

¿Y para cuando el código de la navegación marítima? (¿O hemos perecido en el intento?)*

*And when the Code of Maritime Navigation?
(Or have we perished in the attempt?)*

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA

Catedrático (emérito) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia
cgutesp@um.es

María José CERVELL HORTAL

Catedrática (acreditada) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia
cervell@um.es

RECIBIDO EL 17 DE DICIEMBRE DE 2019 / ACEPTADO EL 20 DE FEBRERO DE 2020

Resumen: La Ley de Navegación Marítima de 2014, que supuso una ambiciosa reforma de una parte importante del Derecho Marítimo español, anunciaba en sus disposiciones finales la futura redacción de un Código de Navegación Marítima que terminaría de aclarar las principales normas en este ámbito. Vencido el plazo anunciado, el Código no ha visto la luz. Este artículo aborda la necesidad de su aprobación, con especial incidencia en los problemas que afectan al derecho de paso inocente por el mar territorial.

Palabras clave: Código de Navegación Marítima, paso inocente, buques de Estado buques de guerra

Abstract: The Law of Maritime Navigation of 2014, which meant an ambitious reform of the Spanish Maritime Law, announced in its final provisions the future drafting of a Code of Maritime Navigation that would definitely clarify the main rules governing this subject. The Code has not been adopted yet. This article addresses the need for its approval, with special emphasis on the problems affecting the right of innocent passage through the territorial sea.

Keywords: Code of Maritime Navigation, innocent passage, warships, Government ships, warships

Sumario. I. PLANTEAMIENTO. II. NUDO (EL DERECHO DE PASO INOCENTE POR EL MAR TERRITORIAL DE LOS BUQUES DE ESTADO, INCLUIDOS LOS BUQUES DE GUERRA). 2.1. Buques de Estado y buques de guerra. 2.2. El derecho de paso inocente de los buques de guerra, una cuestión controvertida. III. Y DESENLACE (La Ley española de Navegación Marítima y, a la postre, el Derecho español en vigor sobre el derecho de paso inocente de los buques de guerra). 3.1. La inmunidad de los buques de guerra, sí; pero una inmunidad, (...) reconducida. 3.2. El tránsito de los buques de guerra por el mar territorial español. 3.3. El mar territorial de los estrechos. IV. SOBRE EL ESPERADO PUNTO Y FINAL DE LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA.

* El presente estudio se enmarca en el Proyecto I+D+i de Investigación COLCIENCIAS-Fondo Caldas Armada Nacional, financiado por el Gobierno de Colombia, presentado por la Escuela Naval de Cadetes «Almirante Padilla» (reconocida como Universidad desde 1977 por el Ministerio de Educación Nacional) y liderado por el Señor Capitán de Fragata Fabián Ramírez Cabrales. Los autores del presente Estudio fueron invitados oficialmente a participar en el Proyecto («La regulación del derecho al paso inocente de buques extranjeros que naveguen por el mar territorial colombiano: propuesta normativa»), según consta en Oficio de Vinculación de ambos al mismo, firmado por el Director de la Escuela Naval «Almirante Padilla», Contraalmirante Francisco Hernando Cubides Granados, en Cartagena de Indias (Colombia) con fecha 7 de junio de 2019.

I. PLANTEAMIENTO

La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima¹, que entró en vigor el 25 de septiembre de 2014, supone, como en su Preámbulo se indica, «una reforma amplia del Derecho marítimo español...», incluyendo «prácticamente todos los aspectos de la navegación, tanto de Derecho público como privado»².

Cinco son, diríamos, sus principales características: amplitud, actualización, aspectos novedosos, indisponibilidad de algunos de sus preceptos y subsidiariedad³. Nos parece importante precisar en el texto esta última característica. El artículo 2.1 de la Ley de Navegación Marítima afirma de manera inequívoca:

¹ BOE de 25 de julio de 2014, texto consolidado (última modificación: 26 de mayo de 2015).

² Preámbulo, I, párrafos primero y tercero (*in fine*).

³ *Amplitud*. Norma que regula detalladamente, en sus 524 artículos, cuestiones muy diferentes que tienen en común el uso del mar. Objeto: Cuestiones tanto de Derecho Privado (contratos de uso del buque, de manipulación de mercancías, seguro marítimo...) como de Derecho Público (registro y nacionalidad del buque, seguridad marítima, polizones, derecho de paso inocente, jurisdicción civil y penal sobre buques extranjeros...). Y de Derecho procesal (prescripción de acciones, normas de jurisdicción competencia...).

Actualización del régimen jurídico de la navegación. O, como con más precisión se dice en su Preámbulo: «se trata de una renovación que no busca una mera actualización y codificación, sino que también responde a su imprescindible coordinación con el Derecho marítimo internacional...» (preámbulo, I, párrafo primero). La Ley aborda esta materia en su Título I (*De la ordenación administrativa de la navegación*, artículos 4-55), que incluye, en particular, los capítulos III (*Del régimen general de la navegación marítima*, artículos 19-36), IV (*Del derecho de paso inocente por el mar territorial*, artículos 37-47) y VI (*De los buques de Estado extranjeros*, artículos 50-55). Es de interés reseñar ya que el título I en su conjunto «se inspira, principalmente, en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM/UNCLOS), aprobada el 10 de diciembre de 1982 en Montego Bay» (preámbulo, III, párrafo primero).

Aspectos novedosos. La ley regula por primera vez cuestiones que carecían de normas materiales específicas y que habían generado divergencias tanto doctrinales como jurisprudenciales. El contrato de manipulación de mercancías o las disposiciones sobre los polizones puede servir de ejemplo.

La Ley quiebra el principio de autonomía de la voluntad que como regla general rige en el ámbito contractual, a fin de proteger los intereses de la parte que se considera más débil. De dos formas, fundamentalmente («La Ley de Navegación Marítima», <http://www.munozmontanes.com>, pp. 1-3, pp. 2-3): en primer lugar, respecto de las cláusulas de jurisdicción contenidas en los contratos de adhesión (conocimiento de embarque), la Ley establece que solo serán válidas si se han negociados individualmente; en segundo lugar, y para proteger a cargadores/receptores elimina la posibilidad de que las partes se aparten voluntariamente de lo establecido por la ley, como en las normas relativas a la responsabilidad del porteador o en la acción directa que la Ley por primera vez establece frente al asegurador de la responsabilidad civil en el seguro marítimo.

«La presente ley se aplicará en tanto no se oponga a lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea que regulen la misma materia».

Es importante advertir sin más ya en este momento (*vid.* también *infra* apartado IV) que la Ley de Navegación Marítima (2014) anuncia un texto refundido que integre sus disposiciones con las de otras normas españolas en Derecho marítimo. Y en su Disposición final novena, párrafo 1, dice así:

«Se habilita al Gobierno para que en un plazo de tres años proceda refundir en un único texto, y bajo el título ‘Código de la Navegación Marítima’, las leyes reguladoras de las instituciones marítimas, regularizando, aclarando y armonizando la presente ley con el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, y con todos aquellos convenios o tratados internacionales en materia de Derecho del Mar que pudieran entrar en vigor en España antes de culminarse la refundición».

Ese Código no se adoptado aún, vencido incluso el plazo establecido por la propia Ley. Y sería de gran interés el que lo fuera. En particular, este interés, incluso su necesidad, vendría de la mano de la cuestión que nos hemos propuesto abordar en este Estudio, a saber, el derecho de paso inocente de los buques de Estado y de guerra de Estados extranjeros por el mar territorial español.

Treinta y siete años después de firma de la Convención sobre Derecho del Mar (1982) y veintidós de la fecha de su entrada en vigor, con carácter general y para España (1997)⁴, nos ha parecido de interés recordar el estado de la cuestión.

II. NUDO (EL DERECHO DE PASO INOCENTE POR EL MAR TERRITORIAL DE LOS BUQUES DE ESTADO, INCLUIDOS LOS BUQUES DE GUERRA)

2.1. *Buques de Estado y buques de guerra*

Los buques de todos los Estados tienen derecho al paso inocente por las aguas territoriales de un tercer Estado, derecho reconocido tanto por la Convención sobre Derecho del Mar (art. 17) como por la Ley de Navegación

⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (*BOE* de 14 de febrero de 1997).

Marítima española (art. 37.1). ¿También lo tienen los buques de Estado y los buques de guerra extranjeros?

La Ley de Navegación Marítima (2014) define los conceptos de buques de Estado y de guerra con los siguientes términos:

- Son buques y embarcaciones de Estado los afectos a la Defensa Nacional u otros de titularidad o uso público, siempre que presten con carácter exclusivo servicios públicos de carácter no comercial (art. 3.2).
- Son buques de guerra los buques de Estado adscritos a las Fuerzas Armadas, que lleven los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad y que se encuentren bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de su Estado, cuyo nombre esté inscrito en el escalafón de oficiales o en un documento equivalente y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las Fuerzas Armadas regulares (art. 3.3).

Queda claro, pues, todos los buques de guerra son buques de Estado, pero hay buques de Estado que no son de guerra. Serían, por tanto, buques de Estado, concreta el *Manual de Derecho del Mar* del Ministerio de Defensa Español, los de policía, investigación científica y asistencia sanitaria⁵.

Se trata, en ambos casos, de conceptos jurídicos ya acuñados que se definen de la misma forma (esencial) en otras normas jurídicas españolas. Por ejemplo, en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre *privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*⁶. Por lo que al carácter consolidado se refiere de estos conceptos, la definición de buque de guerra, tanto de la Ley de Navegación Marítima (2014) como de la Ley Orgánica de Inmunidades (2015), recogen la que utiliza la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar en su artículo 29.

⁵ MINISTERIO DE DEFENSA ESPAÑOL, *Manual de Derecho del Mar*, 2016, p. 74.

⁶ BOE de 28 de octubre de 2015. Así, «Buque de estado: un buque de titularidad o uso público de un Estado extranjero siempre que preste, con carácter exclusivo, servicios públicos de carácter no comercial» (art. 2, letra g). Y «Buque de guerra: un buque y, en su caso, los buques auxiliares, adscritos a las Fuerzas Armadas de un Estado extranjero, que llevan los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, se encuentren bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado, cuyo nombre esté inscrito en el escalafón de oficiales o en un documento equivalente y cuyas dotaciones estén sometidas a la disciplina de las Fuerzas Armadas regulares» (art. 2, letra h). Para un comentario de este importante texto, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestión y contenido*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Escuela Diplomática, Madrid, 2016.

Tanto los buques de Estado como de guerra tienen un estatuto jurídico propio, distinto al de los buques que no son lo uno ni lo otro, respecto de su paso por el mar territorial de otro Estado (amén, pero en esta cuestión no entramos, respecto de su acceso y escalas en puertos y fondeaderos del mismo). Lo iremos viendo a continuación.

Pero algo más conviene precisar desde ya. Los buques de Estado en general y los buques de guerra en particular gozan de inmunidad cuando navegan por el mar territorial de otro Estado o se hallan en sus puertos o aguas interiores. Es una norma de Derecho internacional general consolidada.

La Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 la recoge cuando establece que ninguna de sus disposiciones «afectará a las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales» (art. 32). Ninguna disposición, cabe añadir para ser rigurosos con el texto de este artículo, con ciertas «excepciones»⁷:

- Así, en la subsección A («normas aplicables a todos los buques») de la sección 3 de la misma («paso inocente por el mar territorial»), algunos preceptos imponen deberes, que matizan su inmunidad, a los buques de guerra extranjeros. Citaremos, únicamente, dos ejemplos:
 - De acuerdo con el artículo 20 de la Convención, los submarinos y otros vehículos sumergibles que encajen en la definición ya apuntada de «buque de guerra», «en el mar territorial...deberán navegar en la superficie y enarbolar su pabellón».
 - Y, según el párrafo 4 de su artículo 21, «los buques extranjeros que ejerzan el derecho de paso inocente por el mar territorial deberán observar tales leyes y reglamentos [los que tiene establecidos el ribereño relativos al paso inocente], así como todas las normas internacionales generalmente aceptadas relativas a la prevención de abordajes en el mar».

⁷ Aunque en rigor el término «excepciones» puede resultar equívoco; así, se ha entendido que «no es preciso ni apropiado» (OXMAN, B.H., «The regime of warships under the United Nations Convention on the Law of the Sea», *Virginia Journal of International Law*, vol. 4 [1983-1984], pp. 809-863, p. 818). También otros autores reconocen que el texto del artículo 32 de la Convención genera una relativa incertidumbre, aunque no la suficiente para descartar la tesis de que este precepto, a la luz también de sus trabajos preparatorios, llevó a cabo una incorporación por referencia de la inmunidad de los buques de guerra de acuerdo con el Derecho internacional general (en este sentido, por ejemplo, KRASKA, J., «The 'ARA Libertad' [Argentina v. Ghana]», *American Journal of International Law*, vol. 107 [2013], pp. 404-410, p. 409).

- Si un buque de guerra extranjero no cumple las leyes y reglamentos a los que se refiere el mencionado artículo 21.4 de la Convención y no acata la invitación que se le haga para que los cumpla, «el Estado ribereño podrá exigirle que salga inmediatamente del mar territorial» (art. 30). *Sólo* a los buques de guerra se aplica lo dispuesto por el artículo 30; esto es, la posibilidad de que el ribereño exija su salida inmediata del mar territorial en caso de que no cumpla las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial. Que esta previsión sólo se contemple en el caso de estos buques parece lógico, por la amenaza que para la paz y seguridad del ribereño pueden implicar. Volveremos a ello en un apartado posterior.

Item más, el Estado del pabellón de un buque de guerra extranjero (pero también de un buque de Estado) «incurrirá en responsabilidad internacional por cualquier pérdida o daño que sufra el Estado ribereño como resultado del incumplimiento...de las leyes y reglamentos... relativos al paso por el mar territorial...» (art. 31).

Más recientemente, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM), a propósito de la inmovilización por la República de Ghana de la fragata argentina *ARA Libertad*, navío de guerra, y de su negativa a abastecerla de combustible⁸ así como de la adopción de diversas medidas judiciales en su contra⁹, recordaba inequívocamente la inmunidad de la que gozan los barcos de guerra extranjeros, en su sentencia de 15 de diciembre de 2012, ordenando a Ghana, como medida provisional y a la espera de la decisión en el fondo del asunto, por unanimidad:

«proceder inmediatamente y sin condiciones al levantamiento de la inmovilización de la fragata *ARA Libertad*; debe actuar de modo que su coman-

⁸ Sobre la sentencia de 15 de diciembre de 2012 del Tribunal sobre Derecho del Mar, incluyendo el voto particular a la misma, de sus jueces R. Wolfrum y J.P. Cot, *vid. ad ex.* KRASKA, J., «The ‘ARA Libertad’ (Argentina v. Ghana)», *op. cit.* (nota 7); ESPOSITO MASSICCI, C.D.: «Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estados extranjeros», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestión y contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática número 55, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2016, pp. 339-353, pp. 343-344.

⁹ La inmovilización y retención del buque de guerra argentino obedeció al embargo decretado por un juez del Tribunal Superior de Accra, capital de Ghana, motivado por una demanda del fondo NML Capital (<http://www.nmlcapital.com>), que exigía a Argentina el pago de una deuda de 370 millones de dólares, correspondientes a bonos soberanos declarados en moratoria a finales de 2001.

dante y su tripulación puedan dejar el puerto de Tema y las zonas marítimas bajo jurisdicción ghanesa; y debe encargarse de que la fragata ARA Libertad sea abastecida a este fin»¹⁰.

En sus Considerando previos, el TIDM afirmó:

«El navío de guerra es la expresión de la soberanía del Estado cuyo pabellón enarbola;

(...) según el derecho internacional general, el navío de guerra goza de inmunidad, incluso en las aguas interiores;

(...) las medidas tomadas por las autoridades ghanesas que impiden a la ARA Libertad, navío de guerra perteneciente a la marina Argentina, a llevar a cabo su misión y cumplir sus funciones, atenta contra la inmunidad de la cual goza ese navío de guerra según el derecho internacional general» (párrafos 94-95 y 98).

2.2. *El derecho de paso inocente de los buques de guerra, una cuestión controvertida*

Una visión de conjunto del moderno Derecho del Mar revela que la idea-fuerza de la Libertad ha sido sustituida por un «nacionalismo rampante»¹¹, sólo en ciertos aspectos contenido; aproximadamente el 40% del espacio oceánico total y más aún del aprovechable en términos económicos han sido ubicados ahora bajo algún tipo de control nacional. Pero es que todavía hay algo más preocupante: los debates habidos a lo largo de diez años en la III Conferencia, sus trabajos preparatorios y ciertos comportamientos de Estados que en ella participaron y firmaron el Convenio (1982) revelan que un grupo no despreciable de ellos parece ver en éste no el «Programa máximo» que marca el tope de las pretensiones estatales para muchos años, sino solo un punto de partida.

¹⁰ TIDM, sentencia de 15 de diciembre de 2012, caso de la «ARA Libertad» (Argentina c. Ghana), solicitud de prescripción de medidas provisionales, punto 1 del Fallo (la traducción no oficial al español, de la sentencia se publica en la sección de jurisprudencias de la Revista *Relaciones Internacionales* núm. 44, del Instituto de Relaciones Internacionales [Oficina de Investigación y Relaciones Internacionales, OIRI], Universidad Eclesiástica de San Dámaso, Madrid, segundo semestre de 2013).

¹¹ LUCCHINI, L. y VOELCKEL, M, *Les Etats et la mer. Le nationalisme maritime*, La Documentation Française, núm. 4451-4452, París, 1977, pp. 29-41.

Una cuestión relevante para el tema que nos ocupa ha llamado particularmente nuestra atención. Sabido es que la Comisión de Derecho internacional (CDI), que preparó los Proyectos de artículos (1956) que luego se debatieron en Ginebra (1958), estimó que no debía privarse al ribereño de su derecho a exigir autorización o notificación previa para el paso inocente por el mar territorial de *buques de guerra* extranjeros¹².

Sabido es también que en los Convenios de Ginebra la propuesta no se tuvo en cuenta. En los debates previos, los Estados del Pacto de Varsovia habían defendido la necesidad de notificación o autorización previas para permitir el paso, mientras que los Estados de la OTAN eran partidarios de un paso sin condiciones¹³. Escasa era, por otro lado, la jurisprudencia que pudiera arrojar luz a la cuestión. El asunto sobre el *canal de Corfú* (1949), único planteado ante la Corte Internacional de Justicia en la que ésta hubiera podido pronunciarse sobre la cuestión, fue una ocasión perdida; el Tribunal, sí, admitió claramente el derecho de navegación de los buques de guerra (británicos, en este caso) *por las aguas de un estrecho*:

«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 a 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»¹⁴.

¹² «Articles concerning the Law of the Sea with commentaries, 1956», *Yearbook of the ILC*, 1956, II, art. 24 (comentarios 1-5). El artículo 24, que contemplaba el paso de buques de guerra, establecía: «The coastal State may make the passage of warships through the territorial sea subject to previous authorization or notification. Normally it shall grant innocent passage subject to the observance of the provisions of articles 17 and 18» (esos artículos recogían los derechos de protección del ribereño y las obligaciones del buque durante el paso inocente). Previamente, en la sesión de 1952, se había incluido como posible artículo 22.1 lo siguiente: «En règle générale, l'Etat riverain n'empêchera pas le passage des navires de guerre étrangers dans sa mer territoriale et n'exigera pas une autorisation ou notification préalables» (*Yearbook of the ILC*, 1952, vol II, p. 42). Al respecto, BOU FRANCH, V., «El derecho de paso inocente de los buques de guerra en tiempos de paz», *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. 11, 1994, pp. 93-135, pp. 108-112.

¹³ Sobre estas cuestiones, véase BOU FRANCH, V., «El derecho de paso inocente...», *op. cit.* (nota 12), pp. 112-115.

¹⁴ Sentencia de 9 de abril de 1949, *CIJ Recueil/ICJ Reports 1949*, p. 28.

Pero, pese a que, como ella misma reconoce, la cuestión del paso de buques de guerra en tiempo de paz *por aguas territoriales* (más allá del caso de los estrechos) había suscitado amplios debates entre las partes, rechazó finalmente incluirla en su razonamiento por considerar, sin más, «que no resultaba necesario para el caso concreto»¹⁵.

Es asimismo conocido que en la III Conferencia sobre Derecho del Mar, de la que nació la Convención de 1982, el tema fue objeto de intensos debates y que, finalmente, las propuestas de un grupo de cerca de 30 Estados para que se incluyera en la Convención el reconocimiento del derecho del ribereño a solicitar autorización o notificación previa para el paso de buques de guerra¹⁶, se retiraron ante la declaración del Presidente de la Conferencia (consta en Acta) de que dichos Estados para proteger su seguridad podrían establecer disposiciones sobre los buques de guerra¹⁷. No parece, entonces, que el problema quedara cerrado, pues como se ha defendido entre nosotros dicha declaración:

«deja abierta la puerta a que, en el caso de que el Estado ribereño lo estime necesario, puede dictar disposiciones específicas relativas a los buques de guerra en el ejercicio de sus derechos de control sobre su mar territorial»; y como estos mismos autores afirman, «en algunos casos efectivamente se ha hecho uso de esta posibilidad (...) que no está incluida expresamente en el texto»¹⁸.

¹⁵ Sentencia de 9 de abril de 1949, *CJ Recueil/ICJ Reports 1949*, p. 30.

¹⁶ Véase la propuesta de Malasia, Marruecos, Omán y Yemen (doc. A/CONF.62/C.2/L16), apoyada por España y China, en la que se exigía una autorización o notificación previa (*vid* también doc A/Conf.62/L.97 y L.117/corr.1; A/Conf.62/Sr.176, 26 abril 1982). En contra se mostraron, entre otros, el Reino Unido y Estados Unidos. Sobre la cuestión y para más detalles sobre esas declaraciones, véase, además de la fuente oficial mencionada, ESPALIÚ BERDUD, C. y CASADO RAIGÓN, R., «El paso inocente de buques de guerra extranjeros por el mar territorial: alcance del régimen de la CNUDM», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, 2, 2005, pp. 777-798, p. 778-77; LACLETA MUÑOZ, J. M.; ALMAZÁN GÁRATE, J. L. y ESTEPA MONTERO, M., *El régimen jurídico de los espacios marinos en Derecho español e internacional*, Colegio de Ingenieros, Canales y Puertos, Madrid, 2009, p. 28; BOU FRANCH, V., «El derecho de paso inocente...», *op. cit.* (nota 12), pp. 118-120); GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a.J., *El Derecho Internacional en la Encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 2017 (4^a ed. revisada y actualizada), pp. 305-307 (párrafo 44, letra A).

¹⁷ UNCLOS III, *Official records*, vol. XVI, p. 132: «Although the sponsors of the amendment in document A./CONF.62/L.117 has proposed the amendment with a view to clarify the text of the draft convention, in response to the President's appeal they have agreed not to press it to a vote. They would, however, like to reaffirm that their decision is without prejudice to the rights of coastal State to adopt measures to safeguard their security interests, in accordance with articles 19 and 25 of the draft convention».

¹⁸ LACLETA MUÑOZ, J.M.; ALMAZÁN GÁRATE, J.L. y ESTEPA MONTERO, M., *El régimen jurídico de los espacios marinos...*, *op. cit.* (nota 16), pp. 35-36.

Aunque opiniones de esta naturaleza no parecen encajar en manifestaciones de la práctica y de la jurisprudencia internacional más que recientes, pues el Tribunal Internacional sobre Derecho del Mar, en la controversia surgida entre Rusia y Ucrania por la detención por aquel país, el 25 de noviembre de 2018, de tres buques de la Armada ucraniana en el estrecho de Kerch, aprovechó la oportunidad de dejar constancia de este derecho¹⁹, la naturaleza de *obiter dictum* de su afirmación y la generalidad de la misma, unido a la práctica internacional que ha ido generándose con los años aconsejan cautela en cuanto al alcance de un paso inocente sin condiciones para los buques de guerra. Pero profundicemos algo más en el tema.

Así, Estados Unidos y la antigua URSS estimaron necesario dejar inequívocamente expresada su opinión en su *Declaración conjunta relativa a las reglas de interpretación uniforme del Derecho internacional que rige el paso inocente* (1989): los buques de guerra, cualquiera que sea su propulsión, tienen derecho de paso inocente «sin que pueda requerírseles notificación o autorización previa»; el artículo 19 de la Convención (1982) establece una enumeración exhaustiva de las actividades que hacen perder inocencia al paso, por eso «un barco que navegue por el mar territorial y no lleve a cabo ninguna de esas actividades está en paso inocente»²⁰. El texto de esta Declaración, se ha dicho, revela un respaldo esencial al derecho de paso inocente de los barcos de guerra por el

¹⁹ «Bajo la Convención, los regímenes de paso, como los paso inocente o en tránsito, se aplican a todos los buques», asunto relativo a la *detención de tres buques ucranianos* (Ucrania vs. Federación Rusa), petición de medidas cautelares, asunto núm. 26, 25 de mayo de 2019, párrafo 68 (disponible en https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_26/C26_Order_25.05.pdf). Sobre este asunto (que, en realidad, pretendía determinar si tales incidentes podían calificarse de «actividades militares» y sustraerse, por tanto, de la jurisdicción del tribunal por una declaración rusa hecha conforme al artículo 290 de la Convención de Derecho del Mar), véase KRASKA, J., «Dit ITLOS just kill the military activities exemption in article 298?», *EJIL Talk*, 27 May 2019.

²⁰ «Uniform interpretation of rules of international law governing innocent passage», 23 September 1989, *International Legal Materials*, vol XXVIII, 1989 (también disponible en <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/formidable/18/1989-USA-USSR-Joint-Statement-with-Attached-Uniform-Interpretation-of-Rules-of-International-Law-Governing-Innocent-Passage.doc>). Con su firma en esta Declaración, la Unión Soviética se desmarcó de su anterior posición, que la había llevado a hacer, al igual que la mayoría de los Estados del grupo socialista, una declaración sobre el Convenio de Ginebra de 1958 sobre mar territorial y zona contigua en la que afirmaba que «el Estado ribereño tiene derecho a establecer procedimientos de autorización para el paso de los buques de guerra extranjeros por su mar territorio» (*vid.* al respecto DE YTURRIAGA BARBERÁN, J.A., *Ámbitos de soberanía en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Una perspectiva española*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1993, pp. 170-186, p. 181).

mar territorial, en tanto en cuanto representa la posición oficial de las dos potencias marítimas más importantes en la actualidad²¹.

Por lo demás, cerca de una treintena de Estados, al firmar o ratificar la Convención sobre Derecho del Mar, lo han hecho con alguna declaración relacionada con el paso inocente:

- Algunos, para dejar claro que el paso inocente de los buques de guerra era absoluto y que no podía someterse a condición alguna (*ad. ex.*, Reino Unido, Países Bajos, Alemania o Italia).
- Otros, recordando su derecho de, en su caso, imponer requisitos conforme a su legislación interna (entre ellos, Sudán, Cabo Verde, Croacia, Santo Tomé y Príncipe, Rumanía).
- Y unos pocos yendo más allá, al imponer una autorización (por ejemplo, Argelia, Irán, Omán y Yemen)²² o una notificación previa (Bangladesh, Egipto, Malta, Montenegro, Serbia) o, incluso, ambas (China)²³.

Existe, por tanto, un cierto número de Estados, por más que sea limitado, que insiste en no reconocer el paso inocente automático de los buques de guerra.

Sí, el análisis del Derecho comparado tras la Convención demuestra, como nos temíamos, que en el caso de los buques de guerra y aun de los propulsados por energía nuclear o que transporten sustancias peligrosas, «una aureola de ambigüedad» envuelve la práctica, en la que se perciben «tendencias contrarias a la extensión incondicionada del derecho de paso inocente a todo tipo de buques efectuada, parece, por el Convenio de 1982»²⁴. No, no son

²¹ LOWE, A.V., «Uniform interpretation of the rules of international law governing innocent passage», *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, vol. 6, 1991, pp. 73-76.

²² Incluye también a los submarinos de propulsión nuclear o que lleven material radioactivo en la exigencia de autorización previa.

²³ Un listado detallado puede encontrarse en SIMON, L., «Providing certainty at sea: clarifying the rights of warships in relation to innocent passage and military operations in the Exclusive Economic Zone», *Australian Naval Review*, vol. 46, 1, 2019, pp. 1-19, p. 6. (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3398643). También al respecto ESPALIÚ BERDUD, C. y CASADO RAIGÓN, R., «El paso inocente de buques...», *op. cit.* (nota 16), p. 786. Para consultar la legislación interna de los Estados, véase <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/regionslist.htm>. Muy útil también la información sobre la regulación de los distintos Estados proporcionada por el Departamento de Estado estadounidense (en particular, por la Representación para cuestiones de política de los océanos, DoD Representative for Ocean Policy Affairs), disponible en https://www.jag.navy.mil/organization/code_10_mcrim.htm.

²⁴ BOU FRANCH, V., *La navegación por el mar territorial, incluidos los estrechos internacionales y las aguas archipelágicas en tiempos de paz*, Colegio Oficial de la Marina Mercante de España, Madrid, 1994, p. 184 (véase en general pp. 184 ss., 191 ss.)

pocos los Estados, sin que representen en todo caso la mayoría, que imponen a los barcos de guerra extranjeros en su mar territorial el ejercicio condicionado o limitado del derecho de paso inocente: ya subordinándolo a un régimen de notificación previa, ya exigiendo la obtención de una autorización previa, ya, incluso imponiendo límites que se derivan de la decisión del ribereño de limitar el número de barcos de guerra extranjeros en navegación por sus aguas territoriales²⁵.

Habida cuenta con todo que las declaraciones que hemos mencionado sólo son oponibles a quienes las acepten y que no son, lo decíamos, mayoría los Estados que las han formulado, podríamos pensar que lo ortodoxo es entender consolidado a día de hoy un derecho de paso inocente incondicionado, en los términos reseñados, para los buques de guerra extranjeros²⁶. Y, sin embargo (...). Ahí está la declaración del presidente de la III Conferencia, tras retirar (y para que se avinieran a hacerlo) los Estados patrocinadores su propuesta (la de permitir la condición de una autorización o notificación previa al paso de buques de guerra) y con fines aclaratorios, que podría encajar en los elementos interpretativos de la Convención sobre Derecho del Mar (1982) que permite utilizar la regla general de interpretación adoptada en su artículo 31 por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) (...).

Seamos ortodoxos en fin, pero con cautela o, por decirlo con el Evangelio, seamos «cándidos como palomas y astutos como serpientes». Porque no vaya a ser que del hermoso matorral de la ortodoxia nos salte, inopinadamente, un día una vigorosa y nada ortodoxa liebre (...).

Digámoslo de otro modo. No estamos del todo seguros de que la norma que reconoce, implícitamente, el derecho de paso inocente de los buques de guerra (art. 30 del Convenio de 1982 y artículo 23 del de Ginebra sobre Mar Territorial y Zona Contigua) pueda calificarse con rotundidad de consuetudinaria.

²⁵ *Vid. ad ex.* la práctica que analiza AGYEBENG, W.K., «Theory in search of practice: The right of innocent passage in the territorial sea», *Cornell International Law Journal*, vol. 39, 2, 2006, article 5, pp. 371-399 (pp. 396-398).

²⁶ Parece, de hecho, algo ampliamente aceptado no sólo por la gran mayoría de Estados, sino también por la doctrina. Véase, *ad. ex.*, DíEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., «Régimen de navegación de los buques de guerra extranjeros por el mar territorial español y de sus escalas en puertos españoles», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 38, 2, 1986, pp. 543-569 (p. 546); ESPALIÚ BERDUD, C. y CASADO RAIGÓN, R., «El paso inocente...», *op. cit.* (nota 16), pp. 777-798, p. 782; SIMON, L., «Providing certainty at sea...», *op. cit.* (nota 23), p. 7; BOU FRANCH, V., «El derecho de paso inocente de los buques de guerra...», *op. cit.* (nota 12), pp. 123 y 131.

III. Y DESENLACE (LA LEY ESPAÑOLA DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA Y, A LA POSTRE, EL DERECHO ESPAÑOL EN VIGOR SOBRE EL DERECHO DE PASO INOCENTE DE LOS BUQUES DE GUERRA)²⁷

3.1. *La inmunidad (relativa) de los buques de guerra*

Como no podía ser de otro modo, la Ley de Navegación Marítima (2014) reconoce la inmunidad de los buques de Estado y los de guerra mientras permanezcan en puertos, aguas interiores o mar territorial español, con las excepciones internacionalmente aceptadas. Sus disposiciones siguen las normas internacionales bien establecidas, en particular las de la Convención sobre Derecho del Mar. Así, por ejemplo:

- Con las excepciones previstas en el Derecho internacional y en la presente ley, los buques de Estado extranjeros gozarán de inmunidad, quedando sujetos únicamente a la jurisdicción del Estado de su pabellón (art. 50). Obsérvese que de la redacción de este artículo de la Ley de Navegación Marítima («con las excepciones previstas...») se desprende que la legislación española ha optado por admitir, en línea con lo también expresado por la Convención de 1982, la existencia de matices (más que excepciones absolutas) a esas inmunidades. Dos de ellas serían, creemos, las previstas en los párrafos 1 y 2 del artículo 54 de la Ley *infra* mencionados.
- En el mar territorial y en las aguas interiores marítimas, los submarinos de Estado extranjeros deberán cumplir lo previsto en el artículo 22 [esto es, en superficie y con el pabellón desplegado], salvo que se encuentren debidamente autorizados para participar en ejercicios o maniobras militares (art. 53).
- No se considerará inocente el paso de buques de Estado extranjeros por el mar territorial que comporte la realización de maniobras u otros ejercicios con armas de cualquier clase, la recolección de inteligencia por medios electromagnéticos o el lanzamiento, recepción y embarque de cualquier tipo de aeronaves o de dispositivos militares (art. 52).

²⁷ Sobre el régimen jurídico de la navegación por el mar territorial español, de todo tipo de buques, a la luz de la Ley de Navegación Marítima (2014) *vid. ad ex.* Díez-HOCHTLEITNER, J., «Maritime zones under sovereignty and navigation», *Spain and the Law of the Sea: 20 years under LOSC, Spanish Yearbook of International Law*, vol. 21, 2017, pp. 229-251.

- Los buques de guerra extranjeros que se encuentren en las aguas interiores marítimas y el mar territorial españoles e infrinjan las disposiciones de esta ley serán requeridos por la Armada para que depongan su actitud y, en su caso, a que abandonen sin demora tales aguas (art. 54.1).
- O, en fin, el Estado del pabellón de los buques extranjeros será responsable de cualquier pérdida o daño que sea consecuencia del incumplimiento de las leyes y reglamentos nacionales, especialmente de los relativos al paso por el mar territorial y a la estadía en los puertos y demás aguas interiores marítimas (art. 54.2).

La más reciente Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre Privilegios e Inmunidades, adoptada por nuestro país²⁸, también regula las inmunidades de los buques de guerra y de los buques y aeronaves de Estado (arts. 30-32)²⁹. Bástenos mencionar su artículo 30 (*Inmunidad de buques de guerra y buques de Estado*), suficientemente expresivo de por sí:

«Salvo que por acuerdo entre los Estados interesados se haya dispuesto otra cosa, los buques de guerra y los buques de Estado extranjeros gozarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los órganos jurisdiccionales españoles, incluso cuando se encuentren en aguas interiores o en mar territorial españoles».

Especial previsión es la que aparece en el artículo 382.3 de la Ley de Navegación Marítima referida a los buques de guerra extranjeros hundidos o naufragados en espacios marítimos españoles, a los que se reconoce inmunidad de jurisdicción. Se matiza, con todo, que las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción deberán ser acordadas entre el Estado del pabellón y el Ministerio de Defensa, y sujetarse a lo establecido por la Convención sobre protección del patrimonio cultural subacuático (2001)³⁰.

²⁸ *Vid. supra* nota 6.

²⁹ Para un comentario de estos preceptos, *vid.* ESPOSITO MASSICCI, C.D., «Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estados extranjeros», *op. cit.* (*supra* nota 8), pp. 346-349.

³⁰ En general, según la Convención sobre Derecho del Mar (1982), los Estados ribereños ejercen su soberanía sobre el control del patrimonio histórico-cultural sumergido, esto es, todo rastro de existencia humana de carácter cultural, histórico o arqueológico, sumergido en todo o en parte en el agua, periódica o continuadamente, durante más de 100 años. Caso de restos humanos, objetos de carácter prehistórico, edificios, buques, aeronaves u otros medios de transportes, incluyendo su cargamento (art. 1 del Convenio UNESCO de 2001, en vigor desde el 2 de enero de 2009 y que España ha ratificado: Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001, *BOE* de 2 de enero de 2009). Ejemplo,

3.2. *El tránsito de los buques de guerra por el mar territorial español*

La Ley de Navegación Marítima (2014) es aplicable en algunos aspectos, aunque no con carácter general, a los buques de Estado y de guerra. Dice así su artículo 3 (párrafo 1):

«las disposiciones de este ley no se aplicarán a los buques y embarcaciones de Estado, incluidos los de guerra, salvo que en ella se establezca otra cosa».

Como, por ejemplo, respecto de su navegación *por el mar territorial* (para la navegación por los estrechos [como el de Gibraltar], *infra* apartado 3.3). En esta cuestión, el artículo 37 (párrafo 1) de la Ley afirma:

«la navegación por el mar territorial de todos los buques extranjeros, incluidos los de Estado, se sujetará al régimen de paso inocente».

el *asunto del Louisa* (San Vicente y las Granadinas), navío acusado de pillaje en aguas interiores y mar territorial español so capa de investigar hidrocarburos e inmovilizado (2006) por las autoridades españolas cuando se encontraba (por su propia voluntad) en puerto español. San Vicente y las Granadinas demandó a España ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM), creado por la Convención sobre el Derecho del Mar (1982), alegando que la inmovilización tan prolongada del navío y el trato de quiénes se encontraban a bordo desde la misma violaba la Convención (1982): por auto de 23 diciembre 2010, el TIDM denegó su «libertad provisional»; y en su sentencia de 28 de abril de 2012, el Tribunal se declaró incompetente, por entender que el Convenio se ocupa de los derechos y libertades de navegación por el mar de las naves, no de los derechos del navío en sí mismo (sobre el caso, WECKEL, Ph., «TIDM, jugement d'incompétence dans l'affaire du navire Louise [Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Espagne]», *Sentinelle*, Bulletin, n° 350, 02/06/2013). Podría añadirse además, en este contexto, el caso del galeón español *San José*, hundido el 8 de junio de 1708, tras su enfrentamiento con el navío inglés *Expedition* cerca de las Islas de Rosario (Colombia), y cuyo hallazgo el Gobierno colombiano anunció el 5 de diciembre de 2015. En el marco del debate sobre los derechos que Colombia reclama sobre el mismo, *vid. ad ex.* sobre este asunto BENDECK-OLIVELLA, J., *El Galeón perdido. ¿Dónde está el San José?*, Villegas Editores, Bogotá, 2003; MATEUS-RUGELES, A. y RODRÍGUEZ VALENZUELA, I., «Pecios españoles en aguas colombianas: conjugación entre el patrimonio cultural submarino y la inmunidad jurisdiccional de los Estados», *Revista de Derecho de Valdivia*, vol. 29, 2, 2016, pp. 253-275; MATEUS-RUGELES, A., «Comentarios del Observatorio del Derecho Internacional en relación con el galeón San José», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, 2016, pp. 433-435; VEGA-BARBOSA, S.; SEREBRENK-BELTRÁN, S. y APONTE-MARTÍNEZ, M^a.C., «Colombia y la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar: Análisis jurídico frente al dilema de la ratificación», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, 1, 2018, pp. 105-130 (pp. 116-119). No obstante lo cual, el Derecho interno del Estado ribereño puede (por ejemplo respecto de los barcos de guerra), como ha hecho nuestra Ley de Navegación Marítima (2014) reconocer la inmunidad de jurisdicción de los restos barcos de guerra extranjeros hundidos (y, claro es, defender la misma idea para los restos de barcos españoles hundidos en espacios marinos bajo soberanía o jurisdicción de otros Estados (art. 382, párrafos 1 y 2).

Repárese, ante todo, que en su referencia, sin más, a los «buques de Estado», debe entenderse que este precepto (como indica el artículo 3.1 previamente apuntado) incluye «los buques de guerra». Repárese, también, en que el reconocimiento, que el artículo 37.1 se hace del derecho de paso inocente a los buques de guerra extranjeros por el mar territorial español, se aplica a los buques de guerra sin más, sin condicionantes ni limitaciones³¹; por tanto, y en principio también, a los buques de guerra propulsados con energía nuclear o que portan armamento nuclear.

Confirma, pues, aunque sea con el silencio, España su postura respecto del paso inocente de este tipo de buques, *a priori* sin condición alguna. De hecho, este derecho se reconoció expresamente, antes de que España ratificara la Convención sobre Derecho del Mar, en la Orden 25/1985, de 23 de abril por la que se aprueban las *normas para las escalas de buques de guerra extranjeros en puertos o fondeaderos españoles y su paso por el mar territorial español en tiempo de paz*³² y en la que, incluso, se alude a la naturaleza consuetudinaria de ese derecho de paso inocente:

«No se requiere autorización especial para el paso de buques de guerra extranjeros por el mar territorial español, en el que están obligados a respetar el paso inocente, con arreglo a las normas consuetudinarias del Derecho Internacional» (norma 11).

Ahora bien, la misma Ley de Navegación Marítima (2014) ha señalado, previamente, que los buques propulsados por energía nuclear (sin más condiciones, matices o limitaciones) deben entrar y estar en puertos españoles o *navegar por el mar territorial* de acuerdo con las disposiciones de la Ley sobre Energía Nuclear de 1964, lo que implicará, como comentaremos enseguida, una limitación del derecho de paso inocente de este tipo de buques. Dice, en efecto, el artículo 13 de la Ley de Navegación Marítima:

«Sin perjuicio de las inmunidades aplicables a los buques de Estado, el régimen de navegación y de entrada y estancia en puerto de los buques de propulsión nuclear se regirá por lo dispuesto en la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, y por los tratados internacionales que resulten aplicables».

³¹ Respecto de buques de guerra, no se contempla, entonces, autorización o notificación previa para el paso por el mar territorial, aunque sí (por ser cuestión distinta y en la que, como advertimos, no entraremos) autorización en el caso de que uno de estos buques pretenda entrar en aguas interiores o en puertos españoles (art. 56).

³² BOE de 14 de mayo de 1985.

El artículo 13 reproducido, obsérvese, se refiere a los «buques de propulsión nuclear», pero no a los buques que porten, en su caso, armamento nuclear. Dicho artículo, además, permite incluir a los buques de guerra extranjeros propulsados por energía nuclear.

De acuerdo, entonces, con la Ley de Navegación Marítima (2014), los buques de guerra extranjeros, salvo los propulsados con energía nuclear (que se registrarán por la Ley 25/1964, de 29 de abril de Energía Nuclear), pueden navegar por el mar territorial español de acuerdo con el derecho de paso inocente. Pero, a tenor de la Ley de Energía Nuclear (1964)³³, los buques de guerra extranjeros de propulsión nuclear no pueden ejercer el derecho de paso inocente por el mar territorial español:

«Se considera como excepción al derecho de ‘tránsito inocente’ el paso por aguas jurisdiccionales españolas de los buques nucleares...(art. 70)»

Y se advertirá que, en virtud del artículo 69 de esta misma Ley, la referencia los buques nucleares incluye los buques de guerra. Estos, en su régimen de paso por el mar territorial español estarán sujetos a las disposiciones del capítulo XI de la Ley (arts. 69-80), que incluye *inter alia*:

«Las autoridades marítimas nacionales podrán realizar inspecciones de los buques nucleares dentro de las aguas territoriales y verificar sus condiciones de seguridad y funcionamiento antes de que los mismos sean autorizados a entrar en puerto o a transitar por dichas aguas» (art. 74).

Pero más aún, el artículo 77 de la Ley de Energía Nuclear precisa que los buques de guerra extranjeros sujetos a la Ley son los que empleen «generadores nucleares de fuerza motriz o que posean armamento nuclear».

En virtud, pues, de los artículos 69-80 de la Ley de Energía Nuclear (1964), la navegación por el mar territorial español de los buques de guerra extranjeros que empleen como fuerza motriz un generador nuclear o que estén dotados con armas nucleares (arts. 69 y 77 de dicha Ley) deben atenderse a ciertas exigencias (precisándose éstas en los artículos 69-80 del mencionado texto legal) que no «están» en el derecho de paso inocente. De ahí, sin duda,

³³ BOE de 4 de mayo de 1964.

que la Ley (1964) advierta, como hemos ya apuntado, que el paso de los buques nucleares (de guerra o no de guerra, pero los de guerra también) por aguas jurisdiccionales españolas «se considera como excepción al derecho de ‘tránsito inocente’» (art. 70).

No obstante lo cual, la propia Ley, en su artículo 69, excluye la aplicación «a los buques de guerra» (y también a «las aeronaves militares») de la limitación de mayor peso sobre el «derecho de paso inocente», la del artículo 74, que permitiría «inspeccionarlos» «dentro de las aguas territoriales». En conclusión, según la Ley de Navegación Marítima (2014), lo que incluye su interpretación conjunta con la Ley de Energía Nuclear (1964) a la que se remite en el caso de los buques de propulsión nuclear, la navegación por el mar territorial español de los buques de guerra extranjeros queda regulada de la siguiente forma:

- Los buques de guerra extranjeros ejercerán en el mar territorial español el derecho de paso inocente.
- Los buques de guerra extranjeros que empleen generadores nucleares como fuerza motriz o, en una interpretación de buena fe y sentido común de las disposiciones normativas nacionales aplicables, posean armamento nuclear (aunque no sean propulsados por energía nuclear) deben navegar por el mar territorial español de acuerdo con los preceptos de la Ley 25/1964 de Energía Nuclear, que establece ciertas exigencias a la navegación no previstas en el concepto de derecho de paso inocente, aunque estos no podrán, en concreto, ser «inspeccionados» durante su tránsito por el mar territorial español.

La Ley de Navegación Marítima (2014), por lo demás, asume la esencia de la normativa española ya existente en la materia. Así, la Orden 25/1985, de 23 de abril, del Ministerio de Defensa, reconoció el paso inocente de barcos de guerra extranjeros por el mar territorial español en su apartado 11³⁴. No obstante, lo cual la Orden matiza en el caso de buques de guerra extranjeros de cierto tipo:

«Su aplicación a los buques de armamento o propulsión nuclear se entenderá sin perjuicio de la normativa específica aplicable a tales buques» (apartado 12).

³⁴ *Supra* nota 32 (y texto correspondiente).

Esto es, la Ley 24/1964 de Energía Nuclear antes comentada debe entenderse como «la normativa específica aplicable» a los buques de guerra extranjeros de armamento o propulsión nuclear.

Es verdad que el Derecho «vivo» se apartaba del «escrito» en relación con este tipo de buques, pues en la práctica se eludía la aplicación de la Ley de 1964, reconociéndose el derecho de paso inocente de todo buque de guerra extranjero; se llegó incluso a sospechar si la Orden Ministerial de 1985 no fue en realidad «un intento legal para soslayar la aplicación de la tantas veces citada pero tan ignorada ley»³⁵. De hecho, la política del Gobierno español, posterior a la Orden Ministerial, fue la de «no preguntar» a los barcos extranjeros durante su tránsito por aguas españolas o para su acceso a puertos españoles, si llevaban o no a bordo armamento nuclear, muy en particular (por lo que enseguida veremos) a los buques de guerra de los Estados Unidos; posición que tuvo su eco, incluso, en la prensa nacional³⁶. No obstante lo cual, la reafirmación, como no podía ser de otro modo, que la Ley de Navegación Marítima (2014) ha hecho de la normativa anterior, en particular insistiendo en la sujeción a la Ley de Energía Nuclear (1964) de los buques propulsados por energía nuclear o que posean armamento nuclear, debería ser determinante en esta cuestión (...).

Item más. En el caso de las relaciones entre España y los Estados de la OTAN³⁷, en virtud de los acuerdos normalizados que existen en el seno de dicha Organización³⁸, no se exige información alguna a estos buques cuando hagan escala en España³⁹. Asimismo, España tiene un acuerdo específico

³⁵ Díez-Hochleitner, J., «Régimen de la navegación de los buques de guerra...», *op. cit.* (nota 26), pp. 543-569, pp. 554, 561. Habida cuenta de que la Orden Ministerial de 1985 remite a «la normativa específica aplicable» el tránsito por el mar territorial español y el acceso a los puertos españoles de los buques propulsados por energía nuclear o que lleven armas nucleares (apartado 12), parecen excesivas sospechas de ese cariz.

³⁶ Por ejemplo, diario *El País* de 2 de febrero de 1987 (p. 12), 19 de marzo de 1988 (p. 12), 17 de abril de 1988 (p. 18), 26 de abril de 1988 (p. 19), 21 de abril de 1988 (p. 9), 28 de abril de 1988 (p. 8), 30 de abril de 1988 (pp. 1, 12, 15) (...).

³⁷ Ya que la Orden 25/1985 (art. 12.2.c) determina que cuando nuestro país tenga acuerdos específicos en la materia estos serán los aplicables.

³⁸ OTAN STANAG 1100, Procedimientos para las visitas de buques de la OTAN a puertos de naciones OTAN y NO-OTAN (*Procedure for Visits to NATO and NON-NATO armed forces by Naval Ships of NATO Nations*), implantado en España desde el 1 de julio de 1997. Véase, al respecto, FERNÁNDEZ, P. A., «La controversia sobre la titularidad jurídico-internacional de los espacios marítimos adyacentes a Gibraltar», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, 2015, pp. 13-47 (pp. 35-36).

³⁹ Ahora bien, España presentó una reserva en este Acuerdo respecto de Gibraltar (*infra* apartado 3.3).

con Estados Unidos, que regula expresamente el *acceso a los puertos españoles y las escalas* de buques de la Armada de los Estados Unidos (no se aborda la navegación o paso por el mar territorial, salvo en el caso de los submarinos), lo que incluye los propulsados por energía nuclear o con armas nucleares, se llevará a cabo no conforme al Derecho español (Ley de Navegación Marítima de 2014 y, por remisión, en el supuesto de los buques nucleares o con armamento nuclear, Ley de Energía Nuclear de 1964), sino de acuerdo con lo prescrito en el Anejo 3 (Normas complementarias sobre escala de buques) del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa de 1 de diciembre de 1988⁴⁰. El Convenio fue modificado mediante el Protocolo de enmienda de 10 de abril de 2002 y de 10 de octubre de 2012; el primero⁴¹, incluyendo dos modificaciones del anejo 3 citado, una de las cuales se refiere a los submarinos⁴². La prevalencia del Convenio con los Estados Unidos, en el caso del acceso a puerto y escalas de los buques de la Armada de ese país, sobre el Derecho español (Ley de Navegación Marítima de 2014 y, por remisión, Ley de Energía Nuclear de 1964) viene avalado por el Derecho Internacional, sí, pero también y específicamente por la propia Ley de Navegación Marítima:

«La presente ley se aplicará en tanto no se oponga a lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes en España...que regulen la misma materia» (art. 2, párrafo 1, párrafo primero).

Añadiéndose:

«En todo caso, para la interpretación de las normas de esta ley se atenderá a la regulación contenida en los tratados internacionales vigentes en España y la conveniencia de promover la uniformidad en la regulación de las materias objeto de la misma» (art. 2, párrafo 2)

Por tanto, ese Código de la Navegación Marítima al que nos hemos referido *supra*, Código que el párrafo 1 de la disposición final novena de la Ley de Navegación Marítima (2014) reclama, debería, sí, «regularizar, aclarar y

⁴⁰ BOE de 6 de mayo de 1989.

⁴¹ BOE 21 de febrero de 2003.

⁴² El párrafo 13 del anejo 3 enmendado por el artículo 46 del Protocolo dice así: «En su paso por el mar territorial de la otra Parte, los submarinos deberán navegar en superficie, enarbolando su pabellón, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar».

armonizar», «en un único texto» las normas aplicables al tránsito por el mar territorial español de los buques de guerra extranjeros, incluidos los propulsados por energía nuclear o que portan armas nucleares.

3.3. *El mar territorial de los estrechos*

La navegación por los estrechos internacionales (como el de Gibraltar), esto es, todo paso que comunica dos partes de alta mar y se utiliza a los fines de la navegación internacional (TIJ en el *as. del canal de Corfú* 1949 y Convenio de Ginebra de 1958 sobre mar territorial y zona contigua, artículo 16.4), se somete a unas condiciones particulares. En la III Conferencia sobre Derecho del Mar (1973-1982), se enfrentaron dos posiciones: los Estados ribereños apoyaron la unidad de régimen para el mar territorial y el de los estrechos, esto es, la noción de paso inocente de 1958 (excluía el paso inocente de aeronaves por el espacio aéreo suprayacente y obligaba a la navegación en superficie de los submarinos); pero las potencias marítimas defendieron una dualidad de regímenes: paso inocente para el mar territorial y paso en tránsito para ciertos estrechos⁴³.

La Convención de 1982 (arts. 34 y ss.) se alineó con las potencias marítimas: mantiene *excepcionalmente el paso inocente* en los estrechos que unan alta mar o ZEE con el mar territorial de un Estado (como el estrecho de Tirán que enlaza el Mar Rojo con el Golfo o Mar de Accaba) y en los formados por una isla del ribereño y el continente si existiera ruta alternativa en iguales condiciones por el lado de alta mar o ZEE (estrecho de Messina entre la isla italiana de Sicilia y la península) (art. 45.1); en el resto, calificados en la III Conferencia de *estratégicos*, utilizados para la navegación entre parte del alta mar o ZEE y otra parte del alta mar o ZEE, se aplicará el *régimen de paso en tránsito*, que se define como «la libertad de navegación y sobrevuelo exclusivamente para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho» (arts. 38 ss.). Existen, con todo, algunos estrechos regulados internacionalmente desde antiguo («de larga data»), en los que la navegación se rige

⁴³ GALDORISI, G.V. y VIENNA, K.R., *Beyond the Law of the Sea-New Directions for U.S. Ocean Policy*, Praeger-Wesport, Connecticut-Londres, 1997, p. 27; VEGA-BARBOSA, S.; SEREBRENİK-BELTRÁN, S. y APONTE-MARTÍNEZ, M^a.C., «Colombia y la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar...», *op. cit.* (nota 30), p. 111.

por las disposiciones pertinentes (estrechos daneses o los turcos, que unen el Bósforo y los Dardanelos).

Destaca la prohibición al ribereño de obstaculizar o suspender el paso en tránsito (art. 44), así como la atribución de responsabilidad internacional al Estado del pabellón del buque o aeronave por los daños que este cause al ribereño durante el paso si actuó contra las leyes de éste. Resulta conveniente precisar, en todo caso, que sí se permite al ribereño adoptar leyes y reglamentos regulando el paso en tránsito, pero sólo sobre cuestiones concretas y siempre y cuando no sea una manera de restringir, en la práctica, ese derecho (seguridad de la navegación y reglamentación del tráfico marítimo, prevención, reducción y control de la contaminación, prohibición de pesca y embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona en contravención de leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios de los Estados ribereños...) (art. 42.1 de la Convención). España ha hecho uso de esta posibilidad: el Real Decreto 394/2007, de 31 de marzo, sobre medidas aplicables a los buques en tránsito que realicen descargas contaminantes en aguas marítimas españolas (*BOE* 4 de abril de 2007), se aplica expresamente, entre otras zonas, a los estrechos sujetos al régimen de paso en tránsito sobre los que España tiene jurisdicción (art. 2.2). Probablemente, las disposiciones referidas a los estrechos del Convenio sobre Derecho del Mar forman parte ya del Derecho internacional general.

España es ribereña de dos estrechos, el de Gibraltar y el de Freu (o canal de Menorca entre las islas de Mallorca y Menorca). En relación con este último, no parece fácil (alegando el artículo 45.1 del Convenio de 1982) defender en él el régimen del paso inocente (separa dos islas y no, como determina esta disposición, una isla del territorio continental)⁴⁴), aunque hay quien entre nosotros lo hace, con base en que al otro lado se la isla existe una ruta de libre navegación⁴⁵.

Todo lo dicho explica por qué la Ley de Navegación Marítima (2014) establece:

«la navegación a través del estrecho de Gibraltar se regirá por lo dispuesto en la Parte III [*Estrechos utilizados para la navegación internacional*] de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982» (art. 37.1. párrafo segundo).

⁴⁴ DE YTURRIAGA BARBERÁN, J.A.: *Ámbitos de soberanía en la Convención de las Naciones Unidas...*, *op. cit.* [nota 20], p. 292

⁴⁵ REMIRO BRÓTONS, A.; RIQUELME CORTADO, R.; DÍEZ HOCHLEITNER, J.; ORIHUELA CALATAYUD, E. y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 937.

La Ley, repárese, obvió una referencia al estrecho de Freu⁴⁶.

El artículo 41 de la Convención permite a los Estados ribereños de estrechos utilizados para la navegación internacional establecer «vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico». España lo ha hecho en el estrecho de Gibraltar, sin obstaculizar el derecho de paso en tránsito⁴⁷.

Pero nuestro país es más exigente en cuanto a la escala en puertos españoles de buques *que se dirijan o procedan de Gibraltar*. Y es que, en los acuerdos normalizados de la OTAN, España formuló una reserva siguiente: «b) No permitir la escala en puertos españoles a buques que procedan directamente de Gibraltar c) No permitir la escala en puertos españoles a los buques que a continuación de su escala en puerto español se dirijan directamente a Gibraltar»⁴⁸; reserva que se aplica, pese al malestar varias veces expresado por las autoridades británicas y gibraltareñas⁴⁹.

IV. SOBRE EL ESPERADO PUNTO Y FINAL DE LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

Es, ésta, pues, una importantísima Ley que permite pasar de una regulación fragmentaria, cuyas raíces se hunden en el Código de Comercio de 1885, a un texto unificado que se inspira en el Derecho Internacional del Mar en vigor y se adapta a las realidades del transporte marítimo del siglo XXI.

⁴⁶ Una crítica en este sentido, que se extiende a que la Ley no menciona *expressis verbis* el régimen de navegación por el estrecho de Gibraltar, el paso en tránsito, en LÓPEZ MARTÍN, A.G., «Navigation through the strait of Gibraltar», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 21, 2017, pp. 327-334, p. 330.

⁴⁷ Sobre la regulación del tráfico marítimo en el estrecho y la cooperación con Marruecos, LÓPEZ MARTÍN, A. G., «Navigation through...», *op. cit.*, pp. 330-333; CEPILLO GALVIN, M.A., «El dispositivo de separación del tráfico marítimo en el estrecho de Gibraltar», en J.M. SOBRINO HEREDIA (dir.), *La contribución de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*, Papers of the International Association of the Law of the Sea, Editorial Científica, Nápoles, 2014, vol. II, pp. 731-745.

⁴⁸ OTAN STANAG 1100, *Procedure for visits to NATO and NON-NATO ports by naval ships of NATO nations*; sobre la cuestión, GÓMEZ DE OLEA BUSTINZA, P., «Aspectos internacionales y proyectos existentes. Consideraciones sobre los Estatutos de las fuerzas armadas en actividades internacionales», *Cuadernos de Estrategia*, Ministerio de Defensa, n° 94, 1998, pp. 53-72, p. 60.

⁴⁹ *Vid.* informe del comité de asuntos exteriores de la Cámara de los Comunes, de 24 de junio de 2014, con el título «Gibraltar: time to get off the fence», párrafo 90, disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmfaff/461/46108.htm>).

Y solo es el principio, pues la labor debe continuar en ese Código de Navegación Marítima que la disposición final novena de la Ley previó para su adopción en un plazo de tres años.

Bueno, llevamos cinco ya⁵⁰, pero, «confiemos que no haya [esta vez] que esperar 130 años»⁵¹. Sí debemos precisar, en todo caso, que en el camino que habitualmente realiza un profesor de Derecho Internacional, caso de los autores de este Estudio, no nos hemos vuelto a topar, ya no con la Iglesia, amigo Sancho, sino con noticia significativa alguna del Código de Navegación Marítima. ¿Hemos desistido del asunto?, ¿hemos perecido en el intento? La tarea, entonces, sigue en la lista de las cuestiones pendientes que sería deseable que nuestro Gobierno acometiera.

Centrándonos en cuestiones básicas de Derecho del Mar, lo cierto es que la Ley sigue resultando vaga y acaso no muy acertada en algunos aspectos. Ya se ha aludido, por ejemplo, a la complejidad de las relaciones entre la Ley de 2014 y otras normas internas, entre ellas la también Ley de Energía Nuclear (1964), o la insuficiente referencia al estrecho de Gibraltar (y la omisión de otros estrechos, incluso), que tan importante valor estratégico tienen para España, y para los que el legislador se conformó con un simple reenvío a la Convención de Derecho del Mar.

El futuro Código debería fijarse como fin prioritario ordenar y sistematizar las numerosas normas sobre Derecho del Mar que han sido reguladas en virtud de convenios específicos en los que España es parte y que afectan a multitud de temas (piratería, terrorismo, tráfico de personas, contaminación marina, patrimonio cultural...). Como se afirma en el Preámbulo de la Ley, ese parecía ser uno de los objetivos buscados, pues se pretendía con ella (así se afirma):

«acabar con la criticada dualidad de regulaciones existentes en muchos ámbitos de esta materia en los que, por una parte, España ha ratificado distintos convenios internacionales y, por otro, contamos con una legislación propia que, en muchos casos, no se ajusta a los mismos».

⁵⁰ Con fecha 28 de febrero de 2020, se publica en el BOE una edición actualizada del *Código de Derecho de Navegación Marítima y Aérea* (2015), a cargo de A. MARTÍNEZ ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS (Universidad CEU San Pablo), Agencia Estatal BOE, ISBN: 978-84-340-2614-8, pp. 1-1955. No nos parece que esta obra de recopilación responda estrictamente al texto reclamado por la disposición final novena (párrafo 1) de la Ley de Navegación Marítima (2014)

⁵¹ RAMÓN ROMERO, W., «La Ley de Navegación Marítima. Ley 14/2014, una regulación definitiva para el mundo marítimo», *Tema de Portada*, n° 37, otoño 2015, pp. 13-15 (pp. 13 y 15) (<https://www.fundacionmapfre.org>, consulta del jueves 20 de junio de 2019).

Como la propia Ley reconoce, el método para hacerlo fue «la remisión a los convenios vigentes en cada materia», fórmula cómoda desde un punto de vista legislativo, pero acaso no la más adecuada en aras de la seguridad jurídica y para facilitar la tarea de los operadores jurídicos encargados de interpretarla y aplicarla.

Item más y como punto final. Si el proyectado Código se elaborase, podría, acaso, incluir ya consideraciones sobre la realización de operaciones cibernéticas por y sobre los buques extranjeros en su paso por el mar territorial. El Manual de Tallin 2.0, redactado por un Grupo Internacional de Expertos creado por la OTAN, contiene entre sus reglas tres relativas a la cuestión:

- Una, acerca de las ciberactividades que pueden, a la luz del Derecho Internacional en vigor, ejercerse por los buques extranjeros que naveguen por el mar territorial de un Estado (regla 48).
- Otra, referente a las ciberoperaciones de los Estados ribereños neutrales en un conflicto armado en su mar territorial (regla 49).
- Y, en fin, disposiciones sobre el ejercicio por un Estado ribereño de su jurisdicción sobre barcos extranjeros que, en su mar territorial, realicen actividades cibernéticas ilegales (regla 50)⁵².

⁵² SCHMITT, M.N. (General Editor), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 241-248.