162, de 20 de septiembre de 1978), Mauricio (Ley de Mar Territorial de 16 de abril de 1970), Montenegro, y Serbia (Ley de 23 de julio de 1987).

Estados que exige la concesión de una autorización previa, para que los buques de guerra accedan a su mar territorial: Albania (Decreto N° 5384, de 23 de 1976), Argelia (Decreto N° 63-403), Antigua y Barbuda (Ley N° 18 de Aguas Territoriales, de 17 de agosto de 1982), Bangladesh (Ley N° 26 de Aguas Territoriales, de 13 de abril de 1974), Barbados (Ley N° 26 de 1977), Brasil (Decreto N° 35, 844, que exige el permiso para más de tres buques de guerra al mismo tiempo), Bulgaria (Decreto N° 514, modificado por Decreto N° 90 de 1951), Burma (Ley N° 3 de Mar Territorial y Zonas Marítimas, de 9 de abril de 1977), Camboya (Decreto del Consejo de Estado de 31 de julio de 1982), China (Ley de Seguridad del Tráfico Marítimo de 1983), Congo (Orden N° 049/77), Emiratos Árabes Unidos (Ley Federal N° 19, de 17 de octubre de 1993), Granada (Ley N° 17 sobre Aguas Territoriales, de 1 de noviembre de 1978), Irán (Ley de Áreas Marinas de 2 de mayo de 1993), Maldivas (Ley N° 6/96 sobre Zona Marina), Malta (Ley N° XXIV de 1978), Pakistán (Ley de Aguas Territoriales y Zonas Marítimas de

Frente a estos Estados, la posición de los demás se sitúa en alguna de las siguientes opciones: o bien reconoce expresamente en su ordenamiento el derecho de paso inocente de los buques de guerra (Dominica, España, Reino Unido, Rusia, o Ucrania), o bien lo fundamenta en el principio de reciprocidad (Lituania), o simplemente guarda silencio al respecto.

Si nos fijamos en concreto en Estados ribereños de estrechos, nos encontramos con algunos Estados ribereños de estrechos donde rige el derecho de paso inocente (según el artículo 45 CNUDM) que se han manifestado claramente a favor del reconocimiento del paso inocente a los buques de guerra e, incluso, lo han plasmado expresamente en su legislación interna; es el caso de EEUU, Reino Unido, Italia o Rusia. Otros exigen la previa notificación para que los buques de guerra pasen por su mar territorial, pero excluyen el cumplimiento de este requisito para atravesar los estrechos internacionales de los que son ribereños: Dinamarca y Corea. Sin embargo, esta situación no está generalizada, pues hay otros Estados ribereños de este tipo de estrechos que no reconocen automáticamente este derecho a los buques de guerra, sino que exigen, bien previa autorización, bien previa notificación; es el caso de Albania (autorización previa), Estonia, Finlandia, Suecia y Montenegro (todos ellos exigen la notificación).

Todo lo anterior nos lleva a concluir que si bien el tenor de la Convención de 1982 es claro respecto de la extensión del derecho de paso inocente tanto a los buques tanque y los propulsados por energía nuclear, como a los buques de guerra, no podemos decir lo mismo de la práctica estatal. Ha quedado demostrado de la anterior exposición, que la práctica de los Estados al respecto ni es generalizada ni es uniforme; por lo que si nos situamos en el plano de la posible existencia de una norma consuetudinaria según la cual el derecho de paso inocente se extiende a estos tipos de buques, no es posible afirmar con rotundidad la existencia de la misma, sobre todo en lo referente al paso inocente de los buques de guerra, dado que no se cumplen los elementos necesarios para la misma, cuales son los de una práctica general, constante y uniforme con la correspondiente convicción jurídica.

Más aún, por lo que se refiere al caso concreto del derecho de paso inocente de los buques de guerra por los estrechos internacionales no debemos olvidar que, frente a la afirmación de la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú* acerca de la existencia de una norma consuetudinaria en este sentido -a la que ya nos hemos referido-, en el momento de proceder a su codificación, se produjo un intenso debate en el seno de la CDI al elaborar el Primer Proyecto de Artículos sobre Derecho del Mar, acompañado de numerosas voces discrepantes de Estados que se oponían al reconocimiento expreso del derecho de paso inocente de los buques de guerra por los estrechos internacionales en

31 de diciembre de 1976), Polonia (Orden del Ministerio de Defensa de 1957), Rumanía (Decreto N° 39 de 1956), San Vicente y Granadinas (Ley N° 15 de 1983), Seychelles (Ley N° 2 de 1999), Somalia (Ley N° 37 de 1972), Sri Lanka (Ley N° 22 de 1977 y Proclamación Presidencial de 1976), Sudán (Ley N° 106 de Aguas Territoriales y Continentales, de 31 de diciembre de 1970), Suecia (Ley N° 374 y Real Decreto N° 366), Siria (Decreto Legislativo N° 304 de 1963 y Ley N° 37 de 1981), Vietnam (Decreto Estatal N° 30/C de 1980), y Yemen (Resolución Presidencial N° 17 y Ley N° 45 de 1977).

un futuro texto convencional³⁵. Lo que viene a corroborar que la inexistencia de uniformidad y consenso entre los Estados respecto a la existencia de una norma consuetudinaria a este respecto no es algo nuevo, sino que viene de lejos.

Esta no es una cuestión baladí, muy al contrario; pues, habida cuenta que, como venimos refiriendo, son varios los Estados que no son parte de la Convención de 1982 y, en particular, no es el Irán, la determinación de la posible existencia de una norma consuetudinaria en la materia –que no ha quedado clara, como hemos visto– reviste una importancia capital a los efectos del presente trabajo, pues si llegamos a constatar en el epígrafe siguiente que el derecho de paso en tránsito no es una norma consuetudinaria, dado que Irán no es parte de la CNUDM, el régimen de navegación por el estrecho de Ormuz, en particular por las vías marítimas situadas en el mar territorial de Irán, sería el de derecho de paso inocente tal y como quedó codificado en la Convención de Ginebra de 1958, sobre el cual no existen incertidumbres acerca de su carácter de norma consuetudinaria de obligado cumplimiento para todos los Estados, pero con las dudas interpretativas que estamos evidenciando respecto del paso de los buques de guerra.

En esta línea, por tanto, debemos reseñar, que no solo es que no se pueda afirmar con certeza la existencia de una norma consuetudinaria que extienda automáticamente el derecho de paso inocente a ciertos tipos de buques especiales –particularmente a los buques de guerra–, sino que centrados en el caso de la República Islámica de Irán, ribereño del Estrecho de Ormuz, la conclusión parece más clara, dado que, como hemos tenido oportunidad de señalar, su postura de oposición en este sentido es clara e inalterable. Pues, por un lado, ha realizado declaraciones contrarias a tal extensión, como la efectuada al firmar la Convención de 1982, manifestando³⁶:

“Interpretative declaration on the subject of straits

“In accordance with article 310 of the Convention on the Law of the Sea, the Government of the Islamic Republic of Iran seizes the opportunity at this solemn moment of signing the Convention, to place on the records its "understanding" in relation to certain provisions of the Convention. The main objective for submitting these declarations is the avoidance of eventual future interpretation of the following articles in a manner incompatible with the original intention and previous positions or in disharmony with national laws and regulations of the Islamic Republic of Iran. It is the understanding of the Islamic Republic of Iran that:

[...]

- 1) In the light of customary international law, the provisions of article 21, read in association with article 19 (on the Meaning of Innocent Passage) and article 25 (on the Rights of Protection of the Coastal States), recognize (though implicitly) the rights of the Coastal States to take measures to safeguard their security interests including the adoption of laws and regulations regarding, inter alia, the requirements of prior authorization for warships willing to exercise the right of innocent passage through the territorial sea.”*

³⁵ Véase *ILC Yearbook*, 1955, I, pp.150 y ss.

³⁶http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXI~6&chapter=21&Temp=mtdsg3&lang=en#EndDec

Por otro, su legislación interna exige la previa autorización para que este tipo de buques entren en su mar territorial, incluidos el estrecho de Ormuz, tal y como recoge expresamente su *Ley de Áreas Marinas de 1993*, cuyo artículo 9 exige la previa autorización para que tanto los buques propulsados por energía nuclear como los buques de guerra atraviesen su mar territorial, incluido el estrecho de Ormuz³⁷.

Ahora bien, aun cuando a la luz de los datos reflejados la posición de Irán con relación al derecho de paso inocente de buques de guerra es de clara oposición al mismo -lo que eventual pudiera convertirle en objeto persistente con relación a una norma consuetudinaria en este sentido-, resulta cuando menos reseñable que en la práctica no siempre se ha opuesto al paso de este tipo de buques que han atravesado el estrecho de Ormuz sin necesidad de autorización previa. Así vemos como buques norteamericanos transitan regularmente por el Estrecho de Ormuz bajo vigilancia de patrullas iraníes, que no les impiden el paso; tal es el caso del *US Abraham Lincoln*, que el 14 de febrero de 2012 atravesó el estrecho sin permiso y sin incidentes³⁸. Esto pudiera hacer pensar que, en cierta medida, Irán está acogiendo la idea plasmada en su día en los debates que llevaron a la Convención de Ginebra de 1958 a los que antes nos hemos referido que, siguiendo el dictado de la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú*, parecían concebir a los estrechos como una excepción al supuesto de los buques de guerra en el mar territorial, pero sobre la cual no se llegó al necesario consenso.

B) Derechos del estado ribereño con relación al paso inocente

La Convención de Ginebra no consideraba necesario establecer expresamente las competencias normativas del Estado ribereño, de tal forma que las mismas quedaban únicamente garantizadas con la referencia del artículo 17, en el sentido de que los buques que ejercieran el derecho de paso inocente deberían cumplir con las leyes y reglamentos adoptados por el Estado ribereño, de conformidad con esos artículos y otras reglas de derecho internacional general, en particular, las relativas al transporte y la navegación. Por lo que se refiere a los poderes de aplicación, éstos se limitaban, según el artículo 16, a la facultad general de tomar en su mar territorial las medidas que fueran necesarias para impedir todo paso que no fuera inocente, así como al derecho a adoptar todas las medidas necesarias para impedir cualquier infracción de las condiciones aplicables a la admisión de los buques extranjeros en aguas interiores, respecto de los buques que se dirigieran a tales aguas.

No hay diferencias sustanciales respecto a los derechos del ribereño en el régimen convencional de 1982, si bien la CNUDM ha estimado necesario regular *in extenso* las competencias normativas o reguladoras del Estado ribereño, por lo que ahora nos encontramos con unas reglas más pormenorizadas, mientras mantiene la situación con relación a los derechos de protección. Así el artículo 21.1 sintetiza en ocho puntos, toda

³⁷ Cf. *Boletín de Derecho del Mar*, nº 24, 1993, pp.10 y ss.

³⁸ Véase la referencia en Martin WÄHLISCH, M., "The Iran-U.S. Dispute, the Strait of Hormuz, and International Law", *The Yale Journal of International Law Online*, vol.37 (spring 2012), p.27 (<http://www.yjil.org/online/volume-37-spring-2012/the-iran-united-states-dispute-the-strait-of-hormuz-and-international-law>).

una lista de materias concretas sobre las cuales el ribereño puede adoptar leyes y reglamentos –a los que tiene que dar la debida publicidad:

- a) La seguridad de la navegación y la reglamentación del tráfico marítimo;
- b) La protección de las ayudas a la navegación y de otros servicios e instalaciones;
- c) La protección de cables y tuberías;
- d) La conservación de los recursos vivos del mar;
- e) La prevención de infracciones de sus leyes y reglamentos de pesca;
- f) La preservación de su medio ambiente y la prevención, reducción y control de la contaminación de éste;
- g) La investigación científica marina y los levantamientos hidrográficos;
- h) La prevención de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros fiscales, de inmigración y sanitarios.

Como consecuencia lógica al reconocimiento de la competencia normativa del Estado ribereño, el último párrafo del artículo 21 establece la obligación, para los buques extranjeros que ejerzan el derecho de paso inocente, de respetar todas las leyes y reglamentos dictados por el ribereño, así como todas las normas internacionales generalmente aceptadas relativas a la prevención de abordajes en el mar. Obviamente, esta obligación no se limita a las competencias normativas reseñadas en el artículo 21, sino que necesariamente debe circunscribirse a todas las medidas dictadas por el Estado ribereño con relación al paso inocente por su mar territorial, incluidos los estrechos internacionales. Así, los buques de terceros Estados deberán igualmente respetar la normativa dictada por el ribereño con relación a las vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22; y los buques de propulsión nuclear o los que transporten sustancias peligrosas deberán cumplir las medidas recogidas en el artículo 23. Y, por supuesto, deberán ajustar su navegación a los requerimientos de ‘paso’ e ‘inocencia’ específicamente estipulados en los artículos 18 y 19 de la Convención.

Ahora bien, el poder de dictar leyes y reglamentos con relación al paso inocente no es la única competencia que se le reconoce al Estado ribereño, que también disfruta de la consiguiente potestad para poder actuar en caso de que éstos se incumplan. Los derechos preceptivos o punitivos que puede ejercer el Estado ribereño sobre los buques que navegan por su mar territorial, incluidos los estrechos, están claramente incardinados, con las competencias reguladoras. En esta línea, el Estado ribereño tiene derecho a adoptar en su mar territorial las medidas necesarias para impedir todo paso que no sea inocente; como ya hemos apuntado anteriormente, la calificación, tanto del ‘paso’ como de su ‘inocencia’, es competencia exclusiva del Estado ribereño que deberá ejercer siguiendo los parámetros indicados en los artículos 18 y 19 de la Convención. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 301 CNUDM, las medidas a adoptar por el ribereño no podrán implicar el uso de la fuerza armada, salvo supuestos de legítima defensa. Además, en el caso de buques que se dirijan hacia aguas interiores o a una instalación portuaria situada fuera de esas aguas –esto es, radas o puertos en el sentido de los artículos 11 y 12-, se le reconoce, igualmente, el derecho a tomar las medidas

necesarias para impedir el incumplimiento de las condiciones a que esté sujeta la admisión de dichos buques en esas aguas o instalaciones. Este segundo párrafo del artículo 25 hay que relacionarlo con lo dispuesto en el artículo 211.3, que se refiere a la posibilidad de que los Estados ribereños establezcan requisitos especiales para la entrada de buques extranjeros en sus aguas interiores y puertos, para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio ambiente marino. Estas exigencias no pueden, en ningún caso, perjudicar el ejercicio continuado por un buque de su derecho de paso inocente.

C) Los correspondientes deberes del estado ribereño

Evidentemente, no todo son derechos para el Estado ribereño, existen también para éste unos deberes específicos que generan los consiguientes derechos para los usuarios de los estrechos. Una cuestión de la mayor importancia a los efectos del presente trabajo, pues se incardina directamente con la cuestión que abordamos de las diferentes ‘amenazas’ vertidas por Irán con relación al Estrecho de Ormuz.

Básicamente, las obligaciones que incumben a todo Estado ribereño de un estrecho internacional, con relación al ejercicio del derecho de paso inocente por buques extranjeros, pueden agruparse en dos: *abstención e información*.

La primera obligación fundamental de abstención es la que recoge el artículo 45.2 CNUDM: “**No habrá suspensión** alguna del paso inocente a través de tales estrechos”. Sin duda, esta norma demuestra la particularidad que presenta la navegación en los estrechos internacionales, porque lo que es un derecho del Estado ribereño en el régimen general del paso inocente –cuál es el poder de suspensión (artículo 25.3 CNUDM)-, se convierte en un deber en el régimen particular del paso inocente por los estrechos internacionales: la obligación de no suspensión. Una norma que ya recogía la Convención de Ginebra de 1958 y que proclamó como consuetudinaria la CIJ en el asunto del Estrecho de Corfú³⁹.

³⁹ Pese a la existencia de esta prohibición, algunos Estados ribereños de estrechos han procedido, en ocasiones, a cierres temporales de sus estrechos alegando razones de seguridad. Así el Gobierno italiano, dentro de las obras de mejora de la línea de alta tensión entre Calabria y Sicilia, decidió la restricción durante cinco días de la navegación en el estrecho de Messina a una zona de 1000 metros de ancho por Decreto del Ministerio de la Marina Mercante de 5 de noviembre de 1979 (cf. SCOVAZZI, T., “Management regimes and responsibility for international straits. With special reference to the Mediterranean Straits”, *Marine Policy*, 1995.2., pp.149-150). También Indonesia anunció el cierre temporal del paso de cualquier buque por los Estrechos de Sunda y Lombok, debido al ejercicio de tácticas aéreas y navales; una suspensión que fue objeto de protesta por los entonces doce miembros de la Comunidad Europea, así como Australia, EEUU y Japón al suponer una clara vulneración de esta obligación (cf. *AJIL*, vol.83, 1989, p.559). Más controvertida ha sido la adopción en 1994, por parte de Turquía, de un “Reglamento sobre el tráfico marítimo en los estrechos de Turquía y en la región de Mármara”, en vigor desde el 1 de julio de 1994, que prevé la posibilidad de impedir temporalmente el tráfico marítimo en determinados casos (perforaciones, operaciones de salvamento, accidentes, contaminación...), y somete el paso de buques de propulsión nuclear o que transporten sustancias peligrosas al requisito de la previa autorización por las autoridades turcas (cf. *Boletín de Derecho del Mar* nº 27, 1995, pp.56-72).

La segunda de las obligaciones es paralela y complementaria de la anterior, si bien ésta es aplicable en general para cualquier forma de paso inocente en el mar territorial. Se trata del deber de **no poner obstáculos al ejercicio del paso inocente**. Se trata del deber de no poner obstáculos al ejercicio del paso inocente. Ésta era la única obligación reconocida en la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930, se reitera en el artículo 15 de la Convención de Ginebra de 1958, y aparece explicitada y ampliada en el artículo 24.1 de la CNUDM, que dispone lo siguiente:

“El Estado ribereño no pondrá dificultades al paso inocente de buques extranjeros por el mar territorial salvo de conformidad con esta Convención. En especial, en lo que atañe a la aplicación de esta Convención o de cualesquiera leyes o reglamentos dictados de conformidad con ella, el Estado ribereño se abstendrá de:

- a) imponer a los buques extranjeros requisitos que produzcan el efecto práctico de denegar u obstaculizar el derecho de paso inocente, o
- b) discriminar de hecho o de derecho contra los buques de un Estado determinado o contra los buques que transporten mercancías hacia o desde un Estado determinado o por cuenta de éste”.

Evidentemente, en el marco de esta prohibición de obstaculizar el caso debemos situar igualmente la opción iraní de colocar minas en el Estrecho de Ormuz, la cual no solo vulneraría esta obligación, sino la genérica de prohibición del uso o amenaza de la fuerza recogida en el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas.

Junto a este deber de abstención genérico encontramos otras manifestaciones puntuales de la obligación de abstención; tales como el del artículo 21.2 que impide al ribereño imponer su legislación con relación al diseño, construcción, dotación o equipo de buques extranjeros, salvo que se trate de dar efecto a normas internacionales generalmente aceptadas; o el del artículo 26 que **prohíbe al Estado ribereño imponer gravamen alguno** a los buques extranjeros por el mero hecho de su paso por el mar territorial. Resulta así que la idea igualmente barajada por Irán de poner un tasa del 3% sobre las cargas de petróleo que transporten los buques-tanque que atraviesen el Estrecho de Ormuz sería también contraria a derecho.

Ahora bien, debemos advertir que este precepto admite una interpretación a *sensu contrario*, pues si se impiden los gravámenes exclusivamente por el hecho del paso, se entiende que se permite la imposición de gravámenes por motivos diferentes al paso. Esta idea se amplía en el párrafo segundo, que permite los gravámenes a un buque como remuneración de servicios determinados prestados al mismo; tal sería el caso del pilotaje que algunos Estados han impuesto como obligatorio en algunos estrechos; tal es el caso de Australia respecto del Estrecho de Torres (concretamente en el área de Great Barrier Reef), o de Italia en el Estrecho de Messina⁴⁰.

Además de las obligaciones de abstención, el Estado ribereño tiene, igualmente, una serie de obligaciones que se refieren al deber de dar ‘debida publicidad’ a las medidas que adopta y a otras informaciones. Por un lado, el artículo 21.3 obliga al Estado

⁴⁰ Vid. MSC.79, y *Gazzetta Ufficiale* N° 110, de 11 de mayo de 1985, respectivamente.

ribereño a dar debida publicidad a las leyes y reglamentos que dicte con relación al paso inocente, en las materias indicada en el párrafo primero de ese mismo artículo. También está obligado a dar publicidad a las cartas en las que vengan indicadas las vías marítimas y los dispositivos de separación del tráfico que el Estado ribereño haya designado o prescrito para la regulación del tráfico en su mar territorial, incluidos los estrechos internacionales.

Asimismo, el Estado ribereño tiene el deber de informar de todos los peligros que, según su conocimiento, amenacen a la navegación en su mar territorial, incluidos los estrechos. Una obligación que ya había sido afirmada por la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú*⁴¹, precisamente ante un supuesto de colocación de minas en dicho estrecho; por lo que de llevar a efecto una colocación de minas en el Estrecho de Ormuz, Irán estaría en la obligación de informar a todos los Estados de la ubicación de las mismas.

Todo estos deberes que tiene que cumplir un Estado con relación al derecho de paso inocente en los estrechos internacionales de que es ribereño, existen igualmente cuando se trata de un estrecho donde rige el derecho de paso en tránsito.

3. El derecho de paso en tránsito

El paso en tránsito a través de los estrechos internacionales es, sin duda, un neologismo, un ejemplo de la nueva terminología introducida en el Derecho internacional por la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, y uno de los más importantes logros de las Grandes Potencias marítimas en el nuevo régimen convencional. No en vano ha apuntado T. Scovazzi que, el nuevo régimen de paso en tránsito es tan peculiar que las aguas que se ven afectadas por él constituyen “a tertium genus, distinct from both the internal waters and the territorial sea”⁴². Más aún, también es nuevo como concepto, lo que se hace patente si se comparan las reglas del paso en tránsito de la CNUDM, contenidas en la Sección segunda de la Parte III (artículos 37 a 44), con las reglas previstas para los estrechos en la Convención de Ginebra de 1958 a las que ya nos hemos referido.

A este respecto, es el artículo 38CNUDM el que especifica en qué consiste el derecho de paso en tránsito en los siguientes términos:

“1. En los estrechos a que se refiere el artículo 37, todos los buques y aeronaves gozarán del derecho de paso en tránsito, que no será obstaculizado; no obstante, no regirá ese derecho cuando el estrecho esté formado por una isla de un Estado ribereño de ese estrecho y su territorio continental, y del otro lado de la isla exista una ruta de alta mar o que atraviese una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a sus características hidrográficas y de navegación.”

⁴¹ Cf. ICJ Reports, 1949, p.22.

⁴² Vid. SCOVAZZI, T., “Management regimes and responsibility for international straits with special reference to the Mediterranean straits”, *Marine Policy*, 1995.2, p.138.

Precisamente el concepto de ‘paso en tránsito’ fue propuesto por Reino Unido en la sesión de Caracas de 1974, como fórmula de compromiso entre la ‘libertad de navegación’ y el ‘paso inocente’.

2. Se entenderá por paso en tránsito el ejercicio, de conformidad con esta Parte, de la libertad de navegación y sobrevuelo, exclusivamente para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho entre una parte de alta mar o de una zona económica exclusiva y otra parte de alta mar o de una zona económica exclusiva. Sin embargo, el requisito de tránsito rápido e ininterrumpido no impedirá el paso por el estrecho para entrar en un Estado ribereño del estrecho, para salir de dicho Estado o para regresar a él, con sujeción a las condiciones que regulen la entrada a ese Estado”.

La esencia del paso en tránsito, como distintiva del paso inocente, está reflejada en la frase “libertad de navegación y sobrevuelo exclusivamente para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido”. Lo que hace que nos encontremos con un régimen mucho más liberal que el del paso inocente, con una fuerte connotación de la libertad que rige en alta mar. Por otra parte, debemos señalar que durante el ejercicio del derecho de paso en tránsito, los buques y aeronaves tienen que abstenerse de toda actividad que no esté relacionada con sus modalidades normales de tránsito rápido e ininterrumpido (art. 39.1c) y, con mayor razón, tienen que abstenerse de toda amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de los Estados ribereños del estrecho (art. 39.1b).

No hay duda que el régimen de paso en tránsito reconoce a los barcos y a las aeronaves mayores derechos con respecto a aquellos previstos por el paso inocente. De forma sumaria, las principales *diferencias* entre el derecho de paso inocente que hemos visto y el derecho de paso en tránsito pueden reconducirse a cinco:

- La primera, que el paso en tránsito incluye el sobrevuelo de aeronaves –sin duda la cuestión más problemática-, y el paso inocente no.
- La segunda, que el paso en tránsito no incluye la obligación que existe para el paso inocente de que los submarinos pasen emergidos y enarbolando la bandera del pabellón; por lo que pueden atravesar el estrecho sumergidos lo que impide al Estado ribereño tanto el identificar la nacionalidad del submarino, como las armas que lleva.
- La tercera, viene referida a que aquí no se plantean problemas interpretativos respecto a los buques que disfrutan de este derecho paso que sí se dan, como hemos visto, en el derecho de paso inocente con relación a los buques de características especiales y, sobre todo, respecto de los buques de guerra; la expresión del artículo 38.1 “todos los buques” claramente reconoce que los de guerra, los de propulsión nuclear y los que transportan sustancias nocivas o peligrosas, disfrutan del derecho de paso en tránsito.
- En cuarto lugar, el poder del Estado ribereño para adoptar leyes y regulaciones relativas al paso en tránsito, aunque especificadas al detalle, es más fácil de alcanzar que el poder similar de que disfruta el ribereño para promulgar leyes y regulaciones sobre el paso inocente, dado que sus competencias es este sentido con mucho más

limitadas que las que se otorgan al Estado cuando se trata de derecho de paso inocente⁴³.

- Por último, mientras en el derecho de paso inocente es el Estado ribereño quien decide los Dispositivos de Separación de Tráfico (TSS) y las vías marítimas con la obligación de informar a la Organización Marítima Internacional (OMI) para su conocimiento y publicación, sin tener la obligación de respetar las indicaciones que le haga la OMI, en el derecho de paso en tránsito el Estado ribereño realiza una mera propuesta a la OMI acerca de los TSS y las vías marítimas, pero es la OMI quien realmente las fija sin que tengan que ser necesariamente las propuestas por el Estado.

Asimismo, encontramos otras diferencias en la regulación de ambos regímenes de navegación. Como hemos visto, la inocencia del paso viene concretizada por la tipificación que se hace en el artículo 19 de doce actividades que no son inocentes, lo que permite además al Estado ribereño identificar perfectamente todo paso que no es inocente e impedirlo. Ningún artículo define, ni tipifica el significado de “en tránsito”; no existe criterio alguno similar a la ‘inocencia’, que permita al Estado ribereño impedir el paso que no se ajuste al mismo, pues el artículo 38 guarda silencio sobre lo que son actividades que no se ajusten al tránsito.

Ahora bien, debemos tener presente que el paso en tránsito se entiende, únicamente, como el ejercicio de la libertad de navegación y sobrevuelo para los fines del paso rápido e ininterrumpido, como apunta el artículo 38.2. De esta expresión cabe extraer dos conclusiones. La primera, que esta precisión tiene como finalidad dejar patente que los buques y aeronaves sólo gozan de los derechos inherentes al mero paso rápido e ininterrumpido por el estrecho, pero no de otros derechos derivados de la libertad de navegación y sobrevuelo, como el ejercicio de actividades militares⁴⁴. La segunda, que el propósito del navegante debe ser, por tanto, atravesar el estrecho de forma rápida e ininterrumpida. Esto significa que merodear, parar, o efectuar maniobras –que sí pueden realizarse en alta mar-, son acciones que no están permitidas cuando se ejerce el derecho de paso en tránsito.

⁴³ El artículo 42 CNUDM establece que los Estados ribereños de estrechos pueden adoptar leyes y reglamentos relativos al paso en tránsito sobre todas o algunas de las materias que se enumeran con carácter limitativo, y que hacen referencia a la seguridad marítima, la contaminación, la pesca, y las leyes aduaneras, fiscales, sanitarias o de inmigración. Una lista que contiene importantes omisiones –como la responsabilidad por daños-, y que contrasta con las facultades de reglamentación reconocidas, en el artículo 21.1, a los Estados ribereños de estrechos en los que rige el paso inocente. La restricción de competencias se acentúa al observar cómo los derechos reguladores que recogen los artículos 22 y 23, respecto del paso inocente por los estrechos del artículo 45, de los buques de propulsión nuclear o los que transportan sustancias nocivas o peligrosas, no existen para el paso en tránsito de este tipo de buques de características especiales por los estrechos del artículo 37. Ni siquiera la posibilidad de percibir gravámenes como remuneración de servicios determinados prestados a los buques que atraviesen los estrechos en tránsito, reconocida en el paso inocente (artículo 26), es un derecho otorgado a los Estados ribereños en el caso del paso en tránsito por sus estrechos.

⁴⁴ Vid. REISMAN, M., “The Regime of Straits and National Security: an Appraisal of International Law-making”, *AJIL*, 1980, p.72.

Por otra parte, es importante retener que igual que hemos visto sucede en el caso del derecho de paso inocente, en el derecho de paso en tránsito el Estado ribereño está sometido al cumplimiento de ciertas obligaciones, los que le impide obstaculizar, discriminar o suspender el paso, así como imponer tasas o gravámenes.

Una última precisión con relación al párrafo segundo del artículo 38, en el sentido de que el requisito del tránsito rápido e ininterrumpido no impedirá el paso por el estrecho para entrar en un Estado ribereño del estrecho, para salir de dicho Estado o para regresar a él, con sujeción a las condiciones que regulen la entrada a ese Estado. Evidentemente, esto supone una ampliación del derecho de paso en tránsito, al poder ser ejercido para entrar en un Estado ribereño del estrecho o salir de él. Resulta, por tanto, claro del tenor del artículo 38 que el paso en tránsito implica, tanto el paso lateral o transversal, esto es, atravesar el estrecho procediendo de alta mar o ZEE para dirigirse a alta mar o ZEE, como el paso vertical, es decir, el paso para entrar en las aguas interiores de un Estado ribereño de un estrecho, como para salir de las mismas o para regresar a dicho Estado. En este segundo caso, como apunta D. Pharand⁴⁵, se aplicará el régimen de paso en tránsito y no el de paso inocente, que le correspondería, si bien el paso quedará supeditado a las condiciones de entrada o salida que establezca el Estado ribereño.

Resulta así de lo expuesto anteriormente que, a la luz de la CNUDM, el Estrecho de Ormuz es un estrecho internacional incluido en la categoría del artículo 37 -pues conecta dos zonas de libertad de navegación-, por lo que el régimen de navegación por el mismo debería ser el de derecho de paso en tránsito con las peculiaridades que hemos indicado de que: gozan del mismo todos los buques -incluidos los de guerra-, los submarinos pueden pasar sumergidos, hay derecho de sobrevuelo de aeronaves, no se puede suspender el paso, ni se puede obstaculizar el mismo. Por lo que, tanto el 'cierre' del Estrecho de Ormuz, como la opción de exigir un canon por el paso con que amenaza Irán serían absolutamente contrarias a derecho, esto es, ilegales.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que son dos los Estados ribereños del Estrecho de Ormuz, Irán y Omán. Este último sí es parte de la CNUDM lo que significa que por los TSS y las vías marítimas fijadas en la franja de mar territorial omaní rige el derecho de paso en tránsito tal y como acabamos de exponer.

Pero Irán no es parte de la CNUDM, por lo que la cuestión subsiguiente es la determinar si el régimen de paso en tránsito se ha convertido una noma consuetudinaria que obligue a todos los Estados incluidos los que, como la República Islámica de Irán, no son parte de la Convención de 1982.

⁴⁵ Vid. PHARAND, D., "International Straits", en *Thesaurus Acroasium*, 7, 1977, p.82.

Para otros autores, como V. Bou Franch, el paso en tránsito se aplica solo a la navegación transversal, quedando excluido en el caso de navegación perpendicular o vertical (BOU FRANCH, V., *La navegación por el mar territorial, incluidos los estrechos internacionales y las aguas archipelágicas en tiempos de paz*, Madrid, 1994, p.84).

IV. EL EVENTUAL CARÁCTER CONSUETUDINARIO DEL DERECHO DE PASO TRÁNSITO Y SU APLICABILIDAD A IRÁN

Tal y como ya hemos indicado, la Convención de 1982 cuenta con 165 Estados partes (a fecha 11 marzo 2013), lo que evidentemente significa que no todos los Estados son parte de la misma. Y entre otras notables ausencias, por lo que hace a los efectos del presente trabajo, debemos destacar la de Irán que no es parte de dicha Convención. Cierto es que sí la firmó el 10 de diciembre de 1982, pero no ha manifestado el consentimiento en obligarse por ella⁴⁶; por lo que, desde un punto de vista estrictamente convencional y en aplicación del principio *pacta tertiis nec nocent, nec prosunt* que recoge el artículo 34 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969⁴⁷, la CNUDM no crea obligaciones ni derechos para Irán por ser Estado tercero con relación a la misma. Lo que significa que no le sería aplicable el régimen de navegación por los estrechos recogidos en su Parte III que acabamos de exponer. De igual manera, debemos señalar que la Convención de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua de 1958 tiene 52 Estados parte, entre los que no se encuentra tampoco Irán, que sí la firmó el 28 de mayo de 1958, pero que nunca llegó a ratificar, por lo que plantea los mismos problemas jurídicos de exigibilidad.

Ahora bien, tal situación jurídica es la que rige en el plano puramente convencional; cuestión distinta es si las normas recogidas en la Convención de 1982 pueden ser consideradas derecho consuetudinario, por tratarse de normas que cuenten con una práctica constante y uniforme, generalmente aceptada como derecho. Si tal fuera el caso, obligarían a todos los Estados, incluidos aquellos que no son partes de la Convención. Eso sí, siempre y cuando dichos Estados no parte hubieran aceptado dicha práctica –de manera expresa o tácita-; pues si se hubieran manifestado claramente en contra de la misma en su proceso de formación, pasarían a ser considerados como ‘objeto persistente’ con relación a las posibles normas consuetudinarias que se generaran y, por tanto, estas no les serían oponibles en virtud del principio de relatividad de las normas que rige en el Derecho internacional.

A este respecto, debemos señalar que la CNUDM solo es un tratado de codificación en algunas partes de su articulado, tales como las relativas al trazado de las líneas de base, a las aguas interiores, al mar territorial –aún con dudas, como ya hemos advertido, respecto del derecho de paso inocente de ciertos buques- o a la zona contigua. En cambio, otras son una regulación absolutamente novedosa, como las correspondientes a las aguas archipelágicas, la ZEE, la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos, y, por supuesto, la relativa a la navegación por los estrechos internacionales –de forma particular, lo que se refiere al derecho de paso en tránsito-. No obstante el

⁴⁶ Con relación al valor jurídico que tiene la firma de la Convención de 1982 hecha por Irán–que algún medio de comunicación ha señalado erróneamente como vinculante-, la única obligación que le incumbiría a Irán –según lo dispuesto por el art.18.1 de la Convención de Viena de 1969- es la de no realizar actos que frustren el objeto y fin del tratado; dado que dicha firma no es consentimiento del tratado, pues estamos ante un tratado que exige ratificación (art.306 CNUDM).

⁴⁷ Expresamente señala el artículo 34: “Norma general concerniente a terceros Estados. Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”.

carácter *ex novo* de estos espacios marítimos en 1982, no excluye la posibilidad de que la práctica estatal subsiguiente haya supuesto la generación de una norma consuetudinaria posterior de idéntico contenido. Tal ha sucedido con la ZEE. ¿Podemos decir lo mismo con relación a la Parte III? ¿Se puede afirmar que el derecho de paso en tránsito ha cristalizado como norma consuetudinaria de Derecho internacional general? En esta línea, afirmaban H. Caminos y M.R. Molitor, que el efecto jurídico del 'package deal' es que

“cannot affect those provisions of the Convention which are carried over directly from the 1958 Conventions and which reflected customary law prior to UNCLOS III. Such provisions, irrespective of their place within the 1982 package, continue to be exercisable by, and binding upon, third States. However, where established customary rules appearing in the 1982 Convention have been changed, it must not be presumed that such modifications have acquired similar status”⁴⁸.

Una opinión que compartimos plenamente, pues debemos tener presente que, tal y como declaró la CIJ en el asunto de la *Plataforma continental del Mar del Norte*⁴⁹, no basta una participación muy amplia en una Convención para que ésta se transforme automáticamente en norma consuetudinaria; las relaciones jurídicas que surgen de instrumentos concluidos en negociaciones multilaterales no gozan, por tanto, *per se* de naturaleza consuetudinaria, sino puramente contractual. Y como bien apunta J.A. Pastor Ridruejo⁵⁰, en el caso del derecho de paso en tránsito no estamos ante una de las materias en que la Convención sea el reflejo del derecho internacional consuetudinario, y no parece que sea oponible a los Estados ribereños de estrechos que no lleguen a ser partes en la Convención.

El verdadero test para la existencia de una norma consuetudinaria de Derecho internacional lo conforma la práctica estatal, entendida ésta, en su acepción más general como el conjunto de actuaciones llevadas a cabo, individual o colectivamente, por los Estados. Una práctica que deberá ser uniforme, constante y generalizada; y además realizarse de forma tal que quede demostrada la convicción jurídica de que esa práctica es obligatoria, esto es, que exista *opinio iuris*. A este respecto, la práctica que resulta más pertinente es la que supone la legislación interna de los Estados relativa a la navegación por los estrechos internacionales, sobre todo de los Estados ribereños de estrechos del artículo 37, así como las declaraciones unilaterales que hayan podido efectuar al respecto, y los tratados internacionales en la materia.

En este sentido, tan solo cinco Estados –Djibouti, Cuba, España, EEUU y Reino Unido– han reconocido expresamente en su derecho interno este nuevo régimen de navegación; de ellos solo EEUU no es parte de la CNUDM. Si bien, dos de ellos limitándose a una remisión a las reglas internacionales sobre el particular, sin especificar cuáles son éstas; se trata de Djibouti, Estado ribereño del Estrecho de Bab-el-Mandeb, y de Cuba, que es lo de Old Bahama Channel. Efectivamente, el Decreto-Ley N° 1 de 24 de febrero de

⁴⁸ Vid. CAMINOS, H., and MOLITOR, M.R., “Progressive Development of International Law and the Package Deal”, *AJIL*, 1985, p.887.

⁴⁹ Cf. ICJ *Reports*, 1969, p.42.

⁵⁰ Vid. PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar... *op.cit.*”, p.81.

1977 relativo a la anchura del mar territorial de la República de Cuba, establece en su artículo 5 que “La República de Cuba, sin perjuicio de las disposiciones de los artículos precedentes y de acuerdo con los principios de Derecho internacional, respetará las libertades de navegación y sobrevuelo con relación a los estrechos o canales utilizados para la navegación internacional”⁵¹. En sentido similar el artículo 15 de la Ley N° 52/AN/78 de Djibouti, sobre mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, fronteras marítimas y pesca, dispone que “the provisions of this Law shall not modify the international rules of navigation in the Straits of Bab El Mandeb”. Si bien este mismo Estado ha recogido en su Ley 52/AN/78, el requisito de la previa notificación para los buques propulsados por energía nuclear, lo que es una clara contradicción con el paso en tránsito.

Tan sólo, Reino Unido, EEUU, y España han reconocido expresamente la aplicación del paso en tránsito para sus estrechos. El primero, respecto de los Estrechos de Dover y The Hole, en su Ley de Mar Territorial de 1987⁵², y en la Orden de Navegación Aérea de 29 de noviembre de 1989⁵³. EEUU, por su parte, declaró en la Proclamación de 27 de diciembre de 1988 que “within the territorial sea of the United States, the ships of all countries enjoy the right of innocent passage and the ships and aircraft of all countries enjoy the right of transit passage through international straits”⁵⁴. Por lo que se refiere a España, tras su férrea oposición inicial al paso en tránsito, su postura se ha flexibilizado hasta el punto de que el Real Decreto 394/2007, de 31 de marzo, se refiere expresamente en su artículo 2 a “los estrechos utilizados para la navegación internacional sujetos al régimen de paso en tránsito sobre los que España ejerza jurisdicción”⁵⁵.

Por contra, nos encontramos que son varios los Estados parte de la CNUDM que tienen adoptada una normativa interna que supone, sino vulneración, cuando menos contradicción con el régimen del derecho de paso en tránsito. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley de 1973 de Marruecos, cuyo artículo 3 sigue reconociendo el derecho de paso inocente como único régimen aplicable en su mar territorial, también en caso de que la distancia entre sus costas y las costas de otro Estado sea inferior a las 24 millas, condición geográfica que parece referirse al estrecho de Gibraltar en el cual debería aplicarse el paso en tránsito. De la Decisión N° 62 sobre navegación de los buques a través del mar territorial y las aguas interiores de la República de Estonia, de 10 de marzo de 1993 que exige a los buques de propulsión nuclear la solicitud de previa autorización por vía diplomática, con una antelación no inferior a los 30 días anteriores al paso, para poder transitar por su mar territorial incluidos los estrechos. De la ley de

⁵¹ Vid. <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/regionalist.htm>, para ver el texto de las disposiciones de derecho interno citadas.

⁵² Cf. *Boletín de Derecho del Mar*, n° 10, 1987, pp.11 y ss.

⁵³ Esta orden de 1989 reconoce a las aeronaves extranjeras el derecho de tránsito que significa, “overflight of the strait from an area of high seas at one end of the strait to an area of high seas at the other end, or flight to or from an area of high seas over some part of the strait for the purpose of entering, leaving or returning from a State bordering the strait and ‘an area of high seas’ means any area outside the territorial waters of any State” (vid. *BYBIL*, 1989, p.668).

⁵⁴ Vid. *ILM*, vol.28, 1989, p.284.

⁵⁵ Vid. *BOE* n° 81, 4 de abril de 2007, p.14668.

1976 de India que subordina a preventiva notificación el paso en su mar territorial de los buques militares y submarinos extranjeros, lo que parece incluir al estrecho de Palk. También Omán subordina el paso de los buques de guerra a una previa autorización. Incluso Rusia presenta una legislación interna que no se corresponde con el derecho de paso en tránsito, habiendo mantenido una ley de 1985 adoptada por la Unión Soviética, que prevé para los buques de guerra extranjeros el paso inocente en el estrecho Fourth Kurile, que conecta el Mar de Okhotsk con el Océano Pacífico.

A ellos habría que sumar la legislación de algunos Estados que no son parte de la Convención de 1982, que siguen reconociendo como único derecho de navegación el del paso inocente; es el caso, entre otras, de la Ley de Zonas Marinas de 1993 de Irán, de la Ley Federal de 1993 de Emiratos Árabes Unidos y de la Ley de Mar Territorial de 1956 de Venezuela.

Por lo que se refiere a declaraciones, en el asunto del *Paso por el Great Belt*, Dinamarca declaró que el régimen de paso en tránsito regulado en la Parte III de la Convención de 1982 no puede aplicarse al caso como derecho consuetudinario, sustituyendo al régimen de la Convención de 1958. Una declaración que contrasta con la que, en el mismo asunto, realizó Finlandia afirmando que existe una fuerte tendencia en la práctica internacional hacia el establecimiento de una regla consuetudinaria de paso en tránsito⁵⁶.

Por su parte, como ya hemos indicado, Irán realizó una declaración al firmar la CNUDM el 10 de diciembre de 1982, en los siguientes términos:

“Interpretative declaration on the subject of straits.

“In accordance with article 310 of the Convention on the Law of the Sea, the Government of the Islamic Republic of Iran seizes the opportunity at this solemn moment of signing the Convention, to place on the records its "understanding" in relation to certain provisions of the Convention. The main objective for submitting these declarations is the avoidance of eventual future interpretation of the following articles in a manner incompatible with the original intention and previous positions or in disharmony with national laws and regulations of the Islamic Republic of Iran. It is the understanding of the Islamic Republic of Iran that:

Notwithstanding the intended character of the Convention being one of general application and of law making nature, certain of its provisions are merely 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. Therefore, it seems natural and in harmony with article 34 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, that only states parties to the Law of the Sea Convention.

The above considerations pertain specifically (but not exclusively) to the following:

- The right of Transit passage through straits used for international navigation (Part III, Section 2, article 38)”⁵⁷.

Omán –ribereño también del Estrecho de Ormuz-, declaró en 1989, en el momento de la ratificación de la CNUDM, que los buques a propulsión nuclear que llevan sustancias radiactivas u otras sustancias nocivas y los buques de guerra tienen que estar

⁵⁶ Cf. Contra-memoria de Dinamarca, pa.744, y Memoria de Finlandia, pa.394, respectivamente (<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=a5&case=86&code=fd&p3=1>)

⁵⁷http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXI~6&chapter=21&Temp=mtdsg3&lang=en

autorizados para navegar por sus aguas territoriales -incluidos los estrechos-. Lo que claramente contradice el régimen de paso en tránsito que está obligado a respetar en sus aguas territoriales del estrecho.

Por último, podemos referir algunos tratados de delimitación marítima entre Estados ribereños de estrechos internacionales⁵⁸. Así, el Tratado entre Australia y Papúa Nueva Guinea relativo a la soberanía y fronteras marítimas entre los dos países, incluido el Estrecho de Torres, de 18 de diciembre de 1978, reconoce en su artículo 7 la libertad de navegación y sobrevuelo en el Estrecho de *Torres*, lo que equivale a un reconocimiento del régimen de paso en tránsito. En la misma línea, en la Declaración conjunta relativa al estatus del Estrecho de *Dover* efectuada por Francia y Reino Unido, adjunta a su Acuerdo de 2 de noviembre de 1988 de delimitación de su frontera marítima, se afirma que ambos Gobiernos reconocen el derecho de paso en tránsito por dicho Estrecho.

En cambio, Venezuela ha celebrado sendos acuerdos de delimitación fronteriza marítima con sus Estados vecinos en los que queda clara su posición de no reconocimiento del paso en tránsito. Así, el Tratado entre Venezuela y Países Bajos de 31 de marzo de 1978, reconoce en su artículo 4 el derecho de paso en tránsito entre la Isla de Aruba y el continente venezolano, es decir, en *Aruba-Paraguana Passage*, pero únicamente para sus respectivos buques y aeronaves; pues, el artículo 4.3 excluye de este paso a las aeronaves estatales y los buques de guerra de terceros Estados. Más claramente, el artículo VI del Tratado de 18 de abril de 1990, entre Venezuela y Trinidad y Tobago, dispone que en los estrechos existentes en el Golfo de Paria se aplica el paso inocente; una disposición que afecta a la *Boca de La Serpiente* y a la *Boca del Dragón*.

Del análisis de la práctica precedente pueden extraerse dos *conclusiones* importantes:

- **Una**, que la práctica relativa a la aplicación del derecho de paso en tránsito, así como de reconocimiento del mismo como norma consuetudinaria de carácter general, no es ni constante ni uniforme. Pues, por un lado, tan sólo encontramos cinco Estados que hayan manifestado una postura clara y evidente de aceptación del paso en tránsito como regla generalmente aceptada como derecho: EEUU, Reino Unido, Francia, Australia, y Papúa Nueva Guinea. Mientras que, por otro, si entendemos que el axioma “práctica generalmente aceptada como derecho” implica que, si el derecho de paso en tránsito fuera una costumbre, “it should also be granted by such States as if they were fulfilling a duty of customary law”⁵⁹, nos encontramos con que este sentido del deber no parece manifestarse en otros muchos Estados. Concretamente no se aprecia por parte de Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Dinamarca, Djibouti, Egipto, Grecia, Indonesia, Irán, Japón, República de Corea, Malasia, Marruecos, Omán, Panamá, Filipinas, España, Trinidad y Tobago, Venezuela y Yemen⁶⁰.

⁵⁸ Los textos de los Tratados de delimitación marítima citados pueden consultarse en <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/regionalist.htm>.

⁵⁹ Cf. JIA, B.B., *The Regime of Straits in International Law*, Oxford Clarendon, 1998, p.202.

⁶⁰ Cf. *Ibidem*.

De hecho, no puede afirmarse que la tendencia hacia la cristalización consuetudinaria de la navegación en régimen de paso en tránsito haya sido todo lo uniforme que debiera ni siquiera en el caso de las Grandes potencias marítimas, como lo demuestra, entre otros datos, la actitud manifestada al respecto por parte de la Antigua Unión Soviética, que resulta claramente ambivalente, pues reclama el paso en tránsito para todos los estrechos a excepción de los que caen dentro de su jurisdicción⁶¹. Por lo que podemos concluir que el estatuto consuetudinario del derecho de paso en tránsito resulta todavía hoy día 'incierto', sin que pueda afirmarse que haya alcanzado el carácter de norma consuetudinaria de Derecho internacional general. Como bien dice Matteo Fornari⁶², parece difícil afirmar que se haya formado una norma consuetudinaria con el mismo contenido de la norma que prevé el derecho de paso en tránsito en la CNUDM

Resulta así, como señala D.L. Larson, que "the conventional rights and privileges of transit and archipelagic sea lanes passage can only be legally obtained through state accession or ratification"⁶³.

- **Otra**, que si nos centramos de una forma más específica en la práctica llevada a cabo por Irán, tanto por lo que se refiere a su legislación interna, como a sus declaraciones, comprobamos que ha manifestado una más que evidente posición de 'objeto persistente', por lo que no hay duda alguna acerca de la inoponibilidad de un 'hipotético' derecho de paso en tránsito consuetudinario al mismo. Una conclusión que podría extrapolarse igualmente a Venezuela y a los Emiratos Árabes Unidos⁶⁴.

Esto se traduce, por tanto, en que en las aguas territoriales iraníes del Estrecho de *Ormuz* (así como en *Aruba-Paraguana Passage*, *Boca del Dragón* y *Boca de La Serpiente*) no existe norma alguna que fundamente la aplicación del derecho de paso en tránsito, por lo que rige el régimen de navegación anterior a la Convención de 1982, esto es, el **derecho de paso inocente** tal y como fue codificado en la Convención de Ginebra de 1958.

Sin lugar a dudas, ese derecho de paso sí es una norma consuetudinaria generalmente aceptada como derecho que obliga a sus Estados ribereños que deberá ser respetada por los usuarios de los mismos; ahora bien, teniendo presentes todas las observaciones que hemos realizado en el epígrafe anterior al analizar el derecho de paso inocente, con relación a la falta de uniformidad en la práctica relativa a la extensión del derecho de paso inocente a cierto tipo de buques, especialmente los buques de guerra, y la

⁶¹ Cf. al respecto BOU FRANCH, V., *La navegación por el mar territorial... op.cit.*, pp.154-155.

⁶² Vid. FORNARI, M., "La navegación por los estrechos entre disciplina convencional y práctica de los Estados", *Cuadernos Jurídicos*, n° 2, p.26 (<http://www.salesianocampinas.com.br/unisal/downloads/01UNI001a030.pdf>)

⁶³ Añade el autor, que "if the United States remains outside of the legal regime established by the 1982 Convention, it cannot claim or obtain the rights and privileges thereof without assuming the 'correlative duties' of the deep seabed mining" (LARSON, D.L., "Innocent, Transit, and Archipelagic Sea Lanes Passage", *ODILA*, vol.18, n° 4, 1987, p.428).

⁶⁴ Venezuela ni siquiera firmó la Convención de 1982. Por lo que se refiere a los Emiratos Árabes, aunque no han hecho ninguna declaración de oposición al régimen de paso en tránsito al firmar la CNUDM en 1982, su legislación interna de 1993 respecto del paso por su mar territorial impone unos requisitos que son un claro ataque al paso en tránsito.

particular posición de la República Islámica de Irán al respecto. En la que coincide con su vecino y ribereño del otro lado del estrecho de Ormuz, Omán –si bien este último sí es parte de la CNUDM, aunque su postura práctica sigue siendo ecléctica-.

Lo que significa que en el Estrecho de Ormuz, en concreto por las vías marítimas y los TSS que atraviesan el mar territorial de Irán⁶⁵, solo existe derecho de navegación marítima y en superficie –no hay derecho de sobrevuelo-, y que parece que los buques de guerra no tienen automáticamente derecho de paso, sino que deberían, según la legislación iraní, pedir autorización. Mientras que en los TSS y vías marítimas establecidas en aguas territoriales de Omán –que son más profundas que las correspondientes al mar territorial iraní-, rige el derecho de paso en tránsito; por lo que todos los buques y aeronaves pueden transitar por ellas libremente sin necesidad de entrar en territorio iraní.

También significa que Irán no puede suspender, ni gravar, ni obstaculizar de ninguna manera dicho paso inocente, por lo que un posible cierre del estrecho o la exigencia del pago de una tasa para atravesar el mismo sería a todas luces un hecho internacionalmente ilícito por violar normas internacionales en vigor para Irán.

V. UNA BREVE REFERENCIA AL ‘CIERRE’ DEL ESTRECHO DE ORMUZ COMO MEDIDA DE REPRESALIA

Tal y como señalábamos en las primeras páginas de este trabajo, Irán amenaza con el cierre del Estrecho de Ormuz o con la imposición de un canon para atravesar el mismo calificando estas medidas como una represalia en caso de endurecimiento de las sanciones que desde hace años le vienen imponiendo, entre otros, EEUU y varios países de la UE.

A este respecto debemos indicar que la adopción de represalias por parte de un Estado contra uno o varios Estados sí es un acto previsto por el Derecho internacional, pero solo en el caso de respuesta a un previo hecho ilícito del Estado o Estados contra los que se aplican dichas contramedidas. En este sentido, el *Proyecto de artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacional ilícitos* de 2001⁶⁶ recoge en su artículo 22 como circunstancia excluyente de la ilicitud de un hecho ilícito, que se trate de una contramedida frente a un previo hecho ilícito.

Así las cosas, resulta cuando menos llamativo que el propio Gobierno de Irán *califique el ‘cierre’ del estrecho o la imposición de tasas como un acto de represalia, pues con*

⁶⁵ Dichos TSS están recogidos en COLREG.2/Circ.11, NAV 49/3/1 de 18 de febrero de 2003, y COLREG.2/Circ.54 de 28 de mayo de 2004.

⁶⁶ A/RES/56/83. Dice expresamente el artículo 22: “*Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito.*

La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte”.

ello está reconociendo claramente que dichas medidas suponen una violación del Derecho internacional, en el sentido anteriormente aludido. Pues, desde el punto de vista jurídico-internacional, las represalias son un hecho ilícito de un Estado -esto es, una violación de una obligación internacional- contra el hecho ilícito de otro, cuya ilicitud queda excluida por ser la respuesta al ilícito previo.

En todo caso, hay que tener presente que estamos ante una medida que se halla sometida al cumplimiento de ciertos requisitos para que sea válida, proclamados por la CIJ en 1997 en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, y sistematizados en los artículos 49 a 54 del Proyecto de la CDI de 2001⁶⁷. El primero y fundamental de tales requisitos es que se haya producido un hecho internacionalmente ilícito previo, siendo la represalia la respuesta del Estado lesionado a dicho acto. Es la previa existencia de un hecho ilícito lo que da sentido a una contramedida de tal forma que si tal hecho no se ha producido, la contramedida perderá su razón de ser y no podrá ser considerada como tal, sino que constituirá un hecho internacionalmente ilícito (art.52.3). Y además deberá dirigirse únicamente contra el Estado o Estados que cometieron el previo hecho ilícito, tal y como afirmó claramente la CIJ en el citado asunto⁶⁸.

En este sentido, la pregunta que inmediatamente debemos hacernos es la de si las sanciones impuestas por EEUU y algunos Estados de la UE constituyen un hecho internacionalmente ilícito⁶⁹. ¿Pueden estos Estados aplicar sanciones como las que están adoptando? La respuesta es clara: sí. Pues tales medidas, no son de carácter unilateral (en cuyo caso no serían legítimas), sino que han sido aprobadas en el marco de Organizaciones internacionales con competencia para imponer sanciones, cuáles son la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Unión Europea-, y estos Estados las aplican en cumplimiento de la correspondiente Resolución o Decisión por la que aquéllas han sido decretadas.

Por lo que se refiere a la ONU, el 31 de julio de 2006 el Consejo de Seguridad, actuando en el marco de las competencias que le otorga el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, adoptó la Resolución 1696 por la que, a la vista de los diversos informes remitidos por el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), manifestaba su preocupación por el programa nuclear que estaba desarrollando Irán al

⁶⁷ Tales requisitos pueden sintetizarse en los siguientes: 1) las contramedidas no pueden afectar nunca a la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza; 2) solo pueden dirigirse contra el Estado autor del ilícito; 3) solo puede aplicarlas el Estado lesionado; 4) deben tener carácter temporal y ser reversibles; 5) deben ser proporcionales; 6) no deben suponer ninguna desviación respecto de ciertas obligaciones básicas; 7) deben ir precedidas de una demanda formulada por el Estado lesionado al Estado autor para que éste cumpla sus obligaciones.

⁶⁸ En efecto, en el asunto del Proyecto *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte afirma que las contramedidas deben adoptarse en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido anteriormente por otro Estado y estar dirigidas contra ese Estado (ICJ *Reports*, 1997, p.55).

⁶⁹ Para un análisis en detalle de las medidas adoptadas contra Irán puede consultarse, entre otros, FIGG, Robert K., and WILSON, Danielle A. (eds.), *U. S. led sanctions on Iran*, New York, Nova Science, 2012; KIESBYE, Stefan (ed.), *Is Iran a threat to global security?*, Greenhaven Press, 2010; o POSCH, W., "The EU and Iran", en BISCOP, Sven and WHITMAN, Richard G. (eds.), *The Routledge handbook of European security*, London, Routledge, 2013, pp.179-188.

considerar que el mismo pudiera suponer una amenaza a la paz y seguridad internacionales; e instaba a éste a que cesara el mismo, especialmente lo que se refiere al enriquecimiento de uranio, fijándole la fecha de 31 de agosto para que cumpliera los dictados de la OIEA, pues de no ser así se le empezaría aplicar las diversas sanciones que prevé el artículo 41 de la Carta. A la vista del reiterado incumplimiento de las directrices señaladas por la OIEA, así como de la Resolución 1696, el 27 de diciembre de 2006, el Consejo de Seguridad aprueba la Resolución 1737 por la que se crea un Comité con el propósito de cumplir las tareas descritas en el párrafo 18 de dicha Resolución, y en la que ya sí se recogen diversas sanciones que deben aplicar los Estados miembros de la ONU contra Irán. El mandato del Comité fue ampliado posteriormente para incluir también las medidas impuestas en las resoluciones 1747 (2007) y 1803 (2008), 1835 (2008), 1887 (2009), y las dispuestas en la resolución 1929 (2010), que se mantienen en las posteriores 1984 (2011) y 2049 (2012).

Esas medidas comprenden, sin carácter limitativo, las siguientes:

- Un embargo de las actividades relacionadas con el programa nuclear y el programa de misiles balísticos que sean estratégicas desde el punto de vista de la proliferación.
- La prohibición de la exportación y adquisición de armas y material conexo del Irán y la prohibición del suministro de las siete categorías indicadas de armas convencionales y material conexo al Irán.
- La prohibición de viajar y la congelación de activos, para determinadas personas y entidades. La congelación de activos también se aplica a las personas o entidades que actúen en nombre o bajo la dirección de las personas y entidades designadas, y a las entidades que sean de su propiedad o estén bajo su control.

De forma paralela a las sanciones impuestas por la ONU, especialmente las recogidas en la Resolución 1929, los ministros de Asuntos Exteriores de la UE acordaron el 14 de junio de 2010, en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común, también sanciones contra Irán adicionales a aquéllas entre las que figuran las restricciones financieras y comerciales a bienes que pueden ser utilizados tanto a nivel civil como militar (2010/413/CFSP); que se han ido endureciendo, entre otras, por la decisión 2012/35/ de 23 de enero de 2012. Las medidas adoptadas por el Consejo de la Unión Europea contra Irán incluyen:

- Prohibición para la comercialización de armas y equipos que se puedan utilizar para la represión, así como el veto a bienes y tecnología relacionados con el enriquecimiento nuclear o sistemas de armas nucleares, incluyendo productos químicos, electrónicos, sensores y láseres.
- Prohibición para la inversión de empresas iraníes en minas de uranio y la producción de material nuclear y tecnológico dentro de la Unión Europea.
- Veto al comercio de productos de doble uso y tecnologías como las relacionadas con los sistemas de telecomunicaciones, equipos de sistemas informáticos y de seguridad y la tecnología nuclear.

- Prohibición a la exportación de equipos y tecnologías clave para la industria del petróleo y el gas (exploración y producción de petróleo y gas natural). Veto a la asistencia financiera y técnica para las transacciones.
- Condena a las inversiones en el petróleo y gas iraníes (exploración y producción de petróleo). Es decir, imposibilidad de firmar créditos, préstamos, nuevas inversiones y creación de empresas conjuntas con compañías iraníes.
- Restricción en los compromisos a corto plazo y prohibición a largo entre los Estados miembros para prestar apoyo financiero al comercio de Irán.
- Los gobiernos de la UE se comprometieron a no subvencionar ni prestar dinero en condiciones favorables al régimen iraní. La provisión de seguros a las entidades de Irán está prohibida.
- Las instituciones financieras europeas están obligadas a informar a las autoridades nacionales sobre las transacciones con los bancos iraníes. Deben notificar las transferencias superiores a 10.000 euros y solicitar autorización para las que superen los 40.000 euros, con la excepción de las de carácter humanitario.
- Los bancos de Irán tienen prohibida la apertura de sucursales y la creación de empresas conjuntas en la UE y viceversa.
- Las autoridades nacionales de aduanas deben exigir información previa sobre toda la carga que entra y sale de Irán. Hay autorización para examinar las cargas y comprobar si cumple con las restricciones impuestas.
- Los vuelos de mercancías operados por compañías iraníes o procedentes de Irán no tienen permitida la entrada a los países de la Unión Europea, salvo el tráfico mixto de viajeros y carga. No hay servicio de mantenimiento para los aviones de carga iraníes.
- Congelación de los activos de 433 entidades asociadas con la proliferación nuclear. Son las empresas del sector bancario y de seguros, la industria de la tecnología nuclear y del ámbito de la aviación, armamento electrónica, transporte, industria química, metalurgia, industria de petróleo y gas y las sucursales y filiales de los Guardianes de la Revolución.
- Prohibición de viajar y la congelación de los activos de 61 iraníes acusados de violar derechos humanos.

En esta línea de endurecimiento, el pasado 11 de marzo de 2013, el Consejo congeló activos y emitió prohibiciones de viaje para nueve particulares considerados responsables de las violaciones de los derechos humanos en el país, congeló los recursos financieros de instituciones públicas vinculadas a abusos de derechos humanos y prorrogó por un año las que ya tenía impuestas a otros 78 por esos mismos motivos.

Resulta así, que las sanciones impuestas a la República Islámica de Irán por EEUU y los Estados de la UE se enmarcan en el cumplimiento legítimo de las decisiones previamente adoptadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el marco del capítulo VII de la Carta, y por el Consejo de la Unión Europea en el marco de la PESC. Lo que significa que tales medidas y su posible endurecimiento no constituyen ninguna violación del Derecho internacional y, por tanto, no son un hecho internacionalmente ilícito.

Así las cosas, la justificación del ‘cierre’ del estrecho de Ormuz como una medida de represalia carece, como hemos visto, de toda legitimidad al no existir un previo hecho ilícito que les dé sentido. Por lo que de producirse el cierre estaríamos claramente ante un hecho ilícito internacional.

En esta línea, el ‘cierre’ del estrecho solo sería una represalia legítima si algún Estado previamente hubiera cometido un hecho internacionalmente ilícito lesionando a Irán – por ejemplo, que le impusiera medidas unilaterales de carácter sancionatorio sin el respaldo y la legitimación de una previa decisión institucional-. Entonces habría que tener muy presente que la misma debe ajustarse a los demás requisitos de validez que hemos indicado recoge el Proyecto de la CDI de 2001; entre los que cabe destacar que la contramedida solo puede aplicarse contra el Estado o Estados autores del previo hecho ilícito. Esto significa que el cierre del estrecho, en cuanto eventual medida de represalia, solo sería legítimo única y exclusivamente respecto de los buques que enarboles la bandera de los Estados que hubieren cometido un hecho ilícito contra Irán; según las alegaciones de este último, se trataría de buques con bandera de EEUU y de algunos Estados de la UE. Por lo que un cierre indiscriminado, o una imposición de tasas por paso indiscriminado y generalizado que afecte a buques que no ostenten el pabellón de los citados Estados, sería igualmente una violación del Derecho internacional, esto es, un hecho internacionalmente ilícito.

Por otra parte, si el ‘cierre’ del Estrecho como represalia se produjera a través de la colocación de minas u otra forma de bloqueo el mismo tampoco sería legítimo. Pues es evidente que estas medidas constituyen un uso o amenaza de la fuerza armada que está prohibido por el Derecho internacional a través de una norma imperativa –recogida en el art.2.4 de la Carta de Naciones Unidas-, y según el artículo 26 del Proyecto de 2001 las contramedidas no pueden ir contra una norma imperativa de Derecho internacional general.

Resultando así que la colocación de minas o el bloqueo del Estrecho de Ormuz solo podría ser lícito como respuesta a un previo ataque armado, esto es, como medida de *legítima defensa*; así como en el marco de un *conflicto armado*. Recordemos en este sentido que la CIJ reconoció el ribereño no tenía derecho a impedir el paso por los estrechos en tiempos de paz⁷⁰, lo que cabe interpretar *a sensu contrario*, que sí tiene ese derecho en caso de conflicto. En ese contexto, Irán podría ‘cerrar’ temporalmente de esta forma el paso a los buques de Estados beligerantes, pero no así a los buques de los Estados neutrales con los que no entre en conflicto⁷¹.

⁷⁰ Vid. ICJ Reports, 1949, p.28.

⁷¹ Aun cuando el *Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos armados en el Mar* de 1994, señala en su Sección II que tanto los beligerantes como los neutrales tienen derechos de paso por todos los estrechos internacionales en tiempos de conflicto armado, no parece que tal derecho sea absoluto y en la práctica solo se reconoce a los neutrales. El texto del Manual puede consultarse en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/san-remo-manual-1994-5tdlgl.htm>. Y un estudio en detalle sobre este particular en BAXTER, R.R. “Passage of Ships Through International Waterways in Time of War”, *BYBIL*, 1954, pp.187-202.

VI. CONCLUSIONES

A la vista del análisis efectuado en un marco estrictamente jurídico-internacional, son varias las conclusiones que hemos ido apuntando con relación a la licitud o no del cierre del Estrecho Ormuz o la eventual imposición de un canon por atravesar el mismo con que amenaza la República Islámica de Irán, que sintetizamos.

No existe duda alguna acerca de que el Estrecho de Ormuz es un estrecho internacional y, en consecuencia, el régimen de navegación por el mismo debe ser el que marca el Derecho internacional. Atendiendo al régimen convencional vigente en la materia, cual es la Parte III de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, al ser un estrecho que une dos zonas de libertad de navegación, su régimen debiera ser el de derecho de paso en tránsito. Un neologismo de la CNUDM que prácticamente aplica en este tipo de estrechos la libertad de navegación y sobrevuelo que preside el alta mar, con grave riesgo para la seguridad del ribereño, y muy lejos del clásico derecho de paso inocente que regía hasta la fecha.

Sin embargo, y precisamente por tratarse de un régimen *ex novo*, y a diferencia del derecho de paso inocente, no existía como norma consuetudinaria antes de 1982. Habida cuenta que son varios los Estados que no son parte de la CNUDM, y sobre todo que no lo es Irán por lo que, en consecuencia, no está obligado a cumplir la misma salvo aquellas disposiciones que tuvieran carácter consuetudinario y le fueran oponibles por haberlas aceptado –expresa o tácitamente–, la pregunta inevitable es la de si este régimen concreto de los estrechos, es decir, el derecho de paso en tránsito se ha convertido en una nueva norma consuetudinaria de Derecho internacional general. A la vista de la postura al respecto de todos los Estados, parte o no de la CNUDM, llegamos a la conclusión de que no hay elementos suficientes para afirmar que el derecho de paso en tránsito sea hoy día una norma consuetudinaria. Muy al contrario, el sentir más extendido es que estamos antes un régimen exclusivamente convencional por el que están vinculados y del que benefician única y exclusivamente los Estados parte de la CNUDM. Más aún, ante el riesgo probable de que dicho régimen llegara a convertirse en costumbre, el Gobierno de Irán ha dejado muy clara *ab initio* su postura de oposición al mismo, lo que le convertiría en objetor persistente de dicha norma consuetudinaria y, en consecuencia, le sería inoponible si dicha norma llegara a cristalizar.

En consecuencia, en las vías marítimas y TSS de las aguas territoriales iraníes del Estrecho de Ormuz rige el derecho de paso inocente no suspendible que implica solo navegación marítima y en superficie, y sobre el cual no está claramente definido que los buques de guerra tengan sin más derecho de paso; de hecho la legislación de Irán exige a estos últimos previa autorización. No ocurre lo mismo en las aguas territoriales de Omán (co-ribereño de Ormuz), pues al ser éste parte de la CNUDM en sus vías marítimas y TSS existe derecho de paso en tránsito.

En todo caso, sea un régimen u otro, en ambos casos el Estado ribereño tiene unas claras obligaciones que cumplir cuáles son las de no suspender, ni obstaculizar, ni denegar, ni discriminar el paso, ni imponer gravamen alguno por el mismo. Lo cual significa que Irán no tiene derecho alguno ni legitimidad para proceder a lo que él llama el 'cierre'

del Estrecho ni tampoco a imponer canon alguno a los buques tanque. De hacerlo estaría vulnerando las normas consuetudinarias que rigen la navegación por los estrechos y, por tanto, cometiendo un hecho internacionalmente ilícito.

Siendo así las cosas, resulta interesante que el propio Gobierno iraní haya justificado el posible cierre como un acto de represalia contra quienes le aplican sanciones, pues con ello está reconociendo que dicha medida sería un ilícito internacional. Esto es así porque las represalias son hechos internacionalmente ilícitos cuya ilicitud queda excluida por ser la respuesta a un previo ilícito de otro u otro Estados.

Situados entonces en el marco de las contramedidas, observamos que no se cumple la condición previa de las mismas que es, como acabamos de señalar, haberse producido un hecho ilícito contra él. Los falaces argumentos iraníes parecen entrever que las sanciones que desde hace ya algunos años vienen aplicando EEUU y algunos Estados de la UE no son legítimas. No es así, las mismas suponen cumplimiento de diversas Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y de Decisiones adoptadas por los Ministros de Asuntos Exteriores de la UE por lo que no hay duda de su licitud. Por lo que al no darse el requisito previo, de producirse el cierre o cualquiera de las otras medidas apuntadas por Irán estas no podrían ser calificadas como represalias, sino como hechos ilícitos.

En el eventual supuesto de que esta primera premisa de las contramedidas llegara a producirse, esto es, que se hubiera cometido un hecho ilícito contra Irán, deberíamos valorar los demás requisitos de validez de las mismas. Entre ellos, que solo pueden ir dirigidas contra el autor del ilícito previo, por lo que el cierre o la imposición de un canon no podría ser en ningún caso generalizada; para ser legítimas solo podría aplicarse a los buques de la bandera del Estado infractor. Asimismo, las represalias no pueden suponer en ningún caso un uso o amenaza de la fuerza armada, por lo que si el cierre se produjera, como sería lógico pensar, mediante la colocación de minas y el bloqueo naval, dichas represalias serían igualmente ilegales por ser contrarias a la norma imperativa que prohíbe el uso y amenaza de la fuerza.

Resulta así que solo en una hipótesis de respuesta a un previo ataque armado ilícito sufrido por Irán, este podría responder bloqueando o cerrando el Estrecho de Ormuz al Estado o Estados agresores, como posible medida de legítima defensa; así como en la no deseable de un conflicto armado. Pues como ya señaló la Corte Internacional de Justicia en su día, el Estado ribereño de un estrecho no puede impedir el paso por el mismo en tiempos de paz.

Si tal escenario llegara a producirse, el cierre no sería total, pues los buques y aeronaves podrían atravesar el Estrecho de Ormuz por la zona omaní. Ahora bien, así las cosas no podemos dejar de reseñar un dato, cuando menos preocupante, cual es que el 14 de junio de 2011 Irán y Omán han concluido un Acuerdo de Seguridad Mutua⁷², lo que arroja más que sombras en este controvertido asunto.

⁷² <http://english.irib.ir/news/political/item/75799-%E2%80%98iran-concludes-securityagreement-with-oman-qatar%E2%80%99>.