



COLECCIÓN CONOCIMIENTO CONTEMPORÁNEO

La inmunidad soberana en los espacios marinos

NOELIA ARJONA HERNÁNDEZ



Dykinson, S.L.

LA INMUNIDAD SOBERANA
EN LOS ESPACIOS MARINOS

LA INMUNIDAD SOBERANA EN LOS ESPACIOS MARINOS

NOELIA ARJONA HERNÁNDEZ

TESIS DOCTORAL

DIRIGIDA POR:

PROF. DR. PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

2021

Dykinson, S.L.

2022

LA INMUNIDAD SOBERANA EN LOS ESPACIOS MARINOS

Diseño de cubierta y maquetación: Francisco Anaya Benítez

© de los textos: Noelia Arjona Hernández

© de la presente edición: Dykinson S.L

N.º 91 de la colección Conocimiento Contemporáneo
1ª edición, 2022

ISBN 978-84-1122-712-4

NOTA EDITORIAL: Las opiniones y contenidos publicados en esta obra son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente la opinión de Dykinson S.L ni de los editores o coordinadores de la publicación; asimismo, los autores se responsabilizarán de obtener el permiso correspondiente para incluir material publicado en otro lugar.

A mis padres, mi hermana y mi abuelo

*Hay tanta luz sombría en el espacio
y tantas dimensiones de súbito amarillas,
porque no cae el viento
ni respiran las hojas.*

*Es un día domingo detenido en el mar,
un día como un buque sumergido,
una gota de tiempo que asaltan las escamas
ferozmente vestidas de humedad transparente.*

PABLO NERUDA

Las palabras son insuficientes para mostrar el más profundo agradecimiento a todas las personas que me han acompañado en este arduo pero apasionante camino. Qué difícil es encerrar en unas pequeñas líneas toda esa gratitud, pues de seguro se quedan cortas. Quiero agradecer especialmente a mis padres y mi hermana, gracias por vuestros desvelos permanentes, por infundir en mí el valor de la constancia, el buen hacer y la fortaleza. Igualmente, quiero manifestar mi más sincero agradecimiento al director de esta obra y a las profesoras Ana Cristina y Adriana. Gracias, profesor Pablo Antonio, por haber sido fuente de inspiración y mi guía incansable. Gracias, Ana Cristina y Adriana, por vuestro apoyo, por vuestros consejos, en definitiva, por vuestra tan preciada ayuda.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
PRÓLOGO.....	11
INTRODUCCIÓN.....	16
OBJETIVOS Y ESTRUCTURA	16
METODOLOGÍA CIENTÍFICA	29

PRIMERA PARTE. EL VÍNCULO ENTRE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN (Y EJECUCIÓN) Y EL DERECHO DEL MAR

CAPÍTULO PRIMERO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE LA INMUNIDAD SOBERANA: SU INCARDINACIÓN EN EL DERECHO DEL MAR.....	33
1. IDEAS GENERALES	34
2. LA INMUNIDAD DEL BUQUE DE GUERRA Y DEL BUQUE DE ESTADO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DE LOS ESTADOS	53
2.1. Introducción	53
2.2. Aproximación a la práctica judicial de los Estados.....	59
3. CONVENCIONES UNIVERSALES O REGIONALES.....	118
CAPÍTULO SEGUNDO. LA INMUNIDAD SOBERANA EN LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR.....	138
1. INTRODUCCIÓN	139
2. LA REGULACIÓN DE LAS INMUNIDADES DE BUQUES DE GUERRA Y OTROS BUQUES DE ESTADO DESTINADOS A FINES NO COMERCIALES	153
2.1. Definición de buque de guerra.....	156
2.2. Las inmunidades de buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar	165
3. INMUNIDAD SOBERANA Y TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA EN EL MAR.....	253

**SEGUNDA PARTE. LA INMUNIDAD SOBERANA
DE LOS OBJETOS PRIMARIOS Y SECUNDARIOS
EN EL DERECHO DEL MAR: NUEVOS ESCENARIOS**

CAPÍTULO TERCERO. INMUNIDAD SOBERANA Y VEHÍCULOS MARÍTIMOS NO TRIPULADOS.....	259
1. PREMISAS CONCEPTUALES. DIFERENCIACIÓN CON LOS VEHÍCULOS AÉREOS NO TRIPULADOS (UAVs).....	260
2. INMUNIDAD SOBERANA Y ESTATUTO JURÍDICO DE LOS UVMs: ¿ALGÚN LUGAR PARA ELLOS EN LA CNUDM?	275
2.1. UVMs como “buques”	275
2.2. UVMs como “buques de guerra” y “buques de Estado”	325
2.3. UVMs como submarinos u otros vehículos sumergibles	336
2.4. UVMs como objetos secundarios.....	339
3. IMPLICACIONES EN EL DERECHO DE LA GUERRA MARÍTIMA	352
 CAPÍTULO CUARTO. EQUIDAD E INMUNIDAD DE LOS PECIOS MARINOS	 359
1. REFERENCIA A LA INMUNIDAD CONCEDIDA AL PATRIMONIO CULTURAL EN GENERAL	360
2. INMUNIDAD DE LOS PECIOS ESTATALES Y MILITARES.....	376
2.1. Extensión de la inmunidad soberana a los buques de guerra y buques de Estado (destinados a fines no comerciales) hundidos	379
2.2. Inmunidad soberana y convención de la UNESCO sobre protección del patrimonio cultural subacuático de 2001.....	391
2.3. Inmunidad soberana y tumbas marinas de guerra.....	406
2.4. Inmunidad soberana y pecios que representan riesgos y amenazas ..	418
3. EL CONFLICTO ENTRE LA INMUNIDAD SOBERANA Y LA CARGA DE LOS BUQUES HUNDIDOS: <i>EL ROL DE LA EQUIDAD</i>	421
1. El caso <i>Odyssey</i> como presupuesto.....	421
2. Inmunidad versus Propiedad: el principio de equidad	432
 CAPÍTULO QUINTO. LA INMUNIDAD DE LOS CABLES SUBMARINOS DE COMUNICACIÓN.....	 459
1. LOS CABLES SUBMARINOS DE COMUNICACIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO	460
2. INMUNIDAD SOBERANA Y CABLES SUBMARINOS DE COMUNICACIÓN	463
 CONCLUSIONES	 481
 BIBLIOGRAFÍA	 490

ABREVIATURAS

ABILA:	American Branch of the International Law Association
ALI:	American Law Institute
CNUDM:	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
CNUIJ:	Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes
COCSABO:	Comisión de Coordinación y Seguimiento de las Actividades de los Buques Oceanográficos
CPA:	Corte Permanente de Arbitraje
CSIS:	Center for Security and International Studies
DRASSM:	Le Département de recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines
EDA:	European Defense Agency
EMSA:	European Maritime Safety Agency
GROOM:	Gliders for Research, Ocean Observation and Management
HLSG:	High-level Steering Group
IAEA:	International Atomic Energy Agency
IMO:	International Maritime Organization
IOC:	Intergovernmental Oceanographic Commission
IOC-WMO:	Intergovernmental Oceanographic Commission- <i>World Meteorological Organization</i>
MARPOL:	Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques
MASRWG:	International Marine Autonomous Systems Regulatory Working Group
MASS:	Maritime Autonomous Surface Ships
MSC:	Military Sealift Command
NAVSAC:	Navigation Safety Advisory Council
NSRA:	Northern Sea Route Administration

OACI:	Organización de Aviación Civil Internacional
ODAS:	Oceanographic Data <i>Acquisition</i> Systems
RCAO:	Reglamento de la Circulación Aérea Operativa
ROV:	Remotely Operated Vehicle
RPAS:	Remotely Piloted Aircraft System
RSE:	Regulatory Scoping Exercise
SARUMS:	Safety and Regulations for European Unmanned Maritime Systems
SOLAS:	Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida en el Mar
TIDM:	Tribunal Internacional del Derecho del Mar
UAS:	Unmanned Aircraft Systems
UAV:	Unmanned Aerial Vehicle
UMVs:	Unmanned Maritime Vehicles
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
USV:	Unmanned Surface Vehicle
UUV:	Unmanned Underwater (or Undersea) Vehicle
VTMIS:	Vessel Traffic Management Information Systems

PRÓLOGO

En abril de 2021 autoricé la defensa de la tesis doctoral de Noelia Arjona Hernández, sobre “La inmunidad soberana en los espacios marinos”, una vez que se había completado el proceso de elaboración, conforme a los rigores científicos establecidos. Esto quiso decir que estaba completamente satisfecho con el procedimiento y los resultados.

Como es preceptivo, también me ocupé de certificar que se habían seguido todos los procedimientos para evitar el fraude académico y el plagio. Particularmente aquellos aspectos que han servido para fundamentar la tesis, que se atribuyen a otros autores, que habían sido debidamente señalados, entrecomillando el texto y señalando a pie de página la obra de referencia para su completa localización.

Por tanto, las buenas prácticas investigadoras fueron tenidas en cuenta en su totalidad por Noelia Arjona Hernández.

La tesis doctoral fue finalmente defendida en la Universidad de Sevilla, en junio de 2021, hace ya, pues, más de un año, en la fecha en que escribo este prólogo. Dicha defensa se realizó a plena satisfacción de los cinco profesores doctores expertos que fueron designados para su examen y se premió con la máxima calificación posible, de sobresaliente *cum laude*, por unanimidad.

Había una multitud de situaciones que nos llevaron a elegir este tema tan sugerente, tan difícil: la inmunidad soberana en los espacios marítimos. Se trataba de enlazar esos dos elementos tan dispares en un único espacio de investigación, interrelacionado. No se trataba, pues, de analizar dos instituciones jurídicas tan serias del Derecho Internacional, como la inmunidad del Estado y el Derecho del Mar, como entes separados, sino, por el contrario, analizar la interrelación que se daban en ambos sectores jurídicos.

Había varias dificultades que tuvimos que ir salvando. La primera era la localización de la normativa aplicable, muy dispersa, muy compleja, que

obligó a la entonces doctoranda a adentrarse en los vericuetos de la metodología sistémica porque debería abordar normas aplicables diversas, no sólo en cuanto a su propia naturaleza, sino en cuanto a los distintos espacios marinos, que incluían espacios de soberanía estatal y espacios de jurisdicción específica, espacios internacionales, e incluyendo normas internas y jurisprudencia nacional.

A medida que se avanzaba en la investigación, nos fuimos dando cuenta de la enorme importancia y de la actualidad de la materia y las dificultades existentes en cuanto al tratamiento jurídico de los casos presentes, según las experiencias históricas y jurídicas de los sujetos implicados. No era lo mismo la visión del sistema del *common law* que la del *continental law*, o la de otros sistemas jurídicos. Eso obligó a acercarse a estos sistemas jurídicos con rigor pero con templanza, pues no se trataba de un estudio comparado sino de un estudio integrado en el sistema jurídico internacional.

Hay que tener en cuenta que la construcción jurídica de la inmunidad le debe mucho a la practica estatal, por lo que había que tener en cuenta esos enfoques, que había que “universalizarlos” para que pudieran ser coherentes con un estudio desde la perspectiva del Derecho Internacional.

Inmediatamente, la ya doctora Arjona se percató de la existencia de referencias jurídicas a la inmunidad soberana en la propia Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. De esta forma, se coaligaban ambos temas, aunque ello no significaba que se agotara todo en el marco convencional del Derecho del Mar. Había más, mucho más que tener en cuenta en un estudio tan amplio como el que se estaba abordando.

La preocupación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en el tema de la inmunidad soberana se centraba casi exclusivamente en los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales. Como era lógico, la Convención tuvo en cuenta este tipo de buques en relación con los espacios marinos en los que operaba, su propia naturaleza y la práctica histórica. No era lo mismo la navegación de un submarino sumergido en el mar territorial de un Estado ribereño, que en alta mar o la atribución de responsabilidad

internacional en los diferentes espacios marinos, así como de las consecuencias que eventualmente pudieran generar.

Lógicamente, todas estas cuestiones forman parte del objeto de estudio, pero para validar una tesis doctoral deberían hacerse innovaciones, teniendo en cuenta nuevos escenarios que o bien no habían sido tenidos en cuenta en la literatura jurídica previa, o lo habían sido solo parcialmente, o requerían una re-conceptualización de instituciones clásicas, o habían aparecido con posterioridad en la escena jurídica.

Esta fue la razón principal por la que se incluyó el estudio de los vehículos marítimos no tripulados, que podrían ser, bien buques de guerra en el sentido clásico, o dispositivos o equipos e igualmente la extensión de la inmunidad soberana a los pecios que podían suponer bienes culturales, tumbas de guerra, etc.

El uso de drones o de artefactos no tripulados, controlados desde tierra, desde otros buques, submarinos, etc. era una novedad que requería establecer algunas certezas que llenaran las lagunas jurídicas que se avecinan. Por ello, la Dra. Arjona se adentra en los entresijos de este inmenso campo, que ha desarrollado en un posterior estudio, donde desentraña algunas cuestiones derivadas no sólo de la naturaleza soberana de los vehículos no tripulados, sino de la responsabilidad por hechos cometidos por los mismos y su dificultad de atribución de la responsabilidad.

En relación con los pecios marinos, ha habido, recientemente, pleitos llenos de interés sobre la pertenencia de los bienes culturales subacuáticos. Noelia Arjona analiza algunos de ellos, como el caso Odyssey que enfrentó a España con una empresa cazatesoros norteamericana, en los tribunales de los Estados Unidos, y que se resolvió gracias al buen hacer de los juristas que apelaron a este vago concepto de la inmunidad soberana, no solo en relación con el propio buque sino con su carga, a pesar de que la carga no era únicamente estatal.

En este caso, estaba en juego la carga de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes, en un naufragio que estaba dentro de los espacios marinos españoles, en las cercanías del Golfo de Cádiz, que fue localizado y expoliado por la empresa Odyssey, como sentenció la jurisdicción norteamericana, en sus distintos niveles jurisdiccionales.

No se trataba, pues, tan sólo de identificar al propietario sino al titular de la inmunidad. Es verdad que la Convención de la UNESCO sobre protección del patrimonio subacuático de 2001 da algunas luces, incluso la indefinible Carta Internacional para la protección y la gestión del patrimonio cultural subacuático, de ICOMO, de 1996. Nuestra investigadora quiso indagar mucho más y, por ello, limitó el alcance de esta Convención, se convenció del interés de tener en cuenta los aspectos de la inmunidad soberana y la práctica jurisprudencial para dar mayor luz a este delicado tema.

En el futuro tendrá que abordar esta cuestión a tantos y tantos asuntos que la van a desbordar. Ya tiene sobre la mesa el Caso del Galeón San José.

Otras cuestiones también recientes tienen que ver con la consideración de los buques de guerra hundidos durante la Segunda Guerra Mundial (o cualquier otra), que algunos Estados consideran tumbas de guerra, a las que se les extiende la inmunidad soberana.

Cuando ya estaba exhausta, le pedí que incluyera un nuevo capítulo sobre las tuberías submarinas y los cables de comunicación. Se generaban tantos problemas y era tan previsible que se pudieran plantear problemas jurídicos relacionados con la inmunidad soberana que para muestra un botón, con la explosión del gaseoducto Nord Stream I en el Mar Báltico que atraviesa espacios marinos de Alemania, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Letonia, Lituania, Polonia, y Suecia.

Las cuestiones van más allá de los intereses comerciales. Se trata de infraestructuras esenciales para la vida de un Estado y su propiedad es estatal, más allá de la operatividad de la infraestructura por empresas fuertemente estatalizadas. Los intereses estatales y los intereses generales en juego permiten una mirada a la soberanía del Estado. Obviamente, la ya doctora Arjona no pudo tener en cuenta este hecho y otros muchos que se están produciendo en los cables de comunicación y en las tuberías existentes en el Mar de Azor y en el Mar Negro, como consecuencia de la agresión rusa a Ucrania.

Siempre digo que toda investigación es un *working in progress* porque nunca se terminan de abordar todas las cuestiones presentes. En este tema, casi todo está por estudiar, por lo que le he sugerido a la Dra.

Arjona que no abandone estas cuestiones para seguir abordando la situación de las infraestructuras de los generadores eléctricos que se levantan en los espacios marinos, las islas artificiales que los Estados empiezan a crear, las campanas que se sumergen en los espacios marinos para estudios e investigación, la tendencia a la consideración de las fuentes alimenticias procedentes del mar, como un elemento necesario para la soberanía alimentaria y un largo etc.

Como puede comprobarse, no le va a faltar trabajo a la autora de esta monografía que va mas allá de una simple tesis doctoral porque toda tesis que se aborda desde la perspectiva que la ha abordado nuestra autora es todo un monumento a la indagación, a la exploración, a la observación, al conocimiento, en definitiva, a la investigación.

Sevilla, 12 de octubre de 2022

PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INTRODUCCIÓN

OBJETIVOS Y ESTRUCTURA

Escribo estas primeras líneas temerosa y poco diestra; sin embargo, tal y como dice Goethe no existe otra salida que dejar, con paciencia, que todo actúe sobre ti y se vaya desarrollando, aunque el mar nos mire de lejos y se torne cada vez más profundo conforme uno va adentrándose en él; cuando lo contemplas todo lo demás te parece pequeño¹. *Inmunidad y Mar, Mar e Inmunidad*, dos palabras altamente evocadoras y dinámicas, en suma, reactivas, cuando las pensamos haciéndolas pasar por el tamiz del Derecho Internacional Público. Pese a la anquilosada institución de la *inmunidad de jurisdicción*, a veces un tanto anacrónica pero tantas veces útil, esperamos ilustrar su vitalidad relacionándola con las normas del *derecho del mar* y adentrándonos en los infinitos y actuales problemas particulares que sobrevienen. Ojalá no someter al lector al tedio sino antes, al contrario, proporcionarle un placer similar al de la lectura de una novela. Siguiendo con el egregio y autodidacta Goethe, él también decía que, antes de escribir una obra, el autor debía tener “el todo en su cabeza”². Sin embargo, la temática propuesta a la que se aúna el carácter aprendiz y discípulo que todo doctorando encierra, hacen harto complicado el tener “ese todo” bien forjado y delimitado. Siguiendo la máxima de Hegel no es posible comprender el presente sin conocer el pasado³, y la comparación de ambos requiere tiempo y tranquilidad, que es directamente extrapolable a comenzar por desarrollar en una primera parte el vínculo entre lo que es la inmunidad de jurisdicción y ejecución en su relación con las normas del derecho del mar.

¹ GOETHE, JOHANN W., *Viaje a Italia*, en traducción de Manuel Scholz Rich, Ediciones B, S.A., colección ‘Los libros de Siete Leguas’, Barcelona, 2001, p. 169.

² *Ibid.*, p. 180.

³ HEGEL, G. W., *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, Edición abreviada que contiene: Introducción (general y especial), Mundo Griego y Mundo Romano, Traducción de José Gaos, Estudio Preliminar Salvador Rus Rufino, Ed. Tecnos, 2005, pp. 93-96.

Nos ocuparemos, por tanto, de localizar esa relación en todos los ámbitos posibles, sin ánimo de caer en el *mal* positivista y teniendo en cuenta que partimos, en ciertos aspectos, de un relato con demasiados narradores. Ríos de tinta han corrido analizando la inmunidad de los *clásicos* buques y de los pecios submarinos. Esta inmunidad de buques de guerra y buques de Estado está en el origen del desarrollo jurisprudencial de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. En efecto, el punto de partida del derecho de las inmunidades puede establecerse en el caso *Schooner Exchange v McFaddon* (1812) que afirma el principio de la inmunidad de buques de guerra. La figura del *juez* volverá a ser protagonista dos siglos después en otro pronunciamiento de renombre en el mundo de las *inmunidades y el derecho del mar*: la Orden de 15 de diciembre de 2012, recaída en el marco de un procedimiento de pronta liberación en el asunto *ARA Libertad (Argentina c. Ghana)*. En tal pronunciamiento, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM), desarrollando las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (de aquí en adelante, 'la Convención' o CNUDM) que establecen la inmunidad de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales, dictaminó la plena vigencia de la inmunidad del buque de guerra y su aplicación en todos los espacios marinos, incluidas las Aguas Interiores⁴. Sin embargo,

⁴ Tal y como expresa C. Espósito Massicci, "salvando la discusión sobre el alcance del artículo 32 de la CNUDM". ESPÓSITO MASSICCI, C., "Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estados extranjeros" en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (director), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática Nº. 55, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2016, p. 348. Véase Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, caso *ARA Libertad (Argentina v. Ghana)*, Medidas Provisionales, de 15 de diciembre de 2012, disponible en www.itlos.org. Véanse al respecto: ESPÓSITO MASSICCI, C., *ibid.*, pp. 347-348; CASELLA, D. A., "La inmunidad soberana y el embargo de un buque de guerra: el caso de A.R.A. Libertad", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Nº 23, Colombia, julio-diciembre 2013, pp. 18-51. Recientemente el TIDM ha dictado otra *Orden* recaída en el marco de un procedimiento de pronta liberación, *case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Request for the prescription of provisional measures, 25 May 2019, ITLOS Reports, que será analizada con posterioridad.

En el ámbito de la protección del patrimonio cultural subacuático véase AZNAR GÓMEZ, M. J., "The Legal Protection of Underwater Cultural Heritage" en ESPÓSITO MASSICCI, C., KRASKA,

pretendemos superar esos escenarios tan profusamente estudiados y dotados de una regulación “bien asentada, basada en Derecho consuetudinario y convenios internacionales”⁵. Con esta claridad y exactitud define la inmunidad atribuida a los buques de guerra y otros buques y aeronaves de Estado J. Martín y Pérez de Nanclares al contextualizar la tan esperada *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*

K., SCHEIBER, H. N., KWON, M-S., *Ocean Law and Policy: 20 Years under UNCLOS*, Brill-Nijhoff, Leiden; Boston, 2016, pp. 124-146. La recensión a esta obra por Carlos TEIJO GARCÍA deja patente el propósito de M. Aznar, “en un ámbito que conoce bien”. Así pues, el autor señala los obstáculos en la aplicación de las normas de la CNUDM sobre patrimonio cultural subacuático así como de la Convención de UNESCO de 2001, debido a los siempre “espinosos temas de los buques de Estado hundidos y, también del ejercicio de jurisdicción de los Estados ribereños sobre el patrimonio existente en la ZEE y plataformas continentales”. A continuación, explorando las soluciones que cabe extraer de tales normas, el autor trata de “conjuguar la protección del patrimonio y el respeto a los principios de la soberanía, inmunidad, precaución y cooperación (...)”. Por otro lado, los acuerdos bilaterales y regionales tienen mucho que decir en la solución de estas diferencias, del mismo modo que la necesidad de reconocimiento de “un rol particular a los Estados de pabellón respecto a los buques de Estado, con independencia de la localización en que se haya producido el naufragio”. Véase TEIJO GARCÍA, C., *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 35, junio 2018. Para un análisis pormenorizado de la inmunidad de los buques de guerra hundidos en el mar véase también a AZNAR GÓMEZ, M. J., “Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 25, 2010, pp. 209-236. Igualmente, véase el caso *Nuestra Señora de las Mercedes*, otro caso de renombre, ahora en este ámbito, concerniente a España: *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel*, Case No: 8:07-cv-614-T-23MAP, disponible en <http://dockets.justitia.com/docket/case_no-8:2007cv00614/case_id-197978/>. Véase al respecto *El último viaje de la fragata Mercedes, la razón frente al expolio. Un tesoro cultural recuperado*: [catálogo de la exposición celebrada en Madrid del 12 de junio al 30 de noviembre de 2014], Museo Naval: Museo Arqueológico Nacional, Madrid, 2014; ELOLA, J., “El archivo que custodia los mapas más deseados por los cazatesoros”, Reportaje diario *El País* (a María A. Colomar que ha dedicado 46 años de su vida a desentrañar las historias, mitos y leyendas del Archivo de Indias), 16 de septiembre de 2018, disponible en https://elpais.com/elpais/2018/09/10/eps/1536597554_122901.html (última consulta en octubre de 2018).

⁵ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “¿Por qué una Ley de Inmunidades? Primeras reflexiones a propósito de la pertinencia y el contenido de la Ley Orgánica 16/2015, de privilegios e inmunidades” en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades (...)*, op. cit., p. 29.

*celebradas en España*⁶. El legislador aprovecha el impulso legislativo para incluir también aquellas otras inmunidades diferentes a las inmunidades del Estado extranjero y sus representantes; así pues, integra: las inmunidades de las organizaciones internacionales, las fuerzas armadas visitantes, los buques y aeronaves de Estado, así como el régimen de privilegios e inmunidades de las conferencias internacionales o reuniones que se celebren en nuestro país⁷. La Ley española de Inmunidades supone la incorporación al ordenamiento jurídico español del contenido de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ) de 2004⁸, que ya en sí misma “mejoraba” la situación normativa existente en nuestro país, *caracterizada por una remisión genérica al Derecho Internacional*. No obstante, al no encontrarse en vigor, podría ser más problemática su invocación ante los órganos jurisdiccionales españoles. Además, pueden citarse el *Proyecto interamericano sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados*, aprobado por el Comité Jurídico Interamericano en 1983, y la labor del *Institut de Droit International*⁹.

⁶ BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015 (en lo sucesivo Ley española de Inmunidades o LO 16/2015). Véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *ibid.*, pp. 29-31.

⁷ Sobre la génesis de esta Ley véase la memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de LO 16/2015 de 9 de abril de 2015:

(http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def_asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%A2%7F%8B%99to%88nk%A3%94).

El Portal de la Transparencia del Gobierno de España da a conocer el texto de dos Memorias, una fechada el 9 de abril y otra el 18 de junio; la primera corresponde al texto sometido a fase de consulta, la segunda es el texto final; Sobre este anteproyecto puede consultarse el Dictamen 693/2015 del Consejo de Estado de 23 de julio de 2015:

(<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-693>).

Emitieron asimismo Informes sobre el anteproyecto: el Consejo General del Poder Judicial con fecha de 29 de mayo de 2015, el Consejo Fiscal (27 de mayo de 2015), el Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica, 19 de junio de 2015) entre otros Ministerios.

⁸ U.N. Doc. A/59/38.

⁹ Véase IGLESIAS VELASCO, Alfonso J., *El juez estatal ante el derecho internacional*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2018, p. 227.

El obsoleto lenguaje de “buque de guerra” abrió paso a la opción más valiosa de “buque o aeronave de Estado” en la propia CNUDM de 1982. Precisamente, en la actualidad, ¿qué entendemos por “buque de guerra o de Estado”? Dentro de esta concepción más amplia, no debemos olvidar los artefactos marinos, los submarinos, globos aéreos, drones, robots, islas artificiales. Tiempo habrá para explorar los diversos condicionantes que desafían la inmunidad soberana en el derecho internacional del mar hoy en día y, por otro lado, el desafío que supone la inmunidad.

De momento, empezaremos pues por el principio, analizando los cimientos que nos servirán para continuar con cada una de las cuestiones a desarrollar en los próximos capítulos. Así, dentro de la primera parte indicada, incorporaremos un primer capítulo sobre la evolución histórica y jurídica del principio de la inmunidad soberana con un análisis pormenorizado de la inmunidad del buque de guerra y del buque de Estado en la práctica judicial y convencional de los Estados. El capítulo segundo será el resultado precisamente de esa práctica, y analizará la inmunidad soberana en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), así como las consecuencias trascendentales que dicha inmunidad supone, por ejemplo, como obstáculo para hacer frente al tráfico ilícito de armas de destrucción masiva.

Como expresa Jacob Katz Cogan “*jurisdiction is about the reach of power; immunities are about the restriction of such power. There are few more fundamental, important, or pervasive topics in international law*”¹⁰. Esta aseveración es buena muestra de la interdependencia en muchos aspectos entre el derecho de jurisdicción y el derecho de inmunidades. La regulación de las actividades que tienen lugar en el mar tiene su sustento en palabras de Papanicolopulu en un complejo “*pattern of jurisdiction*”¹¹.

¹⁰ Véase la reseña editorial de J. Katz Cogan a la obra *Research handbook on jurisdiction and immunities in international law* (ORAKHELASHVILI, A (Ed.), Edward Elgar Publishing Limited, UK, 2015). KATZ COGAN, J., University of Cincinnati, College of Law, US.

¹¹ PAPANICOLOPULU, I., “Seafarers as an Agent of Change of the Jurisdictional Balance” en RINGBON Henrik (ed.), *Jurisdiction Over Ships: Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015, p. 301.

El poder de legislar y hacer cumplir las leyes se distribuye entre los diferentes intereses y los diferentes actores¹². El equilibrio resultante está altamente sujeto a modificaciones continuas, lo que refleja el cambio en las actividades marítimas, los desarrollos tecnológicos y la naturaleza fluida de las relaciones de los Estados¹³. Tullio Scovazzi pone de manifiesto que aquella tensión que se disputa entre el acceso al mar y el control del espacio marítimo, entre el *mare liberum* y el *mare clausum*, ha propiciado un equilibrio jurisdiccional dinámico respaldado por las normas tradicionales del derecho del mar¹⁴. Este equilibrio se fundamenta en dos elementos principales: el espacio y el objeto. El espacio se divide en varias zonas marítimas delimitadas geográficamente, que pueden incluir la columna de agua, el espacio aéreo situado sobre ellas, su lecho y su subsuelo. Las Aguas Interiores, las Aguas Archipelágicas, el Mar Territorial, la Zona Contigua, la Zona Económica Exclusiva, la Plataforma Continental, la Alta Mar y la Zona Internacional de los Fondos Marinos (la «Zona») son los espacios marinos expresamente regulados en la CNUDM. Estas múltiples zonas jurisdiccionales en el derecho del mar son un producto de la historia. Tradicionalmente, el derecho en este ámbito partía del dualismo en los océanos, a saber, el estrecho Mar Territorial que se encuentra bajo la soberanía territorial del estado ribereño y la vasta Alta Mar que se rige por el principio de la libertad del mar (libertad de la Alta Mar). Tras la Segunda Guerra Mundial, los océanos se dividieron en múltiples zonas jurisdiccionales. El paso decisivo de tal división fue iniciado por el presidente de los Estados Unidos Harry S. Truman en las conocidas como *Truman Proclamations on the Continental Shelf and Fisheries* del 28 de septiembre de 1945¹⁵. Estas

¹² Véase a Irini Papanicolopulu citando a R.R. Churchill and A.V. Lowe (*The Law of the Sea* 3rd Manchester University Press, Manchester: 1999) en “Seafarers as an Agent of Change of the Jurisdictional Balance”, *ibid.*

¹³ Véase a PAPANICOLOPULU, I., *ibid.*

¹⁴ SCOVAZZI, T. “The evolution of international law of the sea: new issues, new challenges”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 286, 2000, p. 39.

¹⁵ Véanse dichas Proclamaciones “US Presidential Proclamation No. 2667 Policy of the United States with respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental

proclamaciones se convirtieron en un catalizador para la extensión de la jurisdicción nacional del estado ribereño hacia la Alta Mar con miras a controlar los recursos naturales marinos. En ese contexto, el 24 de febrero de 1958, se convocó en Ginebra la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM I). La Conferencia adoptó con éxito cuatro convenios y un protocolo facultativo sobre solución de controversias, a saber: la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (entró en vigor el 10 de septiembre de 1964), la Convención sobre la Alta Mar (el 30 de septiembre de 1962), la Convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos de la Alta Mar (el 20 de marzo de 1966), la Convención sobre la Plataforma Continental (el 10 de junio de 1964) y el Protocolo de firma facultativo sobre la jurisdicción obligatoria en la solución de controversias (el 30 de septiembre de 1962)¹⁶. Para discutir el límite exterior del Mar Territorial como también la zona de pesca, en 1960 se convocó en Ginebra la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM II). Más tarde, las normas vigentes del derecho mar en su conjunto debían revisarse en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM III, 1973-1982). El 30 de abril de 1982, la Conferencia finalmente adoptó la CNUDM, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1994. Por lo que concierne a nuestro país, el Reino de España ratificó la Convención el 20 de diciembre de 1996¹⁷. Los Estados acordaron establecer la anchura de su Mar Territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con la Convención

Shelf” y “US Presidential Proclamation No. 2668 Policy of the United States with respect to Coastal Fisheries in Certain Areas of the High Seas” en LOEWE, A.V. y TALMON, S.A.G., *Basic Documents on the Law of the Sea: the Legal Order of the Oceans*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 19 y ss.

¹⁶ Cf. Acta final, A/CONF.13/L.58, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (A/CONF.13/L.58), Vol. 2, Ginebra, 1958, p. 146. Véase también TREVES, T., “Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar de 1958”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*,

(http://legal.un.org/avl/pdf/ha/gclos/gclos_s.pdf).

¹⁷ BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997.

(artículo 3 CNUDM). Además, los regímenes jurídicos que rigen las Aguas Archipelágicas, las 200 millas náuticas de la Zona Económica Exclusiva (ZEE), y la «Zona», en otras palabras, los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (artículo 1.1.(1) CNUDM). Como consecuencia, bajo la CNUDM, el océano se divide en las mencionadas zonas jurisdiccionales.

Sobre la base de la jurisdicción nacional del Estado ribereño, los espacios marinos en el derecho del mar se pueden dividir en dos categorías principales: espacios marinos bajo jurisdicción nacional y espacios marinos fuera de la jurisdicción nacional. La primera categoría contiene Aguas Interiores, Mar Territorial, Estrechos Internacionales, Aguas Archipelágicas, Zona Contigua, ZEE y Plataforma Continental, mientras que la última contiene la Alta Mar y la «Zona». Los espacios marinos bajo jurisdicción nacional se pueden dividir en dos subcategorías: espacios marinos bajo soberanía territorial y espacios marinos bajo derechos soberanos. La primera subcategoría de espacios marinos contiene las Aguas interiores, el Mar Territorial, los Estrechos Internacionales y las Aguas Archipelágicas. La segunda viene integrada por la ZEE y la Plataforma Continental (artículos 56. 1 y 77.1 CNUDM). Además de la jurisdicción espacial de los Estados ribereños, los Estados ejercen otros tipos de derechos y jurisdicción en el derecho del mar como: la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón; el derecho de persecución; el derecho de visita; y la jurisdicción universal sobre la supresión de la piratería¹⁸. Algunos Estados han establecido Zonas de Identificación de Defensa

¹⁸ TANAKA, Y., "Jurisdiction of states and the law of the sea", *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law, op. cit.*, pp. 110-118. Véase también sobre la distribución espacial de la jurisdicción de los Estados: SCALLE, G. "Obsession du territoire", *Symbolae Verzijil*, Nijhoff, The Hague, 1958, p. 349; BRIERLY, J.L. *The Outlook for International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1944, p. 9; TOMUSCHAT, C. "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of A New Century", *RCADI*, vol. 281, n°. 57, 1999.

Respecto a las zonas sui generis no previstas específicamente en la CNUDM pero asociadas, sin embargo, a las zonas clasificadas por ella, véase ANDREONE, G. y CATALDI, G. "Sui Generis Zones" en *The IMLI Manual on International Maritime Law. The Law of the sea*, Vol 1, ATTARD, D., FITZMAURICE, M., y A MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, N. A. (Eds), Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 217-238: "Exclusive Fishing Zones or Fisheries Protection Zones (EFZ or FPZ)", "Ecological Protection Zones (EPZs)", "Mixed Zones".

Aérea (ZIDA), cuya autoridad proviene de la soberanía del Estado sobre su espacio aéreo nacional. Estas zonas se extienden al espacio aéreo internacional y están diseñadas para garantizar la seguridad del Estado en cuestión. En teoría, un Estado podría prohibir la realización de operaciones cibernéticas, o tipos particulares de operaciones cibernéticas, dentro de una ZIDA en el espacio aéreo internacional, aunque solo como una condición para ingresar a su espacio aéreo nacional. Tales condiciones no deben negar la libertad de sobrevuelo de la Alta Mar. En particular, un Estado no puede imponer ninguna restricción a las aeronaves que simplemente transitan el espacio aéreo internacional a través de una ZIDA¹⁹.

Los objetos, en particular “buques”, pueden considerarse como el objeto primario²⁰ regulado por el derecho del mar, pero también plataformas y estructuras similares, así como los cables submarinos, que constituyen el segundo elemento básico, dado que, en cualquier caso, las actividades en el mar se llevan a cabo, con pocas excepciones, desde un buque o desde una plataforma. Las excepciones están integradas por las actividades realizadas desde la costa, como en el caso de la contaminación telúrica, así como las actividades realizadas desde el espacio extra-atmosférico, como la vigilancia²¹.

De este modo, determinar la jurisdicción en el mar es un ejercicio para combinar el espacio y el objeto, el medio con el área. Por ejemplo, el Estado ribereño tiene jurisdicción sobre los “buques” que navegan en su Mar Territorial²²; el Estado del pabellón tiene jurisdicción exclusiva

¹⁹ Cf. MICHAEL. N. SCHMITT (ed), “Air Law: Rule 56 - Cyber operations in international airspace”, Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 268.

²⁰ Esta acertada denominación de objeto primario, integrado por “buques”, es la empleada por Irini Papanicolopulu en “Seafarers as an Agent of Change of the Jurisdictional Balance”, op. cit., p. 301.

²¹ Vid. PAPANICOLOPULU, I., “Seafarers as an Agent of Change of the Jurisdictional Balance”, op. cit., p. 301-302.

²² Artículos 2, 21, 27 y 28 CNUDM.

sobre los buques que enarbolan su pabellón y navegan en Alta Mar²³; las plataformas en la Plataforma Continental están sujetas a la jurisdicción exclusiva del Estado ribereño²⁴. El equilibrio inicial según el cual el Estado ribereño tenía jurisdicción sobre el Mar Territorial y los buques situados en él y el Estado del pabellón tenía jurisdicción sobre los buques que navegan en Alta Mar, fue revisado con el propósito de controlar actividades específicas y la lucha por el acceso a los recursos más allá del Mar Territorial. Esta situación dio lugar a la introducción del concepto de jurisdicción funcional²⁵. Este desarrollo multiplicó las posibles combinaciones e introdujo un enfoque más matizado de la jurisdicción. Según este enfoque, respaldado en las normas de la CNUDM sobre espacios marinos²⁶, el espacio y el objeto a menudo se combinan con una actividad específica, o una función específica, para determinar el Estado que tiene jurisdicción. Por ejemplo, el Estado ribereño tiene jurisdicción sobre los buques en su ZEE si pescan (artículo 73.1 CNUDM) pero no si transportan madera; un Estado que no sea el Estado del pabellón puede abordar un buque en Alta Mar si se sospecha que está involucrado en el comercio de esclavos (artículo 110(1) (b) CNUDM) pero no si está involucrado en el transporte de petróleo y, posiblemente, señala Irini Papanicolopulu, no, si está involucrado en el tráfico de armas²⁷. Por su parte, esta misma autora sostiene que este marco jurisdiccional no se basa en las personas involucradas en las actividades. La nacionalidad de la persona no parece ser un criterio utilizado por el Derecho del mar, ni las reglas de esta parte del derecho internacional a menudo establecen qué Estado tiene jurisdicción sobre una persona. Así pues, examina, si una categoría específica de personas, “seafarers”, ha sido un agente propicio para los cambios en el equilibrio

²³ Artículo 92.1 CNUDM.

²⁴ Artículo 80 CNUDM.

²⁵ GAVOUNELI, M., *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007.

²⁶ Para un estudio en profundidad de la jurisdicción de los Estados y el Derecho del mar véase TANAKA, Y., “Jurisdiction of states and the law of the sea”, *op. cit.*, pp. 110-151.

²⁷ PAPANICOLOPULU, I., “Seafarers as an Agent of Change of the Jurisdictional Balance” *op. cit.*, p. 302.

jurisdiccional entre los diferentes Estados. Considera por qué la presencia de los “seafarers” podría afectar el equilibrio jurisdiccional al examinar dos casos en los que el derecho de tratados ha establecido nuevos fundamentos para la jurisdicción estatal sobre estos: “The first is maritime labour, in the context of which a change in the rules establishing jurisdiction may be prompted by the necessity to protect the seafarer. The second is the fight against illicit activities at sea, requiring a change in the rules on jurisdiction to ensure the punishment of the seafarer”²⁸. De este modo, los supuestos de “inmunidad soberana” en los espacios marinos son difíciles de encontrar en el espacio terrestre, puesto que en dicho espacio casi siempre hay un Estado soberano, mientras que en el mar hay espacios que son internacionales. Cuanto más alejado está el espacio marino del Estado ribereño, menor es su soberanía o jurisdicción. Incluso, las Aguas Interiores y el Mar Territorial no están en igualdad de condiciones con el territorio terrestre, existen algunas limitaciones a la soberanía derivadas del derecho del mar que no existen en el espacio terrestre²⁹. Nuestra labor será en la segunda parte de esta obra, analizar la inmunidad soberana de los objetos mencionados, tanto de los primarios como de los secundarios. Respecto de la inmunidad de los “buques”, las preguntas más importantes que deben abordarse a este respecto, son: qué se entiende por “buque”, “vessel” o “ship” (en la versión lingüística inglesa oficial, igualmente auténtica de la CNUDM, véase el artículo 320 de la misma) en el sentido de que esos términos se utilizan en el derecho internacional del mar; cuándo nos encontramos ante un “buque de guerra” o un “buque o aeronave de Estado” que se beneficiará, por tanto, de la inmunidad estatal, etc. Pensemos, por ejemplo, en las embarcaciones navales no tripuladas: ¿Cuál es su estatuto legal?

²⁸ *Ibid.* Para un análisis más detallado de la cuestión véase también PAPANICOLOPULU, I., “A Missing Part of the Law of the Sea Convention: Addressing Issues of State Jurisdiction over Persons at Sea” en KWON, M.S., SHOFIELD, C. y LEE, S. (eds.) *The Limits of Maritime Jurisdiction*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2014.

²⁹ Véase KOHEN, M.G., “Is the Internal Waters Regime Excluded from the United Nations Conventions on the Law of the Sea?” en CASTILLO, Lilian del, y CAMINOS, Hugo, *Law of the Sea, from Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea: Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Brill Nijhoff, Leiden; Boston, 2015, p. 124.

¿Podrían constituir un “buque de Estado” o, simplemente “propiedad soberana” del artículo 21 de la CNUIJ? ¿Qué revela la práctica estatal?³⁰ Dado que muchos *vehículos no tripulados* serán desplegados por la armada u otros órganos militares, albergando hardware, datos o secretos de estado muy valiosos, será importante para los Estados que tales *vehículos* tengan inmunidad soberana. Sin embargo, aunque la CNUDM no define qué es un buque estatal destinado a fines 'no comerciales', define 'buque de guerra' como todo buque *inter alia* 'bajo el mando de un oficial' y 'cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares' (Cf. artículo 29 CNUDM)³¹. Por tanto, debe prestarse atención al hecho importante de que las embarcaciones no tripuladas no tienen tripulación. ¿Existe algún obstáculo legal para la clasificación de las embarcaciones no tripuladas como buques?³² Una de las cuestiones a examinar en el capítulo tercero, será, por tanto, si a las embarcaciones navales no tripuladas se les puede otorgar los derechos y privilegios de un “buque de guerra”. Por último, baste decir por ahora, que aunque en la CNUDM, los términos “buque” (en la versión lingüística española oficial), “ship” o “vessel” (en la versión lingüística inglesa oficial, usados indistintamente en la Convención) se aplican con frecuencia, estos términos no están definidos y simplemente se presuponen por el tratado. En la configuración de una supuesta definición de “buque” en el derecho internacional del mar será primordial, por tanto, la interpretación, que no se registrará por la literalidad del texto de la CNUDM, sino que tendrá que ser por los medios de interpretación establecidos en los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el

³⁰ Véase *China's Seizure of U.S. Underwater Drone in the South China Sea* en CAVAS, P. “China Grabs Underwater Drone Operated by US Navy in South China Sea”, *Defense News*, Dec. 16, 2016, <https://tinyurl.com/y7d346mk> (última visita agosto, 2019).

³¹ Véase GOGARTY, B. y HAGGER, M. “The Laws of Man over Vehicles Unmanned: The Legal Response to Robotic Revolution on Sea, Land and Air”, *Journal of Law, Information and Science*, Vol. 19, nº. 76, 2008, p. 77.

³² Véase TÜNGLER, G. y THO PESCH, S. *Seevölkerrechtliche Anforderungen An Unbemannte Schiffe*, *Zeitschrift Des Rechts Der Transportwirtschaft*, Vol. 122, nº 5, 2017, pp. 122 y ss.

Derecho de los Tratados³³. De este modo, junto a los trabajos preparatorios de la CNUDM, será necesario explorar otros tratados relacionados con el océano, pese a que nos adentremos, también e inevitablemente, en el Derecho Marítimo³⁴. Por otra parte, hay que tener en cuenta los Estados, que, como Estados Unidos, no son parte de la CNUDM. En gran medida, las normas del derecho internacional consuetudinario del mar se reflejan en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. Incluso los Estados que no son Partes en la CNUDM actúan de conformidad con los términos del tratado en la mayoría de los aspectos.

En el cuarto capítulo de esta obra analizaremos la inmunidad de los pecios que constituyen patrimonio cultural subacuático, prestando especial interés al papel que juega la Convención de la UNESCO sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. Del mismo modo, nos acercaremos al concepto inexistente, por ahora, en el derecho internacional de tumbas marinas de guerra. Traeremos a colación las principales regulaciones estatales en este sentido, incluido el reciente Reglamento español de Extracciones Marítimas³⁵. Finalizaremos el capítulo poniendo especial interés en el principio de equidad y lo que este puede suponer para la inmunidad si los tribunales lo aplican.

Asimismo, y a modo de capítulo complementario con vocación futura, finalizaremos trazando unas líneas generales de la posible inmunidad soberana que podrían albergar los cables submarinos de comunicación como infraestructuras cibernéticas sobre la base de la implicación indirecta del artículo 6(2) (b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ).

³³ Véase al respecto, VENZKE, I., *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

³⁴ SHAW, R., "What is a Ship in Maritime Law?", *The Journal of International Maritime Law*, Vol. 11, 2005, p. 249.

³⁵ Real Decreto 371/2020, de 18 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Extracciones Marítimas, *BOE* nº. 51, de 28 de febrero de 2020.

METODOLOGÍA CIENTÍFICA

En cuanto a la metodología de trabajo ha de advertirse que la propia estructura de la obra es profundamente reveladora en este sentido. Perfilando poco a poco el método científico en el avance correspondiente, no cabe duda de que el método eje utilizado ha sido el sincretismo metodológico y como ejemplos concretos de la combinación de métodos, sin ánimo de ser exhaustivos³⁶: el método comparado, el método rawlsiano, el método sistémico y el método sociológico-jurídico.

En virtud del método de Rawls la jurisprudencia es la base de toda afirmación jurídica³⁷. La jurisprudencia ha sido nuestra guía incansable, pues tanto la nacional como la internacional, deduce el carácter jurídico del Derecho Internacional Público dado que los jueces, sean nacionales o internacionales, lo aplican. En nuestra obra aporta una valiosa documentación sobre el desarrollo y la transformación del derecho de la inmunidad del Estado. Tal y como expresa Gutiérrez Espada, ¿No es, acaso, el principio mismo de inmunidad de jurisdicción una criatura del Juez?³⁸ La creación del derecho relacionado con la inmunidad del Estado es fruto de la jurisprudencia de los tribunales conforme al sistema del *common law*. Incluso, se podrá apreciar el método de Rawls en el sistema jurídico del *civil law*; así pues, el derecho de la inmunidad estatal también se desarrolla en esos sistemas jurídicos a través de los tribunales. Para detenernos en la interacción entre las normas jurídicas y el proceso social en que se enuncian, que mejor puesta de manifiesto que a través de los tribunales de justicia. Ahora bien, si tenemos en cuenta un concepto amplio de jurisprudencia, este no se limita desde luego a la

³⁶ Pues de otro modo caeríamos en lo que Rubén Darío califica de “enfermedad de la forma”, solo soportable por la elección del método correcto, al alcance únicamente de los internacionalistas consagrados. Véase DARÍO, R., *Los raros*, publicado por Linkgua Historia, 2013, p. 11.

³⁷ Véase SKUBIK, Daniel W., “Two Models for a Rawlsian Theory of International Law and Justice”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 14, 1986, pp. 231 y ss.

³⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La inmunidad de jurisdicción del Estado (Alcance y excepciones)”, en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades*, *op. cit.*, p. 57.

jurisprudencia derivada formalmente de los tribunales, sino que hace referencia a la interpretación de la norma³⁹.

El método sociológico-jurídico nos ha hecho entender que el derecho no puede estudiarse como un dominio aislado, sino que debe estudiarse en relación con la realidad social y como una mera parte de esta⁴⁰. Así pues, a través de este método hemos intentado extraer por medio de una encuesta paciente y con la máxima exactitud posible, los datos históricos y sociales que conforman el contenido vivo⁴¹ de la regla de inmunidad en el Derecho del mar. Se trata de investigar el por qué de todos los convenios y normas internacionales (y nacionales) relacionados con la inmunidad soberana más allá de su mera relación sistémica. Hemos querido tener en cuenta todos estos condicionamientos, ver cómo se fraguaron todas esas normas para encontrar en su génesis, herramientas que ayuden a responder los nuevos interrogantes y ofrezcan respuestas. De este modo, no se trata de describir la realidad jurídica sino de explicarla y compararla con otra situación o momento histórico, entrando a ver sus identidades o diferencias más cualitativas. Todo ello, sin perjuicio del método sistémico porque partimos de todas las normas en la materia; hemos querido localizar todo el sistema de normas que configuran la cuestión de la inmunidad soberana en los espacios marinos. A este respecto, hemos tenido en cuenta, como reconoce el Prof. Fernández Sánchez, que “en Derecho Internacional no hay jerarquías normativas y hay que estar pensando en aplicar constantemente principios jurídicos,

³⁹ Véase LASSWELL, Harold D. & McDOUGAL, Myres S., *Jurisprudence for a Free Society: Studies in Law, Science, and Policy*, New Haven Press/Martinus Nijhoff Publishers, New Haven, Connect., USA, 1992, 1588 pp.

⁴⁰ SCHINDLER, D., “Contribution l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international”, en *RCADI*, T.46, 1933, pp. 235-240.

⁴¹ Véase al Prof. Belga Ch. De Visscher defendiendo el método sociológico en “Méthode et systme en Droit international”, *RCADI*, T. 138, 1973, pp. 75 y 76.

normas dispersas, convenios especializados, actos normativos complementarios, etc. etc”⁴².

No podemos concluir nuestro repaso por la metodología empleada sin dejar de aludir a las técnicas metodológicas deductivas, pues, a veces, cuando no existen categorías, bien por ausencia de regulación, bien por la novedad de la situación, nos hemos visto avocados a recoger los dogmas provenientes de otros sectores jurídicos, para contribuir a la construcción del Derecho Internacional Público. Nos estamos refiriendo, principalmente, a la nueva categoría jurídica de vehículo marítimo no tripulado y otros.

En cuanto a las fuentes, ya hemos aludido a las fuentes primarias, destacando el análisis de la jurisprudencia, los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios jurídicos. Se ha analizado minuciosamente la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y las principales leyes y reglamentos nacionales que pueden aplicarse a nuestro objeto de estudio: la inmunidad soberana en los espacios marinos. Asimismo, se examinaron otras convenciones internacionales pertinentes. En cuanto a las fuentes secundarias, se llevó a cabo una revisión completa de la literatura, incluyendo un análisis de libros, documentos académicos, revistas académicas, informes, así como encuestas y entrevistas en la materia de personal experto.

⁴² FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., “Cambio climático y derecho del mar”, *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, coord. por BOU FRANCH, Valentín E. y JUSTE RUIZ, J; SÁNCHEZ PATRÓN (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 296.

PRIMERA PARTE

EL VÍNCULO ENTRE
LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN
(Y EJECUCIÓN) Y EL DERECHO DEL MAR

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y JURÍDICA
DEL PRINCIPIO DE LA INMUNIDAD SOBERANA:
SU INCARDINACIÓN EN EL DERECHO DEL MAR

1. IDEAS GENERALES

En la novela titulada *La partida del profesor Martens*, el citado profesor y el Canciller ruso se refieren a las fuentes del Derecho Internacional Público. El Canciller pregunta si el Derecho Internacional Público está constituido fundamentalmente por los tratados y el maestro responde: “Es...únicamente los Tratados, su Esplendor, nada más...”⁴³. Pese a la viveza de esta afirmación, la respuesta es mucho más compleja. Una de las instituciones del Derecho Internacional Público⁴⁴ que desde los albores de su nacimiento bien conoce la *alargada sombra del derecho internacional consuetudinario*⁴⁵ es la “inmunidad soberana del Estado”. En este sentido, hay que apuntar una precisión conceptual ligada al desarrollo normativo del principio de inmunidad. Este principio ha sido regulado desde sus orígenes por el Derecho Internacional consuetudinario, pero con el desarrollo de las inmunidades separadas se dio pie a la regulación convencional de algunas de ellas, como es el caso de la inmunidad del Estado, la inmunidad de los agentes diplomáticos y consulares⁴⁶, las inmunidades de los representantes ante algunas organizaciones internacionales y, lo que será objeto de esta obra, la inmunidad de los

⁴³ Citada por ESPÓSITO MACCISSI, C. en “El Asunto Timor Oriental ante la Corte Internacional de Justicia (East Timor Case before the International Court of Justice)”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XII, 1996, pp. 617-639.

⁴⁴ Tiempo habrá de comprobar la transdiscipliniedad inherente a la institución que acometemos, pues en su implementación confluyen no sólo el Derecho internacional público - en el que tiene su origen la institución- sino el Derecho constitucional, el Derecho administrativo y el Derecho procesal, “viéndose también en juego otras ramas jurídicas como el Derecho civil, el laboral o el Derecho internacional privado”. GONZÁLEZ VEGA, J.A., “Otra etapa en la *lucha contra las inmunidades del poder: Derechos Humanos versus inmunidad de los Estados*”, *Discurso de ingreso como miembro correspondiente en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia*, pronunciado en el Ilustre Colegio de Abogados, Oviedo, 25 de septiembre de 2017, p. 1.

⁴⁵ Véase FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH: La *alargada sombra del Derecho Internacional Consuetudinario*”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º. 34, 2017, pp. 1-56.

⁴⁶ Véase VACAS FERNÁNDEZ, F., “Fundamentos de los privilegios e inmunidades de las misiones diplomáticas y agentes diplomáticos”, *Anuario de Derecho Diplomático y Consular*, n.º. 1, 2016, pp. 77-92.

buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales⁴⁷. En el caso del Jefe de Estado, Reyes Milk ha precisado que la regulación del principio de inmunidad “ha sido netamente consuetudinaria, a pesar de algunos proyectos privados de codificación”⁴⁸. De ahí que cuando se utilice la expresión genérica *inmunidad soberana, inmunidades soberanas del Estado o inmunidad del Estado* hay que entender que se está haciendo referencia no solo a la inmunidad de este sino también a la de otros ámbitos. Recogiendo la dicción literal del Preámbulo de la LO 16/2015:

(...) las inmunidades internacionales abarcan también otros ámbitos, entre los que destacan el de las organizaciones internacionales y el de las conferencias y reuniones internacionales, sin olvidar las relativas a los Jefes de Estado,

⁴⁷ Cabe resaltar la Convención de Bruselas de 10 de abril de 1926, sobre inmunidades de los buques públicos dedicados al comercio (en adelante, Convención internacional de Bruselas de 1926), y su Protocolo adicional de 24 de mayo de 1934; las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y Zona Contigua, y sobre Alta Mar, o los artículos 32, 95, 96 y 236 de la CNUDM.

⁴⁸ REYES MILK, M. E., “El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal”, *Revista Agenda Internacional*, Vol. 15, n.º. 26, Instituto de Estudios Internacionales, 2008, pp. 70-71. Véase también AKANDE, D., “ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals” en *Blog of the European Journal of International Law*, May 6, 2019, disponible en <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/> (última consulta en agosto de 2019); RYNGAERT, C., “Functional immunity of foreign State officials in respect of international crimes before the Hague District Court: A regressive interpretation of progressive international law” en *Blog of the (...)*, *ibid*, March 2, 2020, disponible en:

<https://www.ejiltalk.org/functional-immunity-of-foreign-state-officials-in-respect-of-international-crimes-before-the-hague-district-court-a-regressive-interpretation-of-progressive-international-law/?fbclid=IwAR2nyvjHtHe6Fd0HaogJmoiHOje9AD4Aoup8vulTIVwVX5u2vw0yPwzqx4IM> (última consulta en abril de 2020); EISNER, M. y STEELE, J., “Why the State Dept Should Reject Saudi Crown Prince MBS’s Claimed “Immunity” en *Just Security*, Reiss Center on Law and Security, New York University School of Law, December 30, 2020, disponible en <https://www.justsecurity.org/74017/the-state-dept-and-refuse-to-extend-immunity-mbs-saudi-arabia-mohamed-bin-salman/> (última consulta en enero de 2021).

*Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado y las fuerzas armadas extranjeras*⁴⁹.

El Relator Especial de la CDI, S. Sucharitkul, en su Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes señalaba que “la expresión *inmunidad soberana*, utilizada como equivalente de *inmunidad del Estado* se sigue viendo todavía en los textos oficiales -tanto legislativos como judiciales- de las jurisdicciones de *common law*”⁵⁰. Como notable ejemplo de la expresión, la ley de los Estados Unidos de América titulada *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, en adelante FSIA (ley de 21 de octubre 1976 sobre las inmunidades de los Estados soberanos extranjeros). Hasta el momento presente, esta Ley ha sido modificada en 1989, 1996, así como recientemente en 2016. Esta reciente modificación operada por la conocida como «Justice Against Sponsors of Terrorism Act» crea una excepción en la Ley estadounidense de inmunidades soberanas extranjeras que permitiría a las víctimas de terrorismo demandar a los patrocinadores extranjeros de ataques terroristas en territorio estadounidense. El Congreso norteamericano, a pesar del veto del entonces Presidente Obama a la mencionada «Ley de justicia contra los patrocinadores del terrorismo», consiguió el 28 de septiembre de 2016 reunir la mayoría necesaria de dos tercios en cada cámara para revocar dicho veto. Con esta invalidación, entró en vigor esta Ley, que afecta a la inmunidad de los Estados extranjeros para el cobro pecuniario de indemnizaciones por terrorismo. Esta Ley permite a los familiares de víctimas del 11-S demandar al gobierno saudí por su supuesto apoyo a los terroristas que perpetraron los atentados⁵¹. La ley británica se titula *State Immunity Act 1978*, SIA (ley de 20 de julio de 1978 sobre inmunidades de los Estados), tal vez, argumenta, Sucharitkul, “por analogía

⁴⁹ Véase el Párr. segundo del Preámbulo LO 16/2015, *op. cit.*

⁵⁰ SUCHARITKUL, S., “Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, *Anuario C.D.I.*, 1980, p. 218.

⁵¹ El texto de la Ley se encuentra disponible en: One Hundred Fourteenth Congress of the United States of America at the second session, Washington, the fourth day of January, two thousand and sixteen, S. 2040, <https://www.congress.gov/114/bills/s2040/BILLS-114s2040enr.pdf> (consultada en agosto de 2019).

con la terminología adoptada en la Convención europea sobre inmunidad de los Estados, de 1972, y su protocolo adicional”⁵². Entre las legislaciones nacionales que toman como referencia y modelo a la ley inglesa, se encuentran: la ley de Singapur sobre inmunidad estatal de 1979; la ordenanza pakistaní sobre inmunidad de los Estados de 1981; la ley sud-africana sobre inmunidades de los Estados extranjeros de 1981 y la ley australiana sobre inmunidad de los Estados extranjeros de 1985. Por su parte, la ley canadiense sobre inmunidad de los Estados de 1982 toma aspectos de los dos modelos anglosajones y puede considerarse como una síntesis de ambos⁵³. Con posterioridad, han aprobado leyes de este tipo Argentina (1995), Suiza (2007), Israel (2008), Japón (2009), España (2015), Francia (2016)⁵⁴. Advierte Martín y Pérez de Nanclares que “no es ya tan habitual encontrar leyes de este tipo en Estados de cultura jurídica ajena al *common law*”⁵⁵. En España, la necesidad de regulación en materia de inmunidad era acuciante. El preámbulo de la LO 16/2015 cita la Sentencia 107/1992, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional, donde este hizo una recomendación abierta al legislador para que regulara el régimen de las inmunidades sobre la base de una doctrina restringida⁵⁶. El preámbulo resalta la remisión genérica al Derecho Internacional que provoca “en el plano judicial interno cierta inseguridad jurídica e incluso un casuismo jurisprudencial que, en ocasiones, puede conducir a errores o contradicciones, susceptibles, en el plano externo, de comprometer la responsabilidad internacional de España”⁵⁷.

⁵² SUCHARITKUL, S., “Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, *op. cit.* Para una visión actualizada de la ley, véase LLOYD-JONES, H.L., “Forty years on: State Immunity and the state immunity act 1978”, *International and comparative law quarterly*, nº. 2, 2019.

⁵³ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles*, Civitas, Madrid, 1989, p. 63.

⁵⁴ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “¿Por qué una Ley de Inmunidades? (...)”, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁵ Véase al respecto BISMUTH, R., “L’immunité d’exécution après la loi Sapin 2”, *Journal du droit international*, nº. 2, 2018, pp. 445-469.

⁵⁶ Véase el Párr. vigésimo del Preámbulo LO 16/2015, *op. cit.*

⁵⁷ *Ibid.*

Así pues, “el régimen jurídico internacional de estas inmunidades hunde sus raíces en la práctica judicial internacional y se ha ido configurando a través de *normas consuetudinarias*⁵⁸ que posteriormente se han recogido en diversos tratados”. Por tanto, se trata de normas en origen esencialmente consuetudinarias y jurisprudenciales. Ferrer Lloret al referirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ), señala la naturaleza consuetudinaria de tales normas sobre inmunidad: “pretende subsanar (la CNUIJ) la laguna que hasta su aprobación evidenciaba este ámbito, regulado principalmente por normas consuetudinarias, y lastrado por las evidentes dificultades que su determinación presenta, sobre todo a partir de una práctica judicial interna que se ha caracterizado por su heterogeneidad, su carácter fragmentario y su naturaleza evolutiva y cambiante”⁵⁹. Señala también el autor que “aunque la Convención de 2004 no ha entrado en vigor, el TEDH sostiene que en virtud de las interacciones normativas propias de los procesos de formación de

⁵⁸ Véase el Párr. tercero del Preámbulo LO 16/2015. Con todo, continúa el Preámbulo, *perviven dudas a propósito del carácter consuetudinario o no de un buen número de aspectos de las inmunidades, en cuestiones de índole tanto sustantiva como procesal*. Cf. párr. Undécimo del Preámbulo LO 16/2015. Los precedentes de la práctica estatal son muy abundantes, pero dicha práctica es muy variable tal y como se desprende del preámbulo de la LO 16/2015. Esto ha dificultado las exposiciones del tema que muchas veces dan un relieve excesivo a la práctica de algunos Estados en particular. Véase DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 325. Baste solo, hacer mención por ahora, a la enorme jurisprudencia interna relativa a la inmunidad de los buques de Estado, a la que posteriormente nos referiremos. Véase la examinada por S. Sucharitkul en su Sexto Informe, *Anuario CDI*, 1984, vol. II (primera parte), pp. 57 y 58. En España, un estudio pionero sobre las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles pertenece al profesor SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles*, *op. cit.*

⁵⁹ FERRER LLORET, J., “La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, p. 4. Refiriéndonos a la CNUIJ, la cual jugará un papel central en el estudio de las inmunidades de los “buques y aeronaves de Estado” y en el sinfín de posibles significados que tales expresiones encierran, y por lo que respecta a España, señalamos que aún no ha sido publicada en el BOE, lo cual dificulta su invocación directa ante un juez español al no estar incorporada a nuestro ordenamiento ni haber entrado en vigor internacionalmente. Véase FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “La posición española ante las inmunidades de las Fuerzas Armadas de otros Estados” en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, *op. cit.*, p. 362.

normas internacionales, sus disposiciones -e incluso las de su antecesor, el Proyecto de Artículos aprobado por la CDI en 1991- son expresión del DI consuetudinario en vigor; al menos con relación a los Estados que han firmado y/o ratificado este Convenio, obligados a no frustrar el objeto y el fin de este tratado antes de su entrada en vigor (art. 18 de la CVDT)”⁶⁰. Señalaba el Relator Especial de la CDI, S. Sucharitkul, en su segundo informe, que “los tribunales nacionales han sido los causantes principales del crecimiento y desarrollo progresivo de un conjunto de normas consuetudinarias que rigen las relaciones de las naciones en este aspecto concreto. Las opiniones de la doctrina y las convenciones internacionales sobre la inmunidad de los Estados aparecieron casi todas posteriormente. La escasez, antes del siglo XIX, de decisiones judiciales relativas a la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ofrece una explicación convincente de la total falta de referencias al tema en los clásicos del derecho internacional y de su completa omisión en los antiguos tratados y leyes internas. Basta señalar que ni Gentili, ni Grocio, ni Bynkershoek, ni De Vattel dan indicio alguno de la doctrina de la inmunidad del Estado, a pesar de que los problemas de las inmunidades diplomáticas y de las inmunidades de los soberanos son objeto de profundo análisis en sus monumentales tratados.”⁶¹ Tal y como

⁶⁰ FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH: La alargada sombra del Derecho Internacional Consuetudinario”, *op. cit.*, p. 5. Cf. PAVONI, R., “The Myth of the Customary Nature of the United Nations Convention on State Immunity: Does the End Justify the Means?” en Anne van Aaken y Iulia Motoc (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, European Society of International Law, Oxford University Press, 2018.

⁶¹ SUCHARITKUL, S., “Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados (...)”, *op. cit.*, pp. 225-226. Continúa advirtiendo Sucharitkul que “las disposiciones legislativas de Europa y otros lugares y las convenciones internacionales del mismo período no hacían referencia alguna a ningún principio de inmunidad del Estado, mientras que se encuentran referencias a las inmunidades de los embajadores y de los soberanos en leyes europeas del mismo período [por ejemplo, la ley británica *Statute of 7 Anne* (1708), cap. XII, seccs. I a III, ley para salvaguardar los privilegios de los embajadores y demás ministros públicos de príncipes y Estados extranjeros (Reino Unido, *The Statutes at large of England and of Great Britain*, vol. 4, Londres, Eyre and Strahan, 1811, p. 17; una ley de los Estados Unidos de América de 1790 que contiene la disposición siguiente: «Cuando se expida o ejecute una orden o un mandamiento judicial (...) en virtud del cual un embajador (...) sea detenido o preso, o su patrimonio sea objeto

recoge Sucharitkul, “De Vattel, sin embargo, reconocía el principio de la independencia, soberanía e igualdad de los Estados, así como la inmunidad del Estado o soberano local respecto de la jurisdicción de sus propios tribunales”⁶². La vigencia de su pensamiento es aún notoria en EEUU, pues su Departamento de Defensa “sigue considerándolo como

de retención, embargo o reivindicación, tal orden o mandamiento judicial se tendrá por nulo.», Estados Unidos de América, *United States Code, 1964 Edition*, vol. 5, título 22, «Foreign relations and intercourse», U. S. Government Printing Office, Washington (D. C.), 1965, p. 4416; un decreto francés relativo a los enviados de gobiernos extranjeros de 3 de marzo de 1794 que disponía lo siguiente: «La Convención Nacional prohíbe a toda autoridad constituida atentar en cualquier forma contra la persona de los enviados de gobiernos extranjeros: las reclamaciones que puedan plantearse contra ellos serán sometidas al Comité de Salvación Pública, que tiene competencia exclusiva para resolver al respecto.», *lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, t. 7.º, París, Guyot et Scribe, 1825, p. 108; Otro decreto de la Asamblea Constituyente, de 11 de diciembre de 1789, confirmó también este principio (Decreto sobre una pregunta formulada por los embajadores acerca de sus inmunidades, *ibid.*, t. 1.º, 1824, p. 73)], así como en la jurisprudencia de varias naciones a partir del siglo XVIII. [Véanse, por ejemplo, los asuntos británicos *Buvot c. Barbuitt* (1737) (“British International Law Cases”, *British Institute Studies in International and Comparative Law*, vol. 6, n.º. 1, Stevens, Londres, 1967, p. 261) y *Triquet and others c. Bath* (1764) (*ibid.*, p. 211); un asunto de los Países Bajos, del que se dio noticia en 1720, relativo al Enviado Extraordinario del Duque de Holstein (Van Bynkershoek, *De foro legatorum tam in causa civili, quam criminali, liber singularis*, cap. XIV, 1721; y un asunto francés, *De Bruc c. Bernard* (1883), *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public, année 1885*, París, Dalloz, Bureau de la jurisprudence générale, segunda parte, pp. 194 y 195.]” *Ibidem*, p. 226. Véase DE VATTEL, E. en su renombrado tratado *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, 1758 (sobre las inmunidades de los soberanos) así como en *The Classics of International Law*, vol. II, libro IV, cap. VII, párr. 108, Carnegie Institution of Washington, Washington (D.C.), 1916. Véase también a GENTILI, A. sobre los contratos de los embajadores en *De legationibus libri tres*, 1954, *The Classics... op. cit.*, vol II, cap. XIV, Nueva York, Oxford University Press, 1924. Acerca de la inviolabilidad personal de los embajadores, véase a GROCIO, H. en *De iure belli ac pacis, libri tres*, 1646, *The Classics... op. cit.*, vol. II, cap. XVIII, secc. IV (*Le droit de la guerre et de la paix*, tr. de J. Barbeyrac, Leyden, Aux dépens de la Compagnie, 1759, t. 1), Oxford, Clarendon Press, 1925. Sobre las inmunidades de los embajadores respecto de la jurisdicción civil, véase a BYNKERSHOEK, C. V. en *De foro legatorum tam in causa civili, (...), op. cit.*, y acerca de las inmunidades de los soberanos extranjeros y de sus bienes, véase al mismo autor en *The Classics... op. cit.*, caps. III y IV. Toda esta recopilación de grandes clásicos puede verse en SUCHARITKUL, S., “Segundo informe (...)”, *op. cit.*

⁶² SUCHARITKUL, S., “Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados (...)”, *op. cit.*, p. 226.

autoridad en la materia”⁶³. Hazel Fox y Philippa Webb hablan de un “common origin of diplomatic and State immunity but their different development”. De este modo señalan que “historically the position of the diplomat was a frequent source of dispute before national courts. However, by the end of the seventeenth century immunity from criminal jurisdiction was established (citando a Grocio, *op. cit.*) and by the beginning of the eighteenth century so was immunity from civil jurisdiction (citando a Bynkershoek, *op. cit.*). The diplomat’s immunities were resorted to as a useful analogy by national courts in the nineteenth century when first determining the existence of immunities in favor of the State; both Marshall CJ in *The Schooner Exchange* and Brett MR in *The Parlement Belge* draw on the law relating to diplomatic immunities in stating a rule of State immunity”⁶⁴.

Por tanto, pese a que la inmunidad de los Estados tiene orígenes jurídicos inciertos, a menudo se establece que este principio se origina en las monarquías europeas de fines de la era feudal y se plasma en los inicios de la Edad Moderna, donde la mayoría de los Estados eran gobernados por reyes y príncipes que efectivamente, de una u otra forma, personificaban al Estado. La movilidad de estos monarcas por los distintos Estados de Europa, así como su estancia en los mismos, dio pie a la necesidad de una protección especial que fuera compatible con la dignidad e independencia de cada monarca⁶⁵. Fue así como surgió el principio de inmunidad soberana⁶⁶, un principio que nace ante la tensión de dos principios esenciales del Derecho Internacional: el principio de igualdad soberana, por un lado, y el principio de jurisdicción territorial exclusiva,

⁶³ Véase GONZÁLEZ VEGA, J.A., “Otra etapa en la lucha contra las inmunidades del poder: (...)”, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁴ FOX, H. y WEBB, P., *The law of State Immunity* (Revised and Updated 3rd Edition), Oxford University Press, Oxford; New York, 2015, p. 590. Paréntesis añadido.

⁶⁵ REYES MILK, M. E., “El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad (...)”, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁶ GIUTTARI, Theodore R., *The American Law of Sovereign Immunity: An Analysis of Legal Interpretation*, 1970, pp. 26-70; CAPLAN, L., “State Immunity, Human Rights, and *Ius Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory”, *The American Journal of International Law*, Vol. 97, nº. 4, 2003, pp. 745-746.

por otro. Igualmente, esta inmunidad, se predicaba de los *agentes diplomáticos* que actuaban como *alter ego* del Estado y su personificación, -el Jefe del Estado-. Todavía hoy subsisten algunos rasgos propios de sus orígenes (pese al grado de autonomía alcanzado al conformarse el Derecho diplomático y consular a partir de comienzos del siglo XIX): *v. gra.* la inmunidad (e inviolabilidad) absoluta de los agentes diplomáticos que se remonta al año 1200, cuando el Papa Gregorio X consagró la inviolabilidad personal de los enviados en cualquier circunstancia como principio básico de la diplomacia, de conformidad con el principio “*Ius Gentium exigit ut legati cuiuslibet gentes securitatem gaudeant, etiam apud hostes*”. Cabe señalar en este contexto, que la Diplomacia “*ad hoc*” precedió en el tiempo a la genérica y se confundió con ella. Se extendió desde el principio de los tiempos hasta el siglo XV, en el que surgieron los Estados nacionales y nació la Diplomacia permanente, que -en parte- “la sustituyó, aunque sin excluirla del todo”⁶⁷.

De este modo, las inmunidades soberanas son expresivas de la máxima «*par in parem non habet imperium*» (los iguales no tienen jurisdicción uno sobre otro). Sucharitkul sostiene que el principio de la jurisdicción del Estado debe dar paso al principio de igualdad soberana para hacer efectivo el derecho de inmunidad estatal⁶⁸. El Consejo de Europa

⁶⁷ Véase YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores: Compendio de derecho diplomático y consular*, Colección Escuela diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid, p. 353. Según el Tribunal Internacional de Justicia, el principio de inviolabilidad de la persona del agente diplomático es una de las bases de un régimen jurídico internacional establecido desde hace mucho tiempo (sentencia de 1980 en el conocido asunto del *Personal diplomático y consular de los EEUU en Teherán*; cf. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Provisional Measures, Order of 15 December 1979, *ICJ Reports 1979*, p. 19, para. 38; *id.*, Judgment, *ICJ Reports 1980*, p. 42, para. 91. En 2013, con relación al incidente diplomático italo-indio en el asunto *Enrica Lexie*, el Tribunal Supremo de la India dictó una providencia (14 de marzo de 2013) que desconocía la inmunidad del Embajador italiano en Delhi. Véase al respecto GONZÁLEZ VEGA, J.A., “Otra etapa en la lucha contra las inmunidades del poder (...)”, *op. cit.*, p. 4; TALMON, S., “The (not so) ‘Sacred’ Word of an Italian Ambassador and Diplomatic Immunity for Contempt of Court”, *Indian JIL*, vol. 54, 2014, pp. 1-35.

⁶⁸ SUCHARITKUL, S., “Immunities of Foreign States Before National Authorities”, *Recueil de Cours*, La Haya, 1976, pp. 117-119. El principio «*par in parem non habet imperium*» data del

declaró en su informe explicativo para el *Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados* de 1972: “State immunity is a concept of international law, which has developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State is not subject to the jurisdiction of another State”⁶⁹. Unos treinta años después, esto fue repetido literalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani c. el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*: “sovereign immunity is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State”⁷⁰. A este respecto Xiaodong Yang, concluye que “[t]he idea seems to be entertained by other prominent international judges as well, and by the International Law Commission. Indeed, that State immunity owes its origin to, or is derived from, this Latin maxims seems to be an almost universally held belief within the circles of international law and

siglo XVI (Florian H. Th. Wegelein, señala no obstante, que “the concept of state immunity is thought to have originated in the 17th century in the Westfalia Peace”. WEGELEIN, F. H. Th., *Marine Scientific Research: The Operation And Status of Research Vessels And Other Platforms in International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, p. 153. Para una discusión detallada de las raíces históricas de la doctrina de la inmunidad del Estado, véase HILL, Thomas H., “A policy Analysis of the American Law of Foreign State Immunity”, *Fordham Law Review*, vol. 50, 1981, pp. 155, 158-162 (*apud* WEGELEIN, Florian H. Th.), y tiene su origen en una cita de BARTOLO, *Tractatus represaliarum*, 1354, quaestio 1/3, 10: «*Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par in parem no habet imperium*». Así lo afirma M. A. CEBRIÁN SALVAT basándose en la proclamación en este sentido de abundante doctrina y jurisprudencia: véase la Sentencia de la Corte de Casación Italiana de 5 julio 1982, *ILR*, núm. 78, pp. 120 y ss. y la Sent. Trib. Sup. Polonia 14 diciembre 1948, *ILR*, núm. 24, pp. 120 y ss; OPPENHEIM, L., *International Law*, 1947, p. 239; SUCHARITKUL, S., *Inmunities of Foreign States Before National Authorities*, *op. cit.* en esta misma nota, p. 117. Véase CEBRIÁN SALVAT, M.A., “Daños causados por un Estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 5, Nº. 2, Universidad Carlos III, Madrid, 2013, p. 267.

⁶⁹ Council of Europe, *Explanatory Report to the European Convention on State Immunity*, European Treaty Series, Nº. 74, 1972, p. 5, para. 1.

⁷⁰ *Al-Adsani c. UK*, ECHR, 2001, (2002) 34 EHRR 11, para. 54; 123 ILR 24, 40. Véase también *Fogarty c. UK*, ECHR, 2001, (2002) 34 EHRR 12, para. 34; 123 ILR 53, 65; *McElhinney c. Ireland*, ECHR, 2001, (2002) 34 EHRR 13, para. 35; 123 ILR 73, 84-85; *Kalogeropoulou c. Greece*, ECHR, (2002) 129 ILR 537, 546.

beyond, as can be seen from repeated references in national court decisions and in scholarly writings”⁷¹. En cuanto a la inmunidad del Estado, la primera referencia al adagio *par in parem* parece haber sido hecha por el jurista Hartmann en 1890⁷², setenta y ocho años después de *The Schooner Exchange*. La invocación de la máxima (redactada de diversas maneras) por los tribunales es muy posterior. Si consideramos *The Schooner Exchange* decidido por el Tribunal Supremo de los EE.UU. en 1812 como el primer caso sobre inmunidad del Estado, entonces, tal y como señala Yang: “it is something of a surprise that this maxim, believed to lie at the fountainhead of immunity, was not mentioned in the US courts until some 170 years later, in the 1981 case of *Texas Trading*. The US Supreme Court, with which the doctrine of State immunity

⁷¹ YANG, X., *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 51-52. Como curiosidad, es interesante señalar el verdadero origen de la expresión *par in parem non habet imperium*; así pues, la popularidad de este supuesto epigrama del derecho internacional debería deberle mucho a un poeta. Xiaodong Yang señala a este respecto que “it will be disheartening, then, to point out from the outset that the origin of the *par in parem* maxim itself has nothing to do with State immunity or even with international law. According to Dinstein, this epigram is derived from canon law and can be traced to a ruling of Pope Innocent III, delivered in the year 1199, to the effect that one Pope could not impinge upon the right of his successors to exercise their respective powers, for the authority of the predecessor would be no more than that of those who followed (*cum non habeat imperium par in parem*). Obviously the rule in its original conception only concerned the relationship of successive rulers at different times”. *Ibid.*, p. 52. A continuación, el autor indica que “[t]he axiom was first stated as *par in parem non habet imperium* by Dante Alighieri (1265-1321) in *De Monarchia* (composed circa 1309-1313), where he applied it to contemporary rulers, the context of the maxim having been converted from a vertical line to a horizontal plane. According to him: *It is clear that a dispute may arise between two princes . . . therefore a judgment between them is indispensable. However, since neither can take cognizance over the other (neither being subject to the other – and equals do not rule over equals (par in parem non habet imperium)), there needs to be a third person enjoying wider jurisdiction who by right rules over both of them. This person . . . eventually . . . will be the Monarch, or Emperor. Therefore monarchy is necessary to the world.*” *Ibid.*, p. 52. Según Xiaodong, estudios recientes sostienen que es más probable que Dante haya citado su máxima de la *Glosa Acursiana* en lugar del decreto del Papa Inocencio III. En línea con lo comentado al principio, este autor termina diciendo que “[i]t seems that the first lawyer to cite this maxim was Bartolus de Saxoferrato (...) The idea that Bartolus is the *originator* of the maxim can be traced to Verdross”. *Ibid.*, p. 517.

⁷² HARTMANN, A., “De la Compétence des Tribunaux dans les Procès contre les États et Souverains Étrangers”, *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 22, 1890, p. 426 (citado por YANG, X., *op. cit.*, p. 53).

originated, has never referred to the *par* principle as the basis of immunity, whether in *The Schooner Exchange* or in any other case thereafter. In fact, the US courts do not seem to have a high regard for the epigram so popular with other, especially the Italian, courts”⁷³. Sin embargo,

⁷³ YANG, X., *State Immunity in International Law*, *op. cit.*, p. 53. En cuanto a la interpretación del principio por la jurisprudencia, Xiaodong Yang señala que “the *par in parem* adage has been construed to mean, or associated with, a whole spectrum of attributes of the State, such as sovereignty (or sovereign authority, citando entre otros: *The Cristina*, England, [1938] AC 485, 502; 9 AD 250, 254; *I Congreso del Partido*, England, 1981, [1983] 1 AC 244, 262; 64 ILR 307, 313, etc.), equality (citando entre otros, *Harrie v. Steinmann*, Italy, (1927) 4 AD 364; *Texas Trading v. Nigeria*, US, 647 F.2d 300, 303, fn. 1 (2nd Cir. 1981), etc.), independence (*Brazilian Embassy Employee Case*, Portugal, (1984) 116 ILR 625, 627), ‘rights of liberty’ (citando: *Ministry v. Association*, Italy, (1978) 65 ILR 320, 321), and, unsurprisingly, various combinations of these and others (citando: *Schreiber v. Germany*, Canada, [2002] 3 SCR 269, 280; (2002) 216 DLR (4th) 513, 523; *Castiglioni v. Yugoslavia*, Italy, (1952) 19 ILR 203, 206; *Francischiello v. USA*, Italy, (1959) 28 ILR 158, 160; *USA v. Guinto*; *USA v. Ceballos*; *USA v. Rodrigo*, Philippines, (1990) 102 ILR 132, 139; *Abbott v. South Africa*, Spain, (1992) 113 ILR 411, 419). The converse position has also been expressed that the adage *par in parem non habet jurisdictionem* is itself deduced from the principle of the equality and independence of States one from the other (para ilustrar esta posición Xiaodong Yang cita el caso *Libya v. SpA*, Italy, (1979) 78 ILR 90, 92.)”. *Ibid.*, p. 55. Paréntesis añadido. Por lo que respecta a los académicos, existe la misma diversidad de opiniones al citar el adagio como ilustrativo de: “equality (or ‘sovereign equality’) [Xiaodong Yang señala como adeptos de este parecer: Daillier *et al.*, *Droit international public*, 8e edition, LGDJ, 2009, p. 497; Brownlie, I., *Principles of public international law*, Oxford University Press, 7th ed., Oxford, 2008, p. 325 (añado Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9ª edición, OUP, Oxford, 2019, p. 433); Pingel-Lenuzza, *Les immunités des états en droit international*, pp. 38-39, 1997; Cosnard, *La soumission des États*, p. 76, 1996; Jennings and Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law*, 1992, p. 341; American Law Institute (ALI), *Third Restatement*, p. 438; Centres de Droit International, *L’Immunité*, p. 120; Lauterpacht (ed.), *Oppenheim’s International Law*, Vol. 1: Peace, 8th edn, London/New York/Toronto: Longmans, Green and Co., 1955 p. 264; Kelsen, *Principles of International Law*, 1952, p. 235; Hafner and Köhler, “The United Nations Convention on jurisdictional immunities of states and their property”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 35, editado por T.M.C. Asser Instituut, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 4; Hafner and Lange, “La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens”, *Annuaire français de droit international*, n.º 50, 2004, p. 45; Prevost, “Does Immunity attach to the state or its acts?” 21 SAYIL, 1996, p. 119; Sucharitkul, “Immunities of Foreign States Before National Authorities”, *Recueil des Cours*, La Haya, 1976, p. 117; Lalive, “L’immunité de jurisdiction des états et des organisations internationales”, *Recueil des Cours*, t. 84, 1953, p. 213; Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 2006, p. 581.], sovereignty [Steinberger, H., “State Immunity” en Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopaedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 2000, pp. 615, 616; Von Bar, Report to the 15th Committee, *Annuaire de l’Institut de Droit*

para este autor, ninguno de “those vague concepts such as sovereignty, independence and equality (...) can singly be the basis of State immunity, and none of them has ever done so (...). From the Olympian heights of sovereignty and independence in the era of *The Schooner Exchange* State immunity has finally descended to the ground, to the world of mundane technicalities. *The judge is no longer concerned about where immunity comes from: it is already there*”⁷⁴.

Antes de proceder a realizar un esbozo histórico de la jurisprudencia interna relativa a la inmunidad de los buques de Estado, hay que resaltar (a nivel de diferenciación conceptual) que, además de esta práctica judicial de la inmunidad estatal iniciada con *The Schooner Exchange*, existen

International, Vol. 11, Session de Hambourg, septembre 1891, p. 414.], independence [FOX, Hazel y WEBB, Philippa, *The law of State Immunity (...)*, op. cit., p. 57.], a combination of several attributes of Statehood [Dupuy y Kerbrat, *Droit international public*, 2010, p. 142; FOX Hazel y WEBB Philippa, op. cit., Chamlongrasdr, *Foreign State Immunity and Arbitration*, 2007, p. 66; Cassese, *International Law*, 2nd edn, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 98; Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2005, p. 7; Vibhute, *International Commercial Arbitration and State Immunity*, p. 3; Shearer, *Starke's International Law*, 11th edn, 1994, p. 192; Sinclair, “The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments”, 167 *Recueil des Cours* (1980-II), p. 198; “Harvard Research, 1932: Harvard Law School, Research in International Law: Competence of Courts in Regard to Foreign States”, *American Journal of International Law Supplement*, Vol. 26, N° 1, 1932, p. 527.], or simply as free-standing expression without any particular connotation specified [Stewart, “The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property”, *American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005, p. 195; Lalive, “Quelques observations sur l’immunité d’exécution des Etats et l’arbitrage international”, *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1989, p. 369; Badr, G. M., *State immunity. An Analytical and Prognostic View*, La Haya, Boston y Lancaster, 1984, p. 89; Martin, “Sovereign Immunity-Limits of Judicial Control-the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976”, *Harvard International Law Journal*, vol. 18, 1977, p. 431]. Véase Yang, X., *ibid*. Xiaodong Yang concluye que “whereas the case law more often associates *par in parem* with sovereignty, the scholarly opinion more frequently links it with equality. Moreover, the same court may think differently at different times; and judges in the same case may not necessarily give the same interpretation”. *Ibid*.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 58. Énfasis añadido. Véase también KIONKA, E.J., *Torts in a Nutshell*, 2ª ed. 1992, p. 341; LAUTERPACHT, H., “El problema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros”, *British Year Book of International Law*, n° 28, 1951, p. 228; DJIBRIL, M., “Does a Sovereign State Immunity Say More than We Think? ITLOS’s Decision in ARA LIBERTAD Case”, *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol. 37, 2015, pp. 6-7.

dos doctrinas obstaculizadoras conocidas: las teorías de la «*Cuestión política*» y del «*Acto de Estado*» (*Act of State*), que son igualmente «criaturas del Juez»⁷⁵ y se han utilizado sobre todo por los órganos judiciales de los

⁷⁵ Recuérdese, tal y como vimos en la introducción de la obra, que la expresión «criatura del Juez» ha sido utilizada por Cesáreo Gutiérrez Espada para referirse al principio mismo de inmunidad de jurisdicción cuando postula que si el Legislador español no admite una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado ante las violaciones graves de derechos humanos, incluso cuando este actúa como tal, como Estado soberano, quizás sea el Juez, al ser la inmunidad de jurisdicción «criatura» suya. GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La inmunidad de jurisdicción del Estado (Alcance y excepciones)”, *op. cit.*, p. 57. A este respecto se debe partir del hecho de que cuando se abre a la firma la CNUJ (el 17 de enero de 2005), ya se ponía en entredicho el “absolutismo”, en palabras de Gutiérrez Espada trayendo a colación también a otros autores, de la concepción restrictiva de la inmunidad de jurisdicción, según la cual la inmunidad de jurisdicción del Estado sólo cedía en los casos en los que este obra como particular (*acta ex iure gestionis*), pero no (de ahí lo de “absolutismo”) cuando lo hacía como Estado, como ente dotado de *imperium* (*act ex iure imperii*). Esa tendencia defendía que cuando un Estado, como tal, actuando *ex iure imperii*, cometiese violaciones graves de normas imperativas del Derecho Internacional, como las que prohíben la tortura, el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad o la violación sistemática, generalizada, masiva de los derechos humanos, no podía ampararse en la inmunidad de jurisdicción. Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., *ibid.*, p. 52; ESPÓSITO MASSICCI, C.: “Sobre la emergencia de una excepción a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante las violaciones graves de derechos humanos”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2007*, Bilbao, Servicios de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2008, pp. 207-223. La sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, de 3 de febrero de 2012, en el asunto sobre las *inmunidades jurisdiccionales (Alemania c. Italia, con intervención de Grecia)* se ha interpretado como que “cierra el debate a favor de la operatividad de esta inmunidad de jurisdicción”. Véase CARRILLO SALCEDO, J. A., “Les immunités de juridiction des Etats devant la Cour internationale de justice: permanence et regrettable primauté de la souveraineté dans l’arrêt du 3 février 2012”, *Académie de droit international de La Haye (Dir.)*, *Le 90e anniversaire de Boutros Boutros-Ghali*, Nijhoff, Leiden, 2012, p. 57. Otra sentencia que ha reabierto el debate, en contraste con la sentencia del TIJ (2012), ha sido la sentencia 238/2014, de 22 de octubre, del TC italiano, con ponencia del entonces su Presidente, el internacionalista Giuseppe Tesaurò. Esta sentencia declara inconstitucional el artículo 3 de la ley italiana de 14 de enero de 2013 (de adhesión a la Convención de Naciones Unidas), que ordena a los jueces italianos (para adecuarse a la sentencia del TIJ de 3 de febrero de 2012) declinar su propia jurisdicción en las causas civiles de resarcimiento de daños por crímenes contra la humanidad cometidos *iure imperii* por un Estado extranjero en territorio italiano, sin haber previsto fórmula alguna alternativa de reparación judicial de los derechos fundamentales violados, por quebrantar el principio de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales que garantizan los artículos 2 y 24 de la Constitución italiana. Corte Costituzionale, sentenza 238/2014, 22 ottobre 2014, FJ 1, 4 y 5, así como los puntos 1 y 2 del Fallo. Recientemente, la Corte di Cassazione en su sentencia

sistemas jurídicos de *Common law*, particularmente, de nuevo, por Estados Unidos. S. Sucharitkul, en su Sexto informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, señalaba que “cuando se impugna la jurisdicción de un tribunal, puede hacerse sobre la base de la inmunidad jurisdiccional, dado que se demanda directa o indirectamente al soberano de un país extranjero, o sobre cualquier otra base, como, por ejemplo, la doctrina del «acto de Estado» (...)”⁷⁶.

Iglesias Velasco indica de forma bastante clara y precisa las diferencias entre la inmunidad del Estado extranjero y las doctrinas del «*Acto de Estado*» y de la «*Cuestión política*». En primer lugar, señala el autor que la inmunidad del Estado extranjero constituye en sí misma una norma de Derecho internacional general aceptada y aplicada universalmente, a diferencia de las teorías doctrinales mencionadas⁷⁷. Así pues, en *NM Cherry Blossom*, el Tribunal Superior de Sudáfrica, en un caso relativo a la retirada del cargamento de un buque (roca fosfórica extraída de la mina de Boucraa, en el territorio del Sahara occidental) que había sido vendido por dos sociedades cuyo capital pertenece en algo más del 94% al Estado de Marruecos, señalaba que: “Unlike state immunity, the doctrine of a foreign act of state is a municipal law rule (...). It is founded upon the principle of mutual respect for equality of sovereign states, the principle of comity”⁷⁸. El tribunal cita el caso *Swissborough Diamond*

n. 20442 de 28 de septiembre de 2020, ha confirmado una vez más la jurisprudencia italiana actualmente consolidada y elevada a su máximo exponente con la sentencia 238/2014 del Tribunal Constitucional italiano. Véase Corte Suprema di Cassazione., Sezione Unite Civili., Sentenza 28 settembre 2020, n. 20442. Señala Antonio Lazari que “en los fallos de las cortes italianas en la saga *Ferrini*, en la Sentencia Kadi del TJUE y en la propia Ley Orgánica 16/2015 se va perfilando una limitación fundada en el álveo axiológico, no ya comercial”. LAZARI, A., “Pelando la cebolla: breves reflexiones sobre la complejidad de la inmunidad jurisdiccional en derecho internacional” en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., PETIT DE GABRIEL, E. W., (eds.), *España y la Unión Europea en el Orden Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 654.

⁷⁶ Véase a Sucharitkul en su *Sexto Informe*, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁷ Véase a IGLESIAS VELASCO, A. J., “las barreras a la aplicación judicial interna del Derecho internacional”, en su reciente obra *El juez estatal ante el Derecho Internacional*, *op. cit.*, p. 223.

⁷⁸ *Saharawi Arab Democratic Republic and The Front Polisario v Owner and Charterers of the MV 'NM Cherry Blossom' and Others*, Haute cour d’Afrique du Sud, Eastern Cape Local Division,

Mines (Pty) Ltd v Government of the Republic of South Africa donde se pone de manifiesto que: “The judicial branch of government ought to be astute in not venturing into areas where it would be in a judicial no-man’s land. It would appear that in an appropriate case, as an exercise of the Court’s inherent jurisdiction to regulate its own procedure, the Court could determine to exercise judicial restraint and refuse to entertain a matter, notwithstanding it having jurisdiction to do so, in view of the involvement of foreign states therein”⁷⁹. Asimismo, el Tribunal Superior de Sudáfrica trae a colación la máxima expresada en *Van Zyl v Government of the Republic of South Africa* en el que se afirmó que: “[c]ourts should act with restraint when dealing with allegations of unlawful conduct ascribed to sovereign states”⁸⁰. Por tanto, tal y como precisa Iglesias Velasco, la segunda diferenciación reside en el momento procesal de actuación de dichos obstáculos; así pues, mientras la inmunidad del Estado extranjero opera *ex ante* como una excepción procesal al ejercicio de jurisdicción del tribunal del Estado territorial (el tribunal del foro), las referidas doctrinas no funcionan como excepción al ejercicio de jurisdicción sino que actúan con posterioridad, cuando el tribunal ya está ejerciendo su competencia y conociendo el fondo de ese caso⁸¹. En *NM Cherry Blossom*, el Tribunal especifica que: “[t]here is no doubt that a decision in relation to the justiciability of the matter may finally dispose of the entire matter if it is decided that the case is not justiciable, or an important part of the proceedings if the converse is decided. However, that issue can only be decided in circumstances where the issues

Port Elizabeth, 15 juin 2017, Case N° 1487/17, ZAECPEHC 31; 2017 (5) SA 105 (ECP); [2018] 1 All SA 593 (ECP) (15 June 2017), párrafo 86. No entraremos en profundidad en los hechos del caso pues será tratado en un momento posterior de la obra.

⁷⁹ *Swissborough Diamond Mines (Pty) Ltd v Government of the Republic of South Africa* 1999 (2) SA 279 (T) at 334D-F. Véase *Saharawi Arab Democratic Republic and The Front Polisario v Owner* (...), *ibid*, párrafo 87.

⁸⁰ *Van Zyl v Government of the Republic of South Africa* 2008 (3) SA 294 (SCA) para 5 (citado en *Saharawi Arab Democratic Republic and The Front Polisario v Owner* (...), *ibid*, párrafo 88).

⁸¹ Véase a IGLESIAS VELASCO, A. J., “las barreras a la aplicación judicial interna del Derecho internacional”, *op. cit.*, p. 223-224.

between the parties are clearly and fully ventilated on the pleadings”⁸². Por su parte, en este caso, las empresas demandadas afirman que las cuestiones están ampliamente definidas para abordar la cuestión de un Acto de Estado extranjero. Sin embargo, el Tribunal Superior de Sudáfrica se opone, argumentando que: “A court which is called upon to exercise restraint or to refrain from adjudicating a matter in respect of which it otherwise has jurisdiction will do so with caution and then only in circumstances where it is necessary to determine the particular issue engaged by a foreign act of state”. Por otro lado, el tribunal subraya que: “The scope and application of the principle of restraint is a matter for determination at domestic law. There is no public international law principle which obliges a domestic court to refrain to adjudicate a matter involving a foreign act of state in respect of the subject matter over which the court otherwise has jurisdiction”⁸³. En este caso, no está del todo claro cuál es el «Acto de Estado» en el que se basan las empresas y que puede hacer que el asunto no sea justiciable. Las empresas defienden la titularidad sobre la base de que la ley marroquí se aplica en el territorio en cuestión y que sus operaciones mineras son legales de acuerdo con esa Ley. Igualmente, señala el tribunal que: “the question of compliance with the UN framework regulating the exploitation of mineral resources in a non-self-governing territory, (upon which OCP and Phosboucraa also rely), may prove to be the central issue for adjudication. Whether that is so will depend upon the full and proper ventilation of the issues on the pleadings in the vindicatory action. If indeed the latter issue is the central dispute to be determined, then it is difficult to conceive on what basis it could be contended that the dispute is non-justiciable before this court”⁸⁴. De tal modo, el tribunal sentencia que: “the question of the justiciability of the dispute ought not now to be decided. In these circumstances it would be imprudent to express any view in regard to the either the nature or ambit of the doctrine of a foreign act of state as

⁸² Saharawi Arab Democratic Republic and The Front Polisario v Owner and Charterers of the MV 'NM Cherry Blossom', op. cit., párrafo 94.

⁸³ *Ibid.*, párrafo 95.

⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 97.

it applies in our law”⁸⁵. Asimismo, señala que: “this court is faced not with the broader political question but with the rather more prosaic question as to the regulation of its procedure to enable litigating parties access to a judicial forum in which they can resolve a legal dispute. There is no reason of high policy engaged in this matter which would preclude the court from doing so”⁸⁶. En el caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, el Tribunal Supremo estadounidense dictaminó que: “Rather than laying down or reaffirming an inflexible and all-encompassing rule in this case, we decide only that the Judicial Branch will not examine the validity of a taking of property within its own territory by a foreign sovereign government, extant and recognized by this country at the time of suit, in the absence of a treaty or other unambiguous agreement regarding controlling legal principles, even if the complaint alleges that the taking violates customary international law”⁸⁷.

Las doctrinas de la «*Cuestión política*» y del «*Acto de Estado*» “pueden contemplarse como complementarias”⁸⁸, en el sentido de que mientras la aplicación de la primera impide la revisión judicial de los actos de un Estado por sus propios tribunales, la segunda elude el control judicial interno del comportamiento de un Estado extranjero, evitando que los

⁸⁵ *Ibid.*, párrafo 98.

⁸⁶ *Ibid.*, párrafo 100.

⁸⁷ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, US, Supreme Court, 376 U.S. 398 (1964), p. 428. Con relación a este caso, Fox y Webb expresan que “with Cuba as plaintiff, the Sabbatino case treated the matter, as does immunity, as one of status of a foreign State but, unlike immunity, gave positive effect to its legislative acts”. FOX y WEBB, “The Plea of State Immunity Distinguished from Act of State and Non-justiciability: State Practice: US law, English law” en su obra *The law of State Immunity (...)*, *op. cit.*, p. 56. Señala Djibril que “the act of State doctrine appropriately restricts courts to their traditional role as law interpreters rather than law makers, the latter being appropriately reserved to the executive and legislative branches”. DJIBRIL, M., “Does a Sovereign State Immunity Say More than We Think? ITLOS’s Decision in ARA LIBERTAD Case”, *op. cit.*, p. 8. Véase también DINGFELDER STONE, J. H., “Sabbatino Case”, en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, (<http://www.mpepil.com>).

⁸⁸ IGLESIAS VELASCO, A. J., “las barreras a la aplicación judicial interna del Derecho internacional”, en su reciente obra *El juez estatal ante el Derecho Internacional*, *op. cit.*, p. 224.

jueces domésticos adopten decisiones judiciales sobre la licitud internacional de actos soberanos extranjeros⁸⁹.

En el caso *Buttes Gas v. Hammer*, la Cámara de los Lores en una sentencia de 29 de octubre de 1981 “expandió el campo de aplicación de la doctrina del Acto de Estado, a efectos de justificar su decisión de no revisar la validez internacional de transacciones de concesiones petrolíferas en aguas contiguas realizadas entre dos Estados extranjeros. El resultado fue la inmunidad judicial de los intercambios comerciales entre Estados soberanos sobre la base del principio de auto-restricción judicial por ausencia de «judicial or manageable standards»⁹⁰. Pero, tal y como recoge Iglesias Velasco, citando a G. van Hecke & K. Lenaerts, “esta posición resulta incongruente con la propia perspectiva británica de considerar al Derecho Internacional como parte del Derecho del país, pues entre sus normas un juez nacional puede encontrar suficientes criterios y estándares judiciales para examinar casos de este tipo. De hecho, los tribunales británicos han venido evaluando en las últimas décadas la licitud en Derecho internacional de los actos de Estados extranjeros, a efectos de buscar remedios jurídicos civiles en caso de que tales actos resultaran ilegales”⁹¹. Por lo que respecta a la doctrina de la «Cuestión

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*, p. 242.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 242-243. Véase también HECKE, G. van & LENAERTS, K., “The Act of State Doctrine: a Continental Lawyer Looks at the House of Lords Ruling *Buttes Gas v. Hammer*”, *R.B.D.I.*, vol. 19, 1986, pp. 59-69; REECE THOMAS, K., “The Changing Status of International Law in English Domestic Law”, *NILR*, vol. 53, n.º 3, 2006, p. 397. En Fox y Webb puede leerse que “the pleas of Act of State and non-justiciability in US law are also recognized in English law where proceedings relate to transactions between foreign States governed by international law and may apply irrespective of whether or not the relevant State or its organs are joined as parties to the action. Thus, in *Buttes Gas* the proceedings turned on a dispute relating to the right in international law to exploit as an oil concession an area of the sea and, as the House of Lords held, there were ‘no judicial or manageable standards by which to judge these issues, or to adopt another phrase, the court would be in judicial no man’s land; the court would be asked to review transactions in which four foreign States were involved, which they had brought to a precarious settlement, after diplomacy, and the use of force’. Lord Wilberforce, who gave the single judgment of the House, after a review of particular rules, and reference to proceedings in US federal courts on the same international incident, declared a general principle, ‘not one of

política», de nuevo, el magistral pronunciamiento del Juez Marshall cobra vida, pues este se encuentra en la propia génesis de la misma. Fox y Webb señalan al respecto que “the judgment makes it plain that any withdrawal of immunity, whether in breach of international law, or by way of discretion was a matter for the executive and not the courts, thus opening the way for the US courts’ deference to the executive on foreign relations and the political question doctrine, which have become distinctive features of US law”⁹². Precisamente, en esta deferencia al ejecutivo podría encontrarse una posible explicación para la decisión en *Santísima Trinidad*, 20 US (7 Wheat 283 1822) que, en conflicto directo con *Schooner Exchange*, denegó la inmunidad a un buque español capturado en Alta Mar y exigió a España que demostrara su título⁹³.

2. LA INMUNIDAD DEL BUQUE DE GUERRA Y DEL BUQUE DE ESTADO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DE LOS ESTADOS

2.1. INTRODUCCIÓN

Existe poca evidencia pública de conflictos que surjan en los últimos años con respecto a los buques inmunes soberanos. Esta clase especial de bienes del Estado no es baladí a la hora de tratar de ofrecer una primera aproximación a cerca de la *génesis* misma de la inmunidad soberana, pues tal y como expresa el profesor Sánchez Rodríguez⁹⁴, el origen jurisprudencial más acabado de la inmunidad de jurisdicción del Estado se sitúa en el famoso asunto *The Schooner «Exchange» c. McFaddon and*

discretion but inherent in the very nature of process ... There exists in English law a more general principle that the courts will not adjudicate on the transactions of foreign sovereign States”. FOX y WEBB, “The Plea of State Immunity Distinguished from Act of State (...)”, *op. cit.*, p. 60. Véanse también en este sentido, *Petrotimor Companhia de Petroleos SARL v Commonwealth of Australia* [2003] 126 FCR 354, así como *Victoria Aircraft Leasing Ltd v United States* (2005) 218 ALR 640.

⁹² FOX y WEBB, *op. cit.*, p. 137.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., *Inmunidades de los Estados extranjeros (...)*, *op. cit.*, pp. 21-22.

others (1812)⁹⁵, con el reconocimiento de las inmunidades de los *buques oficiales armados*⁹⁶. De este modo, es a partir del siglo XIX cuando comienzan a aparecer en la práctica de los tribunales nacionales formulaciones de la doctrina de la inmunidad de los Estados⁹⁷.

En la sentencia citada, el principio de inmunidad de jurisdicción fue expresado con claridad por el juez Marshall, presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En ella se discutía la propiedad de nacionales estadounidenses sobre uno de sus buques requisado en su momento por Napoleón para incorporarlo a su marina de guerra. Una vez que la goleta *Exchange* arribó al puerto de Filadelfia, sus antiguos propietarios la reclamaron judicialmente, lo que motivó que el juez afirmara el principio en los siguientes términos⁹⁸:

“This perfect equality... of sovereigns, and this common interest impelling them to mutual intercourse, and an interchange of good offices with each other, have given rise to a class of cases in which every

⁹⁵ Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 24 de febrero de 1812, *The Exchange v. McFaddon and others* (1812) 11 US (7 Cranch) 116). CRANCH, W., *Reports of Cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States*, vol. VII, 3.^a ed., Nueva York, 1911.

⁹⁶ El Relator Especial de la CDI, S. SUCHARITKUL, en su Sexto informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y en relación al proyecto de artículo 19 (actual artículo 16 de la CNUIJ constitutivo de la excepción a la inmunidad del Estado en el caso de los buques utilizados para un servicio comercial), señala que “la práctica de los Estados con respecto a la inmunidad de los Estados en general ha comenzado de hecho en numerosos países, casi inevitablemente, con el reconocimiento de las inmunidades de los buques oficiales armados”. Véase *Anuario CDI*, vol. II (primera parte), 1984, *op. cit.*, p. 33.

⁹⁷ A partir de entonces, “el desarrollo judicial de esa doctrina ha generado una doctrina jurídica interna más abundante y, probablemente, más diversa que en ninguna otra rama del derecho internacional” (SUCHARITKUL S., “Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, *op. cit.*), que en la actualidad sigue creciendo y trata de solventar antiguos y nuevos dilemas. Sobre algunos de estos dilemas véase TLADI, D., “The international law commission’s recent work on exceptions to immunity: Charting the course for a brave new world in international law?”, *Leiden Journal of International Law*, Tomo 32, N.º 1, Cambridge, Mar 2019, pp. 169-187.

⁹⁸ Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, N.º. 2, Universidad Carlos III, Madrid, 2011, p. 146.

sovereign is understood to wave the exercise of a part of that complete exclusive territorial jurisdiction, which has been stated to be the attribute of every nation”⁹⁹.

Por lo que respecta al buque de guerra, del propio voto del juez Marshall en *The Schooner Exchange* se desprende un concepto de *larga data* como es concretamente el de la inmunidad de los buques de guerra. Así Marshall dispuso que:

“If there be no prohibition, the ports of a friendly nation are considered as open to the public ships of all powers with whom it is at peace, and they are supposed to enter such ports and to remain in them while allowed to remain, under the protection of the government of the place”¹⁰⁰.

El magistrado aceptó como “principle of public law, that national ships of war, entering the port of a friendly power open for their reception, are to be considered as exempted by the consent of that power from its jurisdiction”¹⁰¹. En su pronunciamiento, el Juez Marshall concluía: “(...) the *Exchange*, being a public armed ship in the service of a foreign sovereign with whom the government of the United States is at peace, and having entered an American port open for her reception on the terms on which ships of war are generally permitted to enter the ports of a friendly power, must be considered as having come into the American territory under an implied promise that while necessarily within it and demeaning herself in a friendly manner, she should be exempt from the jurisdiction of the country”¹⁰². En el análisis de la

⁹⁹ *The Exchange v. McFaddon* 11 U.S. (7 Cranch), *op. cit.*, pp. 116 y ss., en p. 137 (disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/116/case.html>, consultado el 09-09-2019). En esta y en otras afirmaciones realizadas por Marshall en la misma línea, fundamenta el profesor Sánchez Rodríguez “el origen jurisprudencial más acabado de la inmunidad de jurisdicción del Estado”. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., *op. cit.*, pp. 21-22.

¹⁰⁰ *The Exchange v. McFaddon*, *op. cit.*, pp. 143, 145-147. El TIDM aplica esta antigua pero aún vigente doctrina de derecho internacional en el caso *ARA Libertad (Argentina v. Ghana)*, Medidas Provisionales, de 15 de diciembre de 2012, *op. cit.*

¹⁰¹ *The Exchange v. McFaddon* 11 U.S. (7 Cranch), *ibid.*

¹⁰² *Ibid.*, p. 147.

práctica, el eximio jurista advirtió la existencia de algún precedente contradictorio, la confiscación de unos buques españoles por la República de las Provincias Unidas en el siglo XVII. Sin embargo, lo obvia por su carácter aislado¹⁰³. Por consiguiente, en toda obra que se precie en materia de inmunidades, no puede dejar de mencionarse este fallo¹⁰⁴ que “estableció por primera vez, en términos inequívocos, el principio de la inmunidad de los Estados en general y de los buques de guerra en particular”¹⁰⁵. Expone con claridad Sucharitkul que “si había que considerar a todos los Estados igualmente soberanos y ninguno podía tener o ejercer jurisdicción sobre los demás, el primer caso de probable contacto o de conflicto o superposición de autoridades soberanas o jurisdicciones entre Estados no podía ocurrir efectivamente a menos que un Estado entrara en los confines territoriales de otro. Normalmente ningún territorio de un Estado podía moverse al de otro Estado o superponerse a él. Sin embargo, la movilidad de las embarcaciones marinas y la ficción de su territorialidad provocaban precisamente ese caso. Por consiguiente, no es sorprendente que la doctrina de la inmunidad de los Estados hubiera de reconocerse y aceptarse en primer lugar como propuesta legal en casos relativos a un «territorio flotante» de un Estado que había flotado directamente a las aguas territoriales o nacionales de otro Estado, con el resultado de que el principio de la igualdad soberana no podía permitir el ejercicio de jurisdicción por el soberano territorial sobre el territorio flotante, que formaba parte de las fuerzas armadas de otro

¹⁰³ Este precedente puede verse en BYNKERSHOEK, C. V., *De foro legatorum tam in causa civili*, (...), *op. cit.*, p. 145 (así lo recoge GONZÁLEZ VEGA, J.A., “Otra etapa en la lucha contra las inmunidades del poder (...), *op. cit.*, p. 3). Para un análisis histórico de la doctrina de la inmunidad de buques de guerra en puerto extranjero, es un deber tener en cuenta la magistral obra de C. John Colombos *The international law of the sea*, Sixth Edition, Longmans, London, 1967, pp. 264-284.

¹⁰⁴ Michael Brandon escribía en 1954 que “most articles on this subject start with a reference to the classical decision in *The Schooner Exchange v. McFaddon*, which resulted in immunity being granted to one of Napoleon’s ships of war, and has been the basis of the many American cases involving jurisdictional immunity since that time.” BRANDON, M., “Sovereign Immunity of Government-Owned Corporations and Ships”, *Cornell Law Review*, vol. 39, nº. 3, 1954, p. 425.

¹⁰⁵ SUCHARITKUL, S., en su Sexto informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados (...), *op. cit.*, p. 33.

Estado igualmente soberano. Fue así efectivamente como el principio básico de la inmunidad del Estado o las inmunidades soberanas de los Estados en general llegó a ser reconocido y establecido como una consecuencia natural de las relaciones internacionales y un principio inevitable de derecho internacional¹⁰⁶. El principio recibió el respaldo judicial y la aprobación gubernamental en la práctica estatal posterior¹⁰⁷, sin importar cómo los comentaristas posteriores interpretaron o enmarcaron *The Schooner Exchange* para sus propios fines¹⁰⁸. El elogio a este dictamen clásico del cuarto presidente del Tribunal Supremo de los EEUU, John Marshall, siempre ha estado presente. Jean Hostie, cuando escribe sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense en ese período de reciente creación de los Estados Unidos, dice lo siguiente acerca de la conciencia de su soberanía e independencia nacionales: “Esa misma preocupación por su independencia -lo que era natural por parte de un Estado joven, sobre todo de un Estado que había sido el primer Estado colonial en pasar a ser soberano, (...) y que se justificaba además por las circunstancias externas y la novedad de la experiencia constitucional- esa misma preocupación, decimos, se manifiesta en una doctrina que estaba llamada a desempeñar un papel importante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y no solo en la jurisprudencia de los EEUU, como avala la práctica estatal dos siglos después)”¹⁰⁹. La innovación del Tribunal

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 33-34.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 33.

¹⁰⁸ El juez H. Lauterpacht en el año 1951 señaló que la sentencia del juez Marshall en el caso *Schooner Exchange vs. McFaddon*, “no puede fundamentar el principio de la inmunidad estatal, sino que otorga validez al principio de la plena jurisdicción del Estado territorial. Así, establece que cualquiera inmunidad del Estado extranjero proviene de una renuncia de la inmunidad del Estado territorial”. LAUTERPACHT, H., “El problema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros”, *op. cit.*, p. 221. Véase también FOX, H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁹ HOSTIE, “Contribution de la Cour suprême des Etats-Unis au développement du droit des gens”, *Recueil des cours, 1939-III*, t 69, Sirey, Paris, 1939, pp. 282-283. Paréntesis añadido. Traducción libre del autor. El texto original dice: “Ce même souci de leur indépendance -qui était naturelle pour un jeune État, surtout un État qui avait été le premier État colonial à devenir souverain, (...) et qui était en outre justifiée par les circonstances extérieures et la nouveauté de l'expérience constitutionnelle- cette même préoccupation, disons-nous, se manifeste dans une doctrine qui était destinée à jouer un rôle important dans la jurisprudence de la Cour suprême”.

Supremo de los Estados Unidos “inició una serie de alentadores progresos para actualizar e internacionalizar el proceso de creación del derecho internacional”¹¹⁰; pues, en esa época, “el derecho internacional era aún esencial y exclusivamente de origen europeo”¹¹¹.

Existen, por tanto, varias decisiones de los tribunales nacionales que confirman y respetan este principio legal del derecho internacional consuetudinario. La cuestión, señala J. Ashley Roach, cuando hace referencia a la decisión de la *Cour d’appel de Paris* de 10 de agosto de 2000 que ordena la liberación del buque *Sedov*, un buque de entrenamiento de Rusia, sigue siendo si “this customary international law has been incorporated (incorporation by reference) through article 32 into the Convention (CNUDM)”¹¹². De momento, hasta llegar a la CNUDM queda un apasionante recorrido jurisprudencial, por lo que a esta cuestión nos referiremos con posterioridad. Por ahora baste citar testimonios como el señalado por el anterior autor, J. Ashely Roach, que recoge el voto particular de los jueces Wolfrum y Cot en la decisión sobre la fragata *Libertad*¹¹³: “article 32 of the Convention does not indicate that through it the customary international law is being incorporated into the Convention. It simply takes the immunity of warships as a fact. It becomes evident upon scrutiny of the Convention that there are very few references to customary international law -except the already mentioned last preambular paragraph. This is due to the overall policy towards customary international law, whose universality was, at the time

¹¹⁰ SUCHARITKUL, S., *Sexto informe*, *op. cit.*, p. 33.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² ASHLEY ROACH, J., “Today’s Customary International Law of the Sea”, *Ocean Development & International Law*, vol. 45, n.º. 3, 2014, p. 244. Paréntesis añadido. Continúa el autor diciendo que: “The mechanism to incorporate rules from one set of rules into another one is well established in many national legal systems. However, it always has to be established whether the norm in question incorporates another one by reference or whether that norm only refers to another norm without incorporating it, thus leaving the issue to be regulated by the other set of norms, in our case by customary international law.” *Ibid.*

¹¹³ Caso *ARA Libertad (Argentina v. Ghana)*, *op. cit.*

of the drafting of the Convention, put into question”¹¹⁴. Rothwell y Stephens han declarado que los artículos 95, 96 y 236 de la CNUDM “reflect existing customary international law with respect to sovereign immunity of states which itself is founded upon extensive jurisprudence by domestic courts and relevant municipal legislation”¹¹⁵.

2.2. APROXIMACIÓN A LA PRÁCTICA JUDICIAL DE LOS ESTADOS

A continuación, procederemos a analizar la jurisprudencia con relación a la inmunidad del buque de guerra y del buque de Estado. En ella se verá como “gradual y progresivamente”, el principio de la inmunidad de los Estados, que se aplicó en primer lugar a los buques de guerra, fue aplicado, más tarde a otros buques oficiales, “que no satisfacían la definición de buques de guerra ni se usaban para fines de defensa, siempre que fueran embarcaciones oficiales o buques pertenecientes a un Estado o explotados por él para fines oficiales o utilizados en un servicio público y oficial no comercial.”¹¹⁶

La doctrina de la inmunidad de buques de guerra en puerto extranjero enunciada por el magistrado Marshall¹¹⁷ fue debatida ampliamente en

¹¹⁴ *Ibid*, opinión separada de los jueces Wolfrum y Cot, párrafos 43 y 47-50. Véase ASHLEY ROACH, J., “Today’s Customary International Law of the Sea”, *op. cit.*, pp. 244-245.

¹¹⁵ ROTHWELL, D. R., y STEPHENS, T., *The International Law of the Sea*, Hart, Oxford, 2010, p. 161.

¹¹⁶ Véase a Sucharitkul en su *Sexto Informe*, *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁷ Antes del siglo XIX, las cuestiones relacionadas con los buques de guerra se resolvían en gran medida en “prize courts set up by the Admiralty or another government department to deal with the capture of foreign ships”. FOX Hazel y WEBB Philippa, *op. cit.*, p. 135. El juez Marshall describió el caso *The Schooner Exchange v McFaddon* como “one of first impression”: *In exploring an unbeaten path, with few, if any aids, from precedents or written law, the court has found it necessary to rely much on general principles, and on a train of reasoning, founded on cases in some degree analogous to this*. *Ibidem*, p. 136. Así nos sentimos a la hora de enfrentar los nuevos interrogantes que surgen en torno a la inmunidad de jurisdicción de los objetos *no convencionales* que pueden darse en los espacios marinos, tales como: centrales nucleares flotantes, vehículos marítimos no tripulados, buques mineros y robots para afrontar la minería de alta profundidad, cables submarinos de comunicación, etc. Por tanto, también es necesario confiar con rotundidad en los principios generales y en la jurisprudencia que pueda resultar

el Reino Unido desde 1820 con *The «Prins Frederick»*, hasta que, por último, fue confirmada por sir Robert Phillimore, magistrado del Tribunal del Almirantazgo inglés, en el caso de la «*Constitution»* en 1879. En *The «Prins Frederick»* las partes admitieron que se trataba de un buque de guerra público perteneciente al rey de los Países Bajos y utilizado para el transporte de especias y otras mercaderías. Por lo que respecta a la jurisprudencia inglesa, afirma Sucharitkul que “probablemente *The «Prins Frederick»* fue el primer caso que afectó a un buque de guerra, «armé en flûte», perteneciente al rey de los Países Bajos. La controversia fue resuelta finalmente al margen de los tribunales, mediante arbitraje.”¹¹⁸ *The «Constitution»* era una fragata norteamericana que transportaba maquinaria y mercancías de regreso a América de la Exposición de París de 1878, embarrancada frente a Mournemouth y remolcada por un remolcador de vapor inglés de Poole. Los dueños del remolcador, descontentos de la cantidad ofrecida por el salvamento, pretendían impedir que el buque saliese de la jurisdicción antes de zanjarse las reclamaciones de aquellos. No lo consiguieron, pues el Tribunal dictó sentencia en términos muy parecidos a los de Marshall en el caso *Exchange*¹¹⁹. De este modo, la doctrina enunciada por el magistrado Marshall se convirtió en la base de la *inmunidad estatal* en Estados Unidos, Reino Unido, y otras jurisdicciones de *common law*. La famosa sentencia constituyó todo un emblema en cuanto sentó las bases para una evolución del principio de inmunidad que llevó a la afirmación de la existencia de una teoría restringida del principio de inmunidad, por la que se distingue la naturaleza de los actos llevados a cabo por el Estado, identificando los actos privados, de naturaleza comercial, o actos *iure gestionis*, por un lado, y los actos públicos de carácter oficial, o actos *iuri*

análoga (de ahí, la pretensión de este análisis jurisprudencial pormenorizado que afrontamos en este epígrafe).

¹¹⁸ Véase el Sexto informe de SUCHARITKUL, S., *op. cit.*, pp. 33 y 35. Para este caso en particular véase DODSON, J., *Reports of Cases argued and determined in the High Court of Admiralty*, vol. II (1815-1822), Londres, 1828, p. 451.

¹¹⁹ Véase *The Law Reports, Probate Division*, 1879, vol. IV, p. 39; Colombos, C. J., *The international law of the sea*, *op. cit.*, p. 265.

imperii, por otro¹²⁰. En Francia, el Ministro de Relaciones Exteriores realizó una declaración en el mismo sentido, menos de un decenio más tarde, en relación con un caso relativo al *Ville de Victoria y el Sultan*¹²¹ (1887). En Alemania, los mismos principios fueron aplicados en 1891 en un caso relativo a un buque chileno, el *Presidente Pinto*, y en 1901 en el caso relativo a un buque turco, el *Assari Tewfik*¹²².

En la época en la que el Juez Marshall dicta su sentencia, los Estados empleaban aún sus buques principalmente para fines de defensa. Incluso

¹²⁰ Hazel Fox y Philippa Webb señalan que “(*The Schooner Exchange v McFaddon*) contained within it phrases on which to base the later evolution of the restrictive doctrine”. Marshall “described the exemption from territorial jurisdiction of personal sovereigns and the ambassadors of a foreign State and distinguished the presence of foreign troops and warships as generally requiring prior notice. On the other hand he declared that ‘when private individuals ...’ and ‘merchant vessels enter for the purposes of trade, it would be obviously inconvenient and dangerous to society, and would subject the laws to continual infraction and the government to degradation if such individuals or merchants... were not amenable to the jurisdiction of the country’.” FOX, H. y WEBB P., *op. cit.*, p. 136. El contexto limitado en el que surgió la regla original no ha impedido que algunos escritores aleguen que *Schooner Exchange* apoyó una regla de inmunidad absoluta en todos los casos. Véase GUILFOYLE, D., *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 307, 308. Señala el profesor Sánchez Rodríguez que “pese a la moderna relectura del verdadero alcance y significado de la decisión del Juez Marshall en el asunto *The Schooner Exchange v. McFaddon and others*, puede decirse que la tesis de la inmunidad absoluta se mantiene básicamente hasta el conocido asunto *Comisaría General de Abastecimientos y Transportes c. Victory Transport, Inc.* (1965), en que se da paso a la tesis restringida de la inmunidad, negando esta por la realización de actividades comerciales de carácter privado”. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., *Inmunidades de los Estados extranjeros (...)*, *op. cit.*, pp. 57-58. Véase el texto de la decisión en *Federal Reporter*, 2.^a serie, vol. 336, Saint Paul (Minn.), West Publishing, 1965, p. 354. El citado autor sitúa la ruptura formal en el plano jurisprudencial inglés con la tesis de la inmunidad absoluta y su desplazamiento hacia la tesis de la inmunidad restringida en el asunto *Philippine Admiral v. Wallen Shipping Ltd* (1975). *Ibidem*, p. 59. El texto de la decisión puede verse en *The Law Reports, House of Lords*, 1977, p. 373. Lord Wilberforce estimó que *Philippine Admiral* “era uno de los dos asuntos sobresalientes en la historia de la jurisprudencia inglesa. El Comité Judicial del Consejo del Rey, en una apelación de Hong Kong, rehusó seguir el fallo de *The Porto Alexandre* (1920) y decidió aplicar la doctrina restrictiva a una acción real contra un buque mercante perteneciente a un Estado”. SUCHARITKUL, S., *op. cit.*, p. 39.

¹²¹ Véase GIDEL, I G., *Le droit international public de la mer*, vol II, Sirey, París, 1932, p. 303. Véase el Sexto informe de SUCHARITKUL, S., *op. cit.*, pp. 33 y ss.

¹²² *Ibid.*, p. 33. Casos recogidos en BALDONI, C., “Les navires de guerre dans les eaux territoriales étrangères”, *Recueil des cours, 1938-III*, t. 65, Sirey, París, pp. 247 y ss.

la protección del comercio ultramarino con sus territorios coloniales, señala el relator especial S. Sucharitkul, “tenía un sello imperial suficiente para evocar la función oficial de la defensa nacional o la protección de los buques que enarbolaban sus pabellones”. Esa protección se estimaba necesaria en aguas internacionales o extranjeras, plagadas de flotas piratas. La impronta originaria de los buques pertenecientes a un Estado y explotados por él era esa función básica de policía o patrulla de las rutas marítimas para garantizar la seguridad y el transporte marítimo o la protección de la libertad de navegación de los buques nacionales¹²³. Con el paso del tiempo, los Estados consideraron pertinente utilizar buques públicos “no solo para suprimir la piratería en Alta Mar, o para proteger abiertamente a los buques que enarbolaban sus pabellones en tiempo de paz, así como para realizar en tiempo de guerra la detención y embargo de buques extranjeros neutrales o enemigos como presas legítimas, sino, de un modo más práctico, en el desempeño de otras obligaciones públicas no necesariamente relacionadas con la defensa nacional, tales como el transporte de correo o servicio postal¹²⁴, los yates de recreo oficiales¹²⁵ y los buques patrulleros destinados a suprimir el tráfico o comercio ilegal”¹²⁶. Afirma Sucharitkul que las inmunidades de los buques públicos armados “se ampliaron gradualmente a todas las embarcaciones utilizadas para un servicio público u oficial”. No obstante, durante la Primera Guerra Mundial nace la necesidad de una nueva práctica. Para asegurar el suministro de mercancías vitales a zonas afectadas por el bloqueo enemigo, los gobiernos se encargaban directamente del transporte de suministros tales como alimentos, medicinas, petróleo y otros bienes necesarios para el sostenimiento de la vida

¹²³ El contexto en el que se inserta esta jurisprudencia es descrito con loable esmero y síntesis por S. Sucharitkul en su Sexto Informe, *op. cit.*, p. 34.

¹²⁴ En *The «Parlement belge»* (1880) se reconoció la inmunidad de un buque correo.

¹²⁵ Por ejemplo, *The «Newbattle»* (1885). Véase en *The Law Reports, Probate Division*, 1885, vol. X, p. 3

¹²⁶ Véanse: *The «Dictator»* (1892) en *The Law Reports, Probate Division*, 1982, p. 304; *The «Gemma»* (1899), *ibid.*, 1899, p. 285 y ss. y *The «Jassy»* (1906), *ibid.*, 1906, p. 270.

humana. El final de la contienda dejó a los Estados “con embarcaciones marinas, buques de carga y petroleros, tanto de propiedad pública como de propiedad privada, pero requisados o apresados a flotas enemigas para cubrir las necesidades de la nación en tiempo de guerra”. El relator especial de la CDI concluye en este sentido, que “una vez dedicadas al comercio marítimo y plenamente conscientes de la necesidad de sus servicios, era difícil que las naciones marítimas abandonaran esas actividades al final de las hostilidades y volvieran a la normalidad, como si la guerra no hubiera sucedido”¹²⁷. Así las cosas, Sucharitkul, en su *Sexto informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados (...)* y en relación con el (entonces) proyecto de artículo 19 (constitutivo de la excepción a la inmunidad del Estado en el caso de los buques utilizados para un servicio comercial en el actual artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, CNUIJ), concluía que “la pregunta que hay que hacer en relación con la práctica judicial de los Estados es si se han de conceder inmunidades respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, y en qué medida, a los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él exclusivamente para un servicio comercial no oficial”¹²⁸.

¹²⁷ Véase a S. Sucharitkul en su Sexto Informe, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁸ *Ibid.* Nótese que *la andadura* para codificar las *Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de su propiedad* tiene su origen en 1949. De este modo, la CDI, en su primer período de sesiones, celebrado en ese año, examinó 25 materias para su posible inclusión en una lista de los temas que serían objeto de estudio. Después de considerar la cuestión, la Comisión elaboró una lista provisional de 14 materias seleccionadas para su codificación, entre ellas se encontraban, con la numeración 3, las *Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de su propiedad*. Pero no es hasta 1977 cuando la CDI, “llegó a la conclusión de que convenía incluir en su programa activo o corriente la materia contenida en la lista de 1949 que se titulaba *Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de su propiedad*”. En su resolución 32/151, de 19 de diciembre de 1977, la Asamblea General invitó a la Comisión a que iniciara su labor sobre este tema. Véase el “Informe del Grupo de Trabajo sobre el examen del procedimiento de elaboración de tratados multilaterales” (Documento A/CN.4/325, *Anuario CDI*, 1979, vol. II (primera parte), pp. 194 y 196. El Primer Informe de su relator especial, Sucharitkul, data de junio de 1979. SUCHARITKUL, S., “Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes” (Documento A/CN.4/323), *ibid.*, pp. 233-253.

2.2.1. ESTADOS DE *COMMON LAW*

Como no puede argumentarse que ningún otro sistema jurídico “haya ido tan lejos como el británico y el estadounidense”, comenzaremos por la denominada práctica angloamericana¹²⁹. Como se verá, los tribunales estadounidenses y británicos aplicaron la decisión del Juez Marshall a todas las categorías de buques estatales, independientemente de su empleo real. Sin embargo, debido a que *The Schooner Exchange* involucró a un buque de guerra extranjero, es decir, porque incidió en algo que es esencialmente soberano, no puede proporcionar evidencia concluyente de que el Presidente del Tribunal Supremo Marshall eximiera a los Estados extranjeros de todas las reclamaciones, independientemente de si tales reclamaciones se referían a transacciones públicas o privadas/comerciales de los Estados extranjeros. En este sentido, *The Schooner Exchange* ha sido percibido como ambiguo, ya que cabría preguntarse qué podría haber decidido el juez Marshall si el buque hubiera sido un buque mercante¹³⁰.

2.2.1.1. Reino Unido

La jurisprudencia del Reino Unido es casi con toda probabilidad la más nutrida en la esfera de las inmunidades de los Estados con respecto a los buques públicos¹³¹. Puede afirmarse que esa jurisprudencia es la que más ha evidenciado su inclinación hacia la inmunidad absoluta o incondicional respecto de los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él¹³². Desde 1800 a 1873 la jurisprudencia inglesa comenzó con un

¹²⁹ Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 35.

¹³⁰ XIAODONG, Y., *op. cit.*, p. 8.

¹³¹ Nótese que en los países angloamericanos y otros países de *common law*, puede procederse contra un buque mediante una acción real (*in rem*) interpuesta ante un tribunal marítimo (Admiralty actions *in rem*), situación jurídica que no puede compararse con la de ningún otro objeto o sujeto jurídico personificado. Se considera que esta acción real contra un buque seguida de su detención o embargo afecta al propietario. *Ibid.*, pp. 30 y 35.

¹³² No obstante, esa predisposición hacia la inmunidad absoluta pertenece a un pasado remoto. Señala Lord Lloyd-Jones: “By 1978 the need for legislation in the United Kingdom to reform the law of State immunity was obvious and urgent. The common law in this jurisdiction had

período de incertidumbre. Así es calificado por Sucharitkul tras su examen histórico de la jurisprudencia inglesa en la materia. Los casos mencionados antes de 1873 poco tenían que ver con buques públicos utilizados para el comercio, pues los Estados no dedicaban generalmente sus buques al transporte de mercaderías mediante el cobro de fletes. Casos como *The «Marquis of Huntley»* (1835), *The «Athol»* (1842) y *The «Thomas A Scott»* (1864), dilucidados por *the High Court of Admiralty*, afectaban a buques de guerra o se referían más a cuestiones de derecho interno que de derecho internacional. En *The «Thomas A Scott»* se mantuvo que el término «buque de guerra» incluía a un transporte perteneciente al Estado¹³³. El segundo período es el comprendido entre 1873 y 1880, marcado por los sobresalientes casos del «*Charkieh»* (1873) y el del «*Parlement belge»* (1880). Este período se caracteriza por la aceptación de la inmunidad restringida. La máxima autoridad en derecho marítimo británico en el siglo XIX después de lord Stowell, el ya citado sir Robert Phillimore¹³⁴, sostuvo que la naturaleza comercial del servicio o la utilización del buque le privaba de las inmunidades de los Estados. De tal forma que el *Charkieh*¹³⁵ se dedicaba a operaciones mercantiles, entre otras, no se le concedió inmunidad. Otro motivo secundario para rechazar la inmunidad fue que pertenecía al Jedive de Egipto, probablemente con carácter privado. A esto hay que añadir, que cuando se inició el procedimiento, estaba fletado por un ciudadano británico¹³⁶. Sir Robert Phillimore sentenció tajantemente, en un dictamen frecuentemente citado, que: “No principle of international law, and no

proceeded on the basis that foreign sovereigns enjoyed a near absolute immunity from actions *in personam* -there were very limited exceptions in respect of immovable property in this jurisdiction and trust funds administered by the court- and it also adhered to an absolute immunity in Admiralty actions *in rem*.” LLOYD-JONES, H.L., *op. cit.*, p. 248.

¹³³ Sucharitkul, Sexto Informe, p. 35.

¹³⁴ Los jueces posteriores se refieren constantemente, tal vez por su eminencia, como “Sir Robert Phillimore”. FOX, H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 137.

¹³⁵ *The Laws Reports High Court of Admiralty and Ecclesiastal Courts*, vol. IV, 1875, p. 59. El *Charkieh* fue arrestado en el puerto de Londres por daños causados como resultado de una colisión en el Támesis.

¹³⁶ Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 35.

decided case, and no dictum of jurists of which I am aware, has gone so far as to authorize a sovereign prince to assume the character of a trader, when it is for his benefit; and when he incurs an obligation to a private subject to throw off, if I may so speak, his disguise, and appear as a sovereign, claiming for his own benefit, and to the injury of a private person, for the first time, all the attributes of his character”¹³⁷. Igualmente, Sir Robert Phillimore opinó que: “upon principles of general jurisprudence the presence of a person or of property within the limits of a state founds the jurisdiction of the tribunals of that state” y que un derecho absoluto de exención sería “incompatible with the right of the territorial sovereign”¹³⁸. En el caso del *Parlement belge*, sir Robert Phillimore, fue todavía más lejos que en la *Constitution*¹³⁹, puesto que se utilizaba sólo parcialmente, y no exclusivamente, para fines comerciales. Tras un estudio de la jurisprudencia inglesa y estadounidense, el jurista dictaminó que el *Parlement belge* no era un buque de guerra ni de recreo y que, por tanto, no tenía derecho a la inmunidad. Se trataba de un buque correo, propiedad del rey de los belgas y en su poder, que hacía la travesía Dover-Ostende (operado por los oficiales de la Royal Navy belga) transportando cartas, mercancías y pasajeros. El *Parlement Belge* chocó en el puerto de Dover con un remolcador y se efectuaron intentos de conseguir su arresto mediante procedimiento en los Tribunales ingleses. Según el artículo 6 de la Convención postal concertada el 17 de febrero de 1876 entre Bélgica y el Reino Unido, se establecía que “6. (...) esas embarcaciones (buques correo) serán consideradas y tratadas como buques de guerra, y tendrán derecho a todos los honores y privilegios que los intereses y la importancia del servicio a que están

¹³⁷ *The Charkieh*, England, (1873) LR 4 A & E 59, p. 88. Véase también *The Law Reports High Court of Admiralty*, vol. IV, 1875, pp. 99 y 100.

¹³⁸ *The Charkieh*, *ibid.* En relación con este fallo véase también GAULT, S., HAZELWOOD, S. J., TETTENBORN, A. (Eds), *Marsden on Collisions at Sea*, Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 50; BARNES, Richard A., “Article 32”, en PROELSS, A. (Ed.), *The United Conventions on the Law of the Sea. A commentary*, Beck/Hart, UK, 2017, p. 250.

¹³⁹ En este caso Sir Phillimore distinguió entre un buque de guerra estadounidense, que tenía derecho a la inmunidad aunque transportara cierta carga para la exposición de París, y un buque público utilizado para fines comerciales, al que no le correspondía inmunidad jurisdiccional.

destinados exigen (...).”¹⁴⁰ Sir Phillimore afirmó que “neither upon principle, precedent, nor analogy of general international law should I be warranted in considering the *Parlement Belge* as belonging to the category of public vessels which are exempt from the process of law and all private claims”¹⁴¹. En segundo lugar, sostuvo que “without parliamentary approval the 1876 Convention was ineffective to confer an exempt status on the *Parlement Belge* so as to prevail over private rights acquired under statute”¹⁴². No obstante, el Tribunal de Apelación¹⁴³, presidido por el magistrado Brett, revocó en 1880 esta decisión, sosteniendo que el *Parlement Belge*, independientemente de la Convención de 1876, se encontraba dentro de la regla general de inmunidad de jurisdicción del tribunal conferida a los buques públicos, y que dicha inmunidad no se perdía por el uso parcial del buque en el transporte de mercancías y personas¹⁴⁴. De este modo, el Tribunal de Apelación de Inglaterra concluyó que la inmunidad bien reconocida de los buques de guerra se extendía a todas las propiedades públicas del Estado y destinadas al uso público; estuvo de acuerdo con sir Robert Phillimore en que los buques auxiliares que transportan tropas o pertrechos militares, los buques hospitales, el yate privado del soberano personal y los buques de reconocimiento o exploración -si están tripulados por el Estado- estaban comprendidos en

¹⁴⁰ Véase Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴¹ *The Parlement Belge*, England, (1879) 4 PD 149.

¹⁴² *The Parlement Belge*, *ibid.*, 4 PD 150. Véase también FOX, H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 137.

¹⁴³ El Tribunal de Apelación constituido por los magistrados (Brett, James y Baggally) no expresó su opinión sobre el veredicto de Sir Robert Phillimore en atención al Convenio de 1876, puesto que “the 1876 Convention ousted a jurisdiction which the court might otherwise have over the ship”. FOX, H. y WEBB, P., *ibid.* De este modo concluyen Hazel Fox y Philippa Webb que “Phillimore’s decision therefore stands to the present day as authority that a treaty which has not been incorporated by Act of Parliament cannot affect acquired rights in English law”. *Ibid.*

¹⁴⁴ Véase *The Parlement Belge* [1880] 5 PD 220 (UK). La *ratio decidendi* del caso ha sido fuente de un ingente debate a lo largo de los años. El juez Mckenna, al reexaminar el caso en 1972, señaló que la dificultad surgió de “the form of the judgment suggesting one answer and the logic of the reasoning another”. *Swiss-Israel Trade Bank v Government of Salta* (1972) 1 Lloyd’s Rep 497-503. El testimonio del juez Mckenna puede verse en FOX, H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 138.

la inmunidad¹⁴⁵. El magistrado Brett, tras un análisis en profundidad de la jurisprudencia anterior, resumió el motivo en que descansa la exención: “(...) como consecuencia de la absoluta independencia de toda autoridad soberana, cada una de ellas rehúsa ejercer por medio de sus tribunales cualquiera de sus jurisdicciones territoriales sobre la persona del soberano o el embajador de cualquier otro Estado, o sobre los *bienes públicos* de cualquier Estado destinados a un uso público (...)”¹⁴⁶.

Sucharitkul, en su búsqueda jurisprudencial, señala con acierto que “el principio así establecido no parece incompatible con una interpretación restrictiva de la inmunidad, pues se requiere además que los bienes públicos de un Estado extranjero estén destinados a usos públicos o se utilicen para fines públicos para que tengan derecho a la inmunidad de los Estados”¹⁴⁷. El magistrado Brett suavizó este requisito de uso público o finalidad pública de los bienes públicos en el *Parlement belge*; el dictamen del juez Brett contenía la sugerencia de que una declaración de un soberano extranjero sobre la naturaleza o carácter del uso de sus bienes públicos era determinativa y vinculante para los tribunales¹⁴⁸. Los tribunales ingleses invalidaron esa sugerencia en una serie de casos mucho más modernos, a partir de *Juan Ysmael & Co. Inc. c. Government of the*

¹⁴⁵ Véase *The Parlement Belge*, *op. cit.*, 4 PD 147-149.

¹⁴⁶ *The Parlement Belge* [1880] 5 PD, *op. cit.*, 197. Traducción libre del autor. El texto original dice: “As a consequence of the absolute independence of every sovereign authority and of the international comity which induces every sovereign state to respect the independence of every other sovereign state, each state declines to exercise by means of any of its Courts any of its territorial jurisdiction over the person of any sovereign or ambassador, or over the public property of any state which is destined to its public use (...)”. Para una visión actualizada del caso véase KWIATKOWSKA, B., *Decisions of the World Court Relevant to the UN Convention on the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, Leiden; Boston, 2010, p. 199; LLOYD-JONES, H.L., “Forty years on: State Immunity (...)”, *op. cit.*, p. 267; OGUNO, P., “The concept of state immunity under international law: An overview”, *International Journal of Law*, vol. 2, n.º. 5, 2016, p. 15.

¹⁴⁷ Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 36. Véase en apoyo de la opinión de que los bienes públicos de un soberano extranjero utilizados para fines públicos están exentos de la jurisdicción de los tribunales ingleses *Vavasseur c. Krupp* (1878). *The Law Reports, Chancery Division*, vol. IX, 1878, p. 351.

¹⁴⁸ *The Law Reports, Probate Division*, *op. cit.*, pp. 212-213. En el mismo sentido véase el citado caso del *Jassy*.

Republic of Indonesia (1954)¹⁴⁹. El período de cuarenta años que siguió al caso del *Parlement belge* se caracterizó, sin embargo, por la incertidumbre con tendencia hacia la inmunidad absoluta. Sucharitkul señala que “la incertidumbre derivó principalmente de una apreciación errónea del verdadero carácter del servicio o la utilización preponderante del *Parlement belge* en el transporte de correo. Además, con arreglo al tratado bilateral vigente entonces entre Bélgica y el Reino Unido, los buques correo como el *Parlement Belge*, independientemente de su utilización secundaria, que era parcialmente comercial, debían ser tratados como buques de guerra a los efectos de las inmunidades jurisdiccionales”¹⁵⁰. En ese período y en los pocos años siguientes, nos encontramos con casos que aclaraban las circunstancias en que podía decirse que un soberano extranjero resultaría afectado por una acción real contra un buque no perteneciente al soberano extranjero, pero en su posesión sin otros intereses, como el derecho de posesión. De este modo, al igual que en caso de colisión entre un buque público británico y cualquier embarcación local, el comandante deberá resistirse a todo intento que se hiciera por parte de las autoridades territoriales para estorbar a cualquiera de los buques de Su Majestad, la inmunidad se aplica a todo buque requisado por la Corona, aun cuando fuere de propiedad particular, hallándose así exento de proceso de arresto mientras permanezca bajo requisita (in government service)¹⁵¹. A este respecto y adelantando el pronunciamiento de Lord Atkin en *The Cristina* (1938), este señaló que “(the courts of a country) will not by their process, whether the sovereign is a party to the proceedings or not, seize or detain property which is his or of which he is in possession or control. There has been some difference in the practice of nations as to possible limitations of this

¹⁴⁹ *The Law Reports, House of Lords*, 1955, p. 72.

¹⁵⁰ Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵¹ Véase *The Broadmayne*, England, Court of Appeal, (1916). COLOMBOS, J., *op. cit.*, p. 179. Véase también *The Messicano* (1916), *The Erissos* (1917), *The Crimdon* (1918), *The Gagara* (1919), *The Jupiter* (1924), *The Meandros* (1924), *The Sylvan Arrow* (1923), *The Tervaete* (1922), *The Utopia* (1893), *The Castlegate* (1892). Véase a S. Sucharitkul en su Sexto Informe, *op. cit.*, p. 37. Colombos se refiere a esta etapa como la “extensión de la inmunidad a todo barco de servicio público”. *Ibid.*, p. 179.

(second principle) as to whether it extends to property only used for the commercial purposes of the sovereign or to personal private property. In this country it is in my opinion well settled that it applies to *both*¹⁵². Otro hito reseñable que recoge el Relator especial en su Sexto Informe, es la opinión del magistrado Hill en los asuntos *The Annette* y *The Dora*, en 1919. Así pues, es interesante que inmediatamente antes de 1920, este señalara que “un buque fletado o requisado por un gobierno y utilizado simplemente para viajes comerciales ordinarios no debía disfrutar de inmunidad alguna”¹⁵³. Sin embargo, esta opinión fue rechazada, aunque con renuencia, por el Tribunal de Apelación en 1920 en *The Porto Alexandre*. El *Porto Alexandre* era anteriormente un buque alemán de propiedad privada denominado *Ingbert*, adjudicado como presa legítima por el tribunal de presas portugués en 1917. Anteriormente había sido requisado por el Gobierno portugués y entregado al Comité de Servicios de Transportes Marítimos do Estado (TMDE), organización similar a

¹⁵² *The Cristina*, England, (1938) AC 490 (*apud* Xiaodong Yang). La *Crown Proceedings Act 1947* señala que “a claim against the crown may not be brought by proceedings *in rem*, nor may her majesty’s ships, aircraft, or any cargo or any other property belonging to the Crown be arrested, detained or sold or be subject to any lien (véase s.29(1), *Crown Proceedings Act 1947* y s.24(2)(c), *Supreme Court Act 1981*). The court has power to order that proceedings *in rem* instituted against such a ship, aircraft cargo or other property, in the reasonable belief that they did not belong to the Crown, be treated as if they were *in personam* proceedings (s.29(2), *Crown Proceedings Act 1947*”. En contraposición con el pronunciamiento de Lord Atkin en *The Cristina*, los buques de su majestad se definen en la s.38(2) de la *Crown Proceedings Act 1947* como aquellos cuyo “beneficial interest is vested in Her Majesty or which are registered as Government ships for the purpose of the Merchant Shipping Act 1995 or which are for the time being demised or sub-demised to or in the exclusive possession of the Crown. They do not include any ship in which Her Majesty is interested otherwise than in right of her Government in the United Kingdom unless the ship is demised or sub-demised to Her Majesty in right of her said Government or in the exclusive possession of Her Majesty in that right”. GAULT, S., HAZELWOOD, S. J., TETTENBORN, A. (Eds.), *op. cit.*, p. 49. En la actualidad, señalan Christopher Hill y Yaash Kulkarni “ships owned by the British government and used for government purposes may not be arrested, but proceedings may be brought against the Crown to recover damages in respect of wrongful acts committed by Crown servants in the operation of such ships”. HILL, C. y KULKARNI, Y., *Maritime Law*, Informa Law from Routledge, 2014.

¹⁵³ *The Annette; the Dora* [1919, fos. 134, 135]. Traducción libre del autor. El texto original dice: “a vessel chartered or requisitioned by a government and used merely for ordinary commercial voyages should not enjoy any immunity”. Los casos *the Annette* y *the Dora* pueden verse en *The Law Reports, Probate Division*, 1919, pp. 105-113.

la United States Shipping Board (USSB), y desde entonces había sido utilizado total y exclusivamente para operaciones comerciales ordinarias, obteniendo fletes para el Gobierno. El magistrado Bankes percibió la dificultad, pero, acertado o no, se consideró obligado por el fallo del mismo tribunal en *The Parlement belge*. Bankes declaró: “But in modern times sovereigns and sovereign states have taken to owning ships, which may to a still greater extent be employed as ordinary trading vessels engaged in ordinary trading. That fact of itself indicates the growing importance of the particular question, if vessels so employed are free from arrest”¹⁵⁴. Por su parte, el magistrado Warrington, citando el principio propuesto por el juez Brett en el *Parlement belge* de que todas las propiedades públicas móviles del Estado eran inmunes, declaró expresamente que dicha inmunidad se aplicaba a los buques dedicados al comercio; “whatever may be the actual use to which the ship is put I think the evidence is quite sufficient to show that it is the property of the State and is destined for public use”¹⁵⁵. El magistrado Scrutton denegó el recurso judicial solicitado y procedió de un modo “poco común”¹⁵⁶ al sugerir algunos recursos prácticos de carácter extrajurídico. De este modo, señaló en primer término que “el *Parlement Belge* excluye los recursos en estos Tribunales” pero comentó que “nadie puede cerrar los ojos, ahora que la nacionalización está de moda (...). Si esos buques nacionales se desplazaran sin responsabilidades, habría dificultades para muchos negocios comerciales”. Finalmente, añadió que “estos son asuntos que deben tratarse mediante negociaciones entre gobiernos y no por gobiernos que ejercen su poder de interferir contra la propiedad de otros Estados, en contra de los principios de cortesía internacional que rigen las relaciones entre Estados independientes y soberanos”¹⁵⁷. Las palabras

¹⁵⁴ *The Porto Alexandre*, England, Court of Appeal, 1919, (1920) P. 34. Véase *The Law Reports, Probate Division*, 1920, p. 34.

¹⁵⁵ *The Porto Alexandre*, *ibid*, P. 36.

¹⁵⁶ Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁷ *The Porto Alexandre*, *op. cit.*, P. 38-39. Traducción libre del autor. El texto original dice: “I quite appreciate the difficulty and doubt which Hill J. felt in this case, because no one can shut his eyes, now that the fashion of nationalisation is in the air, to the fact that many states are

de Scrutton no fueron desatendidas. A propuesta del magistrado Hill, arriba citado, que lamentó haber mantenido la inmunidad en el tribunal de primera instancia en el *Porto Alexandre*, el Comité Marítimo Internacional en 1922 adoptó una resolución para la abolición de las inmunidades jurisdiccionales de los buques públicos con especial referencia a sus actividades comerciales. Esto desembocó en posteriores negociaciones que llevaron a la firma por parte de los Estados, incluido el Reino Unido (aunque no su ratificación hasta 1978), de la Convención internacional de Bruselas de 1926¹⁵⁸.

No obstante, la decisión en el *Porto Alexandre* siguió siendo una autoridad obligatoria en los tribunales ingleses. El carácter absoluto de la inmunidad de los Estados fue admitido en *The Jupiter* (1924)¹⁵⁹ sin ningún debate. En este caso, un Tribunal inglés se ve obligado por declaración de Estado extranjero reconocido por el Gobierno británico como Estado soberano, y expuesta por su representante debidamente autorizado, de que tal o cual barco es propiedad pública suya, esté realmente dedicado o no a su servicio público (pues el inquirir la exactitud

trading, or are about to trade, with ships belonging to themselves; and if these national ships wander about without liabilities, many trading affairs will become difficult; but it seems to me the remedy is not in these Courts. The Parlement Belge (1) excludes remedies in these Courts. But there are practical commercial remedies. If ships of the state find themselves left on the mud because no one will save them when the State refuses any legal remedy for salvage, their owners will be apt to change their views. If the owners of cargoes on national ships find that the ship runs away and leaves them to bear all the expenses of salvage, as has been done in this case, there may be found a difficulty in getting cargoes for national ships. These are matters to be dealt with by negotiations between Governments, and not by Governments exercising their power to interfere with the property of other states contrary to the principles of international courtesy which govern the relations between independent and sovereign states. While appreciating the difficulties which Hill J. has felt, I think it is clear that we must, in this Court, stand by the decision already given, and the appeal must be dismissed”.

¹⁵⁸ Véase FOX, H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 140. Convención internacional para la unificación de ciertas normas relativas a la inmunidad de los buques pertenecientes a Estados (Bruselas, 10 de abril de 1926), Sociedad de las Naciones, *Recueil de Traités*, vol. CLXXVI, p. 199 y Protocolo adicional (Bruselas, 24 de mayo de 1934), *ibid.*, p. 214. La Convención entró en vigor el 8 de enero de 1937 (<https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=0800000280166914>, última consulta en septiembre de 2019).

¹⁵⁹ *Op. cit.*

de esa manifestación sería ejercer jurisdicción sobre el Estado de que se trate)¹⁶⁰. Asimismo, los principios favorables al carácter absoluto de la inmunidad de los Estados fueron aplicados en *Compañía Mercantil Argentina c. U.S. Shipping Board* (1924) y en una larga lista de casos de reconocimiento durante la guerra civil española¹⁶¹. El caso *Compañía Mercantil Argentina c. U.S. Shipping Board* es paradigma de la exención de arresto en el caso de barcos propiedad de un Estado o explotados por este en empresas comerciales ordinarias. Como manifestó el Tribunal de Apelación en el *Onokama*, “en ninguna parte se halla autorización de que el mero hecho de que un Soberano se dedique a algún negocio comercial privado le somete a los procesos de los Tribunales de país extranjero”¹⁶². En *Compañía Mercantil Argentina c. U.S. Shipping Board*, el barco era propiedad de la United States Shipping Board y se ocupaba en operaciones comerciales. El Tribunal estimó que la exención de jurisdicción era justa, por ser la Shipping Board un departamento ejecutivo del Gobierno americano¹⁶³. La Cámara de los Lores tuvo ocasión de considerar *The Porto Alexandre en The Cristina* (1938)¹⁶⁴. Este último caso marca el comienzo del siguiente período en la historia de la jurisprudencia inglesa sobre la cuestión que se examina; se trató de otro período de incertidumbre, con vocación hacia restricciones cada vez

¹⁶⁰ *The Law Reports, Probate Division*, 1924, p. 236. Véase también MCNAIR, “Judicial recognition of States and Governments and the immunity of public ships”, *British Year Book of International Law.*, 1921-22, p. 74; ROSCOE, “Admiralty practice”, *ibid.*, p. 260.

¹⁶¹ Véase algunos de estos casos en Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 38. Asimismo, véase PREUSS, “State immunity and the requisition of ships during the Spanish Civil War”, *A.J.I.L.*, vol. XXXV, 1941, pp. 262-81, y vol. XXXVI, 1942, pp. 37-55).

¹⁶² *Compañía Mercantil Argentina c. U.S. Shipping Board*, (1924) 40 T.L.R. 601. Traducción libre del autor. El texto original dice: “there was no authority anywhere to be found that the mere fact that a Sovereign is engaged in some private trading business subjects him to the processes in the Courts of a foreign country”.

¹⁶³ Véase COLOMBOS, C. J., *The international law of the sea*, *op. cit.*, p. 179.

¹⁶⁴ *Compañía Naviera Vascongada v. SS. Cristina*, (1938) A.C. 485, 490 (H.L.). *The Law Reports House of Lords*, 1938, p. 485. Véase también LAUTERPACHT, H., “The Cristina”, *The Law Quarterly Review*, vol. LIV, 1938, p. 339.

mayores, que culminó con la aprobación definitiva de la ausencia de inmunidad de los Estados con respecto a los buques utilizados por un Estado extranjero exclusivamente para un servicio comercial no oficial¹⁶⁵. Si bien, sobre los hechos de *The Cristina*, se admitió el uso del buque para fines públicos, los cinco magistrados de la Cámara de los Lores expresaron opiniones sobre la inmunidad de los buques públicos que realizan actividades comerciales. Los magistrados Atkin y Wright opinaron que la *english rule* que prohibía la incautación o la detención de bienes del Estado por acción real se aplicaba a todos los buques, incluidos aquellos que solo se utilizaban para fines comerciales o de comercio ordinarios. Lord Atkin resume esta norma en dos proposiciones que dice “están bien grabadas en nuestro derecho interno y parecen ser ya indiscutibles”. “La primera es que los tribunales de este país no demandan a un soberano extranjero, es decir, se abstienen de pleitear contra él y de convertirle por tanto contra su voluntad en Parte de procedimientos legales, ora el procedimiento entrañe proceso contra su persona, ora pretenda recobrar de esta determinados bienes o daños. La segunda es que dichos Tribunales, por su proceso -sea o no el soberano Parte de los autos- no se incautarán ni detendrán bienes de aquel o que estuvieren bajo su posesión o dominio”¹⁶⁶. Lord Wright apuntó, sin embargo: “Esta evolución moderna de la inmunidad de los buques públicos no se ha librado de severas y, a mi juicio, justificadas críticas sobre los fundamentos prácticos de la política, al menos cuando se aplica en tiempo de

¹⁶⁵ Véase a Sucharitkul en su Sexto Informe, *op. cit.*, p. 38.

¹⁶⁶ *The Cristina (Compania Naviera Vascongado v. Steamship “Cristina”)*, England, House of Lords, (1938) AC 490. Traducción libre del autor. El texto original dice: “The foundation for the application to set aside the writ and arrest of the ship is to be found in two propositions of international law engrafted into our domestic law which seem to me to be well established and to be beyond dispute. The first is that the courts of a country will not implead a foreign sovereign, that is, they will not by their process make him against his will a party to legal proceedings whether the proceedings involve process against his person or seek to recover from him specific property or damages. The second is that they will not by their process, whether the sovereign is a party to the proceedings or not, seize or detain property which is his or of which he is in possession or control”. Véase también FOX, H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 141.

paz”¹⁶⁷. Lord Thankerton y lord Macmillan prefirieron reservar la pregunta para futuras consideraciones. No obstante, lord Macmillan quiso expresar sus dudas: “confieso que vacilaría en establecer que forma parte del derecho de Inglaterra que un buque mercante ordinario extranjero goza de inmunidad de proceso civil en este Reino por el simple hecho de que es propiedad de un Estado extranjero, pues tal principio debe ser una importación del derecho internacional y no hay un consenso establecido en la opinión o en la práctica internacionales a ese respecto (...)”¹⁶⁸. Por su parte, lord Thankerton, compartiendo el criterio del quinto magistrado de la Cámara de los Lores, lord Maugham, de que *The Parlement belge* no establecía el principio de la inmunidad de los buques mercantes del Estado, y que el fallo pronunciado en ese asunto había sido mal interpretado por el magistrado Hill y el Tribunal de Apelación en *The Porto Alexandre*, dijo: “no expreso opinión alguna sobre la cuestión, pero deseo dejar en claro que me considero libre para examinar el fallo en el asunto *The Porto Alexandre*”¹⁶⁹. Lord Maugham se opuso abiertamente a la regla. Sostuvo que, si el *Parlement belge* hubiera sido utilizado únicamente con fines comerciales, el fallo habría sido opuesto y que, refiriéndose a la práctica de otros países y la firma del Convenio de Bruselas de 1926, “ha llegado el momento de tomar medidas para poner fin a un estado de cosas que, además de ser anómalo,

¹⁶⁷ *The Cristina*, *ibid*, AC 512. Traducción libre del autor. El texto original dice: “This modern development of the immunity of public ships has not escaped severe, and, in my opinion, justifiable criticism on practical grounds of policy, at least as applied in times of peace”.

¹⁶⁸ *Ibid*, AC 498. Traducción libre del autor. El texto original dice: “I confess that I should hesitate to lay down that it is part of the law of England that an ordinary foreign trading vessel is immune from civil process within this realm by reason merely of the fact that it is owned by a foreign State, for such a principle must be an importation from international law and there is no proved consensus of international opinion or practice to this effect”.

¹⁶⁹ *Ibid*. Traducción libre del autor. El texto original dice: “I express no opinion on the matter, but I desire to make clear that I hold myself free to reconsider the decision in *The Porto Alexandre*”.

es sumamente injusto para nuestros nacionales”¹⁷⁰. Sin embargo, ese momento esperado por lord Maugham, cuya opinión era “compartida por muchos magistrados y por casi todas las personas dedicadas a actividades marítimas”¹⁷¹, ha precisado el transcurso de cuatro decenios antes de que la Cámara de los Lores dictara una confirmación judicial definitiva en el célebre fallo sobre *The I Congreso del Partido* en 1981. En este caso, la Cámara de los Lores aplicó los fallos pronunciados en los casos de *The Phillippine Admiral* (1975)¹⁷² y *Trendtex Trading Corporation Ltd. c. Central Bank of Nigeria* (1977)¹⁷³. El buque *Philippine Admiral* era explotado como un buque de comercio ordinario por una empresa bajo un acuerdo de venta condicional con la Philippines Reparation Commission, una *government agency*. Debido a la falta de pago por la reparación del buque por parte de la compañía, el tribunal de Hong Kong (en todo momento material, el buque permaneció en el puerto de Hong Kong, luego bajo el dominio británico) ordenó su venta. La Comisión de Reparaciones intervino como propietaria para solicitar al tribunal que anulara la orden judicial en relación con un buque de propiedad estatal. Después de una revisión exhaustiva de la práctica cambiante en los tribunales de otros países y la promulgación de una regla restrictiva en el Convenio de Bruselas de 1926 y en el Convenio Europeo sobre la inmunidad de los Estados de 1972, el Comité Judicial del Consejo del Rey confirmó la decisión del tribunal inferior. El Consejo Privado decidió no seguir el fallo de *The Porto Alexandre* y sostuvo que se podía iniciar una acción real en contra de un buque

¹⁷⁰ *Ibid*, AC 521. Traducción libre del autor. El texto original dice: “it is high time steps were taken to put an end to a state of things which in addition to being anomalous is most unjust to our own nationals”.

¹⁷¹ *Ibid*. Traducción libre del autor. El texto original dice: “In what follows I shall merely be indicating the opinion I have formed - one which I believe shared by many judges and by nearly all persons engaged in maritime pursuits -”.

¹⁷² *The Philippine Admiral (Philippine Admiral (Owners) v. Wallem Shipping (Hong Kong) Ltd)*, England, Judicial Committee of the Privy Council, 1975, (1977) AC 373.

¹⁷³ *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, England, Court of Appeal, Civil Division, de 13.1.1977, QB 529; *IL Reports*, vol. 64, pp. 111 ss.

gubernamental operado por una parte privada con respecto a las deudas relacionadas con su operación¹⁷⁴. En *Trendtex Trading Corporation c. Central Bank of Nigeria*, el Tribunal de Apelación (por unanimidad) sostuvo que el Banco Central de Nigeria, que había sido creado como una entidad legal separada sin una clara expresión de intención de que debería tener estatus gubernamental, no fue una emanación, alter ego, o departamento del Estado de Nigeria y, por tanto, no tenía derecho a la inmunidad cuando emitió una carta de crédito con respecto a las compras de cemento realizadas por un departamento del gobierno nigeriano. La cuestión de si el Banco Central de Nigeria era un departamento u órgano del Estado de Nigeria fue tratada por el Tribunal de Apelación como una cuestión legal que se determinaría mediante un examen de todas las pruebas para, en palabras de Lord Denning MR, “see whether the organization was under government control and exercised government functions”¹⁷⁵; o, según Shaw LJ “to be accorded the status of a department of government or not must depend on its constitution, its powers and duties and its activities”¹⁷⁶. Esta prueba de control y funciones de *Trendtex* se ha aplicado en casos posteriores para determinar si una entidad legal constituida por separado es parte del Estado o una entidad separada expresamente excluida del término “Estado” definido en la sección 14 (1) de la Ley británica sobre inmunidad de los Estados de 1978 (SIA). Las preguntas clave de *Trendtex* sobre *control gubernamental* y *funciones gubernamentales* deben ser abordadas como una cuestión del derecho inglés, aunque los tribunales ingleses pueden tener en cuenta la posición en virtud de la ley donde se incorpora el organismo y la opinión del gobierno en cuestión, aunque no es decisiva. Los criterios de *Trendtex* se han aplicado en procedimientos recientes en los tribunales ingleses para determinar las circunstancias en las que, en su caso, una entidad separada puede equipararse con el Estado y sus activos

¹⁷⁴ Véase *The Philippine Admiral* (...), England, 1975, (1977) AC 373, 401-402. Véase también YANG, X., *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁵ *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, *op. cit.*, QB 561.

¹⁷⁶ *Ibid.*, QB 573.

disponibles para satisfacer las deudas del Estado, o sus propias deudas atribuidas al Estado¹⁷⁷. Se han suscitado algunas críticas a este enfoque porque ignora el estatus separado de las corporaciones conferido por el derecho de sociedades. En la actualidad, la aplicación de los criterios de *Trendtex* requiere que un tribunal inglés realice una revisión exhaustiva de las operaciones pasadas y presentes de una entidad para determinar qué factor —el alcance del control del Estado extranjero o las funciones de la entidad de conformidad con el derecho privado del Estado del foro— prevalece¹⁷⁸. Como segundo motivo de su decisión, el Tribunal de Apelación por mayoría (Lord Denning MR y Shaw LJ) decidió que el derecho internacional no reconocía la inmunidad de la demanda de un departamento gubernamental con respecto a las transacciones comerciales ordinarias a diferencia de los actos de naturaleza gubernamental, y en consecuencia, el Banco Central de Nigeria, que además no era un departamento del Estado de Nigeria¹⁷⁹, no estaba exento de una demanda con respecto a la carta de crédito emitida para la compra de cemento. Lord Denning MR al desarrollar la excepción de transacción

¹⁷⁷ Véase *Kensington International Ltd v Republic of the Congo*, 2005, EWHC 2684 (Comm), paras 53-5.

¹⁷⁸ Cf. FOX, H. y WEBB, P., op. cit., pp. 180-181.

¹⁷⁹ Aunque tal y como expresan Hazel Fox y Philippa Webb “separate entities are generally to be treated as private parties. Though enjoying an immunity limited to acts in exercise of sovereign authority (...)”. Véase FOX H. y WEBB, P., *ibid.*, p. 179. Esto se desprende del artículo 27 del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (Basilea, 16 de mayo de 1972), ratificado por el Reino Unido el 3 de julio de 1979. Por su parte, la *State Immunity Act* (SIA), sección 14 (2), también les confiere inmunidad de jurisdicción cuando la entidad separada realiza actos en ejercicio de autoridad soberana: “a separate entity is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom if and only if (a) the proceedings relate to anything done by it in the exercise of sovereign immunity; and (b) if the circumstances are such that a State... would have been immune”. A diferencia de la Ley de los Estados Unidos, no existe el requisito de que la entidad separada sea de propiedad estatal; Lord Goff en *Kuwait Airways v Iraqi Airways (No 2)* consideró sin decidir, que la categoría estaba relegada a una entidad o entidad separada “del Estado”, “that is, one established by public rather than private law”. Cf. [1995] 3 All ER 694, at 706. Igualmente, la LO 16/2015 sigue esta posición; se refiere a *organismos e instituciones del Estado y otras entidades públicas* (art. 2 c) iii, así como a *entidad creada por dicho Estado* (art. 9.2).

comercial enfatizó que la naturaleza, no el propósito, era determinante de la inmunidad de la transacción, y el alcance de la inmunidad debía interpretarse de manera limitada. De este modo, el magistrado señaló: “It was suggested that the original contracts for cement were made by the Ministry of Defence of Nigeria and that the cement was for the building of barracks for the army. On this account, it was said that the contracts of purchase were acts of a governmental nature, *jure imperii*, and not of a commercial nature, *jure gestionis*. They were like a contract of purchase of boots for the army. But I do not think that should affect the question of immunity. If a government department goes into the market places of the world and buys boots or cement—as a commercial transaction—that government should be subject to all the rules of the market place. The seller is not concerned with the purpose to which the purchaser intends to put the goods. Trendtex here are not suing on the contract of purchase. They are claiming on the letter of credit which is an entirely separate contract. It was an entirely straightforward commercial transaction. The letter of credit was issued in London through a London bank in the ordinary course of commercial dealings. It is completely within the territorial jurisdiction of our courts. I do not think it is open to the Government of Nigeria to claim sovereign immunity in respect of it”¹⁸⁰. Shaw LJ estuvo de acuerdo, así sostuvo que estaba convencido de que “the preponderant contemporary rule of international law supports the principle of qualified or restrictive immunity which takes account not only of the sovereign status of the party but also of the nature of the action in respect of which the issue of immunity arises”¹⁸¹. Dejó claro que consideraba “the intrinsic nature of a transaction rather than its object as the material consideration in determining whether entering into the transaction is a commercial activity or in exercise of sovereign authority”¹⁸². Por su parte, el tercer magistrado del

¹⁸⁰ *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, *op. cit.*, QB 528.

¹⁸¹ *Ibid.*, QB 576.

¹⁸² *Ibid.*, QB 579.

Tribunal de Apelación, Stephenson LJ disintió. Aunque aceptó que una regla restrictiva de inmunidad estaba en consonancia con la justicia, tenía dudas de si a la luz de la práctica de otros Estados, incluido el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, no ratificado entonces por el Reino Unido, tal regla había sido probada. Además, estaba seguro de que la doctrina del precedente, *stare decisis*, prohibía al Tribunal dar efecto a dicha norma¹⁸³. La jurisprudencia que aplica la SIA (State Immunity Act 1978) ha aclarado la naturaleza de la inmunidad restringida de que puede disfrutar un banco central. Ya sea un departamento de Estado o una entidad separada, un banco central tendrá inmunidad si, y solo si, los procedimientos se relacionan con acciones realizadas por este en el ejercicio de la autoridad soberana y las circunstancias son tales que un Estado sería inmune. La emisión de una carta de crédito por parte de un banco central ha sido juzgada por los tribunales ingleses, desde *Trendtex*, como actividades comerciales y, por lo tanto, no inmunes¹⁸⁴. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ), aún no ratificada por el Reino Unido, ha establecido el cumplimiento de dos condiciones para que una *agency* o *instrumentality* se acomode dentro de la definición de “Estado” en la referida Convención y, por tanto, tenga derecho a la inmunidad del Estado. Según el artículo 2 (1) (b) (iii) CNUIJ, la definición del Estado se extiende solo a aquellas *State agencies or instrumentalities* (en español, texto igualmente auténtico, *organismos o instituciones del Estado u otras entidades*) “en la medida en que estén facultados para realizar y realicen efectivamente actos en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado”. Señalan Hazel Fox y Philippa Webb que “these two criteria of ‘empowerment’ and ‘performance’

¹⁸³ Véase *The All England Law Reports*, vol. 1, 1977, p. 881. Cf. FOX H. y WEBB, P., *op. cit.*, pp. 143-145. Sobre este fallo véanse también: HIGGINS, “Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the UK”, vol. 71, *AJIL*, 1977, pp. 423-30; KERR, “Modern Trends in Commercial Law and Practice”, *Modern Law Rev*, vol. 41, 1978, pp. 15-17; WHITE, “State Immunity and International Law in English Courts”, *ICLQ*, vol. 26, 1977, pp. 674-680.

¹⁸⁴ Véase también en este sentido, *Hispano Americana Mercantil SA v Central Bank of Nigeria* (1979) 2 *Lloyd’s Rep* 277. Cf. FOX y WEBB, *ibid.*, p. 375.

reflect an unresolved conflict in UNCSI and in State practice on what factors should be determinant of a link between an agency and the State to bring the former within the latter's immunity"¹⁸⁵. Los tribunales nacionales luchan con "... the position of State-owned corporations and the circumstances, if any, in which they and their assets may be equated with the State and its assets"¹⁸⁶; en particular, si se debe responsabilizar a "... a State owned corporation liable for the State's debts... or a State liable for its State-owned corporation's debts"¹⁸⁷. Esto produce decisiones conflictivas de los tribunales, influenciadas en parte por cuestiones de fraude o la posibilidad de "levantar el velo"¹⁸⁸. Señala Cesáreo Gutiérrez Espada que "el problema de en qué casos concretos *se puede «levantar el velo» no parece haberse resuelto (en la CNUIJ). Y es que no (me) parece que las palabras del grupo de trabajo, creado por la CDI el 7 de mayo de 1999 (2569ª sesión) y presidido por G. HAFNER, sean suficientemente precisas para arrojar una luz definitiva al respecto: «para poder considerar los actos de una entidad como actos de una institución del Estado es necesario que exista una relación jurídica entre el Estado y la entidad de que se trate. Si no se puede demostrar esa relación, no será posible «penetrar el velo» para tener acceso a los bienes de la institución»*¹⁸⁹. Díez-Hochleitner entiende que el Derecho Internacional no se opone a que los bienes pertenecientes a entidades que forman parte de un Estado extranjero sean considerados como bienes de este. Señala que "cosa distinta es que el ordenamiento de un Estado pueda establecer límites a este respecto, no permitiendo, como ocurre por ejemplo en Estados Unidos, que una

¹⁸⁵ FOX y WEBB, *ibid.*, p. 357.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.* Véase el asunto *La Générale des Carrières et des Mines (Gécamines) v FG Hemisphere Associates LLC*, 2012, UKPC, per Lord Mance, para 3.

¹⁸⁸ Cf. FOX Hazel y WEBB Philippa, *ibid.*, pp. 357-358.

¹⁸⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, C., "La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)", *op. cit.*, pp. 155-156.

sentencia pronunciada contra un Estado extranjero pueda ejecutarse contra bienes de una *agency or instrumentality*, ni que una sentencia dictada contra una *agency or instrumentality* se ejecute contra los bienes de otra o contra el Estado extranjero”¹⁹⁰.

Volviendo al *I Congreso del Partido*, señala Sucharitkul que su fallo “fue precedido o sobrepasado, si no concedido, por la ratificación por el Reino Unido de la Convención internacional de Bruselas de 1926 y su Protocolo Adicional de 1934, ratificación efectuada el 3 de enero de 1980, más de medio siglo después de la firma”¹⁹¹. Este caso, en que la Cámara de los Lores del Reino Unido apoyó por primera vez la doctrina de la inmunidad restrictiva en el *common law*, involucró hechos que ocurrieron completamente fuera del territorio del Reino Unido pero se basó en el principio del *buque gemelo*, bien establecido en el derecho marítimo internacional, por el cual, la demandante, una empresa chilena, provocó el arresto de un buque comercial del Estado cubano (*I Congreso del Partido*) en Sunderland, Reino Unido, para establecer jurisdicción en relación a un reclamo de incumplimiento de contrato con respecto a las cargas de otros dos buques estatales cubanos¹⁹², *The Playa Larga* y *The*

¹⁹⁰ El autor se refiere a la sentencia de la *Court of Appeals, Second Circuit*, de 20.11.1984 en el asunto *Letelier v. Republic of Chile* (*IL Reports*, vol. 79, pp. 561 ss.) y al informe explicativo de la FSIA (Foreign Sovereign Immunities Act 1976) (en p. 1414). DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero en la Convención de 2004 y en la Ley Orgánica 16/2015” en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades (...)*, *op. cit.*, p. 110.

¹⁹¹ Véase a Sucharitkul en su Sexto Informe, *op. cit.*, p. 38.

¹⁹² *I Congreso del Partido*, England, House of Lords, 1981, (1983) 1 AC 244, 257; *IL Reports*, vol. 64, pp. 307, 309. El asunto fue decidido con base al *common law* porque los hechos relevantes habían ocurrido antes de que este fuera sobrepasado por la Ley sobre inmunidad de los Estados de 1978. En relación a la práctica del principio del *buque gemelo* véanse también *The Eschersheim*, Inglaterra, [1976] 1 WLR 430; *IL Reports*, vol. 72, p. 1; *Coreck v. Sevrybokholodflot*, Escocia, 1993, [1994] SLT 893, 894; *IL Reports*, vol. 107, pp. 658, 660; *The Rigmor*, Suecia, (1942) 10 AD 240, 243; *Société Paul v. Captain*, Francia, (1964) *IL Reports*, vol. 65, pp. 38, 39. En Nueva Zelanda, la jurisdicción del buque gemelo se establece en los arts. 4 y 5 de la Ley del Almirantazgo de 1973; véase *Reef v. Fua Kavenga*, Nueva Zelanda, [1987] NZLR, vol. 1, pp. 550, 556–557; *IL Reports*, vol. 90, p. 556. Para la jurisdicción del *buque gemelo* en la ley canadiense, véase la Ley Federal de Tribunales de 1985, art. 22 (2) y la *State Immunity Act*-

*Marble Islands*¹⁹³. Como ya señaló en su Sexto Informe Sucharitkul, “el fundamento para la admisión y el ejercicio de la jurisdicción sobre buques de la misma flota no está completamente exento de controversia”¹⁹⁴. La ausencia de cualquier requisito jurisdiccional adicional para la jurisdicción del Estado del foro fue explicada por el magistrado J. Goff, quien durante el período de implementación de la SIA (State Immunity Act 1978) se enfrentó a la cuestión en el curso de los procedimientos de primera instancia del *I Congreso del Partido*. Rechazó la afirmación según la cual en virtud del *common law* inglés, el tribunal no tenía jurisdicción sobre una reclamación relacionada con la conversión de mercancías a bordo de buques extranjeros en Alta Mar o en países extranjeros, declarando: “On the evidence before me there appears to be no International consensus on the requirement of a territorial connection . . . I find it difficult to accept that the English court should not be able to assert jurisdiction in an action in rem against a foreign State-owned trading ship in such a case, even though the contract of carriage has no connection with the territorial jurisdiction of England. Jurisdiction asserted by means of an arrest of a ship is not an exorbitant jurisdiction. By allowing ships to trade, a foreign State must be taken to have exposed his ships to the possibility of arrest, a procedure which is widely accepted among maritime nations and which is regulated to some extent by International convention; in the case of State-owned ships by the Brussels convention of 1926, and in the case of other seagoing ships by the Brussels Convention of 1952”¹⁹⁵. Uno de los propósitos declarados

Loi sur l'immunité des États (Canadá SIA), art. 7; *Sarafi v. Ship*, Canadá, [1996] 111 FTR 256; [1996] 2 FC 954, párrs. 14-17. En Sudáfrica, la jurisdicción del *buque gemelo* se rige por la Ley de Regulación de Jurisdicción del Almirantazgo 105 de 1983 (modificada por la Ley 87 de 1992): *The Akademik Fyodorov*, Sudáfrica, 1996 (4) SA 422, esp. 427-429; *IL Reports*, vol. 131, pp. 460, 463-466.

¹⁹³ Dos buques gemelos del *I Congreso del Partido* que dieron origen al litigio.

¹⁹⁴ SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁵ Véase *I Congreso del Partido*, England, High Court, Queen's Bench Division, 1977, [1978] 1 QB, pp. 500-535; [1978] 1 All ER 1169 a 1198. J. Goff también citó una decisión del Tribunal Provincial de Frankfurt en sentido opuesto: *Nada (Youssef M) Establishment v Central Bank of Nigeria* [1976] Die Aktiengesellschaft 47, 25 de agosto de 1976, Frankfurt District Court.

de la SIA fue permitir al Reino Unido ratificar el Convenio de Bruselas de 1926 y el Protocolo de 1934 y en consecuencia, de conformidad con ese Convenio y el Convenio de Bruselas de 1952 sobre el arresto de buques de navegación marítima, no se insertó ningún requisito jurisdiccional adicional en la sección 10 de la Ley que estableciera una excepción a la inmunidad para los buques de propiedad estatal u operados por el Estado destinados a fines que no sean un servicio público no comercial. En resumen, la posición de la SIA, al igual que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ) que a este respecto sigue el enfoque fragmentario de la Ley inglesa (adelantado el análisis pertinente de la CNUIJ, su artículo 16.1 señala: ... “ningún Estado que sea propietario de un buque o que lo explote podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, *por lo demás competente...*), “is anomalous with regard to a jurisdictional connection for proceedings brought against foreign States additional to that required in proceedings between private parties”¹⁹⁶. Como continúan comentando Fox y Webb, la SIA (State Immunity Act 1978) no observa la lógica estricta de la posición del Convenio Europeo sobre la inmunidad de los Estados de 1972 (que no contiene ninguna excepción relacionada con la operación de buques marítimos de propiedad u operados por los Estados y sus cargamentos en uso comercial), por la cual cada excepción está estrechamente vinculada al foro donde se van a iniciar los procedimientos, ni contiene, como lo hace la FSIA (Foreign Sovereign Immunities Act 1976), requisitos de nexo para la excepción de las transacciones comerciales. En consecuencia, como demuestra la discusión en el seno de la CDI, es difícil encontrar una concurrencia internacional sobre si el derecho internacional requiere conexiones jurisdiccionales adicionales para que un tribunal nacional pueda ejercer jurisdicción sobre un Estado extranjero¹⁹⁷. Tal y como señala Sucharitkul “no ha sido la práctica de los Estados Unidos la que ha ido más lejos en el ejercicio de la jurisdicción sobre la actividad mercantil, sino la jurisprudencia (más reciente)

¹⁹⁶ FOX, H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 195.

¹⁹⁷ Cf. FOX y WEBB, *ibid.*

del Reino Unido, la cual admite la posibilidad de asumir jurisdicción sobre el buque gemelo”¹⁹⁸. Desde la óptica del *common law* podría pensarse que al dirigirse básicamente el proceso real (*in rem*) contra el propio buque, debería encuadrarse la sección 10 de la SIA en la parte relativa a las inmunidades de los Estados con respecto al embargo y ejecución de sus bienes. Si ese fuera el caso, no se requeriría un tratamiento por separado. Sin embargo, tal y como señaló Sucharitkul: “la práctica actual en los sistemas de *common law* es que una acción real contra un buque, (...), tiene realmente la finalidad de obligar al propietario a comparecer”¹⁹⁹.

Tras el derrocamiento del gobierno de Allende en Chile, el gobierno cubano ordenó a *The Playa Larga* que abandonara Valparaíso sin completar la descarga de su carga y que *The Marble Islands* no fuera a Chile. *The Playa Larga* regresó a Chile con el resto de la carga y *The Marble Islands* se desvió a Vietnam, donde se vendió la carga. La intervención del gobierno cubano, que dio lugar a la imposibilidad de entregar la carga, planteó una pregunta sobre la continuidad de la transacción comercial inicial. La mayoría de los Lores sostuvo que las transacciones comerciales de transporte de una carga de azúcar para su entrega a Chile seguían siendo de carácter comercial, aunque terminaran por razones políticas (Cuba rompió las relaciones con Chile tras el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973), porque los actos denunciados, la descarga y la venta de la carga, se efectuaron de conformidad con el derecho privado. Lord Wilberforce y lord Edmund-Davis, estuvieron en minoría al sostener con respecto al buque *The Marble Islands* que la República de Cuba nunca tuvo relaciones comerciales con los propietarios de la carga; y sus acciones, al limitarse a dirigir la transferencia del azúcar al norte de Vietnam y a la promulgación de leyes que congelen y bloqueen los activos chilenos, deben caracterizarse como realizadas en el ejercicio de la autoridad soberana. La Cámara de los Lores aplicó, finalmente, la doctrina restrictiva de la inmunidad soberana, dando por zanjadas, cualesquiera dudas y vacilaciones que pudieran quedar en el pasado con

¹⁹⁸ SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 15. Paréntesis añadido.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 30.

respecto a la práctica judicial del Reino Unido. Además, Lord Wilberforce corrigió el fallo *restrictivo* pronunciado en *The Philippine Admiral*. De este modo, se expresó como sigue: “Afirmaría sin vacilación como parte del derecho inglés el avance que representó *The Philippine Admiral*, con la reserva de que el fallo fue quizá innecesariamente restrictivo al limitar, aparentemente, la modificación a las acciones reales. Ciertamente, una acción real relativa a un buque, si progresa más allá de las etapas iniciales, es además una acción personal, es decir, una acción contra el propietario del buque [véase *The Cristina* (...)], la descripción real de la acción denota las ventajas procesales en materia de citación, embargo y ejecución. Debe tenerse presente que en ninguna otra parte se reconoce generalmente distinción alguna entre las acciones reales y las acciones personales, por lo que, en todo caso, sería conveniente liberar al derecho inglés de una anomalía si esta existiera. De hecho, no hay ninguna anomalía ni distinción alguna. La consecuencia del fallo en *The Philippine Admiral*, si fuera aceptado, y yo lo aceptaría, es que, con respecto a los buques mercantes pertenecientes a un Estado, las acciones, comiencen o no como acciones reales, han de fallarse con arreglo a la teoría restrictiva”²⁰⁰. Como puede observarse, tras el examen de la evolución jurídica, la Cámara de los Lores ha necesitado más de siglo y medio para volver al punto de partida señalado por Lord Stowell en *The Swift* (1813). En este primigenio asunto, Stowell señaló: “Lo más que

²⁰⁰ *I Congreso del Partido*, England, House of Lords, 1981, (1983) 1 AC, *op. cit.*, 261. Traducción libre del autor. El texto original dice: “Sitting in this House I would unhesitatingly affirm as part of English law the advance made by *The Philippine Admiral* [1977] A.C. 373 with the reservation that the decision was perhaps unnecessarily restrictive in, apparently, confining the departure made to actions in rem. In truth an action in rem as regards a ship, if it proceeds beyond the initial stages, is itself in addition an action in personam - viz. the owner of the ship (see *The Cristina* [1938] A.C. 485, 492 per Lord Atkin, p. 504 per Lord Wright), the description in rem denoting the procedural advantages available as regards service, arrest and enforcement. It should be borne in mind that no distinction between actions in rem and actions in personam is generally recognised elsewhere so that it would in any event be desirable to liberate English law from an anomaly if that existed. In fact there is no anomaly and no distinction. The effect of *The Philippine Admiral* [1977] A.C. 373 if accepted, as I would accept it, is that as regards state-owned trading vessels, actions, whether commenced in rem or not, are to be decided according to the “restrictive” theory”. Para un análisis de la decisión véase FOX, H., “State Immunity: The House of Lord’s Decision in *I Congreso Del Partido*”, *Law Quarterly Review*, vol. 98, 1982, p. 94.

puedo aventurarme a admitir es que, si el Rey comerciara, como algunos soberanos hacen, podrían aplicársele las leyes sobre navegación. Algunos soberanos tienen el monopolio de ciertos bienes, sobre los que trafican con arreglo a los principios comunes según los cuales trafican otros comerciantes, y, si el Rey de Inglaterra poseyera y ejerciera así cualquier monopolio, no me considero capaz de decir que no debiera ajustar su tráfico a las normas generales que rigen todo comercio”²⁰¹.

2.2.1.2. Estados Unidos de América

La doctrina de inmunidad absoluta ha impregnado también la práctica de los Estados Unidos. El fallo del Tribunal Supremo en *Berizzi Brothers Co. c. S.S. «Pesaro»* (1926) constituye “la muestra más firme de una opinión «absoluta» de la inmunidad soberana en relación con el tema que se examina”²⁰². La inmunidad otorgada a los buques de guerra en *The Schooner Exchange* fue extendida por el Tribunal Supremo de los EE.UU. a un buque estatal dedicado al comercio:

“The decision in *The Exchange* therefore cannot be taken as excluding merchant ships held and used by a government from the principles there announced. On the contrary, if such ships come within those principles, they must be held to have the same immunity as war ships”²⁰³.

De este modo, el tribunal concluye que “los principios de inmunidad son aplicables por igual a todos los buques poseídos y usados por un Gobierno para algún fin público y que cuando, con objeto de mejorar el comercio de su pueblo o de procurar rentas al Tesoro, un Gobierno adquiere, tripula o maneja buques en el comercio del transporte, son buques públicos en igual sentido que lo son los de guerra. No sabemos

²⁰¹ *Swift* (Begble), UK, High Court of Admiralty 165 ER 1325. Traducción libre del autor. El texto original dice: The most I can venture to admit is, that if the King traded, as some sovereigns do, the laws of navigation might apply to him. Some sovereigns have a monopoly of certain goods, over which they trade on the common principles on which other traders trade, and, if the King of England should so hold and exercise any monopoly, I do not think myself able to say that he ought not to conform his trade to the general rules which govern all commerce.

²⁰² Sucharitkul en su *Sexto Informe*, *op. cit.*, p. 39.

²⁰³ *The Pesaro*, US, 271 US 562, 574 (1926); 3 AD 186.

de ningún uso internacional que mire el mantenimiento y la mejora del bienestar económico de un pueblo en tiempo de paz como fin público inferior al del mantenimiento y adiestramiento de una fuerza naval²⁰⁴ (esto último añadido por el Juez Van Devanter).

Excepcionalmente, el Tribunal Supremo estadounidense no siguió la sugerencia del Departamento de Estado de que no debía concederse la inmunidad a los buques utilizados por un gobierno extranjero para operaciones comerciales²⁰⁵.

Con respecto a los buques pertenecientes a Estados extranjeros, la práctica de los tribunales estadounidenses refleja que parecen haberse adoptado las normas del Tribunal del Almirantazgo inglés, en la medida en que la personalidad jurídica de un buque de propiedad pública se confundía con la del Estado²⁰⁶. Sin embargo, al contrario que el derecho inglés, los tribunales estadounidenses no estaban preparados para otorgar la inmunidad a un Estado extranjero únicamente por la propiedad de un buque, era necesario que este también estuviera en posesión del Estado extranjero, o que fuera poseído y controlado por un gobierno extranjero²⁰⁷. En *The «Carlo Poma»* (1919) el Tribunal Federal del Distrito Sur de Nueva York puso de manifiesto, en contraste con el derecho inglés, que: “El derecho de los Estados Unidos es el mismo, salvo que la

²⁰⁴ *Ibid.* Véase también el mismo tribunal en *The Western Maid*, (1921) 257 US 419, y *The Navemar*, (1937), 302 US 669, y (1938) 303 US 68. Cf. SAUBORN, en *A.J.I.L.*, vol. 39, 1945, pp. 794-796.

²⁰⁵ Véase al respecto HACKWORTH, G H., *Digest of International Law*, vol. II, Washington (D C), 1941, pp. 429-430. Ya en el caso de *The Schooner Exchange*, un Attorney General de los Estados Unidos hizo una “suggestion” de inmunidad ante el tribunal, y desde principios del siglo XIX esta deferencia de los tribunales estadounidenses a las opiniones del ejecutivo se convirtió en práctica habitual (que persiste hasta hoy, a diferencia del derecho inglés).

²⁰⁶ Sucharitkul trae a colación *The Western Maid*, (1921), *op. cit.* En este asunto, el magistrado Holmes señaló: “puede decirse que a esos efectos se considera al buque como una persona (...). La personalidad de un buque público se confunde con la del soberano”. SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 39. Véase también al respecto *The «Fidelity»* (1879) en BLATCHFORD, S., *Reports of Cases argued and determined in the Circuit Court of the United States, Second Circuit*, vol. XVI, Nueva York, 1880, p. 569.

²⁰⁷ Véase *The Roseric* 254 F.154 (1918).

inmunidad de los bienes de un soberano, ya sean los Estados Unidos o un soberano extranjero, no depende simplemente de la propiedad, sino también de la posesión efectiva por el soberano de los bienes en el momento en que se notifique la demanda”²⁰⁸. Señala S. Sucharitkul que “el requisito de la posesión efectiva, como prueba de dedicación a un servicio público, se consideró decisivo”²⁰⁹. En el transcurso de un breve período después de *The «Pesaro»*, el Tribunal Supremo rechazó la sugerencia del doble carácter de los Estados, pues, a diferencia de los soberanos y los embajadores, los Estados únicamente podrían actuar en su condición pública y soberana²¹⁰.

La victoria del Tribunal Supremo sobre el Departamento de Estado que supuso *The «Pesaro»*²¹¹, parece haber tenido un corto recorrido. En la

²⁰⁸ *The Carlo Poma* 259 F.369 (2nd Cir1919), Pg. 370. Traducción libre del autor. El texto original dice: “The law of the United States is the same, except that the immunity of property of a sovereign, whether the United States or a foreign sovereign, depends, not merely upon the ownership, but also upon the actual possession by the sovereign of the property at the time process is served”.

²⁰⁹ Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 41. En *The «Fidelity»* el Presidente del Tribunal Supremo Waite señaló que “los bienes no forman necesariamente parte de la soberanía por ser propiedad del soberano. Para que esto ocurra, deben estar destinados al uso público y deben utilizarse para realizar operaciones propias del gobierno”. Véase Dictamen del Presidente del Tribunal Supremo Waite en *The «Fidelity»*, *op. cit.* Traducción libre del autor. El texto original dice: “assets do not necessarily form part of sovereignty because they are the property of the sovereign. For this to occur, they must be intended for public use and must be used to carry out operations proper to the government”. Señala Florian H. Th. Wegelein que “this distinction (between ships owned and ships operated by a foreign State) is important, as the fate of the vessel can be different from that of the crew where immunity from jurisdiction does not depend on ownership: thus, the crew of ships owned but not operated by a State could be subject to court proceedings.” Véase WEGELEIN, F. H. Th., *op. cit.*, p. 156.

²¹⁰ Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 40. Véase al magistrado Gray en *Briggs c. Light Boats* (1865). Puede consultarse en ALLEN, CH., *Reports of Cases argued and determined in the Supreme Judicial Court of Massachusetts*, vol XI, Boston, 1878, p. 163.

²¹¹ Véase la sugerencia formulada por el Secretario de Estado Lansing en su carta de fecha 8 de noviembre de 1918 y la negativa del Attorney General a adoptarla en HACKWORTH, G H., *op. cit.* Señala Sucharitkul que la actitud del Departamento de Estado se refleja en la carta de 2 de agosto de 1921 enviada por el Sr. Nielsen, Asesor Jurídico del Departamento de Estado, al magistrado Julian Mack del Tribunal de Distrito, en la que se puede leer: “A juicio del

década de 1940, bajo la presidencia de Stone en el Tribunal Supremo, se dictó una firme decisión en virtud de la cual, los tribunales de los EE.UU. debían seguir cualquier dirección ejecutiva que se estableciera²¹². En consecuencia, en *Republic of Mexico et al. v. Hoffman* (1945), el Tribunal Supremo negó la inmunidad a un buque mercante propiedad del gobierno, que no estaba en su poder, cuando el Departamento de Estado simplemente había enviado sin respaldar una solicitud de inmunidad del gobierno mexicano. El magistrado Stone declaró que “no corresponde a los tribunales denegar una inmunidad que nuestro Gobierno ha considerado oportuno conceder, o conceder una inmunidad basándose en nuevas razones que el Gobierno no ha considerado oportuno reconocer. La incautación judicial de la propiedad de un Estado amigo puede considerarse como una afrenta a su dignidad y puede afectar nuestras relaciones con él, de modo que es una norma aceptada de derecho sustantivo que rige el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales que aceptan y siguen la determinación ejecutiva de que el buque será tratado como inmune: *Ex parte Republic of Peru* (1943, 318 US 588, 87 L Ed 1020, 63 S Ct 793). Pero el reconocimiento por parte de los tribunales de una inmunidad sobre principios que el departamento político del Gobierno no ha sancionado puede ser igualmente vergonzoso para asegurar la protección de nuestros intereses nacionales y su

Departamento, no debe considerarse que los buques mercantes propiedad de un gobierno o bajo requisa de gobiernos cuyo pabellón enarbolan y utilizados para el comercio gozan de las inmunidades concedidas a los buques de guerra públicos. El Departamento no ha reclamado la inmunidad para los buques estadounidenses de ese tipo. En los casos de litigios privados en puertos estadounidenses que afectan a buques mercantes pertenecientes a gobiernos extranjeros, el Departamento ha seguido la práctica de abstenerse cuidadosamente de tomar ninguna medida que pueda constituir una interferencia de las autoridades de este gobierno en tales litigios” (esta lectura la toma el relator especial de HACKWORTH, G H., *op. cit.*, pp. 438 y 439). Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.* En este sentido, el relator especial hace referencia igualmente, a la Ley de Navegación de los Estados Unidos, de 1916, cuyo artículo 9 dispone que: “Los buques comprados, fletados o arrendados de la Junta, mientras se utilicen únicamente como buques mercantes, estarán sujetos a todas las leyes, reglamentos y responsabilidades referentes a los buques mercantes (...). Asimismo, señala que esa disposición se supedita al artículo 7 de la Ley de Navegación de 1920. *Ibid.*

²¹² FOX H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 146.

reconocimiento por parte de otras naciones”²¹³. Por consiguiente, los magistrados estadounidenses “estaban predispuestos a considerar que la interpretación de la utilización de sus buques por un Estado extranjero era una cuestión que debía decidirse diplomática y no judicialmente”²¹⁴. En *The Maipo* (1919) el magistrado Hough estimó que, si un gobierno se dedicaba al comercio, debía estar sujeto a las mismas responsabilidades que los particulares, pero esta cuestión afectaría a la interpretación por el Gobierno chileno de lo que constituía una función pública. En ese sentido, era una cuestión que debía determinarse diplomática y no judicialmente.²¹⁵ De este modo, es interesante ver como la “primacía judicial” en esa esfera ha sido relegada²¹⁶. Esta deferencia de los tribunales a las instrucciones del ejecutivo fue alentada por los requisitos formales que envolvían la declaración de inmunidad. Solo el Gobierno extranjero o su representante acreditado y reconocido podría plantear la cuestión directamente ante el tribunal; normalmente, el Departamento de Estado sugería o presentaba el reclamo a los tribunales por propia iniciativa o a solicitud del Gobierno extranjero tras los correspondientes

²¹³ *Mexico v Hoffman* 324 US 30, 35-6 (1945). Traducción literal del autor. El texto original dice: “It is therefore not for the courts to deny an immunity which our government has seen fit to allow, or to allow an immunity on new grounds which the government has not seen fit to recognize. The judicial seizure of the property of a friendly state may be regarded as such an affront to its dignity, and may so affect our relations with it that it is an accepted rule of substantive law governing the exercise of the jurisdiction of the courts that they accept and follow the executive determination that the vessel shall be treated as immune. Ex parte Peru, supra, 588. But recognition by the courts of an immunity upon principles which the political department of government has not sanctioned may be equally embarrassing to it in securing the protection of our national interests and their recognition by other nations”. Cf. *United States Reports*, vol. 324, 1946, p. 30.

²¹⁴ Véase SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 40.

²¹⁵ Véase *The Maipo*, United States District Court, S.D. New York, 259 F. 367 (S.D.N.Y. 1919): “If the Republic of Chile considers it a governmental function to go into the carrying trade, as would appear to be the case here, that is the business of the Republic of Chile; and if we do not approve of it, if we do not like it, if we do not wish any longer to accord that respect to the property so engaged, which has hitherto been accorded to government property, then we must say so through diplomatic channels, and not through the judiciary. Otherwise, the judiciary are really contributing to what might become, under conceivable circumstances, a *casus belli*.”

²¹⁶ Véase SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 40.

intercambios diplomáticos²¹⁷. En *The Florence H* (1918), *The Lake Monroe* (1919), *The Western Maid* (1922), el Departamento de Estado puso en conocimiento de los tribunales la condición pública del buque. Señala Sucharitkul que “[s]e ha denegado la inmunidad cuando la reclamación ha sido presentada por el capitán del buque (véase *Ex parte in the Matter of Muir, Master of the «Gleneden»* (1921), por un cónsul o por el embajador de un tercer país”²¹⁸. Respecto a esta última posibilidad, el relator especial cita *The Gul Djemal* (1920) (1922). En este caso (y durante la suspensión o ruptura de las relaciones diplomáticas entre los Estados Unidos y Turquía), el embajador de España no pudo reclamar la inmunidad para un buque mercante explotado por el Gobierno de Turquía. Esa reclamación tuvo que hacerse por conducto del Departamento de Estado de los Estados Unidos²¹⁹. Los tribunales británicos, sin embargo, “en vez de establecer condiciones sobre los métodos para reclamar la inmunidad, imponen requisitos más estrictos para una renuncia válida a la inmunidad”²²⁰. Sobre la base de esta aceptación por parte de los tribunales en el campo de las relaciones exteriores, el Departamento de Estado emitió la carta de Tate de 19 de mayo de 1952. Se trata de la carta del Acting Legal Adviser del Departamento de Estado, Jack Tate, al Acting Attorney-General, en la que se puede leer: “The Department of State has for some time had under consideration the question whether the practice of the government in granting immunity from suit to foreign governments made parties defendant in the courts of the US without their consent should not be changed”. La carta continuó señalando que “a study of the law of State immunity revealed the existence of two conflicting concepts of sovereign immunity, each widely held and firmly established”. Luego revisó las ventajas de la teoría restrictiva; y señaló que la acción de los Estados Unidos al otorgar inmunidad en sus tribunales fue “most inconsistent with the action of

²¹⁷ Cf. FOX, H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 147; SUCHARITKUL, S., *State Immunities and Trading Activities*, Frederick A. Praeger, New York, 1959, pp. 189-90.

²¹⁸ Véase SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 41.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*

the government of the US in subjecting itself to suit in these same courts in both contract and tort and with its long-established policy of not claiming immunity in foreign jurisdictions for its merchant vessels”. La carta termina concluyendo: “Finally the Department feels that the widespread and increasing practice on the part of governments of engaging in commercial activities makes necessary a practice which will enable persons doing business with them to have their rights determined in the courts. For these reasons it will hereafter be the Department’s policy to follow the restrictive theory of sovereign immunity in the consideration of requests of foreign governments for a grant of sovereign immunity”²²¹. Esta carta puso fin a cualquier duda preexistente con relación a la política que había de seguir el poder ejecutivo, así como los tribunales. La inmunidad restrictiva basada en una distinción entre actos públicos (*iure imperii*) y actos privados (*iure gestionis*) fue adoptada²²² y por lo

²²¹ Véase *The Department of State Bulletin*, vol. XXVI, n.º. 678, Wáshgigton (D.C.), 23 de junio de 1952, pp. 984-985.

²²² Señala Xiaodong Yang que “it must be noted that the Tate Letter was primarily a statement of policy of the State Department itself, and was not meant to provide guidance for the courts (in particular, the Tate Letter «offers no guide-lines or criteria for differentiating between a sovereign’s private and public acts»: *Victory v. Comisaría*, US, 336 F.2d 354, 359 (2nd Cir. 1964); 35 ILR 110); but then it was in fact the State Department that at that time decided, upon the «requests» of foreign States, whether to grant or deny immunity; (para una explicación temprana y concisa de la práctica véase *In re Muir*, US, 254 US 522, 532-533 (1921) and it has been a long-standing US practice that the courts regularly deferred to the State Department’s ‘suggestions’ to deny (*North East v. Pakistan*, US, (S.D.N.Y. 1975); 63 ILR 52; *ADM v. Bolivia*, US, 63 ILR 56 (D.D.C. 1975); *Renchard v. Humphreys*, US, 381 F.Supp. 382 (D.D.C. 1974); 63 ILR 33; *French v. Banco Nacional*, US, 295 N.Y.S. 433, 439 (1968); 66 ILR 6; *Amkor v. Bank of Korea*, US, 298 F.Supp. 143, 144 (S.D.N.Y. 1969); 53 ILR 291, 292; *Ocean v. Ivory Coast*, US, 269 F.Supp. 703 (E.D.Louis. 1967); 63 ILR 291; *Gonzalez v. Industrial*, US, 227 N.Y.S. 2d 456, 458 (1961); 63 ILR 1, 2.) or grant (*Ex parte Peru*, US, (1943), *op. cit.*; 10 AD 199, 203-204; *New York v. Korea*, US, 132 F.Supp. 684, 685 (S.D.N.Y. 1955); *Hellenic v. South*, US, 275 F.Supp. 860 (S.D.N.Y. 1967); 63 ILR 16; *Isbrandtsen v. President*, US, 446 F.2d 1198 (2nd Cir. 1971); 57 ILR 147; *Spacil v. Crowe*, US, 489 F.2d 614 (5th Cir. 1974); 63 ILR 24; *Southeastern v. Stern*, US, 493 F.2d 1223 (1st Cir. 1974); 63 ILR 39; *Greenspan v. Crosbie*, US, 63 ILR 67 (S.D.N.Y. 1976); *Logan v. Secretary*, US, 553 F.2d 107 (D.C. Cir. 1976); 63 ILR 70) immunity, and asserted some autonomy only where the State Department declined to act or was silent on the matter (*The Navemar*, US, 303 US 68, 74-75 (1938), *op. cit.*; 9 AD 176, 179; *Gonzalez v. Industrial*, US, 227 N.Y.S. 2d 456, 458 (1961); 63 ILR 1, 2; *Victory v. Comisaría*, US, 336 F.2d 354, 358-360

que aquí concierne, se aplicaría en relación con los buques de propiedad estatal. Señala S. Sucharitkul que la “la función del poder judicial se convirtió en la de una «segunda cámara» y se hizo más frecuente la práctica de una decisión perjudicial del poder ejecutivo hasta que resultó demasiado oneroso mantenerla.”²²³ De este modo, el relator especial sintetiza señalando que: “[l]a práctica judicial anterior a 1976 ha estado influida en mayor o menor medida por las «opiniones» o «sugerencias» del poder ejecutivo, especialmente si eran favorables a la concesión de la inmunidad.”²²⁴ Para apoyar esta aseveración hace referencia a los siguientes casos: *Chemical Natural Resources c. Republic of Venezuela* (1966); *Isbrandtsen Tankers c. President of India* (1970); *Amkor Corporation c. Bank of Korea* (1969)²²⁵. Así las cosas, esta situación cambió con la intervención del poder legislativo, con la consiguiente restauración de un nuevo equilibrio mediante la FSIA (Foreign Sovereign Immunities Act 1976). La determinación de las cuestiones relativas a las inmunidades jurisdiccionales y su amplitud retornó de nuevo a la autoridad original, a saber, el *juez* (el poder judicial), siendo mucho menos probable la intervención del poder ejecutivo²²⁶.

(2nd Cir. 1964); 35 ILR 110, 116; *Flota v. Motor*, US, 335 F.2d 619 (4th Cir. 1964); 35 ILR 122; *Heaney v. Spain*, US, 445 F.2d 501, 503 (2nd Cir. 1971); 57 ILR 153, 156; *Aerotrade v. Haiti*, US, 376 F.Supp. 1281 (S.D.N.Y. 1974); 63 ILR 41; *National v. Nigeria*, US, 420 F.Supp. 954 (S.D.N.Y. 1976); 63 ILR 63”. XIAODONG, Y., *op. cit.*, p. 16.

²²³ Véase SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 41.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ No obstante, la práctica de autonomía limitada subsiste incluso después de la promulgación de la FSIA, especialmente con respecto a la inmunidad del jefe de Estado extranjero: *Abiola v. Abubakar*, US, 267 F.Supp.2d 907, 915 (N.D.III.2003); *In re Doe*, US, 860 F.2d 40, 45 (2nd Cir. 1988); 121 ILR 567. De este modo, la “suggestion of immunity” ha sobrevivido hasta nuestros días. En *Chuidian* el Noveno Circuito señaló: “Typically, a foreign state or instrumentality faced with a suit in a court in our country would apply to the State Department for a finding of immunity. The State Department would make a determination . . . and would convey the finding to the relevant court by filing a ‘suggestion’. In fact . . . the courts treated such ‘suggestions’ as binding determinations, and would invoke or deny immunity based upon the decision of the State Department.” *Chuidian v. Philippine National Bank*, US, 912 F.2d 1095, 1100 (9th Cir. 1990).

2.2.2. ESTADOS DE TRADICIÓN JURÍDICA CONTINENTAL

Al igual que con los primeros desarrollos en los países de *common law*, el derecho relacionado con la inmunidad del Estado en los países de *civil law* se desarrolló a través de los tribunales, sin la ayuda de legislación o tratado²²⁷. Mientras que la inmunidad de jurisdicción local de buques poseídos o controlados por un Estado y que se utilizan en tráfico comercial, fue reconocida por los tribunales británicos y americanos, y también por los tribunales alemanes, no fue así por los de Bélgica, Francia e Italia²²⁸.

2.2.2.1. Francia

El principio de inmunidad incondicional parece haber sido el aplicado en los tribunales franceses con anterioridad a la Primera Guerra Mundial. Desde ese momento, advierte Sucharitkul, “la contradicción entre el principio de la inviolabilidad de los bienes pertenecientes a un Estado y la aplicación de la distinción de «actes de puissance publiques» y «actes de gestion privée» o «actes de gestión privée» o «actes de commerce» ha dado origen a numerosas incongruencias en la práctica judicial de Francia con respecto a la inmunidad de embargo y secuestro de buques públicos extranjeros utilizados exclusivamente para el comercio («dans un but commercial et non gouvernemental»)»²²⁹. El relator especial puntualizaba que “en Francia, la situación de los buques públicos es distinta de la que tienen en el mundo angloamericano. Francia no reconoce las acciones reales en derecho marítimo. Los daños resultantes de la

Véase también en este sentido y con respecto a la inmunidad de Jefes de Estado y de Gobierno extranjeros, los Statement of Interest adoptados por el Departamento de Estado en el asunto *Samantar* en DE CASTRO SÁNCHEZ, C. y MARCOS MARTÍN, T., “A vueltas con la inmunidad de los funcionarios extranjeros en los casos de violación de derechos humanos: ¿un nuevo horizonte tras la decisión en el asunto *Yousef v. Samantar*?”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, pp. 507-524.

²²⁷ Véase FOX H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 152.

²²⁸ COLOMBOS, C. J., *op. cit.*, p. 181. Véase también WALTON, “State immunity in the laws of England, France, Italy and Belgium”, *J.C.L.*, 3.^a serie, vol. II, 1920, pp. 252-258.

²²⁹ SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 42.

utilización de buques oficiales dan lugar generalmente a acciones personales contra el Estado propietario del buque o contra el capitán que lo manda (*Société maritime auxiliaire de transports c. Capitaine du vapeur anglais «Hungerford»* (1918). La inmunidad de los buques públicos *per se* solo se considera en relación con su embargo, ya sea en una «saisie conservatoire» o «préliminaire» o «préventive» o en una «saisie exécutoire» o «exécution» o «définitive». Debido a ciertas particularidades técnicas de la «saisie conservatoire», los embargos preventivos de buques públicos han sido frecuentes, en tanto que los casos de «saisie exécutoire» han sido comparativamente muy raros (en general, no se permite una saisie exécutoire contra bienes pertenecientes a un Estado)²³⁰, y estarían más estrechamente relacionados con la parte IV del proyecto de artículos (inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso ante un tribunal)²³¹.

En *The Campos* (1919), *The S.S. Balosaro* (1919) y *The Englewood* (1920) “hubo indicios de la aplicación de un principio más absoluto, ya que se mantuvo que los buques utilizados por Estados extranjeros con fines comerciales no podían ser embargados o detenidos”²³². Así pues, en *The Campos* G Ripert consideró que un buque utilizado por el Gobierno brasileño para fines comerciales no podía ser embargado²³³. En *The Englewood*, buque perteneciente al Gobierno de los Estados Unidos, el Tribunal Civil de Burdeos levantó su embargo. En relación con este caso, Sucharitkul cita también otros, como *The Glenridge* (1920) y *The*

²³⁰ Véase *Veuve Caratier-Terrasson c. Direction générale des chemins de fer d'Alsace-Lorraine* (1885) y *Battarel c. Ephrussi* (1889) (*apud* Sucharitkul, S.). Sin embargo, véase Castel, J. G., “Immunity of a foreign State from execution: French practice”, *The American Journal of International Law*, vol. 46, Washington (D.C), 1952, p. 520 (*apud* Sucharitkul, S.).

²³¹ SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 42. Los paréntesis han sido añadidos. Véase también ALLEN, E. W., *The Position of Foreign States before French Courts*, Macmillan, Nueva York, 1929 y HAMSON, C. J., “Immunity of foreign States the practice of the French Courts”, *The British Year Book of International Law*, vol. 27, Londres, 1950, p. 293 (*apud* SUCHARITKUL, S.).

²³² Véase SUCHARITKUL, S., *ibid.*, p. 42.

²³³ Véase *Revue internationale du droit maritime*, t XXXIV, París, p. 19 (*apud* SUCHARITKUL, S.).

Avensdaw (1922)²³⁴. No obstante, esos indicios no fueron más que eso; pues en el «*Hungerford*» (1918), el Tribunal de Comercio de Nantes estableció la distinción entre buques de Estado utilizados para fines públicos y buques utilizados para viajes comerciales ordinarios. Si bien el fallo de este Tribunal fue revocado en apelación por el Tribunal de Apelación de Rennes (1919)²³⁵, la distinción formulada siguió imperando. A este respecto hay que señalar que, aunque Francia había firmado la Convención internacional de Bruselas de 1926 no la ratificó hasta 1955. En 1947, el Tribunal de Comercio de La Rochelle, en *Etienne c. Gouvernement des Pays-Bas* (asunto relativo al buque *Ittersum*), expresó su aprobación de los principios de la Convención (por los que se limitaba la inmunidad con respecto a los buques públicos dedicados a actividades comerciales), aunque declinó la jurisdicción sobre la base de que el *Ittersum* era utilizado por los Países Bajos con fines políticos, esto es, el transporte de trigo para el abastecimiento del país²³⁶. Sin embargo, no fue hasta 1969 cuando los tribunales franceses adoptaron claramente la norma restrictiva en *Administration des Chemins de Fer du Gouvernement Iranien v Société Levant Express Transport*. La Cour de Cassation declaró que la naturaleza de la actividad y no el estatuto de la persona que la ejerce era determinante para la inmunidad, indicando que debían considerarse tanto la naturaleza como la finalidad de la actividad. La inmunidad debía concederse si la supuesta actividad constituía *un acte de puissance publique ou a été accompli dans l'intérêt d'un service public*²³⁷. En

²³⁴ Véase SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 42.

²³⁵ El *Hungerford* era un buque mercante requisado por el Almirantazgo británico que transportaba una carga de trigo y lana para los Gobiernos británico y francés. Argumenta Sucharitkul que “era concebible, como resolvió el Tribunal de Apelación de Rennes, que el *Hungerford* fuera utilizado para actividades de derecho público”. Con referencia a las inmunidades de buques requisados, el relator especial trae a colación fallos pronunciados en sentido contrario: en relación con el *Axpe Mendi* -asunto *Rousse et Maber c Banque d'Espagne et autres* (1937) y el *Itxas Zuri* -asunto *Société Cements Resola c Larrasquitu et Etat espagnol* (1937). *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Administration des Chemins de Fer du Gouvernement Iranien v Société Levant Express Transport* Cass, le Civ, 25 February 1969, RGDIP (1970) 98-114, UN Legal Materials, 264; 52 ILR 315.

los últimos años, dos decisiones que pretendían implicar a organismos gubernamentales de Estados extranjeros en la responsabilidad penal por la certificación negligente de la seguridad marítima de los buques han confirmado su inmunidad de jurisdicción penal²³⁸. Ya hemos hecho alusión a la decisión de la *Cour d'appel de Paris* de 2000 ordenando la liberación del buque Sedov, un buque de entrenamiento de Rusia. El tribunal francés consideró que la empresa suiza NOGA no podía hacer valer una responsabilidad comercial de Rusia a través del embargo del buque registrado en Rusia, SS Sedov, por estar cedido a una universidad como buque de entrenamiento y, por tanto, ser de uso público, inmune²³⁹.

2.2.2.2. ALEMANIA

Con anterioridad a la Primera Guerra Mundial, los tribunales alemanes “parecen haber aplicado con pocas vacilaciones²⁴⁰ el principio de inmunidad incondicional²⁴¹. Se concedía plena inmunidad a los buques de guerra”²⁴². Precisa además Sucharitkul que “al final de esa guerra, la condición jurídica de los buques públicos utilizados para el comercio se determinaba judicialmente”²⁴³. En 1921, el Tribunal Supremo en el caso *The Ice King* puso fin a cualquier posible titubeo, manteniendo, a

²³⁸ The *Erica* case: *Judicial agent of Treasury v Malta Maritime Authority* GP (2005), 1160; the *Joola* case: 19 January 2010 Fr Cass crim RGDIP 115 (2011) 593 (ambos citados en FOX y WEBB, *op. cit.*, p. 156).

²³⁹ NOGA v *State of Russia*, 10 August 2000, Ct f Appeal, Paris, 127 ILR 156.

²⁴⁰ Hazel Fox y Philippa Webb precisan que “as in other jurisdictions, German case-law manifested hesitancy (...)”. FOX H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 159.

²⁴¹ En relación con esta inmunidad incondicional véase ALLEN, E. W., *The Position of Foreign States before German Courts*, Macmillan, Nueva York, 1928 (*apud* SUCHARITKUL, S). Para los primeros casos de inmunidad absoluta, véase *L’Affaire du Département*, Germany, 1905, JDIP, vol. 34, 1907, p. 166 (señala Xiaodong Yang “perhaps the earliest traceable German case on State immunity” XIAODONG, Y., *op. cit.*, p. 475); *French Shares Case*, Germany, (1928) 4 AD 163, 163–164; *Polish Loan Bank Case*, Germany, (1921) 1 AD 116, 118; *The Ice King*, Germany, (1921) 1 AD 150, 151; *Halgig v. Polish State*, Germany, (1928) 4 AD 164, 165; *Immunity of UK Case*, Germany, (1957) 24 ILR 207, 209. Cf. *The Visurgis*, Germany, (1937/1938) 9 AD 284.

²⁴² SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 42.

²⁴³ *Ibid.*, p. 43.

pesar de la tendencia particularmente en la doctrina de acabar con la inmunidad de la propiedad estatal envuelta en negocios privados²⁴⁴, la inmunidad de un buque mercante operado con fines comerciales por la US Shipping Board (USSB) en una reclamación derivada de una colisión²⁴⁵. Ese mismo día, el Tribunal revocó los fallos de los Tribunales inferiores en *The West Chatala* (1921), “concediendo inmunidad a otro buque explotado por la USSB sobre la base de que la compañía estadounidense actuaba simplemente como agente del Gobierno de los Estados Unidos”²⁴⁶. Con anterioridad, el mismo Tribunal rechazó una apelación contra la inmunidad de embargo y secuestro de un buque perteneciente a los Estados Unidos de América, por incumplimiento de la obligación de transportar unas cien balas de algodón como se había contratado (*The Schenectady*, 1920)²⁴⁷. Sin embargo, Alemania cambió su posición, ratificando la Convención de Bruselas de 1926 antes de la Segunda Guerra Mundial, y sus tribunales aplicaron cada vez más una doctrina restrictiva para las actividades de derecho marítimo y privado. En los albores de ese cambio de tendencia se sitúa *The Coimbra* (1923), donde un tribunal regional confirmó un mandamiento de embargo contra un buque adjudicado a Portugal después de la Primera Guerra Mundial, pero pertrechado y fletado por una compañía privada. Señala Sucharitkul que *The Oituz* (1930) “fue probablemente el último en que se siguió el precedente de *The Ice King*”²⁴⁸. No fue hasta 1938 en *The Visurgis* y *The Siena* cuando se produjo la revocación de la norma de la inmunidad absoluta²⁴⁹. No obstante, esta tendencia (la denominada inmunidad

²⁴⁴ Cf. FOX H. y WEBB P., *op. cit.*, p. 159.

²⁴⁵ *The Ice King*, Reichsgericht, 11 December 1921, 1ILR 151-2, Case No 102, 151-2.

²⁴⁶ SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 43.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *The Visurgis* and *The Siena*, Germany, Court of Appeal of Hamburg, 1937; Supreme Court of the Reich (in Civil Matters), 1938, RGZ 157, 389; 9 AD 284. En estos casos se examinaron la extensión y los límites de las inmunidades de los buques públicos tanto antes de la Convención de Bruselas y el Protocolo adicional como con arreglo a ellos. Véase Sexto Informe, *op. cit.*, p. 43.

restringida) fue confirmada con autoridad por el Tribunal Constitucional Federal en el caso del *Empire of Iran* (1963). Este caso se refería a una reclamación de pago por reparaciones realizadas en el sistema de calefacción de la Embajada de Irán en Colonia, Alemania. Tras un cuidadoso estudio de la práctica internacional con respecto a la inmunidad del Estado, como lo demuestran las decisiones de los tribunales municipales extranjeros, los tratados y los intentos de codificación por parte de organismos internacionales, el Tribunal hizo la importante declaración de que la inmunidad ilimitada ya no puede considerarse una norma de derecho internacional consuetudinario²⁵⁰. Señala Xiaodong Yang que “[t]he case thus not only furnishes valuable documentation of the development and transformation of the law of State immunity but also remains one of the most prominent cases in which the judicial practice of other countries is considered in order to shed light on the issue at hand, a method so characteristic of the law and practice on State immunity. Moreover, in three other respects the case erected what may be regarded as the pillars of the law on State immunity. First, it reaffirmed the crucial distinction between sovereign and non-sovereign activities, or between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, a distinction that has underlain the restrictive doctrine of State immunity ever since the Belgian, Italian and Swiss courts first invented it. Secondly, it laid down the basic test for making that distinction (el criterio apropiado para la distinción entre los actos soberanos y privados es la naturaleza del acto, no su propósito). Thirdly, it asserted that (en palabras del propio pronunciamiento) ‘the qualification of State activity as sovereign or non-sovereign must in principle be made by national (municipal) law’²⁵¹. En casos posteriores, el Tribunal Constitucional Federal se pronunció sobre el alcance de la inmunidad de ejecución de un Estado extranjero con respecto a los bienes del Estado. En el caso de la *Philippine Embassy* (1977), el tribunal concluyó que el derecho internacional establecido por la práctica de los Estados permitía la adopción de medidas de

²⁵⁰ Véase *Empire of Iran Case*, Germany, (1963), ILR, vol. 45, pp. 57, 79, véase también pp. 61-62, 73. Cf. XIAODONG, Y., *op. cit.*, p. 17.

²⁵¹ *Ibid.* Paréntesis añadido.

ejecución respecto de los bienes de uso comercial para satisfacer las responsabilidades contraídas en relación con actividades comerciales (*acta iure gestionis*). Sin embargo, el Tribunal Constitucional dictaminó que el principio *ne impediatur legatio*, que exige que no se impida el correcto funcionamiento de la embajada, excluye las medidas de ejecución contra la cuenta bancaria de una misión diplomática de un Estado extranjero. Dichas medidas estaban excluidas aunque se solicitaran en satisfacción de una transacción de derecho privado o comercial²⁵². En *Re Prejudgment Garnishment against National Iranian Oil Co* (1983), el Tribunal Constitucional abordó la cuestión más difícil de hasta qué punto la designación final de los fondos como pagaderos al Estado los privaba de uso comercial actual cuando estaban a disposición de una empresa comercial del Estado. Dictaminó que el hecho de que los saldos acreedores derivados de los ingresos del petróleo en la cuenta tuvieran que ser transferidos al presupuesto del Estado no era obstáculo para el procedimiento de embargo de las cuentas en un banco alemán de Frankfurt mantenidas a nombre de la National Iranian Oil Company, una empresa comercial estatal con personalidad jurídica propia²⁵³. Esta decisión, que se basó en un examen minucioso de la legislación pertinente y de la jurisprudencia de otros países, confirmó la tendencia moderna de considerar que los bienes de una entidad estatal que ejerce el comercio con bienes en su propio nombre no tienen derecho a la inmunidad *in personam* ni a la inmunidad *in rem* de sus bienes, independientemente de la obligación final de rendir cuentas de los posibles beneficios al Estado que la creó²⁵⁴. En 2006, uno de los muchos intentos de ejecutar contra la Federación Rusa un laudo del tribunal de arbitraje de la Stockholm Chamber of Commerce a favor de Sedelmayer, en concepto de indemnización por la expropiación de sus locales en Rusia, tuvo éxito. Aunque la renuncia a la inmunidad de la Federación Rusa sólo se aplicaba a la inmunidad de

²⁵² Véase German Federal Const Ct, 13 December 1977, 46 BverfGE 342, citado por Fox y Webb (*op. cit.*, p. 159).

²⁵³ Véase *Re Prejudgment Garnishment against National Iranian Oil Co*, German Federal Const Ct, 12 April 1983.

²⁵⁴ Cf. FOX H. y WEBB P., *op. cit.*, p. 159.

jurisdicción, en los hechos el Tribunal Supremo Federal alemán consideró que los ingresos obtenidos por sus actividades de alquiler para financiar las actividades de la Casa de la Ciencia y la Cultura rusa no eran inmunes²⁵⁵.

2.2.2.3. Países Bajos

Haciéndose eco del testimonio de G. G. Phillimore, Sucharitul señala que los tribunales neerlandeses no reconocían las inmunidades de los Estados antes de la Primera Guerra Mundial²⁵⁶. Esa laguna fue atajada por el poder ejecutivo, quien en 1917 presentó un proyecto de ley que reconocía las inmunidades de los Estados extranjeros en aras del derecho internacional²⁵⁷. La admisión de la inmunidad con respecto a los actos *iure imperii* tuvo lugar en la jurisprudencia en 1921 (*South Africa v. Herman Grote*)²⁵⁸. En cuanto a lo acontecido con los buques públicos, de los casos *Advokaat v. Schuddinck* (1923) y *The Garbi* (1938) resultó que los buques explotados por un Estado dedicados al comercio gozarían de inmunidad de detención y que la distinción entre el carácter privado o público del servicio del buque no era pertinente²⁵⁹. Tras el depósito por los Países Bajos de su instrumento de ratificación a la Convención de Bruselas de 1926 “ha sido incuestionable que esa inmunidad

²⁵⁵ Véase *Sedelmayer v Russian Federation*, German Federal Supreme Court, Order VII ZB 9/05, 4 October 2005, NJW-RR 2005,198, citado por Fox y Webb (*op. cit.*, p. 160).

²⁵⁶ Véase PHILLIMORE, G. G., “Immunité des Etats au point de vue de la juridiction ou de l’exécution forcée”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1925-III*, t. 8, Hachette, París, pp. 466-467 (*apud* SUCHARITKUL, S.).

²⁵⁷ Se trataba de la ley de 26 de abril de 1917: *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, La Haya, 1917, N.º 303 (*apud* SUCHARITKUL, S). Véase el artículo 13 a).

²⁵⁸ Así, en *Herman Grote*, un tribunal neerlandés se pronunció como sigue: “It may safely be said that with regard to acta imperii, either lawful or unlawful, whether acts of war or not, a State is not subject to the jurisdiction of the judiciary of another State”. Véase *South Africa v. Herman Grote*, Netherlands, (1921) 1 AD 22, 23. Véase además Sexto Informe, *op. cit.*, p. 43.

²⁵⁹ Véase *Advokaat v. Schuddinck and the Belgian State*, The Netherlands, District Court of Dordrecht, (1923) 2 AD 133 y *The Garbi*, Holland, District Court of Middelburg, (1938) 11 AD 155. Nótese que uno de ellos fue decidido antes de la entrada en vigor de la Convención de Bruselas de 1926. Véase SUCHARITKUL, S., “Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, *op. cit.*, p. 231.

no se reconocería ya excepto en la medida prescrita en la Convención de Bruselas y con las limitaciones existentes en ella”²⁶⁰.

2.2.2.4. Italia

Italia ocupa un lugar privilegiado en la evolución histórica de la inmunidad estatal; pues “se ha considerado como el más destacado de los Estados que han adoptado desde el comienzo una posición restrictiva con respecto a la inmunidad”²⁶¹. De este modo, en la década de 1880 encontramos varios casos en los que los tribunales italianos aplicaron un enfoque restrictivo, distinguiendo entre el Estado como titular de la autoridad soberana (*ente pubblico*) y el Estado como sujeto de derecho privado (*ente civile*) y actividades de naturaleza soberana o de derecho privado (*atti d'impero, atti di gestione*)²⁶². La Corte de Casación en Florencia no mantuvo la inmunidad con respecto a los servicios prestados al Bey de Túnez: “when these high prerogatives are not involved, and the Government as a civil body descends into the sphere of contracts and transactions so as to acquire and assume obligations, just as a private person might do, then the independence of the State is immaterial, for in such a case it is a question solely of private acts and obligations to be governed by the rules of general laws”²⁶³. Dejando aparte esa práctica restrictiva y centrándonos en las inmunidades de los buques públicos, advierte Sucharitkul que “el problema de las inmunidades de los Estados con respecto a los buques públicos utilizados para el comercio no se presenta en el derecho italiano, debido a ciertas peculiaridades del mismo”. Así pues, señala que “la personificación de las embarcaciones marítimas se ha llevado hasta su extremo lógico, de modo que, con excepción de los buques de guerra, los buques que se hallen en aguas italianas están sometidos a la jurisdicción de los tribunales italianos y se

²⁶⁰ SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 43.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² Véase *Guttieres c. Elmilik* (1886), Foro It. 1886-I, p. 913.

²⁶³ SUCHARITKUL, S., *State Immunities and Trading Activities*, *op. cit.*, p. 234.

rigen por las mismas leyes que los particulares”²⁶⁴. Finalmente, hay que señalar que Italia ha ratificado también la Convención de Bruselas de 1926 y ha seguido de modo consecuente los principios en ella enunciados²⁶⁵.

2.2.2.5. Bélgica

Como en Francia, la cuestión de la inmunidad de los buques públicos surge solamente con respecto a la inviolabilidad o exención de embargo, secuestro y detención de los bienes de los gobiernos extranjeros. Mientras que en relación con la inmunidad de jurisdicción la práctica habitual de los tribunales belgas ha sido en favor de una posición restrictiva²⁶⁶, parece que, desde la Primera Guerra Mundial y hasta la década de 1950²⁶⁷, la inmunidad de embargo y ejecución de los bienes públicos

²⁶⁴ Véase Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 43. El relator especial trae a colación el asunto *Società di Navigazione Generale «Gerolimich» v. Russian Trade Delegation in Italy* (Italy, Court of Cassation, (1938) 9 AD 247) en relación con la colisión entre el buque soviético *Plejanoff* y el buque italiano *Generale Pettiti*. *Ibid.*

²⁶⁵ Puede verse el estado de ratificaciones de la Convención de Bruselas de 1926 en *United Nations Treaty Collection*:

<https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=0800000280166914> (consultada por última vez el 5 de febrero de 2021).

²⁶⁶ Los tribunales belgas mostraron una consistencia inusual de la práctica a favor de una regla restrictiva. Véase, por ejemplo, el temprano caso *Etat du Perou c Kreglinger* (1857) (*apud* Sucharitkul, S.). En 1903, la Cour de Cassation en *SA des Chemins de Fer Liégeois-Luxembourgeois v l'Etat Néerlandais* confirmó esta práctica, al afirmar que los Países Bajos podrían ser demandados por una suma presuntamente debida en virtud de un contrato relacionado con la ampliación de la estación de tren en Eindhoven. En este caso, el tribunal dictaminó que un Estado extranjero, al igual que un particular, podría ser demandado ante los tribunales belgas sin poner en duda su autoridad soberana cuando los procedimientos solo requerían el ejercicio o la defensa de un derecho perteneciente a la esfera del derecho privado. *SA des Chemins de Fer Liégeois-Luxembourgeois v l'Etat Néerlandais*, Pasirisie belge 1903, I 294 (*apud* Sinclair, *Recueil des Cours (...)*, 167, *op. cit.*, pp. 113-133). Véase FOX, H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 155.

²⁶⁷ Aunque a partir de la década de 1950, la exención de la ejecución ya no estaba disponible con respecto a las actividades económicas, el caso de *Socobelge v The Hellenic State* ha sido calificado como una desviación de la práctica belga habitual. Si bien el tribunal de Bruselas aprobó el embargo de activos suministrados a Grecia por medio de la *Marshall Aid* con fondos

ha sido considerada absoluta. En los asuntos concernientes a los buques *Joulan* (1920), *Lima y Pangim* (1921), documenta Sucharitkul que se mantuvo la inmunidad de detención por razón de embargo o ejecución de un buque público utilizado para fines comerciales²⁶⁸. Posteriormente, con la ratificación, tanto internacional como constitucional²⁶⁹, de la Convención de Bruselas por Bélgica, la posición de los buques mercantes de los Estados fue favorable al principio de la inmunidad restrictiva. Un claro ejemplo de aplicación directa de la Convención se halla en *Sáez Murua c. Pinillos et García*²⁷⁰ (1938), en el que el Tribunal de Apelación de Bruselas permitió la detención de un buque utilizado por España para el transporte comercial.

2.2.2.6. Portugal

En el caso de Portugal parece haber habido cierta discordancia en la práctica judicial y en la práctica del poder ejecutivo. En el caso del «*Cathelamet*» (1926)²⁷¹ el Tribunal de Apelación de Lisboa ejerció

estadounidenses y depositados por Grecia en Bélgica, la ECA, agencia responsable de la distribución de dicha ayuda, amenazó con suprimir la *Marshall Aid* a Bélgica y el gobierno belga se vio obligado a organizar un acuerdo extrajudicial entre el acreedor privado y el gobierno griego. *Socobelge v. Greek State*, Belgium, Tribunal Civil de Bruxelles, (1951) 18 ILR 3. Cf. XIAODONG, Y., *op. cit.*, p. 358. Señalan Hazel Fox y Philippa Webb que “in subsequent cases up to the present day, Belgian courts have adopted an increasingly critical stance when a State pleads immunity from execution (*Iraq v Vinci Construction*, 4 October 2002, Brussels Ct of Appeal, Jo des Trib (2003), 318)”. FOX Hazel y WEBB Philippa, *op. cit.*, p. 155.

²⁶⁸ *West Russian Steamship Company v. Captain Sucksdorff*, Belgium, Commercial Tribunal of Antwerp, (1920) 1 AD 152 (asunto concerniente al buque *Joulan*); *Etat portugais v. Sauvage*, Belgium, (1921) 1 AD 154, 155 (asunto concerniente a *Lima y Pangim*) (asuntos *apud* SUCHARITKUL, S).

²⁶⁹ Sucharitkul trae a colación la ley de 28 de noviembre de 1928 que tiene por objeto “introducir en la legislación belga disposiciones en conformidad con las que figuran en la Convención de Bruselas de 1926”. Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 44. Cf. el asunto *Socobelge*, *op. cit.*

²⁷⁰ Véase *Saez Murua v. Pinillos and Garcia*, Belgium, Court of Appeal of Brussels, 1938; confirmado por la Court of Cassation, 1939; 9 AD 289.

²⁷¹ *Apud* SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 44. En contraste, el relator especial trae a colación el caso del *Curvello* (1922), “en que se reconoció inmunidad de jurisdicción y embargo a un buque perteneciente al Estado brasileño que transportaba pasajeros y mercaderías, así como correo oficial”. *Ibid.*

jurisdicción con respecto a un buque mercante perteneciente a la United States Shipping Board (USSB) utilizado para fines comerciales mientras que, el Gobierno portugués en el *Porto Alexandre*²⁷² reclamó la inmunidad en relación con el intento de embargo de dicho buque. Hasta finales de la década de 1980, Portugal observó la doctrina de la inmunidad absoluta. En los años siguientes, sus tribunales fueron reconociendo cada vez más la doctrina restrictiva²⁷³.

2.2.2.7. España

Tal y como hemos intentado plasmar con el análisis histórico de la práctica judicial interna de los anteriores Estados, la inmunidad de los Estados comenzó en numerosos países con el reconocimiento de las inmunidades de los buques oficiales armados. La codificación de esta cuestión se materializó en la Convención de Bruselas para la unificación de ciertas reglas relativas a la inmunidad de los buques de Estado de 1926, y su Protocolo adicional de 1934, de los que España es parte. En idéntico sentido se manifiestan, como en los subsiguientes capítulos tendremos ocasión de analizar, las Convenciones de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y Zona Contigua y sobre Alta Mar, así como la CNUDM, que consagran no solo la inmunidad de los buques de guerra, sino también de las aeronaves de Estado. En España, no existe jurisprudencia reseñable relacionada con los buques públicos que marque el inicio de la inmunidad de los Estados, de hecho, Sucharitkul no incluye a España en su Informe sobre el *Proyecto de artículos de la CDI sobre inmunidades*²⁷⁴. Respecto del estatuto en puerto de los buques de guerra extranjeros, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 18 de mayo de 1978, desestimó el recurso planteado considerando que el tráfico de estupefacientes cometido constituye un delito contra la salud que legitima a las autoridades españolas a intervenir como lo hicieron en un buque mercante extranjero, procedente de Marruecos, una vez desembarcado en el

²⁷² Recuérdese que se trataba de un buque empleado por Transportes Marítimos do Estado para actividades exclusivamente comerciales, *op. cit.*

²⁷³ Véase FOX, H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 157.

²⁷⁴ Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*

puerto de Santa Cruz de Tenerife. En este sentido, tal y como señaló López Martín, “el TS podría haber hecho valer no sólo la legislación española, sino las normas de Derecho internacional, concretamente, el art. 19 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Mar territorial y Zona Contigua”²⁷⁵. Con anterioridad, el Tribunal de Orden Público de Madrid, en su sentencia de 16 de agosto de 1969, condenó a cuatro cadetes de la marina mercante americana por haber arrancado y quemado una bandera española en Alicante; en este caso, el tribunal no consideró buque de guerra al Barco-escuela *Empire* al que pertenecían los cadetes -en consonancia con el art. 1.4 de la Orden Ministerial 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- ni, por tanto, a estos como fuerza armada en el extranjero, por lo que no gozaban de inmunidad²⁷⁶. En los años posteriores no hemos detectado ninguna decisión relevante con relación a los buques y aeronaves de Estado extranjeros²⁷⁷. Anticipándonos al desarrollo de la cuestión por la Ley de inmunidades española (LO 16/2015) decir, que esta acoge como no podía ser de otro modo la regulación convencional, de manera que, tras presentar una definición de buque de guerra equivalente a la de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar [art. 1 h)], y de buque de Estado [art. 1 g)], establece una inmunidad absoluta para ellos, incluso cuando se encuentren en Aguas Interiores o Mar Territorial, salvo que exista acuerdo expreso entre los Estados interesados (art. 30).

²⁷⁵ LÓPEZ MARTÍN, A. G., “Las inmunidades del Derecho internacional: su aplicación en España”, *Cuadernos de derecho público*, Nº. 6, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1999, p. 169. Véase el texto de la citada sentencia en *R.A.J.*, 1978, nº1971.

²⁷⁶ LÓPEZ MARTÍN, A. G., *ibid.*

²⁷⁷ Precisamente, en el análisis sobre la práctica jurisprudencial española en materia de inmunidades internacionales que realiza López Martín con motivo de la publicación de la LO 16/2015, no existe decisión posterior alguna relativa a buques y aeronaves de guerra extranjeros en territorio español. Véase LÓPEZ MARTÍN, Ana G., “Práctica jurisprudencial española en materia de inmunidades internacionales” en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, *op. cit.*, p. 120.

Por último, señalar, que España, al igual que Portugal, observó la doctrina de la inmunidad absoluta hasta finales de la década de 1980. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 1986 –asuntos *E.B.M. c. Embajada de Guinea Ecuatorial* y, sobre todo, *Diana Abbot c. República de Sudáfrica*–, primero, y del TC de 1 de julio de 1992, después, suponen un punto de inflexión, un giro copernicano al respecto²⁷⁸. Además, la mejora más patente, como se ha puesto de manifiesto, ha tenido lugar tras la adhesión de España, el 21 de septiembre de 2011, a la *Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* de 2 de diciembre de 2004 (CNUIJ)²⁷⁹. No obstante, sigue el conflicto en la búsqueda y la correcta aplicación de la inmunidad aplicable al caso concreto ya que no siempre la normativa internacional resulta lo suficientemente clara y, por otro lado, los jueces están más acostumbrados y familiarizados con las leyes internas frente al enmarañado bosque de inmunidades internacionales dispersas.

2.2.2.8. Argentina

En su profuso *Informe*, Sucharitkul señala que “parece existir una indicación clara de que la práctica de algunos sistemas latinoamericanos limita la inmunidad de los Estados con respecto a los buques de Estado dedicados al comercio”²⁸⁰. Para ilustrar esta aseveración, trae a colación dos fallos pronunciados en Argentina. En primer lugar, el asunto del «*Cokato*» (1924), donde la Cámara Federal de Apelaciones admitió la jurisdicción sobre un buque público dedicado al comercio pese a que

²⁷⁸ LÓPEZ MARTÍN, A. G., *ibid.*, p. 119.

²⁷⁹ De los Estados citados en nuestro recorrido jurisprudencial anterior, han ratificado la citada Convención, además de España: Francia, Italia y Portugal. A continuación, haremos referencia a la jurisprudencia de Noruega y Suecia, que también han ratificado la CNUIJ. Por su parte, Bélgica la firmó, pero no la ha ratificado. Véase los participantes en la CNUIJ en *United Nations Treaty Collection*, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en (consultado por última vez el 5 de febrero de 2021).

²⁸⁰ Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 45.

pertenecía a la United States Shipping Board (USSB)²⁸¹. En segundo lugar y en sentido contrario, en el asunto del «*Ibaí*» (1937)²⁸², el mismo tribunal declinó la jurisdicción sobre un buque español requisado argumentando, entre otras cosas, “(...) que su viaje no era de carácter comercial y (...) que era utilizado para la defensa nacional sin ningún propósito de especulación o ganancia, sino debido a la necesidad de proveer eficazmente a la defensa del Estado”²⁸³. Por último, hay que añadir también en el ámbito latinoamericano que para 1938 Chile y Brasil habían depositado sus ratificaciones de la Convención de Bruselas de 1926. En el caso de Chile, Sucharitkul trae a colación los asuntos *Pacey c Barroso* (1926) y *Chayet* (1932). Para Brasil, los asuntos *The «Lone Star»* (1944) y *Gilbert* (1944)²⁸⁴.

No efectuaremos en este momento un análisis del citado caso de A.R.A. Libertad que culminó en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM); el mismo será analizado a la luz del desarrollo convencional que efectuaremos en el próximo capítulo. No obstante, hay que resaltar desde este momento, que lo acontecido con el A.R.A. Libertad constituye el primer caso moderno en que dos Estados se enfrentan en relación con la inmunidad de buques de guerra y, ciertamente, es también la primera decisión del TIDM sobre esta materia. La segunda decisión es más reciente (25 de mayo de 2019), en relación con la detención de tres buques de guerra ucranianos por la Federación Rusa²⁸⁵. De este modo, queremos acentuar que la jurisprudencia, tanto del TIDM como de la Corte Internacional de Justicia, incluye importantes decisiones relativas a la inmunidad del Estado, cada una de las cuales se pronunció de manera bastante favorable a favor del Estado solicitante, es decir, a favor de

²⁸¹ Véase *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, vol. 14, p. 705; *Annual Digest, 1923-1924*, p. 136, asunto N.º 71 (*apud* SUCHARITKUL, S.).

²⁸² *Ibarra y Cía c. Captain of the Spanish Steamer Ibaí*, Argentina, Federal Supreme Court, (1937) 8 AD 247 y 9 AD 293 (*apud* Xiaodong, Y).

²⁸³ Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 45.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Véase *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, *op. cit.*

la inmunidad. Así, parece que se ha formado un verdadero derecho internacional a pesar de las limitaciones constitucionales y de otro tipo de los tribunales nacionales²⁸⁶.

2.2.3. OTROS SISTEMAS JURÍDICOS

2.2.3.1. Estados escandinavos

Los primeros casos *noruegos*²⁸⁷ se referían principalmente a la inmunidad otorgada a los buques de propiedad estatal utilizados para fines públicos y, por lo tanto, no pueden considerarse concluyentes para identificar la fecha exacta de adopción de la doctrina restrictiva²⁸⁸, que se sitúa en 1992²⁸⁹. Sin embargo, Sucharitkul documenta un caso en el que un buque noruego requisado por las autoridades de ocupación alemanas no había sido utilizado *exclusivamente para un servicio oficial no comercial* (según el fallo del Tribunal de Apelación), como requería la Convención de Bruselas de 1926, y, por ende, dicho buque podía ser detenido por un astillero noruego en relación con las reparaciones realizadas en el buque por orden de las autoridades alemanas, que no habían pagado las reparaciones. Se trata del caso de *A/S Irania under Public Administration c. A/S Franmaes mek. Verksted* (1950)²⁹⁰.

La jurisprudencia *sueca* generalmente ha aceptado la distinción entre actos públicos y privados, pero muestra una renuencia decidida a fallar

²⁸⁶ Véase CRAWFORD, J., "Foreword" a la obra *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, O'KEEFE, R. y TAMS, C. J. (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2013.

²⁸⁷ Véase *Campuzano v. Spanish, Norway*, (1938) 11 AD 68; *The Guernica, Norway*, (1938) 11 AD 139; *The Hanna I, Norway*, (1948) 15 AD 146; *Fredrikstad v. Bertelsens, Norway*, (1949) 17 ILR 167 (*apud* Sucharitkul, S; Xiaodong, Y).

²⁸⁸ Sobre la dificultad de identificar una fecha exacta de adopción de la doctrina restrictiva en los tribunales noruegos, véase FIFE, R.E. y JERVELL, K., "Norwegian State Practice", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 70, 2001, p. 548 (*apud* Xiaodong, Y).

²⁸⁹ *Case against South Africa, Norway*, 1992; *Case against the USA, Norway*, 1992. Véase al respecto XIAODONG, Y., *op. cit.*, p. 18.

²⁹⁰ Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 45.

contra la inmunidad de los Estados²⁹¹. El Tribunal Supremo se ha mostrado partidario del mantenimiento de la inmunidad²⁹², así en el asunto del *Rigmor* (1942), aplicando la Convención de Bruselas de 1926, admitió la inmunidad de detención de un buque requisado por el Gobierno de Noruega y asignado al servicio público del Ministerio británico de Transportes de Guerra. El Tribunal sostuvo que, para gozar de inmunidad, se precisaba que el buque fuera propiedad o fuera poseído u operado por un Estado. Al inicio del proceso, el *Rigmor* estaba en posesión del Gobierno británico y era utilizado por este para el transporte de cargas no comerciales con fines públicos²⁹³. Hay que señalar que Suecia, Noruega y Dinamarca se encontraron entre los trece países que ratificaron la Convención de Bruselas de 1926 antes de la Segunda Guerra Mundial.

2.2.3.2. Egipto

Los tribunales mixtos de Egipto²⁹⁴ fueron una de las primeras jurisdicciones en establecer distinciones entre los actos públicos y privados del gobierno. De este modo, denegaron constantemente la inmunidad a los Estados extranjeros respecto a sus actos de gestión privada, *iure gestionis*²⁹⁵. Esta misma regla restrictiva fue seguida con respecto a los buques

²⁹¹ Véase a Yang Xiaodong citando a Mahmoudi (Case note on *Local Authority of Västerås v. Iceland*, 195). *Ibid.*, p. 470.

²⁹² Véase *In re Bolin*, Sweden, (1934) 7 AD 186; *The Rigmor*, Sweden, (1942) (*op. cit.*); *The Solgry*, Sweden, (1942) 11 AD 153; *Russian v. Carlbom*, Sweden, (1944) 12 AD 112; *Backman v. Chinese*, Sweden, (1957) 24 ILR 221; *Västerås v. Iceland*, Sweden, (1999) 128 ILR 705, 707. Un tribunal local denegó la inmunidad en *Erixon v. Bulgaria*, Suecia, (1949) 16 AD 141 (casos *apud* YANG, X).

²⁹³ SUCHARITKUL, S., Sexto Informe, *op. cit.*, p. 45.

²⁹⁴ Los tribunales mixtos, establecidos en 1875 por Khedive Ismail, fueron la principal autoridad judicial en Egipto desde 1875 hasta 1949. Véase HOYLE, "The Mixed Courts of Egypt: An Anniversary Assessment", *Arab Law Quarterly*, 1985, vol. 1, p. 60 (*apud* FOX, Hazel y WEBB, Philippa).

²⁹⁵ Véase en este sentido HOYLE: "The Mixed Courts of Egypt 1886-1895", *ibid*, 1986, vol. 1, pp. 562, 569-70; "The Mixed Courts of Egypt 1896-1905", *ibid*, 1987, vol. 2, pp. 57, 61 (*apud* FOX, Hazel y WEBB, Philippa). Véase también *Gouvernement égyptien c Chemins de fer de l'Etat palestinien* (1942) (*apud* SUCHARITKUL, S).

públicos. En *Capitaine Hall c. Capitaine Bengoa* (1920) se afirmó que “la inmunidad de un buque público se aplicaba solo cuando el acto objeto de la demanda había sido realizado por el Estado en su carácter público, y no cuando un empleado del Estado, al gestionar los intereses privados de este, había incurrido en una falta de carácter civil”²⁹⁶. Por otro lado, señala Sucharitkul en su Informe, que se consideró la cuestión del embargo de dos buques egipcios por el Gobierno de la Unión Soviética “fuera de la jurisdicción egipcia, ya que el acto de embargo constituía una clara manifestación de la autoridad soberana de la Unión Soviética”²⁹⁷.

2.2.3.3. Sudáfrica

En el derecho sudafricano, la cuestión de la inmunidad soberana con respecto a un buque extranjero surgió por primera vez en *De Howorth c. The SS India*²⁹⁸. El tribunal sudafricano se sintió obligado por la autoridad establecida por el Tribunal de Apelación de Inglaterra en *The Parlement Belge* y *The Porto Alexandre*, confirmando una petición de inmunidad con respecto a un buque mercante portugués utilizado con fines comerciales. El juez Gardiner simplemente siguió el *cum sensu* entre los jueces en ese momento al razonar que el uso de la embarcación

²⁹⁶ Véase *Bulletin de legislation et de jurisprudence égyptienne* 33º año, 1920-1921, p. 25 (*apud* SUCHARITKUL, S). Asunto concerniente al buque *Sumatra* (buque británico en viaje comercial y comandado por un civil). *Capt Hall (Ministry of Shipping v Capt Bengoa and Admin Des Ports et Phares, SS Sumatra v SS Mercedes)*, MCA, 24 November 1920. Otros ejemplos de aplicación de esta regla restrictiva lo constituyen: *Stapledon & Sons c S E le Premier lord de l'Amiraute britannique* (1924) (*apud* SUCHARITKUL, S), en el que el tribunal concedió inmunidad a un buque mercante fletado para el transporte de tropas; *Commandant P Saglietto c Mohamed Tawill Effendi* (Mansourah District Court, 15 January 1929), en el que el tribunal negó la inmunidad en un caso referente a un buque público utilizado para el transporte de peregrinos, aunque el buque estaba destinado a la defensa costera. Véase HOYLE, “The Mixed Courts of Egypt 1916-1925”, *Arab Law Quarterly*, vol. 2, 1987, pp. 292, 301 (*apud* FOX, Hazel y WEBB, Philippa).

²⁹⁷ Véase Sucharitkul, Sexto Informe, *op. cit.*, p. 44.

²⁹⁸ 1921 CPD 451 464-465. Véase VRANCKEN, P. H. G., *South Africa and the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2011, p. 132.

en el comercio era específicamente para generar ingresos estatales²⁹⁹. Sudáfrica no firmó la Convención de Bruselas de 1926 y este caso ha sido considerado una autoridad en el enfoque absoluto³⁰⁰ de la inmunidad de un Estado extranjero, que continuó imperando hasta la adopción del enfoque restrictivo en *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd c. Republic Popular De Mocambique*³⁰¹ y *Kaffraria Property c. Government of the Republic of Zambia*³⁰² y su posterior consagración en la Foreign States Immunities Act de 20 de noviembre de 1981.

2.2.4. ¿HA CONTRIBUIDO LA APORTACIÓN DE LA PRÁCTICA JUDICIAL DE LOS ESTADOS A LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA INMUNIDAD?

El examen precedente de la evolución de la práctica judicial de los Estados no reporta por sí mismo una prueba concluyente de la existencia de un conjunto admitido de normas de derecho internacional que rijan las inmunidades de los Estados con respecto a los buques de su propiedad o poseídos o utilizados por ellos. No obstante, dicho examen constituye un firme indicio o información convincente de la dirección en que la jurisprudencia o práctica judicial de los Estados se ha desarrollado en el pasado reciente. Un hecho irrefutable es la ausencia terminante de una práctica coherente de los Estados en apoyo de las inmunidades relativas a los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él independientemente de la naturaleza de su servicio o utilización; cada vez que un tribunal ejerció o declinó su jurisdicción, lo hizo con un fundamento relacionado constantemente con la naturaleza del servicio o la utilización del buque.

²⁹⁹ Véase BANKAS, E. K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, *op. cit.*, p. 64.

³⁰⁰ Para un estudio jurisprudencial de dicho enfoque véase BANKAS (*op. cit.*) y VRANCKEN (*op. cit.*). Véase además CARTOON, B. J., "Sovereign immunity in international law: A review of the more important trends and their place in South Africa", *CILSA*, vol. 11, 1978, pp. 168-182; DUGARD, J., "The 'purist' legal method, international law and sovereign immunity", GAUNTLETT, J. J. (ed.), *J.C. Noster: 'n Feesbunde!*, Durban: Butterworths, 1979, pp. 36-52.

³⁰¹ 1980 2 SA 111 T 118E-125H, (1983) 64 ILR pp. 689-709.

³⁰² 1980 2 SA 709 E 712H-715D, (1983) 64 ILR pp. 708-717.

Por otra parte, nos es imposible ofrecer una conclusión general aplicable por igual a todos los sistemas jurídicos, debido precisamente a la existencia de ciertas peculiaridades técnicas en la legislación y la práctica de los diversos sistemas. Sin embargo, puede indicarse cierta evolución favorable a varias proposiciones jurídicas. En primer lugar, el estudio de los fallos considerados ha contribuido a determinar las esferas en que puede surgir la cuestión de las inmunidades de los Estados con respecto a los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él. Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él gozan generalmente de inmunidad si se utilizan para un servicio oficial o público del Estado, en tanto que los buques de propiedad privada fletados, arrendados o requisados por un gobierno extranjero, en tanto sigan siendo poseídos y explotados por él, gozan en cierta medida de inmunidad respecto de medidas de detención, embargo, secuestro y ejecución, pero no necesariamente respecto de acciones reales que no vayan seguidas de detención o embargo. En resumidas cuentas, se desprende que las acciones contra los buques pertenecientes a un Estado o poseídos o explotados por él pueden admitirse si de hecho no afectan al gobierno extranjero, ya se trate de acciones reales contra los buques o de acciones personales contra los propietarios privados o fletadores privados de los buques. En este sentido, hay que señalar que no existe inmunidad de los Estados porque la cuestión simplemente no se plantea. En *The «Visurgis»* y *The «Siena»* (1938), el tribunal alemán declaró: “Dejando aparte diferencias de opinión poco importantes sobre la cuestión de la definición de los buques de Estado y del alcance de las inmunidades concedidas a ellos, es posible resumir la práctica continental, británica y estadounidense como sigue: un buque fletado por un Estado pero no dirigido por un capitán al servicio del Estado no goza de inmunidad si se interpone contra él una acción real, aún menos puede reclamar el propietario del buque esa inmunidad en una acción por daños (...)”³⁰³. En la actualidad,

³⁰³ *The Visurgis and The Siena*, Germany, Supreme Court of the Reich (in Civil Matters), op. cit., RGZ 389. Traducción libre del autor del autor. El texto original dice: Abgesehen von geringfügigen Meinungsverschiedenheiten in der Frage der Definition von Staatsschiffen und des Umfangs der ihnen gewährten Immunitäten lässt sich die kontinentale, britische und amerikanische Praxis wie folgt zusammenfassen: Ein Schiff, das von einem Staat gechartert,

“la cuestión de la definición de los buques de Estado” a la que se refiere el tribunal es de vital interés para conceder inmunidad a otro tipo de objetos.

La segunda proposición tiene su base en la incuestionable existencia de pruebas convincentes de las variaciones sufridas por la práctica de los Estados desde la Primera Guerra Mundial. La navegación pasó a estar bajo el control directo de los Estados y en concreto bajo el control de un grupo de Estados³⁰⁴. G. van Slooten describió magistralmente este cambio de circunstancias como sigue:

“Antes de la guerra, muy pocas habían sido las ocasiones que habían tenido los Estados propietarios de buques distintos de los destinados a la defensa nacional o a servicios públicos de invocar la inmunidad de jurisdicción o de embargo de sus buques. Cuando finalizó la guerra y entraron en vigor los tratados de paz, la situación cambió repentinamente. Algunos Estados eran propietarios de flotas mercantes considerables (y) se establecieron como verdaderos armadores dedicados al transporte de carga y de pasajeros”³⁰⁵.

aber nicht von einem Kapitän im Dienste des Staates kommandiert wird, genießt keine Immunität, wenn eine dingliche Klage gegen es erhoben wird, und noch weniger kann der Schiffseigner eine solche Immunität bei einer Schadensersatzklage beanspruchen”.

³⁰⁴ Véase SALTER, J. A., *Allied Shipping Control: An Experiment in International Administration*, Clarendon Press, Oxford, 1921 (*apud* Sucharitkul, S.). El magistrado Hill en *The Sylvan Arrow* (1923) describió esta situación del siguiente modo: “En 1917-1918, cualquier propietario de buques que tuviera un petrolero libre del control del gobierno podría haberse hecho rico más allá de cualquier sueño de avaricia”. *W. I. Radcliffe v. The Sylvan Arrow*, Admiralty Division (1923) 16 Ll.L.Rep. 307. Traducción libre del autor. El texto original dice: “In 1917-1918, any shipowner who owned a tanker free of government control could have become rich beyond any dream of avarice”.

³⁰⁵ SLOOTEN, G. van., “La Convention de Bruxelles sur le statut juridique des navires d’Etat”, *Revue de droit international et de législation comparée*, 3.^a serie, t. VII, Bruselas, 1926, p. 457. Traducción libre del autor. El texto original dice: “Avant la guerre, les États possédant des navires autres que ceux destinés à la défense nationale ou au service public avaient très peu de possibilités d’invoquer l’immunité de juridiction ou la saisie de leurs navires. Lorsque la guerre a pris fin et que les traités de paix sont entrés en vigueur, la situation a soudainement changé. Certains États possédaient d’importantes flottes marchandes (et) se sont établis comme de véritables armateurs engagés dans le transport de marchandises et de passagers”. Véase

En este contexto, en algunas jurisdicciones se emitieron fallos, durante el siglo XIX e incluso a mediados del decenio de 1920, que reconocían las inmunidades de detención y embargo de buques de propiedad privada explotados por un Estado y las inmunidades de los buques pertenecientes a un Estado o poseídos por él con respecto a cualquier procedimiento judicial, independientemente de la naturaleza mercantil o comercial de su servicio o utilización. Sin embargo, la práctica estatal precedente ha puesto de manifiesto que esos fallos han sido después revocados por los propios tribunales, o con la asistencia del poder legislativo o mediante la aplicación de las disposiciones pertinentes de una convención internacional. En este sentido, Sucharitkul, en su *Sexto informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* de 1984 afirmaba que “la práctica estatal contemporánea no requiere que los Estados concedan inmunidades jurisdiccionales a los buques públicos utilizados por otros Estados exclusivamente para un servicio comercial no oficial”³⁰⁶. Ahora bien, el Relator Especial afirma que “(esto) no quiere decir que se prohíba legalmente a los Estados, en modo alguno, mostrar cortesía, o que la costumbre les impida conceder un trato especialmente cortés a los buques mercantes de amigos, vecinos o aliados, cuando esos Estados lo deseen o sus tribunales sientan esa inclinación. En todo caso, esa conducta refleja ciertamente la naturaleza esencialmente flexible de las normas de derecho internacional relativas a las inmunidades de los Estados”³⁰⁷. Rebatiendo el argumento de fundamentar la institución de las inmunidades en la cortesía internacional recíproca, señalan Juan Carlos Vargas y Eduardo Rodríguez-Weil, siguiendo a Carlos Espósito Massicci, que la reciprocidad como fundamento para la inmunidad “tiene sentido en el ámbito de las inmunidades diplomáticas, donde este principio está incorporado al propio sistema normativo. No obstante, la reciprocidad no debe ser entendida

también PRAAG, L. van, “La question de l’immunité de juridiction des Etats étrangers et celle de la possibilité de l’exécution des jugements que les condamnent”, *ibid*, 3.ª serie, t. XVI, 1935, pp. 116 y ss.

³⁰⁶ SUCHARITKUL, S., *Sexto Informe*, *op. cit.*, p. 46.

³⁰⁷ *Ibid*.

como fundamento en un sentido más general para las inmunidades estatales, debido a que ello socavaría el carácter internacional de la norma en cuestión, es decir, si las inmunidades de los Estados se constituyen en normas de derecho internacional público, entonces no deben operar conforme a criterios políticos de reciprocidad o cortesía internacional³⁰⁸. Precisamente, en el seminario sobre inmunidades de los Estados extranjeros y las organizaciones internacionales organizado por la Asesoría Jurídica Internacional del entonces Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC) de España con la colaboración de la Escuela Diplomática y la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), celebrado el día 26 de marzo de 2015, señala Espósito Massicci que se discutió si una futura Ley española de inmunidades jurisdiccionales de los Estados y las organizaciones internacionales (hoy realidad jurídica) debía contener una cláusula de reciprocidad³⁰⁹. En su opinión, no se puede justificar la reciprocidad como regla general en materia de inmunidad de jurisdicción; “quizá pueda estar justificado en relación con las fuerzas armadas visitantes, donde los acuerdos que reconocen inmunidades pueden ser extendidos a ámbitos no alcanzados por sus términos originales o aplicados a fuerzas que no estaban comprendidas en su redacción (...). La cuestión resulta menos convincente si se trata como una norma general o aplicada a casos que ya están regidos por la costumbre internacional. Más aún, además de jurídicamente errado, podría resultar contraproducente”³¹⁰. La fundamentación de la reciprocidad es difícil en un sistema que busca una regulación normativa uniforme hasta donde el derecho consuetudinario y convencional han podido encontrar coherencia. El legislador de la LO 16/2015 no ha previsto en ella normas de

³⁰⁸ Véase VARGAS, J. C. y RODRÍGUEZ-WEIL, E., “La inmunidad de jurisdicción y ejecución de las organizaciones internacionales: un tema antiguo con relevancia actual”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n.º 21, 2013, p. 515.

³⁰⁹ Véase ESPÓSITO MASSICCI, C., “Reciprocidad e inmunidades jurisdiccionales de derecho internacional”, *Aquiescencia, blog de derecho internacional*, 15 abril, 2015, <https://aquiescencia.net/tag/inmunidades-jurisdiccionales-2/> (última consulta en octubre de 2019).

³¹⁰ *Ibid.*

reciprocidad generales. La evitación de tales normas, postula Espósito Massicci, obedece a la firme argumentación a favor de la regla de inmunidad como una regla de derecho y no como una regla de discreción o mera cortesía, tal como ha indicado la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 3 de febrero de 2012 en el asunto de las *Inmunidades del Estado (Alemania c. Italia, Grecia interviniente)*, con el acuerdo de las partes en la controversia (párrafo 53)³¹¹.

Como consecuencia necesaria surge una tercera proposición, constituida por una férrea tendencia a favor del no reconocimiento de inmunidades jurisdiccionales con respecto a una categoría de buques públicos, o buques requisados, utilizados o explotados por los Estados, basada en el criterio de su exclusivo uso o servicio comercial y en la inexistencia de relación con cualquier servicio oficial.

3. CONVENCIONES UNIVERSALES O REGIONALES

La distinción entre buques gubernamentales operados con fines no comerciales y los que se dedican a fines comerciales se remonta, al menos, a la Convención de Bruselas de 1926. Con la excepción de los buques de guerra³¹² y otros buques utilizados “exclusivamente en el servicio

³¹¹ *Ibid.*

³¹² El estatus legal de los buques de guerra y submarinos se estableció por primera vez en la Convención VII de la Haya relativa a la transformación de los barcos mercantes en barcos de guerra, de 18 de octubre de 1907 (ratificado por España el 18 de marzo de 1913, Gaceta de Madrid de 25 de junio de 1913), arts. 1-6, y en el *Protocolo de Londres* de 6 de noviembre de 1936, Acta que establece las reglas que deben observar los submarinos en tiempo de guerra respecto a los buques mercantes (España no ratificó en su momento este acuerdo internacional), respectivamente. Hoy, ese estatuto, se reproduce en el artículo 29 de la CNUDM. Las condiciones son universalmente reconocidas y no cabe duda de que han adquirido un estatuto de derecho internacional consuetudinario. Véase al respecto: *Manual de Derecho del Mar*, vol. II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2016, p. 22; DOSWALD-BECK, L. (ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995 (San Remo Manual), para. 13(g); Australian Defence Headquarters, Executive Series ADDP 06.4 – Law of Armed Conflict, 2006 (Australian Military Manual); The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict, Ministry of Defence of

gubernamental y no comercial” establecida en su artículo 3³¹³, a los Estados y sus buques se les denegaría la inmunidad de jurisdicción (adjudication) y ejecución (execution). Señalan J. Ashley Roach y Robert W. Smith que la “sovereign immunity of warships and military aircraft traditionally refers to immunity from the exercise of enforcement jurisdiction, *i.e.*, their immunity from arrest, attachment, or execution in the territory of any foreign State. It also refers to the immunity of public vessels on the high seas from jurisdiction to prescribe by any State other than the flag State (1958 High Seas Convention, articles 8-9; LOS Convention, articles 95-96). In the territorial sea, public vessels are only immune from the jurisdiction of the port or coastal State to enforce its laws against them (1958 Territorial Sea Convention, articles 22-23; LOS Convention, article 30)”³¹⁴. Por su parte, Ted L. McDorman señala que “the immunity afforded a sovereign-immune vessel involves immunity from court procedures of another state respecting the enforcement of its national laws, the bringing of claims, and pre-and post-

the United Kingdom Government, Joint Service Publication, 2004 (UK Military Manual); Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch, Bundesministerium der Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland, 2013 (German Military Manual); Joint Doctrine Manual, Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels, Canadian Office of the Judge Advocate General, 2003 (Canadian Military Manual); *The Commander’s Handbook on the Law of Naval Operations*, Department of the Navy, Office of the Chief of Naval Operations and Headquarters U.S. Marine Corps Department of Homeland Security and U.S. Coast Guard, 2007 (en adelante *Commander’s Handbook*).

³¹³ El artículo 3.1 es de la dicción literal siguiente: *Las disposiciones de los dos artículos precedentes no son aplicables a los buques de guerra, yates de Estado, buques de vigilancia, buques hospitales, buques auxiliares, buques de abastecimiento y otras embarcaciones pertenecientes al Estado o explotadas por él y utilizadas en el momento en que se produzca la causa de la acción exclusivamente para un servicio oficial no comercial, y esos buques no estarán sujetos a embargo, secuestro o detención como consecuencia de ningún proceso jurídico, ni a acciones judiciales reales.* Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol CLXXVI, p. 199.

³¹⁴ ROACH, J. Ashley, SMITH, R. W., *Excessive Maritime Claims: Third Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, p. 535. Cf. American Law Institute, *Restatement (Third), Foreign Relations Law of The United States*, § 457, 1987.

judgment orders of arrest, seizure or execution”³¹⁵. Hazel Fox y Philippa Webb afirman que “the division between the adjudicative and enforcement stages is, however, by no means easy to make. Lord Diplock himself noted in *Alcom* that some proceedings would not fit neatly into this division; he instanced Admiralty jurisdiction *in rem* as a hybrid”³¹⁶.

La asimilación de la posición de los buques mercantes estatales a la de los buques mercantes privados se incorporó posteriormente en varios convenios sobre derecho del mar; y la expresión *government and non-commercial* se convirtió en una fórmula estándar en estas convenciones y más tarde en la *Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes* (CNUIJ). Por citar algún ejemplo de la materialización de esta expresión en Convenios donde expresamente se especifica que los buques públicos quedan exentos de los efectos del tratado en cuestión, nos referimos al *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, artículo 3(d): (Para los fines del presente Protocolo): el término “buque” excluye “los buques de guerra, los buques auxiliares de la armada u otros buques que sean propiedad de un Estado o explotados por éste y que en ese momento *se empleen únicamente en servicios oficiales no comerciales*”³¹⁷. El artículo 16, apartados 2 y 4, de la CNUIJ preserva la posición especial de los *buques de guerra, buques auxiliares y otros buques de propiedad de un Estado o explotados por él y utilizados, por el momento, exclusivamente para un servicio público no comercial*, así como la carga de estos. De este modo, el artículo 16 de la Convención confirma la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero en relación con estos buques frente a los procedimientos judiciales de otro Estado respecto a la *explotación* de

³¹⁵ McDORMAN Ted L., “Sovereign Immune Vessels: Immunities, Responsibilities and Exceptions”, *Jurisdiction Over Ships: Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 93.

³¹⁶ Véase FOX, H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 175.

³¹⁷ BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2003 (publicación del instrumento de ratificación del Reino de España).

los mismos, y extiende esta inmunidad a las reclamaciones presentadas que involucren cargamentos en dichos buques y cargamentos de propiedad de un Estado y utilizados o destinados a ser utilizados exclusivamente para un servicio público no comercial. Sin embargo, la Convención de Bruselas de 1926 estipula que entre sus Estados Partes, incluso en el caso de los buques públicos para los que se establece la inmunidad de las jurisdicciones nacionales, el párrafo 1 del artículo 3 autoriza además ciertos recursos ante los tribunales de los países que sean propietarios de los buques en cuestión o los exploten; dichos recursos irán referidos a las acciones consecuencia de colisiones u otros accidentes, salvamento o contratos de reparación o suministros. Treinta Estados son partes de la Convención de 1926, incluidos 14 estados europeos (Alemania, Dinamarca, Francia, España, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, los Países Bajos, Polonia, Portugal, Suecia, Suiza y el Reino Unido). Hay que señalar al respecto, que esta Convención prevalecerá entre las Partes cuando la *Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes* (CNUIJ) entre en vigor (artículo 26 CNUIJ)³¹⁸. La complejidad de la Convención de 1926 ha desalentado su amplia ratificación por parte de los Estados, en particular porque los tribunales nacionales se han mostrado dispuestos, basándose en los principios generales del derecho internacional, a aceptar la jurisdicción en un procedimiento que se estima no inmune relacionado con una actividad de derecho privado, concretamente sobre reclamaciones derivadas del transporte de mercancías o pasajeros en buques mercantes propiedad de los Estados o explotados por ellos³¹⁹. El 26 de agosto de 1988, el buque 'Henny L', buque perteneciente a Van der Linden, entregó combustible en el puerto de Amberes a un buque conocido como 'Altair' perteneciente al US Military Sealift Command (US-MS). Durante el abastecimiento de combustible, 'Henny L' sufrió daños, que supuestamente fueron causados por las acciones negligentes de la tripulación del 'Altair'. El 3 de julio de 1991, se produjo la detención

³¹⁸ Véase McDORMAN Ted L., *op. cit.*, p. 93; DJIBRIL, M., *op. cit.*, p. 8.

³¹⁹ A modo de ejemplo véase *P.C. van der Linden v Government of USA (Department of Navy, Military Sea Command)* 18 Abril 1996, Rotterdam DC, (citado por Fox y Webb, *op. cit.*, p. 118).

provisional del *'Algol'*, otro buque de navegación marítima también perteneciente al US-MSC y antiguo *'Altair'*. El US-MSC argumenta que el *'Altair'* y el *'Algol'* son propiedad de los EEUU y estaban siendo utilizados en el curso de un servicio oficial. Ambos buques fueron empleados con fines militares, el *'Algol'* en el contexto de las operaciones militares “Desert Shield” y “Desert Storm military” y el *'Altair'* para el transporte de material militar al puerto de Ámsterdam. Se ha afirmado que, al ocultar el estatus del buque, se obtuvo erróneamente permiso para detenerlo. Por estas razones, el US-MSC invoca inmunidad de jurisdicción y afirma que la autorización para el arresto del buque se obtuvo ilegalmente y que, por lo tanto, el tribunal carece de jurisdicción. También alega que reclamaciones como la presente están cubiertas por la cláusula de almirantazgo del Acuerdo SOFA de la OTAN y, por lo tanto, deben presentarse a la US Maritime Administration o a un tribunal de distrito de los Estados Unidos. Por su parte, Van der Linden argumenta que el US-MSC no tiene derecho a reclamar inmunidad porque su responsabilidad se basa en un acto ilícito de la tripulación del *'Altair'* en la realización de un acto de derecho privado, es decir, el abastecimiento de combustible basado en un acuerdo de derecho privado. Por lo que respecta al Acuerdo SOFA de la OTAN, señala que este no es aplicable porque el acto de derecho privado, objeto del procedimiento, no entra dentro de las materias a las que se aplica el Acuerdo. Finalmente, la sentencia señala que la compra de petróleo para combustible por parte de US-MSC y los daños que supuestamente se le causaron al *'Henny L'* en el momento de la entrega del petróleo son actividades que, por su naturaleza, se rigen por el derecho privado. Es taxativa al afirmar que lo anterior no se ve alterado por el hecho de que el *'Altair'* visitara Amberes para descargar material militar. El argumento basado en el Acuerdo SOFA de la OTAN también fracasa. El objetivo de este Acuerdo es regular la situación jurídica de las fuerzas armadas de un Estado miembro de la OTAN que se encuentran en el territorio de otro Estado miembro (de la OTAN) en virtud de un acuerdo especial con

ese otro Estado. Dado que en este caso no existía tal acuerdo especial, el Acuerdo SOFA de la OTAN no es aplicable en el presente caso³²⁰.

El término indefinido³²¹ “inmunidad soberana” aparece solo en algunos tratados marítimos: el Convenio para la Prevención de la Contaminación Marina Provocada por Vertidos desde Buques y Aeronaves, hecho en Oslo el 15 de febrero de 1972 (artículo 15(6))³²²; el Convenio de Londres para la Prevención de la Contaminación Marina por Vertidos de Residuos y otras materias de 1972 (artículo VII(4))³²³; el artículo

³²⁰ Véase BARNHOORN, L.A.N.M., “Netherlands judicial decisions involving questions of public international law, 1995-1996”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 28, *op. cit.*, 1997, pp. 344-346. Para un estudio detallado de la génesis y aplicación de la Convención de Bruselas de 1926 y su Protocolo Adicional, firmado en Bruselas el 24 de mayo de 1934, véase Sucharitkul, S., Sexto Informe, pp. 48-52.; Fox y Webb, *op. cit.*, pp. 116-118.

³²¹ Véase ASHLEY ROACH, J., SMITH, R. W., *op. cit.*, p. 539.

³²² BOE núm. 99, de 25 de abril de 1974 (publicación del instrumento de ratificación del Reino de España). Artículo 15(6): *Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la inmunidad de que gozan ciertos buques, de acuerdo con el derecho internacional.*

³²³ Convenio conocido (en inglés) como London [Dumping] Convention. Artículo VII (4): *El presente Convenio no se aplicará a los buques y aeronaves que tengan derecho a inmunidad soberana con arreglo al Derecho internacional. No obstante, cada Parte asegurará, mediante la adopción de las medidas apropiadas, que los buques y aeronaves que tenga en propiedad o en explotación operen en forma compatible con el objeto y fines del presente Convenio, e informará a la Organización de conformidad con lo anterior.* (Instrumento de Ratificación de España del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias, hecho en Londres, Méjico D. F., Moscú y Washington, el día 29 de diciembre de 1972. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1975). Como a continuación también veremos, esta terminación del artículo (*cada Parte asegurará, mediante la adopción de las medidas apropiadas ...*) es muy común en un gran número de tratados sobre protección del medio ambiente que exigen a las embarcaciones y aeronaves públicas. Puede verse una selección de los mismos en ASHLEY ROACH, J., SMITH, R. W., *op. cit.*, p. 538-539. Entre ellos, hacemos referencia al Convenio internacional de Hong Kong para el reciclaje seguro y ambientalmente racional de los buques de 2009, artículo 3(2), cuya reciente ratificación de la India a finales del año 2019 acerca su entrada en vigor, ya que se cumple el requisito de tener como mínimo 15 Estados partes. Los Estados Contratantes, a fecha de 28/11/2019, son Alemania, Bélgica, Congo, Dinamarca, Estonia, Francia, Ghana, India, Japón, Malta, Países Bajos, Noruega, Panamá, Serbia y Turquía. Véase este tratado en el listado de convenios de la OMI, “otros convenios relativos a la prevención de la contaminación del mar”:

4(1) de la Convención Internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989³²⁴; y el Anexo II al Convenio OSPAR sobre la prevención y eliminación de la contaminación producida por vertidos o incineración (anexo II, artículo 10 (3))³²⁵. El término también aparece en los títulos de los artículos: art. 236 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM); art. XIV de la Convención regional sobre la conservación del medio ambiente en el Mar Rojo y en el Golfo de Adén (Jeddah, 14 de febrero de 1982); art. 12(4) del Protocolo de 1986 para la Prevención de la Contaminación de la Región del Pacífico Sur por Vertimiento; art. 11 del Anexo IV del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente de 1991³²⁶; y por último, en

(<http://www.imo.org/es/About/Conventions/ListOfConventions>). Véase también en el mismo sentido el artículo 10 (3) del Protocolo de 1996 relativo al London [Dumping] Convention: *El presente Protocolo no se aplicará a los buques y aeronaves que tengan derecho a inmunidad soberana con arreglo al derecho internacional (...)*. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2006, publicación del instrumento de ratificación del Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, 1972, hecho en Londres el 7 de noviembre de 1996. Véase las Partes actuales del Convenio y Protocolo de Londres en:

<http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/Documents/Parties%20to%20the%20London%20Convention%20and%20Protocol%20Dec%202016.pdf>.

³²⁴ BOE núm. 57, de 8 de marzo de 2005 (publicación del instrumento de ratificación del Reino de España). Artículo 4(1): *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5, el presente Convenio no será aplicable a los buques de guerra ni a otros buques de propiedad del Estado, o utilizados por éste, que gocen de inmunidad soberana en el momento de las operaciones de salvamento, de conformidad con los principios generalmente reconocidos de derecho internacional, a menos que ese Estado decida otra cosa.*

³²⁵ BOE núm. 150, de 24 de junio de 1998, publicación del instrumento de ratificación del Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste (o Convención OSPAR), hecho en París, 22 de septiembre de 1992. Anexo II, artículo 10 (3): *Nada de lo dispuesto en el presente anexo limitará la inmunidad soberana de que gozan determinados buques en virtud del derecho internacional.*

³²⁶ Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente y sus Anejos, hecho en Madrid el 4 de octubre de 1991. BOE núm. 42, de 18 de febrero de 1998 (publicación del instrumento de ratificación del Reino de España). El artículo 11 del Anexo IV del Protocolo lleva por título *Inmunidad soberana*, y es de la dicción literal siguiente: *El presente anexo no se aplicará a los buques de guerra ni a las unidades navales auxiliares, ni a los buques que, siendo propiedad de un Estado o estando a su servicio, sólo le presten en ese momento servicios*

el título del artículo IV del Convenio para la Protección del Mar Negro contra la Contaminación de 1992.

Se hace referencia a la “inmunidad” de los buques públicos en el título del Convenio de Bruselas de 1926, y en el artículo I de su Protocolo de 1934. El término “inmunidad” también se utiliza en los artículos 8 y 9 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar, en los artículos 95 y 96 de la CNUDM, en el párrafo segundo del artículo 22 de la Convención de Ginebra sobre Mar territorial y Zona Contigua, en el artículo 32 de la CNUDM, en el párrafo segundo del artículo 2 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988³²⁷, y en el párrafo tercero del artículo X

*gubernamentales de carácter no comercial. No obstante, cada Parte asegurará mediante la adopción de medidas oportunas (...) (art. 11.1). Señala Joyner que la concesión de esta inmunidad es “particularly anomalous in the Antarctic where the great bulk of the activity -science and its support- is carried on by governments alone. Governments thus neatly exempt themselves from mandatory provisions”. JOYNER, CC., *Antarctica and the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, p. 174 (citado por Hazel Fox y Philippa Webb, *op. cit.*, p. 111). Igualmente, el procedimiento de solución de controversias establecido en los artículos 18 a 20 del Protocolo no es aplicable a las disputas relacionadas con las disposiciones sobre prevención de la contaminación marina causada por buques inmunes soberanos (artículo 11.4 Anexo IV). Véase al respecto REY-ANEIROS, A., “The protection of the Antarctic environment” en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (editor), *New approaches to the Law of the sea (in honor of ambassador José Antonio de Yturriaga-Barberán)*, Nova Science Publisher, New York, 2017, p. 225.*

³²⁷ BOE núm. 99, de 24 de abril de 1992, publicación de los instrumentos de ratificación (Reino de España) del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental, hechos en Roma el 10 de marzo de 1988. Artículo 2(2): *Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afecta a las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales.* La cuestión del estatus de una plataforma fija y por ende su inmunidad, así como su diferenciación con los buques, será analizada más adelante. Por lo que respecta al Convenio y Protocolo referidos: se entiende por <buque> *“toda nave del tipo que sea, no sujeta de manera permanente al fondo marino, incluidos vehículos de sustentación dinámica, sumergibles o cualquier otro artefacto flotante.”* (artículo 1 Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988); una <plataforma fija> *“es una isla artificial, instalación o estructura sujeta de manera permanente al fondo marino con fines de exploración o explotación de los recursos u otros fines de índole económica.”* (artículo 1, párrafo tercero, Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental).

del Convenio de Bruselas de 1962 sobre la responsabilidad de los operadores de buques nucleares. Los convenios sobre responsabilidad civil por daños nucleares causados por buques de propulsión nuclear contienen disposiciones sobre la inmunidad de los buques de Estado solo para las medidas de incautación y embargo. El párrafo tercero del artículo X del Convenio de Bruselas de 1962 sobre la responsabilidad de los operadores de buques nucleares estipula que “se renunciará a toda inmunidad judicial con respecto a los deberes y obligaciones derivados de la Convención. Nada hará que un buque de guerra u otro buque de propiedad del Estado o explotado por el Estado en servicio no comercial pueda ser detenido, embargado o incautado, ni conferirá jurisdicción sobre los buques de guerra a los tribunales de ningún Estado extranjero”. Igualmente, el Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el protocolo adicional de 28 de enero de 1964, por el protocolo de 16 de noviembre de 1982 y por el protocolo de 12 de febrero de 2004³²⁸, en su artículo 13; el Convenio de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares firmado en mayo de 1963³²⁹, en su art. XIV; el Convenio de Bruselas de 1971 relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares³³⁰ y el Convenio sobre indemnización suplementaria por daños nucleares, adoptado el 12 de septiembre de 1997³³¹, establecen que las partes contratantes no pueden invocar inmunidades jurisdiccionales ante los tribunales competentes de

³²⁸ España es parte contratante del Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear. *BOE* núm. 28, de 2 de febrero de 1967, publicación del instrumento de ratificación de España. Véase también: Protocolo de 28 de enero de 1964, *BOE* núm. 164, de 9 de julio de 1968, publicación del instrumento de ratificación de España; Protocolo de 16 de noviembre de 1982, *BOE* núm. 262, de 1 de noviembre de 1988, publicación del instrumento de ratificación de España.

³²⁹ Entrada en vigor el 12 de noviembre de 1977 (España firmó el tratado el 6 de septiembre de 1963 pero no lo ha ratificado) y modificado en agosto de 1997 (entrada en vigor del Protocolo de enmienda el 4 de octubre de 2003, España no es Parte).

³³⁰ España es Parte de este Convenio. *BOE* núm. 199, de 20 de agosto de 1975, publicación del instrumento de adhesión de España al Convenio relativo a la Responsabilidad Civil en la esfera del Transporte Marítimo de Materiales Nucleares.

³³¹ Entró en vigor el 15 de abril de 2015. España no es parte de este Convenio.

conformidad con las disposiciones del Convenio, salvo en lo que respecta a las medidas de ejecución. Muchos de los Estados nucleares más importantes como China, India, Japón, la República de Corea y Estados Unidos no son Parte de los Convenios de París y de Viena (así como de su Protocolo); sin embargo, en enero de 2015, Japón firmó y presentó el instrumento de aceptación del Convenio sobre indemnización suplementaria por daños nucleares. Por su parte, Estados Unidos e India, ratificaron este Convenio el 21 de mayo de 2008 y el 4 de febrero de 2016, respectivamente³³². Por lo que respecta al Convenio de 1971 sobre responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares, una de las cuestiones que originó opiniones contradictorias fue si el Convenio debía incluir a los buques de guerra nucleares. Recientemente, Rusia ha enviado al Ártico la única central nuclear flotante del mundo, bautizada como *Académico Lomonósov* (en honor del sabio ruso del siglo XVIII), que partió el 23 de agosto de 2019 de Múrmansk, ciudad próxima a la frontera con Noruega, en un viaje de 4.700 kilómetros que le ha llevado a la otra punta de la costa ártica rusa. Este tipo de ingenios nunca se ha producido masivamente. Constituye, de hecho, la primera planta nuclear flotante desde el buque llamado *MH-1A Sturgis*, un viejo carguero estadounidense con un reactor nuclear reacondicionado por la Armada de los Estados Unidos, que proveyó de electricidad al canal de Panamá entre 1968 y 1975. El proyecto para construir una planta nuclear flotante de la empresa llamada Offshore Power Systems (creada entre la Public Service Electric and Gas Company, la Westinghouse Electric Corporation y la Tenneco) en aguas costeras del Estado de Nueva Jersey en los años setenta fue abandonado. Uno de los elementos de fondo del proyecto es el energético. Pevek, la ciudad portuaria en la península de Chukotka donde ha atracado el ingenio, recurrir al carbón (traído desde las minas del distrito Zyrianka, en Yakutia) y a la antigua planta nuclear de Bilíbino para producir electricidad. El

³³² Para un estudio detallado de estos convenios véase IAEA (International Atomic Energy Agency), the International Expert Group on Nuclear Liability (INLEX), *Civil Liability for Nuclear Damage: Advantages and Disadvantages of Joining the International Nuclear Liability Regime*, <https://www.iaea.org/topics/nuclear-liability-conventions> (última consulta en diciembre de 2019).

Académico Lomonósov, argumentan las autoridades, contribuirá a reducir las emisiones contaminantes -al frenar la quema de carbón- y a cerrar la obsoleta planta nuclear. En definitiva, para Rosatom, empresa pública rusa y cuerpo regulador para el complejo nuclear de dicho país, se trata de la mejor opción para dotar de electricidad a las ciudades de tierra y a las plataformas petrolíferas existentes en la lejana región de Chukotka, teniendo en cuenta que el suelo está congelado la mayor parte del año. Este proyecto aspira a fabricar en serie buques con capacidad nuclear que revitalicen la economía de una región rica en recursos naturales pero muy aislada del resto del país³³³. En una perspectiva comparativa con el Convenio de Bruselas de 1962 sobre la responsabilidad de los operadores de buques nucleares, hay que señalar que el Convenio de Bruselas de 1952 para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima no contiene ninguna disposición sobre la inmunidad de los buques de guerra. Esa es la razón por la que varios Estados Partes (entre otros, el Reino Unido y Rusia) al ratificar el Convenio, se reservaron el derecho de no aplicar las disposiciones del Convenio a los buques de guerra y demás buques gubernamentales. Este defecto ahora es subsanado por el Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques de 1999 (Reino Unido no es parte), cuyo artículo 8.2 establece que el Convenio “no se aplicará a los buques de guerra, a las unidades navales auxiliares y a otros buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y destinados exclusivamente, en ese momento, a un uso público no comercial”³³⁴.

³³³ Véase RODRÍGUEZ, F., “Rusia pone en servicio su primer reactor nuclear flotante en el Ártico”, *diario El País*, 23 de agosto de 2019,

https://elpais.com/internacional/2019/08/22/actualidad/1566495031_273311.html.

En este estado de la cuestión, nos preguntamos si el buque *Académico Lomonósov*, propiedad de la compañía estatal rusa Rosatom, tiene inmunidad soberana, si es, por tanto, un buque estatal destinado a fines “no comerciales”.

³³⁴ BOE núm. 104, de 2 de mayo de 2011, publicación del Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999. Véase RONZITTI, N., “Military Uses of the Sea” en ATTARD, D., FITZMAURICE, M., MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, N. A. y HAMZA, R. (Eds.), *The IMLI Manual on*

Algunos tratados marítimos guardan silencio sobre el alcance de aplicación a los buques: el Convenio de Lima de 1981 para la protección del medio ambiente marino y la zona costera del Pacífico Sudeste³³⁵; y el Convenio de Nairobi de 1985 para la protección, la ordenación y el desarrollo del medio marino y costero de la región de África Oriental.

En lo que respecta a los abordajes, se debe hacer referencia al Convenio sobre el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes en el mar de 1972³³⁶. La regla 1 a) del Reglamento (unido al Convenio) establece que (dicho Reglamento) “se aplicará a *todos* los buques en Alta Mar y en todas las aguas que tengan comunicación con ella y sean navegables por los buques de navegación marítima”. Por lo tanto, se incluyen los buques de guerra y otros buques gubernamentales, ya que no están expresamente exentos. No obstante, señala Natalino Ronzitti que el Reglamento “cannot be applied in wartime, but also in peacetime when

International Maritime Law. The Law of the sea, Vol III: Marine Environmental Law and Maritime Security Law, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 562-563; FOX, H. y WEBB, P., *op. cit.*, p. 112. Sobre las ratificaciones a los Convenios de Bruselas de 1952 y 1962 véase *CMI Yearbook*, 2014, pp. 488-92. A este respecto hay que indicar que España denunció el Convenio de 1952 el 24 de marzo de 2011, surtiendo efectos desde el 28 de marzo de 2012 (BOE núm. 242, de 7 de octubre de 2011). Además, añadimos que, el Reino Unido no ha incorporado este Convenio a la legislación inglesa, pero en virtud de la Supreme Court Act 1981, section 20(7) y de la Admiralty Practice Direction 49F, párrafo 6.2(7), dictada en virtud de las normas de procedimiento civil, no se emitirá ninguna orden de detención contra un buque propiedad de un Estado en el que, por cualquier convenio o tratado, el Reino Unido se haya comprometido a reducir al mínimo la posibilidad de arresto de los buques de ese Estado.

³³⁵ Este convenio únicamente se refiere a los buques en el artículo 4 “medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino”: *Las medidas adoptadas por las Altas Partes Contratantes para prevenir y controlar la contaminación del medio marino incluirán, entre otras, las destinadas a reducir en el mayor grado posible: 2. La contaminación causada por buques, en particular aquellas para prevenir accidentes, hacer frente a emergencias, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar, prevenir descargas intencionales y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, la explotación y la dotación de los buques de acuerdo con las normas y reglas internacionales generalmente aceptadas; (...)*. A continuación, este artículo distingue la contaminación proveniente de todos los otros dispositivos e instalaciones que funcionen en el medio marino.

³³⁶ Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes, hecho en Londres el 20 de octubre de 1972, BOE núm. 163, de 9 de julio de 1977.

warships are conducting law enforcement missions (for instance a warship engaged in hot pursuit), as is stated by a number of navy manuals and by many authorities”³³⁷.

Por su parte, el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974 (SOLAS, en sus siglas en inglés)³³⁸, en su artículo II³³⁹, no excluye de su ámbito de aplicación a los buques de Estado. No obstante, la regla 3(a) (I) del capítulo I de SOLAS señala que “salvo disposición expresa en otro sentido, las presentes reglas no serán aplicables a (...) buques de guerra y buques para el transporte de tropas”. Asimismo, la regla 1.1 del Capítulo V, sobre la seguridad de la navegación, del mismo Convenio señala que “salvo disposición expresa en otro sentido, el presente capítulo se aplicará a todos los buques en la realización de cualquier viaje, excepción hecha de: a) los buques de guerra, las unidades navales auxiliares y otros buques que sean propiedad de un Gobierno Contratante o explotados por este, y que se utilicen solo para su servicio y no para fines comerciales”. Por último, la regla 1 del Capítulo VIII, relativo a buques nucleares, establece la aplicación de dicho capítulo “a todos los buques nucleares, excepción hecha de los buques de guerra”. De todos modos, puede concluirse que es frecuente que SOLAS establezca exenciones o reglas especiales para los buques de Estado³⁴⁰.

³³⁷ RONZITTI, N., “Military Uses of the Sea”, *op. cit.*, p. 563.

³³⁸ Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS), hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974; Protocolo de 1978, relativo a SOLAS, hecho en Londres el 17 de febrero de 1978, con sus sucesivas enmiendas. España ratificó SOLAS el 16 de agosto de 1978 (BOE núm. 144, de 16 de junio de 1980) y se adhirió al Protocolo el 9 de abril de 1980 (BOE núm. 106, de 4 de mayo de 1981).

³³⁹ El artículo II SOLAS es de la dicción literal siguiente: “el presente convenio será aplicable a los buques que tengan derecho a enarbolar el pabellón de los Estados cuyos gobiernos sean gobiernos contratantes”.

³⁴⁰ Para un análisis exhaustivo, más preciso de la cuestión, véanse las sucesivas enmiendas a SOLAS. Traemos a colación las enmiendas de 1999 en cuya virtud se añade al Capítulo VII, relativo al transporte de mercancías peligrosas, del Convenio SOLAS, el artículo 15: “la presente parte y el código CNI (Código Internacional para la Seguridad del Transporte de Combustible

En contraste con el artículo 236 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), traemos a colación el artículo I (2) del Convenio Internacional de 1969 relativo a la Intervención en Alta Mar en Casos de Accidentes que causen o puedan causar una Contaminación por Hidrocarburos³⁴¹. Este último artículo, al igual que el

Nuclear irradiado, plutonio y desechos de alta actividad en bultos a bordo de los buques) no serán aplicables a los buques de guerra, unidades navales auxiliares ni a otros buques pertenecientes a un gobierno contratante, o explotados por éste y utilizados a la sazón únicamente para un servicio público no comercial. Sin embargo, cada Administración velará". Paréntesis añadido. Véase Enmiendas de 1999 al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974 (...), Resolución MSC.87 (71) y código CNI, Resolución MSC.88 (71), aprobados el 27 de mayo de 1999 (BOE núm. 221, de 14 de septiembre de 2001).

Después del 11S, el Convenio SOLAS fue enmendado para incorporar un nuevo Código Internacional relativo a la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (Código PBIP). El Código "no es aplicable a los buques de guerra, ni a las unidades navales auxiliares, ni a otros buques que, siendo propiedad de un Gobierno Contratante o estando explotados por él, estén exclusivamente dedicados a servicios gubernamentales de carácter no comercial" (art. 3.3). Véase Código Internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (Código PBIP), adoptadas el 12 de diciembre de 2002 mediante Resolución 2 de la Conferencia de Gobiernos contratantes del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974. BOE núm. 202, de 21 de agosto de 2004.

Por último, nos referimos a las enmiendas de 2014, adoptadas en Londres el 21 de noviembre de 2014 mediante Resolución MSC.386(94). En virtud de dichas enmiendas se añade el capítulo XIV al Convenio SOLAS relativo a medidas de seguridad para los buques que operen en aguas polares, confiriendo carácter obligatorio a las disposiciones sobre seguridad del Código polar (adoptado por la OMI Doc MSC.385(94), 15 de Mayo de 2015, que enmienda tanto MARPOL como SOLAS y tiene como objetivo la protección del medio ambiente polar). El artículo 2.4 de dicho capítulo establece que no será de aplicación "a los buques que sean propiedad de un Gobierno Contratante o sean explotados por este y que se utilicen, por el momento, solo en servicios gubernamentales de carácter no comercial. Sin embargo, se recomienda a los buques que sean propiedad de un Gobierno Contratante o sean explotados por este y que se utilicen, por el momento, solo en servicios gubernamentales de carácter no comercial que, en la medida que sea razonable y factible, actúen de acuerdo con lo dispuesto en el presente capítulo". Véase Enmiendas de 2014 al Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (Convenio SOLAS), 1974, adoptadas en Londres el 21 de noviembre de 2014 mediante Resolución MSC.386(94). BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2017.

³⁴¹ Tras el siniestro del *Torrey Canyon*, que reveló la necesidad de establecer un régimen para los Estados ribereños que respondiesen a un accidente de contaminación por hidrocarburos en Alta Mar, la Organización Marítima Internacional (OMI) introdujo el Convenio Internacional de 1969 relativo a la Intervención en Alta Mar en Casos de Accidentes que causen o puedan causar

artículo 236 CNUDM, señala la no aplicación del Convenio a “los buques de guerra u otros buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y afectados exclusivamente, en la época considerada, a un servicio gubernamental no comercial”³⁴². Tal y como adelantamos, los buques de guerra y los buques (o aeronaves) de propiedad del Estado o explotados por el Estado que se utilizan únicamente en servicios gubernamentales no comerciales gozan también de inmunidad en lo que respecta a las normas de otros convenios relativos a la protección y preservación del medio ambiente marino³⁴³. De este modo, al igual que el artículo I (2) del Convenio de Intervención de 1969, el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, hecho en Bruselas el día 29 de noviembre de 1969³⁴⁴, artículo XI; el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques de 1973 (Convenio MARPOL), modificado por el Protocolo de 1978, hecho en Londres el 17 de febrero de 1978³⁴⁵, artículo

una Contaminación por Hidrocarburos (Convenio de Intervención de 1969), aprobado el 29 de noviembre de 1969 en Bruselas y en vigor desde el 6 de mayo de 1975. BOE núm. 49, de 26 de febrero de 1976 (publicación del instrumento de ratificación del Reino de España). El petrolero *Torrey Canyon* encalló frente a la costa de Cornualles en el suroeste de Inglaterra en marzo de 1967, derramando unas 121.000 toneladas de hidrocarburos en el mar. Fue el mayor desastre de contaminación marina de la historia en ese momento. Señalan Gabino Gonzalez y Frédéric Hébert que, a raíz de este incidente, quizás por primera vez, el público en general fue consciente de la amenaza que el transporte marítimo de petróleo y otros productos supone para el medio ambiente marino. Véase GONZALEZ, G. y HÉBERT, F., “Conventions relating to Pollution Incident Preparedness, Response, and Cooperation” en *The IMLI Manual on International Maritime Law. The Law of the sea*, Vol III, *op. cit.*, pp. 196, 198-200.

³⁴² Véase artículo I (2) Convenio de Intervención de 1969. Obsérvese la objeción alemana de 31 de octubre de 1978 de no aceptar la reserva de la Unión Soviética: “según el derecho internacional consuetudinario, ningún Estado puede reclamar inmunidad ante los tribunales de otro Estado respecto de los buques utilizados por el Estado con fines comerciales o explotados por una sociedad registrada como proveedor o armador de ese Estado”. FOX, H. y WEBB, P. (citando a HAFNER), *op. cit.*, p. 111.

³⁴³ Véase nota 323.

³⁴⁴ BOE núm. 58, de 8 de marzo de 1976, publicación del instrumento de ratificación del Reino de España).

³⁴⁵ BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1984, publicación del instrumento de ratificación del Reino de España.

3(3); el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos para combustible de los buques (BUNKERS 2001), hecho en Londres el 23 de marzo de 2001³⁴⁶, artículo 4(2), y el Convenio Internacional sobre el control de los sistemas antiincrustantes perjudiciales en los buques, hecho en Londres el 5 de octubre de 2001³⁴⁷, artículo 3(2), señalan que tales Convenios no se aplicarán “a los buques de guerra, buques auxiliares de la armada u otros buques cuya propiedad o explotación corresponda a un Estado y que estén destinados exclusivamente, en el momento considerado, a servicios no comerciales del Gobierno”³⁴⁸. Sin embargo, la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar contiene además la condición de que los Estados asegurarán que los buques excluidos por el funcionamiento de la inmunidad soberana actúen de manera

³⁴⁶ BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2008, publicación del instrumento de ratificación del Reino de España).

³⁴⁷ BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2007, publicación del instrumento de adhesión del Reino de España).

³⁴⁸ Téngase en cuenta que las categorías que conforman la expresión “otros buques cuya propiedad o explotación corresponda a un Estado y que estén destinados exclusivamente, en el momento considerado, a servicios no comerciales del Gobierno” será objeto de estudio con posterioridad. El Convenio Internacional sobre el control de los sistemas antiincrustantes perjudiciales en los buques, hecho en Londres el 5 de octubre de 2001 entiende por «buque» “toda nave apta para la navegación marítima y todo artefacto flotante en el mar, del tipo que sea” (art. 1(1)). Por su parte, el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques de 1973, modificado por el Protocolo de 1978, especifica que por «buque» (salvo indicación expresa en otro sentido) “se entiende todo tipo de embarcaciones que operen en el medio marino, incluidos los aliscafos, así como los aerodeslizantes, los sumergibles, los artefactos flotantes y las plataformas fijas o flotantes” (art. 2(4)). Por último, añadir, que, la Conferencia Diplomática de 2001 que adoptó el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos para combustible de los buques (BUNKERS 2001) también adoptó una Resolución en la que se invitaba a los Estados a considerar, al aplicar el Convenio, la necesidad de introducir en su legislación nacional “immunity for salvors and persons taking preventive measures (...)”. JACOBSSON, M., “IMO, Liability and Compensation, and Global Ocean Governance” en ATTARD, David J., BALKIN, Rosalie, P. y GREIG, Donald W. (eds.), *The IMLI Treatise On Global Ocean Governance*, Volume III: The IMO and Global Ocean Governance, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 69.

compatible con la Convención³⁴⁹. La lectura conjunta de las disposiciones de exclusión contenidas tanto en el Convenio Internacional de 1969 relativo a la Intervención como en la CNUDM es de gran importancia para evaluar las características de un incidente contaminante importante en el que se vea involucrado un buque de guerra o un buque del servicio gubernamental que enarbole el pabellón de un país distinto del Estado ribereño afectado. En este caso, la necesidad de prevenir la contaminación deberá equilibrarse con el objetivo primordial de garantizar la paz y la seguridad evitando adoptar cualquier medida que pueda considerarse un *casus belli* o un acto hostil en términos militares navales. En tales circunstancias, el Estado ribereño verá limitadas sus posibilidades de hacerse cargo de un buque militar que enarbole el pabellón de otro Estado, a menos que haya entablado previamente consultas con ese Estado y que este le permita prestar asistencia a la nave militar en peligro³⁵⁰.

Respecto a los buques y aeronaves públicos, compartimos con Ashley Roach y Smith que debido a las muy diferentes maneras en que la “inmunidad soberana” ha sido utilizada en tratados y acuerdos, es preferible que esos documentos especifiquen las acciones de las que dichos buques

³⁴⁹ Véase nota 323. De idéntica redacción es el artículo 3.2 del *Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*: “This Agreement does not apply to any warship, naval auxiliary, other vessels or aircraft owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service. However, each State Party shall ensure, by the adoption of appropriate measures not impairing the operations or operational capabilities of such vessels or aircraft owned or operated by it, that such vessels or aircraft act in a manner consistent, so far as is reasonable and practicable, with this Agreement”. Véase Intergovernmental Conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, *Draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*, A/CONF.232/2019/6, 17 de mayo de 2019.

³⁵⁰ Véase BLANCO-BAZÁN, A., “Intervention in the High Seas in Cases of Marine Pollution Casualties” en *The IMLI Manual on International Maritime Law. The Law of the sea*, Vol III (...), *op. cit.*, p. 272.

y aeronaves son inmunes, en lugar de basarse en el término³⁵¹. Los siguientes interrogantes muestran los factores que deben tenerse en cuenta al redactar las cláusulas sobre “inmunidad soberana”: ¿Puede esperarse que todas las embarcaciones y aeronaves públicas cumplan con los términos del tratado dados sus requisitos operacionales especializados y la naturaleza variada de sus operaciones? ¿Quedan comprendidas en las disposiciones del tratado las embarcaciones y aeronaves públicas? La conducta que debe ser regulada por el tratado ¿debe incluir la conducta de los buques o aeronaves públicas? ¿Están los Estados distintos del Estado del pabellón facultados para prescribir la conducta de las embarcaciones o aeronaves públicas de pabellón extranjero? ¿Se exigirá o simplemente se alentará a los Estados del pabellón a que prescriban/impongan medidas coercitivas contra sus buques y aeronaves públicos? ¿Qué autoridad para hacer cumplir sus leyes se concederá a los Estados que no sean los del pabellón contra las embarcaciones y aeronaves públicas de pabellón extranjero? ¿Qué autoridad tendrán otros Estados directamente contra el Estado del pabellón por actos de sus buques o aeronaves públicos contrarios a los términos del tratado?³⁵²

Los objetos que forman parte del patrimonio cultural del Estado se incluyen entre las categorías específicas de bienes que el artículo 21(1) (d) y (e) de la *Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes* (CNUIJ) identifica como bienes del Estado que no están sujetos a medidas coercitivas posteriores al fallo en virtud del artículo 19 (c)³⁵³. Sin embargo, los buques de Estado

³⁵¹ ASHLEY ROACH, J., SMITH, R. W., *op. cit.*, p. 540.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ En aras de facilitar la aplicación uniforme de sus artículos 18 (*Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas anteriores al fallo*) y 19 (*Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas posteriores al fallo*), la Convención de Naciones Unidas (CNUIJ) enumera, blindándolos frente a una concepción restrictiva de la inmunidad pero sin carácter exhaustivo, una serie de bienes protegidos por la inmunidad de ejecución, al presumirse *iuris et de iure* su adscripción a un servicio público no comercial (artículo 21.1). Sobre esta enumeración no exhaustiva véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La adhesión española (2011) (...)”, *op. cit.*, p. 59. Considerando algunas diferencias significativas que presenta la *Ley Orgánica 16/2015* respecto del texto de la Convención en esta materia, destacamos en primer lugar la referencia expresa a

hundidos que tienen un carácter cultural, histórico o arqueológico y han estado sumergidos durante al menos 100 años, entran en la definición de “patrimonio cultural subacuático” que figura en la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001³⁵⁴. Esta Convención no contiene ningún artículo separado que extienda su régimen a los buques de Estado comprendidos en la definición, sino que los trata por separado haciendo referencia al régimen jurídico del mar en el que fueron descubiertos. En consecuencia, en el Mar Territorial existe la obligación del Estado ribereño de informar al Estado del pabellón sobre el descubrimiento de tales buques hundidos (artículo 7(3)); y en la Zona Económica Exclusiva, la Plataforma Continental y la “Zona” la obligación de no realizar ninguna actividad en relación con dichos buques hundidos, sin el acuerdo del Estado del pabellón (artículo 10(7)). Además, el artículo 13 lleva por título “inmunidad soberana” y exime a los buques de guerra y otros buques gubernamentales o aeronaves militares que gocen de inmunidad soberana y sean utilizados con fines no comerciales, en el curso normal de sus operaciones, y que no participen en actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático, de la obligación de comunicar descubrimientos de patrimonio cultural subacuático en la Zona Económica Exclusiva, la Plataforma Continental o la “Zona”. No obstante, esta exención está condicionada, al igual que en otros convenios internacionales, por el requisito de que los Estados contratantes cumplan, en la medida de lo razonable y posible, los requisitos de la Convención. El reconocimiento por parte de la Convención

los buques y aeronaves de Estado (artículo 20.1. e) y, en segundo lugar, una diferencia de redacción que se refiere a la subsunción en la letra d) del artículo 20.1 de la Ley de las letras d) y e) del artículo 21 de la Convención (arriba referenciadas). Véase al respecto DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero en la Convención de 2004 y en la Ley Orgánica 16/2015” en *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades (...)*, *op. cit.*

³⁵⁴ BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2009, publicación del instrumento de ratificación (Reino de España) de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, hecha en París el 2 de noviembre de 2001. En vigor de forma general y para España el 2 de enero de 2009 de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la misma. Véase STRATI, A., *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: An Emerging Objective of the Contemporary Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, London y Boston, 1995.

de que la titularidad de un buque de guerra no debe presumirse abandonada sino que permanece en el Estado, ha sido confirmada en la práctica de los Estados en un caso relativo al intento de salvamento comercial de dos buques de guerra españoles hundidos³⁵⁵.

En el Convenio Internacional de Nairobi de 2007 sobre la Remoción de Restos de Naufragio³⁵⁶, negociado en el marco de la Organización Marítima Internacional (OMI), también figuran disposiciones especiales para los buques de guerra y los buques gubernamentales. El Convenio autoriza al Estado ribereño, dentro de su ZEE o a una distancia equivalente, a adoptar medidas para la retirada de los pecios que representen un peligro para la navegación. No se aplica al Mar Territorial, a menos que el Estado ribereño declare su voluntad de someter esa masa de agua a su régimen, ni a la Alta Mar más allá de la ZEE. El Convenio excluye de su ámbito de aplicación cualquier buque de guerra u otro buque que sea propiedad de un Estado o esté explotado por él y que, por el momento, se utilice únicamente en servicios gubernamentales no comerciales (artículo 4, párrafo 2). No obstante, el Estado del pabellón puede decidir aplicar el Convenio a los referidos buques (artículo 4, párrafo 3).

³⁵⁵ *Sea Hunt Inc c. The Unidentified Ship Wrecked Vessel* 221 F.3d 634 (4th Cir 2000). Véase MURPHY, S.D., *United States Practice in International Law*, Vol. 1, (1999-2001), Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 57-59; BAUMGARTNER, M.R., "Federal Jurisdiction over State Claims to Shipwrecks: Should the Eleventh Amendment Go Down with the Ship?", *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 8, núm. 2, 2000, pp. 476 y 480.

³⁵⁶ *Convenio internacional sobre remoción de restos de naufragio* (aprobado en Nairobi el 18 de mayo de 2007, bajo los auspicios de la OMI, entró en vigor el 14 de abril de 2015), *ILM*, vol. 46, p. 694. España, hasta el momento, no se ha adherido. Véase IMO, *Status of IMO Treaties - Comprehensive information on the status of multilateral Conventions and instruments in respect of which the International Maritime Organization or its Secretary-General performs depositary or other functions*, 15 September 2020, pp. 530-535. Disponible en <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/StatusOfConventions.aspx> (consultada en noviembre de 2020).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA INMUNIDAD SOBERANA
EN LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL
DERECHO DEL MAR

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de qué buques son inmunes, qué inmunidades existen para esos buques, qué poderes tiene un Estado ribereño con respecto a esos buques y qué responsabilidades existen en el Estado del pabellón de los buques inmunes se establece parcialmente en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM). En este sentido, el párrafo 8 del Preámbulo de la Convención contiene una valiosa cláusula del tenor literal siguiente: “(...) las normas y principios de derecho internacional general seguirán rigiendo las materias no reguladas por esta Convención.” Señala Brownlie que un “foreign public vessel (...) attracts the character of sovereign immunity”, afirmando además que: “Yet the warship remains for many purposes an independent area of foreign competence” y que: “the armed public vessel, by its function and physical autonomy, has a special inviolability”³⁵⁷. McDorman se refiere a la “legal sanctity of warship immunity from interference by other states”³⁵⁸.

En la CNUDM un buque tiene un estatus diferente que una mera instalación. Según Florian H. Th. Wegelein, las instalaciones con fines de investigación científica marina son por inferencia todas aquellas plataformas que permanecen en la superficie o debajo de ella y no se califican como buques³⁵⁹. En este sentido, otros autores opinan, que los objetos pequeños que flotan con las corrientes con el único propósito de recoger datos y que no están sujetos a ningún régimen de navegación deberían considerarse “equipo” en el marco del régimen de investigación

³⁵⁷ BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, *op. cit.*, pp. 371-372.

³⁵⁸ McDORMAN Ted L., *op. cit.*, p. 87. En este sentido, en el mencionado asunto *ARA Libertad (Argentina v. Ghana)*, de 15 de diciembre de 2012, (*op. cit.*), Kraska señala que: “The order is important for upholding the immunity of a warship broadly and inclusively...” y que: “The inclusive definition of sovereign immunity and the applicability to port facilities and internal waters should provide a level of comfort for conventional naval forces concerned about attempts by coastal states and port states to exercise jurisdiction over warships...”. KRASKA, J., “The ‘ARA Libertad’ (Argentine v. Ghana)”, *American Journal of International Law*, vol. 107, 2013, p. 408 (citado por McDORMAN Ted L., *ibid.*, p. 84).

³⁵⁹ WEGELEIN, F. H. Th., *op. cit.*, p. 135.

científica marina y no “buques”³⁶⁰. La diferencia entre las “instalaciones” y los “equipos” parece consistir en un elemento de tiempo y tamaño: mientras que las instalaciones están destinadas a permanecer en su lugar durante un período prolongado o incluso permanente, los equipos tienen la connotación de ser desplegados y retirados rápidamente en el curso de un solo experimento; una instalación puede consistir en varias partes diversas con una variedad de funciones, mientras que los equipos solo están destinados a un objetivo específico³⁶¹. Un “regular vessel”³⁶² está expuesto al control del Estado ribereño en un grado diferente al de un buque que tiene derecho a la inmunidad soberana: por ejemplo, con relación a la investigación científica marina, los dos conceptos -jurisdicción del Estado ribereño con respecto a la investigación científica marina y la inmunidad soberana de los Estados- colisionan cuando la plataforma de investigación reclama la inmunidad soberana. La palabra plataforma en la investigación científica marina se utiliza como un término genérico para incluir a todos los posibles portadores de sensores utilizados en la investigación científica marina. Estas incluyen boyas o flotadores simples, así como naves aéreas o espaciales altamente sofisticadas. Así, el término “plataforma” abarca, pues, los Sistemas de Adquisición de Datos Oceánicos (ODAS, en sus siglas en inglés) en la terminología utilizada por la I.O.C. (*Intergovernmental Oceanographic Commission*), que incluyen faros y buques ligeros (light vessels), torres y plataformas de observación, plataformas petrolíferas, estaciones automáticas terrestres (si se les asignan números internacionales de identificación de boyas de datos oceánicos), boyas a la deriva que reúnen datos sobre el hielo, boyas a bordo de un barco, que sólo requieren una

³⁶⁰ Véase por ejemplo, BORK, K., KARSTENSEN, J., VISBECK, M. y ZIMMERMANN, A., “The Legal Regulation of Floats and Gliders – In Quest of a New Regime?”, *Ocean Development and International Law*, vol. 39, n.º. 3, 2008, pp. 298, 308-309; HOFMANN, T. y PROELSS, A., “The Operation of Gliders Under the International Law of the Sea”, *Ocean Development and International Law*, vol. 46, n.º. 3, 2015, pp. 167, 177-178. WEGELEIN, F. H. Th., *op. cit.*, p. 138. Véase también GARNER, B.A., ed., *Black’s Law Dictionary*, 7ª ed. Saint Paul, 1999, p. 558.

³⁶¹ WEGELEIN, F. H. Th., *op. cit.*, p. 138. Véase también GARNER, B.A., ed., *Black’s Law Dictionary*, 7ª ed. Saint Paul, 1999, p. 558.

³⁶² McDORMAN Ted L., *op. cit.*, p. 82.

instrumentación adecuada para la observación meteorológica marina y oceanográfica y la transmisión de datos³⁶³. Puede decirse que el término “plataforma” va más allá, porque el término “ODAS” normalmente se refiere solo a las plataformas que permanecen sobre o debajo de la superficie del agua³⁶⁴. El *1993 Draft Convention on the Legal Status of Ocean Data Acquisition Systems, Aids and Devices (Draft ODAS Convention)* (hasta la fecha, el único documento que trata de los sistemas de adquisición de datos oceánicos y que contiene disposiciones (técnicas) elaboradas y detalladas sobre el registro de dichos sistemas, las marcas y las señales y la seguridad en el mar), define en su artículo 1, párrafo segundo, un “data acquisition system” como “a structure, platform, installation, buoy or other device, not being a ship, ..., deployed at sea ... essentially for the purposes of collecting, storing or transmitting samples and data relating to the marine environment. (...)”³⁶⁵. En este contexto, concluye Florian H. Th. Wegelein, que una plataforma puede ser cualquier estructura sólida que sea capaz de llevar un sensor como instrumento técnico o una persona individual para observaciones científicas. Dependiendo del propósito científico, la plataforma puede estar debajo, sobre o encima de la superficie del agua. Así, por ejemplo, un hidroala o una barcaza se consideran buques en general y pueden servir como plataformas para la investigación científica marina³⁶⁶. De este modo, son buques de investigación, los cuales no constituyen una categoría separada de buques dentro de la CNUDM. Esto significa, en efecto, que se trata de buques públicos incluidos en la categoría de “otros buques gubernamentales explotados con fines no comerciales” o de buques

³⁶³ Véase WEGELEIN, F. H. Th., *op. cit.*, p. 121 (citando el *IOC-WMO Regular Information Service Bulletin On Non-Drifting Ocean Data Acquisition Systems (ODAS)*, N° 20, 1997).

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ Draft Convention on the Legal Status of Ocean Data Acquisition Systems, Aids and Devices (Draft ODAS Convention), Second Revision, UNESCO Docs. IOC.XVII/INF.1, SC.93/CONF.209/LD/13/, 21 January 1993. Para un análisis de ODAS véase HOFMANN, T. y PROELSS, A., “The Operation of Gliders (...)”, *op. cit.*, p. 180; BROWN, E.D. y GASKELL, N.J.J., “The Operation of Autonomous Underwater Vehicles” en *Report on Law, Society for Underwater Technology*, Vol. 2, Londres, 2000, pp. 29-44.

³⁶⁶ WEGELEIN, F. H. Th., p. 125.

privados incluidos en la categoría “buques mercantes”. Los buques de investigación pueden ser diseñados para diferentes propósitos, tales como investigación pesquera, investigación de perforaciones oceánicas, investigación polar, investigación cerca de la costa o investigación en altamar, y por lo tanto varían en tamaño, número de tripulantes, capacidad de navegación e instalaciones a bordo. Por tanto, el criterio decisivo, de si un buque es un buque de investigación o no, es, la función y el uso del buque como plataforma de investigación. El Código de seguridad aplicable a los buques para fines especiales de 2008 (Código SPS 2008), que sustituye al Código adoptado mediante la resolución A.534(13) de la OMI, se refiere específicamente a la función de los buques en cuestión, que incluyen “los buques dedicados a investigaciones, expediciones no comerciales y levantamientos” (art. 1.3.11.1, Código SPS 2008 adoptado por el Comité de Seguridad Marítima, en su octogésima cuarta reunión (7 a 16 de mayo de 2008) mediante la resolución MSC.266(84))³⁶⁷. El número de plataformas y otras instalaciones fijas o flotantes aumentan constantemente. Estos objetos pueden variar en tamaño, composición y uso, por lo que señala Irini Papanicolopulu, la dificultad de proporcionar una definición en general. Por otro lado, afirma con rotundidad, que las plataformas petrolíferas, las plataformas pesqueras, las estaciones científicas y las plataformas de lanzamiento de cohetes, a pesar de sus muy diferentes propósitos, no son “buques” en términos legales cuando operan³⁶⁸. En este sentido, Vaughan Lowe hace referencia a la doble naturaleza del objeto. Las estructuras pueden distinguirse de los “buques” porque son relativamente fijas y no navegan por el agua como los buques. Por lo tanto, para determinar qué normas se aplican a un objeto en el mar -ya sean las normas de los buques o las de las plataformas- es necesario considerar si el objeto, en un momento dado, navega o no³⁶⁹. Esta distinción es particularmente relevante en el

³⁶⁷ *Ibid.*, pp. 125-126.

³⁶⁸ PAPANICOLOPULU, I., *International Law and the of People at Sea*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 143-144.

³⁶⁹ LOWE, V., “Ships” en SCOVAZZI, T., BOSCHIERO, N., PITEA, C., y RAGNI, C. (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, Asser Press, 2013, p. 291 (citado por Irini Papanicolopulu, *ibid.*, p. 144).

caso de las estructuras autopropulsadas, como las unidades móviles de perforación en Alta Mar (mobile offshore drilling units (MODUs)). Mientras que las MODUs están navegando hacia su destino, deben ser consideradas como buques y por lo tanto están sujetas a las normas de jurisdicción sobre los buques. Una vez que han llegado a su destino y han sido ancladas en el fondo marino, quedan sujetas a las normas sobre estructuras³⁷⁰. Sin embargo, en el asunto relativo al *Paso por el Gran Belt (Finlandia contra Dinamarca)* (CIJ, 1991-1992) Dinamarca argumentó que una MODUs no era un “buque” y, por lo tanto, no tenía derecho a transitar por el estrecho danés sin obstáculos por la construcción prevista de un puente danés a través del estrecho. La Corte desestimó la solicitud de medidas provisionales de Finlandia el 29 de julio de 1991 y las partes resolvieron la controversia el año siguiente³⁷¹. En *Arctic Sunrise*, un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII de la CNUDM distinguió entre un “buque” y una “plataforma petrolífera”. Así pues, señalaba: “An essential requirement of Article 101 is that the act of piracy be directed “against another ship.” The *Prirazlomnaya* is not a ship. It is an offshore ice-resistant fixed platform” (*Arctic Sunrise* para 238). El arbitraje se refería a las medidas adoptadas por Rusia contra el *Arctic Sunrise*, un buque que enarbola el pabellón de Países Bajos, y las treinta personas que se encuentran a bordo de ese buque. El 18 de septiembre de 2013, Greenpeace International (Stichting Greenpeace Council), fletador y operador del *Arctic Sunrise*, utilizó el buque para llevar a cabo una protesta contra la plataforma petrolífera extractiva rusa *Prirazlomnaya*, situada en el Mar de Pechora (la parte sudoriental del Mar de Barents) dentro de la ZEE de Rusia (ibid para 3). El tribunal arbitral consideró que Rusia, el Estado ribereño, tenía derecho a ejercer medidas de ejecución contra los buques que entraran en la zona de seguridad de 500 metros establecida alrededor de una plataforma

³⁷⁰ PAPANICOLOPULU, I., *ibid*.

³⁷¹ Véase CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles: Formalism vs functionalism”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, vol. 49, nº. 4, 2018, p. 495.

petrolífera (ibid para 250)³⁷². En cuanto al lenguaje utilizado en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM), baste decir ahora que: enumera en su artículo 60(1) las islas artificiales, estructuras e instalaciones y confiere “jurisdicción exclusiva” sobre ellas al Estado ribereño; su artículo 147 se refiere únicamente a “instalaciones”; su artículo 194, apartado 3, letras c) y d), a “instalaciones y dispositivos”, el artículo 209, apartado 2, a “instalaciones, estructuras y dispositivos” y, por último, sus artículos 258 a 262 se refieren a “instalaciones y equipos”. La Convención, sin embargo, no define estos términos; el hecho de que los utilice, unido al hecho de que algunos artículos distinguen entre buques y otros objetos (por ejemplo, el art. 248 CNUDM), conduce necesariamente a una interpretación que incluye en su ámbito de aplicación todos los objetos que se utilizan para llevar a cabo cualquier actividad en el que mar que no son, de hecho, “buques”. La distinción entre un buque y algo que no lo es puede resultar problemática, por ejemplo, en el caso de los objetos vinculados a un buque. Un posible criterio consistiría en distinguir entre lo que debe considerarse como un accesorio de un buque, que permanece conectado con un buque que está navegando, y lo que debe considerarse como un elemento separado, por ejemplo, planeadores y otros vehículos operados a distancia³⁷³. En la medida en que todos ellos son estructuras sólidas, podrían servir de plataformas para la investigación científica. El término “plataforma”, dentro de la definición genérica propuesta por Florian H. Th. Wegelein, no incluiría el “equipo”, ya que “plataforma” denota la estructura portante, mientras que “equipo” denotaría una o varias cosas que deben ser transportadas por la estructura³⁷⁴. El artículo 262 de la CNUDM se refiere indirectamente al registro de instalaciones y equipos

³⁷² *Arctic Sunrise (The Kingdom of the Netherlands v The Russian Federation)* PCA Case no 2014-02 (Award (merits) of 14 August 2015). La Corte Permanente de Arbitraje actúa como Secretaría en este arbitraje (CPA). Véase PAPANICOLOPULU, I., *International Law and the of People at Sea*, op. cit., p. 146; CADDELL, R., “Platforms, Protestors and Provisional Measures: The Arctic Sunrise Dispute and Environmental Activism at Sea”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 45, 2015, pp. 359-384.

³⁷³ PAPANICOLOPULU, I., *International Law and the of People at Sea*, op. cit., p. 144.

³⁷⁴ WEGELEIN, F. H. Th., op. cit., pp. 135 y 138.

científicos. Del texto se desprende claramente que los Estados pueden registrar instalaciones y los equipos y que las organizaciones internacionales pueden ser propietarias de instalaciones y equipos de investigación científica no registrados en un Estado. Por lo tanto, podría considerarse que, si una instalación específica se registra en un Estado, entonces este Estado puede ejercer su jurisdicción con respecto a la instalación misma y las personas a bordo. Sin embargo, las normas sobre el registro distan mucho de ser claras. El Proyecto de Convenio sobre los ODAS (*Draft ODAS Convention*, arriba citado) contiene el requisito de registrar todos los ODAS y el régimen detallado del sistema de registro, así como la asimilación a los buques de las ODAS registradas y la jurisdicción exclusiva del Estado de registro sobre ellos. Sin embargo, el proyecto de Convenio no fue aprobado y, aunque la cuestión se está debatiendo actualmente en el seno de la I.O.C. (*Intergovernmental Oceanographic Commission*), las opiniones de los Estados parecen todavía irreconciliables y no se ha llegado a ningún acuerdo³⁷⁵. De este modo, y para los efectos que aquí interesan, los denominados vehículos marítimos no tripulados, ¿son buques? o ¿simplemente “objetos o dispositivos” militares? No existe un término universalmente aceptado para las embarcaciones navales no tripuladas. James Kraska utiliza el término 'unmanned naval systems'; Henderson 'unmanned undersea vehicles'; Stephanie Showalter 'autonomous underwater vehicles'; Allen Craig H., se refiere a 'unmanned maritime vehicles'; Oliver Daum utiliza los términos 'unmanned naval craft' o 'naval drone'; Natalie Klein habla de 'maritime autonomous vehicles'³⁷⁶. Dependiendo del grado de autonomía que tenga el vehículo, si se utiliza en combate y si está debajo, sobre o encima de la superficie del agua, la literatura revela el uso de los siguientes términos: “Unmanned Vehicle (UV); Marine Unmanned Vehicle (MUV);

³⁷⁵ I.O.C., Advisory Body of Experts on the Law of the Sea: Report of the Ninth Session (2009), citado por PAPANICOLOPULU, I., *International Law and the of People at Sea (...)*, op. cit., p. 147.

³⁷⁶ Para un análisis exhaustivo de la gama terminológica empleada al hablar de los vehículos marítimos no tripulados, véase precisamente a KLEIN, N., “Maritime Autonomous Vehicles within the International Law Framework to Enhance Maritime Security”, *International Law Studies*, Vol. 95, 2019, pp. 248-251.

Unmanned Aerial Vehicle (UAV); Unmanned Surface Vehicle (USV); Unmanned Underwater (or Undersea) Vehicle (UUV); Unmanned Combat Underwater Vehicle (UCUV); Unmanned Combat Surface Vehicle (UCSV); Unmanned Combat Vehicle (UCV); Remotely Operated Vehicle (ROV); Maritime Autonomous Surface Ship (MASS); Unmanned Maritime Vehicle (UMV); Unmanned Maritime System (UMS)”³⁷⁷. El uso de vehículos marítimos no tripulados está aumentando para una variedad de actividades oceánicas, lo que plantea interrogantes sobre la forma en que estas “embarcaciones” encajan en la gobernanza de los océanos existente. La importancia de los vehículos marítimos no tripulados para el derecho internacional ya se ha convertido en foco de atención de la Organización Marítima Internacional (OMI) en relación con la “maritime safety”³⁷⁸. Asimismo, numerosos estudiosos han examinado tales vehículos en relación con el derecho de los conflictos armados³⁷⁹. Por el contrario, subraya Natalie Klein, que el posible uso (y abuso) de los vehículos marítimos no tripulados con respecto a la “maritime security” no ha sido aún muy estudiado (como inciso en este punto, señalamos que Natalie Klein, en su extenso análisis de la “maritime security”, indica la falta de comprensión común que

³⁷⁷ *Ibid*, p. 248. Véase también DAUM, O. “The Implications of International Law on Unmanned Naval Craft”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol. 49, No. 1, 2018, pp. 75 y 86; KRASKA, J. “The Law of Unmanned Naval Systems in War and Peace”, *The Journal of Ocean Technology*, Vol. 5, n.º. 3, 2010, pp. 44-68; HENDERSON, A., “Murky Waters: The Legal Status of Unmanned Undersea Vehicles”, *Naval L. Rev.*, vol. 53, 2006, pp. 55-72; SHOWALTER, S. “The Legal Status of Autonomous Underwater Vehicles”, *Mar. Tech. Soc. J.*, vol. 38, 2004, pp. 80-83; CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*

³⁷⁸ KLEIN, N., “Maritime Autonomous Vehicles within the International Law Framework (...)”, *op. cit.*, p. 245.

³⁷⁹ Por ejemplo, véase Robert McLaughlin en “Unmanned Naval Vehicles at Sea: USVs, UUVs and the Adequacy of the Law”, *Journal of Law, Information and Science*, vol. 21, 2011, pp. 100, 103-108 y en “Unmanned Naval Vehicles and the Law of Naval Warfare, *New Technologies and the Law of Armed Conflict* (Hitoshi Nasu & Robert McLaughlin eds.), p. 229, 2014; Michael N. Schmitt y David S. Goddard, “International Law and the Military Use of Unmanned Maritime Systems”, *International Review of the Red Cross*, vol. 98, 2016, p. 567; Erich D. Grome, “Spectres of the Sea: The United States Navy’s Autonomous Ghost Fleet, its Capabilities and Impacts, and the Legal Ethical Issues that Surround”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, vol. 49, *op. cit.*, pp. 31-52. Todos estos autores citados por N. Klein.

existe en torno al alcance y significado de “security”, y observa que el significado de “security” puede encerrar desde las actividades militares tradicionales hasta las preocupaciones más modernas de la seguridad ambiental)³⁸⁰. En sentido, señala la autora, la evidencia de que a medida que aumente el uso de los vehículos marítimos no tripulados, habrá repercusiones en el marco jurídico internacional establecido para promover la seguridad marítima³⁸¹. Allen Craig H. señala que, aunque hasta ahora, los vehículos marítimos no tripulados han pasado más desapercibidos que sus homólogos, los vehículos aéreos no tripulados (a los cuales nos referiremos más adelante), sin embargo, se están empleando cada vez más en una amplia variedad de aplicaciones comerciales, científicas, hidrográficas y militares. Así por ejemplo, se están utilizando en la supervisión ambiental, la minería de los fondos marinos y en la recopilación de datos para apoyar las reivindicaciones de ampliación de la Plataforma Continental³⁸². En enero de 2019, Singapur, Japón y Corea del Sur anunciaron sus planes de utilizar tales vehículos para actividades como la vigilancia, las patrullas en la frontera costera, la búsqueda y el rescate y la detección de minas³⁸³. El 28 de agosto de 2018, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos emitió una actualización de la hoja de ruta integrada por sistemas no tripulados de veinticinco años de duración³⁸⁴.

³⁸⁰ Véase KLEIN, N., *Maritime Security and the Law of the Sea*, OUP, Oxford, 2013, p. 9.

³⁸¹ KLEIN, N., “Maritime Autonomous Vehicles within the International Law Framework to Enhance Maritime Security”, *op. cit.*

³⁸² Véase CRAIG H., A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, pp. 477-478.

³⁸³ Véase ABKE, T., “Indo-Pacific Countries Turn to Unmanned Vessels to Patrol Region’s Waters”, *Indo-Pacific Defence Forum* (25 de enero de 2019), <http://apdf-magazine.com/indo-pacific-countries-turn-to-unmanned-vessels-to-patrol-regions-waters/>, citado por Klein.

³⁸⁴ Véase *Pentagon Unmanned Systems Integrated Roadmap, 2017-2042*, USNI News, 30 agosto 2018, <http://news.usni.org/2018/08/30/pentagon-unmanned-systems-integrated-roadmap-2017-2042> (última visita 21 enero 2020, documento citado por Allen Craig H.). A fecha de redacción de estas líneas, Estados Unidos se prepara para cancelar su programa civil de RPAS (vehículo aéreo no tripulado, en sus siglas en inglés) por temor al espionaje chino. En

Daniel A. G. Vallejo sugiere que los vehículos marítimos no tripulados deberían considerarse categóricamente “dispositivos” militares (basándose en la definición que figura en la Sección 845 del Título 18 del Código de los Estados Unidos (18 U.S.C. § 845)) en lugar de “buques”. Señala que ningún artefacto naval no tripulado puede satisfacer el elemento de “transporte” necesario para la condición de buque³⁸⁵. Por el contrario, Henderson argumenta que “all UUV be categorically treated as “vessels governed by the full range of domestic and international laws of the sea”³⁸⁶. En el caso de que tales vehículos y plataformas tuviesen inmunidad soberana en virtud de las disposiciones sobre la inmunidad de los buques soberanos (artículos 32, 95 y 96), sería una cuestión a analizar, aplicando las definiciones restringidas de “buque” de los artículos 29, 32 y 96. Si bien es cierto que un Estado tiene amplia discreción para fijar las condiciones que permiten a los buques enarbolar su pabellón, ninguna autoridad ha determinado aún que tenga el mismo grado de discreción para determinar si una determinada embarcación es un “buque”. Por consiguiente, señala Allen Craig H. que “such questions must be resolved by the two-step inquiry described in the Anglo-Norwegian Fisheries case (Fisheries case (UK v. Norway) 1951 I.C.J. Rep.

enero de 2020, el secretario de Estado de EEUU, Mike Pompeo, dio un discurso en Silicon Valley sobre tecnología y China, en el que se refirió al término ‘fusión civil-militar’: “It’s a technical term but a very simple idea. Under Chinese law, Chinese companies and researchers must – I repeat, must – under penalty of law, share technology with the Chinese military”. Secretary Michael R. Pompeo, *Remarks to the Silicon Valley Leadership Group: “Technology and the China Security Challenge”*, Commonwealth Club, San Francisco, California, January 13, 2020 (<https://www.state.gov/silicon-valley-and-national-security/>). También Australia, Canadá, China, Dinamarca, la Comisión Europea, Finlandia, Alemania, India, Israel, Noruega, Rusia, Suecia y el Reino Unido desarrollan tecnologías de buques autónomos. CRAIG H., A., *op. cit.*, p. 479.

³⁸⁵ VALLEJO, Daniel A. G., “Electric Currents: Programming Legal Status into Autonomous Unmanned Maritime Vehicles”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 47, n.º. 1, 2015, p. 407. Para una introducción al derecho de los “dispositivos” militares véase a James Kraska en “Oceanographic and naval deployments of expendable marine instruments under U.S. and international law”, *Ocean Development & International Law*, vol. 26, n.º. 4, 1995, p. 311.

³⁸⁶ HENDERSON, A., “Murky Waters: The Legal Status of Unmanned Undersea Vehicles”, *op. cit.*, p. 55.

116, 136 (Dec. 18)”³⁸⁷. En cuanto a las “definiciones” restringidas de los artículos 29, 32 y 96 CNUDM, que serán analizadas a continuación, baste decir ahora que: el artículo 29 define al buque de guerra, el artículo 32 menciona al buque de guerra y a “otros buques de Estado destinados a fines no comerciales” y finalmente, el artículo 96, sin llegar a definirlo, se refiere solo a esta segunda categoría de buques de Estado, mencionada por el artículo 32, como “los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial”.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) no define el término “buque” (“ship” o “vessel” en la versión lingüística inglesa oficial, usados indistintamente en la Convención). En el informe del Presidente del Comité de Redacción solicitado en la 93ª sesión plenaria de la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, con el objeto de recomendar los cambios que se consideraran necesarios en el texto informal de negociación, particularmente en relación con la adopción de terminología uniforme, se reconoció que era deseable, en la medida de lo posible, evitar el uso de diferentes palabras, donde el significado deseado pareciera ser el mismo³⁸⁸. En la literalidad del texto del informe puede leerse que:

«The word "ship", with few exceptions, is used in Parts II, III, IV, V, and VII of the English version and the word "vessel" is used in Parts XII, XIII and XV, save in one case (article 233). This problem affects only the English and Russian versions since only one word is used in the other languages, e.g. buque in Spanish and navire in French. The words "ship" and "vessel" are not interpreted as meaning different things in the text. In the Arabic, Chinese, French and Spanish texts, one word is used consistently throughout the text. The Drafting Committee suggested that the chairmen of the English and Russian language groups

³⁸⁷ CRAIG H., A., *op. cit.*, p. 507.

³⁸⁸ Cf. Informe del Presidente del Comité de Redacción, A/CONF.62/L.40, Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1973-82, Documentos de la Conferencia, Vol. XII, Octava Sesión (reanudada), p. 95.

might consult with each other in an attempt to resolve the issue within their groups»³⁸⁹.

Por lo demás, ni el derecho internacional consuetudinario, ni la conferencia diplomática que dio lugar a la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre Alta Mar, ni los *travaux préparatoires* de la CNUDM, arrojan luz definitoria del término. Es más, se acordó por unanimidad eliminar el artículo 6 del Proyecto de Artículos sobre el Régimen de Alta Mar que definía “ship” como: “a device capable of traversing the sea but not the air space, with the equipment and crew appropriate to the purpose for which it is used.” El relator especial, Mr. François, señaló que “he had doubts as to the necessity of the definition of a ship, which would be more appropriate in a complete work of codification. He was wedded to the inclusion of the article, although, in view of the difficulties that had arisen, some of which he had mentioned in the comment on the article, he had thought it useful to suggest a definition”. “After a short discussion, in which Mr. Krylov, Mr. Scelle, the Chairman and Mr. François, took part: It was unanimously agreed to delete article 6.”³⁹⁰ Finalmente, el Presidente del Tercer Comité de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en virtud de sus trabajos con respecto a las partes XII (protección y preservación del medio marino), XIII (investigación científica marina)

³⁸⁹ *Ibid.* Sobre este uso indistinto de los términos “ship” y “vessel” véase además GUILFOYLE, D., “Article 90” en *The United Nations Conventions on the Law of the Sea. A commentary, op. cit.*, pp. 690-692, para. 5.

³⁹⁰ Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a la Asamblea General sobre la labor realizada en su séptimo periodo de sesiones, UN Doc. A/CN.4/79, section II, *ACDI*, Vol. I, 1955, p. 10. Sobre las dificultades que habían surgido en la definición, véase el comentario del artículo 6 en el Informe de la CDI a la Asamblea General sobre la labor realizada en su sexto periodo de sesiones, *ACDI*, 1954, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/79, p. 10: “Une modification de ladite définition s'imposait en raison de l'utilisation récente des navires amphibies destinés à se mouvoir non seulement dans l'eau mais également sur terre, et qui sont néanmoins considérés comme des navires. Ne sont pas assimilés aux navires les docks flottants, les hydravions et en général les îles flottantes, alors que seront considered comme tels les bateaux phares ainsi que les bateaux dragueurs, pour autant qu'ils sont aptes a la navigation, qu'il s'agisse de bâtiments pourvus de moyens de propulsion ou non. Des doutes peuvent subsister en ce qui concerne les grues flottantes et les épaves. Une autre question qui se pose est celle de savoir à partir de quel moment le navire en construction peut être considéré comme tel”.

y XIV (desarrollo y transmisión de tecnología marina) del proyecto de convención en torno a algunos cambios de redacción, señaló que: “it should be pointed out that while in some parts of the draft convention within the terms of reference of the Second Committee, the term "ship" in English is used, in Parts XII and XIII, for instance, the term "vessel" is used. This question has been considered at an early stage of the Conference, and after consultations with some experts, including the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization (IMCO), it was the understanding of the Third Committee that the broader term "vessel" was more appropriate, for it would cover not only ships but also other floating structures whose use or operation might cause pollution of the marine environment. For this reason, in all international multilateral treaties, in the field of the protection and preservation of the marine environment and especially those adopted under the auspices of IMCO, the broader term "vessel" has been used”³⁹¹.

Por el contrario, las convenciones marítimas sí incluyen definiciones. Dado que las normas de interpretación establecidas en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados requieren un examen del “sentido corriente”³⁹² atribuido al término “buque”, Allen Craig H. apela a un análisis de la historia para determinar cómo el término ha sido utilizado³⁹³. Después de examinar las definiciones del término en diversas fuentes de derecho internacional e interno, el profesor O’Connell concluyó que “the International Law Commission was wise when it

³⁹¹ Véase “Informe del Presidente del Tercer Comité”, UN Doc. A/CONF.62/L.92, *Extracto de los Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, Vol. XVI, 1982, pp. 209-210.

³⁹² El artículo 31 del Convenio dispone que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al *sentido corriente* que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin”. Véase el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969 (entró en vigor el 27 de enero de 1980). España se adhirió al Convenio el 2 de mayo de 1972, *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980. Véase también GARDINER, R., *Treaty Interpretation*, 2ª ed., 2015.

³⁹³ CRAIG H., A., *op. cit.*, p. 481-483.

abandoned the attempt to define *ship*³⁹⁴. Debido a que la Convención de las Naciones sobre Derecho del Mar (CNUDM) incorpora por referencia los convenios de la OMI que constituyen reglamentos, reglas y normas “internacionales generalmente aceptados”³⁹⁵, varios de los artículos de la CNUDM incorporan implícitamente estas definiciones: por ejemplo, la definición de “buque” de los Convenios SOLAS, MARPOL y del Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Registro de Buques de 1986³⁹⁶. La Organización Marítima Internacional (OMI) está estudiando actualmente la forma en que esas definiciones deben aplicarse a los vehículos marítimos no tripulados³⁹⁷.

³⁹⁴ O’CONNELL, D.P., *The International Law of the Sea*, vol. 2 (SHEARER, I.A. ed.), Clarendon Press, 1984, p. 750.

³⁹⁵ Véanse los artículos 94(4)(c), 94(5), 210(6) y 211(2) de la CNUDM. Véase al respecto IMO, *Implications of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the International Maritime Organization*, Doc. LEG/MISC.8 (Jan. 30, 2014); BECKMAN, R. & SUN, Z., “The Relationship between UNCLOS and IMO Instruments”, *Asia-Pac. J. Ocean L. & POLY*, vol. 2, 2017; MIHNEVA-NATOVA, A., “The Relationship between United Nations Convention on the Law of the Sea and the IMO Conventions”, Paper within the Framework of The United Nations and The Nippon Foundation of Japan Fellowship, 2005, disponible en: https://www.un.org/Depts/los/nippon/uniff_programme_home/fellows_pages/fellows_papers/natova_0506_bulgaria.pdf (última consulta en diciembre de 2019).

³⁹⁶ Por su parte, en SOLAS no hay una definición única; véase, por ejemplo, la Reg. I/3(a)(i) - (vi) y la Reg. V/2.3, según la cual “All ships” means any ship, vessel or craft irrespective of type and purpose.”. En cuanto a MARPOL, recuérdese la citada definición contenida en el artículo 2.4. Por lo que respecta al Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Registro de Buques de 1986 (que todavía no ha entrado en vigor), su artículo 2 establece lo que quizás sea la definición más restringida: “se entiende por ‘buque’ cualquier embarcación con medios de propulsión propios destinada a la navegación marítima que se utiliza en el comercio marítimo internacional para el transporte de carga o pasajeros, o de ambos, con excepción de las embarcaciones de menos de 500 toneladas de registro bruto”. Véase los Estados Partes en el Convenio en *United Nations Treaty Collection*,

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-7&chapter=12&clang=_en (consulta por última vez en enero de 2021).

³⁹⁷ CRAIG H., A., *op. cit.*, p. 500. Véase Organización Marítima Internacional (OMI), *Regulatory Scoping Exercise for the Use of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS): Work Conducted by the CMI International Working Group on Unmanned Ships*, I.M.O. Doc. MSC 99/INF.8 (13 Febrero, 2018); Comité Marítimo Internacional, *International Working Group Position Paper on Unmanned Ships and the International Regulatory Framework* (29 Marzo, 2017),

Aunque se abordará con posterioridad, adelantamos desde ya, que la variedad de vehículos marítimos no tripulados se traduce en la dificultad de dar una respuesta definitiva a la cuestión de si son “buques” o no. Puede ser una cuestión de interpretación casuística y como tal, tendrá que ser evaluada caso por caso considerando las características y las actividades en las que dicho vehículo está involucrado, así como los objetos y propósitos del tratado en cuestión³⁹⁸.

2. LA REGULACIÓN DE LAS INMUNIDADES DE BUQUES DE GUERRA Y OTROS BUQUES DE ESTADO DESTINADOS A FINES NO COMERCIALES

El Derecho internacional diferencia tres tipos de buques: los buques de guerra, los buques de Estado y los buques pertenecientes al Estado o explotados por el Estado con fines comerciales³⁹⁹. Aunque las disposiciones sobre navegación y transporte marítimo de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) se negociaron principalmente en el contexto de la libertad de navegación de los buques con fines militares y estratégicos, pocas de las disposiciones establecen una distinción entre la navegación militar y comercial y los buques⁴⁰⁰. Una de las diferencias significativas entre los buques militares y comerciales en la Convención y el derecho internacional es precisamente, la inmunidad soberana otorgada a los buques no comerciales. Si bien los buques de guerra y otras embarcaciones públicas similares tienen el

<https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-Position-Paper-on-Unmanned-Ships.pdf> (documentos citados por Natalie Klein).

³⁹⁸ En sentido, véase Natalie Klein, “Maritime Autonomous Vehicles...”, *op. cit.*, p. 251 y Allen Craig H., *ibid.*, p. 493.

³⁹⁹ Véase ESPÓSITO MASSICCI, C., “Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estados extranjeros”, *op. cit.*, p. 346.

⁴⁰⁰ Sobre esta cuestión véase GOLD, E., “The future of Maritime Transit” en VAN DYKE, J., ALEXANDER, L.M. y MORGAN, J.R. (Eds.), *International Navigation: Rocks and Shoals Ahead?*, Law of the Sea Institute, Honolulu, 1988, pp. 394-399 (citado por McDORMAN Ted L., *op. cit.*, p. 82).

deber de cumplir con las regulaciones del estado ribereño o del puerto promulgadas de conformidad con la CNUDM⁴⁰¹, y su estado del pabellón tiene la responsabilidad internacional⁴⁰² por los daños que causan esos buques, los buques de guerra y los buques de Estado disfrutan de inmunidad soberana que impide el ejercicio de la jurisdicción y las medidas de interferencia física en caso de incumplimiento⁴⁰³. Por lo que respecta a los oficiales y a la tripulación, mientras están en el buque de guerra se benefician de la inmunidad soberana del buque; sin embargo, la inmunidad del buque de guerra “does not follow them ashore. While ashore in a foreign country, they are fully subject to that country’s jurisdiction, absent a status of forces or visiting forces agreement”⁴⁰⁴. En el *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, con relación a la inmunidad de los 24 marinos a bordo de los buques, el TIDM señaló que son militares ucranianos y personal de seguridad y que, si bien la naturaleza y el alcance de su inmunidad pueden requerir un mayor escrutinio, los derechos a la inmunidad de los 24 marinos reclamados por Ucrania son plausibles⁴⁰⁵. Los buques de guerra y otras embarcaciones gubernamentales operadas con fines no comerciales plantean otras cuestiones. Por ejemplo, en el marco del derecho del mar en tiempo de paz, la CNUDM atribuye de forma

⁴⁰¹ Véase el artículo 30 CNUDM (*in-cumplimiento por buques de guerra de las leyes y reglamentos del Estado ribereño*).

⁴⁰² En virtud del derecho internacional de la responsabilidad del Estado, la conducta de los buques de guerra y otros buques de propiedad o bajo control gubernamental es directamente atribuible al Estado. A este respecto, señalaba Allen Craig H. que “attribution of conduct to the state will be an issue in the coming years for states that employ fishing vessels or other commercial vessels as surrogates for warships and other public vessels”. CRAIG H., A., *International law for seagoing officers*, Naval Institute Press (6ª ed.), Annapolis, Maryland, 2014, p. 177. Véase el artículo 31 de la CNUDM (responsabilidad del Estado del pabellón por daños causados por un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales).

⁴⁰³ CRAIG H., A. *ibid.* En este mismo sentido, véase DUPUY, R.-J., VIGNES, D. (Eds.), *A Handbook on the New Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1991, p. 902. CRAIG H., A., *ibid.*

⁴⁰⁴ CRAIG H., A., *ibid.*

⁴⁰⁵ *Cf. Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, *op. cit.*, párrs. 98, 108-109.

directa al buque de guerra y a las aeronaves militares la competencia sobre las siguientes materias: ejercicio del derecho de visita y verificación de la nacionalidad de los buques (artículo 110); ejercicio del derecho de persecución (artículo 111.5); apresamiento de buques piratas (artículos 105 y 107) y ejercicio de las facultades de ejecución para la protección y preservación del medio marino sobre buques extranjeros (artículo 224). A estas materias se añaden las que atribuyen al buque de guerra y a las aeronaves militares, los convenios internacionales sobre las siguientes materias específicas: el artículo 9.4 del Protocolo de Palermo, contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, respecto de las medidas a adoptar frente al buque sospechoso de tráfico ilícito de migrantes por mar; el artículo 17.10 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, respecto de la visita, inspección y en su caso apresamiento del buque sospechoso de tráfico de estupefacientes, y el artículo 8bis.10.d del Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, como garantía en la ejecución de las medidas que contempla el propio Convenio. El derecho del mar permite que otros buques o aeronaves de Estado puedan realizar tales actividades, siempre y cuando lleven signos claros, sean identificables como buques o aeronaves al servicio del Gobierno, y sean específicamente autorizados para la correspondiente actividad o fin (véase, por ejemplo, art. 110.5 CNUDM)⁴⁰⁶. En segundo lugar, en virtud de la mayoría de los tratados, los buques de guerra y otros buques públicos no tienen necesariamente los mismos derechos de acceso a los puertos que los buques comerciales. Por regla general, los buques de guerra y los buques auxiliares, adscritos a las Fuerzas Armadas de un Estado extranjero, requieren una aprobación previa, obtenida mediante procedimientos de autorización diplomática, antes de poder entrar legalmente en el puerto o las Aguas Interiores de otro Estado. D. P. O'Connell señala que “one of the most controversial questions concerning the territorial sea has been the right of passage of warships” y si dichos buques deben contar con autorización o notificación previa para el ejercicio de los derechos de paso

⁴⁰⁶ Véase *Manual de Derecho del Mar*, vol. I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2016, p. 76.

inocente⁴⁰⁷. Más de 20 Estados ribereños han promulgado leyes nacionales que exigen que los buques de guerra soliciten autorización antes de ejercer el derecho de paso inocente en el Mar Territorial⁴⁰⁸. Algunos Estados también pretenden negar ciertos derechos de navegación a los buques de guerra y a los buques de reconocimiento militar⁴⁰⁹.

2.1. DEFINICIÓN DE BUQUE DE GUERRA⁴¹⁰

Dada la actualidad que el concepto de buque de guerra puede encerrar, así, por ejemplo, señala Klein que el régimen aplicable a los vehículos marítimos no tripulados es el que utilizan las armadas para las operaciones en tiempo de paz⁴¹¹, conviene analizar el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) con el fin de determinar el significado y alcance del mencionado concepto.

El artículo 29 de la CNUDM es de la dicción literal siguiente:

“Para los efectos de esta Convención, se entiende por «buques de guerra» todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón

⁴⁰⁷ O’CONNELL, D.P., *The International Law of the Sea*, Vol. 1, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 274.

⁴⁰⁸ MAHMOUDI, S., “Use of Armed Force against Suspected Foreign Submarines in the Swedish Internal Waters and Territorial Sea”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 33, 2018, p. 589.

⁴⁰⁹ Véase CRAIG H., A., *International law for seagoing officers (...)*, *op. cit.*, p. 177.

⁴¹⁰ Nótese que la definición de buque de Estado será abordada al analizar los artículos 32 y 96 de la CNUDM, que como ya hemos adelantado, albergan a dicho tipo de buque.

⁴¹¹ KLEIN, N., “Maritime Autonomous Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 246. La aplicación de este régimen ha dado lugar a discusiones sobre el estatus de los vehículos marítimos no tripulados como buques de guerra y sus posibles inmunidades. A este respecto véase Robert McLaughlin en “Unmanned Naval Vehicles at Sea (...)”, *op. cit.*, pp. 108-111. Puede decirse que los buques de guerra en forma de “dron” ya son una realidad. Véase al respecto SANZ FERNÁNDEZ, J., “Los barcos de guerra en forma de dron ya son una realidad”, *diario El país*, 12 de febrero de 2018, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/02/12/motor/1518431931_513835.html (última visita en febrero de 2020).

de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares”.

Esta definición fue tomada del artículo 8 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar, que a su vez fue desarrollada a partir de los artículos 1 a 6 de la Convención VII de La Haya relativa a la transformación de los barcos mercantes en barcos de guerra (Convenio VII)⁴¹². La Conferencia de La Haya de 1907 redactó varios instrumentos, pero no definió específicamente los buques de guerra. Sin embargo, esto se hizo indirectamente en el Convenio VII, que enumeraba las condiciones que debían cumplirse para la conversión de los buques mercantes en buques de guerra. Se establecieron tres condiciones principales para los buques de guerra relacionadas con la identificación, el control y la tripulación militar⁴¹³.

El artículo 32 (2) del proyecto de artículos sobre el derecho del mar de la CDI de 1956 señalaba que “For the purposes of these articles, the term “*warship*” means a ship belonging to the naval forces of a State and bearing the external marks distinguishing warships of its nationality, under the command of an officer duly commissioned by the

⁴¹² Véase ILC, *Report of the International Law Commission: Commentaries to the Articles Concerning the Law of the Sea*, UN Doc. A/3159, General Assembly, Official Records: 11th Session, Suppl. 9, 1956, Art. 32. Con anterioridad al Convenio VII, el “Reglamento sobre el régimen legal de los buques y sus tripulaciones en puertos extranjeros”, votado por el *Institut de Droit International* en las sesiones de La Haya de 1898, definía *buque de guerra* como “aquel que pertenece a la Marina Militar y está inscripto como tal en sus listas especiales, hallándose autorizado para usar el pabellón e insignias de la Marina de Guerra, bajo el mando de un oficial al servicio del Estado y con una tripulación perteneciente a la Marina de Guerra”. Citado por FARIÑA GUITIÁN, F., en *El buque de guerra ante el Derecho Internacional*, Editorial Naval, Madrid, 1941, p. 23.

⁴¹³ Los enfoques de estos acuerdos se han seguido desde entonces en otros instrumentos, entre ellos el *Manual of the Laws of Naval War* («Manual de Oxford», sobre las Leyes de la Guerra Marítima en las relaciones entre beligerantes, aprobado por el *Institut de Droit International* en 1913. Su valor es meramente doctrinal). Disponible en SCHINDLER, D., y TOMAN, J. (Eds.), *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Brill-Nijhoff, 4ª ed., 2004. Véase BARNES, Richard A., “Article 29”, en PROELSS, A., *The United Conventions on the Law of the Sea (...)*, *op. cit.*, p. 242.

government and whose name appears in the Navy List, and manned by a crew who are under regular naval discipline”⁴¹⁴.

Esta definición se incorporó directamente al artículo 8 de la Convención de Ginebra sobre Alta Mar. El hecho de que se refiera en sus primeras palabras a “these articles” indica que solo pertenece a la mencionada Convención, y no a la Convención de Ginebra sobre Mar Territorial y Zona Contigua, que contiene disposiciones pertinentes sobre el paso de buques de guerra. Sin embargo, parece tratarse de una omisión de redacción resultante de la decisión de elaborar cuatro instrumentos independientes, en lugar de un único instrumento consolidado⁴¹⁵.

Las primeras propuestas del Comité de los Fondos Marinos que trataban del paso inocente no incluían una definición del término “buque de guerra”. Una propuesta de Fiyi en el período de sesiones de 1973 fue la primera en incluir una definición, que no era otra que la contenida en la Convención de Ginebra sobre Alta Mar⁴¹⁶. Durante el segundo período de sesiones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Reino Unido presentó una propuesta en términos similares, aunque sustituyó las referencias a las “naval forces” o a la “Navy List” por el término “armed forces”⁴¹⁷. Oxman señala que esta alteración de la definición supone que un buque solo tiene que pertenecer a las «fuerzas armadas» de un Estado, lo cual sugiere la ampliación del alcance de los buques de guerra para incluir, entre otros, a buques pertenecientes a diferentes ramas de las fuerzas armadas, incluyendo la

⁴¹⁴ ILC, *Report of the International Law Commission: Articles Concerning the Law of the Sea*, UN Doc. A/3159, art. 32, *op. cit.*

⁴¹⁵ Véase 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, 812.

⁴¹⁶ Véase el artículo 12 (1) de “Fiyi: “Draft Articles Relating to Passage through the Territorial Sea”, *op. cit.*, p. 97. Véase el mismo artículo en el mencionado proyecto de artículos revisado: “Fiji: draft articles relating to passage through the territorial sea”, *op. cit.*, p. 198.

⁴¹⁷ Segundo Comité de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Reino Unido: *Proyecto de artículos sobre el Mar territorial y los Estrechos*, UN Doc. A/CONF.62/C.2/L.3 (1974), OR III, pp. 183, 185, Art. 26 (1).

armada, la fuerza aérea y la guardia costera⁴¹⁸. La redacción final del artículo 29 se acordó después de una nueva enmienda para ampliar el alcance de la definición a los efectos de la Convención en general y no solo a la regulación de la parte donde está ubicada, esto es, la sección tercera de la Parte II de la Convención, que regula el paso inocente por el Mar Territorial⁴¹⁹. La propuesta de Argentina, Bangladesh, China, República Democrática de Yemen, Ecuador, Madagascar, Pakistán, Perú y Filipinas de incluir los submarinos y otros vehículos sumergibles en el artículo 29 fue rechazada⁴²⁰. La CNUDM se refiere específicamente en su artículo 20 a “los submarinos y otros vehículos sumergibles”, limitando la forma de paso inocente de estos. Ninguno de los dos términos está definido. Sin embargo, es significativo que tanto los submarinos como “otros vehículos sumergibles” se aborden en la subsección relativa a las “normas aplicables a todos los buques”, y que ambas clases deban navegar en la superficie y “enarbolar su pabellón”, lo que indica que, aunque los vehículos sumergibles se distinguen de los submarinos, también deben navegar bajo la bandera de un Estado. La cuestión de si un vehículo marítimo no tripulado tiene derecho a ejercer la libertad de

⁴¹⁸ OXMAN, B.H., *op. cit.*, p. 813. En este sentido, Nordquist y otros autores señalan que esto refleja “a trend towards the integration of armed forces since the 1958 High Seas Convention”. NORDQUIST, Myron H., GRANDY, Neal R., NANDAN, Satya N. y ROSENNE, S. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, vol. II*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 250. (Estados Unidos incluye expresamente los buques de la guardia costera en la definición de buques de guerra. Véase US Navy, *Commander's Handbook*, *op. cit.*, párrafo. 2.1.1.). Barnes añade que la definición “it excludes vessels operated by insurgent, rebel or secessionists groups since these entities are not States.” BARNES, Richard A., “Article 29”, *op. cit.*, p. 243.

⁴¹⁹ OXMAN, B.H., *op. cit.*, pp. 809, 812. Véase Second Committee UNCLOS III, *Malaysia et al.*: Draft Articles on Navigation through the Territorial Sea, including Straits Used for International Navigation, UN Doc. A/CONF.62/C.2/L.16, 1974, OR III, pp. 192, 194. Esto fue confirmado en el asunto *ARA Libertad*: “Some of the provisions in this Part (Part II) may be applicable to all maritime areas, as in the case of the definition of warships provided for in Art. 29 of the Convention.” Caso *ARA Libertad (Argentina v. Ghana)*, *op. cit.*, p. 344, párrafo. 64.

⁴²⁰ Second Committee UNCLOS III, *Informal Suggestion by Argentina et al.*, UN Doc. C.2/Informal Meeting/ 30 (1978, mimeo.) Texto reproducido en PLATZÖDER, R. (ed.), *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents*, vol. V, 1982, p. 39 (citado por BARNES, Richard A., “Article 29”, *op. cit.*, p. 243).

navegación en Alta Mar en virtud del artículo 90 se analizaría aplicando el término “buque” sin restricciones a dicho vehículo. Una consideración adicional es si, al interpretar los términos, los Estados y los tribunales internacionales están en consonancia con la decisión del Estado del pabellón de registrar el vehículo marítimo no tripulado como buque⁴²¹. No podemos dejar de citar la vigente Convención de Montreux relativa al régimen de los estrechos, de 20 de julio de 1936 (referente a los estrechos turcos del Bósforo y los Dardanelos), en la que, sin ofrecer un concepto general, se prefiere definir los buques de guerra por sus tipos y características físicas, entre los cuales se encuentran los *submarinos*⁴²². Señalan Brendan Gogarty y Meredith Hagger que el requisito consistente en que los buques sumergibles operen en la superficie de las aguas territoriales deriva de la suposición tradicional de que los submarinos son buques de guerra. Sin embargo, a medida que los vehículos sumergibles no tripulados “expand into wider roles and become more autonomous, this assumption may not be completely accurate. Conversely, there may be many situations in which states may actually wish for their UVs (Unmanned vehicles) to be considered military vessels. (...). The question as to whether a UV operating semi-autonomously is under command is debatable, however it seems relatively clear that such vessels will not be manned by a crew of any sort”⁴²³. El tratamiento jurídico diferente de los buques de guerra y los submarinos se justifica porque los tratados internacionales establecen el estatuto jurídico de los buques de guerra y los submarinos como buques, por una parte, mientras que, por otra, la presencia de buques de guerra y submarinos es una parte inevitable y de larga data de la práctica de los Estados en el sentido del derecho internacional consuetudinario. En cambio, la presencia de

⁴²¹ Véase CRAIG H, A., *International law for seagoing officers*, *op. cit.*, p. 198.

⁴²² Véase arts. 8, 9 y anexo II de la Convención en AZCÁRRAGA Y BUSTAMANTE, J.L., *Legislación internacional marítima*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Ministerio de Marina, Madrid, 1955 (citado por BARRADA FERREIROS, A., “La inmunidad de los buques de guerra y los buques de Estado. Su regulación en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre”, *Revista Naval*, 2017, p. 28).

⁴²³ GOGARTY, B. y HAGGER, M. “The Laws of Man over Vehicles Unmanned: (...), *op. cit.*, p. 77.

UVs en el plano internacional es todavía novedosa⁴²⁴. James Kraska señala que “the UNCLOS definition of warships includes surface vessels and submarines of the armed forces that meet four criteria...” (y cita textualmente el artículo 29 CNUDM)⁴²⁵. En este sentido, señala Said Mahmoudi que: “submarines are warships because they normally belong to the armed forces of a state and are under the command of an officer duly commissioned by the government of that state”⁴²⁶.

La Convención (CNUDM) guarda silencio sobre la cuestión de si la definición se aplica o no a los buques auxiliares, es decir, a todos aquellos buques diseñados para prestar servicios a buques de guerra. Tal y como precisa Espósito Massicci “aunque la Convención no los nombra, ya se consideraban dentro de la definición del artículo 29 sin discrepancias interpretativas”⁴²⁷. Los buques auxiliares “incluyen, por ejemplo, buques logísticos, buques hospital, buques de cargo, buques de transporte de tropas y *en general todos aquellos buques utilizados para fines no comerciales que presten servicios a buques de guerra*”⁴²⁸. Este autor especifica, además, citando a Kraska, que “los buques auxiliares pueden estar operados por civiles, que sin embargo no gozarán de inmunidad personal”⁴²⁹. El artículo 13 h) del Manual de San Remo define “nave auxiliar” como “una nave que, no siendo de guerra, pertenezca a las fuerzas armadas de un Estado o esté bajo su control exclusivo y sea utilizado,

⁴²⁴ Véase DAUM, O., *op. cit.*, p. 84.

⁴²⁵ KRASKA, J., “Putting Your Head in the Tiger’s Mouth: Submarine Espionage in Territorial Waters”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 54, 2015, p. 230. MAHMOUDI, S., “Use of Armed Force against Suspected Foreign Submarines in the Swedish Internal Waters and Territorial Sea”, *op. cit.*, p. 589.

⁴²⁶ MAHMOUDI, S., “Use of Armed Force against Suspected Foreign Submarines in the Swedish Internal Waters and Territorial Sea”, *op. cit.*, p. 589.

⁴²⁷ ESPÓSITO MASSICCI, C., “Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estado extranjeros”, *op. cit.*, p. 342.

⁴²⁸ *Ibid.* Cursiva añadida.

⁴²⁹ *Ibid.* Véase KRASKA, J., “Military Operations” en ROTHWELL, Donald R., OUDE ELFERINK, Alex G., SCOTT, Karen y STEPHENS, Tim (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 872 y nota 21 (que a su vez se apoya en el Manual de San Remo sobre el derecho aplicable a los conflictos armados en el mar, *op. cit.*).

durante un período determinado, para servicios gubernamentales no comerciales”. Ha de recordarse que el Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar, aprobado en junio de 1994, solo tiene valor doctrinal y no es obligatorio para los Estados, pero alberga una “adecuada aportación de la costumbre internacional en la guerra marítima y la actualización de sus normas a la vista de la Carta de las Naciones Unidas, la CNUDM y el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra”⁴³⁰. La definición podría ser indicativa de que tales buques auxiliares tienen un estatus separado. Sin embargo, Richard A. Barnes señala que “given the broad definition of warships and the scope for States to treat such vessels as warships, it is reasonable to include such vessels within the provisions on warships”⁴³¹. En el reciente *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Ucrania consideró a sus buques auxiliares dentro de la categoría de buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial. Así pues, en relación con los tres buques ucranianos detenidos por la Federación Rusa, la sentencia del TIDM señala que: “Ukraine states that the *Berdysansk* and the *Nikopol* are warships of the Ukrainian Navy, flying the naval ensign, under the command of officers duly commissioned by the Government of Ukraine and manned by crew under the regular discipline of the Ukrainian Navy. According to Ukraine, they are warships within the meaning of article 29 of the Convention. Ukraine further states that the *Yani kapu* is a naval auxiliary vessel equally entitled to immunity under articles 32 and 96 of the Convention and general international law”⁴³². “According to Ukraine, articles 95 and 96 of the Convention provide that warships and “ships owned or operated by a State and used only on government non commercial service” -of which naval auxiliary vessels are the classic example- enjoy “complete immunity from the jurisdiction of any State other than

⁴³⁰ *Manual de Derecho del Mar*, vol. II, Ministerio de Defensa, *op. cit.*, p. 23.

⁴³¹ BARNES, Richard A., “Article 29”, *op. cit.*, p. 244.

⁴³² *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, *op. cit.*, párrafo 92.

the flag State. Article 58 extends the application of the immunity under articles 95 and 96 to the exclusive economic zone. Article 32 and customary international law guarantee the same immunity in the territorial sea”⁴³³. Por su parte, en esta etapa del procedimiento, el Tribunal no está llamado a determinar definitivamente si los derechos reclamados por Ucrania existen, sino que solo tiene que decidir si esos derechos son plausibles⁴³⁴. En este sentido señala que: “(...) it appears that the *Berdyansk* and the *Nikopol* are warships within the meaning of article 29 of the Convention and that the *Yani Kapu* is a ship owned or operated by a State and used only on government non-commercial service, as referred to in article 96 of the Convention. The Tribunal considers that the rights claimed by Ukraine on the basis of articles 32, 58, 95 and 96 of the Convention are plausible under the circumstances”⁴³⁵. En todo caso, los buques auxiliares están expresamente incluidos en los artículos 110, 111 y 236 de la Convención. Por lo que respecta a esta cuestión en la Ley española de Inmunidades (LO 16/2015), decir que esta acoge como no podía ser de otro modo una definición de buque de guerra equivalente a la de la Convención, pero con la característica de referirse expresamente también a los buques auxiliares [art. 1 h) LO 16/2015]. Esta referencia expresa a “buques auxiliares” en la Ley Orgánica 16/2015 deriva de los artículos 236 de la Convención (CNUDM), que menciona, junto con los buques de guerra, las “naves auxiliares”, y del artículo 16.2 de la Convención sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes de 2004 (CNUIJ), que se refiere a los buques de guerra y “buques auxiliares”. Con relación a la definición de “buque de guerra” en la Ley española de Inmunidades, señala Barrada Ferreiros que “subsiste en nuestro Derecho interno una norma que contiene una definición que podíamos denominar extensiva de *buque de guerra*, y que, por la materia que regula, debería resultar sin duda relevante como

⁴³³ *Ibid.*, párrafo 93

⁴³⁴ *Ibid.*, párrafo 95. A este respecto el tribunal cita “*Enrica Lexie*” (*Italy v. India*), Provisional Measures, Order of 24 August 2015, ITLOS Reports 2015, p. 197, para. 84.

⁴³⁵ *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, *ibid.*, párrafo 97.

criterio interpretativo de la contenida en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre⁴³⁶. Se refiere así al apartado 1.1 de 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*, aprobadas por Orden del Ministerio de Defensa núm. 25/1985, de 23 de abril⁴³⁷, conforme al cual: “para los efectos de estas normas se entenderá por *buque de guerra*: a) Los buques de combate y auxiliares pertenecientes a la Marina de Guerra de un Estado (...). Su Comandante ha de estar al servicio del Estado (...). b) Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y destinados exclusivamente a un servicio oficial de transporte de tropas o material de guerra, que vayan al mando de un Oficial (...). c) Los de cualquier clase que transporten a un Jefe de Estado y a su séquito, con exclusión de otro pasaje, en visita oficial previamente acordada por vía diplomática. d) Excepcionalmente, y por orden expresa, los buques-escuela de la Marina Mercante que dependen del Gobierno respectivo (...)”. Tal y como señala el autor, el supuesto contemplado en la letra c) puede resultar baladí, pues “bien podría entenderse que la equiparación a buques de guerra de aquellos que transporten a un Jefe de Estado y su séquito (con exclusión de otro pasaje) en visita oficial, se debe a la inmunidad soberana de que estarían revestidos tales buques en cualquier caso, por costumbre internacional, por causa de la persona que transportan y por la función pública (no privada) y oficial que están desempeñando⁴³⁸”.

Existen algunas dudas sobre si la definición de buque de guerra en el artículo 29 incluye a los buques de guerra hundidos, ya que dichos buques, en sentido estricto, ya no están controlados ni tripulados. Si bien esta cuestión es intrascendente desde una perspectiva operacional, es de particular interés para la cuestión de la inmunidad frente a

⁴³⁶ BARRADA FERREIROS, A., *op. cit.*, p. 31.

⁴³⁷ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1985.

⁴³⁸ BARRADA FERREIROS, A., *op. cit.*, p. 32.

reclamaciones por salvamento o hallazgos⁴³⁹. Hay que recordar en este punto, que el tratamiento de los buques de guerra como patrimonio cultural subacuático no se aborda directamente en la Convención (CNUDM), aunque sí en la Convención de la UNESCO de 2001. Existen opiniones divergentes sobre la inmunidad de los buques de guerra hundidos, ya que algunos (como J. Ashley Roach) defienden la continuidad de la inmunidad hasta el abandono de su titularidad, y otros (como David J. Bederman) argumentan que se pierde cuando el buque de guerra se hunde y pierde su función como buque militar⁴⁴⁰.

2.2. LAS INMUNIDADES DE BUQUES DE GUERRA Y OTROS BUQUES DE ESTADO DESTINADOS A FINES NO COMERCIALES EN LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO DEL MAR

2.2.1. ARTÍCULO 32. “INMUNIDADES DE LOS BUQUES DE GUERRA Y OTROS BUQUES DE ESTADO DESTINADOS A FINES NO COMERCIALES”

2.2.1.1. Antecedentes históricos

Como fue analizado en profundidad en el primer capítulo de este estudio, los tribunales nacionales han reconocido la inmunidad de los buques de propiedad del Estado o explotados por este desde principios del siglo XIX, aunque el alcance y el funcionamiento precisos de esta inmunidad estaban sujetos a variaciones derivadas de las peculiaridades del derecho interno⁴⁴¹. A principios del siglo XX y en virtud del derecho marítimo privado, varios tratados sobre las responsabilidades de los buques excluían de su ámbito de aplicación a los buques de guerra y a los

⁴³⁹ BEDERMAN, David J., “Congress Enacts Increased Protections for Sunken Military Craft”, *American Journal of International Law*, vol. 100, nº. 3, 2006, pp. 649-663. Véase BARNES, Richard A., *op. cit.*, 244.

⁴⁴⁰ Véase BARNES, Richard A., *op. cit.*, 244.

⁴⁴¹ Recuérdense aquí los siguientes casos: *The Schooner Exchange v. McFaddon* (1812); *The Prins Frederik* (1820); *The Charkeih* (1873); *The Parlement Belge* (1880), entre otros.

buques de servicio público⁴⁴². Estos tratados se encontraban entre los textos precursores de la Convención de Bruselas de 1926. El principio general de inmunidad fue reconocido *inter alia* por el Institut de Droit International en sus Resoluciones de 1897 y de 1928⁴⁴³. Cuando la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de La Haya de 1930 no logró ningún acuerdo sobre el derecho del mar, el asunto no recibió más atención hasta que la CDI comenzó la labor preparatoria de la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM I). La Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua fue elaborada en un contexto de crecientes restricciones a la inmunidad de los buques públicos. A la luz de esta circunstancia, el artículo 22 de la anterior Convención, de la cual, como ya se apuntó, se originó el artículo 32 de la CNUDM, fue diseñado para asegurar que nada en la Convención afectara la inmunidad de los buques gubernamentales no utilizados con fines no comerciales⁴⁴⁴. Los siguientes

⁴⁴² Véase el artículo 11 del Convenio de Bruselas de 23 de septiembre de 1910 sobre la unificación de ciertas normas en materia de abordaje, el artículo 14 del Convenio de Bruselas de 23 de septiembre de 1910 sobre la unificación de ciertas normas en materia de asistencia y de salvamento marítimo y el párrafo 1 del artículo 13 del Estatuto de Ginebra sobre el régimen internacional de los puertos marítimos de 9 de diciembre de 1923. Para estos convenios véase GIDEL, G., *op. cit.*, vol. I, p. 99.

⁴⁴³ La Resolución de Estocolmo de 1928, "Règlement sur le régime des navires de mer et de leurs équipages dans les ports étrangers en temps de paix", disponía (artículos 15 y 26) que los buques de guerra no pueden ser objeto de incautación, arresto o detención por ningún medio legal ni por ningún procedimiento judicial (artículo 24). Disponible en: <http://www.idi-iil.org>. Véase al respecto ASHLEY ROACH, J., "Today's Customary International Law of the Sea", *op. cit.*, p. 244.

⁴⁴⁴ El artículo 22 fue aprobado por 62 votos a favor, 9 en contra y 4 abstenciones. Rumania explicó que votó en contra porque el artículo 22 no tenía en cuenta la inmunidad de jurisdicción civil de que debían gozar todos los buques gubernamentales, independientemente del fin para que se utilizasen. En el mismo sentido se pronunciaron la URSS, Checoslovaquia y Bulgaria. Véase "artículo 22" en Primera Conferencia de Naciones sobre Derecho del Mar, Plenary Meetings, Official records, Vol. II, 1958, p. 66, UN Doc. A/CONF.13/38. El artículo 22 de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, aprobada por la Conferencia en su vigésima sesión plenaria, tenía la siguiente redacción: "1. The rules contained in sub-section A and in article 18 shall apply to *government ships operated for non-commercial purposes*. 2. With such exceptions as are contained in the provisions referred to in the preceding paragraph, *nothing in these articles affects the immunities which such ships enjoy under these articles or*

acontecimientos importantes tuvieron lugar en el seno de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En el período de sesiones de 1973 del Comité de los Fondos Marinos, las propuestas de un grupo de ocho Estados y una propuesta separada de Malta repitieron en gran medida la redacción de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua⁴⁴⁵. En 1974, una propuesta de Fiyi introdujo un nuevo elemento sobre los buques de guerra, señalando que “nothing in these articles affects the immunities which warships enjoy under the provisions of these articles or other rules of international law”⁴⁴⁶. Como resultado, dos disposiciones paralelas sobre la inmunidad de los buques de guerra y los buques gubernamentales operados con

other rules of international law.” *Ibid.*, p. 134. Véase BARNES, Richard A., “Article 32”, en PROELSS, A., *The United Conventions on the Law of the Sea (...)*, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁴⁵ Véase la propuesta de Chipre, España, Filipinas, Grecia, Indonesia, Malasia, Marruecos y Yemen en el artículo 20 del “Draft articles on navigation through the territorial sea including straits used for international navigation” (elaborado por estos países), *Report of the Committee on the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction*, UN Doc. A/AC.138/SC.II/L.18, General Assembly, Official Records: Twenty-Eighth Session, Supplement No. 21 (A/9021), Vol. III, 1973, p. 9. El párrafo segundo del artículo 20 señala que: “With such exceptions as are contained in any of the provisions referred to in the preceding paragraphs, *nothing in these articles affects the immunities which such ships* (government ships operated for non-commercial purposes) enjoy under these articles or other rules of international law.” Paréntesis añadido. Véase asimismo la propuesta de Malta materializada en el artículo 31 de su “Preliminary Draft articles on the delimitation of coastal State jurisdiction in ocean space on the rights and obligations of coastal States in the area under their jurisdiction”, *ibid.*, UN Doc. A/AC.138/SC.II/L.28, General Assembly, Official Records: Twenty-Eighth Session, Supplement No. 21 (A/9021), Vol. III, 1973, p. 48. El párrafo tercero del artículo 31 dice así: “With such exceptions as are contained in the provisions referred to in the preceding paragraph, *nothing in these articles affects the immunities which government vessels operated for non-commercial purposes enjoy under these articles or other rules of international law.*” BARNES, Richard A., “Article 32”, *op. cit.*

⁴⁴⁶ Véase el artículo 13 del “Fiyi: “Draft Articles Relating to Passage through the Territorial Sea”, *Report of the Committee on the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction*, UN Doc. A/AC.138/ SC.II/L.42 and CORR. 1., General Assembly, Official Records: Twenty-Eighth Session, Supplement No. 21 (A/9021), Vol. III, 1973, p. 98; véase el mismo artículo en el proyecto de artículos revisado. “Fiyi: draft articles relating to passage through the territorial sea”, UN Doc. A/CONF.62/C.2/L.19, *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Vol. III (Documents of the Conference, First and Second Sessions)*, p. 198.

fines no comerciales que constituyeron la base del debate. En gran medida el enfoque siguió siendo el mismo después del segundo período de sesiones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1974, y las dos disposiciones paralelas se utilizaron en el denominado *Working paper of the Second Committee: main trends*⁴⁴⁷. Estas disposiciones se mantuvieron separadas en sendos artículos 28 y 31 del *Informal Single Negotiating Text*⁴⁴⁸. En la cuarta sesión de 1976, los dos artículos se unieron para formar lo que ahora constituye el artículo 32 de la Convención⁴⁴⁹. El texto permaneció sin cambios hasta su aprobación final. La inmunidad de estos buques públicos, como ya se advirtió, se abordó en el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ). Este artículo proporciona un marco “más detallado”⁴⁵⁰ para la inmunidad que el artículo 32. Como ya se ha señalado, la CNUIJ establece que la inmunidad del Estado implica la inmunidad de los buques de guerra y buques auxiliares, así como de otros buques de Estado (utilizados exclusivamente para un servicio público no comercial) respecto de los procedimientos judiciales de otro Estado en relación con “la explotación” de tales buques y extiende esta inmunidad a las reclamaciones relacionadas con los cargamentos de esos buques (artículo 16 (2) y (4))⁴⁵¹. La ley española de Inmunidades explicita en su artículo

⁴⁴⁷ Véase “Statement of Activities of the Conference During Its First and Second Sessions”, UN Doc. A/CONF.62/L.8/REV.1, *Official Records of the Third United Nations Conference (...)*, op. cit., 1974, p. 114. Véase al respecto BARNES, Richard A., “Article 32”, op. cit.

⁴⁴⁸ Véase artículos 28 y 31 en “Informal Single Negotiating Text (Part II)”, UN Doc. A/CONF.62/WP.8/PART II, *Official Records of the Third United Nations Conference (...)*, op. cit., Vol. IV, 1975, p. 157. BARNES, Richard A., *ibid.*

⁴⁴⁹ Véase el artículo 31 del “Revised Single Negotiating Text (Part II)”, UN Doc. A/CONF.62/WP.8/REV. 1/PART II, *Official Records of the Third United Nations Conference (...)*, op. cit., Vol. V, 1976, p. 158.

⁴⁵⁰ BARNES, Richard A., “Article 32”, op. cit., p. 252.

⁴⁵¹ Para un comentario detallado del artículo 16 CNUIJ véase GUILFOYLE, D., “Article 16. Ships owned or operated by a State”, en O’KEEFE, R. y TAMS, C. (Eds), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A commentary*, 2013, pp. 259-276; FOX, H. y WEBB, P., op. cit., pp. 431- 434.

15.1 a) la amplia gama de reclamaciones que puede albergar un proceso relativo a la explotación de buques pertenecientes a un Estado o explotados por este: “incluyendo, en particular, las acciones relativas a abordajes y otros accidentes de la navegación, asistencia, salvamento, avería gruesa, reparaciones, avituallamiento y otros contratos concernientes al buque y las relativas a las consecuencias de la contaminación del medio marino”. El artículo 15.2 de la LO 16/2015 señala además que: “A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, el término explotación abarca la posesión del buque, su control, su gestión o su fletamento (...)”.

2.2.1.2. Contenido

En un análisis pormenorizado de la Convención, el primer artículo sobre inmunidad en entrar en escena es el artículo 32, que dice:

“Con las excepciones previstas en la subsección A y en los artículos 30 y 31, ninguna disposición de esta Convención afectará a las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales”.

A tenor del mismo cabe preguntarse cuál es realmente el significado de la norma que contiene este artículo 32. El interrogante es plasmado con gran precisión por Espósito Massicci: “¿establece esta norma la inmunidad de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales o simplemente regula un aspecto específico de una norma regulada por el Derecho internacional?”⁴⁵² El Tribunal Internacional de Derecho del Mar sostuvo en el asunto *ARA Libertad (Argentina v. Ghana)*, de 15 de diciembre de 2012⁴⁵³, que el artículo 32 de la

⁴⁵² ESPÓSITO MASSICCI, C., “Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estado extranjeros” *op. cit.*, p. 343.

⁴⁵³ El buque escuela argentino ARA Libertad fue embargado durante su escala en el puerto de Tema en Gana, al cual accedió tras pedir y recibir la debida autorización. Para un análisis detallado de los hechos del caso, así como del íter procesal completo véase CASELLA, D. A., “La inmunidad soberana y el embargo de un buque de guerra: el caso de A.R.A. Libertad”, *op. cit.*, RUIZ-CERUTTI, S., “The UNCLOS and the Settlement of Disputes: The ARA Libertad Case” en DEL CASTILLO, L., *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of*

Convención, incorporado en su Parte II sobre Mar Territorial y Zona Contigua, es una norma que establece la inmunidad de los buques de guerra. A esta conclusión llega el Tribunal teniendo en cuenta que el artículo 32, así como el 29, se refiere a la Convención en general y no a una parte concreta cuando especifica las “excepciones” a la inmunidad de dichos buques. Según expone Espósito Massicci, tal razonamiento lleva al interrogante de si esa norma se aplica a los buques de guerra en todos los espacios marinos. El autor señala que se trata de una pregunta del todo pertinente, “pues la Convención se estructura fundamentalmente por espacios marinos y esta norma está inserta en la parte donde la Convención regula el paso inocente por el Mar Territorial y se reproduce nuevamente solo respecto del Alta Mar en el artículo 95 de la Convención (...), regla que se repite en el siguiente artículo (...)”⁴⁵⁴. Como indicamos más arriba, el Tribunal señaló que el artículo 32 establece la regla de inmunidad para buques de guerra situados en todos los espacios

the Sea (Liber Amicorum Judge Hugo Caminos), *op. cit.*, pp. 713-722. Hay que señalar que el desencadenante fue una decisión judicial de Ghana según la cual Argentina había renunciado a la inmunidad de los tribunales que de otro modo existiría para el buque de guerra en virtud de las leyes nacionales de Ghana. Los procedimientos internos involucraron una solicitud de los tenedores de bonos emitidos por el gobierno de Argentina para reconocer y hacer cumplir una sentencia extranjera de Estados Unidos con respecto al incumplimiento de los bonos y para incautar la fragata ARA Libertad como un activo del gobierno de Argentina. Se consideró que la renuncia a la inmunidad se debía a los términos de los bonos emitidos por el gobierno argentino. Como consecuencia de que el tribunal de Ghana reconoció y trató de hacer cumplir la sentencia de Estados Unidos, entre otras cosas, se negó a la fragata el permiso para salir del puerto y se intentó abordar el buque sin el permiso del gobierno de Argentina. De conformidad con los procedimientos de solución de controversias de la CNUDM, Argentina inició el caso contra Ghana el 29 de octubre de 2012 alegando que Ghana había violado numerosas disposiciones de la Convención al impedir, entre otras cosas, que la fragata saliera del puerto. Véase *ARA Libertad (Argentina v. Ghana)*, *op. cit.*, para. 26. El Tribunal decidió que tenía jurisdicción *prima facie* para ocuparse de las medidas provisionales, ya que Ghana y Argentina estaban en disputa sobre el significado del artículo 32, pero no determinó explícitamente el significado de este artículo. *Ibid.*, paras. 62-66. Véase BARNES, Richard A., “Article 32”, *op. cit.*, pp. 250-251.

⁴⁵⁴ ESPÓSITO MASSICCI, C., “Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estado extranjeros”, *op. cit.*, p. 343.

marinos, incluidas las Aguas Interiores⁴⁵⁵, que es donde se encontraba la Fragata Libertad. Una opinión que trastoca el significado y alcance dado al artículo 32 de la Convención es la que expresaron los jueces Rüdiger Wolfrum y Jean-Pierre Cot en su voto particular a la decisión sobre la fragata Libertad. Los jueces Wolfrum y Cot votaron a favor de la decisión sobre la base del estoppel, ya que Ghana había defendido la inmunidad del buque escuela argentino en sus propios tribunales, pero rechazaron la interpretación que el Tribunal hizo del artículo 32 de la Convención. Según estos jueces, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 95 de la Convención, el artículo 32 no contiene una norma de inmunidad de los buques de guerra, sino que la da por supuesta, y no se extiende a todos los espacios marinos⁴⁵⁶. Kraska señala que: “In the choice between reading Article 32 to exclude immunity under the Convention and reading the article to incorporate immunity under international law by reference, the text and negotiations suggest the latter analysis is stronger. The final decision, however, awaits an order on the merits”⁴⁵⁷. En este orden de cosas, hay que preguntarse por qué razón el artículo 32 no contiene una redacción *clara e incondicional*, como la de los artículos 95 y 96 de la Convención, que prescriben con claridad que los buques de guerra y de Estado con fines no comerciales gozan en Alta Mar (y en virtud del artículo 58 en la Zona Económica Exclusiva⁴⁵⁸) de “completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón”. La respuesta, según el profesor Oxman, reside en las discrepancias que había en 1958 en relación con los derechos de

⁴⁵⁵ Además, parece lógico considerar aplicable el artículo 32 a la Zona Contigua, los Estrechos utilizados para la navegación internacional y las Aguas Archipelágicas. Véase BARNES, Richard A., “Article 32”, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁵⁶ *ARA Libertad (Argentina v. Ghana)*, *op. cit.*, Separate Opinion of Judge Wolfrum and Judge Cot, paras. 38-46, disponible www.itlos.org. Véase ESPÓSITO MASSICCI, C., “Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estado extranjeros”, *op. cit.*, pp. 342-344.

⁴⁵⁷ KRASKA, J., “The ‘ARA Libertad’ (Argentine v. Ghana)”, *op. cit.*, p. 409.

⁴⁵⁸ Daniel P. O’Connell señala que es posible que “the quality of freedom exercisable in the EEZ is not necessarily that exercisable in the high seas” dado los derechos y la jurisdicción reservados a los Estados ribereños. O’CONNELL, Daniel, P., *The International Law of the Sea*, vol. I, *op. cit.*, p. 578.

los buques de Estado en el Mar Territorial, ya que el actual artículo 32 trae su causa del artículo 22 de la Convención sobre el Mar Territorial de 1958, que se refiere solo a los buques de Estado destinados a fines no comerciales. La Convención de 1982 incorporó a los buques de guerra a la norma, con lo cual quedaron incorporados en esa redacción menos categórica, que sin embargo no se debe en ningún caso a dudas sobre el carácter absoluto de la inmunidad de los buques de guerra⁴⁵⁹.

Ahora bien, ¿a qué se refiere el artículo 32 de la Convención con la expresión “otros buques de Estado destinados a fines no comerciales”? Tal expresión parece⁴⁶⁰ incluir los buques auxiliares de los buques de guerra, tales como los buques de transporte de tropas, los buques de suministro y los buques hospital. Otras embarcaciones que cumplen una función pública son: los buques de la guardia costera, los rompehielos, los buques de vigilancia aduanera e inmigración, buques de prospección hidrográfica e investigación de explotación pública, buques reales y presidenciales. En este sentido, en el ordenamiento jurídico español, son buques de Estado españoles, además de los buques de la Armada, inscritos en su Lista Oficial de Buques, los siguientes: los buques del Servicio de Vigilancia Aduanera, dependientes de la Agencia Tributaria; los buques y embarcaciones del Servicio Marítimo de la Guardia Civil; los buques y embarcaciones de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima; los buques sanitarios del Instituto Social de la Marina; los buques oceanográficos del Instituto Español de Oceanografía; los buques de investigación pesquera y oceanográfica de la Secretaría General de Pesca⁴⁶¹. Hay que señalar al respecto, que la definición de “buque de la Armada” se encuentra en la Orden PRE/262/2010, de 5 de febrero, “por la que se aprueban las normas reguladoras de las escalas de los buques de la Armada en los puertos de interés general”: “A los efectos previstos en esta orden se entenderá por: a) Buque de la Armada: Los buques incluidos en la lista oficial de buques de la Armada, pertenecientes al Ministerio de Defensa, y los incluidos en la lista de unidades del tren

⁴⁵⁹ Véase OXMAN, Bernard H., *op. cit.*, pp. 817-818.

⁴⁶⁰ Véase BARNES, Richard A., “Article 32”, *op. cit.*, p. 253.

⁴⁶¹ Véase *Manual de Derecho del Mar*, vol. I, *op. cit.*, pp. 79-80.

naval”⁴⁶². La disposición adicional sexta de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima establece: “El Ministerio de Defensa regulará la lista oficial de buques de la Armada”. La última lista promulgada por el Ministerio de Defensa fue en 2018, sustituyendo a la “Lista Oficial de Buques de la Armada 2016”⁴⁶³. Pero esa definición de “buque de la Armada” lo es únicamente a los efectos previstos en esa orden ministerial (escalas de tales buques en puertos de interés general), no obstante, la Lista Oficial de Buques de la Armada incluye, como se ha enunciado arriba, buques o embarcaciones que no pertenecen al Ministerio de Defensa, sino, por ejemplo, al de Hacienda, como son las embarcaciones del Servicio de Vigilancia Aduanera; a las que, por lo tanto, no les resulta de aplicación dicha orden ministerial. Estos otros buques de los citados organismos oficiales “deben figurar inscritos en la Lista Octava del Registro de Matrícula de Buques, bajo el control de la Dirección General de la Marina Mercante”⁴⁶⁴. Los buques de investigación oceanográfica *Hespérides* y *Las Palmas*, incluidos en la Lista Oficial de Buques de la Armada, ostentan un estatuto jurídico singular. Su adscripción orgánica y administrativa, lo es a todos los efectos en la Armada, corriendo a cargo del Ministerio de Defensa la dotación y la gestión de dichos buques; si bien, su mantenimiento en el ámbito de la investigación científica que se desarrolla principalmente en el marco de los proyectos aprobados por el Plan Estatal de I+D+i y por el Programa Marco de la Unión Europea (UE), así como su modernización para las misiones de apoyo a las campañas de investigación, son asumidos por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, mientras que la planificación de las campañas en que ambos intervienen, se realiza por la

⁴⁶² Orden PRE/262/2010, de 5 de febrero, por la que se aprueban las normas reguladoras de las escalas de los buques de la Armada en los puertos de interés general, Norma Tercera, BOE núm. 38, de 12 de febrero de 2010.

⁴⁶³ Cuartel General de la Armada, *Lista Oficial de Buques de la Armada 2018*, Ministerio de Defensa, Octubre 2018, disponible en <http://www.armada.mde.es/mardigital/documentos-institucionales/LOBA2018.pdf>. (última consulta en marzo de 2020).

⁴⁶⁴ *Manual de Derecho del Mar*, vol. I, *op. cit.*, p. 80. Véase BARRADA FERREIROS, A., “La inmunidad de los buques de guerra y los buques de Estado. Su regulación en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre”, *op. cit.*, pp. 32-33.

Comisión de Coordinación y Seguimiento de las Actividades de los Buques Oceanográficos (COCSABO)⁴⁶⁵. Señala Miguel Ángel Franco García que “los citados buques, independientemente de su dedicación a las actividades científicas o de investigación, son buques de guerra, pues tal y como se colige de la mera lectura del artículo 29 CNUDM ha de prevalecer el aspecto formal, es decir el hecho de que su Comandante y dotación son militares; sobre el funcional, que consiste en su realización principal de cometidos científicos y de investigación”⁴⁶⁶.

El artículo 32 adopta un enfoque funcional, en lugar de uno basado en la propiedad del buque. Esta circunstancia está en línea con el artículo I del Protocolo adicional de 1934 a la Convención internacional de Bruselas de 1926, que se refiere también a “los buques fletados por los Estados, ya sea por tiempo o por viaje, a condición de que estén afectados exclusivamente a un servicio gubernamental y no comercial”. Una propuesta que se refería a los buques “propiedad de un Estado o explotados por un Estado” fue rechazada durante la redacción del artículo 32⁴⁶⁷. El *test* de funcionalidad para “fines no comerciales” puede ser difícil de aplicar en la práctica. Puede cuestionarse si la inmunidad se extiende a los buques que transportan carga comercial cuando se dedican a la asistencia técnica o a atender una situación de urgencia, o a actividades de

⁴⁶⁵ Cf.: la reciente Resolución 420/38384/2019, de 26 de diciembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Protocolo con el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, para el sostenimiento y explotación del buque de investigación oceanográfica Hespérides (BOE núm. 8, de 9 de enero de 2020); FRANCO GARCÍA, M.A., “Las actividades militares de los buques de guerra de terceros estados en los espacios marítimos de soberanía o jurisdicción del estado ribereño”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, n.º. 27, 2014, pp. 6-7.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 7. Para un análisis pormenorizado de los buques de guerra y los buques de Estado, véase al mismo autor en su citado artículo y en concreto el epígrafe “¿Qué es el buque de guerra? La confusión terminológica con los buques militares y de Estado”. *Ibid.*, pp. 3-8.

⁴⁶⁷ Véase Sección VI, “Report of the Chairman of the Drafting Committee”, UN Doc. A/CONF.62/L.57/REV.1, *Official Records of the Third United Nations Conference (...)*, *op. cit.*, Vol. XIV, 1980, p. 118.

desarrollo más generales⁴⁶⁸. En la práctica, esta cuestión dependerá de la interpretación que los tribunales hagan del alcance de la inmunidad en virtud del derecho interno. La doctrina de la inmunidad restringida puede servir para restringir la extensión de la inmunidad a un elenco más amplio de embarcaciones, al menos en ausencia de una legislación o posición clara del Estado⁴⁶⁹. Como bien observa Barnes, dado que el artículo 32 debe entenderse a la luz del derecho internacional general sobre inmunidad, hay que estar atentos a las nuevas tendencias en esta dinámica esfera del derecho⁴⁷⁰. Señala Djibril que: “UNCLOS under the phrasing of article 32 is impliedly providing States for an ‘absolute immunity’ (...). UNCLOS by providing an unlimited scope of application of State immunity differentiates itself from domestic laws on this matter and become the sole international convention which confers such immunity to States. Even the 2004 UNCSI which has been identified as a *comprehensive legal instrument* doesn’t afford States for such a immunity since it followed the legislative path of existing domestic laws in providing States for a ‘restrictive immunity’”⁴⁷¹. El caso *ARA Libertad* indica que la inmunidad de un buque de guerra en puerto se extiende a los intentos de abordaje sin permiso, lo que concuerda con el resumen de Kraska de que las inmunidades de los buques son “from arrest or search, whether in national or international waters”⁴⁷². En el mismo sentido se pronuncia Barnes al referirse a los otros buques del artículo 32 de la Convención, esto es, los utilizados en el momento considerado para un servicio público no comercial: “[s]uch vessels cannot

⁴⁶⁸ Véase GREIG, D.W., “Specific Exceptions to Immunity under the International Law Commission’s Draft Articles”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, nº. 3, 1989, pp. 560, 579-582 (citado por BARNES, Richard A., “Article 32”).

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ DJIBRIL, M., “Does a Sovereign State Immunity Say More than We Think? ITLOS’s Decision in ARA LIBERTAD Case”, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁷² Véase KRASKA, J., *Maritime Power and the Law of the Sea*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 248.

be boarder without the permission of the commanding officer”⁴⁷³. Kraska afirma además que: “The privilege of sovereign immunity includes protecting the identity of personnel, stores, weapons, or other property on board the vessel”⁴⁷⁴. Del mismo modo, Barnes señala que: “Immunity applies to both the vessel and to personnel, weapons, stores or other property onboard the vessel”⁴⁷⁵. La mayoría de las inmunidades mencionadas, si no todas, encajan fácilmente en los propósitos subyacentes del derecho internacional de la inmunidad del Estado y es indicativo de que la inmunidad aplicable a los buques de Estado va más allá de la mera inmunidad en el contexto de los procedimientos judiciales señalados en el artículo 16 de la CNUIJ. Si bien es cierto que, en lo que respecta a la inmunidad diplomática, el alcance (o la naturaleza) de la inmunidad existente depende de la situación de la persona involucrada⁴⁷⁶, todos los buques inmunes soberanos, independientemente de su función o naturaleza, tienen derecho al mismo nivel de inmunidad⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Véase BARNES, Richard A., “Article 32”, *op. cit.*, p. 253.

⁴⁷⁴ Véase KRASKA, J., *Maritime Power and the Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 248.

⁴⁷⁵ Véase BARNES, Richard A., “Article 32”, *op. cit.*, p. 253 (este autor se apoya en el *Commander’s Handbook*, *op. cit.*, para. 2.1.1; también en el artículo 1 del Protocolo Adicional de la Convención internacional de Bruselas de 1926, de 24 de mayo de 1934, que se refiere a los cargamentos a bordo de los buques).

⁴⁷⁶ Véase artículo 37 Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961. *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1968, con corrección de errores en *BOE* núm. 80, de 2 de abril de 1968.

⁴⁷⁷ Véase KRASKA, J., *Maritime Power (...)*, *op. cit.*, pp. 252-253.

2.2.1.3. Excepciones

A. LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 30. “INCUMPLIMIENTO POR BUQUES DE GUERRA DE LAS LEYES Y REGLAMENTOS DEL ESTADO RIBEREÑO”: PRÁCTICA DE LOS ESTADOS EN RESPUESTA A LA INTRUSIÓN DE SUBMARINOS EXTRANJEROS EN EL MAR TERRITORIAL O LAS AGUAS INTERIORES

Por lo que respecta a las “excepciones” que menciona el artículo 32 de la Convención, Espósito Massicci resalta que tal denominación, “excepciones”, no es precisa ni apropiada⁴⁷⁸. El artículo 32 se refiere a “las excepciones previstas en la subsección A y en los artículos 30 y 31”. En el primer caso se trata de asegurar que la inmunidad no exime a ciertos buques públicos de respetar las normas sobre el paso inocente que contiene la Convención. Como tales, los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales siguen estando sujetos a los requisitos de paso inocente en virtud de los artículos 19-21, y a las leyes y reglamentos del Estado ribereño adoptados de conformidad con los artículos 21 y 22. Es importante distinguir entre la violación de las leyes y reglamentos del Estado ribereño (artículo 21) y el paso no inocente (artículo 19) porque hay diferentes sanciones, o por lo menos etapas en el proceso de respuesta a cada violación. Una violación de la legislación del Estado ribereño no hace necesariamente que el paso de un buque de guerra sea *no inocente*. Solo las violaciones de las leyes de los Estados ribereños que son también condiciones de paso inocente harían que el paso no fuera inocente. Ello incluye la infracción de leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios (art. 19 (2) (g); art. 21 (1) (h)), contaminación (art.19 (2) (h); art. 21 (1) (f)); actividades de pesca (art. 19 (2) i); art. 21 (1) (d) y (e)), y actividades de investigación (art. 19 (2) (j); art. 21 (1) (g))⁴⁷⁹. También siguen sujetos al derecho de

⁴⁷⁸ Véase a ESPÓSITO MASSICCI, C. (“Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estado extranjeros”, *op. cit.*, p. 344) citando a Bernard H. Oxman en “The Regime of Warships (...)”, *op. cit.*, p. 818.

⁴⁷⁹ Véase al respecto, BARNES, Richard A., “Article 30”, en PROELSS, A., *The United Conventions on the Law of the Sea (...)*, *op. cit.*, p. 246. En este sentido, el *Commander’s*

protección del Estado ribereño contra el paso no inocente en virtud del artículo 25. No obstante, al tratarse de buques que gozan de inmunidad completa, resulta complicado hacer cumplir las normas a los buques de guerra por parte de los Estados ribereños. De ahí el artículo 30⁴⁸⁰ de la Convención, que según sostiene acertadamente el autor “tampoco constituye exactamente una *excepción* ya que dicho texto prevé las acciones que puede tomar el Estado ribereño si el buque de guerra incumple las normas que regulan el paso inocente. Por tanto, el artículo 30 se activa por el incumplimiento de las leyes relacionadas con el paso por el Mar Territorial y no, por el incumplimiento de otras leyes del Estado ribereño, por ejemplo, el derecho penal⁴⁸¹. Klein señala al respecto que “[a] Coastal State may therefore except that a warship will respect rules set in place for the protection of the marine environment and the security of the coastal population”⁴⁸². Al parecer, el artículo 30 también sería aplicable cuando un buque inmune soberano ha participado en actividades que hacen que el paso por el Mar Territorial no sea *inocente*⁴⁸³. Por otro lado, Churchill y Lowe sostienen la aplicación del artículo 30 a los buques de Estado destinados a fines no comerciales. Así pues, aunque la aplicación del citado artículo solo se refiere explícitamente a los buques de guerra “it seems reasonable to extend this right of exclusion to non-commercial government-operated ships, since their legal status can, for these purposes, be assimilated to that of warships”⁴⁸⁴. Si el buque de guerra no acata la invitación a cumplir las reglas, “el Estado

Handbook señala que los buques inmunes soberanos deben cumplir con “coastal State quarantine restrictions and health, sewage and traffic control regulations (...)”. *Commander’s Handbook*, *op. cit.*, párrafos 2.1-2.2.

⁴⁸⁰ El artículo 30 tiene sus orígenes en el artículo 23 de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua de 1958. Dicho artículo trata de abordar el equilibrio de los derechos del Estado ribereño y los del Estado del pabellón. Para un análisis exhaustivo de los trabajos preparatorios del artículo 30 nos remitimos a BARNES, Richard A., “Article 30”, *ibid.*

⁴⁸¹ Véase CHURCHILL, Robin R. y LOWE Alan V., *The Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁸² KLEIN, N., *Maritime Security and the Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁸³ Véase CHURCHILL, Robin R. y LOWE Alan V., *The Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁸⁴ *Ibid.*

ribereno podrá exigirle que salga inmediatamente del mar territorial”⁴⁸⁵. En este sentido señala James Kraska que “[a]lthough the law of the sea recognizes coastal state prescriptive jurisdiction over vessels not in innocent passage in order to “require” them to leave the territorial sea, the authority to enforce such measures -especially against warships with sovereign immune status- is unresolved”⁴⁸⁶. El artículo 30 no especifica qué otras medidas puede tomar el Estado ribereño para asegurar el cumplimiento de su solicitud. Tampoco lo hace el Comentario de la CDI sobre el artículo 25 (*Non-observance of the regulations*)⁴⁸⁷. Nordquist y otros observan que exigir a un buque de guerra que abandone inmediatamente el Mar Territorial es el “sole recourse available to a coastal State”⁴⁸⁸. Por su parte, Oxman señala que este es un recurso clásico del que dispone el Estado que carece de jurisdicción de ejecución, y lo considera equivalente al recurso de expulsión del territorio por mal comportamiento de los diplomáticos⁴⁸⁹. Sin embargo, Barnes opina que esta limitación puede ser simplemente convencional y se pueden adoptar otras medidas forzosas en virtud del derecho internacional general, incluidas las contramedidas⁴⁹⁰. Como hemos señalado con anterioridad, el artículo 25 permite tomar medidas para impedir el paso no inocente. La cuestión clave es entonces si el hecho de que un buque de guerra no cumpla con una solicitud de abandonar el Mar Territorial hace que su

⁴⁸⁵ Véase el artículo 30 de la CNUDM. Énfasis añadido. Véase también ESPÓSITO MASSICCI, C., “Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estado extranjeros”, *op. cit.*, pp. 344-345.

⁴⁸⁶ KRASKA, J., “Putting Your Head in the Tiger’s Mouth: Submarine Espionage in Territorial Waters” (...), *op. cit.*, pp. 164-165.

⁴⁸⁷ Véase el artículo 25 en “Report of the International Law Commission to the General Assembly: Articles Concerning the Law of the Sea with commentaries”, UN Doc. A/3159, *op. cit.*, p. 277 (citado por BARNES, Richard A., “Article 30”, *op. cit.*, p. 247).

⁴⁸⁸ NORDQUIST, Myron H., NANDAN, Satya N. y ROSENNE, S. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982* (...), *op. cit.*, p. 255. En este sentido, véase también SHEARER, Ivan A., “Problems of Jurisdiction and Enforcement Against Delinquent Vessels”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, 1986, pp. 320, 325.

⁴⁸⁹ OXMAN, Bernard H., “The Regime of Warships (...)”, *op. cit.*, pp. 809, 817.

⁴⁹⁰ BARNES, Richard A., “Article 30”, *op. cit.*, p. 247.

paso sea no inocente. A este respecto Barnes señala que, aunque esta interpretación se deje a discrecionalidad del Estado ribereño, parece razonable exigir alguna investigación de la situación a este Estado y dar al buque de guerra la oportunidad de corregir su conducta⁴⁹¹. Churchill y Lowe adoptan la posición de que el Estado ribereño “may use any force necessary”⁴⁹² para obligar a un buque de guerra a abandonar el Mar Territorial. Algunos Estados, como los Países Bajos, autorizan efectivamente el uso de la fuerza para hacer efectiva la expulsión⁴⁹³. Sin embargo, los Estados han sido bastante reticentes a usar la fuerza contra buques de guerra extranjeros en el Mar Territorial que no se encuentran en paso inocente, como lo ilustran décadas de práctica estatal de advertir, pero evitar atacar a los submarinos que se introducen en el Mar Territorial. La mayoría de los estudiosos sugieren que los pasos legales que los Estados ribereños pueden tomar para exigir a un buque de guerra extranjero que abandone el Mar Territorial no incluyen el uso de la fuerza, aunque, como acabamos de ver, este punto de vista no es universal⁴⁹⁴. Delupis considera el artículo 30 apropiado para los casos más leves de violaciones de las leyes y reglamentos del Estado ribereño, y se muestra partidario de la fuerza únicamente en los casos más graves⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² CHURCHILL, Robin R. y LOWE Alan V., *The Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 99. En este sentido, véase también O’CONNELL, D.P., *The International Law of the Sea*, Vol. 1, *op. cit.*, p. 297.

⁴⁹³ Véase ALONSO MARTÍNEZ, G., *El Derecho de Paso Inocente de los Buques de Guerra a través del Mar Territorial*, TFM del Máster en Derecho Internacional Público, Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 75 (http://eprints.ucm.es/22297/1/TFMGustavo_Alonso_Mart%C3%ADnez.pdf).

⁴⁹⁴ Véase a James Kraska en “The Kerch Strait Incident: Law of the Sea or Law of Naval Warfare?”, *Blog of the European Journal of International Law*, December 3, 2018, disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-kerch-strait-incident-law-of-the-sea-or-law-of-naval-warfare/> (consultado en septiembre de 2019). Véase también del mismo autor, uno de los primerísimos comentarios al pronunciamiento del TIDM “Did ITLOS Just Kill the Military Activities Exemption in Article 298?” en *Blog of the European Journal (...)*, *ibid.*, May 27, 2019, disponible en <https://www.ejiltalk.org/did-itlos-just-kill-the-military-activities-exemption-in-article-298/> (consultado en diciembre de 2019).

⁴⁹⁵ Véase DELUPIS, I., “Foreign Warships and Immunity for Espionage”, *American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, pp. 53, 73.

Si la fuerza es permisible debe cumplir necesariamente con los requisitos generales de necesidad y proporcionalidad⁴⁹⁶. Barnes sugiere que los Estados ribereños consideren primero otras medidas apropiadas, como la protesta diplomática, antes de recurrir a la fuerza⁴⁹⁷. Precisamente, en el *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar determinó que una de las tres circunstancias pertinentes a tratar (para determinar si la controversia se refería a actividades militares en virtud del apartado b) del párrafo 1 del artículo 298 de la CNUDM)⁴⁹⁸ era el recurso a la fuerza por parte de Rusia para proteger sus derechos (las otras dos circunstancias se referían al régimen de navegación aplicable y al derecho del Estado ribereño ruso que se aplica en el Estrecho de Kerch). A este respecto, el Tribunal estimó que “what occurred appears to be the use of force in the context of a law enforcement operation rather than a military operation”⁴⁹⁹. Sin embargo, el Tribunal no legitima el uso de la fuerza y sentencia que “any action affecting the immunity of warships is capable of causing serious harm to the dignity and sovereignty of a State and has the potential to undermine its national

⁴⁹⁶ Véase en este sentido BARNES, Richard A., “Article 30”, *op. cit.*, p. 247; ALONSO MARTÍNEZ, G., *op. cit.*, pp. 73-75. Véase también ESPALIÚ BERDUD, C. y CASADO RAIGÓN, R., “El paso inocente de buques de guerra extranjeros por mar territorial: alcance del régimen de la CNUDM”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 57, n.º. 2, 2005, pp. 777-798.

⁴⁹⁷ BARNES, Richard A., “Article 30”, *ibid.*

⁴⁹⁸ *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, *op. cit.*, párrafo 67, p. 18.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 74, p. 20. “The (aforementioned) circumstances of the incident on 25 November 2018 suggest that the arrest and detention of the Ukrainian naval vessels by the Russian Federation took place in the context of a law enforcement operation”. *Ibid.*, párrafo 75. “The subsequent proceedings and charges against the servicemen further support the law enforcement nature of the activities of the Russian Federation. The servicemen have been charged with unlawfully crossing the Russian State border and the Russian Federation has invoked article 30 of the Convention, entitled “Non-compliance by warships with the laws and regulations of the coastal State”, to justify its detention of the vessels”. *Ibid.*, párrafo 76. En este sentido, el Tribunal “notes that the FSB Press Service stated that [t]he border patrol ships *Don* and *Izumrud* started following the group of Ukrainian naval ships and communicated to them an order to stop (in accordance with Article 30 of the UN Convention on the Law of the Sea of 1982 and Article 12(2) of Federal Law 155 dated July 31, 1998 ...)”. *Ibid.*, párrafo 41.

security”⁵⁰⁰. En este sentido, Kraska que “[t]aking at face value the Russian claim that the Ukrainian ships were not in innocent passage, Russia had no legal basis to assert jurisdiction over foreign sovereign immune naval ships, let alone shoot at them. In any event, Russia’s insistence that it took lawful measures against ships that were not in innocent passage ignores the more compelling legal regime – the law of naval warfare”⁵⁰¹. Tal y como expresa este autor “even the Tribunal recognized that the line between law enforcement and military activities has blurred (...)”⁵⁰². Rob McLaughlin se pregunta si a nivel práctico es (en última instancia) lógico (o aceptable para los Estados) que un acto que es potencialmente caracterizable como un “ataque armado” en referencia al artículo 51 de la Carta (uno de los tipos de conducta indebida más graves reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, y que pone en juego las opciones de respuesta más graves permitidas, incluido el uso de la fuerza) “could simultaneously also be characterized as merely a law enforcement matter relating to navigation under UNCLOS. I know that such characterisation disconnects between and across legal analytical paradigms are not uncommon, but on something with such significant consequences as incidents of this type – use of force between and against sovereign agents and vessels – should we not be trying to encourage coherence rather than divergence?”⁵⁰³

⁵⁰⁰ *Ibid.*, párrafo 110.

⁵⁰¹ KRASKA, J., “Did ITLOS Just Kill the Military Activities Exemption in Article 298?”, *op. cit.* El párrafo 33 del voto particular del juez Gao afirma que, después de que el Tribunal dictaminara en el caso *ARA Libertad* “that a warship is an expression of the sovereignty of the State whose flag it flies”, el hecho de que Rusia haya disparado contra buques de guerra ucranianos equivale, por tanto, a un uso de la fuerza contra la soberanía de Ucrania, y lo sitúa “well within” del ámbito de las actividades militares. *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, *op. cit.*, Separate opinion of judge Gao to the Order of the Tribunal, párrafo 33. Disponible en

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_26/C26_O25.05_SO_ZG.pdf (última consulta en marzo de 2020).

⁵⁰² KRASKA, J., “Did ITLOS Just Kill the Military Activities Exemption in Article 298?”, *ibid.*

⁵⁰³ McLAUGHLIN, R., Comment en KRASKA, J., “Did ITLOS Just Kill the Military Activities Exemption in Article 298?”, *ibid.*, 28 de mayo de 2019.

En cuanto al obstáculo a la inmunidad que supone el uso de la fuerza en el contexto del artículo 30, cobra especial relevancia la práctica de los Estados en respuesta a la intrusión de submarinos extranjeros sumergidos en el Mar Territorial o las Aguas Interiores. La información pública sobre la práctica de los Estados en este sentido es bastante limitada. Sin embargo, tal y como advierte Mahmoudi, no hay duda de que esas violaciones tienen lugar. En lo que respecta a los Estados nórdicos, se han registrado varios casos de intrusión en Noruega, Finlandia y, en particular, en Suecia. La práctica de Suecia a este respecto en los últimos cuatro decenios es de particular importancia debido a la frecuencia de los incidentes notificados. Además, la información sobre el momento, el lugar y la naturaleza de esas intrusiones y las respuestas de las fuerzas armadas suecas es hasta cierto punto pública. Por ello, a continuación, nos referiremos al caso de Suecia⁵⁰⁴. La cuestión de la inmunidad de los submarinos fue una de las cuestiones jurídicas fundamentales que se debatió intensamente en relación con el incidente del U-137 y otras presuntas intrusiones submarinas en años posteriores⁵⁰⁵. En casi todos los

⁵⁰⁴ Véase MAHMOUDI, S., "Use of Armed Force against Suspected Foreign Submarines in the Swedish Internal Waters and Territorial Sea", *op. cit.*, pp. 585-586. Para una recopilación de esos incidentes y una explicación exhaustiva de los hechos, véase la publicación del Gobierno de Suecia "Statens offentliga utredningar", *Swedish Public Inquiries* or *SOU – SOU*, vol. 85, nº. 1, 2001, pp. 291-293 (citada por Mahmoudi, *ibid.*). A luz del artículo 20 de la CNUDM, la presencia de submarinos sumergidos en el Mar Territorial de un Estado extranjero es una violación del derecho internacional. A este respecto, Mahmoudi señala que: "One questionable view that may be a reflection of the unofficial position of the United States is that neither customary international law nor the LOSC forbids submerged navigation of submarines in foreign territorial seas. According to the same view, the LOSC does not regulate intelligence activities including collection of intelligence by submerged submarines in foreign territorial seas." Mahmoudi, *ibid.* Véase también KRASKA, J., "Putting Your Head in the Tiger's Mouth: Submarine Espionage in Territorial Waters", *op. cit.*, p. 227.

⁵⁰⁵ Se ha informado de posibles intrusiones de submarinos extranjeros en Suecia desde mediados de la década de 1950. Sin embargo, fue el célebre caso denominado *Whiskey on the Rocks*, es decir, el submarino soviético de clase Whiskey S-363, más conocido como U-137, el que inició lo que los medios de comunicación denominaron "submarine hunts" en Suecia. El U-137 encalló en la bahía de Gäsefjärden, en las profundidades de las Aguas Interiores suecas y muy cerca de la base militar de Karlskrona en el sur de Suecia, el 27 de octubre de 1981. Para un análisis exhaustivo de los detalles de la intrusión véase KRASKA, J., "Putting Your Head in the Tiger's Mouth: Submarine Espionage (...)", *ibid.*, pp. 193-195. A diferencia de este caso, en

casos notificados, la Armada sueca ha respondido persiguiendo y atacando a los submarinos sospechosos con cargas de profundidad, aumentando las patrullas, así como mediante minas y vigilancia electrónica. Sin embargo, recalca Mahmoudi que “no hits or casualties have ever been recorded”⁵⁰⁶. Entre 2011 y 2015, se han producido varias intrusiones no confirmadas. La más importante fue en octubre de 2014. Entre el 15 y el 24 de octubre, las fuerzas armadas suecas llevaron a cabo una amplia operación en el archipiélago de Estocolmo, y el 14 de noviembre se anunció oficialmente que, sin duda, había habido una intrusión submarina en el mar territorial sueco⁵⁰⁷. En el incidente del U-137 una de las posiciones de los comentaristas suecos era que, en un caso de grave violación de la integridad territorial del Estado ribereño, la

el que se estableció fácil y rápidamente la identidad del buque, la identidad de otros presuntos intrusos submarinos extranjeros no se ha establecido oficialmente hasta ahora, salvo en un caso. En 1990, un submarino de Alemania occidental se encontraba en Aguas Interiores de Suecia, en las afueras del puerto de Simrishamn. El submarino, tras ser localizado y contactado por la Armada sueca, informó que la violación se debía a una navegación equivocada. El Gobierno de Alemania occidental expresó sus disculpas por vía diplomática. Véase al respecto MAHMOUDI, S., “Use of Armed Force against Suspected Foreign Submarines (...)”, *op. cit.*, p. 586. Advierte Mahmoudi que en varias ocasiones similares, los medios de comunicación especularon que los supuestos submarinos intrusos pertenecían a países de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). Sin embargo, esto nunca ha sido confirmado formalmente. MAHMOUDI, S., *ibid.* La especulación ordinaria en Suecia ha sido que esas intrusiones en el Mar Báltico son atribuibles a la Unión Soviética/Federación Rusa. Así pues, tras el incidente del U-137, el Gobierno sueco creó una Comisión -la Comisión de Submarinos- en octubre de 1982 para investigar las operaciones de submarinos extranjeros en aguas suecas. La Comisión estaba encabezada por el ex Ministro de Defensa de Suecia, Sven Andersson. En su informe, publicado en 1983 (*SOU, op. cit.*, vol. 13, 1983), se afirmaba que se habían producido numerosas intrusiones soviéticas en las Aguas Interiores de Suecia. No obstante, otras dos Comisiones de Submarinos continuaron el estudio y publicaron informes en 1995 (*SOU, ibid.*, vol. 135, 1995) y 2001 (*SOU, ibid.*, vol. 85, 2001) en los que se indicaban que ninguna nación era responsable de las intrusiones, centrándose más en otras cuestiones como “por qué” y “en qué medida”. MAHMOUDI, S., *ibid.*

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 587. Véase también FROMAN, F. D., “Unchartered waters: non-innocent passage of warships in the territorial sea”, *San Diego Law Review*, vol. 21, n. 3, 1984, pp. 625-689.

⁵⁰⁷ Como resultado de este incidente y de las operaciones mencionadas, el Gobierno sueco estableció una nueva entidad, el Consejo de Política de Seguridad. Véase al respecto MAHMOUDI, S., *ibid.*

inmunidad de los submarinos podría erosionarse o perderse⁵⁰⁸. Otra posición mantenía en este caso, la inmunidad total; para estos otros autores, la inmunidad de la jurisdicción del Estado ribereño seguirá siendo válida incluso cuando se trate de actividades ilegales. No obstante, según esta opinión, el hecho de que la inmunidad continúe a pesar de las graves violaciones no impide que el Estado ribereño utilice la fuerza contra esas violaciones⁵⁰⁹. Lindholm y Delupis señalan que las normas de derecho internacional relativas a la inmunidad de los buques de Estado y las normas relativas al uso permitido de la fuerza para proteger la integridad territorial son dos conjuntos de normas distintas y no están en conflicto entre sí; funcionan a diferentes niveles⁵¹⁰. Pero ¿cuál es la naturaleza jurídica de la fuerza utilizada en casos de intrusión submarina? Según Delupis, en respuesta a las intrusiones ilegales, el Estado ribereño podía utilizar la fuerza proporcional en defensa propia⁵¹¹. Otro punto de vista se basaba en las dudas sobre la pertinencia de la legítima defensa según el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas para la cuestión del uso de la fuerza contra las intrusiones de los submarinos. Los defensores de este último punto de vista sostuvieron que el uso de la fuerza en respuesta a tal intrusión no es una respuesta a un ataque armado⁵¹². En este sentido, y al igual que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en su reciente pronunciamiento en el *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*⁵¹³, señala

⁵⁰⁸ Posición mantenida por Petrén y Bring. Véase PETRÉN, G., "Regeringen och ubåt 137 - en banbrytande folkrättsinsats?" ((El Gobierno sueco y el submarino 137 - Una contribución pionera al derecho internacional), *Svensk Juristtidning*, vol. 67, núm. 1, 1982, p. 648; BRING, O., "Immunitet och ubåtar än en gång" (Inmunidad y submarinos una vez más), *Svensk Juristtidning*, vol. 70, núm. 1, 1985, p. 72 (ambos autores citados por MAHMOUDI, S., *op. cit.*, p. 594).

⁵⁰⁹ MAHMOUDI, S., *ibid.*

⁵¹⁰ Véase LINDHOLM, RH., "Immunitet för spionerande ubåtar" (Inmunidad para los submarinos espías), *Svensk Juristtidning*, vol. 69, núm. 1., 1984, pp. 321-326; DELUPIS, I., "Foreign Warships and Immunity for Espionage", *op. cit.*, p. 74.

⁵¹¹ DELUPIS, I., "Foreign Warships and Immunity for Espionage", *ibid.*

⁵¹² MAHMOUDI, S., *op. cit.*, p. 595.

⁵¹³ *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, *op. cit.*, párrafo 74.

Mahmoudi, trayendo a colación a Bring, que “[t]his implies use of force as being an act of enforcement rather than of self-defence”⁵¹⁴. No obstante, hemos de tener presente que el incidente del U-137 tuvo lugar en Aguas Interiores suecas. En este sentido, Mahmoudi puntualiza que todo uso de la fuerza debe considerarse a la luz del artículo 30 de la CNUDM. Siguiendo a Nordquist *et al.*, el autor señala que el citado artículo limita las posibilidades del Estado ribereño a exigir únicamente que el buque que no cumpla con las normas abandone inmediatamente el mar territorial. Este es, por tanto, el único recurso de que dispone un Estado ribereño en tales casos. De este modo, señala que “[t]his may cause some doubts about the viability of the argument for the use of force directly against an unauthorized submarine submerged in the territorial sea.”⁵¹⁵ Sin embargo, indica que en el caso de las Aguas Interiores

⁵¹⁴ MAHMOUDI, S., *op. cit.*, p. 595. Véase BRING, O., “Immunitet och ubåtar än en gång”, *op. cit.*, p. 69. Señala Mahmoudi que “[t]he purpose in this context should be to force the intruding submarine to surface and be identified. In such a case, without engaging in the immunity argument, mere disclosure of the intrusion will lead to loss of face, which in many cases is an effective countermeasure.” *Ibid.*

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 590. Mahmoudi señala que según esta lectura del artículo 30 de la CNUDM “a coastal state that is a victim of repeated intrusions by foreign warships, not necessarily armed attacks but still threatening that state’s security, has to find options other than direct use of force.” *Ibid.*, p. 593. En 1968, por ejemplo, Estados Unidos afirmó que incluso si el buque espía USS *Pueblo* hubiera estado dentro del Mar Territorial de Corea del Norte en el momento en que fue capturado, su incautación habría sido inapropiada y constitutiva de una violación de su inmunidad soberana: “In the absence of an immediate threat of armed attack, the strongest action a coastal State may take is to escort foreign warships out of its territorial waters.” ALDRICH, George H., “Questions of International Law Raised by the Seizure of the U.S.S. *Pueblo*”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 63, 1969, p. 3 (citado por KRASKA, J., “Putting Your Head in the Tiger’s Mouth (...), *op. cit.*, p. 232). Este incidente se insertó en la oleada de incidentes internacionales entre no beligerantes que acaecieron en los años siguientes a 1950, en los que, tal y como documenta Gorina “threats and actual use of force took place. These incidents involved navy vessels engaged in commercial exploration and the gathering of intelligence information, though the governments to which the vessels belonged claimed the vessels were involved in purely scientific oceanographic research.” GORINA, M., “Scientific Missions at Sea: From Immunity to Suspicion”, *Maritime Studies*, vol. 1988, n.º. 4, 1988, p. 11. La incautación del USS *Pueblo* planteó la cuestión de si el acto hostil de Corea del Norte se justificaba como un acto de legítima defensa. Si bien el Departamento de Estado declaró que no había precedentes ni apoyo académico para avanzar que “a warship may be seized in self-defense to prevent it from making visual or electronic observation of a coastal

puede ser diferente. La presencia de buques extranjeros en las Aguas Interiores de un Estado está sujeta a la autorización de ese Estado, por lo que “[a]ny unauthorized presence of foreign submarines in this marine area is a violation of the coastal state’s territorial integrity and an intrusion that justifies any measure, presumably even armed force, by the coastal state”⁵¹⁶. Pero, tal y como destaca el autor, la CNUDM, tal vez comprensiblemente, guarda silencio sobre este asunto y deja la cuestión del uso de la fuerza a los principios generales pertinentes del derecho internacional⁵¹⁷. Pese a esta consideración, Mahmoudi señala que “state’s possible use of force as a response to intrusions of submarines should arguably be governed by the same principles as those applicable in the territorial sea”⁵¹⁸. Interesantes son las conclusiones del autor cuando señala que las consecuencias adversas de las actividades ilegales de un submarino extranjero en las Aguas Interiores o Mar Territorial de un Estado ribereño no son comparables con las consecuencias perjudiciales del espionaje de un diplomático extranjero contra el Estado anfitrión. Sin embargo, puntualiza que la respuesta ordinaria de los Estados a ese espionaje puede explicar por qué puede ser dudosa la legalidad del uso de la fuerza sin restricciones para destruir o hundir un submarino intruso. Independientemente de la pertinencia de las obligaciones de un Estado en materia de derechos humanos, “it seems to be more appropriate and legally defensible to use force only to the extent that the foreign submarine is forced to discontinue its illegal act in the same way

state” (“Sixty Third Annual Meeting of the American Society of International Law. Panel discussion on the *Pueblo* Seizure”, American Society of International Law. Annual Meeting: Proceedings, 62nd-63-rd, 1968-1968, pp. 2-6. Citada por Gorina, *ibid.*, p. 12), William Butler señaló que “the collection of certain data could render the coastal State defence establishment vulnerable”. BUTLER, William E., “The *Pueblo* Crisis: Some Critical Reflections”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 63, *op. cit.*, p. 12.

⁵¹⁶ MAHMOUDI, S., *op. cit.*, p. 590.

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 594.

that use of or threat of force functions to terminate an incident.”⁵¹⁹ Finalmente, concluimos la cuestión con el pronunciamiento del TIDM en el *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels*

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 599. Mahmoudi añade que “[t]his may even mean loss of life, which may be collateral and only to the extent that is absolutely necessary.” *Ibid.* Con respecto a las obligaciones de derechos humanos, hemos de señalar el Reglamento sueco adoptado en 1982, tras el incidente del U-137, titulado “Regulation on the Intervention of the Swedish Armed Forces in Case of the Violation of the Swedish Territory in Time of Peace and Neutrality”. Dicho reglamento ha sido revisado y actualizado en varias ocasiones; la última reforma, según nos consta en el momento de redacción de estas líneas, en marzo de 2016. Véase MAHMOUDI, S., *ibid.*, p. 591. Uno de esos cambios, aplicable a partir del 1 de julio de 1988, fue el de precisar las normas relativas a la intervención en las Aguas Interiores. En consecuencia, se debía impedir que el submarino intruso continuara sus actividades. Además, se podría utilizar incluso la fuerza que podría suponer un riesgo de hundimiento del submarino. De hecho, el Gobierno sueco decidió mediante este cambio permitir el uso de la fuerza sin restricciones contra submarinos extranjeros en Aguas Interiores, independientemente de las posibles muertes entre el personal militar extranjero, los daños al medio ambiente, el riesgo para terceras personas y, no menos importante, las consecuencias para las relaciones con la nación intrusa. Véase al respecto *Swedish Public Inquires or SOU – SOU*, vol. 85, 2001, *op. cit.*, p. 264. La versión más reciente del Reglamento dispone que se impedirá que un submarino extranjero que se encuentre sumergido en las Aguas Interiores de Suecia prosiga su actividad en ellas. Con este fin, se podrá recurrir a la fuerza armada sin previo aviso. De ser necesario, se podrán emplear incluso armas que entrañen el riesgo de hundir el submarino. Si el submarino sale a la superficie, será identificado y se llevará a un fondeadero para tomar medidas adicionales. Véase “Regulation on the Intervention of the Swedish Armed Forces in Case of the Violation of the Swedish Territory in Time of Peace and Neutrality” (n 25) § 15. El Reglamento también establece que si el submarino extranjero se encuentra sumergido en el Mar Territorial, se le exigirá que abandone este mar. Si es necesario, se recurrirá a la fuerza armada y en determinadas condiciones, sin previo aviso. *Ibid.* En el otoño de 2014 se introdujo un cambio significativo en un importante instrumento para la interpretación y aplicación del citado Reglamento. Este cambio se insertó en el Anexo 9 del Manual sobre el Reglamento, titulado *Armed Forces Handbook for Safeguarding Our Sovereignty and Territorial Integrity*. Véase *Svensk författningssamling* (Collection of the Swedish Legislative Acts or SFS) -SFS 2014:1213. Según este Manual, la posibilidad del uso de la fuerza contra intrusos extranjeros, que es objeto de un Reglamento del Gobierno, se limitó debido a las obligaciones de Suecia en materia de derechos humanos. Relata Mahmoudi que el cambio causó cierta confusión durante “the submarine hunt that followed only a few weeks later, in October 2014, when the Swedish Navy did not really know how far it was permitted to use armed force against the suspected intruding foreign submarines.” *Ibid.* El autor señala que los debates posteriores y los debates públicos sobre la vaga situación jurídica condujeron a una revisión del Manual, y en marzo de 2016 se publicó una nueva edición. En esta nueva edición se eliminó la referencia a los aspectos de los derechos humanos y su primacía jerárquica sobre el derecho a usar la fuerza. *Ibid.*

(*Ukraine v. Russian Federation*) cuando señala que las medidas adoptadas por la Federación de Rusia podrían perjudicar irreparablemente los derechos reclamados por Ucrania a la inmunidad de sus buques de guerra y de sus soldados si el tribunal arbitral del Anexo VII decide que esos derechos pertenecen a Ucrania⁵²⁰. En caso de controversia sobre la recopilación de información de un submarino, es probable, señala Kraska, que el Estado del pabellón del submarino invoque, además de la inmunidad soberana del buque de guerra, una excepción al proceso de solución de controversias⁵²¹. Cualquier Estado puede declarar tres tipos distintos de cuestiones fuera de los límites de la resolución obligatoria de controversias: actividades militares (art. 298(1)(b) CNUDM), controversias relativas a la interpretación o la aplicación de las disposiciones de la CNUDM con respecto a las actividades de investigación científica marina y las pesquerías (arts. 297(2)-(3) CNUDM, 298(1)(b) CNUDM y controversias de las que se ocupa el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (art. 298(1)(c) CNUDM). A este respecto señala Kraska que cada año Estados Unidos y otras fuerzas navales llevan a cabo numerosas misiones de “intelligence, surveillance, and reconnaissance (ISR)” en todos los océanos del mundo, reuniendo información sobre competidores y posibles adversarios. Algunos otros Estados han rechazado el derecho a realizar ISR, “claiming that such operations are not a lawful exercise of high seas freedoms in EEZ because they are tantamount to marine scientific research (MSR). Indeed, the U.S. Navy operates oceanographic survey and ocean surveillance special mission ships that employ some of the same equipment used by oceanographers

⁵²⁰ *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, *op. cit.*, párrafo 111. Señala Honniball que el resultado final (the Russian Coast Guard used force, first firing warning shots and then targeted shots. One vessel was damaged, servicemen were injured and the vessels were stopped and arrested. *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (...)*, *ibid.*, párrafo 73), “appears rather excessive, but it appear difficult to pinpoint the exact point at which steps taken by a coastal state to ensure a sovereign immune vessel to leave have become excessive.” HONNIBALL, Arron N., Comment en “The Kerch Strait Incident: Law of the Sea or Law of Naval Warfare?”, *op. cit.*, 5 de diciembre de 2018.

⁵²¹ KRASKA, J., “Putting Your Head in the Tiger’s Mouth (...)”, *op. cit.*, p. 244.

to study the oceans”⁵²². Así las cosas, prevee Kraska que según el pronunciamiento del TIDM en el *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels*⁵²³, “a future ITLOS could determine that these ISR activities constitute MSR rather than distinct from military activities that may be exempted from its jurisdiction under article 298, since surveys may be done by both naval vessels and civilian ships”⁵²⁴.

B. LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 31. “RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DEL PABELLÓN POR DAÑOS CAUSADOS POR UN BUQUE DE GUERRA U OTRO BUQUE DE ESTADO DESTINADO A FINES NO COMERCIALES”

La “excepción”⁵²⁵ presente en el artículo 31 de la Convención, dispone que los Estados de bandera “incurrirán en responsabilidad internacional por cualquier pérdida o daño que sufra el Estado ribereño como resultado del incumplimiento, por un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales, de las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial o de las disposiciones de esta Convención u otras normas de derecho internacional”. Sin embargo, este artículo no detalla el modo de responsabilidad, dejando que éste se determine mediante normas generales sobre la responsabilidad del Estado. Cabe destacar el artículo 304, que señala que: “Las disposiciones de esta Convención relativas a la responsabilidad por daños se entenderán sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes y del desarrollo de nuevas normas relativas a la responsabilidad en derecho internacional”⁵²⁶.

⁵²² KRASKA, J., “Did ITLOS Just Kill the Military Activities Exemption in Article 298?”, *op. cit.*

⁵²³ *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, *op. cit.*

⁵²⁴ KRASKA, J., “Did ITLOS Just Kill the Military Activities Exemption in Article 298?”, *op. cit.*

⁵²⁵ Véase ESPÓSITO MASSICCI, C., *op. cit.*, p. 345.

⁵²⁶ Esta norma hace referencia a los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que fueron finalmente adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001. Véase al respecto, CRAWFORD, J., PELLET, A., OLLESON, S. (Eds), *The*

En virtud del derecho internacional general, los actos de las fuerzas armadas son atribuibles al Estado⁵²⁷. Es posible que los buques de guerra actúen bajo el control de otro Estado u organización internacional como la OTAN, especialmente durante las operaciones de mantenimiento de la paz⁵²⁸ o de seguridad marítima. En principio, esas entidades pueden incurrir en responsabilidad⁵²⁹ por los actos de los buques de guerra cuando tienen un control efectivo sobre la conducta del buque⁵³⁰. Sin embargo, los tribunales han sido cautelosos al determinar que el Estado de la nacionalidad de las fuerzas armadas carece de control en situaciones

Law of International Responsibility, OUP, Oxford, 2010. McDORMAN resalta la relación del artículo 31 de la Convención con la disposición general contenida en este artículo 304. Véase McDORMAN, Ted L., "Sovereign Immune Vessels: Immunities, (...)", *op. cit.*, p. 96 (citado por Espósito Massicci, *op. cit.*, p. 345). En este mismo sentido, véase BARNES, Richard A., "Article 31", en PROELSS, A., *The United Conventions on the Law of the Sea (...)*, *op. cit.*, p. 249.

⁵²⁷ Véase Mexico/USA General Claims Commission, *Theodor Garcia and M. A. Garza (United Mexican States) v. United States*, 23 November 1926, RIAA IV, pp. 119, 132 (citada por Richard A. Barnes, "Article 31", *ibid*).

⁵²⁸ Sobre las operaciones de mantenimiento de la paz véase FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (Editor), *Peacekeeping: Global Perspectives, Challenges and Impacts*, Nova Science Publishers, Estados Unidos, 2018.

⁵²⁹ Sobre la atribución de un comportamiento a las organizaciones internacionales, véase el Capítulo II del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales preparado por la Comisión de Derecho Internacional y adoptado en segunda lectura en 2011. ILC, Report of the International Law Commission: Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, UN Doc. A/66/10 (2011), GAOR 66th Sess. Suppl., pp. 10, 54-68 (DARIO).

⁵³⁰ Véase BARNES, Richard A. ("Article 31", *op. cit.*) en apoyo de la resolución de admisibilidad del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Behrami c. Francia*, 71412/01, y *Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, 78166/01, paras. 132-141. Sobre esta resolución véase REY ANEIRO, A., "TEDH –Resolución de admisibilidad de 02.05.2007, Behrami y Behrami c. Francia, 71412/01, y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega, 78166/01 – Seguridad colectiva y derechos humanos – Responsabilidad por violaciones de derechos humanos por fuerzas de mantenimiento de la paz", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, núm. 30, 2008, pp. 520-521.

en las que son múltiples las entidades con control sobre una operación⁵³¹.

A diferencia del caso del artículo 31, que se aplica al paso en tránsito, al paso inocente en Aguas Archipelágicas y al paso por vías marítimas Archipelágicas, el artículo 30 no se aplica explícitamente a estos derechos de paso. Sin embargo, Klein sugiere que cuando un buque de guerra no cumple los requisitos de paso en tránsito (por ejemplo, no emprende un paso rápido e ininterrumpido) esto permitiría al Estado ribereño expulsar al buque de guerra del estrecho inmediatamente⁵³². Cabe señalar que esto no se establece específicamente en la CNUDM, aunque el párrafo 3 del artículo 38 precisa que “toda actividad” que no sea un ejercicio del derecho de paso en tránsito “quedará sujeta a las demás disposiciones aplicables de esta Convención”⁵³³. Por último, comentar en este sentido que no se hace ninguna observación respecto del poder de expulsión de un Estado ribereño cuando un buque de guerra en tránsito incumple sus leyes permitidas en virtud del artículo 42⁵³⁴.

2.2.2. ARTÍCULO 95. “INMUNIDAD DE LOS BUQUES DE GUERRA EN LA ALTA MAR”

A continuación, analizaremos los artículos 95 y 96 de la Convención, que constituyen las principales disposiciones de inmunidad de los buques soberanos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

El artículo 95 dice así:

⁵³¹ *Mustafic et al. c. the Netherlands*, Gerechtshof, Judgment of 5 July 2011, LJN: BR5386, disponible en: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#zoekverfijn/ljn=BR5386&so=Relevance> (Países Bajos), última consulta en marzo de 2020; *Nuhanovic c. Netherlands*, Gerechtshof, Judgment of 5 July 2011, ILR 153, 467 (Países Bajos) (citados por Richard A. Barnes en “Article 31”, *op. cit.*, p. 249).

⁵³² KLEIN, N., *Maritime Security and the Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 37.

⁵³³ Véase KLEIN, N., *ibid.*

⁵³⁴ Véase McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, p. 98.

“Los buques de guerra en la alta mar gozan de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón.”

Efectivamente el artículo 95 reconoce la condición de los buques de guerra como “an expression of the sovereignty of the State whose flag it flies”⁵³⁵, que normalmente⁵³⁶ son totalmente inmunes frente a la detención, el embargo o la ejecución (enforcement jurisdiction) por parte de los Estados extranjeros. Así pues, en Alta Mar, un buque de guerra no puede estar sujeto a ningún derecho de visita y registro (art. 110) o de persecución en caliente (art. 111)⁵³⁷.

El carácter consuetudinario de la norma en el presente artículo nunca ha sido puesto en duda⁵³⁸. En 1956 la CDI incluyó como artículo 32 dentro de su articulado sobre el derecho del mar, la siguiente disposición: “Los buques de guerra en la alta mar gozan de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su

⁵³⁵ Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, caso *ARA Libertad (Argentina v. Ghana)*, Medidas Provisionales, de 15 de diciembre de 2012, *op. cit.*, párrafo 94. En el *case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, el TIDM recuerda de nuevo esta declaración. El Tribunal observa que cualquier acción que afecte a la inmunidad de los buques de guerra es capaz de causar graves daños a la dignidad y soberanía de un Estado y tiene el potencial de socavar su seguridad nacional. En opinión del Tribunal, las medidas adoptadas por Rusia podrían perjudicar irreparablemente los derechos reclamados por Ucrania a la inmunidad de sus buques de guerra y de sus militares (...). Véase *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, *op. cit.*, párrs. 110-111.

⁵³⁶ GUILFOYLE, D., “Article 95”, en PROELSS, A., *The United Conventions on the Law of the Sea (...)*, *op. cit.*, p. 714.

⁵³⁷ Los Estados también pueden optar por no aplicar el sistema de solución de controversias de la CNUDM en lo que respecta a “las actividades militares, incluidas las actividades militares de los buques y aeronaves gubernamentales que prestan servicios no comerciales (art. 298. 1 b), *op. cit.* Cf. KRASKA, J., “Did ITLOS Just Kill the Military Activities Exemption in Article 298?”, *op. cit.* Sobre las actividades militares de los buques de guerra véase FRANCO GARCÍA, Miguel A., “Las actividades militares de los buques de guerra de terceros estados en los espacios marítimos de soberanía o jurisdicción del Estado ribereño”, *op. cit.*

⁵³⁸ Véase la Convención internacional de Bruselas de 1926, *op. cit.*

pabellón”⁵³⁹. La CDI consideró que esta era una norma de derecho internacional “generally accepted”⁵⁴⁰. Esta formulación fue adoptada como artículo 8 (1) de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar⁵⁴¹, y el presente artículo 95 de la Convención.

2.2.2.1. Excepciones

Bernard H. Oxman señala que “to exercise law enforcement jurisdiction against a foreign warship is in fact an attempt to threaten or use force against a sovereign instrumentality of a foreign State”⁵⁴², contrario a la prohibición general de la amenaza o el uso de la fuerza que figura en el derecho internacional consuetudinario y que se aclara en el artículo 301 de la Convención. Sin embargo, señala Guilfoyle, que este punto es controvertido⁵⁴³. Existen dos excepciones posibles a la sacralidad del artículo 95. La primera consiste en que un Estado puede renunciar a la inmunidad de su propio buque de guerra y a la jurisdicción exclusiva sobre él y permitir que otro Estado adopte medidas coercitivas respecto del buque o de las personas que se encuentren a bordo⁵⁴⁴. En este sentido, es interesante el comentario de Djibril a la sentencia del caso *ARA Libertad*. Este autor señala que, a diferencia del Tribunal Superior de Ghana, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, tras haber hecho caso omiso a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ) confió

⁵³⁹ “Report of the International Law Commission to the General Assembly: Articles Concerning the Law of the Sea”, UN Doc. A/3159, *Official Records of the General Assembly*, Eleventh Session, Supplement No. 9, 1956.

⁵⁴⁰ Véase el comentario al artículo 32 en “Report of the International Law Commission to the General Assembly: Articles Concerning the Law of the Sea with commentaries”, UN Doc. A/3159, *ibid*, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1956, p. 280.

⁵⁴¹ Como fue señalado, el artículo equivalente tanto de los artículos de la CDI como de la Convención sobre Alta Mar contenía una definición de buque de guerra que ahora se encuentra en el artículo 29.

⁵⁴² OXMAN, Bernard H., *op. cit.*, p. 815.

⁵⁴³ GUILFOYLE, D., “Article 95”, *op. cit.*, p. 716.

⁵⁴⁴ Véase O’CONNELL, Daniel, P., *The International Law of the Sea*, vol. II, *op. cit.*, pp. 736-737.

estrictamente en la CNUDM, aunque ésta no contiene una sección en la que se aborde directamente la cuestión de la renuncia a la inmunidad de ejecución en relación con los buques de guerra. El autor trae a colación el artículo 19 de la CNUIJ, que establece las condiciones para la adopción de medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes de un Estado, así como el artículo 21 b) de la misma Convención que prevé la inmunidad de ejecución de “los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares”, concluyendo que: “the ‘ARA LIBERTAD’ can be considered as such. (...), one may wonder why the ITLOS didn’t rely on such clear provisions to render its decision on NML-Argentina/Ghana dispute. While talking about this Convention (la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes), we may not lose focus on its binding force, better we might question or reject its customary character in international law for it is still young. Not only is the Convention yet in force, but it has relatively few adoptions to date; only twenty-eight states have signed and only eleven (actualmente 22) have ratified or acceded (...). These numbers fall far short of what is typically considered reliable evidence that a treaty reflects customary international law binding on nonparties to the treaty”⁵⁴⁵. Antes de que la causa llegara al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, ha de recordarse que el 2 de octubre de 2012, durante una visita oficial, la fragata *ARA Libertad* fue detenida en el puerto ghanés de Tema. Su arresto fue ordenado por el Juez Richard Adjei Frimpong, de la División Comercial del Tribunal Superior de Accra, en una solicitud de *NML* para ejecutar una sentencia contra Argentina obtenida en los tribunales de Estados Unidos. Después de consultar la CNUIJ de 2004, el juez ghanés consideró que la renuncia a la inmunidad contenida en los documentos sobre las condiciones de la emisión de los bonos, privaba efectivamente al buque de la inmunidad de ejecución. Sin embargo, una renuncia “must give a clear, complete, unambiguous and unmistakable manifestation of the sovereign’s intent to waive

⁵⁴⁵ *Ibid.*, pp. 8-9. Paréntesis añadido.

immunity”⁵⁴⁶ y la supuesta renuncia de Argentina adolecía de algunas ambigüedades. Además, asumiendo que efectivamente los mencionados documentos establecieran el consentimiento de Argentina a someterse a la jurisdicción, su consentimiento para las medidas de ejecución todavía era necesario, aparte de la inmunidad *per se* que el artículo 21 CNUIJ confiere a los bienes militares no comerciales. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar ignoró completamente la cuestión de la supuesta renuncia de Argentina a la inmunidad soberana. Compartimos el parecer de Djibril cuando concluye al respecto que: “this cautionary behavior of the tribunal may be understood on the sense that it does not want to make the same mistake like the Ghanain Hight Court by relying on the 2004 UNSCI since none of the disputing State ratified this Convention. Obviously, this consideration may justify the ITLOS’s reluctance to rely on that Convention. The reliance on a treaty which hasn’t a binding force by the Tribunal can be considered as a wasting time and may lead to considerable fault since one could be doubtful about the credibility of its decision. Even if implied consent to waiver is posible according to a few legal documents, the tribunal has played a wise role in skipping this issue”⁵⁴⁷.

En segundo lugar, si la tripulación de un buque de guerra se amotina y lo utiliza para llevar a cabo ataques piratas, pierde su inmunidad (*véase* art. 102 CNUDM) y puede ser incautado (*véase* art. 105 CNUDM)⁵⁴⁸.

Además, el artículo 42 (5) de la CNUDM abarca la responsabilidad internacional del Estado del pabellón por cualquier pérdida o daño a los Estados ribereños de un estrecho causado por un buque o una aeronave con derecho a inmunidad soberana que actúe de manera contraria a las leyes y reglamentos de los Estados ribereños de los estrechos que rigen

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁴⁸ GUILFOYLE, D., “Article 95”, *op. cit.*, p. 716.

el paso en tránsito por los estrechos utilizados para la navegación internacional, o contraria a otras disposiciones de la Parte III⁵⁴⁹.

2.2.3. ARTÍCULO 96. “INMUNIDAD DE LOS BUQUES UTILIZADOS ÚNICAMENTE PARA UN SERVICIO OFICIAL NO COMERCIAL”

El artículo 96 de la Convención es del tenor literal siguiente:

“Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial tendrán, cuando estén en la alta mar, completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón.”

La elección de la redacción parece⁵⁵⁰ inspirada en el anterior derecho de los tratados en materia comercial. El Convenio internacional de Bruselas de 1926 sometió a todos los buques de propiedad gubernamental a “las mismas reglas de responsabilidad y a las mismas obligaciones” que los buques privados⁵⁵¹, con la excepción de “los buques pertenecientes al Estado o explotados por él y utilizados en el momento en que se produzca la causa de la acción exclusivamente para un servicio oficial no comercial”⁵⁵². Así pues, la Convención de Bruselas clasificó los buques marítimos con derecho a inmunidad “no en función de la propiedad, sino en función de la naturaleza de su explotación o de su utilización, ya sea en servicio *gubernamental y no comercial* o en servicio *comercial*”⁵⁵³.

La CDI, en sus artículos relativos al Derecho del Mar, adoptó un enfoque más amplio y habría concedido inmunidad a todos los buques de propiedad gubernamental, incluidos los que prestan servicios

⁵⁴⁹ Véase NORDQUIST, Myron H., NANDAN, Satya N. y ROSENNE, S. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (...)*, op. cit., vol. III, 1995, p. 156.

⁵⁵⁰ Véase al respecto GUILFOYLE, D., “Article 96”, op. cit., p. 717.

⁵⁵¹ Art. 1 Convención Internacional de Bruselas de 1926, op. cit.

⁵⁵² Art. 3 Convención Internacional de Bruselas de 1926, op. cit.

⁵⁵³ Véase el párrafo (5) del comentario al artículo 16 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Parte II, 1991, p. 51.

comerciales⁵⁵⁴. No obstante, al redactar la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Alta Mar, se prefirió⁵⁵⁵ el modelo de la Convención internacional de Bruselas. El artículo 9 de la Convención de Ginebra sobre Alta Mar establece: “Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él, y destinados exclusivamente a un servicio oficial no comercial, gozarán, cuando estén en alta mar, de una completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su bandera”⁵⁵⁶. Esta redacción se mantuvo en el artículo 96⁵⁵⁷, a pesar de que la Unión Soviética, entre otros Estados, sugirió que dicha inmunidad se aplicara a todos los buques gubernamentales⁵⁵⁸. No obstante, y en cuanto a la actitud de la Unión Soviética, en las Observaciones sobre los artículos provisionales referentes al régimen de Alta Mar transmitidas por la Misión Permanente de los Países Bajos en las Naciones Unidas, por carta de fecha 16 de marzo de 1956, se puede leer: “En opinión del Gobierno

⁵⁵⁴ “Although aware of the objections to the granting of immunity to merchant ships used on government service [...] the Commission held that, as regards navigation on the high seas, there were no sufficient grounds for not granting to State ships used on commercial government service the same immunity as other State ships [from the exercise of powers by foreign States].” Véase el comentario al artículo 33 en “Report of the International Law Commission to the General Assembly: Articles Concerning the Law of the Sea with commentaries”, UN Doc. A/3159, 1956, *op. cit.*

⁵⁵⁵ Cf. Art. 3 Convención Internacional de Bruselas de 1926, *op. cit.* Véase al respecto GUILFOYLE, D., “Article 96”, *op. cit.*, p. 718.

⁵⁵⁶ Un lenguaje similar se utilizó en el artículo I (2) del Convenio de Intervención de 1969, *op. cit.*

⁵⁵⁷ La frase “pertenecientes a un Estado o explotados por él” debe interpretarse en sentido amplio. Ya se comentó, en relación con el artículo 32 de la Convención, que estas palabras parecen ser tomadas de la Convención internacional de Bruselas de 1926. La CDI en su Proyecto de Artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes señala que: “La expresión «Estado que... explote un buque» abarca también la «posesión», el «control», la «gestión» y el «fletamento» de buques por un Estado, ya sea fletamento por tiempo, por viaje, a casco desnudo u otro.” (Recuérdese en el mismo sentido, el artículo I del Protocolo adicional de 1934 a la Convención internacional de Bruselas). Véanse los párrafos (2), (5), (6) y (7) del comentario al artículo 16 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, p. 51. Paréntesis añadido.

⁵⁵⁸ NORDQUIST, Myron H., NANDAN, Satya N. y ROSENNE, S. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (...)*, *op. cit.*, vol. III, p. 159.

de los Países Bajos, no existe ningún motivo para asimilar los buques del Estado explotados con fines puramente comerciales a buques de guerra, en lo que toca a la inmunidad de jurisdicción. Siguiendo la tendencia general del derecho internacional, la inmunidad de los Estados no se reconoce cuando actúan con carácter privado. (...). *Otros Estados, como la Unión Soviética, han concertado tratados bilaterales en los que se reconoce el principio de una inmunidad limitada.* Además, como en algunos países el comercio marítimo está en manos de empresas propiedad del Estado, el principio de la inmunidad ilimitada favorecería principalmente a esos Estados. Por estos motivos, el Gobierno de los Países Bajos propone, de acuerdo con el Tratado de Bruselas, que se sustituyan las palabras “a un servicio oficial” por las palabras “a un servicio oficial y no comercial”, como finalmente se hizo⁵⁵⁹.

En particular, las disposiciones de la Convención sobre la inmunidad de los buques de Estado en el Mar Territorial se refieren a “buques de Estado destinados a **fines** no comerciales” (artículo 32), mientras que el artículo 96 se refiere a los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para “un **servicio** oficial no comercial”. Este uso inconsistente⁵⁶⁰ de términos se produjo por primera vez en los artículos de la CDI relativos al Derecho del Mar: artículos 22 y 23 sobre las inmunidades en el Mar Territorial, que se refieren a los buques de Estado utilizados con “fines” comerciales o no comerciales, mientras que el artículo 33 se refería a los buques en “servicio” oficial con respecto a la jurisdicción en Alta Mar⁵⁶¹. No existen evidencias de que se pretendiera ninguna diferencia de significado⁵⁶². En su práctica

⁵⁵⁹ Véanse las citadas observaciones de los Países Bajos en “Observaciones de los gobiernos sobre los artículos provisionales relativos al régimen de Alta Mar y sobre el proyecto de artículos relativos al régimen del mar territorial”, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en su séptimo período de sesiones, celebrado en 1955, Documento A/CN.4/99 y Add. 1 a 9, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1956, p. 69. *Cursiva añadida.*

⁵⁶⁰ GUILFOYLE, D., “Article 96”, *op. cit.*, p. 718.

⁵⁶¹ Véanse tales artículos en “Report of the International Law Commission to the General Assembly: Articles Concerning the Law of the Sea with commentaries”, UN Doc. A/3159, 1956, *op. cit.*, pp. 276 y 280.

⁵⁶² GUILFOYLE, D., “Article 96”, *op. cit.*, p. 718.

posterior, cuando se discutían las inmunidades jurisdiccionales de los buques propiedad de un Estado, la CDI tendía a usar los términos “servicio” y “finés” indistintamente⁵⁶³.

2.2.3.1. Contenido

Las palabras “oficial no comercial” del artículo 96 de la CNUDM constituyen un binomio probatorio estricto. En la simple redacción de este artículo, cualquier uso comercial de un buque lleva aparejada la pérdida de su inmunidad⁵⁶⁴. Es decir, la palabra “únicamente” indica que si, un buque se utiliza para un servicio comercial y no comercial simultáneamente, entonces el artículo no se aplica. Esto podría abarcar el caso de un buque perteneciente a un Estado que actualmente es operado por una entidad comercial privada. Señala Guilfoyle que se trata de un “more restrictive test that which is applied in some national courts in commercial cases”⁵⁶⁵. El autor trae a colación la jurisprudencia del Reino Unido basada en la ya citada sección 10 de la State Immunity Act e indica que (dicha jurisprudencia) contiene una “*de minimis exception*”⁵⁶⁶ para la actividad comercial. Sin embargo, existe una considerable práctica estatal en los casos de inmunidad, que apoya el estricto enfoque aparentemente adoptado en el artículo 96⁵⁶⁷. La Ley española de Inmunidades aún en un solo artículo las inmunidades de buques de guerra y buques de Estado: “Salvo que por acuerdo entre los Estados

⁵⁶³ Véanse los párrafos (2), (5), (6) y (7) del comentario al artículo 16 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, p. 51. Hay que señalar a este respecto que “un miembro expresó (también) reservas acerca del empleo de la palabra «servicio» en el párrafo 2 (artículo 16), declarando que debía sustituirse por la palabra «finés», como en el párrafo 1; dado que el párrafo 2 constituye una disposición consiguiente al párrafo 1, sería confuso utilizar diferentes términos para esas disposiciones correspondientes”. Esta propuesta fue rechazada. *Ibid.*, párrafo 11, p. 56. Véase GUILFOYLE, D., “Article 96”, *op. cit.*

⁵⁶⁴ Cf. art. 3 (1) de la Convención internacional de Bruselas.

⁵⁶⁵ GUILFOYLE, D., “Article 96”, *op. cit.*, p. 719.

⁵⁶⁶ Véase a GUILFOYLE, D., *ibid.*, citando a Andrew Dickinson, Rae Lindsay y James P. Loonam en *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, 2004, p. 382.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

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” (Art. 30). Por tanto, se refiere únicamente a los buques de Estado, no los acompaña de la referencia “utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial”. Si bien con este artículo los jueces españoles se ahorrarán el ejercicio de determinar el contenido del derecho internacional convencional y consuetudinario para afirmar la inmunidad de buques de guerra y buques de Estado, por supuesto, tal y como expone Espósito Massicci, “el análisis de la costumbre y los tratados internacionales (en este supuesto, el artículo 96 de la Convención) y el resto de las normas del ordenamiento jurídico español seguirá siendo necesario para determinar el derecho aplicable al caso concreto”⁵⁶⁸.

La pregunta crítica es, por tanto, cómo se debe probar la utilización del buque para un servicio comercial. Como se vio, la prueba habitual en el derecho internacional público supone distinguir entre las actividades del Estado extranjero en atención a que este opere bien con *imperium*, esto es, como soberano que realiza actos en el ejercicio del poder público (actos *iure imperii*), bien que actúe como cualquier otra persona jurídica podría actuar y sus actos estén sometidos a normas de derecho privado y no a cláusulas exorbitantes de Derecho público (actos *iure gestionis*). Y la consecuencia es que se admitirán las inmunidades jurisdiccionales respecto a los actos *iure imperii*, denegándose en cambio en el caso de los actos *iure gestionis*. Incluso si un buque está comerciando para un fin o servicio oficial, ello no exime a sus actos de un carácter comercial. Sin embargo, tal y como señala Fox, entre otros, “it has proved difficult to find a workable criterion, particularly for borderline cases, by which to distinguish a commercial transaction from one in the course of sovereign authority”⁵⁶⁹. Señalan Vargas y Rodríguez-Weil que constituye así

⁵⁶⁸ Véase ESPÓSITO MASSICCI, C., “Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estados extranjeros”, *op. cit.*, pp. 348-349.

⁵⁶⁹ FOX, H., “International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States en EVANS, Malcom D. (Ed.), *International Law*, 3ª ed., 2010, pp. 336, 355 (citada por

el gran reto de la inmunidad restringida, puesto que no existe un criterio universalmente aceptado para ello, sino varios, entre los cuales destacan principalmente dos: de un lado, el de la naturaleza del acto, caracterizando un determinado contrato o transacción como mercantil; criterio frecuentemente utilizado en las leyes internas. De otro, el criterio de la finalidad del acto, para atender al objetivo perseguido por el Estado con el contrato o transacción y de este modo a la función que ha ejercido⁵⁷⁰. La principal crítica al criterio de la finalidad del acto reside en la ambigüedad que se presenta al valorar cuándo un acto tiene una finalidad pública o no, lo que ha generado cierta inclinación al criterio de la naturaleza del acto⁵⁷¹. Díez de Velasco ha señalado que “es un criterio de aplicación delicada porque, en última instancia, cualquier tipo de actividad puede relacionarse con una finalidad pública más o menos remota. Ya se ha visto con qué facilidad el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto del *Pesaro* había detectado una finalidad pública en un contrato de transporte de mercancías”⁵⁷². Por su parte, indica Remiro Brotons que “lo más apropiado es atender a la propia naturaleza del acto, debiendo reconocerse inmunidad al Estado extranjero únicamente cuando el acto tenga naturaleza pública, lo que se determina, atendiendo a la jurisprudencia de los tribunales, cuando el Estado actúa en la esfera del Derecho público, ejerciendo —o pudiendo ejercer— prerrogativas de poder público; por el contrario, el acto tendrá naturaleza privada cuando el Estado actúa en el marco de una relación de Derecho privado. Otro modo de aplicar el criterio que nos ocupa consiste en distinguir los actos que solamente puede realizar el Estado de aquellos que pueden ser

D. Guilfoyle, “Article 96”, *op. cit.*). En el mismo sentido, subraya Díez de Velasco que la dificultad principal se encuentra en la calificación en un caso concreto del acto del Estado para encuadrarlo dentro de uno u otro tipo (actos *iure imperii* o actos *iure gestionis*). DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, p. 330.

⁵⁷⁰ VARGAS, J. C. y RODRÍGUEZ-WEIL, E., “La inmunidad de jurisdicción y ejecución de las organizaciones internacionales: un tema antiguo con relevancia actual”, *op. cit.*, p. 518.

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, p. 330.

objeto de iniciativas particulares”⁵⁷³. Resalta Gutiérrez Espada el hecho de que la jurisprudencia al no haber sido capaz de determinar con claridad, por medio de un criterio general o abstracto, los límites precisos de la inmunidad de jurisdicción ha dado lugar a la tendencia de la práctica en los últimos años de enumerar, directamente, los actos que se consideran de gestión y en los que, por tanto, no puede hacerse valer la inmunidad de jurisdicción; así lo hace, por ejemplo el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados de 1972 (artículos 4, 5, 9-11). Esta misma tendencia se ha consolidado en la Convención sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes de 2004, cuya Parte III (artículos 10-17) recoge los “procesos en que la inmunidad de jurisdicción no se puede hacer valer”⁵⁷⁴. Hay que advertir en este sentido, el paralelismo que guarda la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades de los Estados con la LO 16/2015. Esta Convención “ha preferido retener ambos criterios (*naturaleza y finalidad del acto*) aún dando preferencia al primero” en su artículo 2.2⁵⁷⁵. En *The Akademik Fyodorov: Government of the Russian Federation v Marine Expeditions Inc*, el tribunal sostuvo que las definiciones de una “commercial transaction” en la Sección 4 de la *Foreign States Immunities Act* (FSIA) de Sudáfrica (1981) difieren del significado de las palabras “in use or intended for use for commercial purposes” de la Sección 14(3) de la misma, ya que las primeras plantean un criterio objetivo basado en la naturaleza o el carácter de una transacción, contrato o actividad concreta sin referencia a la finalidad con la que se celebró o se llevó a cabo, mientras que las segundas plantean un criterio de la finalidad para la que se utilizó o para la que se pretendía usar el bien, lo que introduce un criterio subjetivo relativo a los fines o intenciones del Estado extranjero⁵⁷⁶. En este caso, el

⁵⁷³ REMIRO BROTONS, A. en REMIRO BROTONS, A., y RIQUELME, R., ORIHUELA, E., DIEZ-HOCHLEITNER, J., PÉREZ-PRAT, L., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 1036.

⁵⁷⁴ Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La adhesión española (2011) (...)”, *op. cit.*, pp. 148 y 154.

⁵⁷⁵ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Sistema de Derecho Internacional Público*, Civitas, Navarra, 5ª ed., 2018, p. 81.

⁵⁷⁶ Véase *The Akademik Fyodorov*, Sudáfrica, 1996, *op. cit.*, 447F.

Gobierno de la Federación de Rusia presentó una solicitud de anulación de la orden de detención del *Akademik Fyodorov*, que se encontraba atracado en el puerto de Ciudad del Cabo. El hecho de que el buque gozara de inmunidad dependía, señaló el tribunal: “upon the nature and purpose of the voyages to the Antarctic in which it was engaged”⁵⁷⁷. El tribunal advirtió que el buque realizó viajes con el propósito de la investigación polar y el apoyo logístico a las bases de investigación Antárticas Rusas, así como para llevar a cabo una misión conjunta entre los Gobiernos de Rusia y Alemania para la investigación meteorológica científica y la labor ecológica y ambiental en la Antártida en el marco de un acuerdo entre los Estados, de conformidad con las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo de Madrid de 1991. El Gobierno de Rusia no obtuvo ningún beneficio comercial de estos viajes del *Akademik Fyodorov*. Se trató de un uso del buque por el Gobierno ruso en una empresa y actividad pública del Estado que no tiene el carácter de participar en el comercio o la actividad comercial privada⁵⁷⁸. En contraste, el tribunal dictaminó en *KJ International & Others v MV Oscar Jupiter (Compania de Navigatie Maritime “Romline” SA & Others Intervening)*⁵⁷⁹ que un buque propiedad del Gobierno rumano no gozaba de inmunidad porque había sido fletado al gobierno moldavo para obtener un ingreso “by way of commercial enterprises, subject only to a modest charter fee”⁵⁸⁰. En *The Shipping Corporation of India Ltd c. Evidomon Corporation & Another*, el tribunal no pudo encontrar ningún fundamento para atravesar el velo corporativo y permitir el embargo de un buque propiedad de una filial de propiedad total del gobierno de la India para satisfacer una reclamación de pago de una parte del flete debido en virtud de un contrato de fletamento suscrito por el gobierno⁵⁸¹. A este

⁵⁷⁷ *Ibid.*, 448D.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, 448G-449A.

⁵⁷⁹ *KJ International & Others v MV Oscar Jupiter (Compania de Navigatie Maritime “Romline” SA & Others Intervening)*, 1998 2 SA 130 D 134J-135A.

⁵⁸⁰ *Oscar Jupiter, ibid.*, 137B.

⁵⁸¹ *The Shipping Corporation of India Ltd c. Evidomon Corporation & Another*, 1994 1 SA 500 A 566C-E.

respecto, en *The Akademik Fyodorov*, el tribunal dictaminó que la carga de la prueba corresponde a la parte que alega que una entidad no es un departamento de un gobierno extranjero⁵⁸². Con respecto a las entidades que son distintas de los órganos ejecutivos del gobierno de un Estado extranjero y que pueden demandar o ser demandadas, solo son inmunes a la jurisdicción de los tribunales sudafricanos si “(a) the proceedings relate to anything done by the separate entity in the exercise of sovereign authority; and (b) the circumstances are such that a foreign state would have been so immune” (Section 15(1) FSIA). En *Banco de Moçambique v Inter-Science Research and Development Services*, el tribunal tuvo en cuenta los principios tanto del derecho sudafricano como del derecho extranjero para determinar si el demandante era un departamento gubernamental. El tribunal explicó que: “South African law must decide upon the qualities which are necessary or sufficient to confer upon the applicant the status of a department or organ of government. However, (the foreign) law is relevant to the issue of whether the applicant in fact possesses those qualities”⁵⁸³.

Los Estados en desarrollo han impugnado históricamente la prueba del *iure imperii*, prefiriendo una prueba que se centra en los fines soberanos de los actos en cuestión. Según este criterio de los “fines soberanos”, los buques que transportan cargas comerciales en relación con la asistencia técnica o destinadas a fines como el de atender una situación de urgencia, deberían gozar de inmunidad⁵⁸⁴. En este sentido, un miembro de la CDI fue más allá y sugirió (en el debate posterior a la fecha de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) que: “en los países en desarrollo es el Estado el que realiza la mayor parte de las

⁵⁸² Véase *The Akademik Fyodorov*, *op. cit.*, 422 C 440C-D.

⁵⁸³ *Banco de Moçambique v Inter-Science Research and Development Services*, 1982 3 SA 330 T 335 E. Para un estudio de esta y las anteriores sentencias véase VRANCKEN, P. H. G., *South Africa and the Law of the Sea*, *op. cit.*, pp. 133-136.

⁵⁸⁴ Véase en este sentido a D. Guilfoyle (“Article 96”, *op. cit.*, p. 719) y Donald W. Greig (“Specific Exceptions to Immunity under the International Law Commission’s Draft Articles”, *op. cit.*). Véase también el párrafo (11) del comentario al artículo 16 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, p. 52.

actividades de desarrollo. El Estado es propietario de cierto número de buques explotados por sociedades paraestatales, que realizan actividades comerciales para promover el desarrollo. En tal caso, es difícil decir que esos buques, utilizados exclusivamente para fines comerciales, no pueden gozar de la protección proporcionada por la inmunidad jurisdiccional del Estado. No basta con identificar al buque: hay que identificar también la finalidad con la que el buque se utiliza, como lo señala el propio Relator Especial, que ha establecido un nexo directo entre el artículo 19 (actual artículo 16 de la CNUIJ constitutivo de la excepción a la inmunidad del Estado en el caso de los buques utilizados para un servicio comercial) y el artículo 12 (...). Entre los criterios enunciados en el informe debería mencionarse también que, además de los buques pertenecientes al Estado y utilizados para un servicio comercial oficial, hay buques que, incluso si no pertenecen al Estado, son utilizados para fines comerciales a fin de ayudar al desarrollo y deben también gozar de inmunidad”⁵⁸⁵.

Los artículos de la CDI relativos al Derecho del Mar establecen la inmunidad de los buques estatales sobre la base de que dichos buques “shall be assimilated to and shall have the same immunity as warships”⁵⁸⁶. No obstante, esta redacción fue sustituida por la frase

⁵⁸⁵ Véase al Sr. Balanda en “Summary Records of the Meetings of the 37th Session of the Commission”, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, párrafo 24, 1985, pp. 244-245. Paréntesis añadido. En cualquier caso, parece establecido en la jurisprudencia que cuando un buque “has been operated as an ordinary merchant ship earning freight by carrying cargoes”, no goza de ninguna inmunidad del Estado, incluso si tales actividades comerciales tienen por objeto aumentar los ingresos públicos. GUILFOYLE, D., “Article 96”, *op. cit.*, p. 719. Recuérdese en este sentido *The Philippine Admiral (Owners v. Wallem Shipping (Hong Kong) Limited and Another*, ILR 64 (1983), pp. 90, 109 (UK) (*op. cit.*) y *I Congreso del Partido*, England, 1981, (1983) 1 AC 244 (*op. cit.*). Véase también entre otros: Landgericht Bremen (District Court of Bremen), *In re The Charkow*, 21. December 1959, ILR 65 (1984), p. 100 (Germany); *USSR v ICC Handel Maatschappij* 1981, 1987, Netherlands Ct of Appeal, 87 ILR 103.

⁵⁸⁶ Véase artículo 33 en “Report of the International Law Commission to the General Assembly: Articles Concerning the Law of the Sea with commentaries”, *op. cit.*, p. 280. La Comisión subrayó que esta disposición “concerns only the immunity of ships for the purpose of the exercise of powers by other States, so that there is no question of granting to ships that are not warships policing rights over other ships, exercisable under international law only by warships” (véase artículos 107 y 110). *Ibid.* Véase GUILFOYLE, D., “Article 96”, *op. cit.*, p. 720.

“completa inmunidad” en la Convención sobre Alta Mar, presumiblemente por coherencia con el lenguaje utilizado para definir la inmunidad de los buques de guerra⁵⁸⁷.

Se trata de la “completa inmunidad” frente a las medidas de detención, registro y/o arresto de un buque, su tripulación o el cargamento a bordo de buques de guerra extranjeros o de buques al servicio del gobierno⁵⁸⁸. La CDI concibió la inmunidad de los buques gubernamentales y de guerra en Alta Mar como una inmunidad del “exercise of powers by other States”⁵⁸⁹. Las palabras “completa inmunidad” también podrían entenderse como la inmunidad de jurisdicción de los tribunales extranjeros. Si esta era la intención, señala D. Guilfoyle que es notable advertir, en este sentido, la ausencia de adopción por la CDI de la frase completa que define a los buques con derecho a inmunidad en los procesos civiles del Convenio de Bruselas, es decir: “buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y afectos exclusivamente, *en el momento en que la causa de la acción se origine*, a un servicio gubernamental y no comercial”⁵⁹⁰. A este respecto, concluye el autor que la frase “completa inmunidad” únicamente pretende abarcar la “immunity from other States’ exercise of public powers (referred to above)”, ya que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no se considera, en general -como entre sus partes-, que haya sustituido a la Convención internacional de Bruselas de 1926; que presumiblemente sería el resultado

⁵⁸⁷ Véase a D. Guilfoyle (*ibid*) citando a Nordquist, Nandan y Rosenne en *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (...)*, *op. cit.*, vol. III, p. 162.

⁵⁸⁸ GUILFOYLE, D., “Article 96”, *ibid*.

⁵⁸⁹ Véase el párrafo primero del comentario al artículo 33 en “Report of the International Law Commission to the General Assembly: Articles Concerning the Law of the Sea with commentaries”, *op. cit.*, p. 280. Señala D. Guilfoyle que “such powers of enforcement jurisdiction are found in Arts. 105, 110 and 111 UNCLOS”. GUILFOYLE, D., *ibid*.

⁵⁹⁰ *Ibid*. Énfasis añadido por el autor. Cf. art. 3 Convención internacional de Bruselas. A este respecto, señala Guilfoyle que “Two views could be taken of the omission. First, that only immunity from other States’ exercise of public powers (referred to above) was intended to be covered. Second, that leaving out these words makes the provision more general than the Brussels Convention and they therefore cover both adjudicative jurisdiction and enforcement jurisdiction”. *Ibid*.

si ambos tratados tuvieran normas que abarcaran la misma materia (véase artículo 311. 2 CNUDM)⁵⁹¹. Sin embargo, en cualquier caso, un buque dedicado exclusivamente a un servicio oficial no comercial del Estado tendría inmunidad de jurisdicción de los tribunales extranjeros en virtud del derecho internacional general⁵⁹².

Se ha sugerido que la “completa inmunidad” para los buques inmunes soberanos en Alta Mar que se establece en los artículos 95 y 96 de la CNUDM, incluye la inmunidad de la jurisdicción prescriptiva de otros Estados (frente a la potestad legislativa de otros Estados)⁵⁹³. En Alta Mar, como resultado de la exclusividad de la jurisdicción del Estado del pabellón sobre un buque, todos los buques, incluidos los buques inmunes soberanos, son “inmunes” a la jurisdicción prescriptiva de otros Estados, excepto cuando en virtud de un tratado, existan obligaciones en sentido contrario. Pero la situación es más complicada dentro de la ZEE. A diferencia de lo que ocurre en Alta Mar, dentro de la ZEE, la Convención otorga al Estado ribereño jurisdicción exclusiva sobre un gran número de actividades basadas en los recursos marinos, lo que puede dar lugar a una jurisdicción prescriptiva concurrente sobre los buques⁵⁹⁴. Evidentemente, la inmunidad de ejecución y de injerencia se aplica a los buques inmunes soberanos, pero: ¿son esos buques, inmunes a la jurisdicción prescriptiva del Estado ribereño en asuntos tales como la pesca? ¿puede un buque con inmunidad soberana renunciar a su inmunidad y permitir que el buque sea detenido y/o enjuiciado por el Estado ribereño

⁵⁹¹ *Ibid.*, pp. 720-721.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 721.

⁵⁹³ Véase a J. Ashley Roach y Robert W. Smith, *op. cit.*, p. 535. Los citados autores, así como James Kraska (en “Putting Your Head in the Tiger’s Mouth: Submarine Espionage in Territorial Waters”, *op. cit.*, pp. 164-165), se refieren a la “prescriptive jurisdiction (jurisdiction to make laws)”; mientras que Yoshifumi Tanaka habla de “legislative jurisdiction”: “The flag state jurisdiction comprises both legislative and enforcement jurisdiction over its ships on the high seas”. Véase TANAKA, Y., “Jurisdiction of states and the law of the sea”, *op. cit.*, p. 139.

⁵⁹⁴ Véase McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, pp. 92, 95 y O’CONNELL, Daniel, P., *The International Law of the Sea*, vol. I, *op. cit.*, p. 578.

por pescar en la ZEE⁵⁹⁵ o el derecho del Estado ribereño no se aplica en absoluto al buque con inmunidad soberana? Ante tales interrogantes, Ted L. McDorman señala que dada la redacción de los párrafos 1º y 2º del artículo 58 de la CNUDM, la mejor visión podría ser aquella según la cual “when UNCLOS provides for coastal state jurisdiction within the EEZ and the immunity that exists for a state vessel is only as regards enforcement jurisdiction”⁵⁹⁶. Por tanto, el Estado ribereño no podría tomar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento

⁵⁹⁵ Franco García hace referencia a las zonas de protección ecológica o pesquera fijadas por algunos países, a tenor de la máxima de que *quien puede lo más puede lo menos*, “cuyo establecimiento encuentra su respaldo jurídico internacional en la facultad reconocida en la CNUDM de proclamar una ZEE de hasta 200 millas marinas y de ejercer en esta una serie de derechos, para cuya efectividad el Estado ribereño puede llegar a adoptar medidas como las de la detención del buque infractor y su dotación”. Así pues, “en la práctica, esto significa que el Estado puede optar entre fijar una ZEE o de naturaleza análoga, de 200 millas marinas o menos, y reconocerse en ella todos o algunos de los derechos del artículo 56 CNUDM”. FRANCO GARCÍA, Miguel A., “Las actividades militares de los buques de guerra de terceros estados (...)”, *op. cit.*, pp. 23-24. Los países que han establecido *zonas de protección ecológica o pesquera* en el Mediterráneo son: Francia (Zona de protección ecológica); Argelia (Zona exclusiva de pesca); España (Zona de protección pesquera); Croacia (Zona de protección ecológica y de pesca en el Mar Adriático); Libia (Zona de protección pesquera); Eslovenia (Zona de protección ecológica); Malta (Zona de pesca exclusiva); Túnez (Zona exclusiva de pesca); e Italia (Zona de protección ecológica). Para su concreta regulación véase Miguel A. Franco García, *ibid.* Véase también DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. y GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L., “Una nueva zona jurisdiccional en el Mediterráneo: la zona de protección ecológica francesa”, *REEI*, nº. 8, 2004, p. 3 (citado por Miguel A. Franco García); GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L., “La zona económica exclusiva francesa en el Mediterráneo: causas y consecuencias de su creación” en SOBRINO HEREDIA, J.M. (dir.), *La contribución de la convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*, vol. 2, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 811-830. En el caso concreto de España, mediante el Real Decreto 1315/1997, de 1 de agosto, “estableció una zona de protección pesquera en el mar Mediterráneo, entre el cabo de Gata y la frontera francesa, en la que el Reino de España tiene derechos soberanos a efectos de la conservación de los recursos marinos, así como para la gestión y control de la actividad pesquera, sin perjuicio de las medidas que sobre protección y conservación de los recursos haya establecido o pueda establecer la Unión Europea”. *Manual de Derecho del Mar*, vol. I, *op. cit.*, pp.43-44. “Tras la declaración de zona económica exclusiva española en el Mediterráneo noroccidental por el Real Decreto 236/2013 -en un espacio marítimo que básicamente se superpone sobre la antigua zona de protección pesquera-, habrá que entender que esta sigue subsistiendo, pero ahora junto con el régimen que la CNUDM establece para la zona económica exclusiva”. *Ibid.*, p. 44.

⁵⁹⁶ McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, p. 95.

de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con la Convención, incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales y administrativos, a los efectos de la conservación de recursos marinos vivos, así como de la gestión y control de la actividad pesquera.

McDorman afirma con rotundidad que no existe una obligación jurídica internacional directa para que un buque inmune soberano cumpla con las leyes pertinentes del Estado ribereño o del puerto, por lo que se espera que los buques de Estado en las aguas de otro Estado cumplan voluntariamente con las leyes de los Estados ribereños⁵⁹⁷. El incumplimiento por parte de un buque de Estado de la legislación nacional de un Estado no da lugar, en sí mismo, a responsabilidad jurídica internacional o responsabilidad en nombre del Estado del pabellón. La responsabilidad jurídica internacional solo se plantea cuando el derecho nacional en cuestión refleja o encarna una norma de derecho internacional que un buque inmune soberano ha violado⁵⁹⁸. Hay que tener presente que la inmunidad otorgada a un buque de Estado es frente a la interferencia directa en la misión del buque por parte de otro Estado y no una inmunidad frente a las obligaciones jurídicas internacionales establecidas para los buques en la CNUDM, en otros tratados o en el derecho

⁵⁹⁷ *Ibid*, pp. 95-96. Véase en este sentido, Jennings and Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9ª edición, Addison Wesley Publishing, Boston, 1996, p. 1169. Cf. R.R. Churchill y A.V. Lowe, *The Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 99. Si bien, cuando las leyes en cuestión se aplican a un buque inmune soberano en un puerto, señalan Jennings y Watts que el Estado puede "expel" al buque. Véase Jennings y Watts en esta misma nota. En este sentido, señala Ted L. McDorman que dada la amplia jurisdicción que un Estado tiene sobre sus puertos y otras Aguas Interiores, la expulsión puede estar vinculada al incumplimiento de cualquier ley o, de hecho, por cualquier otra razón. Véase McDORMAN, Ted L., *ibid.*, p. 97. Sin embargo, James Kraska señala que a pesar de que la "Exclusive flag state jurisdiction is tempered by recent and growing recognition that port states may exercise a great degree of jurisdiction over vessels as a condition of port entry, the greatest exception being that port states may not exercise jurisdiction over sovereign immune vessels- even in internal waters". KRASKA, J., "Excessive Coastal State Jurisdiction: Shipboard Armed Security Personnel" en RINGBON Henrik (ed.), *Jurisdiction Over Ships: Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, p. 172. Al respecto, véase también al mismo autor en "The 'ARA Libertad' (Argentine v. Ghana)", *American Journal of International Law*, *op. cit.*, pp. 404-410.

⁵⁹⁸ McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, p. 96.

internacional consuetudinario⁵⁹⁹. Tal y como recoge, la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 3 de febrero de 2012 en el asunto de la *inmunidad del Estado (Alemania v Italia, Grecia interviniente)*: “...whether a State is entitled to immunity before the courts of another State is a question entirely separate from whether the international responsibility of that State is engaged...”⁶⁰⁰. El Estado extranjero es internacionalmente responsable de sus actos contrarios a sus obligaciones internacionales, incluidos los actos cubiertos por la inmunidad de jurisdicción, pero, tal y como subraya Díez de Velasco, “dicha responsabilidad se produce en un plano distinto, el de la responsabilidad internacional, y solo es exigible de conformidad con los mecanismos previstos por el propio ordenamiento jurídico internacional. La inmunidad de jurisdicción del Estado (...) no afecta en absoluto a la responsabilidad internacional del Estado en el caso de incumplimiento de sus obligaciones conforme al Derecho internacional y a las controversias en que los Estados sean parte ante tribunales internacionales”⁶⁰¹.

Como ya dijimos, el artículo 31 de la CNUDM es la disposición pertinente a tratar⁶⁰². Aunque esta disposición se encuentra en la Parte II de la Convención, “Mar Territorial y Zona Contigua”, se puede considerar que es aplicable en toda la Convención y no está vinculada únicamente

⁵⁹⁹ Florian H. Th. Wegelein señala que “the responsibility for state ships becomes thus the flip side of state immunity”. WEGELEIN, F. H. Th., *Marine Scientific Research: The Operation And Status of Research Vessels And Other Platforms in International Law*, op. cit., p. 349. Véase también SMITH, B.D., *State Responsibility and the Marine Environment: The Rules of Decision*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 156.

⁶⁰⁰ *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia interviniente)*, Sentencia de 3 de febrero de 2012, CIJ Recueil 2012, párrafo. 100.

⁶⁰¹ DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, op. cit., pp. 324 ss.

⁶⁰² Recuérdesse lo dicho a cerca del artículo 31 CNUDM en el análisis anterior del artículo 32 CNUDM. El artículo 54.2 de la ya citada Ley 14/2014 de Navegación Marítima establece la responsabilidad de los Estados del pabellón respecto de las pérdidas o daños que sean consecuencia del incumplimiento de las leyes y reglamentos nacionales, especialmente de los relativos al paso por el Mar Territorial y a la estadia en los puertos y demás Aguas Interiores. Cf. este artículo con el art. 31 de la CNUDM.

a la actividad de los buques soberanos en el Mar Territorial⁶⁰³. La responsabilidad internacional del Estado del pabellón por el incumplimiento de las disposiciones de la CNUDM y otras normas de derecho internacional por parte de buques inmunes soberanos, que prefija el artículo 31 de la CNUDM, está vinculada a otras disposiciones de la Convención que tratan de la responsabilidad⁶⁰⁴. El artículo 31 establece además que habrá responsabilidad internacional por la pérdida o el daño que se derive del incumplimiento de las leyes o reglamentos nacionales relativos al paso por el mar territorial. Esto supone que las leyes y reglamentos nacionales en cuestión, están en consonancia con las que se permiten adoptar en relación con el paso inocente por el mar territorial en virtud del párrafo primero del artículo 21 y cuyo cumplimiento es obligatorio para todos los buques extranjeros que ejerzan su derecho de paso inocente⁶⁰⁵. De esta manera, la redacción anterior del artículo 31 no deja de ser una reafirmación⁶⁰⁶.

Para finalizar el análisis del artículo 96, señalamos que las sugerencias de que tal artículo tratara las inmunidades de los buques de guerra y los

⁶⁰³ McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, p. 96.

⁶⁰⁴ Ya abordamos el artículo 304 de la CNUDM (véase nota 526). No obstante, han de tenerse en cuenta los artículos 106 (Responsabilidad por apresamiento sin motivo suficiente), 111(8) (Responsabilidad en el marco del derecho de persecución), 235 (Responsabilidad en el marco de las obligaciones internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino) y 263 (Responsabilidad en el marco de la investigación científica marina), *ibid.*

⁶⁰⁵ Artículo 21(4) CNUDM. Véase este análisis del artículo 31 CNUDM en McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, pp. 96-97.

⁶⁰⁶ Así lo expresan Ted L. McDORMAN, *ibidem*; Nandan y Rosenne en NORDQUIST, Myron H., NANDAN, Satya N. y ROSENNE, S. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. II, *op. cit.*, p. 257; ROTHWELL, D. R., y STEPHENS, T., *The International Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 71. Recuérdese el artículo 42 (5) CNUDM, *op. cit.* Se trata de un artículo de redacción diferente, aunque con la misma intención general que el artículo 31, relativo al paso en tránsito por los estrechos utilizados para la navegación internacional. Esta disposición se aplica *mutatis mutandis* al paso por las vías marítimas archipelágicas (artículo 54 CNUDM).

buques de Estado hundidos, no fueron estimadas⁶⁰⁷. Estas cuestiones siguen rigiéndose por las normas del derecho internacional general⁶⁰⁸.

2.2.4. ARTÍCULO 236: INMUNIDAD SOBERANA Y CONTAMINACIÓN MARINA

Por último, analizaremos el artículo 236 de la CNUDM, titulado “Inmunidad soberana”⁶⁰⁹, que trata de los buques con inmunidad soberana y de las disposiciones de la Convención relativas a la contaminación del medio marino. Este artículo dispone que las disposiciones de la

⁶⁰⁷ NORDQUIST, Myron H., NANDAN, Satya N. y ROSENNE, S. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (...)*, op. cit., vol. III, 1995, p. 160-161. Igualmente sucedió con las propuestas de la Tercera Conferencia de incluir dichas inmunidades en el artículo 236. Véase STEPHENS, T., “Article 236”, en PROELSS, A., *The United Conventions on the Law of the Sea (...)*, op. cit., p. 1593.

⁶⁰⁸ Véase GUILFOYLE, D., “Article 96”, op. cit., p. 718. Esta circunstancia se indica en el artículo 303 de la CNUDM, que dispone que el deber de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar se entiende sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de derecho internacional. La Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001 proporciona ahora algunas orientaciones. Véase al respecto SCOVAZZI, T., “Article 303”, en PROELSS, A., *The United Conventions on the Law of the Sea (...)*, op. cit. Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, se deberá atender al hecho de que la Ley 14/2014 de navegación marítima reconoce en su artículo 382. 3) que *los restos de buques de guerra extranjeros hundidos o naufragados en espacios marítimos españoles gozan de inmunidad de jurisdicción (...)*, algo que “está directamente relacionado con la interpretación y el alcance del párrafo 8 del artículo 2 de la Convención de la UNESCO, cuyo significado ha sido bien establecido, favoreciendo las tesis a favor de la inmunidad defendidas por España, en el caso *Nuestra Señora de las Mercedes* (op. cit.)”. Véase ESPÓSITO MASSICCI, C., “Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estado extranjeros”, op. cit., p. 349. Recientemente, y en relación con esta Ley 14/2014 de navegación marítima, se ha adoptado el Real Decreto 371/2020, de 18 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Extracciones Marítimas, op. cit. Este reglamento desarrolla la Sección 2.ª del capítulo IV de la Ley que establece el régimen básico al que han de sujetarse las extracciones marítimas. Además “de las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos” (Capítulo VI), el Reglamento se refiere a “las operaciones de extracción de armas, municiones, explosivos u otro material militar que pueda afectar a la Defensa Nacional, así como de objetos pertenecientes al patrimonio cultural subacuático y demás bienes de comercio prohibido o restringido” (Capítulo V). Estas cuestiones serán tratadas más adelante.

⁶⁰⁹ Recuérdese el análisis convencional del término indefinido “inmunidad soberana” en el primer capítulo de esta obra (apartado *Convenciones internacionales o regionales*).

CNUDM relativas a la protección y preservación del medio marino (incluidas, entre otras, las que figuran en la Parte XII) no se aplicarán a los buques de guerra, naves auxiliares, ni a ningún otro buque o aeronave perteneciente o utilizado por un Estado y utilizado a la sazón únicamente para un servicio público no comercial. Aunque el artículo 236 se titula “Inmunidad soberana”, de hecho, va más allá de conceder a esos buques inmunidad de ejecución, y en cambio concede una exención general de las disposiciones de la CNUDM relativas a la protección y preservación del medio ambiente marino⁶¹⁰. Precisa Oxman que la exención se aplica a “the duties imposed by the Convention to observe national and international regulations, regarding the protection and preservation of the marine environment”⁶¹¹. En este sentido, señala McDorman que la exención es bastante amplia, pues indica que los buques inmunes soberanos están exentos de la aplicación de la legislación pertinente del Estado ribereño sobre la contaminación procedente de buques (jurisdicción prescriptiva), pero también, y lo que es más importante, que los buques inmunes soberanos están exentos de las obligaciones del Estado del pabellón en virtud de la CNUDM a cerca de la contaminación procedente de buques⁶¹². Como ya fue señalado, el *quid pro quo*⁶¹³ de esta exención es que el Estado del pabellón de los buques o aeronaves mencionados debe garantizar que estos cumplan los requisitos de la Parte XII, siempre que ello no interfiera en las operaciones o la capacidad de operación, y en cuanto sea razonable y posible. Dos Estados, Bangladesh y Malta, al ratificar la CNUDM incluyeron declaraciones en el sentido de que la inmunidad soberana contemplada en el artículo 236 no exime a un Estado de la obligación, moral o de otra índole, de aceptar la responsabilidad y la obligación de indemnizar y aliviar los daños causados por la contaminación del medio marino por cualquier buque de guerra, nave auxiliar u otros buques o aeronaves que sean

⁶¹⁰ Véase STEPHENS, T., “Article 236”, *op. cit.*, p. 1591.

⁶¹¹ OXMAN, Bernard H., *op. cit.*, p. 820.

⁶¹² Véase McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, pp. 99.

⁶¹³ STEPHENS, T., “Article 236”, *ibid.*

propiedad del Estado o estén a su servicio y se utilicen en servicios gubernamentales no comerciales⁶¹⁴.

La posición consuetudinaria⁶¹⁵ general en lo que respecta a la jurisdicción del Estado sobre los buques (pero no las aeronaves) que son propiedad de un Estado o están bajo su explotación se codifica en el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes. En el contexto específico de la contaminación marina, ya analizamos, siquiera *prima facie*, como el conjunto de convenios de la Organización Marítima Internacional (OMI) aplicables a la fuente de contaminación y daños al medio ambiente marino por los buques incluyen excepciones expresas para los buques gubernamentales que reflejan el lenguaje del artículo 236.

La historia de la negociación del artículo 236 no fue en gran medida controvertida, a diferencia de otros aspectos de la inmunidad de los buques de guerra, como la posible inmunidad de los buques de guerra hundidos. Los principales elementos del artículo fueron acordados desde las primeras etapas de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM III). Esto se debió en gran medida a que había antecedentes sobre los cuales el artículo 236 podía basarse. Así, por ejemplo, los artículos VII (4) del Convenio de Londres para la Prevención de la Contaminación Marina por Vertidos de Residuos y otras materias de 1972⁶¹⁶ y el artículo 3(3) del Convenio Internacional para

⁶¹⁴ Véase United Nations Treaty Collection, *Declarations and Reservations to United Nations Conventions on the Law of the Sea*, disponible en

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec (consultada por última vez el 3 de marzo de 2020).

⁶¹⁵ El artículo 236 refleja el derecho internacional consuetudinario relativo a la inmunidad soberana de los buques de guerra, así como de los buques y aeronaves pertenecientes o utilizados por un Estado. Véase ROTHWELL, D. R., y STEPHENS, T., *The International Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 161.

⁶¹⁶ *Op. cit.*

prevenir la contaminación por los buques de 1973⁶¹⁷. En 1973 Australia presentó una propuesta sobre la inmunidad soberana al Subcomité III del Comité de los Fondos Marinos en la que se estipulaba que los principios relativos a la protección del medio marino “shall not apply to naval vessels, military aircraft or their auxiliaries” pero que los Estados “shall...ensure that to the greatest extent feasible”⁶¹⁸ sus buques y aeronaves actúen en consonancia con el objeto y propósito de los principios. El artículo 236 provenía de una propuesta informal presentada en 1975 por los Estados Unidos en el segundo período de sesiones de la CNUDM III⁶¹⁹. Ha de tenerse en cuenta que, aunque Estados Unidos ayudó a elaborar la Convención y sus revisiones posteriores, no ha firmado la Convención. Sin embargo, por lo menos desde 1983 ha afirmado que las disposiciones de la Convención relativas a la navegación y el sobrevuelo reflejan el derecho internacional consuetudinario y que, por lo tanto, actuará de conformidad con esas disposiciones⁶²⁰. Por otro lado, John E. Noyes señaló que “[a]lthough the U.S. has not yet accepted the United Nations Convention on the Law of the Sea, the Convention has attracted support from people in the U.S. with very different perspectives on U.S. foreign policy. Since adoption of the 1994 Part XI Implementation Agreement, which must be interpreted and applied together with the Law of the Sea Convention as a single instrument, the Convention has garnered support across a broad range of the political

⁶¹⁷ Convenio MARPOL, *op. cit.* Véase al respecto TIMAGENIS, G. J., *International Control of Marine Pollution*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York, 1980.

⁶¹⁸ Véase Sea-Bed Committee, Australia: Working Paper on Preservation of the Marine Environment, UN Doc. A/AC.138/SC.III/L.27, 1973 (citado por STEPHENS, T., “Article 236”, *op. cit.*, p. 1593).

⁶¹⁹ Véase a STEPHENS, T. (*ibid*) citando a NORDQUIST, Myron H., ROSENNE, S. y YANKOV, A. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. IV, 1991, p. 419.

⁶²⁰ Véase al respecto REAGAN, R., “Statement by the President”, 19 *Weekly Comp. Pres. Doc.* 383, 10 de marzo de 1983; “U.S. Oceans Policy”, *Department of State Bulletin*, n.º. 83, junio 1983, p. 70; *Commander’s Handbook*, *op. cit.*, párrafo 1.2.

spectrum (...)”⁶²¹. Las propuestas iniciales, incluidas las de Australia y los Estados Unidos, aplicaban el principio de inmunidad soberana no solo a los buques gubernamentales sino también a las aeronaves. En el artículo 42 del *Informal Single Negotiating Text*, se omitieron las aeronaves y el principio de inmunidad se limitó a las partes del texto relativas a la protección del medio ambiente marino⁶²². Estas limitaciones fueron eliminadas en el *Revised Single Negotiating Text*, donde el artículo 45 reproducía casi en su integridad el actual artículo 236⁶²³. Finalmente, el artículo 237 del *Informal Composite Negotiating Text* contenía el artículo 45 con pequeñas enmiendas⁶²⁴.

Las principales obligaciones de protección del medio ambiente que de otro modo serían aplicables a los buques de guerra y otros buques gubernamentales se encuentran en la Parte XII. Sin embargo, existen vínculos entre varias de estas obligaciones de la Parte XII y las disposiciones que se encuentran en otras partes de la CNUDM. Por ejemplo, el artículo 211, en el que se dispone que los Estados ribereños podrán dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques extranjeros, incluidos los buques que ejerzan el derecho de paso inocente y el régimen de paso inocente establecido en los artículos 19 y 21. Dado los estrechos vínculos entre el artículo 211 y las disposiciones sobre paso inocente, no sería práctico aplicar el artículo 236 solo a las disposiciones de la Parte XII⁶²⁵.

⁶²¹ NOYES, Joh E., “U.S. Policy and the United Nations Convention on the Law of the Sea”, *The George Washington International Law Review*, vol. 39, nº. 3, 2007, p. 621.

⁶²² Véase el artículo 42 en “Informal Single Negotiating Text (Part III)”, UN Doc. A/CONF.62/WP.8/PART III, *Official Records of the Third United Nations Conference (...)*, *op. cit.*, p. 176.

⁶²³ Véase el artículo 45 en “Revised Single Negotiating Text (Part III)”, UN Doc. A/CONF.62/WP.8/REV.1/PART III, *Official Records of the Third United Nations Conference (...)*, *op. cit.*, p. 176.

⁶²⁴ Véase el artículo 237 en “Informal Composite Negotiating Text”, UN Doc. A/CONF.62/WP.10, *Official Records of the Third United Nations Conference (...)*, *op. cit.*, V. VIII, 1977, p. 41.

⁶²⁵ Véase STEPHENS, T., *op. cit.*, p. 1593 y OXMAN, Bernard H., *op. cit.*, pp. 821, 854.

La excepción contenida en el artículo 236 se aplica tanto a los buques de guerra como a otros buques pertenecientes o utilizados por un Estado y utilizados por el momento únicamente para un servicio público no comercial. Por tanto, “the precise line of demarcation”⁶²⁶ entre buques de guerra y otros buques no comerciales del Estado no tiene especial importancia en la interpretación y aplicación de ese artículo. Además de a esos otros buques de Estado, el artículo 236 extiende la inmunidad de las disposiciones de la Parte XII a las aeronaves de Estado, es decir, a aquellas pertenecientes o utilizadas por un Estado y utilizadas a la sazón únicamente para un servicio público no comercial. Algunas orientaciones en cuanto a los tipos de buques que se considerarían como “otros buques” en virtud del artículo 236, se pueden encontrar en el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes de 2004 (CNUIJ). Los Comentarios al Proyecto de Artículos de la CDI, en los que se basa la Convención de 2004, señalan que la inmunidad se aplica no solo a los buques de guerra, sino también a: otros buques de Estado, como las patrulleras de la policía, las lanchas de inspección aduanera, los buques-hospital, los buques destinados a las investigaciones oceanográficas, los buques escuela y dragas, propiedad del Estado o explotados por él y utilizados o destinados a ser utilizados para fines estatales no comerciales⁶²⁷. Por otro lado, el significado que encierran las aeronaves de propiedad de un Estado o explotadas por este solo en servicio gubernamental no comercial, puede extraerse del Convenio de Chicago, de 7 de diciembre de 1944, sobre aviación civil internacional. Pese a que este Convenio las excluye de su ámbito de aplicación en el artículo 3 a), su artículo 3 b) establece que “se consideran aeronaves de Estado las utilizadas en

⁶²⁶ OXMAN, Bernard H., *ibid.*, p. 814.

⁶²⁷ El Comentario continúa precisando que “Una disposición semejante figura en el artículo 3 del Convenio Internacional para la unificación de ciertas normas relativas a la inmunidad de los buques de Estado, de 1926.” (*op. cit.*). Véase el párrafo (11) del comentario al artículo 16 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, p. 52.

servicios militares, de aduanas o de policía”⁶²⁸. Aunque al igual que en el supuesto de los buques tampoco parece existir gran discusión teórica ni práctica sobre la aplicación de las inmunidades a las aeronaves de Estado⁶²⁹, ello no quiere decir que no exista cierta controversia en la materia⁶³⁰. En ocasiones, en la práctica se plantean incidentes de cierta relevancia. Por lo que particularmente concierne a nuestro país, cabe destacar el incidente que se produjo el 3 de julio de 2013, cuando a la aeronave de Estado que trasladaba al Presidente de Bolivia desde Moscú a La Paz se le negó el uso del espacio aéreo de Francia e Italia por considerar que en su interior podía viajar Snowden. Como consecuencia de ello, la aeronave hubo de desviarse al aeropuerto de Viena, donde estuvo retenida durante 13 horas. Señala Martín y Pérez de Nanclares que “en contra de lo que en alguna ocasión se ha podido escuchar o leer, España había autorizado tanto el derecho de sobrevuelo como la escala en Canarias para repostar, ya que se consideró que existía una obligación jurídica internacional de carácter consuetudinario en materia de inmunidades, tanto por lo que concernía al Jefe del Estado en activo como a su aeronave (de Estado). Obviamente, la concesión de una autorización de

⁶²⁸ Convenio de Chicago, de 7 de diciembre de 1944, sobre aviación civil internacional (BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1969). Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes de 2004 (CNUIJ) no regula la cuestión más allá de la genérica referencia de su artículo 3.3 que dispone: “la presente Convención se aplicará sin perjuicio de la inmunidad de que goce un Estado, en virtud del derecho internacional, respecto de las aeronaves o los objetos espaciales de propiedad de un Estado u operados por un Estado.”

⁶²⁹ En el caso español cabe traer a colación el singular asunto *Harrier* del verano de 1983, en el que una aeronave militar británica aterrizó sobre un carguero español situado en Alta Mar, por lo que, a la llegada a puerto del buque, la autoridad civil ordenó la entrega inmediata de la aeronave de Estado al Reino Unido, con independencia de que a través de las Notas Verbales intercambiadas entre los dos Estados concernidos se dejara a salvo la pertinencia de la correspondiente indemnización al buque en cuestión. Véase al respecto AZCÁRRAGA Y BUSTAMANTE, J.L., “Algunos comentarios jurídicos en torno al insólito caso del Harrier”, en *Pensamiento Jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor Antonio Truyol Serra*, vol. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 147-158. (citado por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “¿Por qué una Ley de Inmunidades? (...)”, *op. cit.*, p. 30).

⁶³⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *ibid.*, p. 30.

sobrevuelo y/o escala a una aeronave de Estado lleva pareja la correlativa obligación del Estado autorizante a respetar la inmunidad de dicha aeronave⁶³¹. En el mismo sentido que el Convenio de Chicago, la Ley española de Inmunities (LO 16/2015) define el concepto de aeronave de Estado. El artículo 2 i) de la LO 16/2015 señala que se entiende por aeronave de Estado “una aeronave perteneciente a un Estado extranjero, operada o explotada por él y utilizada exclusivamente para un servicio público no comercial, tales como servicios militares, de aduana o de policía”. Asimismo, son configuradas, junto a los buques de Estado, como bienes públicos del Estado según el artículo 20⁶³² de la Ley y su inmunidad se recoge, en los mismos términos que en el caso de los buques de guerra y los buques de Estado, en el artículo 31. El artículo 31 de la LO 16/2015 señala que: “Las aeronaves de Estado extranjeras, tal como se definen en la presente Ley Orgánica, gozarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los órganos jurisdiccionales españoles, incluso cuando se encuentren en el espacio aéreo o terrestre español”. La incertidumbre en torno a las aeronaves de Estado requería un precepto en tal sentido. Pues, como ya se advirtió, la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunities Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (CNUIJ) optó por no regular la inmunidad de las aeronaves de Estado ante la complejidad del tema y la falta de un criterio único sobre dichas inmunidades. Este panorama difuso fue constatado por la CDI en su comentario al artículo 16 del Proyecto de Artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, donde se hace referencia a una lista larga de instrumentos convencionales que regulan la navegación aérea. Concretamente, la CDI confirmó, sin embargo, que esos tratados no regulaban expresamente la cuestión relativa a la inmunidad jurisdiccional de las aeronaves de Estado y admitió también que la jurisprudencia sobre el tema era muy escasa. Esa incertidumbre no se resolvió antes de la adopción del texto definitivo de la CNUIJ, de ahí que la Comisión *ad hoc* de la Asamblea General de las Naciones Unidas

⁶³¹ *Ibid.*, p. 30.

⁶³² Artículo 20 LO 16/2015 (titulado *Bienes del Estado dedicados a fines públicos no comerciales*): 1. e) los buques y aeronaves de Estado.

decidiese utilizar la fórmula de no afectación de los privilegios e inmunidades del Estado respecto de aeronaves y objetos espaciales en el artículo 3.3 de la Convención⁶³³. Así, el artículo 31 viene a despejar ese desasosiego mediante el establecimiento de una regla de inmunidad amplia respecto de las aeronaves de Estado, con la posibilidad de renuncia al igual que los buques de guerra y buques de Estado, que se recoge en el artículo 32, el cual permite que el Estado extranjero consienta en dejar de lado ese derecho a la inmunidad y someterse a los jueces españoles por lo demás competentes para conocer el caso. Se trata de una inmunidad absoluta (jurisdiccional y ejecutiva) que se aplica a todos los espacios, incluidos el espacio aéreo o terrestre español, a las aeronaves de Estado definidas en la LO 16/2015, es decir, a las aeronaves que cumplen servicios militares, de aduana o policía, pero también aviones presidenciales o aeronaves utilizadas para misiones humanitarias siempre que sean utilizados exclusivamente para un servicio público no comercial⁶³⁴.

Señala Stephens que la primera frase del artículo 236 de la CNUDM plantea cierta confusión debido a la falta de la conjunción “o” en el texto inglés antes de “otros buques”⁶³⁵. En el texto español (igualmente auténtico)⁶³⁶ tampoco aparece dicha conjunción. La lectura superficial de la declaración de que “las disposiciones de esta Convención (...) no se aplicarán a los buques de guerra, naves auxiliares, otros buques o aeronaves pertenecientes o utilizados por un Estado (...)”, sugiere⁶³⁷ que todos los buques que no sean de guerra y naves auxiliares, y no solo los que sean propiedad de un Estado o estén explotados por él en servicio gubernamental no comercial, tendrán derecho a la inmunidad soberana.

⁶³³ Véase el párrafo (17) del comentario al artículo 16 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, pp. 53-54.

⁶³⁴ Véase ESPÓSITO MASSICCI, C., “Inmunidades respecto de los buques de guerra y aeronaves de Estados extranjeros”, *op. cit.*, p. 350.

⁶³⁵ STEPHENS, T., “Article 236”, *op. cit.*, p. 1594.

⁶³⁶ Véase el artículo 320 de la CNUDM.

⁶³⁷ *Ibid.*

Sin embargo, la conjunción “o” se omitió por error cuando en 1976 se añadió la referencia a las aeronaves en el *Revised Single Negotiating Text*⁶³⁸. Concluye el autor que la interpretación del artículo 236 sin la conjunción conduciría a un resultado absurdo, sobre todo si se tiene en cuenta que otras disposiciones de la Convención (por ejemplo, el artículo 224) sí incluyen la conjunción⁶³⁹.

Más allá de los buques de guerra y las naves auxiliares, la segunda clase de buques a la que se refiere el artículo 236 viene constituida por “otros buques (o aeronaves) pertenecientes o utilizados por un Estado y utilizados a la sazón únicamente para un servicio público no comercial”. Una distinción similar se encuentra, como analizamos, en los artículos 32 y 96 de la CNUDM. Tal distinción tiene el efecto de proporcionar una inmunidad funcional⁶⁴⁰ más que absoluta con respecto a tales buques, de tal modo que los buques gozan de inmunidad solo cuando están en “servicio público no comercial”. El artículo 236 distingue, por tanto, entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis*. Como observó la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las *inmunidades jurisdiccionales del Estado*: “(...) many States now distinguish between *acta jure gestionis*, in respect of which they have limited the immunity which they claim for themselves and which they accord to other, and *acta jure imperii*”, lo que concuerda con un enfoque “restrictivo” en contraposición con un enfoque “absoluto” de la inmunidad del Estado⁶⁴¹.

⁶³⁸ *Ibid.* Véase “Revised Single Negotiating Text (Part III)”, *op. cit.*, p. 180. En el texto francés del artículo 236 se utiliza la conjunción “ni” después de la referencia a las naves auxiliares.

⁶³⁹ Véase NORDQUIST, Myron H., ROSENNE, S. y YANKOV, A. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (...)*, *op. cit.*, pp. 420-421 (citado por STEPHENS, T., “Article 236”, p. 1594). En este sentido, y para un examen detallado véase OXMAN, Bernard H., “The Regime of Warships (...)”, *op. cit.*, p. 820. Así pues, este autor señala que: “All of the other provisions of the English text dealing with ships entitled to sovereign immunity make clear that a general reference to “ships” or “vessels” is qualified by the clause “owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service,” or its equivalent”. *Ibid.*

⁶⁴⁰ STEPHENS, T., “Article 236”, *op. cit.*, p. 1595.

⁶⁴¹ *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania c. Italia; Grecia interviniente), Sentencia de 3 de febrero de 2012, CIJ, *op. cit.*, para. 59, p. 29.

El artículo 236 confiere inmunidad a determinados buques y aeronaves en virtud de su condición o función⁶⁴². No obstante, todos los Estados tienen la obligación de velar “mediante la adopción de medidas apropiadas que no obstaculicen las operaciones o la capacidad de operación de tales buques o aeronaves que le pertenezcan o que utilice, por que tales buques o aeronaves procedan, en cuanto sea razonable y posible, de manera compatible con las disposiciones de esta Convención”⁶⁴³.

Este segundo elemento principal del artículo 236 deja a discrecionalidad del Estado del pabellón el adherirse o no a las normas de protección del medio marino establecidas en la Parte XII y en otras partes de la Convención⁶⁴⁴. A este respecto hay que tener en cuenta que si bien el artículo 236 se encuentra en la Parte XII de la CNUDM, “Protección y Preservación del Medio Marino”, la formulación de que los buques inmunes soberanos están exentos de las “disposiciones de esta Convención relativas a la protección y preservación del medio marino” indica que la exención se aplica a todas las partes de la Convención que se ocupan de la protección y preservación del medio marino, de manera muy similar a como el artículo 29 define los buques de guerra para toda la Convención⁶⁴⁵. Declara Stephens que es significativo que el artículo 236 no vaya acompañado de una disposición equivalente al artículo 31 de la Convención, que se aplica, según el autor, a los buques de guerra y otros buques gubernamentales en el Mar Territorial únicamente⁶⁴⁶. La

⁶⁴² Precisamente Oxman señala que el artículo 236 se aprobó porque “pollution regulations of a general character, including international regulations, may be inappropriate to the special configuration of certain warships”. La evaluación del cumplimiento de una norma particular por parte de un buque soberano “might require the inspection or release of data regarding the ship, its design or its equipment—data which most flag States would be reluctant to disclose”. OXMAN, Bernard H., “The Regime of Warships (...)”, *op. cit.*, pp. 820-821.

⁶⁴³ Véase el artículo 236 de la CNUDM.

⁶⁴⁴ STEPHENS, T., *op. cit.*, 1595.

⁶⁴⁵ McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, pp. 99-100. Véase también OXMAN, Bernard H., *op. cit.*, pp. 821-822.

⁶⁴⁶ STEPHENS, T., *ibid.* En contraste, ya señalamos que Ted L. McDorman sostiene que, si bien el artículo 31 de la CNUDM se encuentra en la Parte II de la Convención, se puede considerar

ausencia de una disposición similar en la Parte XII, y la redacción del artículo 236 en términos generales para no aplicar las disposiciones de protección del medio marino de la CNUDM (“Las disposiciones de esta Convención relativas a la protección y preservación del medio marino no se aplicarán...”), “rather than only limiting jurisdiction over government ships, suggests that States will not be responsible in cases of marine environmental damage caused by the operation of such vessels in circumstances that would otherwise be a breach of UNCLOS”⁶⁴⁷. En este sentido, señala McDorman que “the international legal effect (...) is that non-compliance by a sovereign immune vessel with the Convention does not give rise to flag State international legal responsibility and liability as there can be no breach of the Convention, though international responsibility and liability may arise pursuant to customary international law”⁶⁴⁸.

Algunos autores han calificado la exención del artículo 236, así como las disposiciones similares de otros tratados sobre el medio ambiente relacionados con buques, como una licencia efectiva para contaminar⁶⁴⁹, con el comentario de que muchos buques inmunes soberanos contribuyen a la contaminación marina internacional. Se ha argumentado que, como resultado de las sensibilidades ambientales modernas, los buques inmunes soberanos ya no deberían estar exentos de las obligaciones internacionales aplicables y que los Estados del pabellón deberían tener la obligación de prescribir y hacer cumplir las normas internacionales con respecto a sus buques inmunes soberanos⁶⁵⁰. Sin embargo, no parece

que es aplicable en toda la Convención y no está vinculado únicamente a la actividad de los buques soberanos en el Mar Territorial.

⁶⁴⁷ STEPHENS, T., *ibid.*

⁶⁴⁸ McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, p. 99.

⁶⁴⁹ KHEE-JIN TAN, Alan., *Vessel-Source Marine Pollution: The Law and Politics of International Regulation*, Cambridge University Press, 2005, p. 46. Oxman sugiere que la exención del artículo 236 encontró poca oposición porque los buques de guerra (buques inmunes soberanos) no se consideraban una fuente importante de contaminación marina. OXMAN, Bernard H., *op. cit.*, p. 821.

⁶⁵⁰ KHEE-JIN TAN, Alan., *ibid.*, p. 47.

haber intención de eliminar o limitar la inmunidad soberana del buque⁶⁵¹, lo que se discute es la posibilidad de hacer responsables por la contaminación que producen a sus Estados de bandera⁶⁵². Si nos situamos en el escenario de las empresas públicas extranjeras⁶⁵³ que causan contaminación transfronteriza, dado que el principio de daño transfronterizo es una limitación del derecho de los Estados a controlar sus recursos naturales⁶⁵⁴, las acciones de dichas empresas causantes de contaminación transfronteriza no deberían, tal y como sostiene Loud, considerarse actos soberanos en virtud, por ejemplo, de la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (CNUIJ) y de las leyes estatales sobre inmunidad⁶⁵⁵. Por tanto, debería aplicarse a esas actividades la excepción de actividad comercial a la inmunidad soberana extranjera; sin embargo, como a continuación detallaremos, y según nos consta, solo se contempla la excepción por actividad comercial aplicable a los actos comerciales en las fronteras de un Estado extranjero que tienen efectos directos dentro de las fronteras de otro Estado, esto es, su aplicación extraterritorial, en la Ley de inmunidades estadounidense (FSIA). Aunque varios tribunales han sostenido que la explotación por parte de un Estado de sus propios recursos naturales, incluidas actividades como la producción de energía, son actos soberanos, la evolución reciente del derecho internacional ha

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, p. 100.

⁶⁵³ Sobre las empresas públicas extranjeras véase BRUTON, Garry D. *et al.*, "State-Owned Enterprises Around the World as Hybrid Organizations", *Academy of Management Perspectives*, vol. 29, n.º. 1, 2015, pp. 92-114. Véase también FOSTER, George K., "When Commercial Meets Sovereign: A New Paradigm for Applying the Foreign Sovereign Immunities Act in Crossover Cases", *Houston Law Review*, vol. 52, 2014, pp. 361-415. *Recuérdese* nuestra discusión respecto de las entidades estatales en las notas 176 y ss., así como en las notas 576 y ss.

⁶⁵⁴ Véase a LOUD, D., "EMITTING INJUSTICE? Foreign State-Owned Enterprises That Cause Transboundary Pollution and the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *Columbia journal of transnational law*, vol. 59, n.º. 1, 2020, pp. 203-205.

⁶⁵⁵ Loud se refiere a la Ley estadounidense de inmunidades de 1976 (FSIA). El autor realiza un interesante análisis sobre si la FSIA otorga inmunidad a las empresas estatales extranjeras en los tribunales estadounidenses cuando esas entidades causan contaminación transfronteriza con efectos dentro de las fronteras de Estados Unidos. Véase LOUD, D., *ibid.*, pp. 170-209.

demostrado que esta norma no puede aplicarse en casos de contaminación transfronteriza. En *OPEC*⁶⁵⁶ el tribunal sostuvo que la excepción de actividad comercial no se aplicaba cuando un Estado ejercía el control sobre sus recursos naturales ya que todos los Estados tienen un derecho establecido a controlar y explotar sus recursos de acuerdo con sus propias políticas nacionales en virtud del derecho internacional⁶⁵⁷. Como tal, la explotación de esos recursos es un acto político interno del soberano, que es exactamente el tipo de actividad que la inmunidad soberana extranjera está generalmente destinada a proteger de la jurisdicción de otros Estados⁶⁵⁸. Al igual que en *OPEC*, en *MOL, Inc.*, el tribunal defendió la tesis general de que la excepción de actividad comercial contenida en la Ley estadounidense de inmunidades (FSIA) no debe aplicarse cuando un Estado extranjero o sus entidades actúan dentro de los confines de su autoridad soberana para controlar o explotar los recursos naturales de su territorio⁶⁵⁹. De estos pronunciamientos judiciales deduce Loud, parecer que comparto, que el principio de daño transfronterizo debe interpretarse como una limitación de la aplicabilidad de sendos pronunciamientos. De este modo, un Estado no tiene derecho a explotar sus recursos de manera que cause daño dentro de las fronteras de otro Estado⁶⁶⁰. Por tanto, dado que *OPEC* y *MOL, Inc.* se basaron principalmente en la protección del derecho soberano de los Estados extranjeros a controlar sus recursos naturales, esos casos no deben

⁶⁵⁶ *IAM v. OPEC*, 477 F. Supp. 553 (C.D. Cal. 1979).

⁶⁵⁷ *IAM v. OPEC*, 477 F. Supp. 567.

⁶⁵⁸ Véase FOX, H., "The Restrictive Rule of State Immunity – The 1970s Enactment and Its Contemporary Status" en RUYSS, T. *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, p. 22 (citado por Loud, "EMITTING INJUSTICE? Foreign State-Owned Enterprises That Cause Transboundary Pollution and the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *op. cit.*, p. 179).

⁶⁵⁹ Véase *MOL, Inc. v. People's Republic of Bangl.*, 736 F.2d 1326, 1329 (9th Cir. 1984).

⁶⁶⁰ Véase a Loud en "EMITTING INJUSTICE? Foreign State-Owned Enterprises That Cause Transboundary Pollution and the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976" (*op. cit.*, p. 204) citando a HOBE, S., "Evolution of the Principle on Permanent Sovereignty Over Natural Resources: From Soft Law to a Customary Law Principle?" en BUNGENBERG, M. & HOBE, S. (Eds.), *Permanent sovereignty over natural resources*, 2015, p. 8.

interpretarse para proteger actividades que no están dentro de la autoridad soberana de los Estados extranjeros, como las actividades que causan contaminación transfronteriza⁶⁶¹. Dado que no está dentro de la autoridad soberana de los Estados extranjeros explotar sus recursos naturales de forma que se cause un daño transfronterizo, dichas actividades, cuando son llevadas a cabo por una empresa pública extranjera, no deben ser consideradas como actos soberanos. La aplicación de la excepción de la actividad comercial a este efecto proporcionaría a los demandantes nacionales que sufren los efectos de la contaminación transfronteriza el acceso a unos tribunales jurisdiccionalmente competentes y, en última instancia, podría incentivar a los sistemas judiciales de todo el mundo a ampliar su jurisdicción en un ámbito crucial en el que el derecho internacional siguiente siendo insuficiente⁶⁶². En el caso de las empresas públicas extranjeras, sería difícil imaginar un escenario en el que causaran contaminación transfronteriza por medios distintos a la actividad comercial⁶⁶³. Sin embargo, por lo que al objeto de esta obra respecta, no hay rastro de actividad comercial en el caso del funcionamiento de los buques de guerra y demás buques de Estado inmunes que podría causar contaminación transfronteriza; lo que hace complicado la posibilidad de limitar la inmunidad soberana de éstos. Volviendo a las empresas públicas extranjeras, en Estados Unidos, la excepción por actividad comercial también se aplica a los actos comerciales en las fronteras de un Estado extranjero que tienen efectos directos

⁶⁶¹ Véase LOUD, D., "EMITTING INJUSTICE? Foreign State-Owned Enterprises That Cause Transboundary Pollution and the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *ibid.*

⁶⁶² Véase The Harvard Law Review Association, *Developments in the Law-International Environmental Law*, *Harvard Law Review*, vol. 104, 1991, pp. 1484, 1487-88.

⁶⁶³ LOUD, D., "EMITTING INJUSTICE? Foreign State-Owned Enterprises That Cause Transboundary Pollution and the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *op. cit.*, p. 185. Loud se centra en la probabilidad de contaminación transfronteriza relacionada con la producción de energía, que entra de lleno en las actividades comerciales de las empresas públicas y de los Estados extranjeros en general. *Ibid.*, p. 186.

dentro de las fronteras estadounidenses⁶⁶⁴. Compartimos la opinión de Loud en virtud de la cual la contaminación transfronteriza, por su naturaleza, entraría casi con toda seguridad en este último supuesto. Sin embargo, determinar si la excepción por actividad comercial ofrece realmente una vía para someter a las empresas públicas extranjeras a la jurisdicción de los tribunales estadounidenses en casos de contaminación transfronteriza es una cuestión más complicada⁶⁶⁵.

2.2.4.1. Otros tratados internacionales y normativa nacional relacionados

A. OTROS CONVENIOS INTERNACIONALES APLICABLES

Por último, terminaremos este comentario a cerca del artículo 236 de la CNUDM, haciendo referencia a otros tratados internacionales y legislación nacional relacionados con este artículo. Durante la negociación del Convenio sobre la Diversidad Biológica⁶⁶⁶, Estados Unidos trató de adoptar una disposición en virtud de la cual el Convenio no se aplicaría a los buques inmunes soberanos⁶⁶⁷. Sin embargo, en vista de que durante las negociaciones muchas delegaciones reconocieron que la propuesta de Estados Unidos constituía un principio del derecho internacional consuetudinario y, por tanto, “superfluo”, Estados Unidos retiró

⁶⁶⁴ El 28 U.S.C. § 1605(a)(2) cubre “an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States”.

⁶⁶⁵ LOUD, D., “EMITTING INJUSTICE? Foreign State-Owned Enterprises That Cause Transboundary Pollution and the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976”, *op. cit.*, p. 186.

⁶⁶⁶ Instrumento de ratificación (Reino de España) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (BOE núm. 27, de 1 de febrero de 1994).

⁶⁶⁷ Ha de tenerse en cuenta que Estados Unidos ha expresado que las disposiciones sobre inmunidad soberana contenidas en el artículo 236 reflejan el derecho internacional consuetudinario. Véase “U.S. President Letter of Submittal respecting the Convention on Biological Diversity”, Senate Treaty Document 103-20, extraído del *Digest of U.S. Practice in International Law, 1991-1999*, pp. 1765-1766 (citado por ROACH, J. Ashley, “Today’s Customary International Law of the Sea”, *op. cit.*, p. 250).

su propuesta⁶⁶⁸. Señala McDorman que la declaración de Estados Unidos parece indicar que los buques inmunes soberanos están exentos de la aplicación de las convenciones que tratan, aunque sea tangencialmente, de la protección y preservación del medio marino, a menos que la convención se aplique explícitamente a los buques inmunes soberanos⁶⁶⁹. No obstante, el contenido del artículo 236 se ha incluido en varias convenciones recientes sobre navegación⁶⁷⁰ clasificadas por Roach y Smith como tratados de protección del medio ambiente⁶⁷¹. Este hecho hace tambalear el carácter consuetudinario de la propuesta estadounidense.

Como ya detallamos, sin ánimo de exhaustividad, hay un gran número de tratados internacionales relacionados con los océanos que, de una forma u otra, eximen de su aplicación a los buques inmunes soberanos y muy pocos que se aplican expresamente a estos⁶⁷². Respecto a los

⁶⁶⁸ Véase “U.S. President Letter of Submittal respecting the Convention on Biological Diversity”, *ibid.*

⁶⁶⁹ McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, p. 101.

⁶⁷⁰ Véase el artículo 3(2) del Convenio Internacional sobre el control de los sistemas antiincrustantes perjudiciales en los buques, hecho en Londres el 5 de octubre de 2001, *op. cit.*; así como el artículo 3(2) e) del Convenio Internacional para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques, hecho en Londres el 13 de febrero de 2004 (Instrumento de ratificación del Reino de España, BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 2016). Respecto a esta última exención, señalan Franco Pérez y Franco García que “no constituye(n) una suerte de autorización general para que los buques de guerra y los que prestan servicios gubernamentales no comerciales, realicen libremente la descarga de sus aguas de lastre. En consecuencia y según nuestra opinión, dichos buques no deberían estar exentos de la aplicación del Convenio cuando se hallen realizando cometidos que no sean estrictamente militares o policiales (por ejemplo, en el caso de los buques de guerra, cuando estos se hallan realizando misiones de apoyo a la inspección pesquera o de investigación científica u oceanográfica, etc.)”. FRANCO PÉREZ, A. y FRANCO GARCÍA, M.A., “Desajuste entre voluntad y realidad: el Convenio internacional para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º. 83, Sección “Artículos doctrinales”, 29 de octubre de 2018, p.18.

⁶⁷¹ ROACH y SMITH, *op. cit.*, pp. 537-539.

⁶⁷² Se hace referencia al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida en el Mar de 1974 (SOLAS, *op. cit.*) como un tratado que se aplica expresamente a los buques inmunes soberanos

tratados aprobados bajo los auspicios de la OMI, que no limitan expresamente su ámbito de aplicación mediante la exención de los buques de guerra, como por ejemplo el Convenio SOLAS y el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo de 27 de abril de 1979⁶⁷³, se plantea la cuestión de en qué medida y cómo se aplican durante un conflicto armado que tiene lugar total o parcialmente en el mar. Señalan B. Demeyere, J. M. Henckaerts, H. Hiemstra y E. Nohle que actualmente no existe una respuesta clara a esta pregunta. Podría decirse que estos tratados de la OMI son “multilateral law-making treaties” que, sobre la base del Proyecto de Artículos de la CDI sobre el Efecto de los Conflictos Armados en los Tratados de 2011, pertenecen a las categorías de tratados que pueden seguir aplicándose durante un conflicto armado, también cuando este tiene lugar en el mar⁶⁷⁴.

b. Normativa nacional a título de ejemplo (Rules of Navigation on the Water Area of the Northern Sea Route y Northern Canada Vessel Traffic Services Zone Regulations)

En cuanto a la legislación nacional, haremos referencia a las regulaciones de Rusia y Canadá en relación con el Paso Nordeste (desde cabo Norte hacia la costa euroasiática de Siberia hasta el estrecho de Bering)⁶⁷⁵ y Noroeste (a lo largo de la costa ártica norteamericana y canadiense hacia la costa norte de Groenlandia), respectivamente: de una parte, a las *Rules*

(artículo II, *op. cit.*). No obstante, diversos capítulos de SOLAS indican que no se aplican a los buques con inmunidad soberana. De este modo fue expuesto en el análisis convencional previo (Capítulo I).

⁶⁷³ Entró en vigor el 22 de junio de 1985. Instrumento de Adhesión de España, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1993.

⁶⁷⁴ DEMEYERE, B., HENCKAERTS, J.M., HIEMSTRA, H., y NOHLE, E., “The updated ICRC Commentary on the Second Geneva Convention: Demystifying the law of armed conflict at sea”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 98, n.º. 2, 2016, p. 408.

⁶⁷⁵ Recientemente, en febrero de 2021, un carguero ha realizado completo, por primera vez en medio del invierno, este paso nordeste. Se trata del buque ruso Christophe de Margerie. Véase CERRILLO BARCELONA, A., “Un carguero cruza por primera vez en febrero el Ártico: nueva alerta climática”, *La Vanguardia*, 23/02/2021, <https://www.lavanguardia.com/natural/cambio-climatico/20210223/6257941/carguero-cruza-primer-vez-febrero-artico-nueva-alerta-climatica.html> (última consulta en marzo de 2021).

of Navigation on the Water Area of the Northern Sea Route (en adelante *NSRA Navigation Rules*)⁶⁷⁶ y de otra, a los *Northern Canada Vessel Traffic Services Zone Regulations* (NORDREGs). Como consecuencia del deshielo, “se están abriendo nuevas rutas marítimas que hacen navegable el Polo Norte, lo que supone la apertura de nuevos espacios para la creación de rutas marítimas, amenazando las rutas comerciales del Canal de Panamá o del Canal de Suez”⁶⁷⁷. Al respecto, señala el profesor Fernández Sánchez que el Paso del Noroeste y el Paso del Noreste constituyen las dos rutas árticas en juego. “El primero es consecuencia del deshielo en la zona de Canadá y conecta el Atlántico con el Pacífico, a través del Estrecho de Bering y el Estrecho de Davis. El segundo, fundamentalmente en la zona de Rusia”⁶⁷⁸. Señalan Alcaide y Cinelli que “la creciente posibilidad de navegación a través de estos Pasos Interoceánicos, que unen el océano Ártico con el Atlántico y el Pacífico, está llevando, por primera vez, a un único espacio oceánico globalmente interdependiente”⁶⁷⁹. Las normas internas mencionadas albergan una disposición que exige que los buques de pabellón extranjero soliciten permiso para

⁶⁷⁶ “Rules of Navigation on the Water Area of the Northern Sea Route” aprobadas por el Ministerio de Transporte de Rusia el 17 de enero de 2013. Disponibles en

<https://perma.cc/W99K-WVE7> (consultada por última vez el 16 de marzo de 2020).

⁶⁷⁷ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., “Cambio climático y derecho del mar”, *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, *op. cit.*, p. 288.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 289.

⁶⁷⁹ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.; CINELLI, C., “La ‘cuestión ártica’ y el Derecho Internacional”, *REDI*, vol. 61, n.º. 2, 2009, p. 394. Para un análisis de la gobernanza de estas nuevas rutas comerciales marinas véase Pablo A., “Cambio climático y derecho del mar”, *ibid.*, pp. 288-293. Véase también KRASKA, J., “Governance of Ice-Covered Areas: Rule Construction in the Arctic Ocean”, *Ocean Development and International Law*, vol. 45, 2014, pp. 260-271; FRANCKX, E., “The ‘New’ Arctic Passages and the ‘Old’ Law of the Sea en *Jurisdiction over Ships: Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, *op. cit.*, pp. 194-216; SOLSKI, J., “Russia” en BECKMAN, Robert C. y otros (eds.), *Governance of Arctic Shipping*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2017, pp. 173-216; LALONDE, S., “The Northwest Passage and Northern Sea Route: sovereignty and responsibilities” en IGLESIAS SÁNCHEZ, S., CONDE, E. (coords.), *Global Challenges in the Arctic Region: Sovereignty, environment and geopolitical balance*, Routledge, New York, London, 2017, pp. 42-74; VALDÉS HÚMERA, S., *La controvertida naturaleza jurídica de las nuevas rutas de navegación por el Ártico*, Trabajo de Fin de Grado (Derecho Internacional Público), Universidad Pontificia Comillas, 2019.

entrar en sus aguas en el Ártico, incluidas su Mar Territorial y su Zona Económica Exclusiva.

La regulación rusa de la Ruta del Mar del Norte no es nueva; la Federación Rusa, y la Unión Soviética (URSS) antes que ella, han regulado la navegación en la Ruta del Mar del Norte durante años⁶⁸⁰. Podría argumentarse que muchas de las políticas que motivan tal regulación, sirven para proteger el interés legítimo de Rusia de preservar el medio ambiente marino a lo largo de su frontera norte⁶⁸¹. Sin embargo, y a pesar de esta preocupación ambiental válida, tal y como señala Sean Fahey, los intereses legítimos de los Estados ribereños deben equilibrarse con la amenaza de la denominada “creeping jurisdiction”, es decir, los intentos de los Estados ribereños de extender su soberanía y alcance jurisdiccional al dominio marítimo de manera incompatible con el derecho del mar, impidiendo ilegalmente la libertad de los mares. La disposición señalada parece hacer precisamente eso⁶⁸². En la actualidad, *todos* los buques de pabellón extranjero deberán obtener la autorización de Rosatom⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Véase al respecto FRANCKX, E., “The Legal Regime of Navigation in the Russian Arctic”, *Journal Transnational Law & Policy*, v. 18, 2009, p. 327 (citado por Sean Fahey en “Access Control: Freedom of the Seas in the Arctic and the Russian Northern Sea Route Regime”, *Harvard National Security Journal*, Vol. 9, 2018, p. 158); OSTRENG, W., “The Northern Sea Route: a new era in Soviet policy”, *Ocean Development and International Law*, vol. 22, 1991, pp. 259-287.

⁶⁸¹ FAHEY, S., *op. cit.*, p. 159. Véase también ROMAN, D., “Legal Regulation of Navigation through the Northern Sea Route”, *China Oceans L. Rev.* vol. 2, 2013, pp. 139, 150.

⁶⁸² FAHEY, S., *op. cit.*, p. 159. Véase al respecto NEGROPONTE, John D., “Who Will Protect Freedom of the Seas?”, *U.S. Department of State Bulletin*, n.º. 86, 1986, pp. 41-43; OXMAN, Bernard H., “The Territorial Temptation: A Siren Song at Sea”, *The American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, pp. 830, 840-43, 850-51.

⁶⁸³ Empresa de propiedad estatal rusa y cuerpo regulador para el complejo nuclear de dicho país. Anteriormente, la encargada de supervisar y administrar la navegación por la Ruta del Mar del Norte era la entidad gubernamental Northern Sea Route Administration (NSRA). Véase al respecto FAHEY, S., *op. cit.*, pp. 159, 174; HUMPERT, M., “Russia to Reorganize Northern Sea Route Competencies”, *HIGH NORTH NEWS*, 10 de noviembre de 2017 (disponible en <https://perma.cc/6VGG-XARB>); DIGGES, C., “Rosatom’s Northern Sea Route Legislation Ignites Arguments”, *BELLONA*, 3 de mayo de 2018 (disponible en <https://perma.cc/6NLT-B9F9>);

Subrayamos *todos* porque las *NSRA Navigation Rules* no incluyen una exención expresa para los buques inmunes soberanos. Esta omisión no pasa inadvertida, ya que en el proyecto de la norma rusa se proponía un procedimiento de autorización para que los buques de guerra extranjeros entraran en la Ruta del Mar del Norte y se prohibía que las aeronaves extranjeras volaran por encima de ella. Finalmente, esta prohibición propuesta no se incluyó en las *NSRA Navigation Rules*; en cambio, la regulación guarda silencio sobre la cuestión de los buques inmunes soberanos y, al menos, siguiendo la literalidad de su texto, se aplican por igual a todos los buques⁶⁸⁴. Skaridov subrayaba que, de acuerdo con el proyecto de la norma, los buques militares, así como los buques en servicio gubernamental podrían pasar por Ruta del Mar del Norte solo después de obtener un permiso diplomático especial⁶⁸⁵. En consonancia con este anterior proyecto, en noviembre de 2018, Mikhail Mizintsev, Jefe del National Defense Management Center, prometió que para el comienzo de la temporada de navegación de 2019, los buques de guerra extranjeros y otros buques gubernamentales destinados a fines no comerciales, solo podrían navegar por la Ruta del Mar del Norte previa notificación⁶⁸⁶. En este sentido, en marzo de 2018, el Ministerio de Defensa de Rusia ya había redactado las enmiendas legislativas

STAALESEN, A., "Moscow adopts 15-year grand plan for Northern Sea Route", *The Barents Observer*, 31 de diciembre de 2019 (disponible en:

<https://thebarentsobserver.com/en/arctic/2019/12/moscow-adopts-15-year-grand-plan-northern-sea-route>). (Los tres últimos artículos han sido consultados por última vez el 16 de marzo de 2020).

⁶⁸⁴ FAHEY, S., *op. cit.*, p. 184.

⁶⁸⁵ SKARIDOV, Alexander S., "Northern Sea Route: Legal Issues and Current Transportation Practice" en NORDQUIST, Myron H., HEIDAR, Tomas H., MOORE, John N. (eds.), *Changes in the Arctic Environment and the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 283, 301. Véase en el mismo sentido a FRANCKX, E., "The Legal Regime of Navigation in the Russian Arctic", *op. cit.*, pp. 341-342 (ambos autores citados por Sean Fahey, *ibid*).

⁶⁸⁶ Véase dicha declaración en: <https://www.kommersant.ru/doc/3818209?query=Мизинцев>; <https://www.interfax.ru/russia/640154>, (última consulta el día 18 de marzo de 2020).

correspondientes⁶⁸⁷. La ausencia de exención no afecta en modo alguno a la protección de que gozan los buques de guerra extranjeros y otros buques inmunes soberanos en virtud del derecho internacional, incluso cuando operan en la Ruta del Mar del Norte. Enfatiza Sean Fahey que uno de los principios fundamentales del derecho del mar es la inmunidad soberana, la cual describe como la libertad de que gozan los buques guerra y otros buques gubernamentales operados con fines no comerciales de la jurisdicción e interferencia de los Estados ribereños⁶⁸⁸. De hecho, Oxman ha argumentado que “if there is anything that is clear from the legislative record of the Conference on the Law of the Sea, it is that one of the primary motivations of the major maritime powers in negotiating a new Convention was to protect the broadest possible freedom to conduct military activities at sea”⁶⁸⁹. En el caso de los buques de guerra, esto supondría maniobras, patrullas, fondeo, vigilancia y ejercicios con armas⁶⁹⁰, y en el caso de todos los buques gubernamentales esto incluye el derecho a ejercer los derechos de navegación establecidos en la CNUDM⁶⁹¹. No obstante, y pese a la aseveración de Oxman, señala McDorman que “there are differences of views amongst states on

⁶⁸⁷ Véase el *Draft Resolution of the Government of Russia on Amendments to the Resolution of the Government of Russia No. 1102, 2 October 1999*, “On the rules of navigation and presence of foreign warships and other state-owned ships operated for non-commercial purposes in the territorial sea, internal waters, on naval bases, and bases for stationing warships in seaports of the Russian Federation”, disponible en <https://regulation.gov.ru/projects#npa=89000> (última consulta el 1 de abril de 2021), que analizaremos a continuación y que, en el momento en que se escriben estas líneas, no nos consta su entrada en vigor. El citado proyecto es de 1 de marzo de 2019. Señala Edward T. Canuel que “Each Arctic state’s domestic law must be considered when reviewing the reach and breadth of Arctic law. Domestic law trends offer deeper insights into how law converges with and is shaped by social, economic and political factors. Domestic law evidences the legal issues most relevant for each Arctic state and provides a guidepost for diverse investors, affected citizens, and various constituencies”. CANUEL, Edward T., “The four arctic law pillars: a legal framework”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 735, 745.

⁶⁸⁸ FAHEY, S., *op. cit.*, p. 184.

⁶⁸⁹ OXMAN, Bernard H., *op. cit.*, pp. 831-832.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 826.

⁶⁹¹ Véase McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, p. 91.

the application of navigational rights (in particular, innocent and transit passage rights) and the conditioning of such rights respecting warships and other sovereign immune vessels in the territorial sea. There are also differing views among states on whether UNCLOS and/or international law permits certain types of actions by sovereign immune vessels (i.e., warships) within a coastal states waters whether they be the territorial sea or the EEZ”⁶⁹². Sin embargo, el contexto de la doctrina oficial del Estado ruso sobre el Ártico, con especial énfasis en la aplicación de sistemas nacionales de “control” sobre la región (por ejemplo, y a este respecto el *Draft Resolution of the Government of Russia on Amendments to the Resolution of the Government of Russia No. 1102, 2 October 1999*) y múltiples referencias a la Ruta del Mar del Norte como aguas “históricas” de Rusia, y la circunstancia de creciente presencia militar rusa en la región del Ártico⁶⁹³, hacen preocupante⁶⁹⁴ la falta de exención para los

⁶⁹² *Ibid.* Véase al respecto KRASKA, J., “Excessive Coastal State Jurisdiction: Shipboard Armed Security Personnel”, *op. cit.*, section 3 y 4; FRANCO GARCÍA, M.A., “Las actividades militares de los buques de guerra de terceros estados en los espacios marítimos de soberanía o jurisdicción del estado ribereño”, *op. cit.*

⁶⁹³ Sobre la actividad militar rusa en la Ruta del Mar del Norte véase una recopilación de opiniones en FAHEY, S., *ibid.*, pp. 185-186. Este autor trae a colación opiniones dispares: algunos comentaristas sugieren que la reciente actividad militar rusa en el Ártico es un desarrollo provocativo; otros, sostienen que Rusia está actuando racionalmente en la región para desarrollar los activos y la infraestructura necesarios en aras de la protección de sus intereses soberanos. Para el año 2035, el gobierno ruso tiene la intención de construir al menos 40 buques árticos, mejorar 4 aeropuertos regionales, construir ferrocarriles y puertos marítimos y facilitar una explotación masiva de los recursos naturales del Ártico. Véase STAALESEN, A., “Moscow adopts 15-year grand plan for Northern Sea Route”, *op. cit.* Moscú está reabriendo bases militares soviéticas abandonadas en islas remotas del Ártico. Véase al respecto “Rusia apuesta por el Ártico con la instalación de una base militar” en *Galaxia Militar* (Información de Defensa y Actualidad Militar), 5 de abril de 2019 (disponible en <http://galaxiamilitar.es/rusia-apuesta-por-el-artico-con-la-instalacion-de-una-base-militar/>, consultada por última vez el 18 de marzo de 2020) Señalaba Robbie Gramer en 2017 que: “The numbers don’t lie. In recent years, Russia unveiled a new Arctic command, four new Arctic brigade teams, 14 new operational airfields, 16 deepwater ports, and 40 icebreakers with an additional 11 in development.” GRAMER, R., *Here’s What Russia’s Military Build-Up in the Arctic Looks Like*, FOREIGN POL’Y, 25 de enero, 2017 (<https://foreignpolicy.com/2017/01/25/heres-what-russias-military-build-up-in-the-arctic-looks-like-trump-oil-military-high-north-infographic-map/>, consultada por última vez el 18 de marzo de 2020).

⁶⁹⁴ FAHEY, S., *op. cit.*, p. 186.

buques inmunes soberanos. Su ausencia plantea interrogantes⁶⁹⁵ en cuanto a la medida en que Rusia puede tener la intención de influir en las operaciones de los buques, incluidos los buques con inmunidad soberana, en la Ruta del Mar del Norte. En cuanto a las referencias a la Ruta del Mar del Norte como aguas “históricas” de Rusia, Fernández Sánchez califica el Paso del Noreste como “un corredor que podría considerarse nacional ruso”, el cual “atraviesa la zona económica exclusiva rusa”⁶⁹⁶. Por el contrario, señala el autor que “no debe considerarse como una ruta lineal bien definida sino como un conjunto de zonas marítimas del norte de Rusia, cuyas rutas se van modificando en función de las condiciones climatológicas”⁶⁹⁷. De este modo, “Rusia considera, (...), que está legitimada para exigir condiciones por este paso, al tratarse de zona económica exclusiva, e incluso de aguas interiores y estar, por tanto, bajo su jurisdicción”⁶⁹⁸. No obstante, precisa el autor que, “aunque muchos Estados aceptan esta interpretación, Estados Unidos considera que estamos ante un estrecho internacional y, por lo tanto, debe aplicarse el derecho de paso en tránsito, que regula estas vías estrecharías”⁶⁹⁹. Señala Sean Fahey que más allá de su potencial económico, la Ruta del Mar del Norte está estrechamente vinculada a la identidad nacional de Rusia, y existe “an increasing sense of urgency in Russia to develop and exert sovereignty over the Northern Sea Route and Russia’s EEZ”⁷⁰⁰, debido en parte al aumento de la presencia de buques extranjeros en el Ártico ruso. La clasificación por parte de Rusia de toda la Ruta del Mar del Norte como “histórica” en la legislación y la doctrina

⁶⁹⁵ *Ibid.*

⁶⁹⁶ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., “Cambio climático y derecho del mar”, *op. cit.*, p. 291.

⁶⁹⁷ Véase a FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., *ibid.*, citando a C. L. Ragner, “The Northern Sea Route”, traducción al inglés del artículo RAGNER, C. L., *Den norra sjövägen*, en HALLBERG, T. (ed): *Barents-ett gränsland i Norden*, Arena Norden, Stockholm, 2008, pp. 114-127. Ver la traducción en www.fni.no/doc&pdf/clr-norden-nsr-en.pdf, p. 1.

⁶⁹⁸ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., *ibid.*

⁶⁹⁹ *Ibid.*

⁷⁰⁰ Véase Sean Fahey (*op. cit.*, p. 170) citando a Conley y Rohloff en *The new ice curtain: Russia’s strategic reach to the Arctic*, 2015, pp. 23-25.

oficial del Estado es significativa. Así, por ejemplo, el artículo 2 de la *Federal Law of 28 July 2012 No. 132-FZ of the Russian Federation on Amendments to Specific Legislative Acts of the Russian Federation Related to Governmental Regulation of Merchant Shipping in the Water Area of the Northern Sea Route*: “Navigation in the area of the Northern Sea Route, a historically developed national transport communication of the Russian Federation...”⁷⁰¹. En este sentido, recuérdese que el Estado ribereño tiene soberanía sobre las Aguas Interiores y el espacio aéreo su-prayacente y puede exigir que los buques y aeronaves de pabellón extranjero, incluidos los buques de guerra y las aeronaves militares, soliciten permiso para entrar (arts. 2 y 8 CNUDM). Solo existen dos excepciones: en primer lugar, los buques o aeronaves de pabellón extranjero que se encuentren en peligro, o que ayuden a los que se encuentren en peligro, pueden entrar en las Aguas Interiores y en el espacio aéreo, sin el permiso del Estado ribereño. En segundo lugar, los buques de todos los Estados pueden ejercer el derecho de paso inocente en las zonas de Aguas Interiores delimitadas mediante la adopción de líneas de base rectas por el Estado ribereño, si las aguas delimitadas eran anteriormente Alta Mar o Mar Territorial⁷⁰². Hay que tener presente que, aunque Rusia no ha hecho todavía una reclamación diplomática oficial de que la totalidad de la Ruta del Mar del Norte -o más específicamente, las aguas que constituyen el área de la Ruta del Mar del Norte- tiene el estatuto jurídico distintivo de “aguas históricas” o “Aguas Interiores”, en el pasado, Rusia ha reivindicado oficialmente ciertas aguas del Ártico como “históricas” o “Interiores”⁷⁰³; incluyendo varios estrechos

⁷⁰¹ Disponible en http://www.nsr.ru/en/ofitsialnaya_informatsiya/zakon_o_smp.html). Las aguas “históricas”, si se establecen legalmente, señala Fahey, tienen el mismo carácter jurídico que las “aguas interiores”. Véase Fahey (*ibid*) apoyándose en los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: Anglo-Norwegian Fisheries case (Fisheries case (UK v. Norway) 1951 I.C.J. Rep. 117, 130, *op. cit.*; Continental Shelf (Tunis. v. Libya), Judgment, 1982 I.C.J. Rep. 18, 99-100 (Feb. 24); Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Sal. & Nicar. v. Hond.), Judgment, 1992 I.C.J. Rep. 351, 384-87 (Sept. 11).

⁷⁰² Véase *Commander's Handbook*, *op. cit.*, párrafos 2.5.1, 2.5.2.6, 3.2.1.

⁷⁰³ Véase TYMCHENKO, L., “The Northern Sea Route: Russian management and jurisdiction over navigation in Arctic Seas”, *op. cit.*, pp. 269, 277-81.

internacionales a lo largo de la Ruta del Mar del Norte⁷⁰⁴. Sin embargo, señala Fahey que además de nombrar estrechos internacionales específicos, las declaraciones rusas y soviéticas anteriores sobre las “aguas históricas” de la Ruta del Mar del Norte han carecido en general de definición, tanto jurídica como geográficamente. En este sentido concluye el autor que, en lugar de reivindicar expresamente la Ruta del Mar del Norte como “aguas históricas” o “Aguas Interiores”, “Russian domestic legislation and State doctrine rely on unique terminology that may or may not have meaning under international law”⁷⁰⁵.

Dado que las *NSRA Navigation Rules* se aplican en partes del Mar Territorial ruso, incluidas las aguas rusas que forman parte de los Estrechos utilizados para la navegación internacional, el hecho de exigir a los buques que soliciten permiso para entrar y navegar en las aguas de la Ruta del Mar del Norte entra directamente en conflicto con los derechos de paso inocente y de paso en tránsito. Aunque la CNUDM no prevé explícitamente el derecho de paso inocente de los buques de guerra, siguiendo al Convenio de Ginebra sobre el Mar Territorial, en palabras de Remiro Brotóns, la Convención “presume el derecho de paso”, al disponer que cuando un buque de guerra no cumpla las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso y no acate la invitación para que los cumpla, podrá este exigirle que salga inmediatamente del mar territorial (...)”⁷⁰⁶. Sin embargo, sigue advirtiendo el autor que “esta disposición (art. 30 CNUDM) no cierra el debate, pues hay quienes niegan su carácter declarativo de una norma consuetudinaria. Hay, en efecto, Estados que mantienen en sus legislaciones la necesidad de la previa *notificación* o *autorización* y que de una manera u otra lo han hecho valer

⁷⁰⁴ Véase BRUBAKER, R. Douglas en MANGONE, Gerard J. ed., *The Russian Arctic Straits*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2005, pp. 34-35; ROACH, J. Ashley y SMITH, Robert W., *Excessive Maritime Claims*, op. cit., p. 53.

⁷⁰⁵ FAHEY, S., op. cit., p. 171. Para un análisis detallado de la cuestión véase al mismo autor, *ibid.*, pp. 171-175.

⁷⁰⁶ REMIRO BROTONS, A., (en Remiro Brotóns y otros), *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2010, p. 523. *Ibid.* Paréntesis añadido.

en declaraciones interpretativas al firmar la Convención⁷⁰⁷. Si bien los Estados ribereños pueden aprobar leyes y reglamentos relativos al paso inocente y al paso en tránsito, por ejemplo, en lo que respecta a la seguridad de la navegación, la reglamentación del tráfico marítimo y la prevención, reducción y control de la contaminación, es posible que esas leyes no tengan el efecto práctico de denegar o menoscabar los derechos de paso inocente o de paso en tránsito⁷⁰⁸. En este sentido, Todorov afirma que la CNUDM permite que el procedimiento de autorización para la navegación se extienda al Mar Territorial (al igual que a la ZEE, como veremos a continuación), independientemente del derecho de paso inocente, a través precisamente de la promulgación de las anteriores leyes y reglamentos⁷⁰⁹. Solski señala que no está del todo claro si estas facultades incluyen el derecho a prescribir la notificación previa obligatoria⁷¹⁰. La notificación previa ha dividido a los Estados durante mucho tiempo. Independientemente de los numerosos intentos de abordar el asunto, sigue siendo polémica la cuestión de si un Estado ribereño tiene derecho a exigir la notificación previa de los “high-risk vessels”, como los buques de guerra o los buques mercantes que transportan materiales peligrosos o nocivos, incluidos los desechos peligrosos o los materiales radioactivos⁷¹¹. Rumania y Lituania prohíben el paso a través de su Mar Territorial de los buques que transporten armas nucleares y otras armas de destrucción masiva⁷¹². Churchill señala que la CNUDM es “arguably

⁷⁰⁷ *Ibid.* Paréntesis añadido.

⁷⁰⁸ FAHEY, S., *op. cit.*, p. 176.

⁷⁰⁹ TODOROV, A., “Where does the Northern Sea Route Lead To?” en *Russian International Affairs Council*, March 18, 2019. Disponible en <https://russiancouncil.ru/en/analytics-and-comments/analytics/where-does-the-northern-sea-route-lead-to/> (consultada por última vez el 18 de marzo de 2020).

⁷¹⁰ SOLSKI, Jan J., “Navigational rights of warships through the Northern Sea Route (NSR) -all bark and no bite?” en *The blog of the Norwegian Centre for the Law of the Sea (The NCLOS Blog)*, 31 de Mayo, 2019 (última consulta el 18 de marzo de 2020).

⁷¹¹ *Ibid.*

⁷¹² Véase HONG, N., “Freedom of Navigation: Where to Go When the Political Agenda Overshadows Legal Substance” en NORDQUIST, Myron H., NORTON MOORE, J. y LONG, R.

unclear or ambiguous about whether a coastal State may require prior notification of the passage of ships carrying hazardous cargoes through its territorial sea as part of its powers under Article 21”⁷¹³. Al adherirse o ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, muchos Estados decidieron formular declaraciones en las que expresaban sus opiniones sobre la notificación previa. En virtud del artículo 310 de la CNUDM, Bangladesh, China, Ecuador, Egipto, Malta, Montenegro y Serbia emitieron declaraciones en las que reivindican el derecho a exigir la notificación previa de algunas categorías de buques⁷¹⁴. Por otra parte, algunos Estados sintieron la necesidad de declarar su oposición a la notificación previa como incompatible con el derecho de paso inocente. Entre estos Estados figuran Alemania, Italia, los Países Bajos y el Reino Unido⁷¹⁵. En una línea similar, Estados Unidos y la Unión Soviética rechazaron el requisito de la notificación previa relativa al paso inocente de todos los buques, incluidos los buques de guerra, independientemente de la carga, el armamento o los medios de propulsión⁷¹⁶. En cualquier caso, Solski hace referencia a los artículos 24 y 32 de la CNUDM⁷¹⁷. Análogamente, tal como se aplica a la ZEE

(eds.), *Cooperation and Engagement in the Asia-Pacific Region*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2020, p. 181.

⁷¹³ CHURCHILL, Robin R., “The impact of state practice on the jurisdictional framework contained in the LOS Convention”, en OUDE ELFERINK, Alex G. (ed), *Stability and Change in the Sea: The Role of the LOS Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden; Boston 2005, p. 114.

⁷¹⁴ Todas las declaraciones están disponibles en *United Nations Treaty Collection*, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en (consultada por última vez el 18 de marzo de 2020).

⁷¹⁵ Véanse estas declaraciones en *United Nations Treaty Collection*, *ibid*. Véase también con relación a todas estas declaraciones ALONSO MARTÍNEZ, G., *El Derecho de Paso Inocente de los Buques de Guerra a través del Mar Territorial*, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁷¹⁶ Véase el Párrafo 2 de la “Joint Statement with Attached Uniform Interpretation of Rules of International Law Governing Innocent Passage” de 1989, 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.pdf>.

⁷¹⁷ El artículo 24 de la CNUDM estipula que “el Estado ribereño no pondrá dificultades al paso inocente de buques extranjeros por el mar territorial (...)”. Véase SOLSKI, Jan J., “Navigational rights of warships through the Northern Sea Route (NSR) -all bark and no bite?”, *op. cit.*

rusa dentro de la Ruta del Mar del Norte, exigir a los buques que soliciten permiso entra en conflicto⁷¹⁸ con las libertades y derechos previstos en los artículos 58 y 87 de la CNUDM, incluida la libertad de navegación. A diferencia del Mar Territorial, los Estados ribereños no gozan de “soberanía” sobre la ZEE, sino más bien de “competencias soberanas” específicas y limitadas relacionadas con los recursos naturales y de una jurisdicción limitada en la materia⁷¹⁹. Más allá de esos derechos limitados, se aplican las libertades en Alta Mar⁷²⁰. Todo ejercicio de los derechos o la jurisdicción de los Estados ribereños en la ZEE debe tener “debidamente en cuenta” esas libertades y debe ser “compatible con” la CNUDM⁷²¹. No obstante, y pese al menoscabo de la libertad de navegación, la justificación jurídica para el procedimiento de autorización,

⁷¹⁸ FAHEY, S., *op. cit.*, p. 176.

⁷¹⁹ Véase artículo 56 CNUDM. Para un examen detallado de la distinción entre los términos “soberanía” del artículo 2 de la CNUDM y “derechos de soberanía” del artículo 56 de la CNUDM, véase KRASKA, J. y PEDROZO, R., *Internacional Maritime Security Law*, Brill, Leiden, 2013, pp. 233-240. Señala Nong Hong que los derechos de soberanía otorgados a los Estados ribereños en la ZEE “brought about the possibility of conflicts with the community interest of navigation”. It may be argued that article 58 (3) of UNCLOS creates two additional sources of legal limitations on the high seas freedom of navigation in the EEZ beyond those existing on the high seas”. HONG, N., “Freedom of Navigation: Where to Go When the Political Agenda Overshadows Legal Substance”, *op. cit.*, p. 181. Robertson se refiere a estas dos fuentes como “incompatible uses authorized or actually conducted by the coastal State” y “laws and regulations adopted by the coastal State”. ROBERTSON, Horace B., “Navigation in the Exclusive Economic Zone”, *Virginia Journal of International Law*, v. 24, 1984, p. 865 (citado por Nong Hong, *ibid*).

⁷²⁰ Artículos 58 y 87 CNUDM.

⁷²¹ Véase artículo 56. 2 CNUDM.

la encuentra Rusia en el artículo 234⁷²² de la CNUDM⁷²³. Aunque el artículo 234 CNUDM otorga a los Estados ribereños el derecho a hacer cumplir las leyes para la prevención, reducción y control de la contaminación marina procedente de buques en "zonas cubiertas de hielo" de su ZEE, este derecho no es absoluto y no implica ninguna reivindicación de soberanía sobre las aguas de la ZEE⁷²⁴. Este derecho también se limita a las zonas dentro de la ZEE del Estado ribereño donde la "especial severidad de las condiciones climáticas y la presencia de hielo (...) durante la mayor parte del año" crean "obstrucciones o peligros para la navegación", "y la contaminación del medio marino" puede causar daños de importancia al equilibrio ecológico. Dicho de otro modo, los Estados ribereños no pueden hacer uso del derecho previsto en el artículo 234, basándose únicamente en la mera presencia de hielo. No obstante, tal y como pone de manifiesto Fahey, se podría argumentar que las

⁷²² De conformidad con el artículo 234, "los Estados ribereños tienen derecho a dictar y hacer cumplir leyes y reglamentos no discriminatorios para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques en las zonas cubiertas de hielo dentro de los límites de la zona económica exclusiva, donde la especial severidad de las condiciones climáticas y la presencia de hielo sobre esas zonas durante la mayor parte del año creen obstrucciones o peligros excepcionales para la navegación, y la contaminación del medio marino pueda causar daños de importancia al equilibrio ecológico o alterarlo en forma irreversible. Esas leyes y reglamentos respetarán debidamente la navegación y la protección y preservación del medio marino sobre la base de los mejores conocimientos científicos disponibles."

⁷²³ Roman y Solski, así como Todorov, son partidarios de esta postura. ROMAN, D., "Legal Regulation of Navigation through the Northern Sea Route", *op. cit.*, nota 370, pp. 142-143; SOLSKI, Jan J.: "New Developments in Russian Regulation of Navigation on the Northern Sea Route", *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 4, 2013, pp. 94-110 y "Navigational rights of warships through the Northern Sea Route (NSR) -all bark and no bite?", *op. cit.*; TODOROV, A., "Where does the Northern Sea Route Lead To?", *op. cit.*

⁷²⁴ FAHEY, S., *op. cit.*, p. 176. A este respecto señala Fahey, citando a Nordquist, Rosenne y Yankov, que la CNUDM establece una distinción específica entre el término "derecho" del artículo 234 y el término "derechos de soberanía" del artículo 56. El artículo 234 no hace ninguna mención alguna a la "soberanía" ni siquiera a los "derechos de soberanía". *Ibid.* Véase también NORDQUIST, Myron H., ROSENNE, S. y YANKOV, A. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (...)*, Vol. IV, *op. cit.*, p. 398. Kraska señala que el artículo 234 "only grants coastal state authority over vessel source pollution, and does not include remits of special sovereignty or sovereign rights, or interests in national security, customs regulations, or law enforcement jurisdiction to the coastal state." KRASKA, J., "Governance of Ice-Covered Areas: Rule Construction in the Arctic Ocean", *op. cit.*, p. 266.

condiciones naturales de la Ruta del Mar del Norte satisfacen actualmente los criterios para que se aplique el artículo 234⁷²⁵.

Aunque el procedimiento de autorización previsto en las *NSRA Navigation Rules* no esté directamente relacionado con la prevención, reducción o control de la contaminación marina causada por buques, podría argumentarse que, al menos, tiene algún nexo general con la prevención de la contaminación marina. Dada la naturaleza peligrosa de las operaciones en las aguas del Ártico, puede haber ciertas medidas reglamentarias que, aunque generalmente se consideran “*safety measures*”, podrían tener un propósito de prevención de la contaminación marina causada por buques⁷²⁶. A este respecto, el referido procedimiento de autorización proporciona un mecanismo para, en palabras de Fahey, “*filter out vessels that fail to meet the NSRA’s regulatory criteria for admission; criteria that, seemingly, have a legitimate safety and environmental protection nexus*”⁷²⁷. Dicho esto, como puede observarse, la disposición que exige a los buques de pabellón extranjero solicitar permiso para entrar a la ZEE rusa dentro de la Ruta del Mar del Norte, solo tiene una conexión generalizada, y tenue, con la prevención, la reducción y el

⁷²⁵ FAHEY, S., *op. cit.*, p. 177. Sin embargo, señala el autor que “ironically, (...) the same climate change that is allowing the Northern Sea Route to become more commercially viable may also affect Russia’s ability to rely on Article 234 in the future.” *Ibid.* Para un análisis del riesgo de confiar en el artículo 234 a la luz de las cambiantes condiciones geográficas véase “Diplomatic Note from the Government of the United States to the Government of the Russian Federation regarding the Northern Sea Route Regulatory Scheme”, *Digest of United States Practice in International Law*, 2015, pp. 526-528 (CarrieLyn D. Guymon, Off. of Legal Advisor, U.S. Dep’t of State ed. 2015); FRANCKX, E., “Should the Law governing maritime areas in the Arctic adapt to changing climatic circumstances?”, *California Western International Law Journal*, vol. 41, 2011, p. 410.

⁷²⁶ FAHEY, S., *ibid.* Señala Chircop que las leyes y reglamentos dictados en virtud del artículo 234 plantean la cuestión de si “such regulations must necessarily be limited to pollution related purposes, or whether they could also be for safety purposes (...) In practice, situations will occur in a polar context where it will likely be difficult to distinguish between pollution and safety regulation. A large measure of safety regulation is essential to prevent incidents or casualties which could have a detrimental impact on the marine environment.” CHIRCOP, A., “The growth of international shipping in the Arctic: is a regulatory review timely?”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 24, 2009, p. 371 (citado por S. Fahey, *ibid.*).

⁷²⁷ FAHEY, S., *ibid.*, p. 178.

control de la contaminación del medio marino causada por buques. En este sentido señala Fahey que “at best, the information submitted by a foreign-flagged vessel in its permit application could arguably in identifying “at risk” vessels; it is debatable whether the utility of this as a vessel-borne pollution control measure justifies requiring foreign-flagged vessels to request permission to enter the Northern Sea Route, particularly those vessels engaged in innocent passage, transit passage, or exercising high seas freedom of navigation in the EEZ”⁷²⁸. Además, los intereses legítimos de los Estados ribereños no justifican por sí mismos que estos prohíban a los buques de pabellón extranjero el ejercicio de los derechos y libertades de navegación, incluso en “zonas cubiertas de hielo”. De este modo, quedó plasmado en el artículo 234 de la CNUDM, que exige que todo Estado ribereño que ejerza su “derecho” en virtud de dicho artículo, “*respete* debidamente la navegación”⁷²⁹. Durante las negociaciones de la CNUDM, una de las primeras propuestas formuladas en aras al fortalecimiento de la autoridad del Estado ribereño para controlar la contaminación procedente de buques en zonas ecológicamente vulnerables, guardaba silencio respecto a la libertad de los mares; en cambio, se centró en las condiciones geográficas y ambientales apropiadas para justificar el fortalecimiento de la autoridad del Estado ribereño. Esta propuesta no fue adoptada⁷³⁰. En última instancia, se incluyó en el texto de negociación de la Convención una referencia expresa que incorporaba la libertad de navegación. Esta incorporación se debió en gran medida a las negociaciones directas entre Canadá, la U.R.S.S y Estados Unidos, quienes, a pesar de sus intereses contrapuestos, intentaron lograr un equilibrio entre el Estado ribereño y la libertad de los mares⁷³¹. El texto final del artículo 234 se redactó para garantizar que

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 178.

⁷²⁹ Cf. art. 234 (cursiva añadida).

⁷³⁰ NORDQUIST, Myron H., ROSENNE, S. y YANKOV, A. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (...)*, Vol. IV, *op. cit.*, p. 397.

⁷³¹ Sobre los problemas de larga data en la interpretación del texto de negociación, acaecidos por los mencionados intereses contrapuestos, véase FRANCKX, E., “Should the Law governing maritime areas in the Arctic adapt to changing climatic circumstances?”, *op. cit.*, p. 415.

todo ejercicio del derecho del Estado ribereño en virtud del artículo respetara “debidamente la navegación y la protección y preservación del medio marino”⁷³². Mientras que el artículo 211 (6) de la CNUDM constituye la disposición general sobre áreas especiales (áreas particularmente vulnerables de la ZEE con necesidades de protección especial que no pueden satisfacerse mediante normas generales), el artículo 234 es la *lex specialis* para las zonas cubiertas de hielo. Ambas disposiciones comparten su historia de negociación y redacción hasta el “Revised Single Negotiating Text (Part III)”, que introdujo una disposición separada para las zonas cubiertas de hielo. El artículo 21 del “Revised Single Negotiating Text (Part III)” se convirtió en el artículo 211, mientras que el artículo 43 del mismo se convirtió en el artículo 234⁷³³. La “ambigüedad textual” del artículo 234 plantea más preguntas que respuestas en cuanto al alcance permisible de las leyes del Estado ribereño en las zonas cubiertas de hielo⁷³⁴. En este sentido, señala Kraska que “a 1981 study initiated by the UN General Assembly prepared for the secretary-general, for example, indicated that environmental governance of ice-covered areas was a regulatory function shared between the flag state and,

⁷³² Véase un comentario pormenorizado del artículo 234 en FRANCKX, E. y BOONE, L., “Article 234. Ice-covered Areas” en PROELSS, A. (ed.), *The United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, op. cit., pp. 1566-1585.

⁷³³ BARTENSTEIN, Massarella, K., “Article 211. Pollution from vessels” en PROELSS, A. (ed.), *The United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, *ibid.*, p. 1437. Véanse los artículos 21 y 43 en “Revised Single Negotiating Text (Part III)”, UN Doc. A/CONF.62/WP.8/REV.1/PART III, *Official Records of the Third United Nations Conference (...)*, op. cit., pp. 176-177, 180. Sobre el artículo 234 véase también FRANCKX, E. y BOONE, L., “The Northeast Passage and the Northern Sea Route: Unity in Division?” en CHOO, S. (ed), *The 18th International Seminar on Sea Names: Asian and European Perspectives* (7-9 March 2012, Brussels, Belgium), pp. 63-69; DE MAESTRAL, A., “Article 234 of the United Nations Convention on the Law of the Sea: Its Origins and Its Future” en LALONDE, S. y McDORMAN (eds.), *International Law and Politics of the Arctic Ocean: Essays in Honor of Donat Pharand*, Martinus Nijhoff, Leiden; Boston, 2015, pp. 111-124; McDORMAN, Ted L., “A Note on the Potential Conflicting Treaty Rights and Obligations between the IMO’s Polar Code and Article 234 of the Law of the Sea Convention” en *International Law and Politics of the Arctic Ocean (...)*, *ibid.*, pp. 141-159.

⁷³⁴ KRASKA, J., “Governance of Ice-Covered Areas: Rule Construction in the Arctic Ocean”, op. cit., p. 267.

in the EZZ, the coastal state. The precise division of responsibility between them, however, was not explained”⁷³⁵. Se ha hecho referencia al artículo 234 como “probably the most ambiguous, if not controversial, clause in the entire treaty” así como “a witch’s brew, a caldron of legal uncertainty which could be stirred in favor of either the coastal or shipping state”⁷³⁶. Ante la vaguedad de la oración “respetarán debidamente”, Brubaker apela al papel que pueda desempeñar la práctica ulterior de los Estados en la comprensión del alcance permisible del artículo, más que al examen de los comentarios o la historia de su negociación, donde la falta de aclaración es la protagonista⁷³⁷. A pesar de las ambigüedades del texto, incluso bajo la interpretación más amplia de la autoridad del Estado ribereño conferida por el artículo 234, la oración “respetarán debidamente la navegación” sigue constituyendo una importante limitación a la competencia reguladora del Estado ribereño. Así lo expresa Fahey citando a McRae y Goundrey⁷³⁸. Aunque la oración “respetarán debidamente” (“due regard” en la versión lingüística inglesa) no se define en la CNUDM, McRae y Goundrey sugieren que debe entenderse como “reasonable regard”, y que los Estados ribereños que dicten leyes y reglamentos de conformidad con el artículo 234 deben tener “reasonable regard for navigation”⁷³⁹. Existe la reciente propuesta de que el lenguaje utilizado en el capítulo 11 del Código Polar de la OMI relativo a la “Planificación del viaje” podría arrojar luz al significado de “due

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ FRANCKX, E., “Should the Law governing maritime areas in the Arctic adapt to changing climatic circumstances?”, *op. cit.*, p. 415.

⁷³⁷ BRUBAKER, R. Douglas., *The Russian Arctic Straits*, *op. cit.*, p. 51. En este sentido, Brubaker señala que a medida que se desarrolle la práctica ulterior de los Estados, también lo podrá hacer el alcance permisible del Artículo 234. *Ibid.*, pp. 46-54.

⁷³⁸ Véase MCRAE, D. M., GOUNDREY, D. J., “Environmental Jurisdiction in Arctic Waters: The Extent of Article 234”, *University of British Columbia Law Review*, v. 16, 1982, p. 220; FAHEY, S., *op. cit.*, p. 179.

⁷³⁹ McRae & GOUNDREY, *ibid.*, p. 221.

regard”⁷⁴⁰. Otros autores, como Clark, sugieren que el requisito de “due regard” significa que los reglamentos del Estado ribereño no pueden “hamper navigation” a menos que sea necesario⁷⁴¹. Sin lugar a duda, el requisito de *debido respeto* se incluyó en el texto de la Convención para salvaguardar la libertad de navegación⁷⁴². Esto no quiere decir que las acciones de protección del medio ambiente marino estén totalmente subordinadas a las acciones de navegación⁷⁴³. Como afirman Nordquist, Rosenne y Yankov, debe haber un “equilibrio” entre los intereses del Estado ribereño y “los intereses generales de la navegación internacional”⁷⁴⁴. En este sentido, puede afirmarse que la solicitud de permiso expreso de las *NSRA Navigation Rules* parece asemejarse a una prohibición *de facto* de la navegación⁷⁴⁵. El 29 de mayo de 2015, Estados Unidos envió a Rusia una nota diplomática⁷⁴⁶ indicando sus objeciones y preocupaciones respecto a este régimen regulador. Uno de los motivos de

⁷⁴⁰ En cuanto a esta reciente propuesta véase WILLIAMS, Laura C., “An Ocean Between Us: The Implications of Inconsistencies Between the Navigational Laws of Coastal Arctic Council Nations and the United Nations Convention on the Law of the Sea for Arctic Navigation”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 70, 2017, pp. 379-410 (citado por Fahey, *op. cit.*, p. 180).

⁷⁴¹ CLARK, L., “Canada’s Oversight of Arctic Shipping: The Need for Reform”, *Tul. Mar. L.J.*, vol. 33, 2008, p. 90 (citado por Fahey, *ibid.*).

⁷⁴² NORDQUIST, Myron H., ROSENNE, S. y YANKOV, A. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (...)*, Vol. IV, *op. cit.*, p. 397.

⁷⁴³ FAHEY, S., *op. cit.*, p. 180. En este sentido véase también McRae & Goundrey, *op. cit.*, p. 221.

⁷⁴⁴ NORDQUIST, Myron H., ROSENNE, S. y YANKOV, A., Vol. IV, *op. cit.*, p. 393.

⁷⁴⁵ Señala Fahey que “such a prohibitive framework does not balance interests and cannot be understood to have “due”—or reasonable—regard to navigation”. FAHEY, S., *op. cit.*, p. 181.

⁷⁴⁶ “Diplomatic Note from the Government of the United States to the Government of the Russian Federation regarding the Northern Sea Route Regulatory Scheme”, *Digest of United States Practice in International Law*, 2015, *op. cit.*, p. 527: “Additionally, the Northern Sea Route scheme does not seem to provide an express exemption for sovereign immune vessels. As the Russian Federation is aware, Article 236 of the Convention provides that the provisions of the Convention regarding the protection and preservation of the marine environment (including Article 234) do not apply to any warship, naval auxiliary, other vessels or aircraft owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service. The United States requests that the Russian Federation confirm that the Northern Sea Route scheme shall not apply to sovereign immune vessels”.

preocupación de Washington era precisamente el hecho de que las *NSRA Navigation Rules* no recogían una excepción expresa para los buques inmunes soberanos⁷⁴⁷. Este tema es de crucial importancia para Estados Unidos; garantizar la libertad de navegación, mantener la capacidad de desplegar rápidamente sus fuerzas navales y asegurar una presencia naval en regiones estratégicas clave, constituye una de sus políticas prioritarias en los océanos del mundo⁷⁴⁸. Estados Unidos ha tomado medidas como la impugnación de la introducción de un procedimiento basado en la notificación o la autorización para el paso inocente a través del Mar Territorial, en particular en lo que respecta a los buques de Estado. Ejemplo de ello fueron la serie de acciones demostrativas de la U.S. Navy en el Mar de China Meridional destinadas a impugnar el procedimiento basado en la autorización para la navegación en lo que respecta al acceso de los buques de Estado al mar territorial de China⁷⁴⁹. En septiembre de 2018, el *Rhône*, nuevo buque de apoyo y asistencia de la Armada francesa, transitó por el Paso del Noreste, comenzando en Tromsø, Noruega, el 1 de septiembre y finalizando en el puerto Dutch Harbor, Alaska, el 17 de septiembre. La navegación se desarrolló sin problemas; sin embargo, poco después, probablemente en respuesta a este paso⁷⁵⁰, en noviembre de 2018, los medios de comunicación publicaron la citada declaración de Mikhail Mizintsev, Jefe del National

⁷⁴⁷ *Ibid.*

⁷⁴⁸ TODOROV, A., “Where does the Northern Sea Route Lead To?”, *op. cit.* Como parte del *US Freedom of Navigation Program* véase al respecto “DoD Annual Freedom of Navigation (FON) Reports”, *Under Secretary of Defense for Policy, U.S. Department of Defense*, <https://policy.defense.gov/OUSDP-Offices/FON/> (consultado por última vez el 18 de marzo de 2020).

⁷⁴⁹ Véase al respecto, “Annual Freedom of Navigation Report”, *Department of Defense Report to Congress, Fiscal Year 2017*

(<https://policy.defense.gov/Portals/11/FY17%20DOD%20FON%20Report.pdf?ver=2018-01-19-163418-053>, consultado por última vez el 18 de marzo de 2020, citado por Todorov, *ibid.*)

⁷⁵⁰ Se dispone de poca información explícita sobre si el buque coordinó sus planes con las autoridades rusas de antemano, pero las fuentes rusas se refieren al viaje como realizado “sin previo aviso”. SOLSKI, Jan J., “Navigational rights of warships through the Northern Sea Route (NSR) -all bark and no bite?”, *op. cit.*

Defense Management Center, afirmando que, para el comienzo de la temporada de navegación de 2019, Rusia planeaba introducir un procedimiento basado en la notificación para el paso a través de la Ruta del Mar del Norte⁷⁵¹. Con anterioridad, en marzo de 2018, el Ministerio de Defensa ruso ya había redactado las enmiendas a la *Resolution of the Government of Russia No. 1102, 2 October 1999*, “On the rules of navigation and presence of foreign warships and other state-owned ships operated for non-commercial purposes in the territorial sea, internal waters, on naval bases, and bases for stationing warships in seaports of the Russian Federation”⁷⁵². Estas enmiendas se propusieron para instituir expresamente una serie de reglas destinadas a los buques y aeronaves de Estado que gozan de inmunidad. En primer lugar, la necesidad de que el Estado del pabellón presente una notificación por vía diplomática sobre el paso previsto por el Mar Territorial ruso de la Ruta del Mar del Norte, a más tardar 45 días antes del comienzo del paso propuesto. En la notificación deberá indicarse la nacionalidad de los buques y embarcaciones, el propósito del paso, la ruta prevista, el tiempo de paso, así como el rango y apellidos del oficial al mando de la unidad y de cada buque; En segundo lugar, el buque utilizará el servicio de pilotaje obligatorio por el hielo en el Mar Territorial y en las Aguas Interiores rusas dentro de la Ruta del Mar del Norte; asimismo, y en tercer lugar, el buque utilizará el servicio de asistencia obligatoria de rompehielos en el Mar Territorial y en las Aguas Interiores rusas dentro de la Ruta del Mar del Norte en caso de que la situación del hielo lo justifique, y una vez que se hayan formulado las recomendaciones pertinentes⁷⁵³. Según el preámbulo del *Draft Resolution of the Government of Russia on Amendments* de 1 de marzo de 2019, el objetivo principal de las enmiendas es garantizar la “safety of maritime navigation” en esas zonas y adoptar

⁷⁵¹ Véase nota 686.

⁷⁵² *Op. cit.*, nota 687.

⁷⁵³ Cf. *Draft Resolution of the Government of Russia on Amendments to the Resolution of the Government of Russia No. 1102, 2 October 1999*, *op. cit.* Véase un comentario de la misma en TODOROV, A., “Where does the Northern Sea Route Lead To?”, *op. cit.*; SOLSKI, Jan J., “Navigational rights of warships through the Northern Sea Route (NSR) -all bark and no bite?”, *op. cit.*

medidas destinadas a “prevent, reduce, and control marine pollution” causada por buques y derivada de “the intensified naval activities of various states in the Arctic”. Debe destacarse que las enmiendas solo se aplican a las Aguas Interiores y al Mar Territorial de Rusia en la Ruta del Mar del Norte. Como hemos analizado, el artículo 236 exige expresamente a los buques (y aeronaves) inmunes soberanos de cualquier disposición de la CNUDM “relativa a la protección y preservación del medio marino”, incluido el artículo 234⁷⁵⁴, que sirvió de base para que Rusia ampliara el procedimiento de autorización para la navegación en la ZEE. Por tanto, cualquier argumento que defienda la aplicación de las *NSRA Navigation Rules* a los buques (y aeronaves) inmunes soberanos dentro de la ZEE carece de fundamento en derecho internacional, y así lo recoge el preámbulo del *Draft Resolution (...) ruso*⁷⁵⁵. No obstante, la introducción de un procedimiento de navegación basado en la notificación para los buques de Estado dentro del mar territorial también parece dudosa desde el punto de vista del derecho internacional⁷⁵⁶. Cabe recordar, además, la “Joint Statement with Attached Uniform Interpretation of Rules of International Law Governing Innocent Passage” de 1989, en la que la URSS y Estados Unidos llegaron a una interpretación común de las normas de la CNUDM relativas al derecho de paso inocente de todos los buques, incluidos los buques de guerra, por el Mar Territorial⁷⁵⁷. Cuando se adopte el nuevo procedimiento, Rusia se alejará de esta postura, al menos en lo que respecta a la Ruta del Mar del Norte. Tal y como expone Todorov, es muy probable que Estados

⁷⁵⁴ John Norton Moore señala que: “Article 236, which appears later in the Convention, is there deliberately to make it clear that it is an overlay on 234.” MOORE, John N., “The UNCLOS negotiations on ice-covered areas” en *Changes in the Arctic Environment and the Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁵⁵ Así pues, concluye Todorov que “Russia does not intend to introduce a notification-based or authorization-based procedure for warships beyond the territorial sea in the Northern Sea Route water area”. TODOROV, A., “Where does the Northern Sea Route Lead To?”, *op. cit.*

⁷⁵⁶ Cf. Fahey (*op. cit.*, pp. 159, 174), Todorov (*ibid*) y Solski (en “Navigational rights of warships through the Northern Sea Route (NSR) -all bark and no bite?”, *op. cit.*).

⁷⁵⁷ Véase “Joint Statement with Attached Uniform Interpretation of Rules of International Law Governing Innocent Passage”, *op. cit.*, nota 716.

Estados Unidos⁷⁵⁸ impugne la referencia de Rusia a sus intereses en la protección del medio ambiente que figura en el preámbulo del *Draft Resolution* (...). Si bien es cierto que Rusia puede escudarse en la responsabilidad especial del Estado ribereño de garantizar la seguridad ambiental de los mares del Ártico en lo que respecta al procedimiento de autorización para buques comerciales en todas las aguas de la Ruta (así lo reconoció Estados Unidos en su nota diplomática de 2015), este argumento no se aplica a los buques inmunes soberanos en virtud del artículo 236⁷⁵⁹. Además de la necesidad de notificar a Rusia sobre el paso de los buques inmunes soberanos, Estados Unidos y otros Estados pueden impugnar otras disposiciones específicas del *Draft Resolution* (...). Así, por ejemplo, el servicio de pilotaje obligatorio por el hielo para los buques inmunes soberanos. En 1989, Washington impugnó oficialmente la decisión de Finlandia de introducir el pilotaje obligatorio de los buques inmunes soberanos en su mar territorial. Estados Unidos considera que no hay motivos para ello en el derecho internacional, quedando a discreción del buque inmune soberano en paso inocente a través del mar territorial el aceptar o negar los servicios de pilotaje, ya que el buque goza de inmunidad. Del mismo modo, Estados Unidos protestó contra requerimientos similares de Italia en el estrecho de Messina⁷⁶⁰. Sin embargo, la legislación de Estados como Australia y Noruega, que han adoptado requisitos de pilotaje obligatorio, exime a los buques de guerra y otros

⁷⁵⁸ Señala Fahey que “naturally, the United States would significantly bolster its credibility on this issue, and other law of the sea matters, by acceding to UNCLOS”. FAHEY, S., *op. cit.*, p. 198. El autor trae a colación algunas de las conclusiones del informe final del *Independent Task Force* (ITF), convocado por el Council on Foreign Relations para evaluar los desafíos presentes y futuros de Estados Unidos en el Ártico: “by failing to ratify the UNCLOS treaty, the U.S. Senate has undermined the nation’s ability to advance its interests in the Arctic to the fullest extent.” Council on Foreign Relations, *Arctic Imperatives: Reinforcing U.S. Strategy on America’s Fourth Coast*, 2017, pp. 13-14 (citado por Fahey, *ibid.*, pp. 198-199). Disponible en <https://perma.cc/DVF3-VAJJ> (consultada por última vez el 30 de marzo de 2020).

⁷⁵⁹ TODOROV, A., “Where does the Northern Sea Route Lead To?”, *op. cit.*

⁷⁶⁰ ROACH, J. Ashley, SMITH, R. W., *Excessive Maritime Claims: Third Edition*, *op. cit.*, p. 231.

buques de Estado destinados a fines no comerciales⁷⁶¹. En cualquier caso, como ya comentamos, si un buque inmune soberano no cumple las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el Mar Territorial y hace caso omiso de cualquier solicitud de cumplimiento de las mismas, el Estado ribereño solo puede exigirle que abandone el Mar Territorial inmediatamente, de conformidad con el artículo 30 de la CNUDM. Por tanto, cualquier argumento que defienda la aplicación de las *NSRA Navigation Rules* a los buques (y aeronaves) inmunes soberanos carece de fundamento en derecho internacional. Queda por ver, sin embargo, si Rusia clasifica “the entire *water area* of the Northern Sea Route expressly as *historic waters*”⁷⁶². Al mismo tiempo, será interesante ver si la nueva legislación ofrece más aclaraciones de la posición oficial rusa sobre la aplicabilidad del paso inocente dentro de sus líneas de base rectas⁷⁶³.

Por lo que respecta a Canadá, los *Northern Canada Vessel Traffic Services Zone Regulations* (NORDREGs), dictados en conformidad con la

⁷⁶¹ Véase SOLSKI, Jan J., “Navigational rights of warships through the Northern Sea Route (NSR) -all bark and no bite?”, *op. cit.* Véase el *Compulsory Pilotage Regulations* de Noruega en https://www.kystverket.no/globalassets/los/regelverk-engelsk/01.2017_compulsory-pilotage-regulations_revised-final.pdf (citado por Solski, *ibid.* Consultado por última vez el 30 de marzo de 2020).

⁷⁶² FAHEY, S., *op. cit.*, p. 188.

⁷⁶³ El *Draft Resolution of the Government of Russia* de 1 de marzo de 2019 on Amendments to the Resolution of the Government of Russia No. 1102, 2 October 1999, (...), incluye una referencia clara al párrafo 2 del artículo 8 de la CNUDM. El último párrafo del proyecto reconoce explícitamente el derecho de paso inocente a través de las Aguas Interiores de la Ruta del Mar del Norte, que hasta el establecimiento de líneas de base rectas de conformidad con el artículo 7 de la Convención no se habían considerado como tales. De conformidad con el mismo párrafo, los buques que ejercieran el paso inocente en esas Aguas Interiores estarían sujetos a los mismos requisitos que en el Mar Territorial. Afirmo Solski que “should the draft legislation be adopted in its current shape, it would constitute Russia’s explicit recognition that Article 8(2) of UNCLOS preserved the right of innocent passage (without the need for previous acceptance, acknowledgement or use) at least in some unspecified parts of Russia’s internal waters in the NSR”. SOLSKI, Jan J., “Navigational rights of warships through the Northern Sea Route (NSR) -all bark and no bite?”, *op. cit.* Para un análisis exhaustivo de la cuestión véase al mismo autor en el citado estudio “Navigational rights of warships (...)”, *ibid.*

Canada Shipping Act de 2001⁷⁶⁴, a semejanza de las *NSRA Navigation Rules*, son obligatorios para todos los buques de pabellón extranjero y no proporcionan una exención expresa para los buques inmunes soberanos. Estos reglamentos fueron igualmente dictados por Canadá en virtud del artículo 234 de la CNUDM⁷⁶⁵. Debido a la similitud entre tales normas no entraremos a analizar el régimen establecido en los NORDREGs y en particular la cuestión que nos incumbe, esto es, la ausencia de una exención en la norma para los buques inmunes soberanos.

3. INMUNIDAD SOBERANA Y TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA EN EL MAR

Cabe señalar que, al abordar el tráfico ilícito de armas de destrucción masiva en el mar, un obstáculo para la acción es, precisamente, que los

⁷⁶⁴ Véase Northern Canada Vessel Traffic Services Zone Regulations, SOR/2010-127 (Can.), <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2010-127/FullText.html>; Canada Shipping Act, S.C. 2001, c 26 (Can.), <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-10.15/> (consultadas por última vez el 18 de marzo de 2020).

⁷⁶⁵ Señala Fahey que “Based on Canada’s State practice in regulating its waters in the Arctic, there is convincing evidence Canada not only accepts but shares Russia’s interpretation of Article 234, at least with respect to the authority of a coastal State to implement a permission-based regulatory regime for foreign-flagged vessels. (...)”. Al respecto, sigue señalando el autor: “Express acceptance of Russia’s (and Canada’s) interpretation of Article 234 is not necessary to establish a binding legal norm regarding permission-based regulatory regimes in the Arctic if States fail to timely object to that interpretation diplomatically and, arguably, operationally as well”. FAHEY, S., *op. cit.*, p. 193. Para un análisis de las protestas diplomáticas que ha suscitado, entre otros puntos, la falta de exención para los buques inmunes soberanos en el régimen establecido de los NORDREGs, véase FAHEY, S., *ibid.*; ROTHWELL, Donald R., *Arctic Ocean Shipping: Navigation, Security and Sovereignty in the North American Arctic*, Brill, Leiden, 2018, pp. 44-45; WILLIAMS, Laura C., “An Ocean Between Us: The Implications of Inconsistencies Between the Navigational Laws of Coastal Arctic Council Nations and the United Nations Convention on the Law of the Sea for Arctic Navigation”, *op. cit.*, p. 401. Véase también BARTENSTEIN, K., “Between the Polar Code and Article 234: The Balance in Canada’s Arctic Shipping Safety and Pollution Prevention Regulations”, *Ocean Development & International Law*, vol. 50, 2019; KRASKA, J.: “The Northern Canada Vessel Traffic Services Zone Regulations (NORDREG) and the Law of the Sea”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 30, 2015, pp. 225-254, *Arctic security in a age of climate change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

buques y aeronaves que transportan estas armas pueden estar sujetos a la inmunidad soberana. Por tanto, los Estados interesados en la proliferación podrían abusar de esta inmunidad para evitar las interceptaciones en todos los espacios marítimos. Particularmente preocupante es Corea del Norte⁷⁶⁶; así pues, mientras que sus buques mercantes están sujetos a sanciones amplias y severas impuestas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas⁷⁶⁷, los envíos de misiles que en 2002 fueron recogidos por un C-130 pakistaní en Corea del Norte no han podido ser interceptados⁷⁶⁸ en el marco de la Proliferation Security Initiative (PSI). Sin ánimo de adentrarnos en profundidad en la Proliferation Security Initiative (PSI), es necesario situarla en su contexto. El terrorismo marítimo y la proliferación de armas de destrucción masiva no se abordan en la CNUDM. Por tanto, los Estados han ideado nuevos mecanismos para hacer frente a esas amenazas. Sin embargo, tal y como subrayan Galani y Evans, “[t]heir non-inclusion in LOSC (...) does not mean that they are immune to the LOSC principles”⁷⁶⁹. Así lo demuestra el Protocolo

⁷⁶⁶ KYOON KIM, S., *Global Maritime Safety & Security Issues and East Asia*, Brill Nijhoff, Leiden; Boston, 2019, p. 264.

⁷⁶⁷ Como resultado del ensayo de armas nucleares de Corea del Norte el 6 de enero de 2016, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó la Resolución 2270 e indicó que la acción de Corea era de “la máxima preocupación”. Véase Resolución 2270 (2016) aprobada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, S/RES/2270 (2016), en su 7638ª sesión, celebrada el 2 de marzo de 2016. El párrafo 18 señalaba que: *todos los Estados deberán inspeccionar las cargas dentro de su territorio o en tránsito por él, incluso en sus aeropuertos, puertos y zonas francas, que hayan tenido su origen en la RPDC (República Popular Democrática de Corea), o que estén destinadas a la RPDC, o que hayan sido negociadas o facilitadas por la RPDC o sus nacionales, o por personas o entidades que actúen en su nombre o bajo su dirección, o por entidades que sean de propiedad o estén bajo el control de esas personas, o por personas o entidades designadas, o que se transporten en buques de mar o aeronaves que enarbolan el pabellón de la RPDC (...)*. *Ibid*, paréntesis añadido. Véase LEE, S. y PARK, Young K., “South Korea’s Regulation on Navigation of Foreign Vessels” en McDORMAN, Ted L., ZOU, K. y LEE, S. (eds.), *Regulation on Navigation of Foreign Vessels: Asia-Pacific State Practice*, Brill Nijhoff, 2019, p. 62.

⁷⁶⁸ Véase al respecto SQUASSONI, S., “Proliferation Security Initiative (PSI)”, *CRS Report for Congress*, updated on 14 September 2006 (citado por Kyoon Kim, S., *op. cit.*).

⁷⁶⁹ GALANI, S. y EVANS, Malcolm D., “The interplay between maritime security and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea: help or hindrance?” en EVANS, Malcolm D.

de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima⁷⁷⁰, que, si bien estableció un procedimiento de abordaje para los buques sospechosos de delitos relacionados con el terrorismo, sigue prestando atención, en palabras de Klein, “to the pre-eminence of the flag state in its authority over vessels on the high seas”⁷⁷¹. El consentimiento requerido para el abordaje de buques ha significado en última instancia que la eficacia del referido Protocolo depende en gran medida de la voluntad de los Estados del pabellón de reprimir las actividades relacionadas con el terrorismo a bordo de sus buques. Para contrarrestar esta debilidad, se ha sugerido que es necesario un nuevo tratado para las actividades relacionadas con el terrorismo en el Mar Territorial, los Estrechos y las Aguas Archipelágicas, lo que supone un nuevo alejamiento del marco de la CNUDM en busca de medios eficaces para lograr la seguridad marítima⁷⁷². La Proliferation Security Initiative (PSI) es un acuerdo político más que un tratado vinculante que tiene como objetivo prevenir la proliferación de armas de destrucción masiva y está dirigido a actores estatales y no estatales. Los 107 Estados participantes, entre ellos España, se comprometen a abordar y registrar sus propios buques (y aeronaves) y los buques (y aeronaves) que enarbolan el pabellón de otro Estado participante si existen serias sospechas de que llevan armas de destrucción masiva. En Alta Mar, los Estados participantes en la PSI no pueden abordar o registrar un buque de pabellón extranjero de un Estado no participante sin consentimiento. Si bien esta restricción limita la eficacia de la PSI, “it was no doubt a necessary caveat to make PSI compatible with the

y GALANI, S. (eds.), *Maritime security and the law of the sea: help or hindrance?*, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 18.

⁷⁷⁰ International Maritime Organization (IMO), Protocol of 2005 to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, 14 October 2005, LEG/CONF.15/21.

⁷⁷¹ KLEIN, N., *Maritime Security and the Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 178.

⁷⁷² GALANI, S. y EVANS, Malcolm D., “The interplay between maritime security and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea: help or hindrance?”, *op. cit.*, p. 18. Véase también BECKMAN, RC., “Terrorism, Maritime Security and Law of the Sea: Challenges and Prospects”, *Singapore Maritime and Port J*, 2003, p. 114.

international law of the sea”⁷⁷³. Mientras que el creciente número de Estados que se unen a la PSI apunta a un reconocimiento emergente de la necesidad de reconsiderar la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón y la libertad de navegación en nombre de la seguridad marítima⁷⁷⁴, señala Klein que la inmunidad soberana de los buques y aeronaves de Estado sigue representando el mayor desafío que la PSI plantea al derecho del mar⁷⁷⁵. En este sentido, señala Rodiles que el registro de la carga sospechosa, mucho más fácil en los puertos de los Estados participantes en la PSI de conformidad con su legislación nacional, tiene solo unas pocas limitaciones, la más importante de las cuales es la inmunidad concedida a los buques de guerra y a los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial⁷⁷⁶. Una de las dificultades clave es que los Estados participantes en la PSI no querrían crear una excepción a la completa inmunidad de los buques de guerra y los buques gubernamentales no comerciales a los efectos de las inspecciones de las armas de destrucción masiva, ya que, tal y como argumenta Klein, “a target State may then similarly rely on this exception to interfere with the warships of a PSI participant State”⁷⁷⁷. Como la referida inmunidad se mantiene en la formulación de nuevos acuerdos que abordan la seguridad marítima, parecería que la acción del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII

⁷⁷³ Véase GALANI, S. y EVANS, Malcolm D., *ibid.* Véase también Proliferation Security Initiative, Endorsing States List (2 April 2019) disponible en <https://www.psi-online.info/psi-info-en/botshaft/-/2205942>. Sobre la génesis y desarrollo de la Proliferation Security Initiative (PSI) véase DOMÍNGUEZ MATÉS, R., “El tráfico ilícito de armas de destrucción masiva en el espacio marino: respuesta desde la organización marítima internacional” en DE TOMÁS MORALES, M. S. (coord.), *Retos del derecho ante las nuevas amenazas*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 224-229; KYOON KIM, S., *Global Maritime Safety & Security Issues and East Asia*, *op. cit.*, pp. 228-266.

⁷⁷⁴ GALANI, S. y EVANS, Malcolm D., *ibid.*

⁷⁷⁵ Véase a Klein (*Maritime Security and the Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 199) citando a S. Kaye, “The Proliferation Security Initiative in the Maritime Domain”, en SPARKS, Thomas McK. y SULMASY, Glenn M. (eds.), *International Law Challenges: Homeland Security and Combating Terrorism*, Newport, 1st Naval War Colleg, 2006, p. 156.

⁷⁷⁶ RODILES, A., *Coalitions of the Willing and International Law: The Interplay between Formality and Informality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 133.

⁷⁷⁷ Véase a KLEIN, N., *op. cit.*, nota 338.

sería la única manera de superar esta limitación legal⁷⁷⁸. Sin embargo, hasta ahora, no ha dado este paso, incluso para hacer frente a la importación y exportación de armas de destrucción masiva en países como Corea del Norte e Irán. Concluye Klein que sigue siendo dudoso que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad estén dispuestos a darlo⁷⁷⁹. El Consejo de Seguridad levantó de manera implícita la inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno mediante las resoluciones que establecieron los estatutos de tribunales penales internacionales⁷⁸⁰.

⁷⁷⁸ KLEIN, N., *Maritime Security and the Law of the Sea*, *op. cit.*, p. 311.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., “Corte Penal Internacional y crimen de agresión: el levantamiento de inmunidades mediante la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, núm. 2, 2019, p. 218. En este sentido señala la autora que “la misma capacidad debería reconocerse (al Consejo de Seguridad) respecto de la remisión de asuntos a la CPI (...) a través de una resolución y actuando también en virtud del Capítulo VII de la Carta”. *Ibid.* Paréntesis añadido.

SEGUNDA PARTE

LA INMUNIDAD SOBERANA DE LOS
OBJETOS PRIMARIOS Y SECUNDARIOS
EN EL DERECHO DEL MAR:
NUEVOS ESCENARIOS

CAPÍTULO TERCERO

INMUNIDAD SOBERANA
Y VEHÍCULOS MARÍTIMOS NO TRIPULADOS

1. PREMISAS CONCEPTUALES. DIFERENCIACIÓN CON LOS VEHÍCULOS AÉREOS NO TRIPULADOS (UAVS)

Tal y como indica McDorman, el hecho de que un determinado buque goce de inmunidad soberana es una cuestión de hecho que depende en gran medida de la función del buque, las características físicas y la relación entre el buque y el Estado del pabellón⁷⁸¹. El artículo 16(6) de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ) señala que “un certificado firmado por un representante diplomático” del Estado del pabellón “hará prueba del carácter del buque” como buque gubernamental y/o dedicado a una actividad no comercial. Esta redacción, que es diferente a la contenida en la Convención internacional de Bruselas de 1926, en la que un certificado del Estado del pabellón será una prueba concluyente del estatus del buque⁷⁸², permite al Estado local presentar pruebas refutables⁷⁸³. La cuestión a examinar será, por tanto, si a los vehículos marítimos no tripulados⁷⁸⁴ se les puede otorgar la inmunidad soberana atribuible a los buques de guerra o a los buques pertenecientes a un Estado (o explotados por él) y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial. Como ya hemos expuesto, es esta una cuestión indisolublemente relacionada con el estatuto jurídico de tales vehículos⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ McDORMAN, Ted L., *op. cit.*, p. 90.

⁷⁸² Cf. artículo 5 Convención internacional de Bruselas de 1926, *op. cit.*

⁷⁸³ Véase el párrafo (16) del comentario al artículo 16 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, p. 53: (...) *The words “shall serve as evidence” does not however refer to irrefutable evidence.* Véase GUILFOYLE, “Article 16” en *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States (...)*, *op. cit.*, pp. 274-275.

⁷⁸⁴ Sobre la diversa terminología empleada en torno a los vehículos marítimos no tripulados véase notas 376 y 377. En nuestro análisis utilizaremos la terminología “vehículos marítimos no tripulados” (en inglés, *unmanned maritime vehicles, UMMVs*).

⁷⁸⁵ Señala Allen Craig que “many of the rights and obligations under peacetime law of the sea and the law of naval warfare turn on whether the craft is a “vessel” or “ship” and if so, whether it is a warship or a government ships operated for noncommercial purposes”. CRAIG H., A.,

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar contiene disposiciones detalladas sobre los derechos y obligaciones de los Estados respecto de los “buques” de su pabellón (principalmente en el artículo 94 CNUDM). También se refiere a los “dispositivos”⁷⁸⁶ así como al “equipo”, particularmente en el contexto de la investigación científica marina⁷⁸⁷. De este modo, la pregunta pertinente sería si los vehículos marítimos no tripulados (en adelante, UMVs, por sus siglas en inglés) constituyen “buques”, “dispositivos”, “equipo” o, tal vez, ninguno de los anteriores⁷⁸⁸. Esto, a su vez, puede depender de su tamaño, su apariencia, el propósito de su funcionamiento y su grado de autonomía⁷⁸⁹. En la actualidad, la tríada de términos “buque minero”, “robots de extracción” y “ROV” (siglas de Remotely Operated Vehicle) comienza a ser más habitual⁷⁹⁰. Para complicar aún más las cosas, la

International law for seagoing officers, op. cit., p. 174. “The UNCLOS’s failure to define “vessels” has led some to question how the convention will be applied to UMVs” (...). *Ibid.*, p. 194.

⁷⁸⁶ Por ejemplo, el artículo 19(2)(f) se refiere al lanzamiento, recepción o embarque de dispositivos militares.

⁷⁸⁷ Los artículos 258 a 262 (Parte XIII. Investigación científica marina) de la CNUDM se refieren a “instalaciones y equipos”. T. Hofmann y A. Proelss hacen referencia al “unmanned research equipment” en el contexto de la “operational oceanography” y no en el de la investigación científica marina. Véase HOFMANN, T. y PROELSS, A., “The operation of gliders under the international law of the sea”, *op. cit.*, p. 172.

⁷⁸⁸ VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, *Ocean Development & International Law*, vol. 50, n.º. 1, 2019, p. 25.

⁷⁸⁹ *Ibid.* Ya comentamos que la variedad de vehículos marítimos no tripulados se traduce en la dificultad de dar una respuesta definitiva a la cuestión de si son “buques” o no; pudiendo ser una cuestión de interpretación casuística.

⁷⁹⁰ Véase al respecto SÁNCHEZ, E., “Europa rastrea sus mares en busca de metales estratégicos”, *El País*, 31 diciembre 2018

(https://elpais.com/sociedad/2018/12/30/actualidad/1546190303_868371.html).

Señala Montserrat Abad Castelos que “junto a los denominados buques perforadores (*drill ships*), existen plataformas que flotan y que pueden ser desplazadas por su propio sistema de propulsión” (recuérdese en este sentido la referencia de Vaughan Lowe a la doble naturaleza del objeto, *op. cit.*). Véase ABAD CASTELOS, M. (citando a Esmaeli, H., *The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 2001) en “Mar, energía y ordenamiento jurídico: seguridad y sostenibilidad como referentes ineludibles para la estrategia

categorización de un UMV puede diferir entre los Estados. Además, el hecho de que tales diferencias puedan existir legítimamente depende de la claridad de la definición proporcionada para cada categoría en la CNUDM⁷⁹¹. Se ha producido un importante debate en torno a la palabra “buque”, en particular habida cuenta de sus diversas definiciones en diferentes instrumentos internacionales. Lo más común entre estas definiciones es que no abordan la cuestión de la existencia o no de una tripulación a bordo del buque⁷⁹². Esto puede explicar por qué se ha preferido la palabra “vehículo” en la terminología⁷⁹³. Afirma Klein que al referirnos a los vehículos “no tripulados”, es posible eludir los grados de autonomía que existen en relación con los buques que no tienen tripulación a bordo⁷⁹⁴. En la actualidad, el término UMV incluye tanto los

de España”, *Documentos de Seguridad y Defensa: desafíos nacionales en el sector marítimo*, nº. 67, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2015, p. 79.

⁷⁹¹ Así es afirmado con acierto por Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁹² Comité Marítimo Internacional, *International Working Group Position Paper on Unmanned Ships and the International Regulatory Framework* (29 Marzo, 2017), *op. cit.*, p. 3. Véase KLEIN, N., “Maritime Autonomous Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 250.

⁷⁹³ KLEIN, N., *ibid.*

⁷⁹⁴ En este sentido, la autora trae a colación el informe de la OMI sobre el “analysis of regulatory barriers to the use of autonomous ships” donde se recoge la definición de autonomía para los buques propuesta por Lloyd’s Register. Esta definición incluye seis niveles de autonomía, desde el apoyo en la toma de decisiones a bordo hasta un buque totalmente autónomo. En el contexto normativo, el mencionado informe señala que los niveles de autonomía pueden dividirse en cuatro categorías: “M: Manual navigation with automated processes and decision support”, “R: Remote-controlled vessel with crew on board”, “RU: Remote-controlled vessel without crew on board”, y “A: Autonomous vessel”. KLEIN, N., *ibid.*, pp. 248-249. Véase International Maritime Organization [IMO], *Final Report: Analysis of Regulatory Barriers to the Use of Autonomous Ships*, I.M.O. Doc. MSC 99/INF.3 (Jan. 18, 2018). A este respecto señala Klein que “the level of control may become relevant in assessing how regulations will operate in relation to MAVs in different contexts”. *Ibid.*, p. 249. Por su parte, Pritchett ha comentado que probablemente la estructura dominante de los vehículos marítimos autónomos de superficie sea un híbrido de buques operados a distancia y autónomos. PRITCHETT, Paul W., “Ghost Ships: Why the Law Should Embrace Unmanned Vessel Technology”, *Tulane Maritime Law Journal*, vol. 40, 2015, pp. 197, 199. Klein concluye advirtiendo que el término *autonomía* es “endemic throughout the literatura and in Navy manuals”. KLEIN, N., *ibid.* Por ejemplo, Allen Craig trae a colación el Navy USV Master Plan que distingue tres niveles de autonomía UMV: “(1) manual control (human in

vehículos no tripulados de superficie (Unmanned Surface Vehicle, USV) como los submarinos (Unmanned Underwater (or Undersea) Vehicle, UUV)⁷⁹⁵. Los UMVs también son conocidos como drones o robots marítimos⁷⁹⁶. El término más amplio “Unmanned Maritime Systems” (UMS) se refiere a los USV y UUV, así como a los sensores, cargas útiles, programas y demás infraestructura necesaria para que cumplan su cometido⁷⁹⁷. La OTAN define los UMS como sistemas no tripulados que operan en el medio marino (subsuelo, superficie y espacio aéreo) cuyo componente principal es al menos un vehículo no tripulado⁷⁹⁸. A

the loop continuously or near continuously); (2) semi-autonomous (some operations executed completely autonomously and some initiated or controlled by an operator); and (3) autonomous or fully autonomous (the vehicle governs and makes its own decisions throughout)”. CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, p. 486. Véase U.S. Navy, *The Navy Unmanned Surface Vehicle (USV) Master Plan* (July 23, 2007), <https://www.navy.mil/navydata/technology/usvmppr.pdf> (última consulta abril 2020). En contraste, la OMI ha optado por el uso de “autonomous” para abarcar todos los niveles de autonomía arriba indicados. Sobre la labor de aplicación de “maritime safety laws” a los “autonomous surface ships” véase International Maritime Organization [IMO], *Regulatory Scoping Exercise for the Use of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS): Initial Review of IMO Instruments Under the Purview of MSC* (Note by the Secretariat), I.M.O. Doc. MSC 100/INF.3 (Aug. 9, 2018).

⁷⁹⁵ CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, p. 484. Señala Allen Craig que “military applications variously involve UMV deployment from a surface vessel, submarine, aircraft, or shore facility. One deployed, the UMV might operate independently or remain slaved to the deploying craft or shore facility”. *Ibid.*

⁷⁹⁶ CRAIG H, A., “The Seabots are Coming Here: Should they be Treated as ‘Vessels’?” *Journal of Navigation*, vol. 65, n.º. 4, 2012, p. 749. Sobre la utilización de esta tecnología en las acciones destinadas a hacer cumplir la normativa marítima véase RAHMAN, C., “Use of Technology in Maritime Regulation and Enforcement” en WARNER, R. y KAYE, S. (eds), *Routledge Handbook of Maritime Regulation and Enforcement*, Routledge, London, New York, 2016, pp. 363-377.

⁷⁹⁷ CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, p. 484. Puntualiza Craig que “the *autonomous unmanned vehicle* category includes both semiautonomous and fully autonomous vehicles”. *Ibid.*, p. 485.

⁷⁹⁸ Véase “Guidance for developing Maritime Unmanned Systems (MUS) capability”, NATO Combined Joint Operations from the Sea Centre of Excellence, 2012, p. 6 (disponible en <https://info.publicintelligence.net/CJOSCOE-MUS.pdf>, consultada por última vez en abril de 2020. Citada por SILVA PEREIRA, E., *Unmanned vessels & unmanned maritime vehicles prospects of a legal framework in the international and the Portuguese context* (coord. RIBEIRO,

este respecto, Silva Pereira señala que los UMS comprenden no solo los propios vehículos marítimos no tripulados (UMVs) y las infraestructuras complementarias, como buques, instalaciones en tierra, personal de apoyo, sino también cualquier otro equipo complementario, incluidos los vehículos aéreos no tripulados (UAVs, por sus siglas en inglés), cuando operan en el espacio marítimo⁷⁹⁹. En virtud de la *Best practice guide for UMS handling, operations, design and regulations* publicada por el grupo de la Agencia Europea de Defensa (EDA, por sus siglas en inglés) sobre Safety and Regulations for European Unmanned Maritime Systems (SARUMS), los UMVs se refieren a “untethered self-propelled and self-powered vehicles with the capacity of movement without a human presence on board”⁸⁰⁰. Asimismo, esta guía integra dentro de los UMVs a los USVs, UUVs y a los Remotely Operated Vehicles (ROV)⁸⁰¹. Señala Silva Pereira que la mayoría de los UMVs que hoy

Marta C.), Research carried out in the scope of the Norte 2020 project MarInfo - Integrated Platform for Marine Data Acquisition and Analysis, at CIIMAR – Interdisciplinary Centre of Marine and Environmental Research, 2019, p. 33).

⁷⁹⁹ SILVA PEREIRA, E., *ibid.*, pp. 33-34.

⁸⁰⁰ Cf. EDA SARUMS, “Working paper -best practice guide for UMS handling, operations, design and regulations”, 2012 (citado por Silva Pereira, *ibid.*, p. 34). Este documento fue actualizado en 2015: véase ORNFELT, M. y otros., *Best Practice Guide for UMS Handling, Operations, Design and Regulations*, SARUMS, Bruselas, 2015, p. 3.

⁸⁰¹ Véase SILVA PEREIRA, E., *ibid.*, p. 34. Señala Fausto Ferreira que los ROVs “there is a physical link (cable) connected to the command station controlled by the pilot and thus there is always someone in control of the ROV while ASVs (Autonomous Surface Vehicle) do not have cables and can have a higher degree of autonomy”. FERREIRA, F., *Regulatory and Liability Issues of Autonomous Surface Vehicles*, Thesis prepared to obtain the Bachelor’s Degree in L-36 Political Science (International Curriculum), Università di Pisa, 2018, p. 25. También es importante hacer una distinción entre sistemas automáticos y autónomos. B T Clough señala que “the system will do exactly as programmed, it has no choice. Automatic crafts are pre-programmed and remotely controlled to operate at the sea as they were predetermined to without self-learning capacities. In contrast, autonomous means that a system has a choice to make free of outside influence, i.e., an autonomous system has free will”. CLOUGH, B T., “Metrics, Schmetrics! How The Heck Do you Determine A UAV’s Autonomy Anyway?” (Performance Metrics for Intelligent Systems (PerMIS) Conference, Mayland, 15 August 2002), disponible en <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a515926.pdf> (consultada por última vez el 15 de abril de 2020, citada por Silva Pereira, *ibid.*, p. 35). De acuerdo con SARUMS existen principalmente

operan en el mar, no son completamente autónomos, pues “they lack sensing and reasoning capabilities for that and mostly act exactly as they were programmed to without self-learning skills”⁸⁰².

De otro lado, es interesante comparar el entorno marítimo con la aviación. Mientras que el estatuto jurídico de los “Unmanned Maritime Systems” (UMS) no está claro en el derecho internacional, así como en la doctrina de los Estados, el estatuto de los vehículos aéreos no tripulados (UAV, por sus siglas en inglés), ha sido resuelto. Como ya se ha dejado entrever, el léxico que rodea los sistemas no tripulados es confuso. Subraya Scott Moloney “the fact that different terms are used in different jurisdictions and there is, as yet, no definitive ‘standard’ in relation to the use of relevant words and phrases”⁸⁰³. La Organización de

seis métodos para controlar las funciones: “0) human on board, 1) operated, 2) directed, 3) delegated, 4) monitored, 5) autonomous”. Véase *Best Practice Guide, SARUMS*, 2015, *op. cit.*, p. 7. La Armada de los Estados Unidos define un “Unmanned Underwater (or Undersea) Vehicle” (UUV) como: “self-propelled submersible whose operation is either fully autonomous (pre-programmed or operated under real-time adaptive mission control) or under minimal supervisory control and is untethered except, possibly, for data links such as a fiber optic cable.” U. S. Navy, *The Navy Unmanned Undersea Vehicle (UUV) Master Plan* (Nov. 9, 2004), disponible en <http://www.navy.mil/navydata/technology/uuvm.pdf> (última visita el 15 de abril de 2020). No obstante, Craig advierte que “The 2004 Master Plan is outdated and not necessarily reflective of the latest Navy thinking”. CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, p. 478. Este mismo autor señala que “due to communications limitations when submerged, they must operate more autonomously than “Unmanned Surface Vehicle” (USV). Al mismo tiempo, señala que “In the United States, the UMV focus has been on the watercraft's capability, not the mode of current operation. A surface vehicle is an “unmanned” surface vehicle if it is capable of unmanned operation, even if presently manned”. CRAIG H, A., *ibid.*, p. 485.

⁸⁰² Véase a Silva Pereira (*ibid*) citando a J Borges de Sousa en “Networked Vehicle Systems: A Glimpse at Future Capabilities for Safer Seas”, RIBEIRO, M C. y MOLENAAR, E J. (eds), *Maritime Safety and Environmental Protection in Europe Multiple Layers in Regulation and Compliance*, Marsafenet, Porto-Utrecht, 2015, p. 243. Sobre el marco jurídico relativo a la inteligencia artificial, véase SCHERER, M U., “Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competences and Strategies”, *Harvard Journal of Law & Technology*, 2016, pp. 354-398.

⁸⁰³ MOLONEY, S., “Legal and Practical Challenges Associated with use of Unmanned Aerial Vehicles in the Maritime Environment”, *Soundings Sea Power Centre Australia*, vol. 11, 2016, p. 5. El autor define UAV (unmanned aerial vehicle) como “the flying part of an unmanned aerial

Aviación Civil Internacional (OACI) ha aprobado las siguientes siglas: “UAS – unmanned aircraft system consisting of remotely piloted aircraft (RPA) + remote pilot station (RPS) + command, control and communications (C3) link. A remotely piloted aircraft system (RPAS) is a subset of UAS and comprises RPA + RPS + command and control (C2)”⁸⁰⁴. Señala Norris que existen dos cuestiones principales en relación con el estatus de los UAVs: 1) ¿son las aeronaves no tripuladas y los vehículos pilotados a distancia “aeronaves”? y, 2) en caso afirmativo, ¿son “aeronaves militares (un término del derecho internacional que conlleva tanto obligaciones como derechos)?”⁸⁰⁵ Algunos Estados consideran que los “Unmanned Aerial Systems” (UASs) son aeronaves a los efectos del derecho internacional. Por ejemplo, Moloney subraya que “United States doctrine classifies UAV as ‘military aircraft’”⁸⁰⁶. Con respecto a la primera pregunta enunciada por Norris de si las aeronaves no tripuladas y los vehículos pilotados a distancia pueden considerarse “aeronaves”, la doctrina del Reino Unido llega a la misma conclusión,

system (UAS)”. Al mismo tiempo señala que UAS es “a phrase that describes all of the components that are involved in the operation of a UAV, including the UAV itself, the command and control centre and ground support equipment”. *Ibid.*, p. 6.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, en nota 5, p. 21.

⁸⁰⁵ NORRIS, A., *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems, Research Monograph*, U.S. Naval War College, 2013, p. 21.

⁸⁰⁶ MOLONEY, S., *op. cit.*, p. 7. Véase US Navy, *Commander’s Handbook, op. cit.*, párrafo. 2.4.4: “Unmanned aircraft (UAs) are aircraft that do not carry a human operator and are capable of flight with or without human remote control. They may be launched from the water’s surface, subsurface, air, or land. All UAs operated by the DoD (siglas de Department of Defense) are considered “military aircraft” and retain the overflight rights under customary international law as reflected in UNCLOS. Since DoD-operated UAs are considered “military aircraft,” all domestic and international law pertaining to “military aircraft” is applicable. This includes all conventions, treaties, and agreements relating to “military aircraft” and “auxiliary aircraft,” as well as certain provisions recognizing the special status of military aircraft contained in conventions or treaties pertaining to “civil aircraft” and “civilian airliners.” UAs enjoy all of the navigational rights of manned aircraft”. Paréntesis añadido. Norris trae a colación la DOD Directive 4540.1, Use of International Airspace by U.S. Military Aircraft and for Missile/Projectile Firings (2007). Según esta norma: “all DOD manned and unmanned aircraft and remotely piloted vehicles are considered to be *military aircraft*.” Véase NORRIS, A., *ibid.*

refiriéndose a los UAVs como “unmanned aircraft”⁸⁰⁷. En España el uso de UAVs en el campo militar se regula a través del Real Decreto 601/2016, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa⁸⁰⁸. El Reglamento de la Circulación Aérea Operativa (RCAO) define “Sistema aéreo no tripulado (UAS)” como “Aeronave y sus elementos asociados, la cual es operada sin piloto a bordo. Comprende los elementos individuales del UAS, que incluyen el vehículo aéreo no tripulado (UAV), la estación de control y cualquier otro elemento necesario para permitir el vuelo, tales como el enlace de comunicaciones o el sistema de lanzamiento y recuperación”. Por su parte, define Vehículo aéreo no tripulado (UAV) como aquel “Vehículo aéreo propulsado que no lleva personal como operador a bordo. (...)” Al mismo tiempo señala, entre otros aspectos, que “un UAV: (...) es pilotado de forma remota o incluye un programa de vuelo automático; (...) no está clasificado como un blanco aéreo, un arma guiada o un dispositivo similar de un solo uso diseñado para el lanzamiento de armas.” Finalmente, termina tal definición disponiendo que “[a] efectos de RCAO se considera que son sinónimos de UAV, las palabras «drone» y «vehículo aéreo pilotado remotamente» (RPA)”⁸⁰⁹. Su estatuto jurídico como aeronave queda explicitado en el Libro Noveno, Capítulo I, donde se recoge que “[u]n UAS está compuesto de la estación de control, la *aeronave* no tripulada (UAV) y el radio enlace que las une”⁸¹⁰. El RCAO es de aplicación a (todas) “las aeronaves militares españolas *en el espacio aéreo de soberanía y en los espacios de responsabilidad asignados a*

⁸⁰⁷ *Ibid.* Véase al respecto *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, May 15, 2009, disponible en

<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/8B2E79FC145BFB3D492576E00021ED34-HPCR-may2009.pdf> (último acceso el 5 de abril de 2020). Véase también BOOTHBY, William H., *New Technologies and the Law in War and Peace*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 164-168.

⁸⁰⁸ BOE nº. 292, de 3 de diciembre de 2016.

⁸⁰⁹ Véase *Reglamento de la Circulación Aérea Operativa* (RCAO), Libro Primero, Capítulo I (Definiciones).

⁸¹⁰ Cursiva añadida.

España en virtud de convenios internacionales. También será de aplicación a las aeronaves militares españolas, que vuelen de acuerdo con las normas de la Circulación aérea operativa (CAO), en otros estados, siempre que no se oponga a la legislación y reglas de vuelos del estado que sobrevuelan. Asimismo le será de aplicación a las aeronaves militares extranjeras que utilicen el espacio aéreo de soberanía o de responsabilidad español que requieran operar como vuelos CAO. Finalmente, será de aplicación, cuando excepcionalmente sea autorizado por la Autoridad Aeronáutica Competente Militar, a otras aeronaves no militares debido a la naturaleza de su misión (tales como reabastecimiento en vuelo, patrulla y vigilancia, vuelos de prueba, etc.)⁸¹¹. Por su parte, el preámbulo de la Orden PRE/1720/2012, de 20 de julio, por la que se regula el registro y matriculación de aeronaves militares y el procedimiento para establecer la designación militar de las mismas⁸¹² señala: “(...) una progresiva incorporación de nuevas categorías de aeronaves a las Fuerzas Armadas, entre las que se incluyen los vehículos aéreos no tripulados, así como de nuevas misiones que se le pueden asignar”. Por otro lado, en el Preámbulo del Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea⁸¹³, señala que “[e]l concepto de aeronave sin piloto o, en términos actuales, vehículos aéreos no tripulados o UAVs (por sus siglas en inglés, «Unmanned Aerial Vehicle»), ha venido siendo interpretado por la comunidad internacional *como comprensivo de las aeronaves* que vuelan sin un piloto a bordo, y que pueden, o bien ser controladas plenamente por el piloto remoto, aeronaves pilotadas por control remoto, o bien estar programadas y ser completamente autónomas, aeronaves autónomas en terminología de la Organización Internacional

⁸¹¹ Véase artículo 2.2.2 (Ámbito de Aplicación) del RCAO. *Cursiva añadida.*

⁸¹² BOE núm. 185, de 3 de Agosto de 2012.

⁸¹³ BOE núm. 316, de 29 de diciembre de 2017.

de Aviación Civil (OACI) (...). En la línea del resto de los países de nuestro entorno, la modificación del artículo 11 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea⁸¹⁴ estableció que estos artefactos “son efectivamente aeronaves”⁸¹⁵.

⁸¹⁴ BOE núm. 176, de 23/07/1960. Modificación introducida por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

⁸¹⁵ Véase Párrafos Segundo y Quinto. Efectivamente, el artículo 11b) de la Ley 48/1960 señala que “[s]e entiende por aeronave: b) Cualquier máquina pilotada por control remoto que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra.” El artículo 14 de esta Ley dispone que “[s]e considerarán aeronaves de Estado: 1º Las aeronaves militares, entendiéndose por tales las que tengan como misión la defensa nacional o estén mandadas por un militar comisionado al efecto. Estas aeronaves quedan sujetas a su regulación peculiar. 2º Las aeronaves no militares destinadas exclusivamente a servicios estatales no comerciales.” Esta distinción ha sido precisada en el *Reglamento de la Circulación Aérea Operativa (RCAO)*, artículo 2.2.2 (Ámbito de aplicación). Asimismo, queda explicitada en la definición de Circulación aérea operativa (CAO), artículo 2.1.2 del RCAO: “2.1.2.1 Son los tránsitos aéreos militares, pilotados o no, que por la naturaleza de su misión no operan de acuerdo con el Reglamento de Circulación Aérea (RCA), sino de acuerdo con el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa (RCAO). 2.1.2.2 Pueden ser tránsitos aéreos de la CAO los tránsitos de *aeronaves de estado* o civiles, pilotadas o no, cuando lo autorice la Autoridad Aeronáutica Competente Militar, que por el carácter de su misión (tales como reabastecimiento en vuelo, patrulla y reconocimiento, vuelos de prueba, etc.) no puedan ajustarse al RCA y la normativa europea aplicable.” Cursiva añadida. Para terminar con este superficial recorrido normativo sobre los UAVs, debemos hacer mención al Reglamento (UE) 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea. Mediante este Reglamento se deroga entre otras normas, el Reglamento (CE) 216/2008 (del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) n. 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE. DO L 79 DE 19.3.2008), surtiendo efectos esta normativa desde el 11 de septiembre de 2018. No obstante, “una compleja disposición transitoria recogida en el art. 140 implicará una eficacia escalonada, en distintas fechas.” CASTELLANOS RUIZ, M^a José, “Régimen jurídico de los drones: el nuevo Reglamento (UE) 2018/1139”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, n.º. 1, 2019, p. 176. Pese a que este Reglamento no es aplicable a “las aeronaves y sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlar la aeronave a distancia, cuando lleven a cabo actividades o servicios militares, de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, control fronterizo, vigilancia costera o similares, bajo el control y la responsabilidad de un Estado miembro, emprendidas en el interés general por un organismo investido de autoridad pública o en nombre de este (en definitiva, aeronaves susceptibles de inmunidad soberana que encierran la definición de Aeronave de

En el contexto militar, no se suele distinguir entre las aeronaves con pilotos y tripulación a bordo y las que no los tienen⁸¹⁶. Se plantea la cuestión de si es necesario continuar este debate en el contexto

Estado de la LO 16/2015), (...)”, Artículo 2.3 a), permite que las autoridades nacionales españolas -o las de cualquier Estado miembro-, con objeto de lograr mejoras en términos de seguridad, interoperabilidad o eficiencia, puedan decidir que a las aeronaves no tripuladas que realizan actividades y servicios militares en aras del interés público, les sean de aplicación las normas del Reglamento (UE) 2018/1139, más concretamente la sección VII, en cuyos artículos 55 a 58, se recogen las disposiciones relativas a las aeronaves no tripuladas (véase artículo 2.6 del Reglamento (UE) 2018/1139); aunque tal y como advierte, M^a José Castellanos Ruiz, “está pendiente aún el desarrollo de los correspondientes actos delegados y de ejecución, en cuyo caso, el Real Decreto 1036/2017 quedaría totalmente desplazado por el Reglamento (UE) 2018/1139.” *Ibid.*, p. 231. Precisamente, y aunque quedan fuera del ámbito de aplicación de este Real Decreto las aeronaves y los sistemas de aeronaves pilotadas por control remoto (RPAS) *militares* (artículo 2. 2. c) 1.º), entran dentro de su ámbito de aplicación las aeronaves civiles pilotadas por control remoto destinadas a *fines públicos* o del *Estado*, tales como actividades de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contraincendios, guardacostas o similares, en su caso, con las salvedades previstas en el artículo 3 (artículo 2. 1. b). *Cursiva añadida*. Véase Reglamento (UE) núm. 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, DO núm. L 212, 22 agosto 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 2111/2005, (CE) núm. 1008/2008, (UE) núm. 996/2010, (CE) núm. 376/2014 y las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) núm. 552/2004 y (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CEE) núm. 3922/91 del Consejo. Como consideración última de los UAVs en el ordenamiento jurídico español, traemos a colación la Orden PCI/567/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Plan de Acción de Seguridad Marítima, aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional (BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2019). En dicho Plan se hace mención a los vehículos aéreos no tripulados, no así a los marítimos: “La segunda acción de este hito (se refiere al *Hito 2. Planes de coordinación operativa interdepartamental implementados*) es optimizar el empleo operativo de vehículos aéreos tripulados de forma remota, más conocidos como drones. La progresiva implantación de funciones que pueden ser desarrolladas mediante este tipo de vehículos aéreos no tripulados, tiene amplia aplicación en el ámbito de la seguridad marítima.” (Paréntesis añadido).

⁸¹⁶ Véase a Klein en “Maritime Autonomous Vehicles (...)” (*op. cit.*, p. 250) citando a KRASKA, J. “The Law of Unmanned Naval Systems in War and Peace”, *op. cit.*, pp. 61-62. Véase también HENDERSON, I. y CAVANAGH, B., “Unmanned Aerial Vehicles: Do They Pose Legal Challenges?” en NASU, H., McLAUGHLIN, R. (eds), *New Technologies and the Law of Armed Conflict*, Springer, Canberra, 2014, p. 197.

marítimo⁸¹⁷. Señala Klein que una consecuencia del tratamiento de todas las aeronaves como tales es que se debe entender, en gran medida, que las normas relativas a los MAVs (siglas de Maritime Autonomous Vehicles) aéreos “should be largely understood as aligned with the rules relevant to overflight and international aviation law”⁸¹⁸. En el contexto marítimo, el sobrevuelo de los MAV aéreos seguirá siendo pertinente para evaluar la legalidad del paso sobre el Mar Territorial de un Estado ribereño o sobre un Estrecho internacional sujeto al régimen de paso en tránsito. Craig trae a colación el “Memorandum for the Naval Warfare Development Command on the Use of Unmanned Aerial Vehicles (UAVs) while Transiting the Strait of Hormuz”⁸¹⁹. En el memorándum se observa en primer lugar, que las disposiciones del derecho internacional sobre el derecho de paso en tránsito guardan silencio sobre si los vehículos no tripulados se contemplan en la definición de “aeronave”. A continuación, señala que los instrumentos de derecho internacional se esfuerzan por definir términos especializados como “aeronave militar”, “aeronave civil” y “aeronave auxiliar”. Finalmente, presenta el argumento lógico⁸²⁰ según el cual, cuando la CNUDM se refiere al término “aeronave” sin más calificación, se debe concluir que este incluye

⁸¹⁷ De no ser así, afirma Klein “the regulatory framework could have a functional approach”. KLEIN, N., “Maritime Autonomous Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 251. Hofmann y Proelss señalan que en los casos en que se define “ship” o “vessel”, la mayoría de las definiciones “are characterized by their purposive nature. A rather broad definition is usually used when the instrument concerned is aimed at protecting the environment or sea traffic in general. In contrast, in situations where shipping constitutes the central object of regulation, recourse is made to a narrow definition. (...)”. HOFMANN, T. y PROELSS, A., “The Operation of Gliders Under the International Law of the Sea”, *op. cit.*, p. 175.

⁸¹⁸ KLEIN, N., *ibid.*, p. 251. Nótese que Klein utiliza el término MAV aéreos para referirse a los UAV que operan en el espacio aéreo regulado por las mismas normas del derecho del mar cuando el espacio es el suprayacente. Afirma Norris que los problemas que plantean los “maritime UAVs” no difieren mucho de los relacionados con los “non-maritime UAVs”. NORRIS, A., *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems, Research Monograph, op. cit.*, p. 5.

⁸¹⁹ Department of the Navy, Office of the Judge Advocate, (Code 10), Memorandum for the Naval Warfare Development Command on the Use of Unmanned Aerial Vehicles (UAVs) while Transiting the Strait of Hormuz, Ser. 103/337 (Apr. 20, 2005), citado por CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 494 (en nota 50).

⁸²⁰ CRAIG H, A., *ibid.*

todos los vehículos capaces de volar, tanto tripulados como no tripulados. Los derechos y responsabilidades de las aeronaves solo se abordan brevemente en la CNUDM. Por lo general, los artículos sobre navegación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no distinguen entre aeronaves civiles y militares o entre aeronaves tripuladas y no tripuladas⁸²¹. Por otro lado, al igual que comentamos para los buques de guerra, únicamente las aeronaves militares o las aeronaves debidamente autorizadas, que lleven signos claros y sean identificables como aeronaves al servicio de un gobierno, podrán llevar a cabo apresamientos por causa de piratería (art. 107 CNUDM), el derecho de visita (art. 110 (4)-(5) CNUDM) y el derecho de persecución (art. 111(5) CNUDM)⁸²². En la CNUDM no se define el término “aeronave militar”; tampoco se aborda la inmunidad soberana de las aeronaves militares o de Estado, así como de las aeronaves auxiliares, con el mismo detalle que las inmunidades de los buques de guerra⁸²³. Al igual que la CNUDM, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ) aborda expresamente la inmunidad de los buques de guerra, así como de otros buques de propiedad de un Estado o explotados por él y utilizados por el momento, exclusivamente para un servicio público no comercial (artículo 16), pero no ofrece un reconocimiento expreso similar para las aeronaves

⁸²¹ Una excepción se encuentra en el artículo 39. 3a) de la CNUDM, que exige que las aeronaves civiles en tránsito observen el Reglamento del Aire establecido por la Organización de Aviación Civil Internacional aplicable a las aeronaves civiles; sin embargo, con respecto a las aeronaves de Estado, establece que “cumplirán normalmente tales medidas de seguridad y en todo momento operarán teniendo debidamente en cuenta la seguridad de la navegación.” El artículo 39 se aplica *mutatis mutandis* al paso por las vías marítimas archipelágicas. Véase artículo 54 CNUDM, *op. cit.* Véase CRAIG H., A., *International law for seagoing officers, op. cit.*, p. 199.

⁸²² Señala Norris que “[I]f there is any intent to use unmanned systems to independently carry out the maritime functions at issue, then (1) it would appear the UAVs operated by DOD would meet the requirements, as they are, by definition, military aircraft; (2) UAVs operated by other organs of the U.S. government would qualify, to the extent they can be considered military aircraft or other aircraft clearly marked and identifiable as being on government service and authorized to that effect; (...).” NORRIS, A., *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems, Research Monograph, op. cit.*, p. 47.

⁸²³ CRAIG H., A., *International law for seagoing officers, op. cit.*, p. 199.

de propiedad del Estado u operadas por este. Sin embargo, como ya se advirtió, sí *protege* “los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares” (artículo 21.1b). Volviendo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, sus artículos 42 y 236 reconocen la condición soberana de las aeronaves de Estado. Como ya se trató, el artículo 236 de la CNUDM exime de los requisitos de su Parte XII sobre la protección del medio ambiente marino a “las aeronaves pertenecientes o utilizad[a]s por un Estado y utilizad[a]s a la sazón únicamente para un servicio público no comercial”. El régimen de paso en tránsito (y, por incorporación en virtud del artículo 54, el régimen de paso por las vías marítimas archipelágicas) reconoce la inmunidad de las aeronaves de Estado, pero no se incluye un reconocimiento similar en los artículos sobre el paso inocente (los cuales dan un amplio tratamiento a la inmunidad de los buques de guerra y otros buques gubernamentales). Esto es así porque, tal y como señala Craig, las aeronaves no gozan del derecho de paso inocente (y por tanto no se abordaría en los artículos sobre el paso inocente); sin embargo, sí tienen derechos en virtud de los otros dos regímenes de paso⁸²⁴. Esta circunstancia también puede explicar por qué la inmunidad soberana de las aeronaves militares no está tan bien desarrollada en la CNUDM como las inmunidades de los buques de guerra⁸²⁵. Como instrumentos soberanos, las aeronaves militares y auxiliares tienen derecho a los privilegios e inmunidades que el derecho internacional otorga habitualmente a los buques de guerra y buques auxiliares. La Convención de París de 1919 fue el único instrumento de derecho aéreo que codificó expresamente la norma de que las aeronaves militares tienen derecho a “los privilegios concedidos habitualmente a los buques de guerra extranjeros”⁸²⁶. Podemos concluir en este punto que al ser

⁸²⁴ CRAIG H., A., *International law for seagoing officers*, op. cit., p. 200.

⁸²⁵ CRAIG H., A., *ibid.* Véase el artículo 32 de la Convención sobre la Reglamentación de la Navegación Aérea, suscrita en París el 13 de octubre de 1919, citada por CRAIG H., A., *ibid.* Esta Convención fue reemplazada por el Convenio de Chicago de 1944, op. cit.

⁸²⁶ Véase el artículo 32 de la Convención sobre la Reglamentación de la Navegación Aérea, suscrita en París el 13 de octubre de 1919, citada por CRAIG H., A., *ibid.* Esta Convención fue reemplazada por el Convenio de Chicago de 1944, op. cit.

calificados los UAVs como “aeronaves militares o de Estado”, tal y como hemos analizado en la normativa española o estadounidense, gozan, al igual que los buques de guerra, de inmunidad soberana frente a la búsqueda e inspección extranjera⁸²⁷. Señala Moloney que “[t]hey should not be boarded, searched or inspected by foreign authorities without permission, and will require diplomatic clearance to enter another nation’s airspace and may have to submit to search as a condition of entry. They will also be required to bear markings indicating both nationality and military status”⁸²⁸. Existe cierto debate sobre si un “nano or micro UAV” se definiría como una “aeronave militar” debido a su pequeño tamaño, alcance limitado, velocidad, etc. A este respecto, señala Moloney que “[t]hey may more properly be categorised as an organic component of a larger platform (such as a ship)”⁸²⁹. Si este es el caso, el componente del vehículo aéreo no tripulado no tendría personalidad jurídica propia, de la misma manera que un helicóptero que opera desde un buque de guerra tiene inmunidad soberana por derecho propio, en virtud de la CNUDM⁸³⁰. En este sentido indica el anterior autor que “[i]t is suggested that larger UAV may be more easily categorised as ‘military aircraft’ given their ability to fly at reasonably high altitudes at reasonably high speeds covering significant distances for not insignificant periods of time, and their ability to carry visible military markings”⁸³¹. De todos modos, concluye que “[t]he determination of whether a UAV can be classified as a military aircraft will be a question of fact and degree depending on the circumstances of each individual case”⁸³². Para finalizar esta introducción a cerca del estatuto jurídico de los denominados

⁸²⁷ NORRIS, A., *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems, Research Monograph*, *op. cit.*, p. 45.

⁸²⁸ MOLONEY, S., “Legal and Practical Challenges Associated with use of Unmanned Aerial Vehicles in the Maritime Environment”, *op. cit.*, p. 7. *Recuérdese* la regulación de la inmunidad de las aeronaves de Estado en la LO 16/2015.

⁸²⁹ MOLONEY, S., *ibid.*

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ *Ibid.*

⁸³² *Ibid.*

vehículos marítimos no tripulados (UMVs) y la recién comparativa efectuada con los vehículos aéreos no tripulados (UAVs), ha de destacarse, que, pese a la práctica estatal⁸³³ en rápido desarrollo con respecto a estos últimos y su tratamiento como aeronaves, recurrir a los paralelismos de los UAVs para resolver las cuestiones de los UMVs podría no ser apropiado. A diferencia de los derechos y libertades de navegación de la CNUDM, el Convenio de Chicago limita expresamente los derechos de sobrevuelo de “aeronaves sin piloto” en el espacio aéreo nacional. El artículo 8 del Convenio de Chicago es del tenor literal siguiente: “Ninguna aeronave capaz de volar sin piloto volará sin él sobre el territorio de un Estado contratante, a menos que se cuente con autorización especial de tal Estado y de conformidad con los términos de dicha autorización. (...)”. En cambio, nada en la CNUDM se refiere expresamente a los vehículos no tripulados⁸³⁴.

2.. INMUNIDAD SOBERANA Y ESTATUTO JURÍDICO DE LOS UMVS: ¿ALGÚN LUGAR PARA ELLOS EN LA CNUDM?

2.1. UMVs COMO “BUQUES”

Para ser calificado como buque de guerra o buque de Estado, un UMV debe ser, ante todo, un “buque”. Por consiguiente, el debate sobre la definición de “buque” es relevante en primer término. La cuestión del estatuto jurídico de los vehículos marítimos no tripulados (UMVs) se hace más compleja precisamente, porque no existe una definición jurídica internacionalmente uniforme de “buque”⁸³⁵. Como ya explicitamos, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

⁸³³ Sobre esta práctica estatal véase GILLI, A., GILLI, M., “Emerging Technologies: Unmanned Aerial Vehicles” en MEIJER, H. y WYSS, M. (eds), *The Handbook of European Defence Policies and Armed Forces*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 743-760.

⁸³⁴ A esta conclusión llega CRAIG H, A. en “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 512.

⁸³⁵ VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, *op. cit.*, p. 26.

no define el término “buque” y los trabajos preparatorios de la Convención tampoco aclaran este punto. Por tanto, la definición de este concepto clave puede explorarse en otras convenciones internacionales. Este parece ser el enfoque común cuando se aborda esta cuestión⁸³⁶. Antes de proceder a la búsqueda de una definición uniforme de “buque” en algunos tratados de derecho marítimo internacional y con el fin de evaluar si los UUVs podrían entrar en tal definición, Oliver Daum trae a colación la descripción que René de Kerchove realiza de “buque”: “A general term for all craft capable of floating on water and larger than a rowboat. The term vessel includes every description of water craft or other artificial contrivance used or capable of being used as a means of transportation on water”⁸³⁷. Allen Craig señala que una pregunta recurrente al abordar las cuestiones relativas a los UUVs será si la cuestión de la clasificación de estos se rige por el derecho convencional o consuetudinario⁸³⁸. Si es el primero, se debe examinar la convención o los

⁸³⁶ Entre otros: CRAIG H, A. en “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 500; DAUM, O. “The Implications of International Law on Unmanned Naval Craft”, *op. cit.*, p. 77; SILVA PEREIRA, E., *Unmanned vessels & unmanned maritime vehicles prospects of a legal framework in the international and the Portuguese context*, *op. cit.*, p. 47; BORK, K. y otros., “The Legal Regulation of Floats and Gliders – In Quest of a New Regime?”, *op. cit.*, p. 307; HOOYDONK, Eric V., “The Law of Unmanned Merchant Shipping-An Exploration”, *Journal of International Maritime Law*, v. 20, 2014, pp. 403-423.

⁸³⁷ DAUM, O. (*ibid.*, p. 76) citando a René de Kerchove, *Vessel*, INTERNATIONAL MARITIME DICTIONARY, 2d ed., 1961, p. 890. Cabe señalar que, debido a su simplicidad y enfoque integral, Daum utiliza esta definición como modelo en su búsqueda de definición uniforme en otras convenciones internacionales.

⁸³⁸ CRAIG H, A. en “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 494. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que, al decidir los casos, el tribunal deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (...). Para un examen de los “principios generales del derecho del mar”, véase O’CONNELL, D.P., *The International Law of the Sea*, vol. 2 (SHEARER, I.A. ed.), *op. cit.* Véase también el artículo 293 de la CNUDM sobre la elección del derecho aplicable a los tribunales que ejercen jurisdicción sobre las controversias de la CNUDM.

artículos del tratado pertinentes para determinar si incluyen una definición específica del tratado, y si el término “buque” se utiliza en un sentido restringido o no. Dado que la CNUDM utiliza el término “buque” tanto en el sentido *no* restringido como en el restringido, tal es el caso de “buque de guerra” y “buque mercante”, el significado más amplio debería aplicarse en cualquier lugar en que la Convención utilice el término sin una restricción calificadora⁸³⁹. A este respecto, señala Craig que un punto de partida lógico para la definición no restringida viene constituido por la suma de cada una de las definiciones especializadas y restringidas. Una definición, por tanto, lo suficientemente amplia como para incluir todas las referencias a “buque” en la CNUDM.

A continuación, nos referiremos a las definiciones de “buque” de algunos convenios de la OMI, pues, tal y como quedó explicitado, la CNUDM incorpora por referencia estos convenios; esto se traduce en el hecho de que la CNUDM⁸⁴⁰ integra implícitamente las definiciones pertinentes de “buque” del Convenio sobre el Reglamento internacional para prevenir los abordajes en el mar de 1972, así como de los Convenios SOLAS, MARPOL, entre otros. Por ejemplo, el Convenio sobre el Reglamento internacional para prevenir los abordajes en el mar de 1972 dispone que “la palabra «buque» designa toda clase de embarcaciones,

⁸³⁹ CRAIG H, A., *ibid.* Véase en este sentido “Memorandum for the Naval Warfare Development Command on the Use of Unmanned Aerial Vehicles (UAVs) while Transiting the Strait of Hormuz”, *op. cit.*

⁸⁴⁰ Nótese que desde que el Relator Especial, Sr. François, definió “buque” (ILC, Sixieme rapport de J.P.A. François, rapporteur special, UN Doc. A/CN.4/79, 1954, p. 9) y se decidió no incluir tal definición en los últimos artículos de la CDI relativos al Derecho del Mar (ILC, Report of the International Law Commission: Articles Concerning the Law of the Sea, UN Doc. A/3159, *op. cit.*, 1956, GAOR 11th Sess. Suppl. 9, pp. 4-12), la CDI ha observado de forma útil que: “The expression “ship” in this context should be interpreted as covering all types of seagoing vessels, whatever their nomenclature and even if they are engaged only partially in seagoing traffic.” ILC, Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-third Session, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, 1991, GAOR 46th Sess. Suppl. 10, p. 118. Véase GUILFOYLE, D., “Article 90”, *op. cit.*, p. 691. Cf. TREVES, T., “Navigation” (citado por Guilfoyle, *ibid.*) en DUPUY, R-J., VIGNES, D. (Eds.), *A Handbook on the New Law of the Sea*, *op. cit.*, pp. 835, 942. Señala Guilfoyle que, dado el ámbito general de aplicación de la CNUDM, este enfoque otorgado por la CDI a la palabra “buque” puede ser el más acorde con su objeto y propósito, puesto que ofrecer una definición más precisa “may not be possible.” GUILFOYLE, D., *ibid.*

incluidas las embarcaciones sin desplazamiento, las naves de vuelo rasante y los hidroaviones, utilizadas o que puedan ser utilizadas como medio de transporte sobre el agua”⁸⁴¹. Esta definición contenida en la Regla 3.a) se centra claramente en el requisito de transporte como característica esencial de un buque⁸⁴². Según Silva Pereira “[t]his definition would exclude from its scope of application small unmanned vessels that are not capable of being used as a means of transportation, but rather employed for other purposes”⁸⁴³. Otra definición está contenida en el artículo III, párrafo segundo, del Convenio de Londres para la Prevención de la Contaminación Marina por Vertidos de Residuos y otras materias de 1972⁸⁴⁴, reproducida en su protocolo de 1996 (artículo 1.6). El artículo III. (2) del Convenio dice así: “Por «buques y aeronaves» se entiende los vehículos que se mueven por el agua o por el aire, de cualquier tipo que sean. Esta expresión incluye los vehículos que se desplazan sobre un colchón de aire y los vehículos flotantes, sean o no autopropulsados”. Señala Daum que “[a]rticle III para. 2 does not entertain the floating capability, the minimum size standard, or the ability to be used as a means of transportation. Moreover, the interpretation encompasses surface and underwater craft as well”⁸⁴⁵. El Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste (o Convención OSPAR) de 1992⁸⁴⁶ se basa en un enfoque similar. Así, su

⁸⁴¹ Véase Regla 3.a) del Convenio sobre el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes, *op. cit.* Señala la Regla 3.m) del mismo Convenio que “[l]a expresión «nave de vuelo rasante» designa una nave multimodal que, en su modalidad de funcionamiento principal, vuela muy cerca de la superficie aprovechando la acción del efecto de superficie”.

⁸⁴² Véase en este sentido, SHOWALTER, S. “The Legal Status of Autonomous Underwater Vehicles”, *op. cit.*, p. 80; BORK, K., BORK, K., *Der Rechtsstatus von unbemannten ozeanographischen Messplattformen im internationalen Seerecht*, Nomos Verlagsges, 2011, p. 57; CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 504.

⁸⁴³ SILVA PEREIRA, E., *Unmanned vessels & unmanned maritime vehicles prospects of a legal framework in the international and the Portuguese context*, *op. cit.*, p. 48.

⁸⁴⁴ *Op. cit.*

⁸⁴⁵ DAUM, O., *op. cit.*, p. 78.

⁸⁴⁶ *Op. cit.*

artículo 1 n) señala: “Por «buque o aeronave» se entenderá toda embarcación marina o artefacto volador de cualquier tipo, sus piezas y otros accesorios. Esta expresión comprende los aparatos que se deslizan sobre un colchón de aire, los artefactos flotantes, autopropulsados o no, y otras estructuras artificiales situadas en la zona marítima y su equipamiento, pero no incluye las instalaciones mar adentro ni las tuberías mar adentro”. Esta definición está dirigida a las “estructuras hechas por el hombre” y, tal como señala Daum, parece ser ilimitada, como la codificada en el Convenio de Londres para la Prevención de la Contaminación Marina por Vertidos de Residuos y otras materias⁸⁴⁷. En cuanto al Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques de 1973, recordemos la definición de «buque» en su artículo 2.4): “por «buque» se entiende todo tipo de embarcaciones que operen en el medio marino, incluidos los aliscafos, así como los aerodeslizantes, los sumergibles, los artefactos flotantes y las plataformas fijas o flotantes”. Con relación a esta definición, señala Silva Pereira que “(it) seems to include unmanned ships. Yet, for the convention to apply to a specific unmanned vessel, such an unmanned vessel needs to fit the concrete provisions of the MARPOL annexes”⁸⁴⁸. La Convención Internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989⁸⁴⁹ define «buque» en su artículo 1.b) como: “toda nave o embarcación, o toda estructura apta para la navegación”. Señala Silva Pereira que “[t]his definition is likely to include unmanned ships that have the capacity to navigate as required”⁸⁵⁰. El Convenio internacional sobre remoción de restos de naufragio de 2007⁸⁵¹ adopta una amplia definición de buque en su artículo 1(2): “todo tipo de embarcaciones de navegación marítima, incluidos los aliscafos, los aerodeslizadores, los sumergibles, los artefactos flotantes y las plataformas flotantes, salvo cuando tales plataformas estén emplazadas y dedicadas a la exploración, explotación o producción de recursos minerales

⁸⁴⁷ DAUM, O., *op. cit.*, p. 78.

⁸⁴⁸ SILVA PEREIRA, E., *op. cit.*, p. 48.

⁸⁴⁹ *Op. cit.*

⁸⁵⁰ SILVA PEREIRA, E., *op. cit.*, p. 48.

⁸⁵¹ *Op. cit.*

del fondo marino”. Para Silva Pereira esta amplia definición también puede incluir “unmanned ships that are used to navigate on the ocean regardless of their unmanned nature”⁸⁵². Sin embargo, el recurso a estas convenciones internacionales especializadas⁸⁵³ es problemático. Las definiciones que en ellas figuran, incluidas las que acaban de citarse, tienden a definir el tipo de “buque” al que se aplica el convenio pertinente en el contexto del objeto de ese convenio en particular⁸⁵⁴. Por ejemplo, la definición del Convenio sobre el Reglamento internacional para prevenir los abordajes en el mar se refiere a la capacidad de transporte, mientras que el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques no lo hace⁸⁵⁵. Entre los casos controvertidos pueden figurar las denominadas “towed floating structures”, que no pueden moverse por sí solas, o las “mobile offshore drilling units (MODUs)”⁸⁵⁶, que pueden estar fijadas al lecho marino o pueden moverse por su propia

⁸⁵² SILVA PEREIRA, E., *op. cit.*, p. 48.

⁸⁵³ Nótese que la selección de tratados efectuada y sus definiciones de “buque” no pretende ser completa. Recuérdense también las definiciones de “buque” en el Convenio SOLAS, así como en el Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Registro de Buques de 1986. Para un análisis detallado de la definición de buque en los principales convenios marítimos internacionales véase VEAL, R. y otros., *Report on Liability for operations in Unmanned Maritime Vehicles with Differing Levels of Autonomy*, Final Report, University of Southampton, 2016, pp. 43-128.

⁸⁵⁴ Véase SCHMITT, Michael N. y GODDARD, David S., “International Law and the Military Use of Unmanned Maritime Systems”, *op. cit.*, pp. 576-577.

⁸⁵⁵ En este sentido, señalan Veal, Tsimplis y Serdy que “[t]his inconsistency also makes it difficult to contend that they collectively betray a common understanding as to what generally constitutes a ship”. VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., *op. cit.*, p. 26. Señala Swain que “definitive recognition of UMSs (Unmanned Maritime Systems) as vessels under the COLREGS (Convenio sobre el Reglamento internacional para prevenir los abordajes en el mar) need not accompany a similar result on ship status within UNCLOS as the two issues are not necessarily related”. SWAIN, Christopher C., “Towards Greater Towards Greater Certainty for Unmanned Navigation, a Recommended United States Military Perspective on Application of the “Rules of the Road” to Unmanned Maritime Systems”, *Georgetown Law Technology Review*, vol. 3, 2018, p. 127. Paréntesis añadido.

⁸⁵⁶ *Op. cit.*

fuerza⁸⁵⁷. Señala Guilfoyle que “[a] particular difficulty may arise as to the status of various mobile platforms used for marine scientific research: self-powered Autonomous Underwater Vehicles (AUV) and similar ‘gliders’ capable of navigation might *prima facie* be considered ‘ships’ in the sense of being seagoing craft capable of navigation (...). However, given the focus of most definitions of ‘ship’ on both the ability to navigate and carry crew or passengers, there is a good argument that such platforms are better considered ‘equipment’ under Section 4 of Part XIII of the Convention”⁸⁵⁸. Podría argumentarse que la interpretación correcta es aquella que delega en los Estados la definición de buque⁸⁵⁹. Así pues, en la medida en que la CNUDM solo prevé derechos entre Estados⁸⁶⁰, su objetivo, en palabras de Veal, Tsimplis y Serdy, podría decirse que es, la delimitación de los derechos y obligaciones de los “buques” tal como se definen en las leyes nacionales⁸⁶¹. Por tanto, concluyen que la búsqueda de la definición de “buque” es errónea e irrelevante en el contexto de la CNUDM⁸⁶². El apoyo a este argumento se encuentra en el artículo 91 de la CNUDM, que establece que “Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y

⁸⁵⁷ Véase O’CONNELL, D.P., *The International Law of the Sea*, vol. 2 (SHEARER, I.A. ed.), *op. cit.*, pp. 748-750; R.R. CHURCHILL, R. R. y LOWE, A.V., *The Law of the Sea* 3rd, *op. cit.*, pp. 154-155; BORK, K., *op. cit.*, p. 58; WALKER, George K., *Definitions for the Law of the Sea: Terms Not Defined by the 1982 Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden; Boston, 2012, pp. 55 y ss.

⁸⁵⁸ GUILFOYLE, D., “Article 90”, *op. cit.*, p. 692.

⁸⁵⁹ VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., *op. cit.*, p. 26.

⁸⁶⁰ Así lo argumentan Veal, Tsimplis y Serdy citando el asunto C-308/06 *INTERTANKO and others* ECLI:EU:C:2008:312, [64]: “UNCLOS does not establish rules intended to apply directly and immediately to individuals and to confer upon them rights or freedoms capable of being relied upon against States, irrespective of the attitude of the ship’s flag State”. VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., *ibid.*

⁸⁶¹ *Ibid.* Estos autores señalan que “[e]ach state agrees with the other contracting states on what rights it can exercise through the commercial, naval, and other uses of its ships”. *Ibid.* Véase también a VEAL, R. y TSIMPLIS, M. en “The Integration of Unmanned Ships into the *Lex Maritima*”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2017, p. 308.

⁸⁶² VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., *op. cit.*, p. 26.

para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón”. Podría decirse que uno de esos “requisitos” es si la embarcación en cuestión constituye realmente un “buque” según la ley del Estado del pabellón⁸⁶³. Sin embargo, existe un importante contrargumento, según el cual, como los UUVs no se utilizaban cuando se negoció la CNUDM, es probable que los redactores de la misma no los tuvieran en cuenta. Así pues, según este argumento, el compromiso acordado de la jurisdicción oceánica y el uso de buques por los Estados en zonas jurisdiccionales y en Alta Mar, o en zonas fuera de la jurisdicción nacional en general, nunca tuvo por objeto abarcar el uso de tales embarcaciones, que no pueden considerarse incluidas en la definición de buque, sino más bien se encuentran bajo la asignación jurisdiccional general de los poderes de los Estados en virtud de la CNUDM y el derecho internacional consuetudinario⁸⁶⁴. Veal, Tsimplis y Serdy rebaten este argumento de varias maneras; en primer lugar, argumentan que no se puede descartar la posibilidad de que algunas de las armadas más sofisticadas tengan presente la tecnología autónoma, aunque probablemente no se hubiera discutido abiertamente durante las negociaciones de la CNUDM. En segundo lugar, señalan que, si bien es cierto que el desarrollo tecnológico desencadena cambios normativos y jurídicos⁸⁶⁵, es difícilmente discutible que todo nuevo desarrollo tecnológico permanece sin regular solo porque la CNUDM fue acordada antes de que la tecnología apareciera. El carácter detallado de las facultades jurisdiccionales aplicables a los buques extranjeros en virtud de la CNUDM sugiere que las negociaciones se centraron efectivamente en los buques existentes⁸⁶⁶. Sin embargo, tal y como indican los anteriores autores, esto no significa que las negociaciones tuvieran por objeto excluir su aplicabilidad a las nuevas

⁸⁶³ VEAL, R., TSIMPLIS, M., SERDY, A., QUINN, S. y NTOVAS, A., *Liability for Operation in Unmanned Maritime Vehicles with Differing Levels of Autonomy*, European Defence Agency, Brussels, 2016, p. 10 (citado por VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., *ibid.*, p. 43).

⁸⁶⁴ Así exponen dicho contrargumento Veal, Tsimplis y Serdy, *ibid.*, p. 27.

⁸⁶⁵ Véanse, por ejemplo, los cambios efectuados en el Convenio sobre el Reglamento internacional para prevenir los abordajes en el mar de 1972 con el objeto de cubrir el uso del radar.

⁸⁶⁶ VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., *op. cit.*, p. 27.

tecnologías. De ser así, se habría hecho hincapié en la definición de los buques, pero no existen pruebas de que se hayan celebrado debates de este tipo⁸⁶⁷. Un tercer argumento más general podría hacerse reconociendo un enfoque evolutivo⁸⁶⁸ de la interpretación de los tratados. Los tratados deben interpretarse de buena fe “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin”⁸⁶⁹. Si el objetivo de la CNUDM era, como se cree⁸⁷⁰, desarrollar un marco jurídico para los océanos que incluyera la explotación de “buques”, definidos nacionalmente, por los Estados en zonas bajo la jurisdicción de otros Estados y en zonas más allá de la jurisdicción nacional, entonces, la inclusión de los UVMs en las definiciones nacionales de los buques está en conformidad tanto con el objeto como con el propósito de la CNUDM⁸⁷¹. En este sentido señalan Veal, Tsimplis y Serdy que “[f]urthermore, there is evidence of an increasingly “evolutionary approach” to treaty interpretation”⁸⁷². Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha determinado que cuando se utiliza un término genérico, en el caso concreto el término “commerce”, y la disposición pertinente tiene por objeto resolver una cuestión por un período indefinido, debe entenderse que los términos del tratado “must be understood to have the meaning they bear on each occasion on which the Treaty is to be applied, and not necessarily their original meaning”⁸⁷³. La controversia surgió en torno a los derechos de navegación otorgados a Costa Rica en el río San Juan, en Nicaragua, en virtud del Tratado de límites Cañas-Jerez entre Nicaragua y Costa Rica de 1858. La cuestión que había que decidir era si la palabra “comercio”

⁸⁶⁷ *Ibid.*

⁸⁶⁸ Véase al respecto BJORGE, E., *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, 2014.

⁸⁶⁹ Véase el artículo 31(1) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *op. cit.*

⁸⁷⁰ VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., *op. cit.*, p. 27.

⁸⁷¹ *Ibid.*

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ Véase *Costa Rica v Nicaragua (Dispute Regarding Navigational and Related Rights)* [2009] I.C.J. Reports 213, paras. 70–71.

del artículo VI del tratado, que otorgaba a Costa Rica derechos de navegación perpetuos (“con objetos de comercio”), se extendía al “turismo”⁸⁷⁴. La CIJ sostuvo que el significado de 2009 del término “comercio” era dispositivo para, de hecho, abarcar el “turismo”⁸⁷⁵. Trayendo a colación este caso, Veal, Tsimplis y Serdy, concluyen con acierto, que si, en el contexto de un tratado acordado a mediados del siglo XIX, puede interpretarse que el término “comercio” incluye el “turismo”, es ciertamente discutible que el término “buque” en virtud de la CNUDM pueda incluir nuevos tipos de buques, así como los UMVs, siempre que un Estado los designe como tales⁸⁷⁶. Precisamente, señala Craig que uno de los motivos de la ausencia de objeciones a las operaciones con UMVs, es que “other States have already accepted that the meaning of "vessel" in the 1982 UNCLOS is broad enough to include UMV”⁸⁷⁷. Por otra parte, indica que el artículo 94. 4 de la CNUDM podría constituir un problema al respecto, pues dicho párrafo contempla que cada “buque” será tripulado de conformidad con los reglamentos internacionales aplicables y estará a cargo de un capitán y de oficiales⁸⁷⁸. Algunos han argumentado que las referencias de la CNUDM a “buque” se aplican mutatis mutandis a los sistemas marítimos no tripulados; sin embargo, al invocar esa economía de redacción, se supone, argumenta Craig, que “the treaty drafters intended to include unmanned vehicles in the treaty articles referring to either “ship” or “vessel”, and whether used in an unrestricted or restricted sense”⁸⁷⁹. Un segundo motivo es, en consonancia con lo apuntado por Veal, Tsimplis y Serdy, que, “just as flag States have been given wide discretion to determine the requirements for registration and the right to fly the national flag, they have

⁸⁷⁴ Véase *Costa Rica v Nicaragua (Dispute Regarding Navigational and Related Rights)* [2009] I.C.J. Reports 213, paras. 70–71.

⁸⁷⁵ Véase *Costa Rica v Nicaragua*, *ibid.*, paras. 63-64.

⁸⁷⁶ VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., *op. cit.*, p. 27.

⁸⁷⁷ CRAIG H, A. en “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, p. 511.

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ *Ibid.*

similar discretion to determine whether a given UMV should be classified as a vessel and regulated under the regime for those craft”⁸⁸⁰. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha limitado la medida en que otros Estados pueden cuestionar la validez de las decisiones de registro del Estado del pabellón⁸⁸¹. Por tanto, es razonable concluir que el hecho de que un UMV sea un buque en virtud de la CNUDM queda a discreción del Estado contratante. El detalle de lo que constituye un “buque” para fines reglamentarios particulares se ha establecido, como hemos señalado, en los convenios de la OMI más específicos, restringiendo la aplicación de esos instrumentos a categorías específicas de buques. Esto indica que cuando los Estados desean restringir la definición del buque pertinente para un uso particular, se puede encontrar una redacción expresa. La ausencia de una redacción restrictiva sugiere que no existía tal intención en la CNUDM⁸⁸². Una vez que el Estado del pabellón haya determinado el estatuto jurídico de “buque”, los demás Estados deben aceptar que la nave específica desplegada por el Estado del pabellón tiene derecho a ejercer los derechos de navegación y otros derechos concedidos a los buques. Como contrapartida, el Estado del pabellón debe, por supuesto, cumplir las obligaciones correspondientes de la CNUDM. Así pues, afirman con rotundidad Veal, Tsimplis y Serdy que “UNCLOS regulates how each state uses its ships but leaves the question of what constitutes a ship to be determined by national law”⁸⁸³. El papel definitorio del Estado del pabellón es también avalado por Craig, pese a que, como se ha señalado anteriormente, comentó que, si bien un Estado tiene amplia discreción para fijar las condiciones que permiten a los buques enarbolar su pabellón, ninguna autoridad ha determinado aún que tenga el mismo grado de discreción para determinar si una determinada embarcación es un “buque”. Así pues, señala que

⁸⁸⁰ *Ibid.*, pp. 511-512.

⁸⁸¹ Véase, por ejemplo, Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, caso n° 19 *Virginia G (Panamá/Guinea-Bissau)*, Sentencia de 14 de abril de 2014, disponible en www.itlos.org (citada por Craig, *ibid.*).

⁸⁸² VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY., *op. cit.*, p. 28.

⁸⁸³ VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY., *ibid.*

“[t]he formal approach to classification of a UMV under international law calls for application of the two-step inquiry set out by the ICJ in the 1951 Anglo-Norwegian Fisheries case. In the first step, the inquiry focuses on the claim made by the State of “nationality,” to the extent such watercraft can be said to possess nationality (presumably, ordinary chattels do not possess nationality). That is, does the putative State of “nationality” treat the craft as a vessel? The second step focuses on the extent to which the State’s claim is consistent with international law, or has been accepted by other States as a matter of international law, and is therefore opposable to other States”⁸⁸⁴.

No obstante, este enfoque puede dar lugar a complicaciones. Buen ejemplo de ello es el incidente acaecido en diciembre de 2016 en el que se vio envuelto un vehículo submarino no tripulado (UUV, Unmanned Underwater or Undersea Vehicle) estadounidense lanzado desde el *USNS Bowditch* en la ZEE de Filipinas⁸⁸⁵. La controversia se refería a la protesta de la Armada estadounidense por la incautación ilegal del referido UUV por parte de China. Constituye el primer incidente diplomático con relación a los Unmanned Maritime Vehicles (UMVs). Surgió cuando la Armada China incautó un UUV de 50 nm perteneciente a la Armada de Estados Unidos en la Zona Económica Exclusiva de Filipinas, a unas 50 millas al noroeste de la bahía Súbic en la isla filipina de

⁸⁸⁴ CRAIG H, A. en “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, pp. 492-493.

⁸⁸⁵ Véase al respecto CAVAS, Christopher P. “China Grabs Underwater Drone Operated by US Navy in South China Sea”, *op. cit.*; MALAKOFF, D., “Q&A: China Just Seized a Research Robot from a U.S. Navy Ship. What Was it Doing?”, *SCIENCE*, Dec. 16, 2016,

<https://www.sciencemag.org/news/2016/12/qa-china-just-seized-research-robot-us-navy-ship-what-was-it-doing>;

VALENCIA, Mark J., “US-China Underwater Drone Incident: Legal Grey Areas”, *THE DIPLOMAT*, Jan. 11, 2017,

<https://thediplomat.com/2017/01/us-china-underwater-drone-incident-legal-grey-areas/>

(todas las páginas fueron consultadas por última vez el 8 de mayo de 2020). Véase también SWAIN, Christopher C., “Towards Greater Towards Greater Certainty for Unmanned Navigation, a Recommended United States Military Perspective on Application of the “Rules of the Road” to Unmanned Maritime Systems”, *op. cit.*, pp. 124-125, 2018.

Luzón⁸⁸⁶. El debate jurídico que surgió durante el incidente del UUV se centró en tres aspectos: la legitimidad de la acción china, la posible inmunidad soberana del UUV y el estatuto jurídico del lugar donde fue incautado⁸⁸⁷. La cuestión pertinente aquí es, por tanto, qué estatuto jurídico le concedió Estados Unidos y China al UUV. Cuando una pequeña embarcación lanzada por el buque de guerra chino (el buque de rescate de submarinos de clase Dalang-III ASR-510) incautó el UUV estadounidense, el Pentágono declaró que el UUV es un “sovereign immune vessel of the U.S. Navy which was conducting routine operations in the international waters of the South China Sea in full compliance with international law”⁸⁸⁸. En este sentido, Kraska y Pedrozo han argumentado que “the drone is a “U.S. vessel”, and its seizure shows a willingness to openly steal American property operating legitimately at sea. (...) China’s action is all the more blatant because the U.S. “vessel” enjoys sovereign immune status. No foreign nation may purport to assert

⁸⁸⁶ Véase VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, *op. cit.*, p. 24; KRASKA, J. & PEDROZO, R., “China’s Capture of U.S. Underwater Drone Violates Law of the Sea”, *Lawfare*, December 16, 2016,

<https://www.lawfareblog.com/chinas-capture-us-underwater-drone-violates-law-sea>

(Última consulta mayo 2020);

CAVAS, Christopher P. “China Grabs Underwater Drone Operated by US Navy in South China Sea”, *op. cit.*

⁸⁸⁷ Véase HONG, N., “Freedom of Navigation: Where to Go When the Political Agenda Overshadows Legal Substance” en NORDQUIST, Myron H., NORTON MOORE, J. y LONG, R. (eds.), *Cooperation and Engagement in the Asia-Pacific Region*, *op. cit.*, p. 194.

⁸⁸⁸ US Department of Defense, “Statement by Pentagon Press Secretary Peter Cook on Return Of U.S. Navy UUV”, December 19, 2016,

<https://www.defense.gov/Newsroom/Releases/Release/Article/1034224/statement-by-pentagon-press-secretary-peter-cook-on-return-of-us-navy-uuv/>

(consultada por última vez el 6 de mayo de 2020). Puntualiza Valencia que “there is no legal entity in UNCLOS called “international waters.” This term is an invention of the US Navy and in its vernacular is used to connote waters that have high seas freedoms”. VALENCIA, Mark J., “The US-China Underwater Drone Incident: Parsing the Legal Aspects”, *IPP Review*, January 10, 2017, <http://ippreview.com/index.php/Home/Blog/single/id/325.html> (consultado por última vez en mayo de 2020).

legal jurisdiction over it”⁸⁸⁹. Así pues, esta argumentación se basa en que el UUV se considera un “buque” y, como tal, también está sujeto a la inmunidad soberana, ya que era propiedad del gobierno y se utilizaba con fines no comerciales⁸⁹⁰. Por su parte, China justificó su acción alegando que el vehículo submarino no tripulado era un “dispositivo” no identificado⁸⁹¹ y, por tanto, en la creencia de que el UUV no era un “buque”⁸⁹². Procede recoger en este punto que en el contexto de un estudio oficial realizado por el Comité Marítimo Internacional (CMI) en el seno de las asociaciones estatales de derecho marítimo, para sorpresa de muchos, cuando se preguntó a China “Do you foresee any problems

⁸⁸⁹ KRASKA, J. & PEDROZO, R., “China’s Capture of U.S. Underwater Drone Violates Law of the Sea”, *op. cit.*

⁸⁹⁰ Véase Klein “Maritime Autonomous Vehicles (...)”, *op. cit.*, pp. 267-268. Señalan Veal, Tsimplis y Serdy que “the United States justified the UUV’s operation on the basis of its right to sail military vessels of whatever kind”. VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, *op. cit.*, p. 28. Respecto a la inmunidad soberana del UUV, Kraska y Pedrozo señalan que “Although it could be argued that a UUV is “under the command” of an officer, they are not “manned by a crew” and therefore do not qualify as a “warship”. That does not mean, however, that UUVs are not entitled to sovereign immunity. As a government-owned or operated watercraft used exclusively for non-commercial services, UUVs qualify as sovereign immune craft independent of the status of its launch platform (UNCLOS article 32 and Commander’s Handbook para. 2.3.6)”. KRASKA, J. & PEDROZO, R., “China’s Capture of U.S. Underwater Drone Violates Law of the Sea”, *op. cit.* El *Commander’s Handbook* (*op. cit.*) en su para. 2.3.6 dice textualmente que “USV and UUVs engaged exclusively in government, noncommercial service are sovereign immune craft. USV/UUV status is not dependent on the status of its launch platform”.

⁸⁹¹ Véase al respecto *China to hand over underwater drone to U.S. in appropriate manner*, http://eng.mod.gov.cn/DefenseNews/2016-12/18/content_4767100.htm y *Foreign Ministry Spokesperson Hua Chunying’s Regular Press Conference* on December 19, 2016,

https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/xwfw_665399/s2510_665401/t1425479.shtml

(ambas consultadas por última vez el 6 de mayo de 2020). China defendió su acción como si hubiera sido tomada “in order to prevent the device from causing harm to the safety of navigation and personnel of passing vessels”. LAGRONE, S., “China Promises to Return Snatched Unmanned Navy Glider”, *USNI News*, December 18, 2016,

<https://news.usni.org/2016/12/18/china-promises-return-snatched-unmanned-navy-glider>

(consultada por última vez el 6 de mayo de 2020).

⁸⁹² VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., *op. cit.*, p. 28.

in treating unmanned ships as *vessels* or *ships* under the Law of the Sea (la pregunta no indicaba si se refería al derecho convencional, al derecho consuetudinario o a ambos) in your jurisdiction”, China simplemente respondió “No”, sin distinguir entre “buques” comerciales y militares⁸⁹³. Señala Klein que “[w]hile differences of opinion may emerge on the vessel status of the MAV (siglas de Maritime Autonomous Vehicle), what remains pertinent under either analysis is that the United States enjoys the freedom of navigation on the high seas and within EEZs, as this freedom belongs to States rather than attaching to ships. To deny this freedom to the United States through the seizure of its MAV could therefore be construed as a violation of international law irrespective of the status of the MAV as a ship or a device, or whether there was a crew on board or not”⁸⁹⁴. Al mismo tiempo, señala que el debate sobre el estatuto jurídico del UUV podría haber sido pertinente si “it was the Philippines that had seized the MAV in an exercise of coastal State authority over marine scientific research in its EEZ rather than China. China may hold the view that the USNS Bowditch and its MAVs were operating in China’s EEZ, but the decisions of the South China Sea Tribunal denying small land features in the South China Sea an EEZ run counter to such a position”⁸⁹⁵. A este respecto puntualiza que “[q]uestions may further emerge as to whether the MAV was being deployed consistently with requirements of navigational safety, and to what extent those rules apply to the MAV at issue”⁸⁹⁶. Por otro lado, indica la autora que “[a] navy’s use of floats and gliders further challenges the nature of the research being conducted (that is, what is it doing, not just what is doing it), and whether it is subject to coastal State jurisdiction as a result. This debate has emerged even when a vessel is crewed, so it is not the lack of a crew that makes a difference to the

⁸⁹³ CRAIG H, A. en “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, p. 511. Paréntesis añadido.

⁸⁹⁴ KLEIN, N., “Maritime Autonomous Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 268.

⁸⁹⁵ *Ibid.* Véase South China Sea Arbitration (Phil. v. China), Case No. 2013-19, Award (Perm. Ct. Arb. 2016), citada por Klein.

⁸⁹⁶ KLEIN, N., *ibid.*

regulatory framework”⁸⁹⁷. A este respecto, trae a colación a Kraska y Pedrozo, los cuales “noted that the USNS Bowditch and its drones were engaged in military activities at the time of China’s seizure of the MAV”⁸⁹⁸. Valencia señala “[t]he activities of underwater drones are a particular legal “grey area”⁸⁹⁹. Una de las cuestiones relevantes en relación al UUV estadounidense es “[i]f the UUV was being used for “military” or hydrographic research under the guise of “scientific” research, was it an abuse of rights, which is a violation of UNCLOS?”⁹⁰⁰ Valencia concluye que “[p]erhaps this controversy can be put to rest by a plain reading of UNCLOS Article 258. It provides that “the deployment and use of any type of scientific research installation or equipment in any area of the marine environment shall be subject to the same conditions as are prescribed in this Convention for the conduct of marine scientific research in any such area,” that is the consent regime. The Philippines may well conclude that this applies to the Bowditch and its UUVs in that the deployment of such equipment in its EEZ requires its consent”⁹⁰¹. El Secretario de Defensa de Filipinas, Delfin Lorenzana, dijo que su presencia era “unauthorized” y que “we have to know what they are doing in our area”. Afirmó que tanto Estados Unidos como China deben pedir permiso a Manila para realizar actividades dentro de su ZEE. Malasia, Tailandia y La India ya prohíben las actividades militares

⁸⁹⁷ *Ibid.*

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ VALENCIA, Mark J., “The US-China Underwater Drone Incident: Parsing the Legal Aspects”, *op. cit.*

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ *Ibid.* Swain, citando a Pedrozo, señala que este autor, demuestra en detalle que: “military data and intelligence collection activities in EEZs are lawful irrespective of coastal state consent based on long-standing state practice, customary international law, and the language of UNCLOS”. SWAIN, Christopher C., “Towards Greater Towards Greater Certainty for Unmanned Navigation (...)”, *op. cit.*, pp. 126-127 (en nota 30). Véase PEDROZO, R., “Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus”, *International Law Studies*, vol. 90, 2014, p. 525 (citado por Swain, *ibid.*). Sin embargo, el congresista filipino y experto en derecho internacional Harry Roque instó a Filipinas a protestar por las acciones de Estados Unidos y China en su ZEE.

extranjeras sin permiso en sus ZEE⁹⁰². Para arrojar algo de luz conclusiva, Valencia se pregunta: “Was the device undertaking “scientific” research, “hydrographic” research or “military research?”⁹⁰³ Señala que “[d]espite the Pentagon spokesperson’s statement that the device was collecting scientific data, the Pentagon and Navy lawyers would likely argue that it was undertaking hydrographic or military research or surveys that do not require the permission of the coastal state”⁹⁰⁴. Sin embargo, afirma Valencia que “others argue that for intent and purpose, these survey types cannot be neatly differentiated and have great overlap. They say the very reason that the Convention’s consent regime is established for MSR is that information collected thereby may have economic value or may be used to undermine the security of the state. But some of the scientific information and data obtained by military surveys may be of great value for commercial exploitation as well as to achieve military objectives”⁹⁰⁵. Por tanto, concluye que: “It is becoming increasingly difficult to argue that hydrographic data collected today will not have some economic or security value in the future. Thus, similar considerations would now seem to apply to the conduct of hydrographic surveying in the EEZ as applied to the conduct of MSR there”⁹⁰⁶.

Ante la aparente indefinición, señala Klein que “we must be able to distinguish a Maritime Autonomous Vehicle (MAV) that is a ship from a MAV that is an object/device and further consider the type of activities in which it is engaged to assess the legality of State conduct in any give situation”⁹⁰⁷. En sentido argumenta que “[i]n distinguishing between a ship and a device, it might be a question that is to be determined on the basis of particular facts about a MAV (for example, its size, functions,

⁹⁰² VALENCIA, Mark J., “The US-China Underwater Drone Incident: Parsing the Legal Aspects”, *op. cit.*

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁹⁰⁵ *Ibid.*

⁹⁰⁶ *Ibid.*

⁹⁰⁷ KLEIN, N., “Maritime Autonomous Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 268.

and operating capability), rather than formulating general principles that cannot necessarily predict all technological advances”⁹⁰⁸. En enero de 2018 tuvo lugar otro incidente en el que de nuevo, se vio envuelto un UUV perteneciente a la Armada de Estados Unidos. Esta vez fueron los rebeldes hutíes los que incautaron el UUV frente a la Costa de Yemen⁹⁰⁹, aunque no está claro cómo o dónde fue encontrado⁹¹⁰. Con rotundidad, Klein califica de “buque” el UUV incautado en virtud del artículo 1 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (...) ⁹¹¹, dada su amplitud definitoria. Así pues, señala con relación al incidente: “This act would fall within Article 3(1)(a) as it involves the seizure of a ship (interpreted broadly as noted previously) by force. The person who remotely controls a MAV to explode when attacking another ship would also commit an offense under the convention. Indeed, under the SUA Convention, using “a ship in a manner that causes death or serious injury or damage” when the person intends “to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act” is an offense. This certainly applies to Houthi militants using explosive-laden MAVs to target coastal infrastructure”⁹¹². Señala Kara Chadwick que estos incidentes “give[s] an idea of the approach that some coastal States might take towards small military UMS (Unmanned maritime systems) in territorial waters and elsewhere”⁹¹³. A este respecto señala Valencia que “[d]rones and attacks thereon will increasingly

⁹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 268-269.

⁹⁰⁹ WERNER, B., “VIDEO: Houthi Forces Capture U.S. Navy Unmanned Underwater Vehicle Off Yemen” *USNI NEWS* (Jan. 3, 2018, 2:24 PM), <https://news.usni.org/2018/01/03/houthi-rebels-find-likely-u-s-navy-unmanned-underwater-vehicle> (última consulta mayo de 2020).

⁹¹⁰ SWAIN, Christopher C., “Towards Greater Towards Greater Certainty for Unmanned Navigation (...)”, *op. cit.*, p. 120. Véase también CHADWICK, K., “Unmanned maritime systems will shape the future of naval operations: is international law ready?” en *Maritime security and the law of the sea: help or hindrance?*, *op. cit.*, p. 149.

⁹¹¹ *Op. cit.*

⁹¹² KLEIN, N., “Maritime Autonomous Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 262.

⁹¹³ CHADWICK, K., *ibid.*

become tools in coercive diplomacy enabling rivals to send a strong signal without directly targeting their human opponents. There are no formal or informal rules or agreements regarding UUVs. The US and China should negotiate voluntary guidelines for the use of drones in, over and especially under waters under foreign jurisdiction”⁹¹⁴. Por lo que concierne al objeto de obra, el argumento⁹¹⁵ contrario al planteamiento estadounidense⁹¹⁶ se refiere a la cuestión jurídica de si la inmunidad soberana prevista en la CNUDM se extiende a los vehículos marítimos no tripulados o a cualquier otro equipo desplegado desde buques estatales⁹¹⁷.

Señala Mark J. Valencia que el argumento presentado por Kraska y Pedrozo, según el cual en diversos tratados se define el término “buque” de manera suficientemente amplia como para incluir “autonomous and even expendable marine instruments and devices”, es cuestionable⁹¹⁸. Así pues, estos dos autores traen a colación el Convenio sobre el Reglamento internacional para prevenir los abordajes en el mar, que define “buque” como “toda clase de embarcaciones, (...), utilizadas o que puedan ser utilizadas como medio de transporte sobre el agua

⁹¹⁴ VALENCIA, Mark J., “The US-China Underwater Drone Incident: Parsing the Legal Aspects”, *op. cit.*

⁹¹⁵ HONG, N., “Freedom of Navigation: Where to Go When the Political Agenda Overshadows Legal Substance”, *op. cit.*, p. 195.

⁹¹⁶ Tras la incautación del UUV estadounidense en 2016, el argumento de la “inmunidad soberana” fue repetido por el experto del Mar de China Meridional, Gregory Poling, del Center for Security and International Studies (CSIS) con sede en Washington DC. Asimismo, otra experta del CSIS, Bonnie Glaser, también dijo que “the seizure appeared to be a violation of international law.” Por su parte, el Departamento de Defensa de Estados Unidos, una vez que declaró que “[t]he seized UUV is a sovereign immune vessel of the U.S. Navy (...)”, fue más cuidadoso al decir simplemente que “[t]his incident was inconsistent with both international law and standards of professionalism (...)”. Véase VALENCIA, Mark J., “The US-China Underwater Drone Incident: Parsing the Legal Aspects”, *op. cit.*; US Department of Defense, “Statement by Pentagon Press Secretary Peter Cook on Return Of U.S. Navy UUV”, *op. cit.*

⁹¹⁷ Véase VALENCIA, Mark J., *ibid.*

⁹¹⁸ *Ibid.*

(presumiblemente, añade Valencia⁹¹⁹, transporte de seres humanos)”. A este respecto, señalan Kraska y Pedrozo que “[t]he variation between manned systems and unmanned systems, such as size of the means of propulsion, type of platform, capability, endurance, human versus autonomous control and mission set, has not been a defining character of what constitutes a “vessel” or “ship”⁹²⁰. Incluso, afirman con rotundidad que “the seizure of the U.S. drone was a violation of COLREGS itself, which requires mariners to take affirmative steps to avoid closing on other vessels in the water”⁹²¹. La definición de “buque” del Código de Estados Unidos también utiliza la expresión “como medio de transporte sobre el agua”. Esta expresión se ha mantenido en la definición desde su adopción en 1873 y se reitera en al menos 24 leyes marítimas federales⁹²². En Estados Unidos la definición básica de “buque” se contiene en el 1 U.S.C. § 3, según la cual, se entiende por *buque*, “every description of water-craft or other artificial contrivance used or capable of being used as a means of transportation on the water”⁹²³. En el caso *Stewart v. Dutra Construction Co.*, el Tribunal observó que el artículo 3 del Código de Estados Unidos se limitaba a codificar el significado que el término “buque” había adquirido en el derecho marítimo general. Asimismo, el Tribunal también puso de manifiesto que en dicho artículo no existe “limit as to the size or purpose of the vessel”⁹²⁴. En *Lozman v. City of Riviera Beach*, el tribunal citó la definición de “transporte” del Oxford English Dictionary: “involves the conveyance of things or persons from

⁹¹⁹ Véase VALENCIA, Mark J., “US-China Underwater Drone Incident: Legal Grey Areas”, *op. cit.*

⁹²⁰ KRASKA, J. & PEDROZO, R., “China’s Capture of U.S. Underwater Drone Violates Law of the Sea”, *op. cit.*

⁹²¹ *Ibid.*

⁹²² VALENCIA, Mark J., “The US-China Underwater Drone Incident: Parsing the Legal Aspects”, *op. cit.*

⁹²³ Véase CRAIG H, A. en “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, p. 494.

⁹²⁴ Véase *Stewart v. Dutra Construction Co.*, 543 U.S. 481, 2005, (citado por Craig, *ibid.*)

one place to another”⁹²⁵. Por consiguiente, concluye Craig que “a watercraft need not be manned, but it must at least be capable of conveying persons or “things.””⁹²⁶. Al mismo tiempo, señala que “a dual use craft that is capable of operating in both the manned and unmanned modes would be “capable” of transporting people even when operated in the unmanned mode”⁹²⁷. En cuanto al significado del término “buque” en el derecho internacional, algunos podrían cuestionar si la definición, debería limitarse a los vehículos con una función de transporte, dado que los artículos sobre la libertad de navegación no se limitan a los buques dedicados al “transporte”⁹²⁸. En un estudio realizado por la American Branch of the International Law Association (ABILA) se llegó a la conclusión de que debía eliminarse el requisito de la función de transporte. Señala Craig al respecto, en una argumentación lógica, que los artículos sobre navegación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se extienden más allá de los vehículos dedicados al comercio, para incluir buques de guerra, buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial, así como aeronaves de Estado, ninguno de los cuales se despliega para transportar bienes o personas⁹²⁹. La definición final del Comité de Derecho del Mar de la ABILA (ABILA LOS Committee)

⁹²⁵ Véase *Lozman v. City of Riviera Beach*, 568 U.S. 115, 2013, (citado por Craig, *ibid*).

⁹²⁶ Véase CRAIG H, A., *ibid.*, p. 495.

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ Véase a Craig trayendo a colación a los profesores McDougal y Burke, los cuales, caracterizan la libertad de navegación como un uso inclusivo. Así, señala Craig que “[i]n contrast to resource extraction rights, which are exclusive uses of the sea, one person’s exercise of navigation rights does not preclude another from exercising such rights. The authors argue therefore that inclusive uses should be construed broadly”. CRAIG H, A., *ibid.* Cf. McDOUGAL, Myres S. y BURKE, William T., *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea*, edición revisada, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 52, 1008-1009.

⁹²⁹ Véase CRAIG H, A., *ibid.*

para “buque” dice así: “human-made device, including submersible vessels, capable of traversing the sea”⁹³⁰.

Concluye Valencia que “[t]he UUV in question (refiriéndose al UUV estadounidense implicado en el incidente ocurrido en diciembre de 2016) is obviously not used as a means of transportation on water. Moreover, it is not a “warship” because to be so, according to UNCLOS Article 29 it has to be “manned by a crew”. Thus, it is difficult to understand why the device would have sovereign immunity”⁹³¹. No obstante, si el elemento de la función de transporte se incluye en la definición de “buque”, el interrogante qué se transporta no es, en absoluto, baladí. Así pues, ¿debe la embarcación transportar personas o carga, o una embarcación que solo lleva sensores o equipo de comunicaciones, como muchos de los Unmanned Surface Vehicles (USVs) militares, cumpliría con la definición?⁹³² Los buques de guerra son “buques” aunque no transporten pasajeros o carga. Sin embargo, transportan el equipo y las armas esenciales para su función de seguridad, así como la tripulación para operarlos. Si se supone que el requisito de transporte se refiere al transporte de algo que tiene un valor funcional distinto de la propia embarcación, esa definición funcional incluiría las embarcaciones que llevan (es decir, que transportan) sensores y otros equipos y para las cuales, los derechos de navegación son esenciales en su función. A esta conclusión llega Craig en su análisis del elemento de la función de transporte⁹³³. En este sentido, afirma Swain que “a narrow reading of

⁹³⁰ Véase WALKER, George K., *Definitions for the Law of the Sea: Terms Not Defined by the 1982 Convention*, *op. cit.*, p. 61. Véase también WALKER, George K. y NOYES, John E., “Definitions for the 1982 Law of the Sea Convention”, *California Western International Law Journal*, vol. 33, n.º. 2, 2003, p. 217. Sin embargo, concluye Craig que: “That definition may be too broad, however. For example, torpedoes and mobile “smart mines” are “human-made devices” that are “capable of traversing the sea,” but few would argue that such weapons meet the definition of a vessel”. CRAIG H, A., *ibid.*

⁹³¹ VALENCIA, Mark J., “The US-China Underwater Drone Incident: Parsing the Legal Aspects”, *op. cit.*

⁹³² CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, p. 496.

⁹³³ *Ibid.*

the vessel definition, excluding UMSs that are not specifically designed for transportation or unable to carry items beyond internal equipment, is not the only reasonable interpretation of vessel”⁹³⁴. Swain apela a que los estados (concretamente Estados Unidos) y la Organización Marítima Internacional (OMI) adopten “an inclusive position that broadly construes “capable of being used as a means of transportation” to include those UMSs (Unmanned Maritime Systems) that carry internal sensors, equipment, and weapons systems unless courts dictate otherwise. An inclusive reading of vessel status would further navigation safety by ensuring that most UMSs would be governed by the COLREGS, instead of falling outside the requirements of navigational rules as non-ves-sels”⁹³⁵. Volviendo a la posición de Valencia según la cual es difícil entender por qué el “dispositivo” estadounidense tendría inmunidad soberana, hay que decir que, aunque, finalmente, este no fuera considerado como “buque”, algunos autores señalan que como “naval UUV” que es, “the applicable laws were those applicable to military property”⁹³⁶. Craig se refiere al UUV como “sovereign property”. De este modo, trayendo a colación a Norris, el autor afirma que la propiedad soberana, al igual que la carga de propiedad gubernamental, está sujeta solo a la inmunidad de “sovereign ownership”, no a la inmunidad de los buques de guerra o de las aeronaves militares⁹³⁷. Así pues, Norris se refiere a dos “tipos” separados pero complementarios de inmunidad soberana: “there appear to be two separate but complementary “types” of sovereign immunity: (1) immunity from enforcement actions by

⁹³⁴ SWAIN, Christopher C., “Towards Greater Towards Greater Certainty for Unmanned Navigation (...)”, *op. cit.*, p. 133. Véase también Robert McLaughlin en “Unmanned Naval Vehicles at Sea: USVs, UUVs and the Adequacy of the Law”, *op. cit.*, p. 112; HENDERSON, A., “Murky Waters: The Legal Status of Unmanned Undersea Vehicles”, *op. cit.*, p. 66.

⁹³⁵ SWAIN, Christopher C., *ibid.*, pp. 133-134. Paréntesis añadido.

⁹³⁶ VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY., *op. cit.*, p. 25. No obstante, precisan estos autores que “questions concerning UUVs and UMSs in general need to be resolved nationally and internationally in order to facilitate their development and operation in the national and international marine space”. *Ibid.*

⁹³⁷ CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 492.

non-flag states, as found in UNCLOS Articles 32, 58(2), 95, and 96; and (2) immunity from a state exercising ownership, dominion, and/or control over the *public assets of another state*⁹³⁸. Afirma este autor que la importancia de este tipo de inmunidad radica en la medida en que, en caso de existir, los funcionarios extranjeros se verán impedidos, o restringidos por la ley, en su capacidad para apoderarse o ejercer de otro modo el dominio o el control de los sistemas marítimos no tripulados utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial⁹³⁹. Por otro lado, refiriéndose al artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ), argumenta que existen algunos precedentes para inferir que un Estado goza de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado con respecto a sus bienes⁹⁴⁰. Así pues, el artículo 5 de la CNUIJ es del tenor literal siguiente: “Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención”. La referencia a los bienes del Estado en este artículo no es con relación a la inmunidad de las medidas de ejecución, cuestión que se aborda en la Parte IV de la Convención. La cláusula “bienes” del artículo 5 se refiere, en cambio, a la “immunity from proceedings, whether instituted against the State in relation to its rights in or use of property or—Article 18 (‘State immunity from pre-judgment measures of constraint’) permitting— instituted in rem against the property itself”⁹⁴¹. Advierten Brown y O’Keefe que el término “bienes de un Estado” del mencionado artículo 18 de la CNUIJ, es potencialmente ambiguo, y el comentario de la CDI no arroja ninguna luz⁹⁴². La preposición “de” podría, conforme al sentido corriente

⁹³⁸ NORRIS, A., *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems, Research Monograph*, op. cit., p. 41. Cursiva añadida.

⁹³⁹ *Ibid.*, p. 43.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 45.

⁹⁴¹ GRANT, T., “Article 5. State immunity” en O’KEEFE, R. y TAMS, C. J. (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, op. cit., p. 102.

⁹⁴² BROWN, C. y O’KEEFE, R., “Article 18. State immunity from pre-judgment measures of constraint” en *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their*

(art. 31.1 Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados), ser tomada como “pertenciente a”, es decir, para denotar únicamente la propiedad. Pero también se podría tomar para comprender la posesión o el control. El recurso a los trabajos preparatorios para resolver la ambigüedad indica claramente que la segunda lectura es la correcta⁹⁴³. Las palabras “bienes de un Estado” que se han propuesto como abreviatura de la formulación “su propiedad o bienes de los que ostente su posesión o control” adoptada en primera lectura, “are to be construed as referring to any property that a State owns or that it possesses or controls”⁹⁴⁴. Sin embargo, no existe un consenso entre los expertos en derecho internacional en cuanto a la existencia de un principio general de derecho internacional público según el cual, los objetos pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial están cubiertos por la soberanía del Estado⁹⁴⁵. Así, el *Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* expone que si bien, no existe ninguna norma convencional que conceda explícitamente inmunidad soberana a *cualquier* objeto utilizado con fines gubernamentales no comerciales, es importante que, de conformidad con el artículo 5 de la CNUIJ, un Estado goce de la inmunidad de jurisdicción de los tribunales de otro Estado con respecto a sus bienes. Como consecuencia, plantea que, se podría sugerir que esta disposición pone de manifiesto un principio general de derecho internacional público según el cual “objects owned or used by a State for non-commercial governmental purposes are covered by the State’s sovereignty. Accordingly, they are subject to that State’s exclusive jurisdiction even if located outside its territory. The International Group of Experts could

Property, *ibid*, p. 299. Véase el párrafo (5) del comentario al artículo 18 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, p. 61.

⁹⁴³ BROWN, C. y O’KEEFE, R., *ibid*.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 299-300.

⁹⁴⁵ SCHMITT, Michael, N. (ed.), “Rule 4 – Sovereign immunity and inviolability” (Commentary to Rule 4 ¶ 6), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 25 (citado por Norris, *op. cit.*, pp. 45-46).

achieve no consensus on this point”⁹⁴⁶. Nos parecería exagerado que ésta fuera la fuente de la regla. En todo caso sería una norma consuetudinaria más que un principio. Hay que precisar que la siguiente edición del anterior Manual, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, especifica que los bienes de los Estados extranjeros que tienen derecho a la inmunidad incluyen “buildings, installations, vessels, aircraft, and space objects (*Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* señalaba el “acknowledging the sovereign immunity of space objects” en virtud del artículo 3(3) de la CNUIJ)⁹⁴⁷ that are owned or operated by a foreign State for non-commercial exclusively governmental purposes. For instance, a State’s cyber infrastructure that serves non-commercial governmental purposes may not be seized or attached by a domestic court or officials of another State. (...)”⁹⁴⁸. Sobre la inmunidad soberana de los unmanned aerial vehicles, la respuesta es clara: “a denial of service attack against a State’s military unmanned aerial vehicle would constitute a violation of its sovereign immunity. Similarly, taking control of the object would violate sovereign immunity”⁹⁴⁹. De otro lado, tales expertos afirman que “[m]ilitary vessels, aircraft, and other moveable or non-moveable State property and equipment of a military nature, including military cyber infrastructure, are *ipso facto* considered to be of a non-commercial governmental nature”⁹⁵⁰. Precisamente, el artículo 21.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ) dispone que: “No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado

⁹⁴⁶ *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, ibid.*

⁹⁴⁷ *Ibid*, Commentary to Rule 4 ¶ 2, p. 24.

⁹⁴⁸ SCHMITT, Michael, N. (ed.), “Rule 12 – Immunity of States from the exercise of jurisdiction” (Commentary to Rule 12 ¶ 8), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, op. cit.*, p. 73.

⁹⁴⁹ Véase “Rule 5 – Sovereign immunity and inviolability” (Commentary to Rule 5 ¶ 3), *Tallinn Manual 2.0 (...), ibid*, p. 28.

⁹⁵⁰ Véase “Rule 12 – Immunity of States from the exercise of jurisdiction” (Commentary to Rule 12 ¶ 8), *ibid*.

para fines que no sean un servicio público no comercial (...): *b*) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares”⁹⁵¹. De este modo, la cláusula general contenida en el artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ), es auxiliada con estas y otras precisiones del artículo 21 de la CNUIJ. El artículo 21.1 *b*) excluye, por tanto, a los mencionados bienes militares, de la aplicación de la excepción de “uso comercial” del artículo 19 c). El comentario de la CDI explica que el término “militar”, en el contexto del apartado *b* del párrafo 1, incluye la armada, las fuerzas aéreas y el ejército⁹⁵². La ley australiana sobre inmunidad de los Estados extranjeros (s. 32(3) *a*), la ley canadiense sobre inmunidad de los Estados (s. 12(3) y la ley estadounidense de inmunidades soberanas extranjeras (s. 1611(b)(2), establecen disposiciones especiales para la inmunidad de las medidas de ejecución posteriores a la sentencia de al menos ciertos tipos de bienes militares extranjeros⁹⁵³. Por lo que respecta a la jurisprudencia, afirman Brown y O’Keefe que “[a]n equivalent rule is found in the jurisprudence of the courts of many States”⁹⁵⁴. En particular, la ley australiana define de forma detallada “military property” (s. 3(1)) y la ley israelí de inmunidades (s. 17 *d*) establece que la renuncia a la inmunidad de ejecución puede no aplicarse a un “military asset”, definido en la s. 1⁹⁵⁵. Por lo que se refiere a la Ley española de Inmunidades, el artículo 20.1 dispone que: “De los bienes propiedad del Estado extranjero o de los que este ostente su posesión o control, se consideran en todo caso específicamente utilizados o destinados a ser utilizados para fines públicos no comerciales los siguientes:

⁹⁵¹ *Op. cit.*

⁹⁵² Véase el párrafo (4) del comentario al artículo 19 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, p. 64.

⁹⁵³ Todas estas leyes han sido citadas con anterioridad.

⁹⁵⁴ BROWN, C. y O’KEEFE, R., “Article 21. Specific categories of property” en *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, *op. cit.*, p. 342.

⁹⁵⁵ Véase BROWN, C. y O’KEEFE, R., “Article 21. Specific categories of property”, *ibid.*

(...) *b*) Los bienes del Estado de naturaleza militar o utilizados o destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares”⁹⁵⁶. Y el apartado tercero del mismo artículo señala que: “Los bienes enumerados en este artículo no podrán ser objeto de medidas de ejecución, salvo que el Estado extranjero haya prestado su consentimiento”. Sin embargo, la ley no define qué se entiende por “bienes militares”. En cualquier caso, y más allá de las diferencias que presenta la LO 16/2015 frente a la CNUIJ, los tribunales españoles pueden plantearse dudas en relación con el alcance de la inmunidad de ejecución respecto de determinadas «clases especiales de bienes» cuya inmunidad se vincula a su uso público (y no a su propia naturaleza) que ninguno de los dos textos despeja. Nos referimos, en este caso, a la ausencia de criterios para resolver si un bien está o no afecto al desempeño de funciones militares⁹⁵⁷. Díez-Hochleitner consideró entre otros supuestos, el referente a ciertos bienes vinculados al ejercicio de funciones militares: *recuérdese, por ejemplo, el asunto Montasa, en el que un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Rota procedió al embargo de una cuenta corriente del economato de la Base Naval de los Estados Unidos, decisión que fue posteriormente anulada por la Audiencia Provincial de Cádiz. ¿Acaso el economato constituye un bien afecto al desempeño de las funciones militares de la Base Naval?*⁹⁵⁸. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Rota había considerado que la actividad del economato no podía interpretarse como una actividad militar que afecte la soberanía de EEUU, por lo que la cuenta corriente del mismo resultaba embargable. Por contra, la Audiencia Provincial de Cádiz en su Auto n.º 42/2004 de 8 de noviembre⁹⁵⁹, sostuvo que los fondos de dicha cuenta son fondos públicos, además, precisó que los economatos de la marina son dirigidos por personal militar y las cuentas de los mismos las controla el Departamento de Defensa de EEUU, por lo que “parece claro el destino militar que se les da a los mismos; lo que

⁹⁵⁶ *Op. cit.*

⁹⁵⁷ Véase DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero en la Convención de 2004 y en la Ley Orgánica 16/2015”, *op. cit.*, p. 98.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 98-99.

⁹⁵⁹ JUR/2005/78178.

lleva a calificarlos como bienes destinados al desempeño de funciones militares, por lo que no son susceptibles de medidas de ejecución”⁹⁶⁰. Nasu y Letts se preguntan también si el UUV estadounidense habría gozado de inmunidad soberana como “an item of equipment” que funcionaba independientemente del buque *Bowditch*⁹⁶¹. En cualquier caso, en consonancia con lo sostenido por Norris, afirman que “the UUV was the property of the U.S. government” y solo sobre esta base, “China had no right to seize or retain the UUV, as regardless of the legal characterization (...), the UUV would receive sovereign immunity when owned or operated by a government”⁹⁶². Finalmente, y a pesar de las consideraciones del grupo de expertos en derecho internacional sobre la soberanía del Estado, afirma con rotundidad Norris, que un dispositivo gubernamental operado con fines no comerciales, como un Unmanned Maritime System (UMS), “would be entitled to the second form of immunity, immunity from foreign state exercise of ownership, dominion, and/or control of/over it”⁹⁶³. Sin embargo, sostiene el autor que, respecto a un dispositivo en las aguas soberanas de un Estado extranjero, ese Estado tendría “the countervailing right to exercise enforcement

⁹⁶⁰ LÓPEZ MARTÍN, Ana G., “Práctica jurisprudencial española en materia de inmunidades internacionales” *op. cit.*, pp. 130-131. Véase Audiencia Provincial de Cádiz, Auto n.º 42/2004 de 8 de noviembre, *op. cit.*, FJ 2º.

⁹⁶¹ NASU, H. y LETTS, D., “The Legal Characterization of Lethal Autonomous Maritime Systems: Warship, Torpedo, or Naval Mine?”, *International Law Studies*, vol. 96, 2020, p. 91. No obstante, en primer término los autores argumentan que “this incident did not raise any question regarding the legal status of the glider or of the rights and obligations attached to it”, pues “[t]he UUV was one of two ocean gliders that the Bowditch was recovering at the time of the seizure; therefore, it was under the control of the U.S. vessel”. *Ibid.*, pp. 90-91.

⁹⁶² NASU, H. y LETTS, D., *ibid.*, p. 91. Curiosamente, estos autores apoyan su argumentación en el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUJ), así como en el artículo 3 del Convenio de Bruselas de 1926 (ambos artículos citados), que se refieren a los “buques de propiedad de un Estado o explotados por él y utilizados, por el momento, exclusivamente para un servicio público no comercial”. *Ibid.*

⁹⁶³ NORRIS, A., *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems, Research Monograph*, *op. cit.*, p. 46.

jurisdiction over the device”⁹⁶⁴. Como la experiencia ha demostrado, es probable que un Estado ribereño no se sienta obligado a respetar ninguna afirmación de inmunidad por parte del Estado que opera el dispositivo⁹⁶⁵. Como mínimo, señala Norris que “they would be less apt to respect such a system’s immunity than they would a comparable manned platform”⁹⁶⁶. Además, “[t]his lack of adherence would likely occur with regard to both UNCLOS immunities and ownership/dominion immunity, at least until Unmanned Maritime Systems’ legal status issues are resolved”⁹⁶⁷. Una vez que haya algún tipo de aceptación universal del estatuto jurídico de los vehículos marítimos no tripulados y de sus derechos de navegación, un Estado ribereño podría mostrar mayor inclinación a respetar la inmunidad de un UMV perteneciente a un Estado o explotado por él y utilizado únicamente para un servicio oficial no comercial que descubra en sus aguas soberanas⁹⁶⁸. Norris explicita que si un Estado ribereño descubre en su Mar Territorial un Unmanned Maritime System (UMS) y no lo considera un “buque”, “it would be entitled to assert its full legislative and enforcement jurisdiction over it (no obstante, véase a continuación, la posición estadounidense al respecto)”⁹⁶⁹. Esta determinación del Estado ribereño está sujeta a la protesta del Estado del pabellón del UMS, con mecanismos de recursos limitados si esas protestas no son atendidas (por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, si ambos Estados involucrados están de acuerdo; el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, si ambos Estados son signatarios de la CNUDM; o mediante arbitraje)⁹⁷⁰. La Armada

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ Señala Norris que “the immunity issue might be somewhat of a abstract one as it relates to Unmanned Maritime Systems. Regardless of what the law says or a nation asserts, coastal states likely would not feel particularly compelled to respect the immunity of an unmanned system they discover in their sovereign waters”. *Ibid.*, p. 46.

⁹⁶⁶ *Ibid.*

⁹⁶⁷ *Ibid.*

⁹⁶⁸ *Ibid.*

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 34. Paréntesis añadido.

⁹⁷⁰ Véase Parte XV y Anexos VI-VIII de la CNUDM. Véase también Norris, *ibid.*

de Estados Unidos ha adoptado desde hace mucho tiempo la posición de que sus vehículos UMS poseen inmunidad soberana y derechos de navegación independientes de sus plataformas de lanzamiento⁹⁷¹. El importante avance en el estatuto de los UUVs se produjo en 2007, con la promulgación de una actualización para la Armada, la Guardia Costera y el Cuerpo de Marines de Estados Unidos en el *Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*⁹⁷². En la edición de 2007 se abordaron expresamente los sistemas no tripulados, tanto aéreos como marítimos⁹⁷³. A pesar de que en el *Commander's Handbook* se denomina a los USV y UUV “vehículos” en lugar de “buques”, la Armada, la Guardia Costera y el Cuerpo de Marines estadounidense, afirmaron hace más de una década que algunos USV y UUV que se dedican exclusivamente a servicios gubernamentales y no comerciales son “sovereign immune craft” (para. 2.3.6 *Commander's Handbook*), y que gozan de los mismos derechos de navegación que los buques (para. 2.5.2.5 *Commander's Handbook*). De acuerdo con esa posición, el Secretario de la Armada emitió exenciones del pleno cumplimiento del Convenio sobre el Reglamento internacional para prevenir los abordajes en el mar para varios USV de la Armada estadounidense, reconociendo implícitamente que esos USV se encuentran dentro de la definición de “buque” del Convenio. Resulta significativo el hecho de que solo se hayan concedido tales exenciones a cuatro vehículos de superficie no tripulados⁹⁷⁴. La Armada podría cambiar su doctrina sobre este punto, pero esto podría tener otras

⁹⁷¹ *Commander's Handbook*, *op. cit.*, paras. 2.3.6: “USVs and UUVs engaged exclusively in government, noncommercial service are sovereign immune craft. USV/UUV status is not dependent on the status of its launch platform” (*op. cit.*) y 2.5.2.5: “USVs and UUVs enjoy the right of innocent passage in the territorial sea. USVs and UUVs may be deployed by larger vessels engaged in innocent passage as long as their employment complies with the navigational regime of innocent passage”. Véase también NORRIS, A., *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems (...)*, *op. cit.*, p. 23.

⁹⁷² Las anteriores referencias al *Commander's Handbook*, corresponden a la última edición de 2017.

⁹⁷³ Véase al respecto CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, p. 509.

⁹⁷⁴ CRAIG H, A., *ibid.*, p. 510.

ramificaciones indeseables en la doctrina y la política, por ejemplo, si los UMS ya no tienen un estatuto independiente, podría repercutir en las afirmaciones de inmunidad soberana independiente o en los derechos de paso de sus vehículos no tripulados, por lo que es poco probable que se produzca un cambio en este sentido⁹⁷⁵. No obstante, en un examen del texto del *Commander's Handbook* de 2007, Norris llegó a la conclusión de que “[t]he legal status of [unmanned maritime systems] is currently unclear both under international law and in U.S. doctrine”⁹⁷⁶. Declara Craig que la investigación en fuentes disponibles no ha permitido, hasta el momento, descubrir ninguna objeción a la afirmación de Estados Unidos según la cual un UMV (Unmanned Maritime Vehicle) disfruta de los derechos de navegación e inmunidades de los buques tripulados en los años posteriores a la publicación del *Commander's Handbook* de 2007⁹⁷⁷. Tanto la U.S. Navy como la Coast Guard y el Marine Corps, han actuado de manera consecuente con esa posición, sin aparente protesta de otros Estados, durante más de diez años⁹⁷⁸.

Como tal vez podría esperarse, existe un acuerdo general con respecto a las principales categorías de embarcaciones caracterizadas como buques en la legislación nacional, pero también hay importantes diferencias, especialmente en lo que respecta a las embarcaciones más pequeñas y a las

⁹⁷⁵ SWAIN, Christopher C., “Towards Greater Towards Greater Certainty for Unmanned Navigation (...)”, *op. cit.*, p. 156.

⁹⁷⁶ NORRIS, A., *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems (...)*, *op. cit.*, p. 21. Nótese que el texto del *Commander's Handbook* de 2007 fue examinado detenidamente en un workshop celebrado en 2012 en la U.S. Naval War College, fruto del cual es la obra *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems, Research Monograph, ibid.*

⁹⁷⁷ CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 510. Puntualiza el autor, en este sentido, que: “[n]ote should be taken here of the draft Senate Understandings regarding the LOS Convention. Understanding #3, for example, uses the terms “ship” and “aircraft” in its understanding of the rights of innocent and transit passage, rather than the broader term “vehicle.” See S. Exec. Rpt. 110-09 (Dec. 18, 2007). Arguably, the draft Senate Understanding is more restrictive than the *Commander's Handbook*.” *Ibid.*

⁹⁷⁸ Así lo expone Craig “[t]o the extent information is available in open sources”. *Ibid.* La afirmación de inmunidad soberana en el para. 2.3.6 del *Commander's Handbook*, (este para. 2.3.6 es idéntico en ambas ediciones del *Commander's Handbook*, 2007 y 2017), es oponible a Estados Unidos. Cf. Nuclear Test cases (Australia & Nueva Zealand c. Francia), 1974 I.C.J. p. 253.

embarcaciones que difieren significativamente en apariencia o función de las que generalmente se asocian con “buques”⁹⁷⁹. El asunto se hace aún más complicado puesto que cada Estado otorga la calificación de “buque” usando criterios diferentes⁹⁸⁰. Esto hace necesario decidir en cada Estado si una determinada categoría de UMV⁹⁸¹ o incluso un modelo específico es (o no es) un “buque”. Algunas definiciones de la legislación nacional son demasiadas amplias; por ejemplo, en los Países Bajos, en virtud del *Burgerlijk Wetboek*, cualquier construcción hecha por el hombre y diseñada con capacidad de flotación puede, en principio, constituir un buque⁹⁸². Sin embargo, este enfoque amplio no se sigue en Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo interpretó que el término “buque” del artículo 3 de la *Rules of Construction Act* se refería a las estructuras que “a reasonable observer, looking to the physical characteristics and activities [of the object], would consider designed to any practical degree for carrying people or things on water”⁹⁸³. Como

⁹⁷⁹ Véase VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, *op. cit.*, p. 28.

⁹⁸⁰ Véase VEAL, R., TSIMPLIS, M., SERDY, A., QUINN, S. y NTOVAS, A., *Liability for Operation in Unmanned Maritime Vehicles with Differing Levels of Autonomy*, *op. cit.*, capítulo 3.

⁹⁸¹ Véase al respecto CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, p. 493: “Much of the analysis on the characterization of UMV so far has fallen prey to the initial assumption that the terms “vessel” and “ship” have a single meaning and that the question whether UMV are “vessels” is subject to a single ‘yes’ or ‘no’ answer. Under that simplistic approach, all UMV are either vessels for all purposes or they are not vessels for any purpose. (...) Given the diversity in UMV designs and operating modes, a single characterization that would apply to the entire class of unmanned surface and undersea vehicles, both existing and those yet to be developed, is at best premature and almost certainly unwise.”

⁹⁸² Véase el Artículo 8:2(1) del *Burgerlijk Wetboek* (BW) que define el término “seagoing ship” como aquellos buques que, “according to their construction, are intended exclusively or principally for floating on the sea.” El *Burgerlijk Wetboek* (BW) es el Código Civil de los Países Bajos. Su libro octavo se titula “Transport Law and Means of Transport”. Este Código ha sido citado por Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 28.

⁹⁸³ Véase *Lozman v. City of Riviera Beach*, *op. cit.* Esta decisión del Tribunal Supremo estadounidense sobre la definición de “buque” en el derecho de almirantazgo de Estados Unidos, “is particularly helpful for its analysis on vessel status, given the close similarity between the definition in the COLREGS and United States law”. SWAIN, Christopher C., “Towards

notable ejemplo jurisprudencial a cerca del estatuto jurídico de un UMV como “buque”, cabe citar la decisión canadiense en el caso *Cyber Sea Technologies, Inc. v. Underwater Harvester Remotely Operated Vehicle*; así pues, determinó que un “unmanned submersible” utilizado para retirar la madera sumergida era un “buque” a los efectos del derecho marítimo de Canadá: el “Underwater Harvester Remotely Operated Vehicle” es un “ship under the Canadian Federal Courts Act and the statutory definition of a vessel under the Canadian Shipping Act (2001)”⁹⁸⁴. La legislación sobre el transporte marítimo de algunos Estados permite a los funcionarios estatales conceder el estatuto jurídico de “buque” a estructuras que ordinariamente no constituirían tales, bajo su definición general de “buque”, y viceversa. Por ejemplo, la section 112(1) de la *UK’s Railways and Transport Safety Act 2003* otorga al Secretario de Estado competente la facultad de dar una orden para: a) disponer que se aplique una disposición sobre el transporte marítimo (con o sin modificaciones) en relación con determinados objetos que se utilicen, naveguen o estén situados total o parcialmente en o sobre el agua; (y/o) b) disponer que no se aplique una disposición sobre el transporte marítimo en relación con determinados objetos que se utilicen, naveguen o estén situados total o parcialmente en el agua o sobre ella⁹⁸⁵. Además, el nivel de codificación de estas definiciones varía considerablemente entre los Estados. En Alemania, por ejemplo, no existe una definición general y codificada de “buque”, aunque la jurisprudencia sugiere que un “buque” es “every vehicle of more than insignificant size, capable of floating and provided with a hollow, the purpose of which is to be moved on water”⁹⁸⁶. En virtud de la *Merchant Shipping Act 1995*

Greater Towards Greater Certainty for Unmanned Navigation (...), *op. cit.*, p. 131. Recuérdese la definición básica de “buque” en el 1 U.S.C. § 3 estadounidense.

⁹⁸⁴ *Cyber Sea Technologies, Inc. v. Underwater Harvester Remotely Operated Vehicle*, [2002] F.C. 569 (Can.), citada por Swain., *ibid.*, p. 132.

⁹⁸⁵ Véase Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 28.

⁹⁸⁶ Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia), I ZR 84/51 (1951), *Neue Juristische Wochenschrift*, 1952, p. 1135 (caso citado por Veal, Tsimplis y Serdy, *ibid.*). La definición del caso ha sido traducida al inglés por Sarah Gahlen, “Ships Revisited: A Comparative Study”, *The Journal of International Maritime Law*, Vol. 20, n° 4, 2014, p. 252.

del Reino Unido, se entiende por «buque»: “any description of a vessel used in navigation”⁹⁸⁷; no está claro si la necesidad de una tripulación es un requisito previo para la navegación⁹⁸⁸. En la jurisprudencia inglesa pueden avistarse casos en los que se han considerado el estatuto jurídico de “unmanned barges”, y en algunos de estos se han considerado “buques”, dependiendo de su maniobrabilidad y uso operacional. Así pues, barcasas no tripuladas que dependen de remolcadores para su movimiento se consideraron “buques”⁹⁸⁹. Las conclusiones de la jurisprudencia inglesa tienden a basarse en la capacidad de navegación⁹⁹⁰, vinculada a diversas iteraciones de la *Merchant Shipping Act 1995*. Así pues, a diferencia de Estados Unidos, la capacidad de transportar bienes y personas no es un requisito previo para obtener el estatuto jurídico de “buque” o para la navegación en virtud de esta Ley de 1995⁹⁹¹. De este modo, es probable que cualquier caso presentado en los tribunales ingleses en relación con los sistemas marítimos no tripulados dé lugar a la conclusión de que, mientras una plataforma sea capaz de navegar, es un buque. Sin embargo, tal y como afirma Kara Chadwick, “that does not necessarily assist future military UMS [unmanned maritime systems] and their international operation”⁹⁹²; pues, como ya se ha hecho constar, es posible que un UMS sea un buque según la legislación de un Estado del pabellón, pero no de otro, lo cual es una situación extremadamente insatisfactoria para las plataformas destinadas al paso

⁹⁸⁷ *Merchant Shipping Act 1995*, s. 313. Nótese que no es determinante en la definición “the appearance of the structure”. Véase Veal, Tsimplis y Serdy (*op. cit.*, p. 29) citando *Michael v Musgrove* (t/a YNYS Ribs) [2012] 2 Lloyd’s Rep. 37.

⁹⁸⁸ Veal, Tsimplis y Serdy, *ibid.*

⁹⁸⁹ Véase *The Mac* (1882) 7 PD 126; *The Mudlark* (1911) 116 y *The Harlow* (1922) All ER Rep Ext 849.

⁹⁹⁰ *R v Goodwin* (2005) All ER (D) 286 (Dec) y *Perks v Clark* (Inspector of Taxes) (2001) EWCA Civ 1228.

⁹⁹¹ Véase Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 29.

⁹⁹² CHADWICK, K., “Unmanned maritime systems will shape the future of naval operations: is international law ready?”, *op. cit.*, p. 141.

internacional⁹⁹³. El marco jurídico español adopta la dicotomía consagrada en la CNUDM entre “ships” y “vessels”; así pues, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima considera “buque” «todo vehículo con estructura y capacidad para navegar por el mar y para transportar personas o cosas, que cuente con cubierta corrida y de eslora igual o superior a veinticuatro metros»⁹⁹⁴, distinguiéndolo de la “embarcación” a la que define como «el vehículo que carezca de cubierta corrida y el de eslora inferior a veinticuatro metros, siempre que, en uno y otro caso, no sea calificado reglamentariamente como unidad menor en atención a sus características de propulsión o de utilización»⁹⁹⁵. Además, esta Ley distingue al buque del “artefacto naval” y de la “plataforma fija”⁹⁹⁶. Sin embargo, el artículo 9 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante⁹⁹⁷ considera “buque civil” a «cualquier embarcación, plataforma o artefacto flotante, con o sin desplazamiento, apto para la navegación y no afecto al servicio de la defensa nacional». El Real Decreto 210/2004, de 6 de febrero, modificado por el Real Decreto 201/2012, de 23 de enero, que incorpora la Directiva 2002/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento y de información sobre el tráfico

⁹⁹³ *Ibid.*

⁹⁹⁴ Véase artículo 56 Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

⁹⁹⁵ Véase artículo 57 Ley 14/2014, *ibid.*

⁹⁹⁶ La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima define en sus artículos 58 y 59, respectivamente, los artefactos navales y las plataformas fijas, como sigue:

«Artículo 58. Artefacto naval. 1. Se entiende por artefacto naval toda construcción flotante con capacidad y estructura para albergar personas o cosas, cuyo destino no es la navegación, sino quedar situada en un punto fijo de las aguas. 2. Se considera, asimismo, artefacto naval, el buque que haya perdido su condición de tal por haber quedado amarrado, varado o fondeado en un lugar fijo, y destinado, con carácter permanente, a actividades distintas de la navegación.

Artículo 59. Plataforma fija. 1. Se entiende por plataforma fija toda estructura o instalación susceptible de realizar operaciones de explotación de los recursos naturales marítimos o de destinarse a cualesquiera otras actividades, emplazada sobre el lecho del mar, fondeada o apoyada en él. 2. Por encontrarse permanentemente sujeta al fondo de las aguas, la plataforma fija tiene la consideración de bien inmueble con arreglo al Código Civil».

⁹⁹⁷ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

marítimo, define “buque” como «todos los buques o embarcaciones que naveguen por mar»⁹⁹⁸. En la mencionada Directiva se define “buque” como «cualquier barco o nave marítima»⁹⁹⁹. Por su parte, el Reglamento (UE) 2019/1239 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea un entorno europeo de ventanilla única marítima y se deroga la Directiva 2010/65/UE sobre las formalidades informativas exigibles a los buques a su llegada o salida de los puertos de los Estados miembros, considera “buque” a «cualquier nave o embarcación marítima que opere en el medio marino y esté sujeta a alguna obligación de información concreta de las enumeradas en el anexo»¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁸ Véase artículo 3 g) del Real Decreto 210/2004, de 6 de febrero, por el que se establece un sistema de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2004). Véase también Real Decreto 201/2012, de 23 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 210/2004, de 6 de febrero, BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2012. Nótese que el artículo 2.2 del Real Decreto 210/2004 excluye de su ámbito de aplicación, “sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional cuarta, a los buques afectos a la defensa nacional u otros buques de titularidad o uso público, siempre que presten servicios públicos de carácter no comercial.” De este modo, la Disposición adicional cuarta, referida a los Buques de titularidad pública, señala que: “Por orden del Ministro de Fomento (en la actualidad Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana) se determinará el procedimiento conforme al cual los buques de titularidad o uso públicos a los que se refiere el artículo 2.2 pueden acceder a los lugares de refugio. La orden ministerial será aprobada conjuntamente por los Ministros de Defensa y de Fomento cuando los citados buques estén adscritos a la defensa nacional.”

⁹⁹⁹ Véase artículo 3 f) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, DOCE núm. 208, de 5 de agosto de 2002. Como no podía ser de otro modo, el artículo 2.2 a) de la Directiva excluye de su ámbito de aplicación a “los buques de guerra, unidades navales auxiliares u otros buques propiedad de un Estado miembro o que estén a su servicio y presten servicios públicos de carácter no comercial”. A diferencia del artículo 2.2 del Real Decreto 210/2004, no contempla el supuesto del refugio. (Nótese que la Directiva 2002/59/CE relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo ha sido modificada por las Directivas: 2009/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 (DOUE núm. 131, de 28 de mayo de 2009); 2011/15/UE de la Comisión (DOUE núm. 49, de 24 de febrero de 2011); 2014/100/UE de la Comisión (DOUE núm. 308, de 29 de octubre de 2014)).

¹⁰⁰⁰ Véase artículo 2. 2) del Reglamento (UE) 2019/1239 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea un entorno europeo de ventanilla única marítima y se deroga la Directiva 2010/65/UE. DOUE núm. 198, de 25 de julio de 2019. *Cursiva añadida*. En materia de exclusiones, el referido Reglamento se remite a la Directiva 2002/59/CE (*op. cit.*).

Por otro lado, siguiendo a Veal, Tsimplis y Serdy, no hemos identificado ninguna disposición legislativa que impida considerar a un UMV como buque por el mero hecho de no tener tripulación¹⁰⁰¹. Sin embargo, sí puede afirmarse que, en varias jurisdicciones, los UMVs no pueden considerarse buques si son demasiado pequeños o carecen de capacidad para transportar personas o carga¹⁰⁰². En noviembre de 2017, el Reino Unido registró su primer “buque” diseñado para la operación semiautónoma sin tripulación y destinado a la prospección y la vigilancia ambiental, lo que demuestra que, en principio, la falta de tripulación no es un impedimento para la inscripción¹⁰⁰³. Además, como ya indicamos, el Comité de Seguridad Marítima de la OMI está llevando a cabo un estudio exploratorio sobre la reglamentación acerca de los buques marítimos autónomos de superficie (MASS, en sus siglas en inglés). Se trata del denominado IMO’s MASS Regulatory Scoping Exercise (RSE)¹⁰⁰⁴ y, por

Así pues, el artículo 1 del Reglamento (UE) 2019/1239 es del tenor literal siguiente: “El presente Reglamento establece el marco para un entorno europeo de ventanilla única marítima (en lo sucesivo, «EMSW»), tecnológicamente neutro e interoperable y con interfaces armonizadas, con objeto de facilitar la transmisión electrónica de información relacionada con *las obligaciones de información de los buques que entren, permanezcan y salgan de un puerto de la Unión.*” Precisamente, algunas de estas obligaciones de información se contienen en la Directiva 2002/59/CE, de la que están excluidos “los buques de guerra, unidades navales auxiliares u otros buques propiedad de un Estado miembro o que estén a su servicio y presten servicios públicos de carácter no comercial” (artículo 2.2 a) Directiva 2002/59/CE, *ibid*).

¹⁰⁰¹ Véase Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁰² *Ibid*. Sin embargo, afirman Veal, Tsimplis y Serdy que: “the larger UMVs, especially if they are built on hulls used for structures that would otherwise qualify as “ships,” would most probably be considered as such, especially if they undertake the same operations as their manned counterparts.” *Ibid*.

¹⁰⁰³ CRAIG H. A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, p. 512. Véase también <https://www.offshore-energy.biz/first-unmanned-vessel-joins-uk-ship-register/> (última consulta mayo de 2020).

¹⁰⁰⁴ Así pues, a petición de ocho de sus Estados miembros, en junio de 2017 “el Comité de seguridad marítima (MSC 98) de la OMI acordó incluir el tema de los buques de superficie autónomos en su orden del día. Para abordar el tema, se inició un estudio exploratorio sobre la reglamentación para determinar la manera de introducir en los instrumentos de la OMI existentes la operación de los buques marítimos autónomos de superficie (MASS) en condiciones de seguridad y protección del medio ambiente.” Véase IMO, “Buques autónomos”, Punto de Mira,

consiguiente, al referirse a los Maritime Autonomous Surface Ships (MASS), ha determinado que la operación autónoma y sin tripulación no es un impedimento para el estatuto jurídico de buque¹⁰⁰⁵. El MASS se ha definido provisionalmente como “a ship which, to a varying degree, can operate independent of human interaction”¹⁰⁰⁶. De este modo,

Sala de prensa: <http://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Paginas/Autonomous-shipping.aspx> (consultada por última vez en mayo de 2020). Véase también IMO Maritime Safety Committee, Maritime Autonomous Surface Ships: Regulatory Scoping Exercise, IMO Doc. 99/WP.9 Annex I. El IMO MASS Regulatory Scoping Exercise (RSE) plantea la cuestión de si un vehículo marítimo no tripulado reúne las condiciones para ser considerado “buque” en virtud del artículo 94 de la CNUDM.

¹⁰⁰⁵ Véase Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 29; CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...), *op. cit.*, p. 503. En este sentido, señala la European Maritime Safety Agency (EMSA) que: “Increased automation on-board ships, which could reach ultimately full autonomy or become remotely controlled unmanned vessels, are not a new maritime safety issue. As a matter of fact, the IMO’s Maritime Safety Committee discussed automated ships as early as 1964. However, the recent technological breakthroughs in the fields of information technologies, digitalization and machine learning, notably supported by EU funded research, have opened the possibility of a practical implementation of some of these solutions to MASS (Maritime Autonomous Surface Ships).” Véase EMSA, “Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)”, Ship Safety Standards: MASS, <http://emsa.europa.eu/mass.html> (última consulta en junio de 2020). *Cursiva añadida*.

¹⁰⁰⁶ IMO Doc. MSC 99/WP.9, *op. cit.* En su 101ª reunión, celebrada en junio de 2019, el Comité de Seguridad Marítima de la OMI aprobó las *Interim Guidelines for MASS Trials* ([IMO], MSC.1/Circ.160414, 14 de Junio de 2019, <https://www.register-iri.com/wp-content/uploads/MSC.1-Circ.1604.pdf>, última consulta junio de 2020). Este es el primer instrumento de la OMI relacionado específicamente con el uso del MASS. La finalización del Regulatory Scoping Exercise (RSE) (*op. cit.*) está prevista para finales de 2020, pero reconociendo la necesidad de proporcionar orientación a las administraciones nacionales y a los interesados de la industria mientras tanto, el Comité de Seguridad Marítima ha elaborado las *Interim Guidelines*. Véase al respecto VEAL, R., “IMO Guidelines on MASS trials: interim observations”, *Shipping & Trade Law*, 19 (8), 2019, pp. 1-5. Nótese que la EMSA ha prestado apoyo a la Comisión Europea sobre este tema participando en las reuniones del Comité de Seguridad Marítima; así pues, ha realizado aportaciones a la Regulatory Scoping Exercise (RSE). Además, en relación con los VTMS (Vessel Traffic Management Information Systems), la Agencia también participa en el High-level Steering Group (HLSG) for the Governance of the Digital Maritime System and Services y ha realizado una importante contribución a las *guidelines for MASS trials*. En enero de 2020 se creó un “task force” en el seno de la EMSA para que se convirtiera en el experto técnico en relación con los buques autónomos y, más concretamente, para que se convirtiera en la plataforma de debates técnicos estructurados con las

puede argumentarse que una amplia mayoría¹⁰⁰⁷ de los Estados miembros de la OMI estima que al menos algunos vehículos marítimos no tripulados (UMV) son “buques”. Es esta una decisión totalmente razonable, que podría considerarse como una declaración de la opinión oficial de los Estados miembros sobre el estatuto jurídico de algunos UMV¹⁰⁰⁸. Cabe destacar que el IMO's MASS regulatory scoping exercise se centra en las convenciones que están dentro de su competencia particular, y no en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Así pues, los Estados miembros de la OMI bien pueden interpretar o enmendar el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS) o el Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes en el Mar para adaptarse a las operaciones de los buques sin tripulación, pero la OMI no tiene competencia para abolir los requisitos del artículo 94 de la CNUDM relativos al capitán, oficiales y tripulaciones de los buques¹⁰⁰⁹. Por otra parte, como manifiesta Craig, tales cuestiones podrían ser objeto de solicitud de una opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en virtud de la interpretación amplia de su competencia para emitir esas opiniones¹⁰¹⁰. Ni la CNUDM ni el Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Anexo VI de la CNUDM) hacen referencia explícita a la competencia consultiva del Tribunal. Quienes, en la

administraciones, la industria y el mundo académico. EMSA, “Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)”, *op. cit.*

¹⁰⁰⁷ Craig puntualiza que “perhaps a consensus”. CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 503.

¹⁰⁰⁸ Señala Craig que esta visión se ve confirmada por los resultados del citado estudio oficial realizado por el Comité Marítimo Internacional (CMI) en el seno de las asociaciones estatales de derecho marítimo CRAIG H, A., *ibid.*

¹⁰⁰⁹ Véase CRAIG H, A., *ibid.* Véase, en general, *Implications of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the International Maritime Organization*, IMO Doc. LEG/MISC.8, *op. cit.*, pp. 10-11; BECKMAN, R. & SUN, Z., “The Relationship between UNCLOS and IMO Instruments”, *op. cit.*, p. 201.

¹⁰¹⁰ En apoyo de este argumento véase *Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca*, Caso núm. 21, Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), 2 de abril de 2015, disponible en www.itlos.org (citada por CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 503).

Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca al TIDM, se opusieron a la competencia consultiva del Tribunal, así como quienes consideraron que el Tribunal tiene esa competencia, centraron sus argumentos en el artículo 21 del Estatuto¹⁰¹¹. El artículo 21 del Estatuto se ocupa de la “competencia” del Tribunal. Dispone que la competencia del Tribunal comprende tres elementos: i) todas las “controversias” que le sean sometidas de conformidad con la CNUDM; ii) todas las “demandas” que le sean sometidas de conformidad con la CNUDM; y iii) todas las “cuestiones” expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal¹⁰¹². El TIDM señala que todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal “does not by itself establish the advisory jurisdiction of the Tribunal. In terms of article 21 of the Statute, it is the “other agreement” which confers such jurisdiction on the Tribunal. When the “other agreement” confers advisory jurisdiction on the Tribunal, the Tribunal then is rendered competent to exercise such jurisdiction with regard to “all matters” specifically provided for in the “other agreement”¹⁰¹³. Tampoco es fácil establecer una distinción entre los USVs (unmanned surface vehicles) y los UUVs (unmanned underwater vehicles). La Sección 3 de la Parte II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), relativa al paso inocente, en la Subsección a) titulada “Normas aplicables a todos los buques”, incluye disposiciones dirigidas específicamente a los submarinos y “otros vehículos sumergibles”, en particular el requisito de “navegar en la superficie” y “enarbolar su pabellón” en el ejercicio del derecho de paso inocente (artículo 20)¹⁰¹⁴. La consecuencia natural, por tanto, es que tales submarinos y vehículos sumergibles, al ejercer el paso inocente, deben comportarse como buques convencionales¹⁰¹⁵, sean o no considerados como buques por el Estado del pabellón. No obstante,

¹⁰¹¹ Véase *Opinión consultiva, ibid.*, párrafo 53.

¹⁰¹² *Ibid.*, párrafo 54.

¹⁰¹³ *Ibid.*, párrafo 58.

¹⁰¹⁴ *Op. cit.*

¹⁰¹⁵ Véase VEAL, R., TSIMPLIS, M., SERDY, A., QUINN, S. y NTOVAS, A., *op. cit.*

no está claro en qué medida esta disposición, aplicable al derecho de paso inocente en el Mar Territorial, puede ser determinante del carácter de los UUVs en otros espacios marítimos¹⁰¹⁶. Sin embargo, sostienen Veal, Tsimplis y Serdy que si se mantiene la aparente suposición de que se trata de buques, no existe razón alguna para que tal determinación se limite espacialmente al Mar Territorial¹⁰¹⁷. Por su parte, la Regla 3(a) del Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes es lo suficientemente amplia como para incluir¹⁰¹⁸ en la definición de “buque” algunos USVs. La restricción “sobre el agua” en dicha definición excluye los submarinos y otras naves multimodales cuando están sumergidos o en el aire. Sin embargo, a título de ejemplo, los submarinos de la Armada estadounidense aplican las reglas del mencionado Convenio incluso cuando están sumergidos¹⁰¹⁹.

Finalmente, si los UMSs [unmanned maritime systems] no pueden definirse como “buques”, se han adoptado dos enfoques¹⁰²⁰ diferentes. En primer lugar, se trata de categorizarlos dentro de los grupos alternativos definidos en el Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes; en segundo lugar, el enfoque versa en crear una nueva categoría. En cuanto al primer planteamiento, el US Navigation Safety Advisory Council (NAVSAC) instó a la Guardia Costera de Estados Unidos a que propusiera una enmienda al mencionado Convenio

¹⁰¹⁶ Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 29. Shao Jin duda de la importancia del título de la Subsección A y de los títulos en general. JIN, S., “The question of innocent passage of warships after UNCLOS III”, *Marine Policy*, vol. 13, n.º. 1, 1989, p. 60 (citado por Veal, Tsimplis y Serdy, *ibid*).

¹⁰¹⁷ Veal, Tsimplis y Serdy, *ibid*.

¹⁰¹⁸ CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 504. *Recuérdese* Regla 3.a) del Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes, *op. cit.* El apartado a) de la Regla 1 del Convenio establece que “El presente Reglamento se aplicará a todos los buques en alta mar y en todas las aguas que tengan comunicación con ella y sean navegables por los buques de navegación marítima.”

¹⁰¹⁹ Véase HENDERSON, A., “Murky Waters: The Legal Status of Unmanned Undersea Vehicles”, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰²⁰ CHADWICK, K., “Unmanned maritime systems will shape the future of naval operations: is international law ready?”, *op. cit.*, p. 141.

para que se añadieran “self-propelled vessels while unmanned and operating autonomously” a los buques con capacidad de maniobra restringida (RAM, en sus siglas en inglés) de la Regla 3(g)¹⁰²¹. Sin embargo, tal y como manifiesta Kara Chadwick, esto requiere que la embarcación sea un “buque” y, además, no se ajusta al propósito de la disposición sobre los RAM, en la que un buque se convertiría en RAM mientras emprende una tarea específica, como por ejemplo el dragado¹⁰²². Por otra parte, cualquier sugerencia de que el UMS podría entrar en la definición de «buque sin gobierno» de acuerdo con la Regla 3(f) del Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes se enfrenta a la misma dificultad en relación con el hecho de ser un buque, además se une la circunstancia de que tal estatuto se utiliza “por cualquier circunstancia excepcional”, en lugar de constituir una categoría permanente¹⁰²³.

Una forma de evitar el problema de definición de buque para algunos UMSs puede ser vincular el estatuto del UMS a la plataforma, por ejemplo, un buque nodriza, desde la cual se lanza el vehículo marítimo no tripulado (UMV)¹⁰²⁴. El término “buque nodriza” es un término

¹⁰²¹ CRAIG H, A., “The Seabots are Coming Here: Should they be Treated as ‘Vessels’?”, *op. cit.*, p. 751. En este sentido, subraya Craig la importancia de que el proyecto MASS de la OMI sea supervisado por las fuerzas navales, en particular en lo que respecta a las cuestiones relativas al Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes, “because that is one of the few IMO conventions that applies on its own force to warships”. Al mismo tiempo señala el autor que: “It would not be intellectually honest, much less wise, to transform prescriptions in treaties, such as the COLREGs convention (se refiere al Convenio sobre el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes en sus siglas en inglés), with a liberal substitution of “equivalences” for established principles of treaty interpretation, as some of the MASS advocates suggest”. CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 505. Paréntesis añadido.

¹⁰²² CHADWICK, K., “Unmanned maritime systems will shape the future of naval operations: is international law ready?”, *op. cit.*, p. 141.

¹⁰²³ *Ibid.*

¹⁰²⁴ De la misma manera que “a warship’s sea-boat is entitled to fly the ensign of the ‘mother’ warship. Thus, the UMS achieve vicarious vessel status from their mother ship”. Véase a Kara Chadwick (*op. cit.*, p. 142) citando a FINN, A. y SCHEDING, S. en *Developments and Challenges for Autonomous Unmanned Vehicles: A Compendium*, Springer, 2010, p. 158. Véase en este

jurídico establecido en el párrafo 4 del artículo 111 de la CNUDM. Sin embargo, aunque a corto plazo esta “component theory” puede ser la solución para la actual y próxima generación de pequeños UMS lanzados desde plataformas, no aborda el problema de los UMS más grandes o independientes¹⁰²⁵. En este sentido, Veal, Tsimplis y Serdy señalan que “where the deployment of a UUV (unmanned underwater vehicle) is effected from a “mother vessel,” it might be argued that the UUV is akin to an item of equipment of the mother vessel, particularly in cases where the UUV retains a relatively modest mission duration and remains within close proximity to the mother vessel. However, to the extent that the same UUVs can be deployed from various platforms or from land, the logic of categorization by launching platform is questionable, although responsibility for its operation may, of course, be linked with the launching platform”¹⁰²⁶. Es probable¹⁰²⁷, señala Chadwick, que esta sea una de las razones por las que la Armada de Estados Unidos ha afirmado que el estatuto de un UMV “is not dependent on the status of its launch platform”¹⁰²⁸.

Como conclusión a la categorización de los UMV como buques, hay que decir que, en última instancia, puede ser necesario recurrir a los métodos formales de formación, enmienda e interpretación de tratados, codificados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para garantizar que los UMV se ajustan plenamente a la definición

sentido HENDERSON, A., “Murky Waters: The Legal Status of Unmanned Undersea Vehicles”, *op. cit.*, p. 66; McLAUGHLIN, R., “Unmanned Naval Vehicles at Sea: USVs, UUVs and the Adequacy of the Law”, *op. cit.*, pp. 108 y ss., Wolff Heintschel von Heinegg, “The Law of Armed Conflict at Sea” en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3ª ed., Oxford University Press, 2013, pp. 463-547, para. 1002.4.

¹⁰²⁵ CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 142.

¹⁰²⁶ VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, *op. cit.*, p. 30. Paréntesis añadido.

¹⁰²⁷ CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 142.

¹⁰²⁸ *Commander's Handbook* para. 2.3.6, *op. cit.*

de buque¹⁰²⁹. Craig no comparte la visión de Norris según la cual “*expansive interpretations of certain existing legal provisions will have to occur in order for unmanned maritime systems to be deemed in compliance with laws and regulations applicable to vessels*”¹⁰³⁰. Esta última posición fue una de las cuatro alternativas sugeridas en la Conferencia del “UK International Marine Autonomous Systems Regulatory Working Group” (MASRWG), antes de la primera reunión de la OMI que se ocupó del denominado MASS Regulatory Scoping Exercise (RSE)¹⁰³¹. Así pues, en la mencionada conferencia, Ringo Lakeman sugirió, en cuarto lugar, la utilización de “equivalencias” a fin de encajar el MASS [Marine Autonomous Surface Ship] en el régimen existente. Advierte Craig que esta alternativa podría funcionar para algunos requisitos del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS, en sus siglas en inglés) así como del Convenio Internacional sobre normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente del Mar de 1978¹⁰³², pero sería problemática para el Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes en el Mar, que no incluye disposiciones para la sustitución de equivalencias¹⁰³³. Así pues, el párrafo 1 del artículo IX del Convenio Internacional sobre normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente del Mar permite expresamente a la administración de un Estado sustituir “equivalencias” (artículo IX.1). Con respecto al Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes en el Mar, la sugerencia de que el requisito de “vigilancia” por la vista y el oído de la Regla 5 sea satisfecho por medio de sensores ópticos y acústicos, como

¹⁰²⁹ CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, pp. 513-514.

¹⁰³⁰ NORRIS, A., *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems (...)*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰³¹ *Op. cit.* Véase LAKEMAN, R., Address to Third MASRWG Conference, Nov. 16, 2017, www.ukmarinealliance.co.uk/content/masrwg-conference-nov-2017 (última visita en junio de 2020, citado por Craig, *ibid.*, p. 502).

¹⁰³² BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 1984.

¹⁰³³ CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, pp. 502-503.

“equivalentes”, así como la interpretación de los términos “capitán”, “comandante” o “tripulación” de tal manera que un operador en tierra o un equipo de operaciones satisfaga tales requisitos, podría satisfacer, señala Craig, a los defensores de “a functional approach to treaty interpretation, but the Vienna Convention on Treaties prescribes a more formalistic method for construing treaties based on the text, context, and purpose of the treaty. (...) The functional approach espoused by some Unmanned Maritime Vehicles advocates is only appropriate when the treaty itself provides for such flexibility”¹⁰³⁴. En esta línea más formalista, se encuentran las otras tres propuestas efectuadas en el seno de la Conferencia del MASRWG. Así pues, estas propuestas consistían en: 1) enmendar los convenios pertinentes de la OMI a fin de incorporar el MASS (descrita por un Estado defensor del MASS como demasiado difícil y lenta, incluso si las enmiendas se pudieran aplicar mediante el procedimiento simplificado de aceptación tácita de la OMI); 2) un nuevo convenio que aborde específica y exhaustivamente el MASS (se dijo que esta segunda alternativa tenía los mismos inconvenientes que la anterior y resultaría problemática si no era ampliamente ratificada por los Estados afectados); 3) un Código funcional basado en objetivos para el MASS, que haga referencia a los convenios de la OMI existentes y al mismo tiempo proporcione disposiciones alternativas o equivalentes para el MASS (señala Craig que esta tercera alternativa se ha empleado eficazmente con determinadas categorías de embarcaciones, como las “High Speed Craft”, pero entraña necesariamente el recurso a la elaboración o enmienda de tratados)¹⁰³⁵. Alternativamente, los tribunales internacionales pueden intervenir en este punto, aunque sus decisiones solo tendrán fuerza obligatoria para las partes y respecto de la controversia de que se trate (artículo 296.2 CNUDM)¹⁰³⁶. Por el momento, es probable que exista un argumento suficientemente sólido para decir que la mayor parte de los UMS [Unmanned Maritime Systems] deben ser tratados como buques, de acuerdo con la mayoría de las definiciones

¹⁰³⁴ *Ibid.*, p. 503.

¹⁰³⁵ Véase Craig, *ibid.*, p. 502; LAKEMAN, R., Address to Third MASRWG Conference, *op. cit.*

¹⁰³⁶ CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 142.

jurídicas internacionales¹⁰³⁷, lo que les otorga los derechos y obligaciones de estos. En la medida en que el término “buque” podría considerarse poco claro, el comentario de la CDI sugiere que “buque”, tal como se utiliza en el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ), donde no está definido, “debe interpretarse en el sentido de que abarca todos los tipos de buques de navegación marítima, cualquiera que sea su nomenclatura e incluso si solo se dedican parcialmente al tráfico marítimo”¹⁰³⁸. Señala Guilfoyle que quizás no sea posible una definición más precisa que la de “buque de navegación marítima”, y la intención aparente de los redactores fue que la referencia del artículo 16 a un “buque” debe interpretarse en sentido amplio¹⁰³⁹. En torno a la controversia sobre el estatuto jurídico de “buque”, Guilfoyle señala que “while a seaplane may be thought clearly not to be a *ship*, the appropriate characterization of hovercraft has at times been controversial”¹⁰⁴⁰. El vínculo entre la tripulación de un buque y su estatuto rara vez se plantea en los acuerdos internacionales (con la excepción del artículo 29 de la CNUDM), y un gran número de académicos y organismos profesionales no ven la necesidad de cuestionar la suposición de que el término “buque” incluye UMSs¹⁰⁴¹. Alternativamente, podría adoptarse un

¹⁰³⁷ *Ibid.* Concluye Craig que: “As the IMO MASS exercise implicitly recognizes, some UMV will undoubtedly satisfy the default general definition of “vessel” or “ship” under the UNCLOS-properly interpreted- (...). Finally, some will fall within the ambit of one or more of the IMO conventions (...). CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 513.

¹⁰³⁸ Véase el párrafo (1) del comentario al artículo 16 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰³⁹ GUILFOYLE, D., “Article 16. Ships owned or operated by a State”, en *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A commentary*, *op. cit.*, p. 266.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 265.

¹⁰⁴¹ Véase European Defence Agency, “Best Practice Guide for Unmanned Maritime Systems Handling, Operations, Design and Regulations (Working Paper)”, 2014, p. 70 (citado por CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 142). Desde la Agencia Europea de Defensa se ha informado de que

enfoque “caso por caso”, basado en categorías amplias; sin embargo, tal y como apunta Kara Chadwick, este enfoque poco contribuirá a resolver la incertidumbre actual¹⁰⁴². Señalan Gogarty y Hagger que “[i]t is probable that the most immediate definitional problems, which affect naval states (...), will act as an impetus for the review of existing law in the interests of those states”.¹⁰⁴³ Por consiguiente, será especialmente importante vigilar la práctica de los Estados en lo que respecta a la categorización de los UMSs, ya que “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado que establezca el acuerdo de las partes en cuanto a su interpretación”¹⁰⁴⁴ es pertinente en cuanto a la interpretación adecuada del tratado en cuestión¹⁰⁴⁵; especialmente de la CNUDM, en el sentido de que establece el régimen crucial y fundamental de la navegación marítima, pero no contiene ninguna disposición definitiva y, por

la demostración marítima del proyecto OCEAN2020 involucra a un total de: “9 unmanned assets –four aircraft, three surface and two underwater– and six naval units from Italy, Spain, Greece and France.” Giovanni Soccodato, hablando en nombre del Consorcio OCEAN2020, dijo: “OCEAN2020 is an incredibly ambitious project. To deliver it, we are bringing together a pan-European team of experts, each of which is contributing its own area of world-class capabilities. Operationally, this project is important demonstrating the possibility to enhance maritime surveillance – of vital interest to European defence – integrating *unmanned platforms with traditional systems*.” European Defence Agency, *Latest Press Releases, Largest EU funded defence research project tested in the Mediterranean Sea*, 21 November, 2019, Brussels, <https://www.eda.europa.eu/info-hub/press-centre/latest-press-releases/2019/11/21/largest-eu-funded-defence-research-project-tested-in-the-mediterranean-sea> (última consulta en junio de 2020). Cursiva añadida. Nótese que de los “9 unmanned assets”, 4 reciben el estatuto jurídico de aeronave, refiriéndose pues a los denominados UAVs [Unmanned Aerial Vehicles] (como ya comentamos, su estatuto ha sido resuelto). Seguidamente, integra dentro de esos 9 a *three surface and two underwater*, refiriéndose a los USVs [Unmanned Surface Vehicles] y UUVs [Unmanned Underwater Vehicles], respectivamente. Vemos como en esta ocasión, tales UUVs [Unmanned Maritime Vehicles] no se califican como “buques”.

¹⁰⁴² CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 142. Véase en sentido contrario a CRAIG H, A., *op. cit.*

¹⁰⁴³ GOGARTY, B. y HAGGER, M. “The Laws of Man over Vehicles Unmanned: (...)”, *op. cit.*, p. 73.

¹⁰⁴⁴ Véase artículo 31.3 b) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁰⁴⁵ SCHMITT, Michael N. y GODDARD, David S., “International Law and the Military Use of Unmanned Maritime Systems”, *op. cit.*, p. 577.

tanto, está sujeta a la disonancia interpretativa¹⁰⁴⁶. Como ya ha sido señalado, parecería que la Convención solo se aplica, a tenor del artículo 94 de la misma, a los buques tripulados. Sin embargo, tal y como señalan Michael N. Schmitt y David S. Goddard, esta interpretación puede ser cuestionada, porque, dado el tamaño y las capacidades de algunos UMSs, tiene cierto sentido interpretar teleológicamente la CNUDM como aplicable a estos sobre la base del objeto y propósito de la Convención de establecer un régimen jurídico amplio en el mar¹⁰⁴⁷. La situación se complica por el hecho de que los Estados aceptan ampliamente que muchas disposiciones de la CNUDM reflejan el derecho internacional consuetudinario¹⁰⁴⁸. No obstante, el contenido y la interpretación del derecho consuetudinario cambia y se desarrolla con el tiempo a través de la práctica de los Estados y la *opinio iuris*. Por tanto, según Schmitt y Goddard, puede formularse el argumento¹⁰⁴⁹ de que, con independencia de la interpretación correcta de la Convención, los UMSs son buques de conformidad con el derecho internacional consuetudinario y, en consecuencia, pueden disfrutar y estar sujetos a la navegación, así como a otros derechos y obligaciones del derecho consuetudinario, que en gran parte se reflejan en la Convención, como el derecho de inmunidad soberana. En este sentido, Craig apela al análisis del derecho consuetudinario para determinar si ha surgido una nueva norma aplicable a los unmanned maritime vehicles (UMVs) fuera del marco de la CNUDM que vincule a todos los Estados que no se hayan

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*

¹⁰⁴⁷ *Ibid.* No obstante, los autores señalan que “[s]uch an assertion invites the counter-argument that States Parties may wish to limit certain rights which would attach to UMSs if they qualify as ships, such as the rights of innocent, transit and archipelagic passage, by taking a narrower approach.” Por tanto, Schmitt y Goddard indican que “any definitive conclusion as to the instrument’s applicability to UMSs would be premature.” *Ibid.* Para una visión contraria, véase KRASKA, J. & PEDROZO, R., “China’s Capture of U.S. Underwater Drone Violates Law of the Sea”, *op. cit.*

¹⁰⁴⁸ SCHMITT, Michael N. y GODDARD, David S., *ibid.*; CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 508.

¹⁰⁴⁹ SCHMITT, Michael N. y GODDARD, David S., *ibid.*, pp. 577-578.

opuesto a la norma en desarrollo¹⁰⁵⁰. La ausencia de práctica de los Estados y de *opinio iuris* en la materia hacen que el argumento apuntado por Schmitt y Goddard sea tenue, pero, como recuerdan al respecto estos autores, el derecho internacional consuetudinario se desarrolla cuando los Estados hacen valer derechos y obligaciones que antes no existían¹⁰⁵¹. Es posible que la posición adoptada por Estados Unidos en el *Commander's Handbook* aliente a otros Estados a seguir su ejemplo¹⁰⁵², concediendo, por tanto, a los USVs y UUVs dedicados exclusivamente a servicios gubernamentales y no comerciales el estatuto de “sovereign immune craft”.

¹⁰⁵⁰ CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, pp. 508-509. A este respecto Craig señala que la conclusión podría ser: “(1) there is no rule of customary law on point; (2) there is a rule of customary law on point but State X persistently objected to the developing rule and is therefore not bound by it; (3) there is a rule of customary law on point and it is identical to the parallel UNCLOS rule; and (4) there is a rule of customary law on point but it differs in some respects from the parallel UNCLOS rule”. *Ibid.*, p. 509. Ya destacamos la interesante posición de Estados Unidos en su *Commander's Handbook*, *op. cit.* Según el para. 2.3 del *Commander's Handbook*, los Unmanned Surface Vehicles (USVs) así como los Unmanned Underwater Vehicles (UUVs) entran dentro de “other naval craft”; concretamente su para. 2.3.6 califica a los Unmanned Surface Vehicles (USVs) y a los Unmanned Underwater Vehicles (UUVs) dedicados exclusivamente al servicio gubernamental, no comercial, de: “sovereign immune craft”. Véase para. 2.3.6 *Commander's Handbook*, *ibid.* Por otro lado, para la andadura investigadora de la práctica estadounidense, Craig trae a colación la *Maritime Drug Law Enforcement Act*; en esta Ley el Congreso definió los buques sumergibles y semisumergibles de manera que incluyen tanto las “manned and unmanned watercraft” (46 U.S.C. § 70502 (f)). CRAIG H, A., *ibid.*, pp. 510-511. Respecto a esta posición, señala Craig que: “To my knowledge, no other State has objected to the U.S. assertion.” *ibid.*, p. 511. De otro lado, indica el autor que: “[c]ongress then criminalized the operation of such craft if they are “Stateless,” an implied declaration of Congress' intent that unmanned submersible and semisubmersible watercraft be treated as vessels that must comply with the law of the sea requirements for establishing nationality”. Ahora bien, “[t]he Act does not assert that all such craft are “vessels”; rather it recognizes that as a matter of international law those craft that do meet the definition of a “vessel” must comply with the applicable rules on vessel nationality.” *ibid.* Craig justifica su referencia a la práctica de Estados Unidos porque se trata de un Estado especialmente afectado por la amenaza que supone el uso ilícito de esas “watercraft”, de tal modo que su práctica es relevante para el análisis del derecho consuetudinario. *Ibid.*

¹⁰⁵¹ SCHMITT, Michael N. y GODDARD, David S., *op. cit.*, p. 578.

¹⁰⁵² *Ibid.*

2.2. UMVs COMO “BUQUES DE GUERRA” Y “BUQUES DE ESTADO”

A diferencia del término “buque”¹⁰⁵³, el término “buque de guerra” se define en el artículo 29 de la CNUDM.¹⁰⁵⁴ Es probable que los Estados quieran que sus unmanned maritime vehicles (UMVs) navales sean buques de guerra, aunque los UMVs en cuestión no estén normalmente armados¹⁰⁵⁵. Además de si pueden ser buques, los requisitos de “mando” y “dotación” del artículo 29 de la CNUDM presentan más desafíos para el UMV. Un número importante de autores interpretan este artículo en su tenor literal y creen que los requisitos mencionados privan a los UMVs de tener el estatuto de buque de guerra¹⁰⁵⁶. Sin embargo, es posible adoptar un enfoque más amplio dependiendo de la “elasticidad”¹⁰⁵⁷ y la interpretación de las palabras “mando” y “dotación”. Así pues, Veal, Tsimplis y Serdy afirman que, en la era del creciente uso militar de la tecnología de los drones en los conflictos armados, la

¹⁰⁵³ Véase LOWE, A. V., “Ships” en BOSCHIERO, N., SCOVAZZI, T., y otros (eds), *International Courts and the Development of International Law Essay in Honour of Tullio Treves*, Springer, The Hague, 2013, p. 296.

¹⁰⁵⁴ *Recuérdese* aquí el análisis efectuado del artículo 29 de la CNUDM en el Capítulo II.

¹⁰⁵⁵ CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 143.

¹⁰⁵⁶ Véase VALLEJO, Daniel A. G., “Electric Currents: Programming Legal Status into Autonomous Unmanned Maritime Vehicles”, *op. cit.*, p. 413. Este autor añade: “Furthermore, because of the strict autonomy of the vehicle, the question of how a UMV is “commanded” becomes even murkier. Is the vehicle commanded when it is programmed or when it is launched? Starting the point of command when the vehicle is programmed may make more logical sense than when the programmed vehicle is launched from the ship. However if this is the case, then technically the person who commanded the vehicle would be the programmer uploading the command data rather than the commander who merely tells the programmer which data to input into the machine. Further, there would be no set commands if the machine had to make decisions that the crew could not account for, such as dealing with certain types of sea-life. In this case, there is a possibility the machine could compute to make on its own due to its high level of autonomy. Because of these issues, the option of giving Unmanned Marine Vehicles warship status should be abandoned.” *Ibid.*

¹⁰⁵⁷ Término empleado por CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 143. Señala Swain que: “it is likely to be much more difficult to achieve a consensus for UMSs to be internationally recognized as warships as opposed to achieving consensus on basic vessel status.” SWAIN, Christopher C., “Towards Greater Towards Greater Certainty for Unmanned Navigation (...)”, *op. cit.*, p. 157.

definición del artículo 29 parece obsoleta en cuanto a su requisito de dotación. De este modo, aluden a la posibilidad de una interpretación liberal de la “dotación” para incluir el control remoto y la preprogramación¹⁰⁵⁸. En el *HPCR Manual* se sugiere que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, por “aeronave militar” se entiende una aeronave: 1) operada por las fuerzas armadas de un Estado; 2) que lleva los signos militares de ese Estado; 3) bajo el mando de un miembro de las fuerzas armadas; y 4) controlada, tripulada o preprogramada por una tripulación sujeta a la disciplina de las fuerzas armadas regulares¹⁰⁵⁹. En el Comentario al *HPCR Manual* se ha sostenido que, con respecto a la obligación de que una aeronave militar se encuentre bajo el mando de un miembro de las fuerzas armadas, el oficial pertinente podría estar en la propia aeronave o controlarla a distancia. Con respecto al requisito de la dotación, se ha argumentado que “the requirement of a crew under military discipline does not mean that all military aircraft must be manned by a crew. Today, [unmanned aerial vehicles] ... also qualify as military aircraft, if the persons remotely controlling them are under regular armed forces discipline. The same holds true for autonomously operating UAVs, provided that their programming has been executed by individuals subject to regular armed forces control”¹⁰⁶⁰. En cuanto a los UMVs a control remoto, según Chadwick el problema de interpretación no es tan agudo; es concebible que los UMVs se encuentren “bajo el mando de un oficial” desde una estación costera, usando estos sensores del UMV con el fin de informar la toma de decisiones en tiempo casi real. También pueden presentar una “dotación sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares” en la medida en que haya un equipo comprometido que suba a bordo o se una al UMV para el

¹⁰⁵⁸ Véase Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 30. Al respecto, estos autores traen a colación el *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (*op. cit.*). *Ibid.*, p. 45.

¹⁰⁵⁹ *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, p. 5.

¹⁰⁶⁰ Véase “Commentary to the *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*”, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge University Press, 2013, pp. 38-39.

mantenimiento o para la realización de actividades marítimas más complejas¹⁰⁶¹. Ahora bien, tal y como ponen de manifiesto Van Hooydonk, Veal, entre otros, es discutible si el rol de “mando” es totalmente similar desde tierra o si la “dotación” está realmente a cargo del buque en lugar de asistir a este¹⁰⁶². Sin embargo, a medida que un buque se sitúa a lo largo del espectro de automatización hasta ser totalmente autónomo¹⁰⁶³, donde el último input humano fue un programador (potencialmente civil) que determinó ciertas decisiones por medio de algoritmos, la aplicación de los términos “mando” y “dotación” se tornan significativamente más problemáticos¹⁰⁶⁴. A pesar de ello, señala Chadwick que, si estos UMs no se califican como buques de guerra, “we way find ourselves in the contradictory and complicated situation where two vessels (one manned and one unmanned), conducting the same war-fighting or military tasks, belong to different legal categories with different rights and obligations”¹⁰⁶⁵. En tal situación, y por razones de utilidad, la autora aboga por adoptar un enfoque funcional de la definición de “buque de guerra”, en lugar de un enfoque de definición estricta del término¹⁰⁶⁶. En el reciente *Oslo Manual*, por ejemplo, Dinstein y Dahl se refieren a los UMs en términos que indican la capacidad de estos para ser considerados buques de guerra. De este modo, la *Rule 52* del *Oslo Manual* es del tenor literal siguiente: *During an armed conflict, UMS may be employed for attacks and for the exercise of other belligerent rights if they: (a)*

¹⁰⁶¹ Véase CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 143.

¹⁰⁶² Véase HOOYDONK, Eric V., “The Law of Unmanned Merchant Shipping-An Exploration”, *op. cit.*, pp. 409-410; VEAL, R. y otros., *Report on Liability for operations in Unmanned Maritime Vehicles with Differing Levels of Autonomy*, *op. cit.*, pp. 15-16.

¹⁰⁶³ Nivel 5 en los niveles de categorización de la European Defence Agency (EDA). Véase European Defence Agency, “Working paper -best practice guide for UMS handling, operations, design and regulations”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁶⁴ CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 143. Véase en el mismo sentido a Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁶⁵ CHADWICK, K., *ibid.*, pp. 143-144.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, p. 144. No obstante, recalcan Veal, Tsimplis y Serdy que: “an expansive interpretation of “manning” for preprogrammed autonomous operations, (...) stretches the unambiguous wording of Article 29 too far.” Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 31.

are operated by the armed forces of a State; (b) bear the military markings of that State; and (c) are controlled or deployed by persons subject to regular armed forces discipline. En el Comentario a dicha Regla, los autores recalcan que, aunque no se ha establecido si los Unmanned Maritime Systems (UMS) se califican como buques de guerra o se asimilan a ellos, la práctica de los Estados parece sugerir que se utilizan y se utilizarán no solo con fines de ataque sino también para el ejercicio de otros derechos beligerantes, como la inspección de buques. De otra parte, dado que el ejercicio de los derechos de beligerancia se producirá predominantemente en las zonas de Alta Mar, es necesario que exista transparencia ya que no solo pueden verse afectados los buques enemigos sino también los buques neutrales. Por tanto, concluyen que, en tiempo de conflicto armado internacional, el UMS debería ser identificable como perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado beligerante. Asimismo, indican que, quienes controlan o despliegan el UMS deberían estar bajo la disciplina de las fuerzas armadas regulares a fin de garantizar el cumplimiento del derecho de los conflictos armados. A este respecto precisan la irrelevancia, con respecto al estatuto jurídico del UMS, del hecho de que el software del UMS haya sido programado por civiles¹⁰⁶⁷. Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin se adentran en los confines de la definición de buque de guerra de 1907, reflejada ahora, como ya constatamos, en el artículo 29 de la CNUDM, y señalan que sus redactores trataron de prevenir con ella el resurgimiento de los corsarios, práctica prohibida en 1856 (al menos para la mayoría de los Estados)¹⁰⁶⁸. La insistencia en que “el comandante” y “la tripulación” del buque de guerra estuvieran sometidos a las reglas de la disciplina militar, era para descartar la posibilidad de que los signos exteriores pudieran transformar los buques mercantes y las tripulaciones mercantiles en buques y

¹⁰⁶⁷ Véase DINSTEIN, Y. y DAHL, AW., *rule 52 and commentaries*, *Oslo Manual on Select Topics of the Law of Armed Conflict*, Springer 2020, p. 47 (citado por Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin en “Maritime autonomous vehicles: new frontiers in the law of the sea”, *International and Comparative Law*, vol. 69, julio 2020, p. 723). Véase también la *Rule 57* del mismo *Manual*, según la cual: *In so far as the use of neutral waters and ports is concerned, belligerent UMS are subject to the same rules as manned belligerent warships.* *Oslo Manual*, *ibid.*, p. 50.

¹⁰⁶⁸ Véase Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin, *ibid.*, p. 724.

personal con plenos derechos de beligerancia¹⁰⁶⁹. Tales preocupaciones, advierten los autores, no se reactivan con la idea de los UMVs como buques de guerra¹⁰⁷⁰. Por otro lado, una concepción alternativa de buque “bajo el mando” (artículo 29 CNUDM), señalan Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin, es proporcionada a través del análisis del Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes, donde el “mando” se dirige principalmente a la seguridad de la navegación y a las interacciones con otros buques¹⁰⁷¹. Por ejemplo, el concepto de «buque sin gobierno» en el mencionado convenio se refiere a un buque “que por cualquier circunstancia excepcional es incapaz de maniobrar en la forma exigida (...) y, por consiguiente, no puede apartarse de la derrota de otro buque.”¹⁰⁷² La última alternativa propuesta por los anteriores autores consiste en explorar el significado de la expresión “bajo el mando de un oficial” mediante la referencia en el derecho militar a “mando”¹⁰⁷³. En España, según la “Doctrina para el empleo de las Fuerzas Armadas” el *mando* es: *la autoridad conferida formal y legalmente a una persona en función del puesto y de la responsabilidad que le corresponde. En las Fuerzas Armadas puede ser orgánico u operativo, y alcanza su máxima expresión en las operaciones. Para cada operación se constituye*

¹⁰⁶⁹ Así lo expresan Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin (*ibid*) trayendo a colación a J Brown Scott (ed.) en *The Proceedings of the Hague Peace Conferences: The Conference of 1907*, Vol III, Oxford University Press, 1920, pp. 749-752, 805-807.

¹⁰⁷⁰ Véase Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin, *ibid*.

¹⁰⁷¹ *Ibid*. Véase por ejemplo la Regla 2. a) del Convenio sobre el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes.

¹⁰⁷² Regla 3. f) del Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes (citado por Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin, *ibid*).

¹⁰⁷³ Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin hacen referencia a la definición de *mando* de la Australian Defence Force: *The authority that a commander in the military Service lawfully exercises over subordinates by virtue of rank or assignment. Command includes the authority and responsibility for effectively using available resources and for planning the employment of organising, directing, coordinating and controlling military forces for the accomplishment of assigned missions. It also includes responsibility for health, welfare, morale and discipline (...)*. Véase *Australian Defence Doctrine Publication 00.1: Command and Control*, para 1.4, 2009, citado por Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin en “Maritime autonomous vehicles: new frontiers in the law of the sea”, *op. cit.*, p. 724.

*una estructura de mando y control de la organización operativa, en la que se establecen los diferentes niveles de autoridad y sus relaciones internas y externas. (...) La autoridad operativa es el conjunto de facultades (encomendar misiones, asignar cometidos, reorganizar y desplegar fuerzas, uso de la fuerza, empleo de medios y establecer o modificar el espacio temporal y espacial) y funciones asignadas a un comandante. Por tanto, [e]l mando comprende tres aspectos íntimamente relacionados que son: la toma de decisiones, la responsabilidad y el control. En cuanto a la responsabilidad se señala que [e]n un sentido amplio incluye además la seguridad y el bienestar de su personal, su moral y disciplina, y el empleo eficaz y eficiente de los recursos asignados. Se distinguen en este documento las siguientes relaciones de mando: relaciones de mando operativo nacional, relaciones de mando operativo multinacional, relaciones orgánicas, relaciones funcionales, relaciones de coordinación, relaciones de apoyo, entre otras¹⁰⁷⁴. En el Estado Mayor de la Defensa se integra la organización operativa permanente denominada *Mando de Vigilancia y Seguridad Marítima*, responsable del planeamiento, conducción y seguimiento de las operaciones de vigilancia y seguridad de los espacios marítimos de soberanía e interés nacional¹⁰⁷⁵. En resumen, [l]a función conjunta Mando y Control comprende las actividades relacionadas con el ejercicio de la autoridad y la dirección de las fuerzas asignadas para el cumplimiento de la misión. Se basa en el liderazgo, la combinación de juicio e intuición, el manejo de los tiempos en la toma de decisiones, la organización de mando, la retención y delegación de autoridad, la doctrina, el asesoramiento especializado, los sistemas de información y comunicaciones, la coordinación y cooperación con otros actores, el planeamiento conjunto, combinado e integrado con otros instrumentos de poder y la sincronización de esfuerzos. La cohesión entre comandantes y entre estos y los equipos de planeamiento resulta esencial para*

¹⁰⁷⁴ Véase Publicación Doctrinal Conjunta *PDC-01 (A)* "Doctrina para el empleo de las Fuerzas Armadas", Ministerio de Defensa, 2018, pp. 155, 158-159, 162-163.

¹⁰⁷⁵ Con relación a este *Mando* véase la Disposición transitoria única del *Real Decreto 521/2020*, de 19 de mayo, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas (BOE núm. 143, de 21/05/2020).

*un acertado ejercicio del mando y control.*¹⁰⁷⁶ Como puede observarse, se hace hincapié en la responsabilidad, la coordinación y la dirección de esfuerzos, y es evidente que esto es algo que podría ejercerse a distancia¹⁰⁷⁷.

Como ya introdujimos, también se podría mirar hacia el mundo de la aviación¹⁰⁷⁸ para encontrar una situación análoga según la cual quienes pilotan unmanned aerial vehicles (UAVs) desde estaciones terrestres se consideran al mando o constituyen la tripulación de esas aeronaves. Señala Norris que el requisito por el que una aeronave militar debe ser “controlled, manned or preprogrammed by a crew subject to regular armed forces discipline”¹⁰⁷⁹ es una versión moderna de las normas originales¹⁰⁸⁰, que simplemente ordenaban que la “crew be exclusively military and wear a fixed distinctive emblem making them recognizable as such, even if they were separated from their aircraft”¹⁰⁸¹. Recordemos que ya explicitamos que, actualmente existe poco debate sobre el hecho

¹⁰⁷⁶ Véase Publicación Doctrinal Conjunta *PDC-01 (A)* “Doctrina para el empleo de las Fuerzas Armadas”, *op. cit.*, p. 128. Nótese que los componentes de la definición de *mando* que aparecen en esta publicación doctrinal guardan semejanzas con la definición de *mando* de la Australian Defence Force, *op. cit.*

¹⁰⁷⁷ Así lo estiman fervientemente Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin en “Maritime autonomous vehicles: new frontiers in the law of the sea”, *op. cit.*, p. 724. Estos autores concluyen que “physical presence is not necessarily critical to legal conceptions of either command at sea, or of military command. It seems arguable that these diverse conceptions of command (and crewing) speak more to issues of responsibility and capacity to take action, or ensure action is taken, than to simple physical presence.” *Ibid.* En este sentido, señalan Dinstein y Dahl que: “Control and deployment of UMS can include either direct control or the setting of mission conditions, objectives or parameters.” DINSTEIN, Y. y DAHL, AW., Commentary to Rule 52 c), *Oslo Manual on Select Topics of the Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁷⁸ Véase en este Capítulo el análisis inicial comparativo realizado entre los unmanned aerial vehicles y los unmanned maritime vehicles.

¹⁰⁷⁹ Se trata del requisito contenido en el *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, *op. cit.*

¹⁰⁸⁰ NORRIS, A., *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems (...)*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁸¹ Norris (*ibid*) refiriéndose a los artículos 14 y 15 de las *Rules concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare*, Drafted by a Commission of Jurists, December 1922 - February 1923.

de que el mando y la tripulación sean análogos al mando y la tripulación remotos en relación con los UAVs¹⁰⁸². Esta circunstancia es útil hasta cierto punto y será parte del argumento actual para que el UMV sea clasificado como buque de guerra;¹⁰⁸³ sin embargo, algunos rechazan este enfoque a la luz del hecho de que no existe un equivalente a la definición de “buque de guerra” de la CNUDM, que debe cumplirse en relación con las aeronaves militares. El artículo 3 del Convenio de Chicago reconoce a las aeronaves militares como aeronaves de Estado, pero no define las aeronaves militares¹⁰⁸⁴.

Por otro lado, volviendo de nuevo a la denominada “component theory” en la que se lanza un UMV desde un buque nodriza tripulado,¹⁰⁸⁵ señala Chadwick la probabilidad de que el estatuto de buque de guerra pueda atribuirse al UMV por “courtesy of the relationship between the two platforms”¹⁰⁸⁶. Norris prevé una situación de este tipo si se lanzara un UMV desde el buque nodriza con fines de protección de la fuerza y de seguridad de la navegación durante, por ejemplo, el paso en tránsito¹⁰⁸⁷. Al considerar el estatuto del UMV, la German Navy se ha centrado en la posible relación de control entre el buque de guerra nodriza y el buque

¹⁰⁸² Así ha sido destacado por Klein (“Maritime Autonomous Vehicles within the International Law Framework to Enhance Maritime Security”, *op. cit.*), entre otros. Subraya Norris, trayendo a colación la opinión de los expertos en Comentario al *HPCR Manual (op. cit.)*, que la presencia física a bordo no es determinante para calificar una aeronave como militar, sino más bien el control que efectivamente ejercen las fuerzas armadas. NORRIS, A., *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems (...)*, *op. cit.*, p. 28: (“as long as a member of the armed forces exercised control over the aircraft, it was immaterial whether s/he was actually aboard the aircraft.”)

¹⁰⁸³ CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 144. En este sentido, señala Silva Pereira que: “An unmanned warship is only included in the category of warship as long as the armed forces retain and maintain control over it. An unmanned warship abandoned or whose commander and crew have mutinied and taken control of the vessel is not deemed to be part of the armed forces of a State and consequently a warship.” SILVA PEREIRA, E., *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁸⁴ Véase VEAL, R. y otros., *Report on Liability for operations in Unmanned Maritime Vehicles with Differing Levels of Autonomy*, *op. cit.*, pp. 15-16.

¹⁰⁸⁵ Véase a McLaughlin, entre otros, en nota 1024.

¹⁰⁸⁶ CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 144.

¹⁰⁸⁷ NORRIS, A., *op. cit.*, p. 23.

no tripulado para justificar el estatuto legal y la inmunidad del buque de guerra que se aplica al UUV¹⁰⁸⁸. Sin embargo, tal y como ha sido referenciado en varias ocasiones, la doctrina de la US Navy no se adhiere a este enfoque,¹⁰⁸⁹ y los UUVs lanzados desde la plataforma no serán más que un tipo de UUV, dentro de una categoría que también incluirá sistemas operativos totalmente independientes¹⁰⁹⁰. Existe también un desacuerdo en cuanto a si el estatus derivado se extiende también a los “naval drones” que se lanzan desde la costa, por ejemplo, desde un puerto o un muelle, y no desde un buque nodriza¹⁰⁹¹. McLaughlin sugiere que en los casos en que los UUVs se pongan en marcha desde plataformas terrestres, el USV/UUV se convierta en un “buque de Estado destinado a fines no comerciales”; tal calificación, señala el autor,

¹⁰⁸⁸ *However, the requirement of a vessel for being manned does not mean that unmanned vessels, e.g. drones...are not warships. Apart from the fact that they can be manned in certain situations it must be taken into account that they are controlled by a warship and thus enjoy its legal status and immunity.* German Navy Commander's Handbook, citado en McLaughlin, R., “Unmanned Naval Vehicles and the Law of Naval Warfare”, *op. cit.*, p. 240.

¹⁰⁸⁹ *Commander's Handbook, op. cit.*, para. 2.3.6: “USVs and UUVs engaged exclusively in government, noncommercial service are sovereign immune craft. USV/UUV status is not dependent on the status of its launch platform.”

¹⁰⁹⁰ CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 144. No obstante, McLaughlin señala que el para. 2.3.6 del *Commander's Handbook* “must be read in its context in that it is situated in a section of the Handbook which examines ‘Other Naval Craft’ as opposed to warships per se. This is further buttressed by the reference to status as ‘engaged exclusively in government, non-commercial service’. It does not suggest that warship-launched and controlled unmanned surface vehicles and unmanned underwater vehicles have a completely independent status from that of their mother ship. Rather, the implication is that a government unmanned surface vehicle or unmanned underwater vehicle which is embarked on and controlled from a vessel which does not otherwise have sovereign immune status (such as a vessel undertaking a commercial operation, and thus not a state vessel), does not therefore suffer removal of its normal sovereign immune status, thus opening the door to any argument that this status has been replaced by a reflected image of the mother ship's own lesser, non-sovereign immune, status.” McLaughlin, R., “Unmanned Naval Vehicles and the Law of Naval Warfare”, *op. cit.*, p. 240.

¹⁰⁹¹ Véase a Daum en “The Implications of International Law on Unmanned Naval Craft” (*op. cit.*, p. 86) citando a Frau en “Regulatory Approaches to Unmanned Naval Systems in International Law of Peace and War”, *J. Int'l L. Peace & Armed Conflict*, n° V, 2012, p. 87. Nótese que Daum utiliza el término “naval drone”, precisamente porque concluye terminantemente que “unmanned naval craft are not ships in terms of the international law of the sea.” Daum, *ibid.*, p. 85.

se convierte en la vía alternativa para no ampliar la definición de “buque de guerra” del artículo 29 de la CNUDM, “assuring the same sovereign immune status for a state’s USV/UUV assets”¹⁰⁹². Recordemos que los “buques de Estado destinados a fines no comerciales” gozan de la misma inmunidad que los buques de guerra. No obstante, Schmitt y Goddard puntualizan que solo existe una disposición de la CNUDM sobre la inmunidad que se aplica únicamente a los buques de guerra; se trata del ya citado artículo 30¹⁰⁹³, en virtud del cual, si un buque de guerra no cumple las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial, el Estado ribereño puede exigirle que se retire. Sin embargo, advierten que “the broad immunity already enjoyed by government vessels on non-commercial service, it is hard to imagine what additional enforcement action could be taken against them”¹⁰⁹⁴. Por tanto, concluyen que “so long as a UMS (Unmanned Maritime System) qualifies as a ship and is operated by a government for exclusively non-commercial purposes, it will enjoy effectively the same sovereign immunity under UNCLOS as a warship”¹⁰⁹⁵. No obstante, autores como Daum, desaprueban tal sugerencia, pues como ya hemos señalado, este autor apuesta por la conclusión de que un “naval drone is not a ship in the sense of the international law of the sea”¹⁰⁹⁶. Con vistas al enfoque de la plataforma, es necesario subrayar que este supuesto solo funciona correctamente cuando existe realmente una plataforma a la que se ha asignado un determinado estatuto jurídico¹⁰⁹⁷. Por ejemplo, en los casos en que el UMV naval se lanza desde una plataforma petrolífera, no está claro qué estatuto jurídico se le otorgaría al dron naval. O, si se lanzara

¹⁰⁹² McLaughlin, R., “Unmanned Naval Vehicles at Sea: USVs, UUVs and the Adequacy of the Law”, *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁹³ Cf. CHURCHILL, Robin R. y LOWE Alan V. Lowe, *The Law of the Sea*, *op. cit.*

¹⁰⁹⁴ SCHMITT, Michael N. y GODDARD, David S., “International Law and the Military Use of Unmanned Maritime Systems”, *op. cit.*, p. 580.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*

¹⁰⁹⁶ DAUM, O., *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*

desde la costa, no habría ningún estatuto asignado¹⁰⁹⁸. En este sentido, concluye Daum que el enfoque de la plataforma no es integral¹⁰⁹⁹. Además, puntualiza el autor que en ausencia de cualquier vínculo técnico necesario entre el buque nodriza y el UMV, parece cuestionable considerar a este, parte del buque nodriza, al menos con respecto a los drones navales totalmente autónomos. Por otra parte, señala que no redundaría en beneficio de una navegación internacional fluida y transparente que los drones navales presenten un estatuto jurídico diferente según sus plataformas (o incluso sin estatuto jurídico, si se lanzan desde la costa). En particular, ese enfoque sería directamente opuesto a los intereses del Estado ribereño, que se enfrenta a la presencia de un UMV naval en su Mar Territorial, que no se adhiere a las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso inocente promulgados de conformidad con el artículo 21 de la CNUDM. En este caso, el Estado ribereño debe determinar si el UMV goza del estatuto jurídico de su buque nodriza, por ejemplo, el de un buque de guerra, o si el UMV tiene un estatuto jurídico diferente¹¹⁰⁰.

Subraya Chadwick que las definiciones alternativas (a buque de guerra) que puedan aplicarse a los UMVs, plantean inconvenientes cuando se comparan con el estatus de buque de guerra¹¹⁰¹. Los UMVs podrían clasificarse como buques auxiliares¹¹⁰², que están sujetos, en principio, al mismo régimen jurídico de los buques de guerra¹¹⁰³. En este sentido, señala Silva Pereira que “naval auxiliaries that are unmanned shall also

¹⁰⁹⁸ Véase Daum, *ibid*; Frau, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰⁹⁹ *Ibid*.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 87-88. Tras este análisis, Daum concluye que “Against this background, it is submitted that unmanned naval craft do not enjoy a legal status derived from the platform from which they are launched.” Como puede apreciarse, Daum se está refiriendo a la postura estadounidense, *Commander’s Handbook, op. cit.*, paras. 2.3.6.

¹¹⁰¹ CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 145.

¹¹⁰² HENDERSON, A., “Murky Waters: The Legal Status of Unmanned Undersea Vehicles”, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁰³ *Recuérdese* BARNES, Richard A., “Article 29”, *op. cit.*

be subject to this legal regime”¹¹⁰⁴. Como ya analizamos de manera profusa, junto con los buques de guerra y naves auxiliares, la CNUDM también se refiere a “otros buques de Estado destinados a fines no comerciales”¹¹⁰⁵. Como la Convención no los define, no es necesario que estos buques estén tripulados o se encuentren bajo un mando específico de acuerdo con la CNUDM¹¹⁰⁶. De ahí el argumento recién comentado de McLaughlin con relación a los UUVs lanzados desde plataformas terrestres. Por tanto, los Estados son libres de incluir en esta categoría cualquier buque, en función del carácter público del servicio o de la actividad realizada¹¹⁰⁷. Advierte Chadwick que esta clasificación podría ser aceptable para algunos unmanned maritime vehicles (UUVs) pero insuficiente para otros¹¹⁰⁸. Los buques de Estado destinados a fines no comerciales tienen un papel mucho más limitado en la lucha bélica, generalmente utilizando la fuerza solo en defensa propia,¹¹⁰⁹ de lo contrario no tendría sentido la distinción entre estos y los buques de guerra. Por ello, concluye Chadwick que los UUVs que están destinados a usar la fuerza ofensiva tienen que ser buques de guerra¹¹¹⁰.

2.3. UUVs COMO SUBMARINOS U OTROS VEHÍCULOS SUMERGIBLES

El hecho de que “otros vehículos sumergibles” se reconocieran en la CNUDM (artículo 20) sugiere a algunos que los participantes de la

¹¹⁰⁴ SILVA PEREIRA, E., *op. cit.*, p. 46.

¹¹⁰⁵ Véase al respecto el análisis efectuado de los artículos 32, 96 y 236 de la CNUDM en el Capítulo II de esta obra.

¹¹⁰⁶ CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 145. Véase en el mismo sentido a Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 31.

¹¹⁰⁷ SILVA PEREIRA, E., *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁰⁸ CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 145.

¹¹⁰⁹ Institute of International Law, *Manual on the Laws of Naval Warfare*, 1914, Artículo 12 (citado por Chadwick, *op. cit.*, p. 145).

¹¹¹⁰ CHADWICK, K., *ibid.* En el mismo sentido véase NASU, H. y LETTS, D., “The Legal Characterization of Lethal Autonomous Maritime Systems: Warship, Torpedo, or Naval Mine?”, *op. cit.*, p. 86.

Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar consideraron los UUVs (unmanned underwater vehicles)¹¹¹¹. Como ya se advirtió, el artículo 20 de la CNUDM, que corresponde a la Subsección titulada “Normas aplicables a todos los buques”, no define los términos “submarino” y “otro vehículo sumergible”, ni proporciona criterios para distinguir entre las dos categorías. Hofmann y Proelss traen a colación la definición de “submarino” proporcionada por el *Oxford Dictionary*, el cual lo describe como un “warship with a streamlined hull designed to operate completely submerged in the sea for long periods, equipped with an internal store of air and a periscope and typically armed with torpedoes or missiles, or as a submersible craft of any kind”¹¹¹². Por el contrario, Kazuhiro Nakatani definió “submarino” como un buque “capable of operating independently both above and beneath the surface of the sea”¹¹¹³. Aunque en la mayoría de los casos los submarinos pertenecen a una armada, el artículo 20 de la CNUDM no excluye de su ámbito de aplicación a los submarinos empleados para fines no gubernamentales. La CDI, en su comentario de 1956 concerniente al proyecto de artículos sobre el derecho internacional del mar, y en concreto, refiriéndose al precursor del actual artículo 20, señaló que la disposición es “equally applicable to commercial submarines, if these ships are ever re-introduced”¹¹¹⁴. En el supuesto de que los submarinos

¹¹¹¹ CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 497.

¹¹¹² *Oxford Dictionary*, available at [oxforddictionaries.com/definition/american_english/submarine?qdsubmarine](https://www.oxforddictionaries.com/definition/american_english/submarine?qdsubmarine), citado por HOFMANN, T. y PROELSS, A., “The Operation of Gliders Under the International Law of the Sea”, *op. cit.*, p. 177.

¹¹¹³ NAKATANI, K., “Submarines” en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Published under the auspices of the Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law under the direction of Rüdiger Wolfrum, July 2008 (disponible en <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1839>, última consulta en julio de 2020).

¹¹¹⁴ Véase el comentario al artículo 15 en “Report of the International Law Commission to the General Assembly: Articles Concerning the Law of the Sea with commentaries”, UN Doc. A/3159, *op. cit.*, p. 273. *Recuérdese* que la propuesta de Argentina, Bangladesh, China, República Democrática de Yemen, Ecuador, Madagascar, Pakistán, Perú y Filipinas de incluir los

y “otros vehículos sumergibles” constituyan buques, es muy probable, señalan Veal, Tsimplis y Serdy, que “the UUVs (...) will fall into this category of *ship*”¹¹¹⁵, disfrutando de la correspondiente inmunidad soberana en la medida en que sean clasificados como buques de guerra o de Estado. La línea divisoria entre los submarinos y otros vehículos sumergibles tampoco es fácil de trazar¹¹¹⁶. Barnes sugiere que esta última categoría puede incluir los UUVs¹¹¹⁷, al menos a los efectos del artículo 20 de la CNUDM, en la medida en que son autopropulsados¹¹¹⁸, aunque aparentemente no existe base en la CNUDM para limitar el término “submarino” a los tripulados¹¹¹⁹. Veal, Tsimplis y Serdy concluyen que, en el contexto de la CNUDM, si ambos constituyen buques, la distinción puede tener solo importancia académica¹¹²⁰. Por otro lado, si los UUVs¹¹²¹ pueden clasificarse como “equipo de investigación científica”, la Sección 4 de la Parte XIII de la CNUDM, según Hofmann y Proelss, puede considerarse *lex specialis* en comparación con el artículo 20, con el efecto de dejar sin repuesta la cuestión de si algunos UUVs

submarinos y otros vehículos sumergibles en el artículo 29 de la CNUDM fue rechazada (*op. cit.*, véase nota 420).

¹¹¹⁵ Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 30.

¹¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹¹⁷ BARNES, Richard A., “Article 20” en PROELSS, A., *The United Conventions on the Law of the Sea (...)*, *op. cit.*, p. 198.

¹¹¹⁸ ATTARD, D., *The IMLI Manual on International Maritime Law. The Law of the sea, Vol 1*, *op. cit.*, p. 46.

¹¹¹⁹ Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 30.

¹¹²⁰ *Ibid.*

¹¹²¹ Chadwick se refiere a los mismos como “underwater gliders”. Al respecto señala: “The requirement for submarines and other underwater vehicles to navigate on the surface may also pose particular problems for a sub-category of UMS, namely underwater gliders. Their reliance upon tide, current and wave power instead of an engine means that underwater movement is required in order to generate the power for forward momentum. This, along with a difficulty in ensuring continuous and expeditious passage, creates the potential for underwater gliders to breach innocent passage where they do not have the permission of the coastal State to operate contrary to innocent passage.” Véase CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 148.

(Unmanned Maritime Vehicles) constituyen submarinos u otros vehículos sumergibles¹¹²².

2.4. UMVs COMO OBJETOS SECUNDARIOS¹¹²³

La CNUDM también utiliza, pero no define, “dispositivo militar” (artículo 19 (2) (f)); “islas artificiales, instalaciones y estructuras” (artículos 60 y 80); “tecnología” (artículos 144, 196); “instalaciones o equipo de investigación científica” (artículos 258, 259, 261-262) y “las instalaciones y dispositivos” (artículo 194. 3. d). Presumiblemente ninguno de estos, son calificados como “buques”¹¹²⁴.

Como ya hemos tenido ocasión de precisar, la cuestión de la inmunidad soberana se hace más difícil de resolver si los UMVs no constituyen buques. Destaca en este sentido la posición estadounidense, haciendo referencia a la inmunidad de las “crafts” en el *Commander’s Handbook*¹¹²⁵; circunstancia que sugiere, según Schmitt y Goddard, la dependencia de la inmunidad de que gozan los bienes del Estado en general. Para estos autores, “[t]his is a well-established¹¹²⁶, if poorly understood, principle that must be respected in the law of the sea as an example of *other rules of international law*, to which key provisions of the UNCLOS regime are subject”¹¹²⁷. No obstante, como ya

¹¹²² Véase HOFMANN, T. y PROELSS, A., “The Operation of Gliders Under the International Law of the Sea”, *op. cit.*, p. 178.

¹¹²³ *Recuérdese* tal denominación en Irimi Papanicolopulu (“Seafarers as an Agent of Change of the Jurisdictional Balance”, *op. cit.*, nota 15, p. 301), que distinguía los objetos primarios, integrados por “buques”, del resto de objetos de la CNUDM.

¹¹²⁴ CRAIG H, A., “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles (...)”, *op. cit.*, p. 497. *Recuérdese* en el mismo sentido a PAPANICOLOPULU, I., *International Law and the of People at Sea*, *op. cit.*, p. 144.

¹¹²⁵ Para. 2.3.6 *Commander’s Handbook*, *op. cit.*

¹¹²⁶ Reflejado en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ).

¹¹²⁷ SCHMITT, Michael N. y GODDARD, David S., “International Law and the Military Use of Unmanned Maritime Systems”, *op. cit.*, p. 580.

analizamos, en torno al artículo 5 de la CNUIJ (según el cual Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención), no existe un consenso entre los expertos en derecho internacional en cuanto a la existencia de un principio general de derecho internacional público según el cual, los objetos pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial están cubiertos por la soberanía del Estado¹¹²⁸. No obstante, hay que volver a recordar, que las conclusiones a las que llegaron tales expertos en *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* son más precisas que las vertidas en la primera edición de dicho *Manual*. Ya vimos como en la segunda edición se recoge textualmente: “Foreign State property entitled to immunity includes buildings, installations, vessels, aircraft, and space objects that are owned or operated by a foreign State for non-commercial exclusively governmental purposes”¹¹²⁹. Incluso se especifica que: “For instance, a State’s cyber infrastructure that serves non-commercial governmental purposes may not be seized or attached by a domestic court or officials of another State (...)”¹¹³⁰. No obstante, la posible inmunidad soberana de la infraestructura cibernética queda relegada, según los expertos en derecho internacional, a la inmunidad misma de la plataforma que alberga tal infraestructura. Así pues, la *rule 5* del Tallinn Manual 2.0 es de la dicción literal siguiente: “Any interference by a State with cyber infrastructure aboard a platform, wherever

¹¹²⁸ “Rule 4 – Sovereign immunity and inviolability” (Commentary to Rule 4 ¶ 6), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, *op. cit.*, p. 25. En esta línea se encuentra la advertencia realizada por la CDI al artículo 5 de su Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes: “[l]egal theories abound as to the exact nature and basis of immunity. ... Beyond or around the hard core of immunity, there appears to be a grey area in which opinions and existing case law and, indeed, legislation still vary.” Véase el párrafo (2) del comentario al artículo 5 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, p. 23.

¹¹²⁹ “Rule 12 – Immunity of States from the exercise of jurisdiction” (Commentary to Rule 12 ¶ 8), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, *op. cit.*, p. 73.

¹¹³⁰ *Ibid.*

located, that enjoys sovereign immunity constitutes a violation of sovereignty”¹¹³¹. En el comentario a dicha regla, los expertos se refieren a los buques y aeronaves de Estado como plataformas inmunes soberanas que albergan la infraestructura cibernética. Al mismo tiempo, señalan que las personas u objetos participantes en actividades cibernéticas, que se encuentren en buques o aeronaves de Estado “are immune from another State’s exercise of enforcement jurisdiction while aboard those platforms in light of the inviolability of the platforms”¹¹³². Por otro lado, el grupo internacional de expertos convino que, en la medida en que las actividades cibernéticas en el territorio de otro Estado se prevean en un acuerdo (como los acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas Armadas) o se realicen de otra manera por consenso, la infraestructura cibernética que se utilice para las actividades o fines gubernamentales no comerciales acordados, también goza de inmunidad. Así por ejemplo, señalan que “if a State consents to law enforcement cyber surveillance by a foreign State on its territory, the computers, other related equipment, software, and data used for these purposes benefit from the immunities accorded under any agreement between the States concerned (or pursuant to customary international law)”¹¹³³. En este sentido, finalizan su comentario a la *Rule 5* advirtiendo que “Locations and objects that do not fall within the scope of this Rule may nevertheless enjoy special protection affording inviolability by virtue of bilateral or multilateral agreements, such as status of forces agreements. Additionally, under diplomatic and consular law, special protections exist for certain cyber infrastructure, as well as electronic archives, documents, and correspondence”¹¹³⁴. Todo ello se completa con la afirmación de que “Military vessels, aircraft, and other moveable or non-moveable State property and equipment of a military nature, including military cyber infrastructure, are ipso facto considered to be of a non-

¹¹³¹ Véase “Rule 5 – Sovereign immunity and inviolability”, *Tallinn Manual 2.0 (...)*, *op. cit.*, p. 27.

¹¹³² Véase “Rule 5 – Sovereign immunity and inviolability” (Commentary to Rule 5 ¶ 1), *ibid.*

¹¹³³ Véase “Rule 12 – Immunity of States from the exercise of jurisdiction” (Commentary to Rule 12 ¶ 10), *ibid.*, pp. 73-74.

¹¹³⁴ “Rule 5 – (...)” (Commentary to Rule 5 ¶ 7), *ibid.*, p. 29.

commercial governmental nature”¹¹³⁵. Por su parte, el ya mencionado *Oslo Manual*, siguiendo la posición estadounidense y en consonancia con lo afirmado por Schmitt y Goddard, señala que “[i]f UMS (Unmanned Maritime Systems) are operated by the armed forces or any other Government agency of a State, they may not necessarily qualify as warships or State ships. However, since they either constitute State property or used only on Government non-commercial service, they do enjoy sovereign immunity. Hence, they may only be interfered with by other States in very exceptional circumstances (e.g., in an international armed conflict). Accordingly, *USVs and UUVs engaged exclusively in Government, non-commercial service are sovereign immune craft*”¹¹³⁶. Se trata, como acabamos de indicar¹¹³⁷, del comentario a la *Rule 47* del *Oslo Manual*; dicha regla es del tenor literal siguiente: “If owned or operated by a State and used only on Government non-commercial service, all UMS enjoy sovereign immunity. (...)”¹¹³⁸. Observamos como el lenguaje de esta regla se basa en el artículo 96¹¹³⁹ de la CNUDM sobre la inmunidad de los *buques* utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial. Es muy posible que un número considerable de Estados no estén dispuestos a reconocer los UMS

¹¹³⁵ Véase “Rule 12 – Immunity of States from the exercise of jurisdiction” (Commentary to Rule 12 ¶ 8), *ibid.*

¹¹³⁶ DINSTEIN, Y. y DAHL, AW., Commentary to Rule 47 ¶ 3, *Oslo Manual on Select Topics of the Law of Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 45-46. Cursiva añadida para indicar que los autores citan textualmente el para. 2.3.6. del *Commander’s Handbook*, *op. cit.* Dinstein y Dahl señalan que la calificación como “crafts” de los UMS se debe en primer lugar, al hecho, tantas veces referenciado, de que la CNUDM “uses the terms “vessel” and “ship” interchangeably, without providing a definition of either term”, así como en segundo lugar, y como ya hemos comentado, al hecho de que en otros tratados pertinentes se proporcionen definiciones diversas de tales términos pero limitadas desde el punto de vista funcional: “While those treaties generally do not prohibit treating UMS as vessels or ships, a number of the relevant rules were created specifically with manned systems in mind. In view of these difficulties, UMS are in some contexts not characterized as ships or vessels but rather as “craft”.” Véase Commentary to Rule 47 ¶ 2, *Oslo Manual (...)*, *ibid.*, p. 45.

¹¹³⁷ Véase nota 1136.

¹¹³⁸ “Rule 47”, *Oslo Manual (...)*, *op. cit.*, p. 45.

¹¹³⁹ Véase Commentary to Rule 47 ¶ 1, *ibid.*

como buques, aunque habrá que esperar a los años venideros para conocer más sobre las opiniones de los Estados en este punto, dado los esfuerzos de la OMI por asimilar las “unmanned craft” a los buques¹¹⁴⁰. En el estado actual de la cuestión, si no pueden considerarse “buques” para poder acceder al estatuto jurídico de “buque de guerra” o “buque de Estado”, no se podría conceder la inmunidad del Estado en virtud de los artículos 32, 95 o 96 de la CNUDM. Según Daum, trayendo a colación a Bleckmann y Vöneky, la ampliación del ámbito de aplicación de estas disposiciones para abarcar los vehículos marítimos no tripulados, aunque no sean buques, constituiría una analogía en el derecho internacional, que solo es lícita en casos excepcionales¹¹⁴¹. En la búsqueda de otra norma de derecho internacional que asigne la inmunidad del Estado a los vehículos marítimos no tripulados (UMVs) utilizados con fines militares/gubernamentales, Daum afirma que se trata de una cuestión de derecho internacional consuetudinario¹¹⁴². En este sentido, tal y como hemos indicado a lo largo del análisis del estatuto jurídico de los UMVs, es difícil concluir que exista una práctica sustancial del Estado con respecto a la operación de tales vehículos, por no mencionar la práctica estatal según la cual a los UMVs se les concede inmunidad estatal. Llegando entonces al elemento de la *opinio iuris*, señala Daum que, a excepción de los ya citados manuales militares (alemán, estadounidense y el reciente *Oslo Manual*), no se aprecian otras fuentes para la determinación de la *opinio iuris*, por lo que concluye que la inmunidad estatal no puede ser

¹¹⁴⁰ Véanse estas consideraciones en Commentary to Rule 47 ¶ 2, *ibid*.

¹¹⁴¹ Véase a Daum (*op. cit.*, p. 97) citando a BLECKMANN, A., “Analogie im Völkerrecht”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 17, 1977, pp. 161-180. Véase también VÖNEKY, S., “Analogy in International Law” en WOLFRUM (ed.), MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, vol. 1, 2012, pp. 374-380.

¹¹⁴² Pues señala que “[t]here appears to be no international treaty relating to unmanned vehicles that specifically entitles naval drones State immunity.” DAUM, O., *op. cit.*, pp. 97-98. Solo se refiere a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ) para decir que no se encuentra aún en vigor. *Ibid*. Sobre los elementos que constituyen una norma de derecho internacional consuetudinario véase *Plataforma continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania c. los Países Bajos), Sentencia de 20 de febrero de 1969, CIJ Recueil 1969, p. 44, apartado 77.

asignada a las denominadas “unmanned naval craft”¹¹⁴³. No obstante, tal y como manifestó la CIJ, la cuestión de la inmunidad del Estado no repercute en la cuestión de la legalidad de una determinada conducta¹¹⁴⁴, como la posible incautación de un vehículo marítimo no tripulado. De este modo, afirma Daum que “if a State operates a naval drone in its exercise of the freedom of the high seas, a seizure of the naval drone, regardless of military or research purposes, would constitute a violation of international law”¹¹⁴⁵.

2.4.1. UMVs COMO “DISPOSITIVOS”

En relación con la clasificación de los “dispositivos militares”, Vallejo ha afirmado que esta categoría, si bien no es actualmente un término específicamente previsto en el derecho internacional, es una “new area of law” definida en el sistema jurídico estadounidense y constituye la clasificación más acertada para los UMVs, puesto que “will not only save time but is the best choice of status as to avoid conflict in the international law community”¹¹⁴⁶. Sin embargo, parece que los dispositivos contenidos en la legislación estadounidense pertinente son todos armas ofensivas¹¹⁴⁷, lo que es poco probable que sea el caso de

¹¹⁴³ “This is due to the fact that there is neither a treaty law rule nor a rule of customary international law to assign unmanned naval craft State immunity”. DAUM, O., *op. cit.*, p. 102.

¹¹⁴⁴ *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania c. Italia; Grecia interviniente), CIJ, *op. cit.*, para. 58.

¹¹⁴⁵ DAUM, O., *op. cit.*, p. 102.

¹¹⁴⁶ VALLEJO, Daniel A. G., “Electric Currents: Programming Legal Status into Autonomous Unmanned Maritime Vehicles”, *op. cit.*, p. 414. Vallejo argumenta que los Unmanned Maritime Vehicles (UMVs) deberían ser definidos como “dispositivos militares” y no como “buques” debido al desafío que supone para estos cumplir con el Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes en el Mar y que no puede superarse sin enmiendas (“amending the COLREGS would not be in the best interest of time because the military will most likely deploy UMVs before the regulations can be amended.”). *Ibid.*, pp. 407-408.

¹¹⁴⁷ Así pues señala Vallejo que la Sección 845 del Título 18 del Código de Estados Unidos (*op. cit.*) “defines “military devices” as, *but does not restrict its definition to*, “shells, bombs, projectiles, mines, missiles, rockets, shaped charges, grenades, perforators, mines, and similar devices manufactures exclusively for military or police purposes.” VALLEJO, Daniel A. G., *op. cit.*, p. 414.

todos los UUVs vistos como plataformas¹¹⁴⁸. No obstante, Vallejo concluye que, aunque los propósitos para los cuales son usados los UUVs no son exclusivamente militares, como sus funciones de investigación, siguen siendo propiedad de las Fuerzas Armadas. Además, la definición de los Unmanned Marine Vehicles como “vehículos militares” no tiene que cumplir estrictamente con la definición del Código de Estados Unidos; el Código sirve simplemente como punto de partida para definir lo que estas máquinas son en realidad. Basándose en las similitudes entre la anterior codificación de este término y las características y propósitos de las máquinas, conferir el estatuto jurídico de “dispositivo militar” a los Unmanned Marine Vehicles, señala Vallejo, “makes more sense than any previously suggested definition”¹¹⁴⁹.

En palabras de Veal *et al.*, la CNUDM “makes infrequent but significant reference to the term *device*”¹¹⁵⁰; pero el término no está definido en ella ni, en general, en las leyes nacionales¹¹⁵¹. No obstante, como excepción, encontramos en Nueva Zelanda la *Continental Shelf Act* de 1964 que define el término “device” como “any ship or floating platform or aircraft that is used in connection with any installation or device”¹¹⁵². En la CNUDM, la referencia a “dispositivo” más relevante

Cursiva añadida. Precisa el autor que el Título 18 “has is not applicable to international law in and of itself and the language found in Title 18 are not terms of art not found in any treaty or convention. Instead, Title 18 concerns crimes and criminal procedure within the military. Furthermore, the section begins clearly stating that the definition is “for the purposes of this subsection,” which essentially limits the definition to only pertain to the part of the code for which it was written.” *Ibid.* Vallejo también apela al análisis de cómo el gobierno de Estados Unidos definió “dispositivo militar” en el pasado, ya que el gobierno de Estados Unidos, junto con el gobierno del Reino Unido, son dueños de más de la mitad de los UUVs activos en el mundo. *Ibid.*

¹¹⁴⁸ CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 145.

¹¹⁴⁹ VALLEJO, Daniel A. G., *op. cit.*, p. 415.

¹¹⁵⁰ Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 31.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

¹¹⁵² Véase Section 7(5) of the 1964 Continental Shelf Act, citada por SCOTT, Karen N., “Regulating the Navigation of Foreign Vessels: New Zealand Practice” en *Regulation on Navigation of Foreign Vessels: Asia-Pacific State Practice*, *op. cit.*, pp. 235-236.

es la relacionada con el paso inocente y la actividad prohibida consistente en el “lanzamiento, recepción o embarque de dispositivos militares”¹¹⁵³. Barnes y Massarella sugieren que el término “dispositivo militar” debe interpretarse teniendo en cuenta la función prevista del dispositivo. Los autores incluyen dentro del término “weapons systems, munitions, mines, traps, detection, surveillance and communications devices, *drones*, *unmanned submersibles* and troop carrying equipment”¹¹⁵⁴. En la Parte XII de la CNUDM (Protección y preservación del medio marino), el artículo 194. 3. c) exige a los Estados que adopten medidas para, entre otras cosas, reducir en el mayor grado posible “[l]a contaminación procedente de instalaciones y dispositivos utilizados en la exploración o explotación de los recursos naturales de los fondos marinos y su subsuelo, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, el funcionamiento y la dotación de tales instalaciones o dispositivos”¹¹⁵⁵. En virtud del artículo 209. 2. de la CNUDM, los Estados deben adoptar “leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino resultante de las actividades en la Zona que se realicen por buques o desde instalaciones, estructuras y otros dispositivos que enarbolan su pabellón”. Señalan Veal, Tsimplis y Serdy, que la redacción de las secciones mencionadas sugiere que algunos UMVs, tal vez más pequeños, podrían caer bajo estas disposiciones. En particular, sostienen que la referencia a los dispositivos militares del artículo 19.2. f) de la CNUDM

¹¹⁵³ Véase el artículo 19(2)(f) de la CNUDM, *op. cit.*

¹¹⁵⁴ BARNES, Richard A., MASSARELLA, C., “Article 19”, en PROELSS, A., *The United Conventions on the Law of the Sea (...)*, *op. cit.*, p. 194. Paréntesis añadido.

¹¹⁵⁵ A su vez, el apartado d) del artículo 194. 3. exige tales medidas con respecto a “[l]a contaminación procedente de otras instalaciones y dispositivos que funcionen en el medio marino”. De conformidad con el apartado b) del artículo 274 de la Parte XIV de la CNUDM (Desarrollo y transmisión de tecnología marina), uno de los objetivos de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos es asegurar que “[s]e ponga a disposición de todos los Estados, y en particular de los Estados en desarrollo que necesiten y soliciten asistencia técnica en esa materia, documentación técnica sobre los equipos, maquinaria, dispositivos y procedimientos pertinentes”.

parecería cubrir el uso de UMVs desplegados desde buques militares¹¹⁵⁶. En cuanto a la posible inmunidad estatal, Chadwick concluye que “classification as a device is unlikely, unless international law evolves quickly, to afford the (...) immunities that warships and government ships enjoy”¹¹⁵⁷; así como los “navigational rights and freedoms in the various maritime zones”¹¹⁵⁸. Boothby señala que “the sovereign immune status (Law of the Sea Convention 1982, Article 32) of military technologies remains vital to assessing the deployment and employment of military technologies in all legal contexts”. En este sentido, postula que “[t]his is the case in relation to entire vessels such as the USS *Pueblo*, seized in January 1968 by North Korean forces in waters which on any Law of the Sea compliant reading were outside the DPRK territorial sea, although a parallel question regarding the 1953 Armistice persists”, así como “[t]his also the case in relation to specific items of equipment, such as submersible hydrographic ‘gliders’”.¹¹⁵⁹

2.4.2. UMVs COMO “EQUIPO”

Una tercera posibilidad para algunos UMVs sería categorizarlos como “equipo”, otro término no definido en la CNUDM. El término se utiliza en la CNUDM de dos maneras distintas¹¹⁶⁰. En primer lugar, para

¹¹⁵⁶ Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 31. En este sentido Chadwick señala que “[t]his launching and taking on board will be relevant to some UMS but not all.” CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 145.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 145-146.

¹¹⁵⁸ Véase a Chadwick (*ibid*) citando a VEAL, R. y otros., *Report on Liability for operations in Unmanned Maritime Vehicles with Differing Levels of Autonomy*, *op. cit.*, pp. 21-22.

¹¹⁵⁹ BOOTHBY, William H., *New Technologies and the Law in War and Peace*, *op. cit.*, p. 73. Observamos que el autor utiliza el término “military technology” para referirse tanto a los buques como a los UMVs; sin embargo, el término “dispositivo militar” lo reserva para lo que denomina “underwater infrastructure”, la cual, a su vez, distingue de los “unmanned maritime systems”: “two developments deserve closer attention: unmanned maritime systems and underwater infrastructure (including military devices and systems deployed at sea or on the seabed). The former are increasingly used for a variety of civilian and military purposes without international law providing adequate rules as to their status, their navigational rights and obligations, or their legality as means of warfare. The latter are partly regulated by international law insofar as there are rules relating to submarine cables and pipelines.” *Ibid.*, p. 317.

¹¹⁶⁰ Véase Veal, Tsimplis y Serdy, *op. cit.*, p. 32.

referirse al equipo a bordo de un buque. El término se utiliza en el párrafo 2 del artículo 21, en el que se dispone que las leyes y reglamentos relativos al paso inocente dictados por el Estado ribereño “no se aplicarán al diseño, construcción, dotación o equipo de buques extranjeros, a menos que pongan en efecto reglas o normas internacionales generalmente aceptadas”. Esta disposición, según Veal, Tsimplis y Serdy, es el epítome de muchos de los usos del término antes de la Parte XIII y se entiende que *ejusdem generis* se refiere a las cosas comprendidas dentro de un buque propiamente dicho¹¹⁶¹. Las disposiciones que utilizan “equipo” de esa manera no se aplicarían a los UVMs que se están examinando. El término “equipo” se utiliza de la misma forma en los artículos 94.3 a), 94.4 a), 194.3 b), 211.6 c), 217.2 y 226.1 a). En segundo lugar, en el contexto de la investigación marina, al equipo desplegado desde el buque. En este contexto, el artículo 261 de la CNUDM establece que “[e]l emplazamiento y la utilización de cualquier tipo de instalaciones o equipo de investigación científica no constituirán un obstáculo en las rutas de navegación internacional establecidas”. Respecto a este artículo Veal *et al.*, señalan que “[t]he article’s reference to the “deployment” (versión lingüística inglesa) of the equipment confirms that the equipment in this context refers to things deployed from or outside of any other ship. Furthermore, the term is here referred to as “scientific research equipment”¹¹⁶². Por su parte, el artículo 262 de la CNUDM exige que dicho equipo tenga “signos de identificación que indiquen el Estado en que está(n) registrado(s) o la organización internacional a la que pertenece(n), así como las señales de advertencia adecuadas convenidas internacionalmente para garantizar la seguridad marítima y la seguridad de la navegación aérea”. Veal, Tsimplis y Serdy, son de la opinión de que los UVMs más pequeños, que se usan para propósitos de investigación científica en el medio marino, podrían caer dentro de este uso del término “equipo”¹¹⁶³. Según Hofmann y Proelss, esta diferencia

¹¹⁶¹ Véase Veal, Tsimplis y Serdy, *ibid.*, p. 46.

¹¹⁶² Véase Veal, Tsimplis y Serdy, *ibid.*, p. 46. Paréntesis añadido.

¹¹⁶³ *Ibid.* Véase también BORK, K. y otros., “The Legal Regulation of Floats and Gliders – In Quest of a New Regime?”, *op. cit.*, pp. 298-328. Sobre la utilización de los términos “instalación

en el tamaño encuentra apoyo en el artículo 260 de la CNUDM, en virtud del cual se pueden establecer zonas de seguridad alrededor de las instalaciones de investigación científica. “By not making reference to scientific research equipment (SRE), this provision indicates that installations pose a greater danger to international navigation and other uses of the sea, which necessarily implies a certain size of the object”¹¹⁶⁴. En el mismo sentido, el Proyecto europeo *Gliders for Research, Ocean Observation and Management (GROOM)* llega a la conclusión de que, efectivamente, constituyen equipo de investigación científica en el medio marino¹¹⁶⁵. Una cuestión importante es si la condición jurídica de “buque” y de “equipo de investigación científica” se excluyen mutuamente, es decir, si un UMV que satisfice la definición de equipo de investigación no puede ser también un buque. A los efectos de la Parte XIII, que abarca la investigación científica marina, los términos “buque” y “equipo” se utilizan de manera contradictoria, lo que sugiere efectivamente, que ambos términos son excluyentes¹¹⁶⁶. No obstante, se afirma

o equipo de investigación científica” en los artículos 258, 259, 261, etc., véase PAPANICOLOPULU, I., *International Law and the of People at Sea*, op. cit., p. 144. Soons afirmó que “[i]nstallations are the larger types of the devices (not being ships) used for conducting scientific research; they include in any case all devices which are capable of being manned.” Por el contrario, “[t]he term ‘equipment’ would then cover all other (smaller) research devices which are used separately from ships, for example instrument packages.” SOONS, A. H. A., *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, The Hague, 1982, p. 235.

¹¹⁶⁴ HOFMANN, T. y PROELSS, A., “The Operation of Gliders Under the International Law of the Sea”, op. cit., p. 178 (citando a Soons, *ibid*). En el mismo sentido, véase también BORK, K., *Der Rechtsstatus von unbemannten ozeanographischen Messplattformen im internationalen Seerecht*, op. cit., pp. 66 y ss.

¹¹⁶⁵ Véase “Legal Aspects of Glider Operations in European Waters”, *Final Report Summary – GROOM (Gliders for Research, Ocean Observation and Management)*, 2013, p. 22 (citado por Veal, Tsimplis y Serdy, op. cit., p. 46). En el mismo sentido, Hofmann y Proelss señalan que: “Due to their relative small size and flexible deployment (as far as the time factor is concerned) as well as their deployment for the use of data collection, gliders can be considered as scientific research equipment (SRE).” HOFMANN, T. y PROELSS, A., op. cit., p. 178.

¹¹⁶⁶ Así lo afirman Veal, Tsimplis y Serdy trayendo a colación el artículo 248. b) y d) de la CNUDM. Veal, Tsimplis y Serdy, op. cit., pp. 32 y 46. Véase en el mismo sentido a PAPANICOLOPULU, I., *International Law and the of People at Sea*, op. cit., p. 144. Veal, Tsimplis y Serdy argumentan que tal conclusión facilita la realización de investigaciones

que los U MVs que son equipo de investigación científica en virtud de la Parte XIII también pueden ser “buques” por derecho propio cuando navegan de forma independiente¹¹⁶⁷, con las correspondientes repercusiones de inmunidad estatal. Otra posibilidad es que algunos de los U MVs en consideración no sean ni “buques”, ni “dispositivos”, ni “equipo”. Sin embargo, Barnes señala que parece poco probable, ya que tanto los términos “dispositivo” como “equipo” son de carácter residual¹¹⁶⁸.

La CNUDM establece normas sobre la inmunidad de los Estados para los buques, sin embargo, para las “instalaciones y dispositivos” de los artículos 194.3 c) y d); las “instalaciones, estructuras y dispositivos del artículo 209.2 y, las “instalaciones y equipos” de los artículos 258 a 262, no¹¹⁶⁹. J. Max Huber observó, con respecto a la propiedad estatal, que el derecho a ejercitar de forma exclusiva las actividades (propias) de un Estado como cuestión de soberanía territorial tiene “as corollary a duty:

marinas: “If everything launched from a ship is research equipment, then the process of permitting and supervising marine research is restricted to the “mother” ship. If everything launched is, by contrast, a ship in its own right, then numerous authorizations would be required.” *Ibid.*, p. 32.

¹¹⁶⁷ *Ibid.* En este sentido *recuérdese* a Lowe en “Ships”, *op. cit.* El autor señaló que para determinar qué normas se aplican a un objeto en el mar -ya sean las normas de los buques o las de las plataformas- es necesario considerar si el objeto, en un momento dado, navega o no.

¹¹⁶⁸ BARNES, Richard A., “Article 19”, en PROELSS, A., *The United Conventions on the Law of the Sea (...)*, *op. cit.*, p. 194.

¹¹⁶⁹ WEGELEIN, F. H. Th., *Marine Scientific Research: The Operation And Status of Research Vessels And Other Platforms in International Law*, *op. cit.*, p. 170. Todas estas disposiciones a las que Wegelein se refiere genéricamente como “installations” se completan, como ya tuvimos ocasión de enunciar, con los artículos 60 (islas artificiales, estructuras e instalaciones) y 147 (instalaciones) de la CNUDM. *Ibid.*, p. 135. Nordquist *et al.* señalan que el artículo 258 no se limita a repetir los artículos 60 y 147, sino que tiene un alcance más amplio, ya que abarca todas las disposiciones relativas a la investigación científica marina en la CNUDM. Sin embargo, concluyen que el artículo 258 establece un vínculo entre todos esos artículos. A tenor de los trabajos preparatorios del artículo 258, la frase “todo tipo de instalación o equipo de investigación científica” debe interpretarse en el sentido de que incluye las instalaciones móviles y fijas; la frase “cualquier área” denota todas las ubicaciones concebibles sobre y debajo de la superficie del agua. Véase NORDQUIST, Myron H., ROSENNE, S. y YANKOV, A. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. IV, *op. cit.*, pp. 614-615.

the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability”¹¹⁷⁰. La cuestión es, tal y como señala Wegelein, si las consideraciones de igualdad entre los Estados exigen que un Estado conceda alguna excepción especial a las medidas de sus autoridades ejecutivas que afecten a los bienes de los Estados extranjeros bajo su jurisdicción¹¹⁷¹. En cuanto a las instalaciones, la CNUDM parece tener en cuenta este hecho¹¹⁷² cuando estipula en el párrafo 1 del artículo 60 que el Estado ribereño tiene el derecho exclusivo de construir, así como el de autorizar y reglamentar la construcción, operación y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras. El derecho exclusivo de reglamentar la utilización, por inferencia, comprende el derecho a prohibir o suspender dicha utilización; pero, en palabras de Wegelein, “it does not necessarily include the detention in the course of judicial proceedings”¹¹⁷³. El autor concluye que las instalaciones de propiedad (y/o explotadas) de un Estado tendrían que ser tratadas de conformidad con la ley del foro sobre la propiedad de los Estados extranjeros¹¹⁷⁴. Hay que señalar que el párrafo 1 del artículo 9 del Proyecto de Convenio sobre los *ODAS*¹¹⁷⁵ exige que el Estado ribereño devuelva los *ODAS* al propietario o al explotador, previa solicitud, o les permita recuperarlos; y que el artículo 24 protege explícitamente al Estado propietario contra la incautación, el arresto o la detención de sus *ODAS*¹¹⁷⁶. Tal y como fue explicitado, el proyecto de Convenio contiene la asimilación a los buques de los *ODAS* registrados

¹¹⁷⁰ Véase su laudo arbitral en *Isla de Palmas Case* (Netherlands, USA), Permanent Court of Arbitration, 4 de abril de 1928, Nations Unies, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, p. 839.

¹¹⁷¹ WEGELEIN, F. H. Th., *op. cit.*, p. 170.

¹¹⁷² *Ibid.*

¹¹⁷³ *Ibid.*, p. 171.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*

¹¹⁷⁵ *Op. cit.*, nota 365.

¹¹⁷⁶ Véase BROWN, E.D. y GASKELL, N.J.J., “The Operation of Autonomous Underwater Vehicles”, *op. cit.*, pp. 37 y 41.

y la jurisdicción exclusiva del Estado de registro sobre ellos¹¹⁷⁷. Asimismo, señala Wegelein que, el Estado ribereño, al autorizar el emplazamiento de la instalación, “may require the emplacing State to forsake state immunity with respect to its installation”¹¹⁷⁸. Cuando la CNUDM confiere jurisdicción exclusiva al Estado ribereño, el propietario no puede pretender que las actividades relacionadas con la plataforma queden bajo la jurisdicción del Estado investigador. El propietario depende más bien de la protección de la propiedad extranjera bajo la jurisdicción del Estado ribereño pertinente. En cambio, en Alta Mar la propiedad de la instalación o el equipo parecería bastar para otorgar al “Estado del pabellón” del objeto jurisdicción. La jurisdicción del Estado del pabellón puede aplicarse cuando el Estado ribereño lo permita, cuando el Estado ribereño no ejerza sus derechos exclusivos, así como cuando el Estado ribereño no tenga jurisdicción; en este último caso, Wegelein hace referencia a exenciones *ratione materiae*, como el caso de las “military installations”, a las que parece que el *Tallinn Manual 2.0* les otorga inmunidad¹¹⁷⁹.

3. IMPLICACIONES EN EL DERECHO DE LA GUERRA MARÍTIMA

Según hemos estudiado, no existe una respuesta inmediata a la pregunta de si, aunque los UVMs sean buques, se calificarán como buques de guerra con el fin de disfrutar las inmunidades y los derechos de ejecución que se derivan de dicho estatuto. Tal y como describe Frau, el derecho internacional consuetudinario no prevé hasta la fecha

¹¹⁷⁷ Véase a Papanicolopulu (*International Law and the of People at Sea*, *op. cit.*, p. 144) refiriéndose al artículo 262 de la CNUDM.

¹¹⁷⁸ WEGELEIN, F. H. Th., *op. cit.*, p. 171.

¹¹⁷⁹ Cuando en el mencionado *Manual* los expertos en derecho internacional enunciaron que “Foreign State property entitled to immunity includes (...) installations”, parece que hacen referencia precisamente a las “military installations”. “Rule 12 – Immunity of States from the exercise of jurisdiction” (Commentary to Rule 12 ¶ 8), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, *op. cit.*, p. 73.

ninguna ampliación de la definición de “buque de guerra” para abarcar los UUVs navales¹¹⁸⁰. Con respecto a los denominados “Lethal Autonomous Maritime Systems” (LAMS), como tipo avanzado de sistemas marítimos no tripulados, Nasu y Letts señalan que el estatuto jurídico de estos en virtud del derecho internacional consuetudinario seguirá sin resolverse hasta que la práctica pertinente de los Estados se convierta en una posición amplia, generalizada y virtualmente uniforme para apoyar o negar su condición de buques de guerra. Argumentan que un tratado con suficiente participación de los Estados que defina el estatuto jurídico de los LAMS resolvería la cuestión. Sin embargo, indican que dada la escasez de tratados negociados con éxito que aborden la guerra marítima desde las Convenciones de La Haya de 1907, parece poco probable que se llegue a un resultado tan decisivo¹¹⁸¹. Puede ser que se considere que los buques de guerra se encuentran bajo el mando de un oficial y tripulados hasta un cierto nivel de autonomía, más allá de la cual necesitarán un nuevo estatuto. Como no podría ser de otro modo, las armadas tratarán de clasificar sus UUVs como buques de guerra “over and above auxiliaries, military devices or other categories where possible, in order to achieve parity of use with equivalent manned warships”¹¹⁸². Por el contrario, tal y como subraya

¹¹⁸⁰ FRAU, R., *op. cit.*, p. 79.

¹¹⁸¹ Véase NASU, H. y LETTS, D., “The Legal Characterization of Lethal Autonomous Maritime Systems: Warship, Torpedo, or Naval Mine?”, *op. cit.*, pp. 85-86.

¹¹⁸² CHADWICK, K., *op. cit.*, p. 146. Buen ejemplo de esto lo constituyen, el *Seahunter*, “the world’s largest unscrewed ship ... The [Seahunter’s] stated purpose is to locate, track enemy and engage submarines, primarily using a high frequency fixed sonar array (...)” (TURNER, J., “Sea Hunter: Inside the US Navy’s Autonomous Submarine Tracking Vessel” (Naval Technology, 3 May 2018),

<https://www.naval-technology.com/features/sea-hunter-inside-us-navys-autonomous-submarine-tracking-vessel/>

(consultada por última vez el 16 de julio de 2020, citado por Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin en “Maritime autonomous vehicles: new frontiers in the law of the sea”, *op. cit.*, p. 723), y la compra de dos “large unmanned surface vessels”, aprobada por el Congreso de Estados Unidos a principios de 2020, como paso para desarrollar “an external missile magazine that can autonomously find its way to the fleet, expend missiles and work its way back to reload”. Véase

Chadwick, es probable que los Estados que no puedan desarrollar UMMVs militares se opongan a su definición como buques de guerra con el fin de reducir la ventaja táctica y tecnológica que permitirá a otros Estados contar con armadas más avanzadas. Este debate no es en absoluto baladí, pues tiene implicaciones reales para el futuro de los conflictos y para la forma en que los Estados ribereños podrían ejercer su jurisdicción sobre el UMMV naval¹¹⁸³. Así, por ejemplo, para el cumplimiento del paso inocente la comunicación es particularmente relevante; de tal modo que, si los Estados ribereños se oponen¹¹⁸⁴ a las actividades emprendidas por un UMMV al que califican como buque de guerra, “podrá(n) exigirle que salga inmediatamente del mar territorial”¹¹⁸⁵, exigencia que normalmente se comunica por radio o mediante la visita de un buque gubernamental. El requisito de abandonar el Mar Territorial también se comunicaría por vía diplomática al Estado del pabellón del buque de guerra. Si bien los UMMVs más grandes deben ser localizables por radio, puede que no sea así en el caso de los UMMVs más pequeños. En la situación en que no se pueda establecer la comunicación por radio, se elimina la posibilidad de comunicarse directamente con la tripulación o el oficial al mando en persona, lo que obliga a la comunicación a través de canales diplomáticos, mucho más formales y requirentes de tiempo, a menos que pueda establecerse el contacto con la estación costera del UMMV¹¹⁸⁶. Chadwick advierte que en el caso de los UMMVs más pequeños, “there may be a temptation on the part of coastal States to seize the vessel, or physically pick up or tow

LARTER, David B., “5 Things You Should Know about the US Navy’s Plans for Autonomous Missile Boats” (Defence News, 14 January 2020),

<https://www.defensenews.com/digital-show-dailies/surface-navy-association/2020/01/13/heres-5-things-you-should-know-about-the-us-navys-plans-for-big-autonomous-missile-boats/>

(consultada por última vez el 16 de julio de 2020, citado por Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin, *ibid*, p. 719).

¹¹⁸³ CHADWICK, K., *ibid*.

¹¹⁸⁴ Supuesto planteado por Chadwick, *ibid*., p. 148.

¹¹⁸⁵ Artículo 30 CNUDM, *op. cit*.

¹¹⁸⁶ CHADWICK, K., *op. cit*., pp. 148-149.

the UMS (unmanned maritime system) out of territorial waters if communications cannot be established”. Sin embargo, subraya que este proceder “could be a violation of that warship’s immunity, depending upon the circumstances, i.e. if the coastal State was not acting in self-defence”¹¹⁸⁷. Otro ejemplo se situaría en el contexto de las denominadas Freedom of Navigation (FoN) operations llevadas a cabo por varios Estados con objeto de, por lo general, hacer frente a reclamaciones marítimas excesivas¹¹⁸⁸. Tal y como señala Chadwick, estas operaciones pueden ser polémicas y han dado lugar a enfrentamientos entre buques de guerra y a importantes desacuerdos diplomáticos. Podría acontecer que los Estados que emprendieran futuras operaciones de FoN encontraran en los UMVs “a preferred way to conduct these operations without risking the safety of a crew or putting a more expensive platform closer to the threat”. Ahora bien, el Estado ribereño en cuestión podría ver el uso del UMV “as more provocative than the use of a manned platform, depending on their perception of maritime ‘robots’”¹¹⁸⁹. En este sentido, y respecto a la posible inmunidad estatal, señala la autora que “[t]here is arguably less at stake by interfering with the UMS’s State immunity, especially if the platform is smaller and perceived as more disposable”. No obstante, tal y como precisa, el hecho de que los UMVs estén armados también influirá en cómo se percibe y responde a la operación¹¹⁹⁰.

Dejando de lado el contexto de tiempo de paz, la inmunidad soberana de los UMVs es menos relevante durante los conflictos armados internacionales. Los principios de inmunidad expuestos anteriormente no

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 149. Nótese que utilizamos los términos Unmanned Maritime System (UMS) y Unmanned Maritime Vehicle (UMV) como sinónimos.

¹¹⁸⁸ Véase al respecto (a la tantas veces citada) CHADWICK, (*ibid.*, *op. cit.*, p. 154), experta en las futuras implicaciones navales de los Unmanned Maritime Systems (UMS). Sobre reclamaciones marítimas excesivas véase ROACH, J. Ashley, SMITH, R. W., *Excessive Maritime Claims: Third Edition*, *op. cit.*

¹¹⁸⁹ CHADWICK, *op. cit.*, p. 154. Además, “the lack of humans who could be killed/injured, may invite the offended State to react more aggressively than if the platform were manned.” *Ibid.*

¹¹⁹⁰ *Ibid.*

se aplican entre beligerantes opuestos porque los UUVs pueden calificarse como objetivos militares independientemente de si gozan de inmunidad soberana, y por tanto pueden ser atacados o incautados como botín de guerra¹¹⁹¹. En la medida en que un UUV pueda considerarse un buque, aunque no cumpla con los requisitos para ser considerado buque de guerra, también podrá ser atacado si constituye una “nave auxiliar enemiga”¹¹⁹². En este sentido, Dinstein y Dahl añaden que la regla básica de inmunidad (“If owned or operated by a State and used only on Government non-commercial service, all UUVs enjoy sovereign immunity”) “is without prejudice to their status under law of armed conflict”¹¹⁹³. En el contexto del derecho de la guerra marítima, Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin, también refieren la posibilidad de que los UUVs que no puedan constituir un “buque” con todos los derechos (ya sea de guerra o auxiliar), sean concebidos como un “sistema” para que se le atribuya la inmunidad soberana de la plataforma matriz. Estos autores advierten que la cuestión de si un UUV es un buque o simplemente un sistema es importante porque “the ‘thing’ that enjoys the rights and obligations of a vessel under the law of naval warfare, such as ‘mere passage’ through neutral territorial seas, is an independent vessel”¹¹⁹⁴. Sin embargo, advierten los desafíos que esta opción conlleva: ¿puede funcionar la cobertura de la inmunidad soberana de un buque matriz cuando ese buque se encuentra a cientos de millas de distancia?¹¹⁹⁵ Asimismo, con carácter más tangencial, estos autores se refieren al estatuto de cualquier operador no militar de un UUV. En virtud del derecho de la guerra marítima, las tripulaciones civiles de los buques mercantes y auxiliares enemigos deben ser

¹¹⁹¹ SCHMITT, Michael N. y GODDARD, David S., “International Law and the Military Use of Unmanned Maritime Systems”, *op. cit.*, p. 580.

¹¹⁹² Véase *San Remo Manual*, *op. cit.*, párrafos 65 y 66, aunque se señalan algunas exenciones). Véase también *San Remo Manual*, *op. cit.*, párrafos 135-138.

¹¹⁹³ Véase DINSTEIN, Y. y DAHL, AW., “Rule 47”, *op. cit.*

¹¹⁹⁴ Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin en “Maritime autonomous vehicles: new frontiers in the law of the sea”, *op. cit.*, p. 725.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

convertidas en prisioneros de guerra en el momento de su captura,¹¹⁹⁶ y, por consiguiente, gozan de cierto grado de inmunidad de los combatientes frente al enjuiciamiento por determinados actos conformes al derecho de los conflictos armados, incluso cuando su buque se ha resistido o ha atacado defensivamente a buques de guerra enemigos¹¹⁹⁷. Sin embargo, una conducta similar de los civiles en tierra, utilizando la fuerza para resistir a las fuerzas militares del enemigo en la ejecución de las hostilidades, constituiría una participación directa en las hostilidades¹¹⁹⁸. Los civiles que participan directamente en las hostilidades, si son capturados, no gozan de inmunidad de combatiente¹¹⁹⁹ (y, por tanto, pueden ser procesados en virtud de la legislación nacional como meros delincuentes), y no tienen derecho a recibir tratamiento de prisioneros de guerra. En este hilo argumental, Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin se preguntan por el régimen aplicable a los operadores civiles capturados en tierra de un UMV auxiliar enemigo¹²⁰⁰. Recientemente, se ha iniciado un proyecto para revisar el *Manual de San Remo* que está tratando de resolver algunas de estas cuestiones¹²⁰¹. El grupo de expertos participantes ha indicado que examinará las cuestiones intersectoriales de los sistemas autónomos marítimos y la legislación sobre la guerra marítima. Entre esas cuestiones destaca si se debe

¹¹⁹⁶ Véase, por ejemplo, el art. 4(A)(5) del Convenio de Ginebra (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949, 75 UNTS 135.

¹¹⁹⁷ Véase Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin en "Maritime autonomous vehicles: new frontiers in the law of the sea" (*op. cit.*, p. 726) citando a J Brown Scott, "The execution of Captain Fryatt", *AJIL*, vol. 10, 1916, p. 865 y a H Bellot, "The Right of a Belligerent Merchantman to Attack", *Transactions of the Grotius Society*, vol. 7, 1921, p. 43.

¹¹⁹⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 3 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949, 75 UNTS 287; así como el artículo 51.3 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977, 1125 UNTS 3.

¹¹⁹⁹ Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin, "Maritime autonomous vehicles: new frontiers in the law of the sea", *op. cit.*, p. 726.

¹²⁰⁰ *Ibid.*

¹²⁰¹ En el momento de redacción estas líneas, esta revisión acaba de comenzar. Así dan fe Klein, Guilfoyle, Karim y McLaughlin, *ibid.*

distinguir, así como la forma de hacerlo, entre los UUVs como sistemas/armas, y como buques, así como las consecuencias para la inmunidad soberana que tendría esta última calificación¹²⁰². Señala Daum que uno de los principales desafíos relacionados con la operación de “unmanned naval craft” sigue siendo la responsabilidad personal: “If a mother shipbased pilot controls a semi-autonomous naval drone and the naval drone hits a refugee boat instead of an adverse warship, the question arises as to whether the operating entity or the commander of the mother ship or the actual pilot is responsible for the attack”¹²⁰³. Autores como McLaughlin proponen, en términos de responsabilidad penal internacional, que tal vez ningún ser humano es responsable por el hecho internacionalmente ilícito¹²⁰⁴. No obstante, tal y como subraya Daum, “it is necessary to ensure that naval drones are operated under the jurisdiction and control of a State with the result that the employment of public naval drones may be attributable to an international legal personality in case of the occurrence of an internationally wrongful act”¹²⁰⁵.

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ DAUM, O., *op. cit.*, p. 102.

¹²⁰⁴ McLAUGHLIN, R., “Unmanned Naval Vehicles at Sea: USVs, UUVs and the Adequacy of the Law”, *op. cit.*, p. 106.

¹²⁰⁵ DAUM, O., *op. cit.*, pp. 102-103. Sobre los desafíos de la responsabilidad véase von Bothmer, F., *Missing Man: Contextualising Legal Reviews for Autonomous Weapon Systems*, Dissertation no. 4804, University of St. Gallen, 2018, pp. 57 a 76.

CAPÍTULO CUARTO

EQUIDAD E INMUNIDAD DE LOS PECIOS MARINOS

I. REFERENCIA A LA INMUNIDAD CONCEDIDA AL PATRIMONIO CULTURAL EN GENERAL

En virtud del artículo 1 (1)(a) de la Convención de la UNESCO de 2001¹²⁰⁶: “Por «patrimonio cultural subacuático» se entiende todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años”. Cabe señalar al respecto que las *Directrices operativas para la Convención* sugieren que cada Estado parte puede optar por aplicar las disposiciones a los objetos y sitios de menos de 100 años¹²⁰⁷. Tal y como señala Roberts, la inclusión de un plazo es importante dado que el derecho de salvamento opera en muchas jurisdicciones, y se requiere una clara división para determinar cuándo dejaría de aplicarse el salvamento y cuándo comenzarían a aplicarse las disposiciones de la Convención de la UNESCO, en particular porque la Convención hace que las normas sobre salvamento y hallazgos sean inaplicables en la mayoría de las circunstancias (artículos 2(7) y 4 de la Convención de la UNESCO de 2001, así como la Norma 2 del Anexo de la misma Convención)¹²⁰⁸. Por otra parte, contempla Roberts el argumento según el cual cualquier rastro de existencia humana de más de 100 años de antigüedad podría clasificarse como de “carácter cultural, histórico o arqueológico”, pues, el término “carácter”, advierte, no significa necesariamente que el objeto tenga importancia o valor¹²⁰⁹. Garabello pone de manifiesto que la cuestión de un criterio de

¹²⁰⁶ *Op. cit.*

¹²⁰⁷ Véase *Directrices operativas para la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático*, CLT/HER/CHP/OG 1/REV (Agosto 2015), p. 4.

¹²⁰⁸ ROBERTS, H., “The British ratification of the Underwater Heritage Convention: Problems and Prospects”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67, n.º. 4, 2018, p. 839. En *King & Chapman v ‘La Laviá’, ‘Juliana’ y ‘Santa María de la Vision’*, el Juez Barr declaró que “when so much time has elapsed since the original loss of a vessel ... then the wreck should be regarded as having passed from the commercial realm of maritime salvage into the domain of archaeological law”. [1986] No 11076, 11077, 11078 P (Transcript) (Ir H Ct 1994), citado por Roberts, *ibid.*, p. 840.

¹²⁰⁹ *Ibid.*

importancia dentro de la definición de «patrimonio cultural subacuático» resultó ser un asunto polémico durante las negociaciones, no obstante, la mayoría de los Estados aceptaron en general que el “carácter” limitaba suficientemente el alcance de la Convención¹²¹⁰. Sin embargo, destacó la posición del Reino Unido, al considerar que se trataba de una definición extremadamente amplia del «patrimonio cultural subacuático»: *the text obliges signatory States to extend the same very high standards of protection to all underwater archaeology over 100 years old. It is estimated there are probably about 10,000 wreck sites on the seabed under the [UK]’s territorial sea and it would neither be possible nor desirable to extend legal protection to all of them. (...)*¹²¹¹. Hay que señalar que en el siglo pasado, la exploración del «patrimonio cultural subacuático» se centró principalmente en el Mar Mediterráneo (en torno al cual florecieron muchas civilizaciones antiguas, como la griega y la romana) y en los océanos y mares que rodean a América Latina. Tal y como ponen de relieve S Montón-Subías y A Hernando, el énfasis en el Mar Mediterráneo podría explicarse como una expresión particular de un enfoque eurocéntrico y occidental de la historia y la arqueología¹²¹². Por otro lado, las actividades relacionadas con el patrimonio cultural subacuático frente a las costas de las Américas estaban motivadas por el beneficio financiero (al menos en lo que respecta a las empresas privadas de exploración)¹²¹³. En este sentido, Risvas critica que el “African UCH (Underwater Cultural

¹²¹⁰ Véase GARABELLO, R., “The Negotiating History of the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage” en R Garabello y T Scovazzi (eds), *The Protection of the Underwater Cultural Heritage before and after the 2001 UNESCO Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden; Boston, 2003, pp. 106-109.

¹²¹¹ UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage: ‘UK Explanation of Vote’ UK Foreign & Commonwealth Office, 2001, citado por Roberts, *ibid.*, p. 840. Para el desarrollo de esta posición véase al mismo autor, pp. 840-845.

¹²¹² Véase MONTÓN-SUBÍAS, S. y HERNANDO, A., “Modern colonialism, eurocentrism and historical archaeology: Some engendered thoughts”, *European Journal of Archaeology*, vol. 21, nº. 3, 2018, pp. 455-471.

¹²¹³ Véase al respecto NAFZIGER, James A. R., “The evolving role of admiralty courts in litigation related to historic wrecks”, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, nº. 1, 2003, pp. 251-270; VADI, VS., “Investing in culture: Underwater cultural heritage and international investment law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, nº. 3, 2009, pp. 853-904.

Heritage) remained largely off the radar of archaeologists and lawyers alike. This was despite the existence of a number of important UCH sites reflecting Africa's central place in world history, particularly in modern times"¹²¹⁴. Un ejemplo notable de «patrimonio cultural subacuático» en África oriental es el pecio de *Santo António de Tana*, una de las dos fragatas portuguesas hundidas en 1697 frente al Fuerte São Jesús en Mombasa, en la actual Kenia. En Marruecos, entre los sitios notables se encuentra el pecio del *HMS Courageous* frente al Estrecho de Gibraltar (el primer buque de guerra británico en ser hundido durante la Segunda Guerra Mundial), un pecio del siglo I y otros objetos antiguos, históricos y modernos en el Cabo Espartel¹²¹⁵.

Los objetos que constituyen patrimonio cultural subacuático podrían estar cubiertos por la inmunidad de los buques de guerra reconocida por el derecho internacional¹²¹⁶. Por otro lado, siguiendo a Pavoni y Gattini, Risvas señala la posibilidad de que al menos algunos elementos específicos de los sitios del patrimonio cultural subacuático (si no los sitios propiamente dichos) puedan estar cubiertos por la inmunidad concedida en virtud del derecho internacional y nacional al patrimonio cultural en general¹²¹⁷. Cabe advertir, señala Ruiz Manteca, que “los pecios

¹²¹⁴ RISVAS, M., “Underwater Cultural Heritage in Africa and Questions of Immunity, State Ownership and Succession: What Role for Equity?”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 35, n.º. 2, p. 268.

¹²¹⁵ Risvas, *ibid.* Véase también, por ejemplo, DUARTE, R. T., “Maritime history in Mozambique and East Africa: The urgent need for the proper study and preservation of endangered underwater cultural heritage”, *Journal of Maritime Archaeology*, vol. 7, n.º. 1, 2012, pp. 63-86.

¹²¹⁶ RISVAS, M., “Underwater Cultural Heritage in Africa and Questions of Immunity, State Ownership and Succession: What Role for Equity?”, *op. cit.*, p. 287.

¹²¹⁷ *Ibid.* Véase también PAVONI, R., “Sovereign immunity and the enforcement of international cultural property law” en FRANCIONI, F. y GORDLEY, J. (eds.), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 79-109; GATTINI, A., “The international customary law nature of immunity from measures of constraint for state cultural property on loan” en BUFFARD, I., CRAWFORD, J., PELLET, A. y WITTICH, S. (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, pp. 421-439; Nout van Woudenberg, “Developments Concerning Immunity from Seizure for Cultural State Property on Loan” en CARSTENS, Anne-Marie y

constituyen la mayor y más importante porción de objetos históricos y arqueológicos existentes bajo las aguas y que la protección que de los mismos se persigue en los artículos 149 y 303. 1 de la CNUDM, así como en la Convención de París de 2001, tiene su razón de ser precisamente en el beneficio que reportan para toda la humanidad, constituyendo un patrimonio común, si bien formado por la suma de los distintos patrimonios culturales nacionales”¹²¹⁸. Como ya precisamos, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ) contiene una disposición que enumera las categorías de bienes del Estado que no se considerarán como bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial. En consecuencia, este tipo de bienes están protegidos por la inmunidad de ejecución, a menos que el Estado al que pertenecen (a) haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas o (b) haya asignado o destinado los bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso, conforme a lo previsto en el artículo 18 y los apartados a) y b) del artículo 19 de la CNUIJ¹²¹⁹. Durante el largo y arduo proceso de

VARNER, E. (eds.), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 343-363.

¹²¹⁸ RUIZ MANTECA, R., *Los retos de la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático. Logros e insuficiencias*, Editum, Universidad de Murcia, 2017, p. 249.

¹²¹⁹ Dispone el artículo 21 de la CNUIJ que «1. No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial conforme a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 19:

a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;

b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares;

c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado;

elaboración de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ), la inmunidad de ejecución fue finalmente contemplada y regulada, como la última trinchera en la que la inmunidad se ha refugiado. Si bien en el proyecto de artículos de 1991 se encontraba integrada la inmunidad de ejecución y se establecían tres excepciones en las que los bienes de un Estado podían ser objeto de medidas coercitivas¹²²⁰, los pareceres enfrentados en los últimos años de la década de los 90 hicieron que la CDI llegara a pensar en no incluir el régimen de la inmunidad de ejecución en la Convención. Finalmente, se incluyó en la Parte IV (artículos 18 a 21), bajo la rúbrica «Inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso ante un tribunal»¹²²¹. Se diferencia en la CNUIJ las medidas coercitivas anteriores al fallo, esto es, las de tipo cautelar, de aquellas que se adoptan con posterioridad al mismo y atienden pues a la ejecución de la sentencia. En esencia, el régimen establecido en la Convención consiste en que la regla de base es la prohibición de cualquier medida coercitiva contra los bienes de un Estado extranjero, tanto anterior al fallo¹²²² como posterior a éste¹²²³.

d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta;

e) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el artículo 18 y los apartados a) y b) del artículo 19. »

¹²²⁰ Véase el comentario al artículo 18 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, pp. 56-58.

¹²²¹ Véase al respecto, CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., “La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, julio 2006, pp. 711-736; FERRER LLORET, J., “La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *op. cit.*, pp. 3-61; HAFNER, G. y L. LANGE, L., “La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens”, en *Annuaire Français de Droit International*, vol. L, 2004, pp. 46-50.

¹²²² Véase el artículo 18 de la CNUIJ, *op. cit.*

¹²²³ Véase el artículo 19 de la CNUIJ, *op. cit.*

Aunque en uno y otro caso se establecen ciertas excepciones¹²²⁴. Una de esas categorías, enunciada en el artículo 21.1 d), se refiere a “los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta”¹²²⁵. Entre esos bienes culturales se encuentran los objetos arqueológicos, históricos y culturales sumergidos, a los que se atribuye, por tanto, esa inmunidad¹²²⁶. Tal y como señala López Martín, “la protección que el Derecho internacional otorga a los bienes de Estado es la *inmunidad de ejecución*, en el sentido de su inembargabilidad, y no la de jurisdicción”¹²²⁷. Conviene tener presente que el artículo 21.1 d) de la CNUIJ solo puede aplicarse si el artículo 19 c) se aplica a los bienes y que este último solo procede en relación con los bienes de un Estado

¹²²⁴ Para un comentario pormenorizado sobre sendos artículos, así como su comparativa con la Ley española de inmunidades (LO 16/2015), véase Díez-Hochleitner, J., “La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero en la Convención de 2004 y en la Ley Orgánica 16/2015”, *op. cit.*, pp. 79-117.

¹²²⁵ Señala Pavoni que existe cierto grado de superposición entre la citada cláusula del artículo 21.1 d) y la cláusula del siguiente apartado (e), de la dicción literal siguiente: “los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta”. No obstante, advierte que “the important point is that the inclusion of cultural heritage property in this provision aims at foreclosing *any presumption or implication of consent to measures of constraint* against it, as well as *any interpretation* to the effect that it is commercial property, with a significant limitation: cultural property must not be (or be intended to be) on sale at the time it is threatened by enforcement measures.” PAVONI, R., “Sovereign immunity and the enforcement of international cultural property law”, *op. cit.*, pp. 96-97. La cursiva corresponde al párrafo (1) del comentario al artículo 19 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, p. 58.

¹²²⁶ RUIZ MANTECA, R., *Los retos de la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático. Logros e insuficiencias*, *op. cit.*, p. 251.

¹²²⁷ LÓPEZ MARTÍN, A. G., “Auto 00153/2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Palma de Mallorca, de 2 de septiembre. La expropiación de la propiedad privada en Cuba, acto *iure imperii* amparado en la inmunidad de jurisdicción del Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 72, nº. 1, 2020, p. 236. En este sentido, precisa la autora que “[a]mbas inmunidades exigen una consideración separada, en cuanto una y otra son enteramente diferenciables. Pues, la inmunidad de ejecución no se plantea hasta después de haberse decidido la inmunidad de jurisdicción en sentido negativo y hasta que no existe un fallo a favor del demandante y, además, referida a bienes sitos en el Estado del foro”. *Ibid.*, pp. 236-237.

extranjero presentes en el territorio del Estado del foro¹²²⁸. En consecuencia, señalan Brown y O’Keefe que “is likely to have greater practical import in relation to movable cultural property, insofar as this may not already be covered by Article 21(1)(e) (...)”¹²²⁹. Advierten además que “[i]t can only be presumed that whether or not property forms part of the cultural heritage of a State or part of a State’s archives is to be determined by reference to the relevant legislation of that State. In the case of a State’s national cultural heritage, such legislation usually makes use of a system of ‘listed’ or ‘scheduled’ items, although whether an item’s non-inclusion in such a list is to be treated as conclusive of the property’s lack of requisite status will be an evidentiary question for the court”.¹²³⁰ En palabras de Mateus-Rugeles y Rodríguez Valenzuela, si en un tribunal extranjero se pretenden imponer medidas coercitivas sobre bienes que constituyen patrimonio cultural subacuático de otro Estado, este último podrá solicitar la inmunidad de ejecución frente a dichas medidas, teniendo que probar “solamente que los bienes constituyen patrimonio cultural de su propiedad¹²³¹, sin tener que

¹²²⁸ Dispone el artículo 19 c) de la CNUIJ que «No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas posteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes:

(...)

c) cuando se ha determinado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso.»

¹²²⁹ BROWN, C. y O’KEEFE, R., “Article 21. Specific categories of property”, *op. cit.*, pp. 344-345. Así pues, señalan que “only rarely will immovable cultural property, such as historic buildings, be encompassed by Article 21(1)(d), and even then many such buildings are already likely to be immune per se from execution either by virtue of the interaction of Article 3 of the Convention and the rules of diplomatic or cognate international law or by virtue of Article 21(1)(a).” *Ibid.*, p. 344.

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ El comentario de la CDI sugiere que el artículo 21(1)(d) se aplica únicamente en la medida en que el bien en cuestión pertenezca al Estado: *La finalidad del apartado d del párrafo 1 es proteger únicamente los bienes que se considera que forman parte del patrimonio cultural o de*

entrar a argumentar respecto del tipo de acto (soberano o no soberano) que se realiza sobre esos bienes”, pues “tratándose de patrimonio cultural en general (donde se incluye el patrimonio cultural subacuático), no se entraría a estudiar la actividad o el tipo de acto que realiza el Estado, sino a verificar el tipo de bien”, pudiendo afirmar que el artículo 21 de

*los archivos del Estado y que son propiedad del Estado. Véase al párrafo (6) del comentario al artículo 19 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, op. cit., p. 59. No obstante, señalan Brown y O’Keefe que “such a restrictive application would run counter to the meaning of the term ‘property of a State’ as used elsewhere in Part IV of the Convention, which, in addition to comprehending property owned by a State, extends to property merely possessed or controlled by it.” BROWN, C. y O’KEEFE, R., *ibid.* Ahora bien, aclaran que la distinción puede ser muy significativa “given the common practice whereby many of the items in a State’s national museums and galleries are technically not owned by the State but merely held by it on ‘permanent loan’ or the like from their private owners.” *Ibid.* Por su parte, la LO 16/2015 integra la referencia a la “posesión o control” en su artículo 20, referido a los “Bienes del Estado dedicados a fines públicos no comerciales”: 1. De los bienes propiedad del Estado extranjero o de los que este ostente su posesión o control, se consideran en todo caso específicamente utilizados o destinados a ser utilizados para fines públicos no comerciales los siguientes: (...), *op. cit.**

A sensu contrario, señala Ruiz Manteca que la inmunidad de ejecución “[n]o es extensible a todo el patrimonio cultural nacional, sino sólo al que sea de titularidad pública. Cuando la Convención (refiriéndose a la CNUIJ) utiliza la expresión patrimonio cultural del Estado, se está refiriendo exclusivamente a los objetos que, siendo propiedad del Estado, como ocurre con los restos de los buques de Estado hundidos, forman parte del patrimonio cultural nacional. Los bienes culturales que son de propiedad privada entiendo que no gozan de tal inmunidad, sencillamente porque exceden del ámbito de aplicación de la Convención”. Al mismo tiempo, advierte que: “[e]s posible que esta posición que mantengo pueda ser contestada por quienes consideren que la expresión *patrimonio cultural del Estado* que utiliza la Convención de 2004 debe tener el mismo alcance que la expresión *patrimonio cultural nacional*, y que el artículo 21.1 apartado d, debe englobar tanto a los bienes culturales de propiedad pública, como a los de propiedad privada. Desde luego el Estado sujeta a todos los bienes culturales, públicos y privados, a un estatuto que garantice que sean disfrutados por todos. Pero creo que ello no es suficiente para que otro Estado reconozca inmunidad (de ejecución, además) a tales bienes culturales, si son de titularidad privada. Por otro lado, no encuentro motivos para que la expresión *patrimonio cultural del Estado* tenga que ser interpretada de manera extensiva, comprensiva de todo el patrimonio cultural nacional, sea de propiedad pública o privada.” En este sentido, se refiere al párrafo (6) del comentario al artículo 19 del “Report of the International Law Commission Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States (...)”, arriba citado, donde la CDI aboga por la titularidad estatal de los bienes integrantes del patrimonio cultural. RUIZ MANTECA, R., *Los retos de la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático. Logros e insuficiencias*, *op. cit.*, p. 252.

la CNUIJ “termina adicionando *la naturaleza del bien* como otro criterio determinante de la procedencia de la inmunidad de ejecución”¹²³². Las autoras traen a colación el caso *Diag Human S.E. contra República Checa*¹²³³, en el cual, especifican, “se aplicó el criterio del patrimonio cultural para conceder la inmunidad de ejecución”¹²³⁴. En virtud de este caso, en mayo de 2011 un Tribunal de Distrito de Viena, a petición de Diag Human,¹²³⁵ ordenó la incautación de tres objetos culturales de propiedad de la República Checa prestados para una exposición en la Galería Belvedere de Viena¹²³⁶. No obstante, el Tribunal de Distrito de Viena ordenó que se levantara el embargo sobre la base de las normas de derecho internacional generalmente reconocidas¹²³⁷. Aunque la CNUIJ no ha entrado en vigor, el tribunal estimó que el contenido de la Convención proporcionaba suficientes indicios de la práctica de los Estados para suponer que existía una norma de derecho internacional consuetudinario que otorgaba inmunidad a los bienes culturales del Estado en préstamo, como se establece en el artículo 21.1 (e) de dicha Convención. Parafraseando el proyecto de ley del gobierno austriaco para la ratificación de la CNUIJ, el tribunal sostuvo que la protección de los bienes de interés científico, cultural o histórico corresponde a la protección de la autoconcepción y la autoexpresión de un Estado¹²³⁸. Para apoyar su argumento, el tribunal se refirió a la intervención del Gobierno suizo

¹²³² MATEUS-RUGELES, A., RODRÍGUEZ VALENZUELA, I., “Pecios españoles en aguas colombianas: conjugación entre el patrimonio cultural subacuático y la inmunidad jurisdiccional de los Estados”, *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 29, nº. 2, 2016, pp. 267-268.

¹²³³ *Diag Human v Czech Republic*, Case No. 72 E 1855/11 z-20 (District Court of Vienna, 21 June 2011) (summarizing court order of attachment dated 16 May 2011).

¹²³⁴ MATEUS-RUGELES, A., RODRÍGUEZ VALENZUELA, I., *op. cit.*, p. 268.

¹²³⁵ Empresa constituida en Liechtenstein que comercia con plasma sanguíneo.

¹²³⁶ Véase *Diag Human v Czech Republic*, *op. cit.*

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ Véase también este veredicto en la base de datos del Comité del Consejo de Europa de Asesores Jurídicos de los Estados en materia de Derecho Internacional (CAHDI) “The Immunities of States and International Organisations”—Contribution of Austria— Jurisprudence of 25/10/2011 <http://www.cahdidatabases.coe.int/contribution/details/76> (última consulta el 20 de octubre de 2020).

contra un embargo de pinturas rusas prestadas en Suiza sobre la base de un laudo contra la Federación de Rusia¹²³⁹. Por estas razones, concluyó que la República Checa gozaba de inmunidad para sus tres obras de arte. Aunque el caso hace referencia a los bienes culturales que forman parte de una exposición (art. 21. 1 (e) de la CNUIJ) y no, exactamente, a los bienes que forman parte del patrimonio cultural del Estado, ya en 1986 la CDI declaró que: “The purpose of paragraph 1(d) is to protect only property characterized as forming part of the cultural heritage or archives of the State which is owned by the State. Such property benefits from protection under the present articles when it is in the territory of another State and is not placed or intended to be placed on sale. Paragraph 1(e) extends such protection to property forming part of an exhibition of objects of scientific or historic interest belonging to the State and in the territory of another State”¹²⁴⁰. En el caso *Noga*, citado por el

¹²³⁹ El tribunal hizo referencia así al caso *Office des poursuites et faillites du district de Martigny v Compagnie Noga d'importation et d'exportation SA*, No 5A334/2007/frs, Tribunal Federal Suizo, 29 de enero de 2008. Para un análisis del caso véase VAN WOUDEBERG, N., *State immunity and cultural objects on loan*, Brill, Leiden, 2012, pp. 310-315; PAVONI, R., “Sovereign immunity and the enforcement of international cultural property law”, *op. cit.*, pp. 98-99. Además, el tribunal se refirió a la literatura existente en este campo, en concreto a un artículo de Matthias Weller. Véase también ODENDAHL, K., “Die völkerrechtliche Vollstreckungsmunität von Kulturgütern” [La inmunidad de medidas coercitivas para los objetos culturales en virtud del derecho internacional], *Presentation Art and Law Seminar*, Faculty of Law, University of Basel, Suiza, 17 de junio de 2011 (citado por Van Woudenberg, *ibid.*, p. 305).

En cuanto a la legislación austriaca, la *Federal Act on the Temporary Immunity of Cultural Property Loans for the Purpose of Public Exhibition*, el tribunal preguntó en primer lugar si la República Checa había solicitado y recibido un consentimiento jurídicamente vinculante de inmunidad para sus tres obras de arte, que puede ser otorgado por el ministro federal competente de conformidad con la mencionada ley. Como la República Checa no había solicitado este consentimiento, señala el tribunal que la *Federal Act on the Temporary Immunity (...)* no era aplicable y toda la inmunidad debía basarse en las normas generales del derecho internacional. El tribunal también declaró que esta ley no excluye la posibilidad de un principio más amplio de derecho internacional consuetudinario.

¹²⁴⁰ “Report of the International Law Commission to the General Assembly on the work of its thirty-eighth session”, UN Doc. A/41/10, *Yearbook of the International Law Commission*, 1986, Vol. II, Part Two, p. 20, paras. 5-6. Gerhard Hafner, al ser entrevistado por Van Woudenberg en octubre de 2010, señaló al respecto que “such protection” no se refiere a la “protection of State owned property”, sino a la “protection against measures of constraint.” VAN WOUDEBERG, N., *State immunity and cultural objects on loan*, *op. cit.*, p. 85.

Tribunal de Distrito de Viena en su decisión de levantamiento de embargo, la decisión inapelable del *Conseil fédéral* suizo, ordenando la liberación inmediata de las pinturas, se basó en la disposición de la Constitución suiza que faculta al Ejecutivo para adoptar medidas de salvaguardia del interés nacional, y fue motivada de la siguiente manera: “Conformément au droit international public, les biens culturels d’un Etat font partie du patrimoine public, qui est par principe insaisissable”¹²⁴¹. No obstante, volviendo al caso *Diag Human*, hay que añadir que las obras de arte no podían devolverse inmediatamente a la

¹²⁴¹ PAVONI, R., “Sovereign immunity and the enforcement of international cultural property law”, *op. cit.*, p. 99. La decisión del *Conseil fédéral* suizo es de 16 de noviembre de 2005 y puede consultarse en: http://www.admin.ch/cp/fl/437b71c6_1@fwsrvg.html (consultada por última vez en octubre de 2020). En la Resolución adoptada en Basilea en 1991 por el *Institut de Droit International*, titulada “Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement”, la única categoría de los bienes relacionados con la cultura inmunes a las medidas coercitivas son los “property identified as part of the cultural heritage of the State, or of its archives, and not placed or intended to be placed on sale” (artículo 4.2 d). Véase la citada Resolución en *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Vol. 64-1, 1991, pp. 84-89. No existe una categoría separada para los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico. En teoría, señala Van Woudenberg “this could be problematic: it would follow from the resolution that in case that the property which the State has allocated or earmarked for satisfaction of a claim is exhausted or clearly inadequate to satisfy the claim, and if the property exhibited during an international art loan would be considered as in use or intended for use for commercial purposes, those loaned cultural objects would not be protected against measures of constraint, unless the objects are identified as part of the cultural heritage of that State.” VAN WOUDEBERG, N., *State immunity and cultural objects on loan*, *op. cit.*, p. 101. Por lo que respecta a nuestra Ley Orgánica de inmunidades, LO 16/2015, ya explicitamos que presenta en este punto una diferencia de redacción respecto del texto de la CNUIJ, pues el artículo 20.1 d) de la ley subsume las letras d) y e) del artículo 21 de la Convención. Así pues, el artículo 21.1 d) de la LO 16/2015 se refiere a: *Los bienes que formen parte del patrimonio cultural o de los archivos del Estado o de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico, siempre que no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos a la venta.* Japón, en su *Act on the Civil Jurisdiction with Respect to a Foreign State* (Act No. 24 of 24 Apr. 2009), exige de los procedimientos de ejecución a los bienes del patrimonio cultural y a las exposiciones de importancia científica, cultural o histórica (artículo 18(2)(iii)(a) y (b)). De este modo, señala Pavoni, esta Ley reproduce esencialmente la CNUIJ, que Japón ha ratificado el 11 de mayo de 2010). Canadá, en la “terrorism amendment”, en virtud de la *Justice for Victims of Terrorism Act*, a su *State Immunity Act*, permite en general la adopción de medidas coercitivas contra los bienes de los Estados que apoyan el terrorismo, “other than property that has cultural or historical value” (artículo 12(1)(d)). Véase Pavoni en esta misma nota, p. 96.

República Checa, ya que *Diag Human* recurrió en apelación la decisión del 21 de junio de 2011. En su decisión de 25 de octubre de 2011¹²⁴², el Tribunal Regional anuló la decisión de 16 de mayo de 2011 y declaró nulas las actuaciones posteriores, incluida la decisión de 21 de junio de 2011. La solicitud de ejecución del demandante contra la República Checa fue rechazada por falta de jurisdicción. En los días siguientes, las obras de arte en cuestión fueron devueltas a la República Checa. Por lo que aquí interesa, entre sus motivos, el tribunal también se refirió a la CNUIJ; sin embargo, y a pesar de reconocer que las disposiciones de dicha Convención reflejan en gran medida el derecho internacional consuetudinario, señaló que no parece haber suficiente práctica estatal para establecer el apartado e) del párrafo 1 del artículo 21 relativo a la inmunidad de ejecución de los bienes culturales que formen parte de una exposición como norma de derecho internacional consuetudinario. El tribunal reconoció que existía cierta práctica reciente, pero negó la coherencia de esta práctica. No obstante, el tribunal subrayó que la falta de una práctica coherente no excluía a los bienes culturales de la norma general de inmunidad de ejecución de los bienes del Estado utilizados para fines públicos soberanos¹²⁴³. En cualquier caso, el caso *Diag Human* fue el detonante de la *Declaration on Jurisdictional Immunities of State Owned Cultural Property*. Así pues, en marzo de 2013, la República Checa, con el apoyo de Austria y los Países Bajos, en la 45ª reunión del Comité del Consejo de Europa de Asesores Jurídicos de los Estados en materia de Derecho Internacional (CAHDI)¹²⁴⁴, pusieron en marcha

¹²⁴² Véase *Diag Human v Czech Republic* (op. cit.), Regional Court of Vienna for Civil Matters, 25/10/2011. Puede consultarse en CAHDI “The Immunities of States and International Organisations”—Contribution of Austria—Jurisprudence of 25/10/2011, op. cit.

¹²⁴³ *Ibid.*

¹²⁴⁴ Cabe mencionar que en 2006 el CAHDI ya había creado una base de datos sobre la inmunidad de los Estados y las organizaciones internacionales. El punto de partida fue un “Pilot Project of the Council of Europe on state practice regarding state immunities”, establecido en 2001, con miras a examinar la práctica judicial en materia de inmunidad de los Estados y las organizaciones internacionales en los Estados miembros y observadores del Consejo de Europa. Hasta la fecha, han facilitado información 45 Estados miembros del Consejo de Europa. Además, Canadá, Israel, Japón y México han contribuido a la base de datos. Database on the

una iniciativa encaminada a elaborar una declaración en apoyo del reconocimiento del carácter consuetudinario de la CNUIJ, y concretamente del artículo 21¹²⁴⁵. Finalmente, la declaración fue presentada en ese mismo año, en la 46ª reunión del CAHDI. Se puntualizó que tal declaración “had been elaborated as a legally non-binding document expressing a common understanding on *opinio juris* of the basic rule that certain kinds of State property enjoyed jurisdictional immunity”¹²⁴⁶. La parte sustantiva de la *Declaration on Jurisdictional Immunities of State Owned Cultural Property* señala:

“In accordance with customary international law as codified in the **Convention property of a State forming part of its cultural heritage** or its archives or forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest, and not placed or intended to be placed on sale cannot be subject to any measure of constraint, such as attachment, arrest or execution, in another State; and therefore, such measures of constraint can only be taken if immunity is expressly waived for a clearly specified property by the competent national authorities of the State owning the property or if the property has been allocated or earmarked

Immunities of States and International Organisations, Estrasburgo, 23 y 24 de marzo de 2006, 31ª reunión (<<https://www.coe.int/en/web/cahdi/database-immunities>> última consulta el 20 de octubre de 2020), citado por Nout van Woudenberg, “Developments Concerning Immunity from Seizure for Cultural State Property on Loan”, *op. cit.*, pp. 347-348.

¹²⁴⁵ CAHDI, News: Declaration on Jurisdictional Immunities of State Owned Cultural Property https://www.coe.int/en/web/cahdi/news-cahdi/-/asset_publisher/FL6bNvghtkKV/content/declaration-on-jurisdictional-immunities-of-state-owned-cultural-property

(último acceso el 20 de octubre de 2020). Véase Nout van Woudenberg, “Developments Concerning Immunity from Seizure for Cultural State Property on Loan”, *op. cit.*, p. 346. Véase también JAKUBOWSKI, A., HAUSLER, K., y FIORENTINI, F. (eds), *Cultural Heritage in the European Union*, Brill Nijhoff, Leiden; Boston, 2019.

¹²⁴⁶ CAHDI, News: Declaration on Jurisdictional Immunities of State Owned Cultural Property, *op. cit.*

by that State for the satisfaction of the claim which is the object of the proceeding concerned”¹²⁴⁷.

En definitiva, tal y como señala Pavoni, la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (CNUIJ), constituye una práctica principalmente significativa para la cristalización progresiva de una norma consuetudinaria que exime a los bienes del patrimonio cultural de las medidas de ejecución¹²⁴⁸, norma que se ha materializado en el artículo 20.1 d) de la LO 16/2015 sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros. Pues bien, la inmunidad de ejecución alcanzaría a los objetos arqueológicos, históricos y culturales sumergidos, así como a todos los restos de buques de Estado, en la medida en que formen parte del patrimonio cultural subacuático, bien según la definición que del mismo da el artículo 1.1 de Convención de la UNESCO de 2001, bien conforme a la legislación del Estado propietario, en aquellos casos en que tales restos no completen el plazo de 100 años bajo las aguas exigido por esa Convención para su consideración como patrimonio cultural subacuático, o en aquellos otros en que la misma no resulte aplicable al no ser el Estado parte en ella¹²⁴⁹. Ahora bien, tal y como resaltan Mateus-Rugeles y Rodríguez Valenzuela, “aunque existan disposiciones internacionales y nacionales, así como declaraciones que pueden ser consideradas como actos jurídicos unilaterales de los Estados, que confirmen al PCS (patrimonio cultural subacuático) como criterio determinante de la

¹²⁴⁷ *Declaration on Jurisdictional Immunities of State Owned Cultural Property*, adoptada el 16-17 de septiembre de 2013 (<<https://rm.coe.int/declaration-on-immunities-en/168071bb2d>>, última consulta el 20 de octubre de 2020). Énfasis añadido. Hasta la fecha, esta declaración ha sido firmada (en orden de la firma) por Austria, República Checa y Países Bajos, así como por Letonia, Eslovaquia, Georgia, Rumania, Estonia, Albania, Francia, Armenia, Bélgica, Bielorrusia, Luxemburgo, Irlanda, Rusia, Hungría, Finlandia, Portugal y la Santa Sede. Sobre la iniciativa de la International Law Association (ILA) de promover una Convención para todos los bienes culturales en préstamo, véase Nout van Woudenberg, “Developments Concerning Immunity from Seizure for Cultural State Property on Loan”, *op. cit.*, pp. 348-350.

¹²⁴⁸ PAVONI, R., “Sovereign immunity and the enforcement of international cultural property law”, *op. cit.*, p. 97.

¹²⁴⁹ Véase RUIZ MANTECA, R., *Los retos de la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático. Logros e insuficiencias*, *op. cit.*, p. 252.

aplicación de la inmunidad de ejecución, uno de los puntos de partida (además de la existencia de un proceso judicial) es la *demonstración de la propiedad sobre ese PCS*¹²⁵⁰. La posibilidad, resaltan las autoras, de que un Estado reconozca que unos bienes forman parte del patrimonio cultural de otro Estado, será muy remota, máxime cuando estos son relevantes para el conocimiento y valoración de trayectorias y prácticas socioculturales que integran el proceso de conformación de la nacionalidad de ambos Estados, como ocurre en el caso de España y sus antiguas colonias¹²⁵¹. En este sentido, cobra especial relevancia, el hecho de que el Ministerio de Cultura de Colombia haya declarado en enero de 2020 *Bien de Interés Cultural del Ámbito Nacional* el pecio del galeón *San José*,¹²⁵² dotando así de protección especial a esta nave española hundida por barcos ingleses frente a las costas de Cartagena de Indias a comienzos del siglo XVIII y cuya titularidad es motivo de controversia entre España y Colombia. En la resolución se insta al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), en colaboración con la Dirección General Marítima (Dimar) a incorporar el pecio del galeón “al Registro Nacional de los bienes del patrimonio cultural sumergido, los cuales se documentarán científica y técnicamente, así como las áreas donde se encuentren, según el numeral 2.7.1.1.2 del Decreto 1080 de 2015 en armonía con el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 1675 de 2013”. No obstante, con anterioridad, el 18 de octubre de 2019, los Gobiernos de España y Colombia emitieron una declaración conjunta en la que manifestaron lo siguiente: *1. El gobierno de Colombia y España*

¹²⁵⁰ MATEUS-RUGELES, A., RODRÍGUEZ VALENZUELA, I., “Pecios españoles en aguas colombianas: conjugación entre el patrimonio cultural subacuático y la inmunidad jurisdiccional de los Estados”, *op. cit.*, p. 268.

¹²⁵¹ *Ibid.*

¹²⁵² Véase Resolución número 0085 de 2020 *por la cual se declara Bien de Interés Cultural del Ámbito Nacional el Pecio del Galeón San José*, República de Colombia, Ministerio de Cultura, 23 de enero de 2020. Disponible en

<https://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/SiteAssets/Paginas/Gobierno-emite-Declaratoria-en-firme-de-Galeón-San-José-como-Bien-de-Interés-Cultural-del-Ámbito-Nacional/Resolución%20Pecio%20del%20Galeón%20San%20José%20es%20BIC.pdf>

(última consulta el 25 de octubre de 2020).

coinciden en el principio de preservación indivisible del patrimonio cultural subacuático. Coinciden a su vez en rechazar la explotación comercial que conlleve que objetos patrimoniales que hayan estado sumergidos sean objeto de transacciones, pago en especie, u operaciones de compra, venta, o trueque por actividades de extracción o conservación de dicho patrimonio sumergido.

2. Ambos gobiernos acuerdan explorar y considerar mecanismos que permitan materializar la oferta de cooperación científica y cultural del Reino de España al Gobierno de Colombia en torno al proyecto del Galeón San José, según la estructura institucional de dirección que la República de Colombia articule para adelantar el proyecto.

*3. En torno al conocimiento, la cultura y la amistad, ambos gobiernos declaran su interés en fortalecer sus relaciones en materia de patrimonio cultural subacuático*¹²⁵³. Anteriormente, el Consejo de Estado de Colombia, en su sentencia de 13 de febrero de 2018 sobre el galeón, para evitar afirmar que Colombia no reconoce la inmunidad soberana de los buques de guerra, invocó una ley de guerra, la Ley de 16 de octubre de 1821 del Congreso General de Colombia, referida «a la confiscación de los bienes pertenecientes al gobierno enemigo y a los que huyen de la República», que en su artículo 1.º señala que “Libertada por las armas de la república cualquiera provincia, ciudad o lugar deberán ser secuestradas y confiscadas todas las propiedades

¹²⁵³ Declaración conjunta de los Gobiernos de España y Colombia, Bogotá, 18 de octubre de 2019. Disponible en <https://www.culturaydeporte.gob.es/actualidad/2019/10/191021-galeon-sanjose.html> (última consulta el 25 de octubre de 2020). Con relación a esta Declaración, cuando se hace mención al proyecto del Galeón San José, José María Lancho señala: *¿De qué proyecto se habla? Obviamente aún del único que existe: el proceso de contrato por el Gobierno de Colombia de concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada (APP) con la empresa cazatesoros Maritime Archaeology Consultants Switzerland (MACS). ¿Qué oferta ha hecho España? Nada concreto todavía, pues no se ha solicitado al Museo Nacional de Arqueología Subacuática ARQUA un proyecto alternativo. El proyecto cazatesoros, el que hay, después de muchos meses de mantenerse suspenso por la reacción española y la crítica académica mundial, se reanudó apenas unos días antes de la declaración conjunta, saliendo de su sueño forzado. En concreto nueve días antes de la declaración conjunta. En ese contexto, ¿podríamos pensar que con la declaración España aceptaría, implícitamente, la regularidad del procedimiento de APP con MACS?* LANCHO, José M., “El laberinto del Galeón San José”, *Diario del Derecho, Estudios y comentarios*, lustel, 27/02/2020.

que se encuentren en su territorio correspondientes al gobierno español”¹²⁵⁴.

2. INMUNIDAD DE LOS PECIOS ESTATALES Y MILITARES

El hecho de que los pecios de buques militares o de propiedad del Estado destinados a fines no comerciales se excluyeran originalmente del ámbito de aplicación de la Convención de la UNESCO pone de relieve la complejidad de las cuestiones jurídicas pertinentes¹²⁵⁵. De este modo, el *Draft Convention on the protection of the underwater cultural heritage* señalaba que la Convención “shall not apply to the remains and contents of any warship, naval auxiliary, other vessels or aircraft owned or operated by a State and used, at the time of its sinking, only for government non-commercial purposes”¹²⁵⁶. Aunque está bien asentado, en virtud del derecho internacional consuetudinario y convencional, que los buques de guerra (y buques de Estado utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial) gozan de inmunidad, no parece tan claro si esto sigue siendo así en el caso de sus pecios¹²⁵⁷. En este sentido, afirma

¹²⁵⁴ Véase *Antonio José Rengifo v Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General Marítima y Portuaria de Colombia (DIMAR) y otros*, Sentencia de unificación, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CE-SIJ 25000231500020020270401, Bogotá, D.C., 13 de febrero del 2018, párrafo 193, p. 68. Disponible en

<http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2018/12/25000231500020020270401.pdf>

(última visita el 20 de octubre de 2020).

¹²⁵⁵ Véase al respecto AZNAR GÓMEZ, M.J., “The Legal Protection of Underwater Cultural Heritage: Concerns and Proposals”, *op. cit.*

¹²⁵⁶ *Draft Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage*, CLT-96/CONF 202/5 Rev 2, París, Julio 1999.

¹²⁵⁷ RISVAS, M., “Underwater Cultural Heritage in Africa and Questions of Immunity (...)”, *op. cit.*, p. 291. Véase al respecto VADI, VS., “Underwater cultural heritage and the market: The uncertain destiny of historic sunken warships under international law” en VADI, VS. y SCHNEIDER, H. (eds.), *Art, Cultural Heritage and the Market: Ethical and Legal Issues*, Springer, Heidelberg, 2014, pp. 221-256; TREVISANUT, S., “Le régime des épaves des navires

Roberts que “international law rules do not address whether sovereign immunity applies to *sunken* State vessels”¹²⁵⁸. Los buques de guerra hundidos son comprensiblemente controvertidos por razones políticas y emocionales; de este modo, pueden transportar objetos vitales para la seguridad nacional, municiones, o plantear riesgos para la seguridad de los buzos o el medio ambiente, así como constituir lugares de enterramiento permanente de sus dotaciones¹²⁵⁹.

Mientras se estaba negociando la CNUDM, la URSS y otros Estados socialistas sugirieron la inmunidad absoluta para los pecios de buques militares. Sin embargo, ya avanzamos que las sugerencias de que el artículo 96 de la CNUDM tratara las inmunidades de los buques de guerra y los buques de Estado hundidos, no fueron estimadas y la Convención no contiene ninguna disposición relativa a su estatuto¹²⁶⁰. También, durante las negociaciones del Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989 algunos Estados expresaron el deseo de

d’Etat dans la Convention UNESCO sur la protection du patrimoine culturel subaquatique” en NAFZIGER, James A. R. y SCOVAZZI, T. (eds.), *The Cultural Heritage of Mankind*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, pp. 643-686 (ambos citados por Risvas, *ibid*).

¹²⁵⁸ ROBERTS, H., “The British ratification of the Underwater Heritage Convention: Problems and Prospects”, *op. cit.*, p. 845.

¹²⁵⁹ Supuestos contemplados en el citado Real Decreto 371/2020, por el que se aprueba el Reglamento de Extracciones Marítimas: el artículo 30.1 dispone que: “[a]demás de al régimen que, en atención a su titularidad particular o estatal, les sea aplicable conforme a las disposiciones de este real decreto, *la extracción de armas, municiones, explosivos u otro material militar que pueda afectar a la Defensa Nacional*, así como de objetos pertenecientes al patrimonio cultural subacuático y demás bienes de comercio prohibido o restringido quedará, asimismo, sujeta a las normas especiales que en cada caso resulten de aplicación.” (énfasis añadido); el artículo 31.1 dispone que: “[l]os restos de los buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos que constituyan lugares de enterramiento permanente de sus dotaciones deberán ser respetados como tales, evitando perturbar innecesariamente los restos humanos y sitios venerados.”

¹²⁶⁰ Véase BEURIER, J-P., “Pour un droit international de l’archéologie sous-marine”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 93, 1989, p. 60; VADI, VS., “International Law and the uncertain fate of military sunken vessels”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 19, 2009, p. 261.

tener inmunidad sobre ellos¹²⁶¹. El resultado fue el artículo 30.1. d) del mencionado Convenio, que tal y como señala Losier, no es general, pero proporciona a los Estados la opción de excluir el patrimonio cultural subacuático. Dispone el artículo 30.1. d) del Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989: “1. Todo Estado, en el momento en que se produzca la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, podrá hacer reserva de su derecho a no aplicar las disposiciones del presente Convenio: (...) d) cuando se trate de un bien marítimo de carácter cultural que presente un interés prehistórico, arqueológico o histórico y que se encuentre en el fondo del mar”. Hasta la fecha, menos de la mitad de sus 74 Estados contratantes ejercieron esa opción¹²⁶², lo que sugiere que la inmunidad respecto de los buques de guerra y buques de Estado (destinados a fines no comerciales) *hundidos* no es absoluta¹²⁶³. El Convenio Internacional de Nairobi de 2007 sobre la Remoción de Restos de Naufragio¹²⁶⁴ limita a los Estados ribereños a la remoción de pecios peligrosos propiedad del Estado (artículos 2(1)-(4). Losier, parafraseando a Degan y Yee en el informe final en torno a los trabajos preparatorios de la Resolución del *Institut de Droit International* (IDI) sobre “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other

¹²⁶¹ LOSIER, M. M., “The Conflict between Sovereign Immunity and the Cargo of Sunken Colonial Vessels”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 33, 2018, p. 534. Véase *The Travaux Préparatoires of the 1989 Salvage Convention*, Comité Maritime International, Amberes, 2003 (IMO, Document LEG 52/9, párrafo 30: “Another delegation felt that the definition should be such as to cover salvage of “floating craft” but should not extend to “any property in danger”. *This delegation considered that a sunken or abandoned vessel or a wreck would not be subject to salvage.*”) Cursiva añadida.

¹²⁶² Entre ellos España. Véase “Declarations, Reservations, Notifications and Statements” al Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989 en IMO, *Status of IMO Treaties - Comprehensive information on the status of multilateral Conventions (...)*, *op. cit.*, pp. 478-485. Disponible en <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/StatusOfConventions.aspx> (última consulta el 20 de octubre de 2020).

¹²⁶³ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 535.

¹²⁶⁴ *Op. cit.*

State-Owned Ships in International Law”¹²⁶⁵, señala que en los conflictos armados, los buques de guerra, al ser actores de sus hostilidades, pierden la inmunidad; y si son hundidos por el enemigo beligerante sus restos no pueden gozar de la inmunidad del Estado del pabellón;¹²⁶⁶ la inmunidad del pecio no puede ser mayor que la del buque inmediatamente antes de hundirse¹²⁶⁷.

2.1. EXTENSIÓN DE LA INMUNIDAD SOBERANA A LOS BUQUES DE GUERRA Y BUQUES DE ESTADO (DESTINADOS A FINES NO COMERCIALES) HUNDIDOS

Hay que tener presente que si bien la distinción entre los buques de guerra y los buques de Estado destinados a fines no comerciales, por un lado, y los buques de Estado en servicio comercial, por otro, es fundamental para la inmunidad; no está clara, en particular en el contexto del patrimonio cultural subacuático¹²⁶⁸.

¹²⁶⁵ El Relator de la 9ª Comisión Científica del IDI, Natalino Ronzitti, redactó un Informe Preliminar que fue discutido en la Sesión de Rhodes en 2011, tras lo cual redactó otro Informe Final discutido en la Sesión de Tallin en 2015, que dio lugar finalmente a la adopción de la Resolución del *Institut de Droit International* de 2015 sobre “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law”. Véase RONZITTI, N. (Rapporteur): “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Rhodes, Greece 2011), vol. 74 *Yearbook of the Institute of International Law*, pp. 131-177; “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Tallinn 2015), vol. 76, *ibid*, pp. 267-378.

¹²⁶⁶ Véase Losier (*op. cit.*, p. 535) citando los *Comments by Mr Degan* en RONZITTI, N. (Rapporteur): “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Tallinn 2015), *ibid*, p. 327.

¹²⁶⁷ Véase Losier (*ibid*) citando los *Comments by Mr Yee* en “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law”, *ibid*, p. 321.

¹²⁶⁸ RISVAS, M., “Underwater Cultural Heritage in Africa and Questions of Immunity (...)”, *op. cit.*, p. 276. Así pues, el Informe Preliminar del IDI en torno a la entonces futura Resolución sobre “The Legal Regimes of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law” (*op. cit.*), señala que “the notion of government ships operated for non-commercial purposes seems in most cases inappropriate. (...) its application to Spanish galleons is also questionable as it is in general for all ships sunk between 15th and 18th centuries.” RONZITTI, N.

Algunos autores consideran que una vez hundido, un buque no conserva tal condición (de “buque”) y, por consiguiente, no conserva su inmunidad¹²⁶⁹. Los buques de guerra y otros buques de propiedad del Estado tienen derecho a la inmunidad si cumplen los requisitos de los artículos 29 y 96, respectivamente, de la CNUDM, que implícitamente¹²⁷⁰ exigen que esos buques sean navegables en consonancia con otros instrumentos de derecho internacional. Así pues, ya vimos como el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989 define «buque» como: “toda nave o embarcación, o toda estructura apta para la navegación”¹²⁷¹. Señala Roberts que muchos Estados con opiniones firmes sobre la ampliación de la inmunidad soberana a los buques de guerra hundidos han ratificado tanto la CNUDM como la Convención sobre Salvamento; por lo que argumenta el autor que no podrían haber pretendido que estas Convenciones limitaran su inmunidad a los buques de guerra y a los buques gubernamentales a flote¹²⁷².

Por otro lado, también existe el argumento según el cual la inmunidad debería aplicarse solo a los buques recientemente hundidos. Forrest expone al respecto que “[w]hile there are legitimate security and national intelligence reasons for granting exclusive flag State jurisdiction in the case of recently sunken State ships, these considerations do not apply to

(Rapporteur), “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Rhodes, Greece 2011), *op. cit.*, p. 158.

¹²⁶⁹ Véase el debate en torno a la cuestión en “Are Sunken Warships or a Sunken State-owned vessels entitled to sovereign immunity? Are they ships?”, RONZITTI, N. (Rapporteur), “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Rhodes, Greece 2011), *ibid.*, pp. 142-144. Véase también CAFLISCH, L., “Submarine Antiquities and the International Law of the Sea”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 13, 1982, pp. 3-32; MIGLIORINO, L., “The Recovery of Sunken Warships in International Law”, en VUKAS, B. (ed), *Essays on the New Law of the Sea*, University of Zagreb, 1985, p. 251 (ambos autores citados por Hayley Roberts, *op. cit.*, p. 847).

¹²⁷⁰ Véase ROBERTS, H., *ibid.*, p. 847; LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 535.

¹²⁷¹ Véase artículo 1.b) Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989, *op. cit.*

¹²⁷² ROBERTS, H., “The British ratification of the Underwater Heritage Convention: Problems and Prospects”, *op. cit.*, p. 847.

sunken State ships lost long ago”¹²⁷³. Ronzitti está de acuerdo con este principio. Así, el Informe Preliminar de 2011 sobre la Resolución “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-Owned Ships in International Law” del IDI señala que “a sunken warship may still be of strategic importance for the flag State, since it may have on board instruments valuable for the State’s security which may be endangered if the recovery is made by another State, as the case of Glomar Explorer shows. For this reason it may be proposed that recently sunken warships still enjoy sovereign immunity. Moreover a recent sunken vessel might be recovered and brought again into service with the consequence that its “flottabilité” is reinstated”¹²⁷⁴. A su vez, Losier añade que la naturaleza limitada en el tiempo de la inmunidad es coherente con otras normas convencionales, incluido el período de 100 años que define el patrimonio cultural subacuático en la Convención de la UNESCO sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001, distinguiendo entre buques históricos y modernos hundidos¹²⁷⁵. Así, el citado artículo 1 (1)(a)(ii) de la Convención de la UNESCO de 2001 señala que: “Por «patrimonio cultural subacuático» se entiende todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como:

¹²⁷³ FORREST, C.: *Maritime Legacies and the Law: Effective Legal Governance of WWI Wrecks*, Elgar, University of Queensland, Australia, 2019, p. 142.

¹²⁷⁴ RONZITTI, N. (Rapporteur), “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Rhodes, Greece 2011), *op. cit.*, p. 143. Losier también trae a colación el párrafo 30 de los *The Travaux Préparatoires of the 1989 Salvage Convention* (*op. cit.*, Document LEG 52/9), el cual distingue el *sunken vessel* del *wreck*. Véase Losier, *op. cit.*, p. 536.

¹²⁷⁵ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 536. El Informe Preliminar de 2011 sobre la Resolución “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-Owned Ships in International Law” del IDI señala al respecto que: “it might be expedient to hold sunken warships which qualify as submerged antiquities separate from those which cannot be defined as historical wrecks, since they have recently sunk. The critical date is not fixed by any convention, but the one promoted by UNESCO that covers objects submerged for at least 100 years. That date may also be adopted in this report for distinguishing sunken warships with historical value from the modern ones.” RONZITTI, N. (Rapporteur), “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Rhodes, Greece 2011), *op. cit.*, p. 166.

los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural”. No obstante, si se sostiene que los buques de guerra hundidos no conservan su inmunidad, ya que no son “buques” tripulados o capaces de navegar, los buques hundidos recientemente tampoco podrían conservar la inmunidad soberana como “buques de guerra”. De este modo, argumenta Roberts que debe haber otra base teórica para que los buques de guerra hundidos mantengan su inmunidad¹²⁷⁶. En esta línea, señala Forrest que con independencia de si un buque hundido sigue siendo reconocido como tal (o no), el principio de la inmunidad del Estado se aplica a los bienes y actividades del Estado¹²⁷⁷. Parece más comprensible entonces, tal y como señala Roberts, sostener que la inmunidad solo se mantiene el tiempo necesario para proteger los intereses del Estado, pero ¿quién decide cuándo esos intereses ya no requieren protección?¹²⁷⁸ Si no se descubre que ha sido abandonado, un buque de propiedad del Estado seguirá siendo propiedad del Estado, aunque haya perdido su condición de buque. En ese caso, puede seguir gozando de inmunidad en virtud de la teoría restrictiva de la inmunidad si es propiedad del Estado y se utiliza con fines no comerciales. En el caso de los modernos buques de guerra hundidos, se puede argumentar que la actividad continuada del Estado es la vigilancia de su seguridad e inteligencia militar y, por tanto, actos de un Estado (*acta iure imperii*). Podría decirse que esta función del Estado podría incluir pecios más antiguos en los que los restos del naufragio todavía contienen municiones, información históricamente sensible o, lo que es más importante, ser el último lugar de descanso del personal de servicio que podría calificarse como una “actividad” o interés del Estado en el pecio aún en curso¹²⁷⁹. Además, añade Forrest que el lugar que ocupa el pecio en la historia del

¹²⁷⁶ ROBERTS, H., “The British ratification of the Underwater Heritage Convention: Problems and Prospects”, *op. cit.*, pp. 847-848.

¹²⁷⁷ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law: Effective Legal Governance of WWI Wrecks* *Maritime Legacies*, *op. cit.*, p. 144.

¹²⁷⁸ ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 848.

¹²⁷⁹ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, pp. 144-145.

Estado del pabellón puede ser suficiente para atraer esa función¹²⁸⁰. Así pues, esta inmunidad hunde sus raíces tanto en la función que el pecio sigue cumpliendo como en la propiedad del Estado¹²⁸¹. Scovazzi ilustra con precisión los dos enfoques diferentes en relación con la propiedad de los buques estatales hundidos: i) los buques o aeronaves de Estado hundidos deben tratarse como cualquier otro sitio del patrimonio cultural subacuático, o ii) se aplica un régimen especial a los buques o aeronaves de Estado hundidos según el cual la propiedad sobre ellos es retenida por el Estado de su pabellón a menos que se abandone o transfiera expresamente¹²⁸². La mayoría de los Estados tienden a convenir que la inmunidad ya no se aplica si se abandona o se renuncia expresamente a la propiedad del pecio¹²⁸³. El deseo de preservar la propiedad (ya sea estatal o privada) sobre los buques hundidos se remonta por lo menos a agosto de 1681, cuando se promulgó la *grande ordonnance de la marine d'août 1681*, preparada por Jean-Baptiste Colbert, ministro de Luis XIV¹²⁸⁴. Tres siglos más tarde, en su último día de mandato, el Presidente Clinton de Estados Unidos emitió una declaración presidencial sobre el patrimonio cultural subacuático del tenor literal siguiente:

“Thousands of United States government vessels, aircraft and spacecraft (“State craft”), as well as similar State craft of foreign nations, lie within, and in waters beyond, the territorial sea and contiguous zone. Because of recent advances in science and technology, many of these sunken government vessels, aircraft and spacecraft have become accessible to salvors, treasure hunters and others. The unauthorized

¹²⁸⁰ *Ibid.*, 145.

¹²⁸¹ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 145.

¹²⁸² SCOVAZZI, T., “Protection of underwater cultural heritage: The UNCLOS and 2001 UNESCO Convention”, *The IMLI Manual on International Maritime Law. The Law of the sea, Vol 1*, *op. cit.*, p. 457.

¹²⁸³ ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 848.

¹²⁸⁴ BEURIER, J.P., “Le statut juridique français des biens culturels sous-marins” en SCOVAZZI, T. (ed), *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel mare Mediterraneo*, Giuffrè, Milan, 2004, p. 203 (citado por RISVAS, M., “Underwater Cultural Heritage in Africa and Questions of Immunity (...)”, *op. cit.*, p. 272).

disturbance or recovery of these sunken State craft and any remains of their crews and passengers, *is a growing concern both within the United States and internationally*. In addition to deserving treatment as grave sites, these sunken State craft may contain objects of a sensitive *national security*, archaeological or historical nature. They often also contain unexploded ordnance that could pose a danger to human health and the marine environment if disturbed, or other substances, including fuel oil and other hazardous liquids, that likewise pose a serious threat to human health and the marine environment if released.

I believe that United States policy should be clearly stated to meet this growing concern. Pursuant to the property clause of Article IV of the Constitution, *the United States retains title indefinitely to its sunken State craft unless title has been abandoned or transferred in the manner Congress authorized or directed*. The United States recognizes the rule of international law that title to foreign sunken State craft may be transferred or abandoned only in accordance with the law of the foreign flag State.

Further, the United States recognizes that title to a United States or foreign sunken State craft, wherever located, is not extinguished by passage of time, regardless of when such sunken State craft was lost at sea.

International law encourages nations to preserve objects of maritime heritage wherever located for the benefit of the public.

Those who would engage in unauthorized activities directed at sunken State craft are advised that such disturbance or recovery should not occur without the express permission of the sovereign, and should only be conducted in accordance with professional scientific standards and with the utmost respect for any human remains.

The United States will use its authority to protect and preserve sunken State craft of the United States and other nations, whether located in

the waters of the United States, a foreign nation, or in international waters”¹²⁸⁵.

No solo el poder ejecutivo apoyó la priorización del vínculo con el Estado del pabellón. Así pues, el contenido de la declaración presidencial de Estados Unidos se refleja en su legislación y su jurisprudencia. La *US Sunken Military Craft Act* (SMCA) de 2004 confirma que Estados Unidos no pierde la propiedad (y por tanto la inmunidad soberana) de un buque de guerra simplemente por el paso del tiempo¹²⁸⁶. No obstante, como señaló un tribunal estadounidense, “the policy of the United States concerning abandonment of its sunken vessels has not always been consistent”¹²⁸⁷. Varias decisiones de los tribunales estadounidenses aceptaron que la inacción durante un largo período de tiempo equivalía a un abandono de la titularidad en casos relacionados con buques españoles que se hundieron en aguas de Estados Unidos¹²⁸⁸.

Varias potencias marítimas tradicionales comunicaron oficialmente su posición a Estados Unidos, afirmando todas ellas que siguen siendo propietarias de buques de guerra y otros buques de propiedad del Estado hundidos, salvo abandono expreso de la propiedad, conservando estos

¹²⁸⁵ “Presidential Statement on United States Policy for the Protection of Sunken State Craft” (19 January 2001) Public Papers of the Presidents: William J Clinton, vol III, p. 2956. Énfasis añadido.

¹²⁸⁶ Véase ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 849; BEDERMAN, David J., “Congress Enacts Increased Protections for Sunken Military Craft”, *op. cit.* Con relación a la jurisprudencia véase *Sea Hunt, Inc v. The Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*, 221 F.3d 634 (4th Cir. 2000), cert. denied, 531 US 1144 (2001), *op. cit.*, (referente a la cuestión de si España había abandonado sus derechos de propiedad sobre dos galeones *Juno* y *La Galga*); *Odyssey Marine Exploration, Inc v. Unidentified Shipwrecked Vessel*, 657 F.3d 1159 (11th Cir. 2011), cert. denied, 132 S Ct 2379 (2012), *op. cit.*, (en 2011, el Tribunal de Apelación del 11º Circuito de Estados Unidos afirmó que España tenía derecho a una presunción de inmunidad sobre la fragata *Nuestra Señora de las Mercedes*, hundida por la flota inglesa a la altura del Cabo de Santa María (Portugal) en 1804, en virtud del artículo 1609 de la *Foreign Sovereign Immunities Act* 1976).

¹²⁸⁷ *Steinmetz v. United States*, 973 F.2d 212, 222 (3d Cir. 1992) (citada por Risvas, *op. cit.*, p. 273).

¹²⁸⁸ Véase, por ejemplo, *Marx v. Gov't of Guam*, 866 F.2d 294, 300 (9th Cir. 1988) relativo a dos galeones españoles de Manila hundidos en los siglos XVII y XVIII a tres millas náuticas del territorio estadounidense de Guam. Risvas, *op. cit.*, pp. 273-274.

la inmunidad soberana. Así, Francia declaró que: “In accordance with the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (among others art. 32 & 236) and Customary Law, every State craft (e.g. warship, naval auxiliary and other vessel, aircraft or spacecraft owned or operated by a State) enjoys sovereign immunities, regardless of its location and the period elapsed since it was reduced to wreckage (general principle of non limitation of rights of States). The primacy of the title of ownership is intangible and inalienable: no intrusive action may be taken regarding a French sunken State craft, without the express consent of the French Republic, unless it has been captured by another State prior to sinking. But this primacy does not forbid the State to freely renounce, whenever it wants to and in a formal way, to use some of its right on the wreck (except its ownership)...”¹²⁸⁹. En esta declaración, Francia recordó que “[t]hese principles have been applied in the Agreement between the Government of the USA and the Government of the French Republic regarding the wreck of “La Belle”, signed at Washington, DC, March 31st, 2003, and the Agreement between the Government of the USA and the Government of the French Republic concerning the wreck of the CSS Alabama, signed at Paris, October 4th, 1989”¹²⁹⁰. Por ejemplo, en virtud del acuerdo relativo al CSS *Alabama*, Francia reconoció y respetó la continuidad de la propiedad, la inmunidad soberana y los intereses de Estados Unidos en sus pecios de la Guerra Civil, mientras que Estados Unidos reconoció la jurisdicción de Francia para regular todas las actividades dirigidas a este pecio en el mar territorial de Francia¹²⁹¹; Alemania declaró que: “Under international law, warships and other vessels or aircraft owned or operated by a State and used only on government non-commercial service (“State vessels and aircraft”) continue to enjoy sovereign immunity after sinking,

¹²⁸⁹ US Department of State, Public Notice 4614, “Office of Ocean Affairs, Protection of Sunken Warships”, Federal Register Volume 69, Number 24, 5 February 2004, pp. 5647-5648.

¹²⁹⁰ *Ibid.*

¹²⁹¹ AZNAR GÓMEZ, M.J., “The Legal Protection of Underwater Cultural Heritage: Concerns and Proposals”, *op. cit.*, p. 129. Véase también LE GURUN, G., “France” en DROMGOOLE, S. (ed), *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: National Perspectives in Light of the UNESCO Convention 2001*, 2ª edición, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, pp. 92-93.

wherever they are located. The Federal Republic of Germany also retains ownership of any German State ship or aircraft owned by it or the German Reich at the time of its sinking. Further, many sunken warships and aircraft are maritime graves, which have to be respected. No intrusive action may be taken in relation to German State vessels or aircraft without the express consent of the German Government”¹²⁹²; Japón que: “According to international law, sunken State ships, such as warships and ships on government service, regardless of location or of the time elapsed remain the property of the State owning them at the time of their sinking unless it explicitly and formally relinquishes its ownership. Such sunken vessels should be respected as maritime graves. They should not be salvaged without the express consent of the Japanese Government”¹²⁹³; Rusia que: “Under international law of the sea all the sunken warships and government aircraft remain the property of their flag State. The Government of the Russian Federation retains ownership of any Russian sunken warship, including the warships of the Russian Empire and the Soviet Union, regardless the time they sank. These craft are considered places of special governmental protection and cannot be salvaged without special permission of the Government of the Russian Federation”¹²⁹⁴; España que: “(The Embassy of Spain presents its compliments to the Department of State and has the honor to address the matter of Spanish laws and policy regarding the remains of sunken vessels that were lost while in the service of the Kingdom of Spain and/or were transporting property of the Kingdom of Spain) In accordance with Spanish and international law, Spain has not abandoned or otherwise relinquished its ownership or other interests with respect to such vessels and/or its contents, except by specific action pertaining to particular vessels or property taken by Royal Decree or Act of Parliament in accordance with Spanish law. Many such vessels also are the resting place of military and/or civilian casualties. The Embassy of

¹²⁹² US Department of State, Public Notice 4614, “Office of Ocean Affairs, Protection of Sunken Warships”, *ibid.*

¹²⁹³ *Ibid.*

¹²⁹⁴ *Ibid.*

Spain accordingly wishes to give notice that salvage or other disturbance of sunken vessels or their contents in which Spain has such interests is not authorized and may not be conducted without express consent by an authorized representative of the Kingdom of Spain”¹²⁹⁵. Por ejemplo, la posición sostenida por España en torno a la titularidad jurídica del HMS *Sussex*, un buque de guerra británico hundido en aguas españolas en 1694, cuando surgieron algunos problemas con su recuperación en 2007 por una empresa privada estadounidense que actuaba bajo la autorización del Ministerio de Defensa británico, fue la no reivindicación de la titularidad del pecio; simplemente exigió que se aplicara la legislación arqueológica española a las operaciones dirigidas a un yacimiento arqueológico situado en aguas españolas¹²⁹⁶. Por último, el Reino Unido declaró que: “Under international law, warships, naval auxiliaries, and other vessels or aircraft owned or operated by a State and used only on government non-commercial service (“State vessels and aircraft”) enjoy sovereign immunity. State vessels and aircraft continue to enjoy sovereign immunity after sinking, unless they were captured by another State prior to sinking or the flag State has expressly relinquished its rights. The flag State’s rights are not lost merely by the passage of time. Further, many sunken State vessels and aircraft are maritime graves, which should be respected. No intrusive action may be taken in relation to the United Kingdom’s sovereign immune State vessels or aircraft without the express consent of the United Kingdom”¹²⁹⁷. La posición de estos y otros Estados que constituyen grandes potencias marítimas y/o poseen un rico patrimonio cultural subacuático es, sin duda, de considerable importancia, ya que podrían ser considerados como “specially-affected

¹²⁹⁵ *Ibid.* Paréntesis añadido.

¹²⁹⁶ AZNAR GÓMEZ, M. J., “The Legal Protection of Underwater Cultural Heritage: Concerns and Proposals”, *op. cit.*, p. 129. Véase también al mismo autor en “Treasure hunters, sunken State vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage”, *op. cit.*, pp. 209-236.

¹²⁹⁷ US Department of State, Public Notice 4614, “Office of Ocean Affairs, Protection of Sunken Warships”, *op. cit.*

States”¹²⁹⁸. En consecuencia, puede decirse que existe suficiente práctica estatal en la materia para apoyar una norma de derecho consuetudinario¹²⁹⁹, confirmada por el artículo 4 de la Resolución del *Institut de Droit International* de 2015 sobre “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law” del tenor literal siguiente: “[s]unken state ships remain the property of the flag State, unless the flag State has clearly stated that it has abandoned the wreck or relinquished or transferred title to it”¹³⁰⁰. Por consiguiente, tal y como manifiesta Roach, no es inexacto concluir que la posición en virtud del derecho internacional es aquella que sostiene que los buques hundidos y su carga siguen siendo propiedad del Estado del pabellón¹³⁰¹. Hay que tener en cuenta que las cuestiones relativas a la propiedad de los buques hundidos son aún más complejas cuando se entrelazan con cuestiones de sucesión de Estados¹³⁰², tal y como hemos tenido ocasión, por el momento, de esbozar siquiera con relación al galeón *San José*. Como conclusión, señala Roberts, podría considerarse que el abandono expreso por parte de un Estado sería una declaración implícita de que ya no necesita proteger sus intereses mediante la

¹²⁹⁸ RISVAS, M., “Underwater Cultural Heritage in Africa and Questions of Immunity (...)”, *op. cit.*, p. 275. Véase también HELLER, KJ., “Specially- affected states and the formation of custom”, *American Journal of International Law*, vol. 112, n.º. 2, 2018, pp. 191-243 (citado por Risvas, *ibid*); *Plataforma continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania c. los Países Bajos), Sentencia de 20 de febrero de 1969, *op. cit.*, p. 43, apartado 74. Véase también *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, CIJ Recueil 2016, p. 851, apartado 44 (citado por Risvas, *ibid*).

¹²⁹⁹ DROMGOOLE, S., “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law: The 2015 Resolution of the Institut de Droit International”, *The Italian Yearbook of International Law Online*, Vol. 25, 2016, p. 190.

¹³⁰⁰ Véase la citada resolución en

https://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/2015_Tallinn_09_en-1.pdf,

Institut de Droit International, Tallin, 29 de Agosto de 2015.

¹³⁰¹ ROACH, J. Ashley, “Warships, sunken”, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, February 2015, para 3.

¹³⁰² RISVAS, M., “Underwater Cultural Heritage in Africa and Questions of Immunity (...)”, *op. cit.*, p. 276.

inmunidad soberana, lo que significa que la decisión la toma el propio Estado caso por caso¹³⁰³. El principio consagrado en el citado artículo 4, va de la mano¹³⁰⁴ del principio enunciado en el artículo 3 de la misma Resolución que confirma la inmunidad de los buques de Estado hundidos: “(...) sunken State ships are immune from the jurisdiction of any State other than the flag State”. No obstante, advierte Dromgoole que el grado de coherencia de la práctica estatal que confirma el artículo 4 es mayor que el de la cuestión de la inmunidad¹³⁰⁵. Aunque el fundamento teórico de la afirmación contenida en el artículo 3 no está claro, los *travaux préparatoires* parecen favorecer la propiedad del Estado o el estatuto de propiedad pública de tales pecios como justificación de la inmunidad, en lugar de ser inmunes por ser “buques de guerra” o “buques de Estado”¹³⁰⁶.

La citada Resolución del *Institut de Droit International* de 2015, de la cual podría decirse, refleja el derecho internacional consuetudinario, se refiere a los buques de propiedad del Estado utilizados en servicios no comerciales¹³⁰⁷. Incluye no solo buques de guerra sino también buques de propiedad del Estado que prestan apoyo a los buques mercantes, como los petroleros. Sin embargo, no se refiere a los numerosos buques fletados para fines estatales, como los buques auxiliares de la marina, los buques de transporte de tropas, los buques hospitales, etc., en los que el Estado no es propietario del buque, sino que son de propiedad privada¹³⁰⁸. En este sentido, señala Forrest que, si la inmunidad se basa en la función cumplida, y sigue cumpliéndose en el caso de los pecios hundidos, entonces, en principio, no hay razón para que estos últimos no

¹³⁰³ ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 848.

¹³⁰⁴ DROMGOOLE, S., “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law: The 2015 Resolution of the Institut de Droit International”, *op. cit.*, p. 190.

¹³⁰⁵ DROMGOOLE, *Underwater Cultural Heritage and International Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 153.

¹³⁰⁶ ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 849.

¹³⁰⁷ Véase FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law: Effective Legal Governance of WWI Wrecks Maritime Legacies*, *op. cit.*, p. 145.

¹³⁰⁸ *Ibid.*

estén sujetos a la inmunidad. Este podría ser el caso, en particular, cuando el buque se hundió con algunos de sus tripulantes y es la obligación hacia esos tripulantes la que invoca la responsabilidad y, por tanto, la inmunidad asociada del Estado¹³⁰⁹.

Por último, como otra base teórica más para sustentar que los buques de guerra hundidos conservan la inmunidad soberana, y en consonancia con las declaraciones de las potencias marítimas tradicionales arriba indicadas¹³¹⁰, Roberts señala que, aunque el concepto de tumbas de guerra sumergidas no existe actualmente en el derecho internacional, es el derecho internacional humanitario consuetudinario el que respeta, protege y mantiene adecuadamente las tumbas de guerra¹³¹¹. De este modo, argumenta que a pesar de no existir una definición estricta del término “tumbas de guerra”, se entiende que es un concepto amplio¹³¹².

2.2. INMUNIDAD SOBERANA Y CONVENCIÓN DE LA UNESCO SOBRE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO DE 2001

Es importante señalar que la Convención de la UNESCO no modifica ningún principio de inmunidad soberana (*from that which may already exist*¹³¹³). Según su artículo 2(8), “... nada de lo dispuesto en esta Convención se interpretará en el sentido de modificar las normas de derecho internacional y la práctica de los Estados relativas a las inmunidades soberanas o cualquiera de los derechos de un Estado respecto de sus buques y aeronaves de Estado”. El artículo 3 también señala que la

¹³⁰⁹ *Ibid.*

¹³¹⁰ Federal Register, *op. cit.*

¹³¹¹ Véase Roberts (*op. cit.*, p. 150) citando a J Henckaerts y L Doswald-Beck en *Customary International Humanitarian Law*, Vol 1: Rules, ICRC and Cambridge University Press, 2006, Rule 115 (“The dead must be disposed of in a respectful manner and their graves respected and properly maintained.”).

¹³¹² Roberts, *ibid.* Véase PETRIG, A., “The war dead and their gravesites”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, 2009, p. 344. Véase también RUIZ MANTECA, R., *op. cit.*, pp. 253-256.

¹³¹³ ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 850.

Convención “se interpretará y aplicará en el contexto de las disposiciones del derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. El Reino Unido afirma que la Convención de la UNESCO altera el equilibrio de los derechos de los Estados ribereños y del Estado del pabellón en la CNUDM, pero tal y como afirma Roberts, la incompatibilidad con dicha Convención es virtualmente imposible¹³¹⁴.

Los dos artículos problemáticos para los Estados son los artículos 7(3) y 10(7) de la Convención de la UNESCO. El artículo 7(3) establece que: “En sus aguas archipelágicas y mar territorial, en el ejercicio de su soberanía y de conformidad con la práctica general observada entre los Estados, con miras a cooperar sobre los mejores métodos de protección de los buques y aeronaves de Estado, los Estados Partes deberían informar al Estado del pabellón Parte en la presente Convención y, si procede, a los demás Estados con un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica, del descubrimiento de tales buques y aeronaves de Estado que sean identificables”.

Este artículo no parece imponer al Estado ribereño la obligación de informar al Estado del pabellón de cualquier descubrimiento de un buque de Estado y existe la preocupación¹³¹⁵ de que informar a otros Estados con “vínculos verificables” pueda diluir el principio de inmunidad soberana. La controversia gira en torno al hecho de que el Estado ribereño “debería” y no “deberá” informar al Estado del pabellón del descubrimiento de un buque de Estado. Tal y como documenta Mariano J. Aznar, el tiempo condicional que finalmente se incluyó — “deberían” en lugar de “deberán” — fue el resultado de dos puntos de vista opuestos durante el proceso de negociación. Este último término fue defendido

¹³¹⁴ Véase en este sentido el artículo 30(2) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. *Ibid.* La Convención de la UNESCO sobre Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001 entró en vigor en 2009 y, si bien cuenta con un número creciente de Estados Partes (65 a septiembre de 2020, véase

<https://pax.unesco.org/la/convention.asp?KO=13520&language=S>), el Reino Unido no es parte de ella.

¹³¹⁵ ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 850.

por las potencias marítimas históricas y actuales, las cuales entendían que un Estado ribereño debía respetar la propiedad y la inmunidad soberana de un buque de Estado hundido y comunicar su descubrimiento en su Mar Territorial (o en las Aguas Archipelágicas) al Estado del pabellón (con relación a este proceso, señala Aznar que “[u]nless the name of vessel or flag State is readily apparent, this process would not appear to be triggered until evidence of the flag State is identified after what may be a lengthy and possibly complicated archaeological research process”). En contra de esta posición, un número considerable de Estados ribereños sostuvo que nada en el derecho internacional obliga a un Estado a informar a otro Estado de cualquier circunstancia que ocurra en su territorio, a menos que se acuerde lo contrario o que una norma de derecho internacional lo imponga¹³¹⁶. Hasta cierto punto, señala Aznar, la relación conflictiva entre la soberanía y la propiedad estaba detrás del desacuerdo. Para algunos Estados, en particular los de América Latina, la ubicación de los pecios equivalía a la concesión de un título de propiedad al Estado ribereño. Así pues, el autor trae a colación la Declaración de Santo Domingo relativa al Patrimonio Cultural Subacuático de 16 de junio de 1998, donde los países de América Latina y el Caribe afirmaron que el patrimonio cultural subacuático “es propiedad del Estado en el cual se encuentra y, a través de este, es patrimonio de la humanidad”¹³¹⁷. Sin embargo, Aznar advierte una “line of change” a partir de 2008, cuando la Reunión de Ministros de Cultura de la *Conferencia Iberoamericana* aprobó la Declaración de San Salvador (22 y 23 de mayo de 2008), en la que se decidió adoptar una posición común con respecto a la protección y conservación del patrimonio cultural subacuático de la región y convocar una comisión de expertos para dar seguimiento a la

¹³¹⁶ AZNAR GÓMEZ, M. J., “The Legal Protection of Underwater Cultural Heritage: Concerns and Proposals”, *op. cit.*, p. 127.

¹³¹⁷ Declaración de Santo Domingo, 16 de junio de 1998, resultante de la Primera Reunión de la Comisión Técnica de Patrimonio Cultural Subacuático del Foro de Ministros de Cultura y Responsables de Políticas Culturales de América Latina y el Caribe, UNESCO, *Background Materials on the Protection of the Underwater Cultural Heritage*, vol. II, París, 2000, pp. 341-342. Véase Aznar, *ibid.*, p. 127.

cuestión¹³¹⁸. De otro lado, se opusieron firmemente los Estados que defendían el principio según el cual, de acuerdo con el derecho internacional, los buques de Estado hundidos —como los buques de guerra y los buques al servicio del gobierno—, independientemente de su ubicación o del tiempo transcurrido, siguen siendo propiedad del Estado que los posee en el momento de su hundimiento¹³¹⁹. Durante el proceso de negociación de la Convención de la UNESCO, se rechazó la propuesta presentada por el Reino Unido y Rusia (y respaldada por Estados Unidos) en virtud de la cual se trató de sustituir “debería informar” por “consultará” y añadir lo siguiente: “esos buques y aeronaves de Estado no serán recuperados sin la colaboración del Estado del pabellón, a menos que el buque y la aeronave hayan sido expresamente abandonados de conformidad con las leyes de ese Estado”¹³²⁰. Sin embargo, señala Forrest que esta cuestión no afecta directamente a la inmunidad soberana. De hecho, expresa con rotundidad que “neither this, nor any other prescriptive rules in the UCH Convention refers to sovereign immunity”¹³²¹. En cualquier caso, el artículo 7(3) debe leerse conjuntamente con el artículo 2(8)¹³²², el cual dicta que las normas relativas a la inmunidad no se modifican. De este modo, señalan Aznar y Roberts, se refuerza el hecho de que el consentimiento expreso del Estado del pabellón

¹³¹⁸ Véase párrafo 12. La Declaración puede verse en <https://www.oei.es/historico/xicic.htm> (consultada por última vez el 11 de noviembre de 2020). Véase Aznar, *ibid.*, pp. 127-128.

¹³¹⁹ Véase las Declaraciones de Estados Unidos, el Reino Unido, España, Japón, Alemania, Francia y Rusia, Federal Register, *op. cit.*

¹³²⁰ Véase la propuesta en UNESCO Doc. 31 C/COM.IV/DR.5, de 26 de octubre de 2001 (citada por Aznar, *ibid.*, p. 128).

¹³²¹ Véase FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law: Effective Legal Governance of WWI Wrecks Maritime Legacies*, *op. cit.*, p. 226. En cambio, el término “inmunidad soberana” se utiliza en relación con los buques modernos que puedan descubrir patrimonio cultural subacuático y, debido a esa inmunidad, no están obligados a informar de sus hallazgos como se dispone en la Convención sobre el Patrimonio Cultural Subacuático. *Ibid.*

¹³²² *Ibid.*; Véase también ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 850.

es un requisito¹³²³. Análogamente, el artículo 2(2) de la misma Convención dispone que los Estados Partes cooperarán en la protección del patrimonio cultural subacuático. Este último artículo se hace eco de la disposición general del artículo 303(1) de la CNUDM, según el cual, los Estados tienen la obligación de proteger los objetos del patrimonio cultural subacuático hallados en el mar y cooperarán a tal efecto. Si el Estado ribereño no informara al Estado del pabellón del descubrimiento, afirma Roberts que “it would surely breach both provisions”¹³²⁴.

El concepto de “vínculo verificable” del artículo 7(3) es particularmente útil cuando el transcurso del tiempo dificulta la identificación de un buque como buque de Estado¹³²⁵. Dromgoole advierte que, en el caso de los pecios más antiguos, puede ser difícil determinar si se utilizaron exclusivamente para un servicio oficial no comercial¹³²⁶. Argumenta Roberts que el concepto de “vínculo verificable” sigue otorgando al “potential flag State” el derecho a ser notificado y consultado, y asegura que el Estado ribereño coopere con el Estado del pabellón para garantizar la

¹³²³ AZNAR GÓMEZ, M. J., “The Legal Protection of Underwater Cultural Heritage: Concerns and Proposals”, *op. cit.*, p. 128; ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 850. De hecho, la preocupación de algunos Estados, en particular Estados Unidos, es que la Convención de la UNESCO no aborda ni reconoce explícitamente “the regime under which the flag State must consent before its vessels can be the subject of recovery.” Statement of Robert C. Blumberg, Chair of U.S. Observer Delegate to the 31st UNESCO General Conference, to Commission IV of the General Conference, Regarding the U.S. Views on the UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage, October 29, 2001, Paris, France, citada por Aznar, *ibid* (disponible en http://www.gc.noaa.gov/documents/gcil_heritage2_blumberg.pdf, última consulta el 11 de noviembre de 2020). Señala Aznar que “[t]his issue includes concerns about respect of ownership and the sovereign immunity of sunken State vessels located in the internal waters and territorial waters of a coastal State.” (no obstante, señala Aznar que “[a]ctually, the UNESCO Convention’s negotiators early accepted that the text would not address the question of title or property”). Sin embargo, “[a]rticle 7(3) of the UNESCO Convention, however, does not automatically mean that the Convention does not respect the flag State consent regime or that ownership or title lies with the coastal State. On the contrary: the flag State consent regime and sovereign immunity are recognized throughout the Convention and the continuing title of the flag State is expressly provided for in article 2(8)”. *Ibid*.

¹³²⁴ ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 850.

¹³²⁵ *Ibid.*, pp. 850-851.

¹³²⁶ DROMGOOLE, S., *Underwater Cultural Heritage and International Law*, *op. cit.*, p. 156.

mejor protección posible del patrimonio cultural subacuático¹³²⁷. Análogamente, cuando se puede entrar en contacto con otros Estados con “vínculos verificables”, por ejemplo, los intereses del Estado en la carga o la tripulación, se presenta la oportunidad de cooperar en la protección del pecio¹³²⁸.

Concluye Forrest que es evidente que la Convención de la UNESCO no introduce ningún cambio en el concepto de inmunidad soberana. En la medida en que puede haber algún desacuerdo en cuanto a su aplicación al patrimonio cultural subacuático, este principio general, afirma el autor, “simply maintains the uncertainty *status quo*”¹³²⁹. El artículo 7(3) no limita ninguna obligación o restricción existente que el Estado ribereño pueda tener en relación con el buque de Estado de otro Estado en su mar territorial. Así pues, el Estado del pabellón puede seguir confiando en el concepto de inmunidad soberana en relación con dicho buque¹³³⁰. Pone el énfasis Forrest en que el término “deber[í]a” del mencionado artículo tiene claramente el propósito establecido de “cooperar sobre los mejores métodos de protección de [el] buque de Estado” y la aplicación del principio de inmunidad soberana a dicho buque no sería incompatible con este propósito¹³³¹.

Como hemos enunciado, el segundo artículo problemático es el artículo 10(7) de la Convención de la UNESCO. Si bien establece que “no se efectuará ninguna actividad dirigida a un buque (o aeronave) de Estado

¹³²⁷ ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 851.

¹³²⁸ Tal y como hemos comentado con relación al galeón *San José*; en cuyo caso, y en el momento de redacción de estas líneas, el acuerdo de cooperación aún no se ha materializado. Como ejemplo de la cooperación de los Estados, Elkin trae a colación el HMS *Swift*, un pecio británico en Argentina. ELKIN, D., “HMS Swift: Scientific Research and Management of Underwater Cultural Heritage in Argentina” en GRENIER, R. y NUTLEY, D. y COCHRAN, I. (eds), *Underwater Cultural Heritage at risk: Managing Natural and Human Impacts*, ICOMOS, París, 2006, pp. 76-78.

¹³²⁹ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law: Effective Legal Governance of WWI Wrecks* *Maritime Legacies*, *op. cit.*, p. 227.

¹³³⁰ *Ibid.*

¹³³¹ *Ibid.*

sin el acuerdo del Estado del pabellón”; en primer lugar, dicho párrafo especifica lo siguiente: “A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2 y 4 del presente artículo”. El artículo 10(2) de la Convención de la UNESCO dispone que: “Un Estado Parte en cuya zona económica exclusiva o en cuya plataforma continental esté situado el patrimonio cultural subacuático tiene derecho a prohibir o a autorizar cualquier actividad dirigida a este patrimonio para impedir cualquier intromisión en sus derechos soberanos o su jurisdicción reconocidos por el derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. En una primera lectura, el artículo 10(2) parece otorgar a los Estados ribereños un amplio derecho para prohibir o autorizar cualquier actividad dirigida al patrimonio cultural subacuático, incluidos los buques de Estado, en su ZEE y su Plataforma Continental; no obstante, no otorga al Estado ribereño un título sobre el patrimonio cultural subacuático en su territorio, ni implícitamente ni de otro modo¹³³². Según Roberts, se trata de una inclusión necesaria para equilibrar los derechos legítimos y los intereses soberanos de los Estados, y simplemente “restates the competence that States already have under UNCLOS to prevent interference with their sovereign rights”¹³³³. Sin embargo, Aznar especifica que, sin el consentimiento del Estado del pabellón, se admite que los Estados ribereños podrían adoptar medidas soberanas relativas a la seguridad de la navegación, que, precisa, “could damage the wreck”¹³³⁴. El artículo 10(4) de la Convención de la UNESCO dispone que: “Sin perjuicio de la obligación de todos los Estados Partes de proteger el patrimonio cultural subacuático mediante la adopción de todas las medidas viables conformes al derecho internacional, con el fin de impedir todo peligro inmediato para el patrimonio cultural subacuático, incluido el saqueo, *el Estado Coordinador podrá adoptar todas las medidas viables y/o conceder cualquier autorización que resulte necesaria de conformidad con la presente Convención y, de ser*

¹³³² ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 851.

¹³³³ Véase Roberts citando a título de ejemplo el artículo 73(1) de la CNUDM. *Ibid.*

¹³³⁴ AZNAR GÓMEZ, M. J., “The Legal Protection of Underwater Cultural Heritage: Concerns and Proposals”, *op. cit.*, p. 130.

necesario, con anterioridad a las consultas, con el fin de impedir cualquier peligro inmediato para el patrimonio cultural subacuático, ya sea ocasionado por la actividad humana o por cualquier otra causa, incluido el saqueo. Al adoptar tales medidas se podrá solicitar la asistencia de otros Estados Partes”¹³³⁵. Por lo que respecta a este artículo, mientras que, *a priori*, parece limitar el alcance de la inmunidad soberana al permitir que el Estado ribereño actúe antes de la consulta¹³³⁶; defiende en realidad el principio de inmunidad soberana¹³³⁷, pues, el Estado ribereño solo puede tomar medidas inmediatas para evitar daños al patrimonio cultural subacuático. Esto significa que el Estado ribereño puede impedir el saqueo u otros daños al buque de Estado, preservando así el pecio y su condición de soberano. Al respecto, señala Aznar que durante la redacción de las *Directrices operativas para la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático*, el peligro inmediato se definió como la existencia de condiciones de las que cabe razonablemente esperar que causen daño, destrucción o saqueo a un patrimonio cultural subacuático específico en un breve plazo de tiempo y que pueden eliminarse adoptando medidas de salvaguardia. Finalmente, esta definición no se incluyó en las *Directrices*, adoptadas por la Resolución 6/MSP 4 de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención¹³³⁸.

Por último, con relación a la Zona, en virtud del artículo 12(7) de la Convención de la UNESCO, “[n]ingún Estado Parte emprenderá ni autorizará actividades dirigidas a un buque o aeronave de Estado en la Zona sin el consentimiento del Estado del pabellón.” Por consiguiente, concluye Aznar que “[t]he recognition of the flag State’s interest is therefore not affected, *but reinforced*. Furthermore, nothing in the Convention -which must be interpreted contextually- implies that the legal status of sunken State vessels changes by the mere fact that they are located in the internal waters, archipelagic waters or territorial seas of a

¹³³⁵ Énfasis añadido.

¹³³⁶ ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 851.

¹³³⁷ Así lo sostienen Roberts (*ibid*) y Aznar (“The Legal Protection of Underwater Cultural Heritage: Concerns and Proposals”, *op. cit.*, p. 130).

¹³³⁸ UNESCO doc. CLT/ CEH/ CHP/ 2013/OG/H/1, Agosto de 2013. Véase AZNAR, M.J., *ibid*.

coastal State instead of on the continental shelf or in the Area. The principles of sovereignty and immunity thus contextually irradiate throughout the Convention: these tenets of international law are (and must be) well balanced with the protection of sunken State vessels when considered as underwater cultural heritage under the definition provided for in article 1 of the Convention”¹³³⁹.

Ahora bien, conviene tener presente, tal y como señala Forrest, que al menos en lo referente a los pecios, el contenido exacto de la inmunidad soberana en el derecho internacional no es definitivo; aunque se espera que la Resolución de 2015 del *Institut de Droit International* aporte cierta claridad a la posición¹³⁴⁰. A pesar de que la Convención de la UNESCO no modifica el derecho internacional relacionado con la inmunidad soberana, no todos los juristas suscriben la noción de que un buque de Estado hundido conserva su inmunidad. El fundamento teórico de la inmunidad soberana respecto de los buques de Estado hundidos es ambiguo, lo que significa que hacer valer la posición de un determinado Estado en todas las jurisdicciones podría resultar problemático¹³⁴¹. De hecho, ha habido ejemplos de desacuerdo entre los Estados ribereños y el Estado del pabellón en cuanto a si un buque está sujeto a la inmunidad soberana¹³⁴². Dependiendo del principio de inmunidad soberana para proteger eficazmente los pecios militares o estatales hace, tal y como indica Roberts, que se necesite la cooperación de otros Estados para aplicarlo de manera uniforme. De este modo, este autor se pregunta si la Convención de la UNESCO es más eficaz que el principio de inmunidad soberana¹³⁴³. Señala con rotundidad Forrest que la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático evita esta cuestión de incertidumbre al incluir a los buques

¹³³⁹ *Ibid.* Énfasis añadido.

¹³⁴⁰ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law: Effective Legal Governance of WWI Wrecks Maritime Legacies*, *op. cit.*, p. 280.

¹³⁴¹ Véase ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 851.

¹³⁴² Como el pecio del HMS *Birkenhead* en aguas territoriales sudafricanas.

¹³⁴³ Véase ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 851.

de Estado en el régimen de patrimonio cultural subacuático y exhortar específicamente a los Estados ribereños a que informen al Estado del pabellón del descubrimiento de uno de sus buques hundidos¹³⁴⁴. No se trata simplemente de todos los buques sujetos a la inmunidad del Estado a los que se hace referencia, sino a los buques de Estado tal como se definen en la Convención de la UNESCO, es decir, buques que son propiedad de un Estado u operados por él y que se utilizan, en el momento del hundimiento, solo para un servicio público no comercial, que sean identificados como tales y que correspondan a la definición de patrimonio cultural subacuático¹³⁴⁵. Cabe destacar que esta definición hace referencia a la propiedad y/o utilización del buque en el momento del hundimiento. Por tanto, el estatuto jurídico del buque en el momento del naufragio es un factor determinante para determinar si se trata de un “buque de Estado” a los efectos de la Convención. A diferencia de la inmunidad soberana, que los Estados convienen que puede perderse por abandono, el estatuto jurídico de un buque en el momento del hundimiento, en palabras de Roberts “is a fact in law that cannot be transferred or lost”¹³⁴⁶. Siempre que un Estado pueda identificar los restos de sus buques de Estado y ofrecer garantías de su condición de buque no explotado comercialmente, los intereses del Estado permanecerán en virtud de la Convención de la UNESCO a pesar de que se haya perdido la inmunidad¹³⁴⁷. Así pues, los buques que ya no están sujetos a la inmunidad soberana — o en los que podría haber algún desacuerdo sobre este punto — están sujetos al régimen del patrimonio cultural

¹³⁴⁴ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law: Effective Legal Governance of WWI Wrecks* *Maritime Legacies*, op. cit., p. 280.

¹³⁴⁵ Véase artículo 1(8) de la Convención de la UNESCO de 2001. La definición de «buque de Estado» de la citada Convención es mucho más amplia que la ofrecida, y ya comentada, por la Resolución del *Institut de Droit International* de 2015.

¹³⁴⁶ Véase ROBERTS, H., op. cit., p. 852.

¹³⁴⁷ *Ibid.*

subacuático¹³⁴⁸. Así se plasma en el Impact Review del Reino Unido (2014)¹³⁴⁹, en lo referente a los buques de guerra británicos *HMS Aboukir*, *HMS Cressy* y *HMS Hogue*. Estos buques siguen siendo buques de Estado según la definición de la Convención de la UNESCO, a pesar de que la venta de los mismos, posterior al hundimiento, como chatarra en los años 50 puede haber puesto fin a cualquier derecho a la inmunidad soberana¹³⁵⁰; pues, como ya hemos comentado, la mayoría de los Estados perciben que la inmunidad se pierde cuando se abandona el título¹³⁵¹. Si tanto el Reino Unido como los Países Bajos fueran parte en esta Convención, los Países Bajos tendrían la obligación de cooperar en la protección de estos pecios¹³⁵². Señala Forrest que la necesidad de invocar el régimen de protección cooperativa de la Convención sobre el patrimonio cultural subacuático además de, y para reforzar, la inmunidad soberana se ilustra claramente en la respuesta del gobierno británico al salvamento no regulado¹³⁵³ de los pecios del *HMS Queen Mary* y

¹³⁴⁸ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law: Effective Legal Governance of WWI Wrecks* *Maritime Legacies*, op. cit., p. 280.

¹³⁴⁹ En 2013, la Academia Británica y la Fundación Honor Frost convocaron un Comité Directivo conjunto de arqueólogos y expertos en patrimonio cultural subacuático, lo que dio lugar a la publicación del *Impact Review* del Grupo de Revisión de la Convención de 2001 de la UNESCO en el Reino Unido. UK UNESCO 2001 Convention Review Group, "The UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 2001: An Impact Review for the United Kingdom", Final Report, 2014. Véase ROBERTS, H., op. cit., p. 835.

¹³⁵⁰ UK Review, *ibid.*, p. 47.

¹³⁵¹ Federal Register, op. cit.

¹³⁵² FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, op. cit., p. 280.

¹³⁵³ Para una aclaración del término «salvamento» así como para un examen de la recuperación de los pecios, véase FORREST, C., *ibid.*, pp. 120-127: ("The immunity of sunken warships of other States appears not to have been applied during the war, and the belligerent States readily recovered sunken enemy ships and in some cases, commissioned them as their own. The presumption appears to have been that this was tantamount to capture of that ships", *ibid.*, pp. 121-122; "The poor post-war world economy dictated the recovery and salvage of many warships and other ships that were economically valuable, recovered either by the State or salvaged by private companies..." *ibid.*, p. 125). Véase también L' HOUR, M., "Underwater Cultural Heritage from World War I: A Vast, Neglected and Threatened Heritage" en GUÉRIN, U; REY DA SILVA, A. y SIMMONDS, L., *The Underwater Cultural Heritage from World War I: Proceedings of the*

*HMS Indefatigable*¹³⁵⁴ hundidos en la batalla de Jutlandia, acaecida durante la Primera Guerra Mundial¹³⁵⁵. Como el caso anterior, estos pecios militares ya han sido vendidos por el Reino Unido. Tras los llamamientos para evitar que los citados buques de guerra fueran rescatados por una empresa neerlandesa, el Reino Unido consideró que, como se habían vendido como chatarra después del hundimiento, ya no tenían inmunidad soberana, por lo que estimó que poco podía hacer para impedir la interferencia. De este modo, pese a que, en respuesta a una pregunta parlamentaria, el Ministro de Estado de las Fuerzas Armadas invocó la inmunidad soberana y la Protection of Military Remains Act 1986 como mecanismo a través del cual se protegerían estos pecios¹³⁵⁶; a continuación, el Ministro reconoció efectivamente la inutilidad de utilizar la inmunidad soberana como mecanismo de protección para estos pecios al declarar que “[a]fter due consideration, following liaison with UK and international prosecution authorities, it was concluded by the Ministry of Defence Police that no further action could be taken”¹³⁵⁷.

Si el Reino Unido y los Países Bajos hubieran sido Estados Partes, se habría necesitado la aprobación del Reino Unido para cualquier actividad dirigida a los pecios de Jutlandia, que estaban en servicio activo cuando se hundieron. Además, como la explotación comercial también

Scientific Conference on the Occasion of the Centenary of World War I, Unesco, 2015, p. 99; DELGADO, J. y VARMER, O., “The Public Importance of World War I Shipwrecks: Why a State Should Care and the Challenges of Protection”, en GUÉRIN et al. *ibid*, p. 108.

¹³⁵⁴ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 280.

¹³⁵⁵ Más de 6.000 soldados británicos murieron en la batalla frente a la costa de Noruega, además de aproximadamente 2.500 soldados alemanes. Véase McCARTNEY, I., “The Battle of Jutland’s Heritage Under Threat: Commercial salvage on the shipwrecks as observed 2000 to 2016”, *The Mariner’s Mirror*, vol. 103, nº. 2, 2017, pp. 196-204.

¹³⁵⁶ Así pues declaró: “The Government of the United Kingdom would strongly condemn any desecration of any site of maritime military graves. By invoking the principle of Sovereign Immunity, and by designating specific vessels under the Protection of Wrecks Act 1973 and the Protection of Maritime [sic] Remains Act 1986, we endeavour to protect these important sites where we are able”. Parliamentary answer by Mark Lancaster, Minister of State for the Armed Forces, 6 June 2016 c 38932.

¹³⁵⁷ *Ibid*.

está excluida por la Convención, los buques de pabellón neerlandés que realizan labores de salvamento con fines de lucro también habrían infringido sus disposiciones¹³⁵⁸. Por supuesto, los restos humanos también deben ser respetados en virtud del artículo 2(9) de la Convención de la UNESCO de 2001 y la Regla 5 de su Anexo. Se trata, según Elena Pérez Álvaro y Mariano Aznar, de una norma consuetudinaria plasmada en la Convención de la UNESCO de 2001. Según Pérez Álvaro, habrá que evaluar las distintas posibilidades de recuperar dichos restos, preservarlos o dejarlos donde se encontraran, reivindicando su valor como un lugar sagrado, un cementerio submarino o un monumento en recuerdo de las víctimas. Finalmente, la autora se inclina por la última de las soluciones¹³⁵⁹. Por todo ello, afirma Roberts que “[a]s long as States are party to the Convention, sovereign immunity is not strictly required to prevent interference with sunken warships”¹³⁶⁰ así como que “[t]he Convention provides a level of protection beyond what sovereign immunity can offer wrecked warships”¹³⁶¹. El autor declara en este sentido, que la legislación nacional es insuficiente para proteger los pecios militares o estatales más allá de los límites marítimos del Estado del pabellón¹³⁶². Así pues, aunque las leyes nacionales contengan disposiciones para la protección de estos, no tendrían que ser cumplidas por las jurisdicciones extranjeras. En España, la Ley 14/2014 de navegación marítima dispone en su artículo 382(1) que “(...), cualquiera que sea el momento en que se produjo su pérdida y el lugar en que se encuentren, los buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos, sus restos y los de sus equipos y carga, son bienes de dominio público estatal, inalienables,

¹³⁵⁸ Los artículos 2(7) y 4 de la Convención de la UNESCO de 2001, y la Regla 2 de su Anexo, no permiten la aplicación de las normas sobre salvamento y hallazgos.

¹³⁵⁹ Véase PÉREZ ÁLVARO, E., “Shipwrecks as Watery Graves: Cultural Attitudes, Legal Approaches and Ethical Implications”, *Derecho del Mar y sostenibilidad ambiental (...)*, op. cit., pp. 134 y 141; AZNAR, M.J., “Legal Status of Sunken Warships Revisited”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 9, 2003, pp. 61-101.

¹³⁶⁰ ROBERTS, H., op. cit., p. 852.

¹³⁶¹ *Ibid.*

¹³⁶² *Ibid.*, p. 853.

imprescriptibles e inembargables y gozan de inmunidad de jurisdicción". Por su parte, el citado Real Decreto 371/2020, por el que se aprueba el Reglamento de Extracciones Marítimas señala en su Preámbulo que: “[a]tribuyendo la Ley (refiriéndose a la Ley 14/2014), en el artículo 382.2, competencias plenas a la Armada para la protección de los buques de Estado españoles naufragados o hundidos, el real decreto contempla también ciertas manifestaciones de dicha protección y regula el particular régimen al que en este caso han de sujetarse las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de aquellos. Entre las medidas de protección, se opta por aplicar criterios propios del patrimonio cultural subacuático, tales como la conservación *in situ* y el respeto a los restos humanos, a todos los buques de Estado naufragados o hundidos, tanto por la garantía de conservación que ello supone, como por la incuestionable realidad de que el paso del tiempo los irá transformando en patrimonio cultural subacuático. En cuanto a la extracción de los mismos, únicamente se prevé cuando existan razones históricas, culturales, de vulnerabilidad o de otra índole que la hagan necesaria o conveniente para su protección”¹³⁶³. El artículo 382(3) de la Ley 14/2014 de navegación marítima dispone que “[l]os restos de buques de guerra extranjeros hundidos o naufragados en espacios marítimos españoles gozan de inmunidad de jurisdicción (... No obstante, las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de los mismos deberán ser acordadas entre los órganos competentes del Estado de su pabellón y el Ministerio de Defensa)”¹³⁶⁴. Con relación al artículo 382(3), el Real Decreto 371/2020 dispone en su artículo 2(4) que: “[l]os convenios que se suscriban por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación respecto de los buques de guerra extranjeros hundidos o naufragados en espacios marítimos españoles estarán encaminados a establecer un marco de colaboración con el Estado del pabellón que permita la contribución y participación de las instituciones españolas en el estudio, investigación y protección del pecio de que se trate”. El citado párrafo 3 del artículo 382 de la Ley 14/2014 de navegación marítima no deja de ser un fiel reflejo del artículo 2(8) de la Convención de la UNESCO de 2001, a tenor del

¹³⁶³ Paréntesis añadido.

¹³⁶⁴ Paréntesis añadido.

cual: “De conformidad con la práctica de los Estados y con el derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, nada de lo dispuesto en esta Convención se interpretará en el sentido de modificar las normas de derecho internacional y la práctica de los Estados relativas a las inmunidades soberanas o cualquiera de los derechos de un Estado respecto de sus buques y aeronaves de Estado”. Sin embargo, compartimos la visión de Forrest y Roberts según la cual, la confianza en la inmunidad soberana por sí sola es insuficiente “in the absence of clear jurisprudence indicating customary international law status. Even with this confirmation, it is likely that immunity only applies where the flag State has not abandoned title.”¹³⁶⁵. En este caso, la Convención de la UNESCO de 2001 perdió la oportunidad de aclarar la cuestión¹³⁶⁶, pero, por otra parte, es la única forma real de salvaguardar los pecios militares o estatales sin modificar el derecho y la práctica de los Estados con relación a la inmunidad soberana¹³⁶⁷. Como la inmunidad soberana de los buques de Estado hundidos no constituye aún una norma consuetudinaria plenamente establecida, a lo que se une la consideración de que la inmunidad ya no opera cuando se ha abandonado la propiedad del Estado, el principio de inmunidad puede no ser el método más eficaz¹³⁶⁸ para proteger tales pecios. La Convención de la UNESCO puede proteger los pecios en los que se ha perdido el título, pues como hemos señalado, define el buque de Estado por su condición en el momento del hundimiento; de este modo, en palabras de Roberts, evita ofrecer una base teórica para la extensión de la inmunidad soberana¹³⁶⁹. Lejos de disminuir el principio de inmunidad para los buques de Estado

¹³⁶⁵ ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 853. Véase también FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 282.

¹³⁶⁶ Véase en sentido RISVAS, M., *op. cit.*, p. 292; SCOVAZZI, T., “Protection of underwater cultural heritage: The UNCLOS and 2001 UNESCO Convention”, *op. cit.*, p. 457.

¹³⁶⁷ En este sentido, afirma Forrest que “[t]he most effective way to protect legacy wrecks is by cooperation between States. The UCH Convention is essentially just that – a mechanism for State cooperation at a multilateral level”. FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 303.

¹³⁶⁸ ROBERTS, H., *op. cit.*, p. 853.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 854.

hundidos, refuerza la protección y defiende los intereses del Estado al salvaguardarlos más allá de lo que se puede lograr confiando únicamente en la inmunidad soberana. Habida cuenta de ello, no modifica ninguna inmunidad que pueda existir ya en el derecho internacional y así lo estipula explícitamente. En este sentido, Roberts defiende la adhesión del Reino Unido a la Convención de la UNESCO de 2001, pues significaría, además de continuar con su práctica de considerar inmunes los buques de Estado hundidos, que todos los pecios de Estado abandonados también recibirían protección como «buques de Estado»¹³⁷⁰. La *Royal Navy Loss List*, publicada en 2014, indica que hay más de 4.747 pecios de la Royal Navy del período 1600-1945 en los océanos de todo el mundo. La evaluación también muestra que hasta dos tercios de estos pecios son pérdidas de la Primera y la Segunda Guerra Mundial¹³⁷¹. Habiendo llegado ya al centenario de la Primera Guerra Mundial, un número importante de pecios en todo el mundo entran ahora en el ámbito de aplicación de la Convención.

2.3. INMUNIDAD SOBERANA Y TUMBAS MARINAS DE GUERRA

Tal y como advierte Forrest, el centenario del fin de la Primera Guerra Mundial ha despertado el interés y la preocupación por sus pecios, y especialmente por su condición de “tumbas marinas de guerra”¹³⁷². Los pecios como tumbas de guerra podrían ser considerados como un interés que involucra únicamente al Estado del pabellón. Si bien es probable

¹³⁷⁰ *Ibid* (“Given that many of these wrecks have already been irreparably damaged, and the illegal and unethical salvage of warships remains ongoing, the UK Government should consider their protection an ‘immediate priority’ and reconsider its indefinite hiatus on reviewing the Convention”).

¹³⁷¹ “The UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 2001: An Impact Review for the United Kingdom”, Final Report (*op. cit.*), Royal Navy Loss List, Appendix 2.1. En este sentido, señala Roberts que “[a]s these wrecks reach the 100-year threshold to fall within the remit of the UNESCO Convention, and so eligible for greater protection, ratifying the Agreement becomes more significant than ever. Treasure salvors, metal looters and grave robbers are not moved by government priorities”. *Ibid.*, p. 836.

¹³⁷² FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 304. *Recuérdese* que no existe el concepto legal de “tumba marina de guerra” (véase notas 1311 y 1312).

que muchos de los Estados beligerantes solo hayan hecho perecer a sus propios nacionales con el hundimiento del buque de su pabellón, existen numerosas excepciones¹³⁷³. Así, por ejemplo, el *Mendi*, un buque de tropas británico hundido en aguas británicas pero de particular importancia para Sudáfrica, ya que la gran mayoría de los que perecieron con el buque eran tropas sudafricanas¹³⁷⁴. De este modo, y refiriéndose a estos pecios, señala Forrest que al ser “the result of a global war”, su protección requiere “a global response”¹³⁷⁵. La aplicación de la inmunidad soberana a los buques de guerra y otros buques de Estado por las grandes potencias marítimas concluyó que hay un fuerte argumento para su aplicación y que el artículo 3 de la Resolución del *Institut de Droit International*, en el sentido de que “sunken State ships are immune from the jurisdiction of any State other than the flag state”, puede surgir como derecho internacional consuetudinario. Sobre la base de que el buque de Estado es propiedad del Estado, y cumple una función gubernamental, esta inmunidad es apta¹³⁷⁶. Además, esto se aplica a los buques que no son propiedad del Estado pero que son explotados por el Estado con fines gubernamentales no comerciales. Esta función gubernamental se ha reflejado a menudo en la utilización militar continuada de los pecios en la posibilidad de su puesta a flote, o en relación con la preocupación por la seguridad de los secretos militares de Estado a bordo; no obstante, los pecios también pueden cumplir la función estatal de ser tumbas marinas de guerra. Tal y como argumenta Forrest, “[i]t is clear that all the belligerent States of the war saw the burial of the dead and the erection of appropriate memorials to those who died as a *State function*; and one that continues in perpetuity in the upkeep of those places”¹³⁷⁷. Así pues, la aplicación de este principio central a los buques

¹³⁷³ Véase FORREST, C., *ibid.*, p. 302.

¹³⁷⁴ Véase GRIBBLE, J. y SCOTT, G., *We Die Like Brothers: The Sinking of the SS Mendi*, Historic England, 2017.

¹³⁷⁵ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 304.

¹³⁷⁶ RONZITTI, N. (Rapporteur): “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Tallinn 2015), *op. cit.*, p. 276.

¹³⁷⁷ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, pp. 259-260.

de Estado “invests those vessels that are maritime war graves with the blanket of State immunity”¹³⁷⁸. Este argumento es respaldado por el artículo 12 de la Resolución del *Institut de Droit International* que exige el respeto de los restos humanos que se encuentren en un buque de Estado hundido y que ese respeto puede, y de hecho debe, consistir en reconocer el pecio como un “cementerio de guerra”¹³⁷⁹, lo que encarna la función del Estado sobre la que descansa la inmunidad estatal. Si bien la insistencia en el reconocimiento de la inmunidad soberana podría servir de base para la protección, compartimos el parecer de Forrest según el cual la Convención de la UNESCO de 2001 ofrece una alternativa más viable como mecanismo de protección, aunque no reconoce el concepto de “tumba marina de guerra”¹³⁸⁰. Es decir, tal y como ya avanzamos, la citada Convención incluye los restos humanos dentro de su ámbito e insiste en que los Estados garanticen que se respeten debidamente todos los restos humanos que se encuentren en las aguas marítimas. Estas normas no se pueden asegurar con el argumento de que el buque en cuestión está sujeto a la inmunidad soberana. La cooperativa Convención de la UNESCO de 2001 está en mejores condiciones de garantizar que los restos están protegidos o, cuando proceda en un contexto arqueológico, tratados con respeto¹³⁸¹. Por tanto, la inmunidad soberana en este contexto añade poco. Prueba de ello son los nuevos desarrollos en el derecho internacional, que se refieren, por un lado, a la inmunidad soberana y por otro, a la protección de las tumbas marinas de guerra, derecho reflejado por ejemplo en la Resolución de 2015 del *Institut de Droit*

¹³⁷⁸ *Ibid.*, p. 260.

¹³⁷⁹ El artículo 12 de la Resolución del *Institut de Droit International* dispone que: “Due respect shall be shown for the remains of any person in a sunken State ship. This obligation may be implemented through the establishment of the wreck as a war cemetery or other proper treatment of the remains of deceased persons and their burial when the wreck is recovered. States concerned should provide for the establishment of war cemeteries for wrecks.” *Institut de Droit International*, Tallin, 29 de Agosto de 2015, *op. cit.*

¹³⁸⁰ Véase FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 282.

¹³⁸¹ El problema es que solo sería posible si los interesados son partes en el tratado, mientras que si no lo fueran, podría utilizarse (y por tanto, sería más útil) el principio general de la inmunidad soberana.

International. Algunos Estados han aprobado leyes que protegen indirectamente a los buques que se han hundido con la pérdida de la tripulación, aunque ninguno reconoce el concepto jurídico de “tumba marina de guerra”. Podría decirse que la Protection of Military Remains Act 1986 del Reino Unido es la más reseñable¹³⁸². Esta Ley se aprobó específicamente para atender a la necesidad de proteger de las interferencias los restos de los buques militares que se habían hundido con la pérdida de su tripulación. A raíz de las pérdidas navales sufridas por la Royal Navy en la guerra de las Malvinas¹³⁸³, aumentó la sensibilidad tras la recuperación no autorizada de material del *HMS Hampshire*, así como tras las alegaciones de que los buzos habían manipulado inadecuadamente los restos humanos durante el salvamento sancionado por el gobierno de los restos del pecio del *HMS Edinburgh*¹³⁸⁴. A pesar de que originalmente se llamó “Wargraves Bill”, la Ley no protege los restos del pecio como una tumba, ni el término “tumba de guerra” se utiliza en absoluto¹³⁸⁵. Afirma Forrest que, como tal, no está claro exactamente qué es lo que la Ley pretende proteger. La Ley protege los pecios, y solo por asociación, e indirectamente, protege los restos humanos, aunque el propio pecio parece no tener un valor específico. No obstante, tiene el potencial de impedir al menos que se interfiera con los pecios que son el lugar de descanso de los que murieron con su hundimiento¹³⁸⁶. La Ley dispone que el Secretario de Estado puede designar como sujeta a la misma, una embarcación específica que se hundió en el servicio militar el 4 de agosto de 1914 o después de esa fecha¹³⁸⁷. Si bien no hay criterios

¹³⁸² Véase FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, op. cit., p. 260.

¹³⁸³ Varios buques de la Royal Navy fueron hundidos alrededor de las Islas Malvinas, incluyendo el *HMS Ardent*, el *HMS Antelope*, el *HMS Coventry*, el *HMS Sheffield*, el *SS Atlantic Conveyor* y el *RFA Sir Galahad*.

¹³⁸⁴ WILLIAMS, M., “War Graves and Salvage: Murky Waters?”, *International Journal of Maritime Law*, v. 7, nº. 5, 2000, p. 151 (citado por FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, p. 260).

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 153.

¹³⁸⁶ Véase FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, op. cit., p. 261.

¹³⁸⁷ Protection of Military Remains Act, s.1(2)(a) y (3)(a).

específicos para la designación en la Ley, cada pecio debe ser evaluado como un caso individual y se pueden tener en cuenta las siguientes consideraciones: si se sabe o es probable que haya restos humanos en el pecio; si hay o no pruebas de perturbación y saqueo del pecio; etc¹³⁸⁸. La ubicación del pecio no tiene que ser conocida para que sea designado, aunque dondequiera que se encuentre ese lugar, es un “protected place” por la Ley¹³⁸⁹. Esto permite proteger los pecios antes de que sean descubiertos e interferidos. Así por ejemplo, dos submarinos británicos han sido designados como buques protegidos a pesar de que sus posiciones no se conocen. El *E50* se perdió sin dejar rastro con sus 30 tripulantes en febrero de 1918, y aún no se ha encontrado, aunque en las cartas se identifica una posición estimada de hundimiento. Del mismo modo, el *G8* que simplemente desapareció en el mismo mes en algún lugar del Mar del Norte con sus 30 tripulantes, y que tampoco ha sido encontrado todavía¹³⁹⁰. Sin embargo, se conoce la ubicación de la mayoría de los buques que figuran como sitios protegidos¹³⁹¹. La Ley también prevé que el Secretario de Estado designe una zona específica como sitio “controlled”, es decir, una zona que parece “to contain a place comprising the remains of, or of a substantial part of ... a vessel which has so sunk or been stranded”¹³⁹². Los sitios controlados, sin embargo, se relacionan con buques específicos, y como se conoce su ubicación exacta, para protegerlos en relación con ese lugar. Si bien el sitio controlado o el lugar protegido puede estar dentro de las aguas del Reino Unido, no es necesario que lo esté, y podría estar en aguas internacionales, siempre que se trate de un buque británico al que se aplique la Ley¹³⁹³. El “protected place” debe ser de un buque hundido durante o después del estallido de la Primera Guerra Mundial. A su vez, dicho buque debe ser un buque

¹³⁸⁸ MoD Consultation Document: The Military Maritime Graves and The Protection of Military Remains Act, February 2001.

¹³⁸⁹ Protection of Military Remains Act, s.1(6).

¹³⁹⁰ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 262.

¹³⁹¹ *Ibid.*

¹³⁹² Protection of Military Remains Act, s.1(2)(b).

¹³⁹³ *Ibid.*, s.1(2)(b).

que estuviese “on military service”. Es importante señalar que en la Ley se define como un buque “in service with, or being used for the purposes of, any of the armed forces of the United Kingdom or any other country or territory”¹³⁹⁴. El submarino británico *E18*, por ejemplo, perdido sin dejar rastro en mayo de 1916 con sus 30 tripulantes, fue hallado por una empresa sueca de estudios marinos en 2009 en aguas internacionales frente a la costa de Estonia. No obstante, en 2012 el *E18* fue designado como lugar protegido¹³⁹⁵. Sin embargo, los buques británicos que se encuentren en el Mar Territorial de cualquier otra nación no pueden ser designados ni sometidos a un sitio controlado, ya que entonces se encuentran dentro de la jurisdicción exclusiva del Estado ribereño¹³⁹⁶. Hacerlo, señala Forrest, infringiría la soberanía de ese otro Estado, aunque la designación solo fuera aplicable a los nacionales británicos o a los buques británicos¹³⁹⁷. La Ley también se aplica a los buques extranjeros, ya sea que estén designados o dentro de un “controlled site”, siempre que el buque se encuentre en aguas británicas¹³⁹⁸. Como ejemplos, cabe citar el caso del *UB65* que ha sido designado como un “protected place” mientras que el *UB81* ha sido designado como un “controlled site”¹³⁹⁹. Las primeras designaciones en virtud de la Ley no tuvieron lugar hasta 2002, 16 años después de su promulgación. Parece que, tras su designación, hubo “a very widespread, but erroneous belief within the diving and ex-service community that the 1986 Act conferred automatic protection on *war graves*”, un error, puntualizan Williams y Forrest, que el Ministerio de Defensa, comprensiblemente, consideró que ayudaba a prevenir la intrusión y que poco hizo por disipar¹⁴⁰⁰. En 2019, 79

¹³⁹⁴ *Ibid*, s.9(2).

¹³⁹⁵ Véase FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 263.

¹³⁹⁶ Protection of Military Remains Act, s.1(2).

¹³⁹⁷ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 263.

¹³⁹⁸ Protection of Military Remains Act, s.1(3)(b).

¹³⁹⁹ Para estos y otros casos véase FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 264.

¹⁴⁰⁰ WILLIAMS, M., “War Graves and Salvage: Murky Waters?”, *op. cit.*, p. 152.

buques habían sido designados como “protected places”, 49 de los cuales fueron hundidos durante la Primera Guerra Mundial¹⁴⁰¹. Entre los buques protegidos por la Ley, se encuentran todos los perdidos en la Batalla de Jutlandia, así como una serie de otros naufragios en los que se produjeron algunas de las mayores pérdidas de vida durante la guerra¹⁴⁰². Significativamente, también se han designado dos submarinos alemanes, el *UB65* y el *UB81*. El *UB81* se perdió en la Isla de Wight tras chocar con una mina con la pérdida de 27 de sus 34 tripulantes. El pecio de este submarino se vendió a Spithead Marine Salvage en 1975, por lo que la inmunidad soberana, *a priori*, no podría sostenerse¹⁴⁰³. La valoración que de esta Ley hace Forrest entorno a la protección de las tumbas marinas de guerra, tema generalmente descuidado en la doctrina¹⁴⁰⁴, pone de manifiesto la deficiente aspiración de protección desde la normativa nacional. Así pues, señala el autor que “[d]espite its original intent as a ‘war graves’ Act, the Protection of Military Remains Act 1986 falls a long way short of protecting ‘maritime war graves’”¹⁴⁰⁵. Aunque la Ley ofrece cierta protección para estos pecios, en realidad no reconoce el concepto de tumba marina de guerra y, de hecho, el mecanismo de protección se aplica a los propios pecios, y podría aplicarse incluso si no hubiera pérdidas de la tripulación cuando el buque se hundió; aunque la designación sería entonces, afirma Forrest, “very unlikely”¹⁴⁰⁶. Además, añade el autor, que su alcance es innecesariamente

¹⁴⁰¹ Véase Maritime and Coastguard Agency,

<https://www.gov.uk/government/publications/receiver-of-wreck-protected-wrecks>

(última consulta el 19 de diciembre de 2020).

¹⁴⁰² FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 265.

¹⁴⁰³ McCARTNEY, I., *The Maritime Archaeology of a Modern Conflict*, Routledge, New York; Oxford, 2015, pp. 95-98. El *UB65* se hundió frente a Cornwall, posiblemente por accidente, con la pérdida de los 37 tripulantes. *Ibid.*, pp. 121-125.

¹⁴⁰⁴ Véase el comentario de Aznar Gómez a la obra de Forrest *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, a la que tilda de “timely piece of legal writing on maritime war graves”. AZNAR GÓMEZ, Mariano J., en *Maritime Legacies and the Law (...)*, *ibid.*

¹⁴⁰⁵ FORREST, C., *ibid.*, p. 267.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 266.

limitado, solo cubre el pequeño número de pecios que se designan realmente. Así, por ejemplo, señala que no hay razón para que no pueda aplicarse a los buques de pabellón extranjero más allá del Mar Territorial británico. Podría, por ejemplo, incluir la protección de los buques alemanes perdidos durante la batalla de Jutlandia contra la interferencia de nacionales británicos o contra las actividades realizadas por buques británicos¹⁴⁰⁷. Sin embargo, esto ha creado la preocupación de que, si bien se impide a los nacionales y buques británicos interferir en los pecios británicos que se encuentran más allá de las aguas británicas, como los situados frente a Jutlandia, los nacionales y buques de otras naciones pueden interferir en estos sitios con cierta impunidad; a pesar de que están sujetos a la inmunidad soberana¹⁴⁰⁸. En los casos en que otros Estados tienen una legislación que también protege a esos buques, el riesgo se reduce al mínimo. Lamentablemente, tal y como constata Forrest, son pocos los otros Estados que cuentan con legislación de este tipo¹⁴⁰⁹. Respecto del Reino Unido, también cabe mencionar sus *Guidelines on How Existing Policies and Legislation Apply to Historic Military Wrecks Sites* de 2014 que dan efecto a las normas de la Convención de la UNESCO de 2001¹⁴¹⁰. Con relación a otros Estados, la ya citada *Sunken Military Craft Act* de Estados Unidos se ocupa específicamente

¹⁴⁰⁷ *Ibid.* Según la s. 3(1) de la *Protection of Military Remains Act*, esta Ley solo se aplica a los nacionales británicos y a los buques británicos que se encuentran fuera de su propio Mar Territorial.

¹⁴⁰⁸ FORREST, C., *ibid.* Véase también DROMGOOLE, S., "Military Remains on and around the Coast of the United Kingdom", *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 2, 1996, p. 33.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*

¹⁴¹⁰ Además estas *Guidelines* añaden que: "Activities shall avoid the unnecessary disturbance of human remains; wherever possible, human remains shall be left *in situ*; human remains will be treated at all time with the utmost respect and sensitivity and to try not to disturb them and to minimise any disturbance that proves to be inevitable. Should human remains be accidentally retrieved, the MoD shall be immediately notified. No photographic or other images of human remains shall be published, and no publicity material shall refer to any human remains associated with the wreck without prior written authorization from the MoD. Human remains shall not be considered as artefacts". Véase *Protection and Management of Historic Military Wrecks outside UK Territorial Waters: Guidance on How Existing Policies and Legislation Apply to Historic Military Wreck Sites* (Department of Culture, Media and Sport and the Ministry of Defence, abril 2014).

de la protección de las naves militares de Estados Unidos y de las naciones extranjeras que se encuentran en aguas estadounidenses¹⁴¹¹. Se entiende por *sunken military craft* “any sunken warship, naval auxiliary, or other vessel that was owned or operated by a government on military non-commercial service when it sank” junto con su contenido asociado, es decir, su “equipment, cargo, and contents of a sunken military craft that are within its debris field” y “the remains and personal effects of the crew and passengers”¹⁴¹². En relación con estos buques militares hundidos, “[n]o person shall engage in or attempt to engage in any activity directed at a sunken military craft that disturbs, removes, or injures any sunken military craft, except” con la autorización correspondiente¹⁴¹³. De este modo se elimina la aplicación del derecho sobre los hallazgos y el salvamento sin el consentimiento del Estado del pabellón¹⁴¹⁴. La Ley se aplica a todas las naves militares hundidas dentro del Mar Territorial y la Zona Contigua de Estados Unidos, incluidas las de un Estado extranjero¹⁴¹⁵. Además, las actividades dirigidas a un buque de un Estado extranjero solo se autorizarán si lo solicita el Estado del pabellón extranjero¹⁴¹⁶. Si bien se incluyen en el ámbito de aplicación de la Ley los buques “operated by the government on military non-commercial services”, este término no está definido; por lo que señala Forrest que “this leaves these vessels liable to salvage and an application of the law of finds, *even if there are remains of crew on board*”¹⁴¹⁷. Otras leyes estadounidenses también regulan de alguna manera la interferencia en los pecios que pueden constituir una “tumba marina de guerra”, con la intención

¹⁴¹¹ Véase VARMER, O., “United States of America” en DROMGOOLE, S. (ed.), *The Protection of Underwater Cultural Heritage: National Perspectives in Light of the UNESCO Convention 2001*, Martinus Nijhoff, 2006, p. 367.

¹⁴¹² Sunken Military Craft Act 2004 s.1408.

¹⁴¹³ *Ibid* s.1402.

¹⁴¹⁴ *Ibid* s.1406.

¹⁴¹⁵ Véase *Odyssey Marine Exploration, Inc v Unidentified Shipwrecked Vessel*, 657 F.3d 1159 (11 th Cir. 2011), *op. cit.*

¹⁴¹⁶ *Ibid* s.1403(b).

¹⁴¹⁷ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 268. Énfasis añadido.

de abordar el valor arqueológico, histórico o cultural de los pecios¹⁴¹⁸. Otros Estados, como Bélgica y los Países Bajos, ofrecen una forma de protección de los pecios por su importancia histórica o arqueológica, pero no reconocen los pecios específica o conceptualmente como “tumbas marinas de guerra”¹⁴¹⁹. Lo mismo ocurre con Francia, aunque también dispone de un sólido marco de protección de los pecios de carácter histórico y arqueológico. La legislación francesa no prevé el concepto de tumba marina de guerra ni el reconocimiento de los pecios como monumento conmemorativo¹⁴²⁰. No obstante, una sentencia de un tribunal de Brest de 1994 en el caso del *Kléber*¹⁴²¹ asume que todos los buques de guerra son, por definición, bienes culturales marítimos y, por tanto, están dentro del alcance del régimen de protección del Código de Patrimonio, independientemente de si hubo víctimas cuando se hundió¹⁴²². Esto entonces va de alguna manera a abordar la protección de aquellos que sí constituyen una tumba marina de guerra, aunque operando bajo el supuesto de que los pecios son de importancia histórica y arqueológica y, por tanto, bienes culturales reconocidos por DRASSM (Le Département de recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines)¹⁴²³.

¹⁴¹⁸ Véase, por ejemplo, la Guideline 7 de la National Parks Service’s Abandoned Shipwrecks Act: *[t]o the extent possible, human remains in shipwrecks should be left in place as burials at sea. However, when remains (whether of known or unknown persons and whether intact or decomposed) are being disturbed by unavoidable or uncontrollable human activity, they should be removed and appropriately disposed of. Where the remains are of known individuals, a reasonable effort should be made to contact relatives of the deceased to discuss the removal and disposition of the remains. Until human remains are removed, activities that would disturb them should be prohibited.* National Parks Service

(<http://www.nps.gov/archeology/submerged/survey.htm>, consultada por última vez el 20 de diciembre de 2020). Véase también FORREST, C., *ibid.*, pp. 193-206.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 269.

¹⁴²⁰ Ministre de la Culture et de la Communication, Réponse écrite à law question écrite no. 35455 du octobre 1999, *Journal officiel de la République française*, A.N. (Q.) No. 50, 13 décembre 1999, p. 7128 (citado en Forrest, *ibid.*).

¹⁴²¹ Wrecksite: <https://www.wrecksite.eu/wreck.aspx?5085> (consultada por última vez el 22 de diciembre de 2020).

¹⁴²² Sentencia citada por Forrest en *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 269.

¹⁴²³ LE GURUN, G., “France” en DROMGOOLE, S. (ed.), *op. cit.*, p. 68.

No obstante, tal y como subraya Forrest, puede que no necesariamente se extienda a los buques auxiliares, sin que demuestre que el buque en cuestión tiene alguna importancia histórica y arqueológica. Por tanto, este régimen no está completo y existe la posibilidad de que un pecio que constituya una tumba de guerra quede fuera del mecanismo de protección del Código de Patrimonio¹⁴²⁴. Sin embargo, este Código francés se aplica dentro del Mar Territorial y Zona Contigua franceses, y no más allá. Recientemente, esto ha suscitado preocupaciones por la protección de las tumbas de guerra francesas que se encuentran en aguas extranjeras o internacionales; particularmente en el caso de *Danton*, que se hundió con 296 marineros. El pecio se encuentra en aguas internacionales a 35 km al suroeste de la isla de Cerdeña¹⁴²⁵. Asimismo, Francia ha expresado su preocupación y ha solicitado protección para el *Dague*, situado a unos pocos cientos de metros de la costa de Montenegro, hundido después de chocar con una mina el 24 de febrero de 1915¹⁴²⁶. Más recientemente, Canadá ha centrado su atención en la protección de los pecios de buques canadienses como tumbas marinas de guerra. En 2018, un Comité Permanente parlamentario recomendó que Canadá adoptara una legislación basada en la UK Protection of Military Remains Act del Reino Unido que se aplicará a los buques canadienses y extranjeros en aguas canadienses, así como a los buques canadienses en aguas internacionales. Asimismo, hizo un llamamiento al gobierno canadiense para que solicitara la protección de los buques canadienses que se encuentran en aguas de otros Estados¹⁴²⁷. Canadá no es parte de la Convención de la UNESCO de 2001. El citado Comité no formuló ninguna recomendación específica en relación a la posición de Canadá con respecto a dicha Convención, pero sí recomendó una legislación específica con respecto a las tumbas de guerra en lugar de una legislación destinada al

¹⁴²⁴ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, pp. 269-270.

¹⁴²⁵ Véase FORREST, C., *ibid.*, p. 270.

¹⁴²⁶ LE GURUN, G., *op. cit.*, p. 67.

¹⁴²⁷ Canada's Ocean War Graves, Report of the Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities, May 2018, 1-2.

patrimonio cultural en general¹⁴²⁸. Estas recomendaciones no se han adoptado plenamente y la Wrecked, Abandoned or Hazardous Vessels Act de 2018 dispone que el Gobernador en Consejo puede dictar reglamentos con respecto a la protección y conservación de los pecios o clases de pecios que tengan valor patrimonial, incluidas las “ocean war graves”, y disponer la expedición de permisos para acceder a esos pecios¹⁴²⁹. Las “ocean war graves” no están definidas en la ley y no se les aplica un régimen específico. Si bien el mero uso del término en la ley es alentador, queda por ver qué régimen podría construirse en última instancia mediante nuevas regulaciones¹⁴³⁰.

Por lo que respecta a España, ya ha sido mencionado el artículo 31.1 del reciente Reglamento de Extracciones Marítimas, del tenor literal siguiente: *“Los restos de los buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos que constituyan lugares de enterramiento permanente de sus dotaciones deberán ser respetados como tales, evitando perturbar innecesariamente los restos humanos y sitios venerados”*. En desarrollo de la Sección 2.^a del capítulo IV del título VI de la Ley 14/2014, de Navegación Marítima, el reglamento introduce así el concepto de “lugares de enterramiento permanente” pero referidos únicamente a “buques y embarcaciones de Estado españoles”. De este modo, la protección de las tumbas marinas de guerra de Estados extranjeros quedaría relegada a lo previsto en el también citado artículo 382.3 de la Ley de Navegación Marítima que únicamente se refiere a los “buques de guerra” y no a los “buques de Estado”. Así pues, como ya se ha dicho, el citado artículo dispone que: *“Los restos de buques de guerra extranjeros hundidos o naufragados en espacios marítimos españoles gozan de inmunidad de jurisdicción conforme a lo previsto en el artículo 50. No obstante, las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de los mismos deberán ser acordadas entre los órganos competentes del Estado de su pabellón y el Ministerio de Defensa. En su caso, tales operaciones quedarán sujetas a lo*

¹⁴²⁸ Véase BANKES, N., “Her Majesty’s Ships *Erebus* and *Terror* and the Intersection of Legal Norms”, *The Northern Review*, nº. 50, 2020, pp. 53, 74.

¹⁴²⁹ Véase la s.131(1) de la Wrecked, Abandoned or Hazardous Vessels Act 2018.

¹⁴³⁰ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, op. cit., p. 270.

establecido en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2 de noviembre de 2001". El balance de este estudio superficial de la normativa nacional es claro: más allá del Mar Territorial de cualquier Estado, la protección a través de las leyes nacionales es modesta e ineficaz. La ratificación generalizada de la Convención de la UNESCO de 2001 ofrece la forma más práctica y eficaz de lograr la protección, y el mayor impulso para ello sería la ratificación por parte del Reino Unido. Tal y como sostiene Forrest, esto podría alentar tanto a Alemania como a los Países Bajos a seguir adelante con su intención declarada de ratificar la Convención, y es probable que muchos Estados sigan su ejemplo¹⁴³¹.

2.4. INMUNIDAD SOBERANA Y PECIOS QUE REPRESENTAN RIESGOS Y AMENAZAS

Sin ánimo de entrar al desarrollo de la cuestión, que postergaremos para otro momento ulterior, ya anunciamos que los buques de guerra hundidos pueden plantear un peligro debido a las municiones que llevaban a bordo, pudiendo afectar a la Defensa Nacional¹⁴³². Señala Demesmaker, en el Colloquium on the Challenges of Unexploded Munitions in the Sea, que un siglo después de la Primera Guerra Mundial, solo en Bélgica se descubren cada año cientos de armamentos en los antiguos campos de batalla hasta el punto de que hoy en día, un escuadrón especializado en bombas del ejército recoge y destruye unas 150 toneladas de municiones en tierra anualmente¹⁴³³. Sin embargo, el marco para hacer frente a este peligro no se ha extendido al que se encuentra en el mar, donde existe una preocupación creciente por la estabilidad de los

¹⁴³¹ *Ibid.*, p. 304.

¹⁴³² Véase, por ejemplo, el artículo 30.1 del Reglamento español de Extracciones Marítimas, *op. cit.*

¹⁴³³ Colloquium on the Challenges of Unexploded Munitions in the Sea, 20 February 2019, Brussels, Comments by Mark Demesmaker

(<https://webgate.ec.europa.eu/maritimeforum/en/node/4277>, última consulta el 26 de diciembre de 2020, citado por Forrest, *Maritime Legacies and the Law (...)*, p. 179).

numerosos vertederos de municiones que siguieron al final de las hostilidades¹⁴³⁴. En un contexto más amplio, se han planteado en las Naciones Unidas los riesgos ambientales que representan los desechos de municiones químicas vertidas al mar, lo que ha generado Resoluciones de la Asamblea General en las que se pide a los Estados que cooperen para abordar el problema¹⁴³⁵. Ahora, esta preocupación se ha extendido para incluir las municiones en los pecios¹⁴³⁶. Muchos pecios se hundieron con considerables municiones a bordo o transportaban cargas peligrosas, como el mercurio y el gas mostaza. Por tanto, subraya Forrest el peligro potencial al que están expuestos aquellos que ahora se encuentran con estos pecios, ya sea voluntariamente, como los buzos, o involuntariamente, como los pescadores y los operadores de dragas. Asimismo, señala el peligro para la salud pública en los casos en que la carga peligrosa sita en el pecio pueda entrar en la cadena alimentaria a través del consumo de pescado y productos pesqueros¹⁴³⁷. A título de ejemplo, Forrest trae a colación el pecio del *HMS Royal Oak*, hundido durante la Segunda Guerra Mundial, que ha representado una amenaza sustancial para los criaderos cercanos de salmón y ostras de gran importancia para la economía regional¹⁴³⁸.

Tal y como postulaban Michel *et al.* en 2005, es necesario llegar a un acuerdo internacional sobre la forma de abordar el persistente problema de los pecios de guerra hundidos, que suelen tener derecho a la inmunidad soberana y, por tanto, quedan excluidos de la cobertura de la

¹⁴³⁴ Véase HEMA, T., “Dumped Munitions in the Framework of the UN Environment/MAP Barcelona Convention”, Colloquium on the Challenges (...), *ibid.*

¹⁴³⁵ Véase las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas A/Res/65/149, Distr. General 10 de febrero de 2011 y A/RES/68/208, Distr. general 21 de enero de 2014.

¹⁴³⁶ Véase FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 180.

¹⁴³⁷ *Ibid.*

¹⁴³⁸ *Ibid.* Véase también MICHEL, J; GILBERT, T; WALDRON, J; BLOCKSIDGE, C T; ETKIN, D S y URBAN, R., “Potentially Polluting Wrecks in Marine Waters”, *An Issue Paper Prepared for the 2005 International Oil Spill Conference*, 2005, pp. 1-40.

mayoría de los regímenes jurídicos¹⁴³⁹. Así pues, la Convención de Nairobi no se aplica a los buques de guerra, a menos que el Estado del pabellón decida lo contrario. Del mismo modo, las disposiciones sobre contaminación marina y siniestros no se aplican en principio a los buques de guerra. Por lo que respecta a la citada Resolución sobre “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law” del *Institut de Droit International*, su artículo 3 establece la inmunidad de los buques de Estado hundidos sin perjuicio de “other provisions of this Resolution”¹⁴⁴⁰. Las implicaciones de esta cláusula se hacen más claras cuando apreciamos que la resolución trata de las facultades o derechos del Estado ribereño de manera paralela. Así, la resolución confirma que el Estado ribereño tiene, en el ejercicio de su soberanía, “the exclusive right to regulate activities on wrecks in its internal waters, archipelagic waters, and territorial sea”¹⁴⁴¹, pero esto, a su vez, se expresa “without prejudice to Article 3 of this Resolution”. De este modo, el Estado ribereño puede tener el derecho exclusivo de regular las actividades en un buque estatal en esas aguas, pero un Estado ribereño cometería un ilícito internacional si ejerciera esa autoridad sin el consentimiento del Estado del pabellón de un buque estatal hundido. Por la misma razón, el Estado del pabellón cometería un ilícito si realizara unilateralmente operaciones en un buque estatal en esas aguas sin el consentimiento expreso del Estado ribereño¹⁴⁴². Para las situaciones en las que el buque de Estado hundido constituye una amenaza para la navegación o una amenaza de contaminación marina, el artículo 14 de la Resolución contempla no solo que el Estado del pabellón podría tener el deber de actuar (sujeto a la autoridad permisiva del Estado ribereño

¹⁴³⁹ J Michel *et al.*, “Potentially Polluting Wrecks in Marine Waters”, *ibid.*, p. 38: [Indeed, sunken war tonnage represents approximately 75 percent of the total number of known potentially polluting wrecks. There are obviously a number of maritime nations with a vested interest in this issue].

¹⁴⁴⁰ Véase el artículo 3 de la Resolución del *Institut de Droit International* sobre “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law”, *op. cit.*

¹⁴⁴¹ Artículo 7, *ibid.*

¹⁴⁴² BANKES, N., “Her Majesty’s Ships *Erebus* and *Terror* and the Intersection of Legal Norms”, *op. cit.*, p. 56.

con respecto a las Aguas Interiores, las Aguas Archipelágicas y el Mar Territorial)¹⁴⁴³, sino también que el Estado ribereño podría tener una mayor autoridad (o al menos una inmunidad¹⁴⁴⁴) si necesita ocuparse de un buque de ese tipo. Así pues, el artículo 14 de la Resolución continúa estableciendo que “[t]he coastal State may take the measures necessary to eliminate or mitigate an imminent danger”¹⁴⁴⁵. Ronzitti aclara la base conceptual de este excepcional poder señalando que la acción del Estado ribereño “should be justified as a circumstance precluding wrongfulness, under the rationale of force majeure or state of necessity”¹⁴⁴⁶. En este contexto, concluye Forrest advirtiendo que “[w]here that legacy wreck may belong to another State, and have some archaeological or historical importance, or constitute a maritime war grave, the difficulty in reconciling these values and the threat arises. International law does not, however, address this possibly difficulty”¹⁴⁴⁷.

3. EL CONFLICTO ENTRE LA INMUNIDAD SOBERANA Y LA CARGA DE LOS BUQUES HUNDIDOS: *EL ROL DE LA EQUIDAD*

1. EL CASO *ODYSSEY* COMO PRESUPUESTO

Según Losier el encubrimiento de la carga de los buques coloniales hundidos con la inmunidad del Estado del pabellón crea resoluciones *pro tempore* mediante impedimentos de procedimiento que inevitablemente recompensan los actos ilegales, revitalizan las políticas coloniales y

¹⁴⁴³ Artículo 7 de la Resolución del *Institut de Droit International* sobre “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law”, *op. cit.* El artículo 14 de la Resolución logra este resultado al hacer que la obligación del Estado del pabellón “Subject to Article 7”.

¹⁴⁴⁴ BANKES, N., *op. cit.*, p. 56.

¹⁴⁴⁵ Artículo 14(2) de la Resolución del *Institut de Droit International*, *op. cit.*, nota 836.

¹⁴⁴⁶ RONZITTI, N. (Rapporteur): “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Tallinn 2015), *op. cit.*, p. 300.

¹⁴⁴⁷ FORREST, C., *Maritime Legacies and the Law (...)*, *op. cit.*, p. 192.

prolongan los períodos de enriquecimiento injusto. En la adjudicación del título de propiedad sobre el cargamento de los buques coloniales de propiedad del Estado que han estado bajo el agua durante más de 100 años y que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) define en su Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático como patrimonio cultural subacuático,¹⁴⁴⁸ la autora es implacable al sostener que la inmunidad soberana no debe prevalecer sobre los principios de *ius cogens* cuando el Estado del pabellón que busca su *escudo* jurisdiccional haya adquirido originalmente tal patrimonio ejerciendo actos que ahora están prohibidos por el derecho internacional moderno¹⁴⁴⁹. De este modo, afirma que los buques hundidos solo deberían gozar de inmunidad cuando cumplan los requisitos del derecho convencional aplicados de conformidad con las normas aplicables entre las partes¹⁴⁵⁰ y, haciéndose eco de la Sentencia del TEDH de 25 de abril de 1978 en el asunto *Tyrer v. the United Kingdom*, “in light of present-day conditions”¹⁴⁵¹. El artículo 18 (4) de la Convención de la UNESCO de 2001 establece que: “*Un Estado Parte que haya incautado patrimonio cultural subacuático velará por darle una disposición acorde con el bien general, tomando en consideración (...), así como (...) los intereses de cualquier Estado que tenga un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica con el patrimonio cultural subacuático de que se trate*”. Así pues, en ausencia de inmunidad, los Estados que tengan un vínculo histórico, cultural y/o arqueológico (vínculo verificable) con el cargamento de los buques coloniales de propiedad del Estado del pabellón, constitutivo de patrimonio cultural subacuático, “could argue merit-based claims in unbiased fora that could rely on modern legal principles, rather than those prevailing when the cargo sank, to adjudicate contemporary

¹⁴⁴⁸ Artículo 1 (1)(a)(ii) de la Convención de la UNESCO de 2001, *op. cit.*

¹⁴⁴⁹ LOSIER, M. M., “The Conflict between Sovereign Immunity and the Cargo of Sunken Colonial Vessels”, *op. cit.*, p. 528-529.

¹⁴⁵⁰ Véase artículo 31(3)(c) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *op. cit.*

¹⁴⁵¹ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 529. Véase Sentencia del TEDH de 25 de abril de 1978 en el asunto *Tyrer v. the United Kingdom*, Demanda n.º 5856/72, apartado 31.

disputes”¹⁴⁵². Losier introduce así el principio de equidad, que señala una construcción restrictiva de la inmunidad del Estado¹⁴⁵³. El

¹⁴⁵² LOSIER, M. M., *ibid.*, p. 528. Véase al respecto Corte Costituzionale, sentenza 238/2014, 22 ottobre 2014, *op. cit.*, párrafo 3.4. Véase también en el mismo sentido a la Corte di Cassazione en su sentencia n. 20442 de 28 de septiembre de 2020, *op. cit.*

¹⁴⁵³ Señala Oscar Schachter que “[n]o concept of international law resists precise definition more than the notion of equity”. SCHACHTER, O., *International Law in Theory and Practice: General Course of Public International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 1982, p. 82. Según Mouskhéli, una dificultad particular para definir la equidad en abstracto es que su ámbito de aplicación solo puede determinarse caso por caso. MOUSKHÉLI, M., “L’équité en droit international modern”, *Revue générale de droit international public*, vol. 40, 1933, p. 373. La Corte Internacional de Justicia ha señalado que la “[a]pplication of equitable principles is to be distinguished from a decision ex aequo et bono”. *Case concerning the continental shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, [1982] ICJ Rep 18, en p. 60, para 71. Asimismo, señala la Corte que “[e]quity as a legal concept is a direct emanation of the idea of justice”, que los tribunales están “bound to apply” como “part of international law”. *Ibid.* Véase también a la Corte Internacional de Justicia en *Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. los Países Bajos)*, Sentencia de 20 de febrero de 1969, *op. cit.*, pp. 49-50, apartado 91; *Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)*, Judgment, [1986] ICJ Rep 554, en p. 663, para 150; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, [2002] ICJ Rep 303, en pp. 443–445, para 295. Según Akehurst se podrían distinguir tres tipos de “equidad” en función de su función: (1) la equidad como instrumento interpretativo del derecho internacional, adaptándolo a una matriz fáctica particular de casos concretos (*equity infra legem*), 2) la compensación de lagunas (*equity praeter legem*) y 3) la anulación de normas injustas (*equity contra legem*). AKEHURST, M., “Equity and general principles of international law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, n°. 4, 1976, pp. 801–825. El juez Weeramantry ofreció un análisis exhaustivo del principio de equidad distinguiendo entre “equitable principles”, “equitable procedures”, “equitable methods” and “equitable results”. *Case Concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Individual Opinion of Judge Weeramantry, [1993] ICJ Rep 211. Con respecto a esta última categoría, “equitable results”, el Tribunal Internacional de Justicia subrayó en *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*: “[i]t is however the goal – the equitable result – and not the means used to achieve it, that must be the primary element”. *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, [1985] ICJ Rep 13, at p. 39, para 45.

El tratamiento integral del principio de equidad en el derecho internacional público supera los límites de esta obra. Sobre la equidad en el derecho internacional véase GOURGOURINIS, A., *Equity and Equitable Principles in the World Trade Organization: Addressing Conflicts and Overlaps between the WTO and Other Regimes*, Routledge, London, 2015; KOTUBY Jr, CT. y SUBOTA, LA., *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*, Oxford University Press, New York, 2017, pp. 4–27. En el

argumento es que, dado que el colonialismo y la negación del derecho a la libre determinación es una violación de *ius cogens*, los tribunales no deberían reconocer los derechos de propiedad del Estado del pabellón, y por tanto la inmunidad, derivados de la dominación colonial. No obstante, señala Risvas que la dificultad de este argumento reside en que, a pesar de que la prohibición de la dominación colonial es indudablemente una norma imperativa de derecho internacional, es más controvertido si la norma contra el reconocimiento de los derechos de propiedad creados en la época colonial es también de naturaleza *ius cogens*¹⁴⁵⁴.

El caso *Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel*¹⁴⁵⁵ fue un litigio ante los tribunales de Estados Unidos referente al estatuto jurídico del pecio del buque *Nuestra Señora de las Mercedes*. Se trataba de un buque militar español hundido en 1804 a 100 millas náuticas al oeste de Gibraltar, en la Plataforma Continental portuguesa, mientras transportaba 17 toneladas de monedas de oro y plata de Lima a España¹⁴⁵⁶. En 2012, un tribunal de Estados Unidos falló a favor de España contra una empresa de salvamento de tesoros, Perú y 25 personas en relación con “the right to possession and ownership of more than \$600,000,000,00 in silver specie”, a la cual otorgó inmunidad soberana española¹⁴⁵⁷. Interesante es el análisis que hace Losier de este caso, pues

contexto del cambio climático véase REDGWELL, C., “Principles and Emerging Norms in International Law: Intra- and Inter-generational equity” en CARLARNE, CP., GRAY, KR. y TARASOFSKY, R. (eds), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 185–201.

¹⁴⁵⁴ RISVAS, M., *op. cit.*, p. 286.

¹⁴⁵⁵ *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel*, 657 F.3d 1159 (11th Cir. 2011), *cert. denied*, 132 S. Ct. 2379 (2012), *op. cit.*

¹⁴⁵⁶ SCOVAZZI, T., “Sunken Spanish ships before American courts”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 34, núm. 2, 2019, pp. 245-290. Véase también AZNAR GÓMEZ, Mariano J.: “Treasure Hunters, Sunken State Vessel and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage”, *op. cit.*, pp. 209–236; *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático con especial referencia al caso de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

¹⁴⁵⁷ *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel*, 979 F.Supp.2d 1270, 1272, Dist. Court, MD Florida 2013.

señala que este reveló “a legal and ethical conundrum” compuesto de tres etapas que definen las controversias relacionadas con el cargamento de los buques coloniales de propiedad del Estado. La primera etapa comprende las controversias entre los salvadores de tesoros y los Estados del pabellón; la segunda comprende las controversias entre los Estados, a menudo los Estados predecesores (o del pabellón) y los Estados sucesores; y la tercera comprende las controversias entre los Estados sucesores, o entre los Estados sucesores y las comunidades o personas indígenas dentro de sus jurisdicciones¹⁴⁵⁸. En la primera etapa, *Odyssey* estableció un precedente de uso de la inmunidad para resolver las controversias a favor de los Estados del pabellón con un vínculo verificable con la carga y en oposición a los salvadores de tesoros. En cuanto a la cuestión de si la carga era separable del pecio, el Tribunal sostuvo que, “in the context of a sunken military Spanish vessel, the cargo and the shipwreck are interlinked for immunity purposes”¹⁴⁵⁹ y que conceder a la carga “the same sovereign immunity protection as the vessel is also consistent with the heightened protection we grant sovereigns when there is a potential of injury to the sovereign’s interest”¹⁴⁶⁰. *Odyssey* demostró en esta primera etapa una evolución gradual del derecho, que tal y como analiza Scovazzi, es más notable en los tribunales de Estados Unidos¹⁴⁶¹. Sin embargo, en otros casos anteriores, los tribunales estadounidenses ignoraron la cuestión de la propiedad del Estado y la inmunidad de los buques españoles¹⁴⁶². El 17 de agosto de 1979, Cobb Coin Company, Inc. (“Cobb Coin”), una sociedad de salvamento con sede en Florida, presentó una demanda en almirantazgo ante el Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida. “Cobb Coin” declaró que

¹⁴⁵⁸ LOSIER, M. M., *op. cit.*, pp. 529-530.

¹⁴⁵⁹ *Odyssey (op. cit.)*, 657 F.3d en 1180.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, en 1181.

¹⁴⁶¹ SCOVAZZI, T., “Sunken Spanish ships before American courts”, *op. cit.*

¹⁴⁶² Scovazzi se refiere a estos casos como “The Triumph of Salvors”. SCOVAZZI, T., *ibid.*, p. 247. Véase al respecto: *Treasure Salvors, Inc. v. Unidentified Wrecked and Abandoned Sailing Vessel*, 569 F.2d, 330, 333 (5th Cir. 1978); *Cobb Coin Co, Inc v. Unidentified, Wrecked & Abandoned Sailing Vessel*, 525 F. Supp. 186, 197-198 (SD Florida 1981).

había localizado “a few hundred feet from the shore of Florida” el lugar del naufragio de un buque que podría ser uno de los galeones españoles hundidos en 1715. Se creía que los restos pertenecían al buque almirante de la Flota de la Plata de 1715, conocido con dos nombres (San Cristo del Valle o Nuestra Señora de la Concepción). La sociedad demandante pidió al Tribunal que determinara si era propietaria, en calidad de descubridora, de los artefactos recuperados del lugar del naufragio o si, en virtud de sus servicios de salvamento, tenía derecho a una indemnización por salvamento apropiada. Tres días después de la demanda, “Cobb Coin” recuperó un cañón del lugar del naufragio. El Estado de Florida intervino en el procedimiento y solicitó un mandamiento judicial que impidiera a “Cobb Coin” seguir recuperando los restos del naufragio. Florida sostuvo que, con arreglo a su legislación, en particular la *Florida Archives and History Act* de 1967, era propietario de todos los pecios situados dentro del límite de las aguas territoriales y pidió la restitución de los artículos que el demandante había recuperado. El 12 de octubre de 1979, el Tribunal denegó la solicitud de Florida. A la espera de la decisión sobre el fondo de la cuestión, el Tribunal ordenó únicamente que “Cobb Coin” permitiera a los agentes de Florida catalogar y autenticar los artículos recuperados del pecio¹⁴⁶³. Al decidir el caso, el Tribunal “proved to be fully sympathetic with the position of the salvor. Indeed, the decision rendered by the District Court can be considered as an almost absolute triumph of the assumption that the best use of underwater cultural heritage is for private commercial gain”¹⁴⁶⁴. Siguiendo el precedente del caso *Atocha*, el Tribunal de Distrito se atribuyó a sí mismo, en palabras de Scovazzi, “the role of a traffic policeman who had been granted (incidentally, by whom?) the duty to establish priorities among salvors competing for wrecks located in all the oceans and seas of the world”¹⁴⁶⁵. Señala el autor, citando la resolución del Tribunal, que “[i]n summary, then, once a salvor who discovers and brings up an artefact from an identifiable wreck site initiates suit by taking that object

¹⁴⁶³ Véase *Cobb Coin*, *ibid.*, 525 F. Supp. 191.

¹⁴⁶⁴ Véase Scovazzi, *op. cit.*, p. 254.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 255.

into federal court, the court acquires jurisdiction not only to adjudicate the disposition of the article already within its territorial jurisdiction, but maritime jurisdiction (based on *in personam* principles) to adjudicate disputes between competing salvors, and *in rem* jurisdiction (coupled with *in personam* jurisdiction over the claimants) to dispose of all articles therefore brought up from that site”¹⁴⁶⁶. Asimismo, señala que los posibles derechos del Rey de España, el “original owner”¹⁴⁶⁷ de los artefactos, y sus sucesores “were bluntly disregarded”¹⁴⁶⁸. Incluso se expone en *Cobb Coin* que el Rey “indeed attempted to salvage his wrecked ships, but abandoned the effort in 1716”¹⁴⁶⁹. De este modo, subraya Scovazzi que ninguna atención se prestó a la cuestión de si los buques de la Flota de la Plata de 1715 tenían la condición de buques de propiedad del Estado y si ellos y su carga gozaban de algún tipo de inmunidad del Estado¹⁴⁷⁰.

En la segunda etapa, expone Losier, la inmunidad también resultó ser un arma de doble filo porque obstruyó la promulgación del derecho moderno y exacerbó la desigualdad soberana y judicial entre los Estados al crear un impedimento *de facto* contra las reclamaciones del Estado sucesor, recompensando la explotación y prolongando los períodos de enriquecimiento injusto¹⁴⁷¹. En la tercera etapa, señala la autora que la inmunidad también reafirmó la falta de disponibilidad de leyes para que los Estados no ribereños y los reclamantes privados persigan el cargamento, constitutivo de patrimonio cultural subacuático, con el que

¹⁴⁶⁶ *Cobb Coin*, *op. cit.*, 525 F. Supp. 197. Véase Scovazzi, *ibid.*, p. 256.

¹⁴⁶⁷ *Cobb Coin*, *ibid.*, 525 F. Supp. 198.

¹⁴⁶⁸ Scovazzi, *op. cit.*, p. 256.

¹⁴⁶⁹ *Cobb Coin*, *op. cit.*, 525 F. Supp. p. 198.

¹⁴⁷⁰ Scovazzi, *op. cit.*, p. 256.

¹⁴⁷¹ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 530. Véase *Odyssey* (*op. cit.*), 657 F.3d en párrafo 1182: “the Mercedes’ immunity precludes Peru’s attempt to institute an action in United States courts against any part of the Mercedes or any cargo it was carrying when it sank. This applies whether or not Peru has a patrimonial interest in the cargo.”

también pueden tener un vínculo verificable¹⁴⁷². Por otra parte, concluye Losier que *Odyssey* “proved immunity can advance the 2001 CPUCH (Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage)’s principles closer to customary law”¹⁴⁷³. Al encubrir el cargamento con la inmunidad española, el Tribunal planteó cuestiones relativas a los “derechos, títulos e intereses”¹⁴⁷⁴ (en conjunto, “derechos de propiedad”) sobre dicho cargamento a una jurisdicción, España, donde estaría protegido por la Convención de la UNESCO de 2001¹⁴⁷⁵. Ordenando la entrega del cargamento a la jurisdicción del Estado del pabellón, el Tribunal creó un precedente¹⁴⁷⁶ que podría, según Losier, trayendo a colación el asunto *McElhinney*: “block completely the judicial determination of a ... right [al cargamento de patrimonio cultural subacuático] without balancing the competing interests, namely those connected with the particular immunity and ... to the nature of the specific claim”¹⁴⁷⁷. En este sentido, la lectura que del caso hace la autora, es clara: “In the Second Stage, Spain used flag State immunity to quash foreign State jurisdiction over the disputed cargo in *Odyssey* and to preemptively obstruct successor States’ claims to UCH-cargo found in its sunken galleons, irrespective of where they me located”¹⁴⁷⁸. No

¹⁴⁷² LOSIER, M. M., *ibid.* Véase *Odyssey*, *ibid.*: “This also applies to the claims (...) by the twenty-five individual ...”.

¹⁴⁷³ Así lo afirma la autora citando la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 2015, A/RES/70/76 sobre la Devolución o restitución de bienes culturales a sus países de origen: “*Haciendo notar* la aprobación, el 2 de diciembre de 2004, de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, en la medida en que se aplica a los bienes culturales”. LOSIER, M. M., *ibid.*

¹⁴⁷⁴ *Odyssey* (*op. cit.*), 657 F.3d en párrafo 1180.

¹⁴⁷⁵ Estados Unidos y Perú no son Partes en la Convención de la UNESCO de 2001.

¹⁴⁷⁶ Losier, M. M., *op. cit.*, p. 531.

¹⁴⁷⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2001 en el asunto *McElhinney c. Irlanda*, núm. 31253/96, *Dissenting opinion of judge Loucaides*.

¹⁴⁷⁸ Losier, M. M., *op. cit.*, p. 531. Véase artículos 6(2), 8, 9(5), 10(3)(a), 18(4) de la Convención de la UNESCO de 2001, así como artículo 149 de la CNUDM.

obstante, Yturriaga Barberán, con relación al *galeón San José*,¹⁴⁷⁹ sostiene que “el principio de inmunidad de jurisdicción (...) protege el patrimonio cultural subacuático del navío español y, desde su propio derecho, Colombia no puede sostener que no respeta dicho principio”¹⁴⁸⁰. Volviendo al precedente señalado, Losier estima que no viola directamente el derecho internacional aplicable *per se*, sin embargo, y trayendo a colación el debate abierto por Scovazzi, viola el espíritu de numerosas convenciones internacionales y la tendencia evolutiva del derecho internacional consuetudinario según el cual las reivindicaciones sobre bienes culturales se resuelven equitativamente “in deference to ethical principles”¹⁴⁸¹. Tal espíritu quedó patente en la Asamblea General de

¹⁴⁷⁹ Véase al respecto PALLARES BOSSA, J., “El caso del galeón *San José* en el marco del derecho internacional”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Cartagena (Colombia), Vol. X, n.º. 20, 2018, pp. 50-56; MATEUS-RUGELES, A., RODRÍGUEZ VALENZUELA, I., “Pecios españoles en aguas colombianas: conjugación entre el patrimonio cultural subacuático y la inmunidad jurisdiccional de los Estados”, *op. cit.*, pp. 253-275.

¹⁴⁸⁰ DE YTURRIAGA BARBERÁN, José A., “Hallazgo del Galeón *San José*: los últimos de Cartagena”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. VII, n.º. 1, junio 2016, p. 17. Así pues señala: “Comparto las opiniones expresadas (por Carmen Parra, Mariano Aznar y Elena Pérez Álvaro) y estimo que la obligación de proteger el Patrimonio Cultural Subacuático y de cooperación internacional al efecto, la preservación de la inmunidad de los buques de Estado hundidos y el respeto a los restos humanos de las naves naufragadas constituyen principios generales o normas consuetudinarias del Derecho Internacional y obligan por tanto a Colombia, aunque no sea parte en la CNUDM ni en la Convención de la UNESCO de 2001. España tiene suficientes argumentos jurídicos para defender su posición. El “*San José*” era un navío de la Armada Real que se dedicaba a un servicio público no comercial, ostentaba el pabellón de un buque de guerra español -como cabe comprobar en cuadros de la época como “*La explosión del galeón San Jose*” de Samuel Scott- y sus restos forman parte del Patrimonio Cultural Subacuático, ya que tienen valor histórico y cultural, y han estado bajo el agua durante más de 100 años.” *Ibid.* Paréntesis añadido. Véase también PARRA, C., “The Protection of Underwater Cultural Heritage from the International Law Perspective”, *New approaches to the Law of the sea (...)*, *op. cit.*, pp. 291-305; AZNAR GÓMEZ, Mariano J.: “Treasure Hunters, Sunken State Vessel and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage”, *op. cit.*, pp. 224-226; PÉREZ ÁLVARO, E., “Shipwrecks as Watery Graves: Cultural Attitudes, Legal Approaches and Ethical Implications”, *op. cit.*, pp. 134 y 141.

¹⁴⁸¹ Losier, *op. cit.*, p. 531. Véase SCOVAZZI, T., “Diviser c’est détruire: Ethical Principles and Legal Rules in the Field of Return of Cultural Properties”, *Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita*, 15th, París, 2009, disponible en *Rivista di diritto internazionale*, vol. 94, n.º.

Naciones Unidas, así pues su Resolución 3187 (XXVIII) de 18 de diciembre de 1973 señalaba: “*Deplorando los traspasos en masa y casi gratuitos de objetos de valor artístico de unos países a otros, con frecuencia efectuados merced a la ocupación colonial o extranjera, (...) la restitución en especie permitiría una justa reparación de los graves prejuicios sufridos por el país víctima de esos traspasos*”¹⁴⁸².

El “legal and ethical conundrum” que reveló *Odyssey* solo se resolvió en parte, pues, según Losier, este caso solo ofreció una resolución *pro tempore* a las controversias en torno a la carga constitutiva de patrimonio cultural subacuático. Aunque proporcionó una base para resolver controversias en la primera etapa del enigma, dejó pendientes las de la segunda y tercera etapa¹⁴⁸³. Con respecto a esta segunda etapa, Risvas califica *Odyssey* como el caso más importante que trató sobre cuestiones de sucesión de Estados en relación con el patrimonio cultural

2, 2011, p. 395: (“...from the evolutionary trend in present international practice in the field of cultural heritage and can be useful in addressing some limits of the international treaties in force as regards the return of cultural properties (in particular, their non-retroactive character and the fact that they can create rights and obligations only for the parties). The first two principles are the principle of non exploitation of the weakness of another subject to get a cultural gain, which applies to situations of war, colonial domination, foreign occupation or involving indigenous peoples, and the principle of co-operation against illegal movements of cultural properties, which has a general scope of application. They are strictly linked to the principle of the preservation of the integrity of cultural contexts, which is deeply rooted in the nature of cultural heritage. A fourth principle, having a procedural nature, is the principle of international cooperation in settling disputes on the return of cultural properties, that should govern the relationship between the States of origin and the States of destination of cultural properties and may involve, if it is the case, also non-State actors. The achievement of a settlement could be facilitated by resort to amicable means and cooperative solutions that can establish a close relationship between the parties and strengthen the dialogue between different cultures. In fact, all the above mentioned legal principles are based on the same moral assumption: *diviser c'est détruire*.”)

¹⁴⁸² Asamblea General de Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1973, A/RES/3187 (XXVIII) sobre la Restitución de las obras de arte a los países víctimas de expropiación.

¹⁴⁸³ Losier, *op. cit.*, pp. 531-532.

subacuático¹⁴⁸⁴. Al negarse a decidir la controversia entre España y Perú¹⁴⁸⁵, a pesar de reconocer la necesidad de hacerlo “through direct negotiations”¹⁴⁸⁶, el juez Mark A. Pizzo reconoció la falta de jurisdicción, debido a la inmunidad soberana de *Na Sa de las Mercedes*, que impidió al Tribunal de Distrito atender la demanda de Perú: “With the Mercedes’s identity confirmed and her status cloaked with her sovereign’s immunity, her jurisdictional mooring line to this district has been severed”¹⁴⁸⁷. Perú intervino, reclamando “*Na Sa de las Mercedes*” y su carga como “property that originated in its territory or was produced by its people”¹⁴⁸⁸, y sostuvo que se debían conceder derechos preferentes al Estado de origen del patrimonio cultural subacuático de conformidad con el artículo 149 de la CNUDM. Así, en su “Response to the Kingdom of Spain’s Motion to Dismiss or for Summary Judgment”, Perú señaló: “Although the treasure in this case may not have come from the “Area”, as that term is technically defined, because it may have been found within the exclusive economic zone of a country, no nation has

¹⁴⁸⁴ Véase RISVAS, M., *op. cit.*, p. 279.

¹⁴⁸⁵ Orden dictada el 22 de diciembre de 2009 por el Tribunal de Distrito de Tampa: *Odyssey*, 675 F.Supp.2d 1126, 1148 (M.D. Fla. 2009) (Magistrate Judge Mark A. Pizzo). En esta orden, el Tribunal de Distrito aprobó el informe y las recomendaciones del juez Mark A. Pizzo del 3 de junio de 2009; *Odyssey*, 657 F.3d 1159 (*op. cit.*). Bolivia también intervino y expresó su interés en identificar el origen del “tesoro” recuperado. VADI, VS., “Underwater cultural heritage and the market: The uncertain destiny of historic sunken warships under international law”, *op. cit.*, p. 223. En este sentido, señala Scovazzi: “Perhaps a verifiable link could also be claimed by Bolivia, as the mine of Potosí, from where silver on board the Mercedes was extracted, is today located in Bolivia, and by the United Kingdom, which fought the battle against the Mercedes.” SCOVAZZI, T., “Sunken Spanish ships before American courts”, *op. cit.*, p. 290.

¹⁴⁸⁶ *Odyssey*, *op. cit.*, 675 F.Supp.2d 1184: “Peru and Spain’s dispute is intertwined with centuries of mutual history. Addressing their differences in this forum, as Peru argues equity dictates, would undermine the traditional notions of international comity as applied from The Schooner Exchange through Pimentel ... In sum, Spain and Peru’s dispute over the specie is best resolved through direct negotiations between the two and not in this forum”. Véase también la sentencia del Tribunal de Apelación, 657 F.3d 1159 (11th Cir. 2011), *op. cit.*

¹⁴⁸⁷ *Odyssey*, *op. cit.*, 675 F.Supp.2d en párrafo 1146.

¹⁴⁸⁸ Véase *Odyssey Marine Exploration Inc v. the Unidentified, Shipwrecked Vessel, ‘Verified Conditional Claim of the Republic of Peru’*, (MD Fla.), Case No: 8:07-cv-614-T- 23MAP, *op. cit.*, 19 de agosto de 2008, para 5.

sought rights to the treasure based on its location and the rights of a coastal state, and therefore, the provisions of Article 149 should apply. In the absence of an enforceable right by a coastal state, the provisions of Article 149 are applicable to discovered artefacts”¹⁴⁸⁹. Sin embargo, según el juez Mark A. Pizzo “for disputes between competing sovereigns over underwater cultural heritage discovered in international waters, there is no customary international law. And no court has ventured into waters far beyond its jurisdictional boundaries to resolve a dispute between two sovereigns over the remnants of one of the sovereign’s sunken warships”¹⁴⁹⁰.

Para Losier, este pronunciamiento es inquietante y alentador a la vez para los Estados con un vínculo verificable con la carga, confirmando que la restricción de la inmunidad sobre los buques de Estado que forman parte del patrimonio cultural subacuático podría permitir la resolución de controversias en la segunda etapa¹⁴⁹¹. En este sentido, Scovazzi sostiene que, si la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático hubiera sido aplicable al caso *Odyssey*, probablemente se habrían iniciado consultas sobre cómo asegurar la protección efectiva del pecio y su carga entre Portugal, como Estado coordinador, y Perú, España y Estados Unidos, como Estados que tienen un vínculo verificable con el patrimonio¹⁴⁹². Sin lugar a duda, compartimos con el autor que, tales consultas habrían sido preferibles a la aplicación de la inmunidad del Estado¹⁴⁹³.

2. INMUNIDAD VERSUS PROPIEDAD: EL PRINCIPIO DE EQUIDAD

Si bien las decisiones judiciales en el caso *Odyssey* concedieron todo el cargamento de la nave “*Na Sa de las Mercedes*” “into Spain’s

¹⁴⁸⁹ MD Fla., Case No: 8:07-cv-614-T- 23MAP, *op. cit.*, 17 November 2008, p. 18.

¹⁴⁹⁰ *Odyssey*, *op. cit.*, 675 F.Supp.2d 1147.

¹⁴⁹¹ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 532.

¹⁴⁹² SCOVAZZI, T., “Sunken Spanish ships before American courts”, *op. cit.*, p. 290.

¹⁴⁹³ *Ibid.*

custody”¹⁴⁹⁴, en virtud de la Convención de la UNESCO de 2001 todos los Estados que tienen un vínculo verificable con el patrimonio, incluido Perú, “would have had a right to participate in determining how best to protect it”¹⁴⁹⁵. A Scovazzi no le sorprende que durante el litigio, Perú recordara el artículo 149 de la CNUDM, a pesar de que ni Perú ni Estados Unidos son partes en la CNUDM y de que el pecio de “*N^a Sa de las Mercedes*” no se encontraba en la Zona¹⁴⁹⁶. Sin embargo, de acuerdo con el magistrado ponente, el juez Mark A. Pizzo, el Tribunal de Distrito de Tampa llegó a la conclusión de que, por el momento, la norma contenida en el artículo 149 no podía ser aplicada por los tribunales estadounidenses como norma de derecho internacional consuetudinario, aunque advirtiendo que tal situación podría cambiar en el futuro¹⁴⁹⁷. Así pues, el Tribunal trajo a colación las interesantes declaraciones del profesor John Norton Moore: “*I have reviewed with particular interest and admiration the statement on behalf of Peru by Professor John Norton Moore of the University of Virginia School of Law, who offers a provocative and scholarly elaboration of his observation that this case is not ‘about sovereign rights over wrecks ... or the dispute between salvors and sovereigns’ but ‘as between Peru and Spain this case is about future custody of property physically, culturally and historically originating in Peru’. Professor Moore advances the aspirational notion that cultural, historical, and archaeological ‘linkage’ is ‘the crucial linkage for recognizing sovereign state interest’. I have studied with care the appealing formulae detailed by Professor Moore and tested the applicability of those formulae as tools of decision in this case. Although I recognize the appeal of the legal principles Professor Moore advances and the responsiveness of those principles to considerations of justice in resolving a dispute between Peru and Spain, I conclude that the principles are not the governing tools of decision in this case in the United States district court (although the principles articulated by Professor Moore may govern in another forum on another day in resolving Peru’s challenge*

¹⁴⁹⁴ *Odyssey*, op. cit., 657 F.3d párr. 1183.

¹⁴⁹⁵ SCOVAZZI, T., “Sunken Spanish ships before American courts”, op. cit., p. 290.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 285.

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*

to Spain's retention of the disputed items)¹⁴⁹⁸. Scovazzi no excluye la posibilidad de que Perú tenga derecho a reclamar parte de la carga de “*Nª Sª de las Mercedes*” ante un tribunal español o ante un órgano judicial internacional que tenga jurisdicción para decidir el caso¹⁴⁹⁹. Al aclarar el Tribunal de Distrito que los procedimientos nacionales no eran el foro apropiado para abordar la controversia entre los dos soberanos, el tribunal, señala Gagliani, reconoció la necesidad de considerar la naturaleza y los intereses implicados en una controversia específica para comprender qué foro podría ser el más apropiado para su resolución. De este modo, sostiene que la Corte Internacional de Justicia podría ser el foro apropiado con respecto a una controversia interestatal sobre el patrimonio cultural de este tipo¹⁵⁰⁰. Risvas concluye que, en relación con

¹⁴⁹⁸ *Odyssey* (op. cit.), 675 F.Supp.2d párr. 1129. Cursiva añadida.

¹⁴⁹⁹ SCOVAZZI, T., “Sunken Spanish ships before American courts”, op. cit., p. 290.

¹⁵⁰⁰ Véase GAGLIANI, G., “The International Court of Justice and Cultural Heritage: International Cultural Heritage Law Through the Lenses of the World Court Jurisprudence?” en *Intersections in International Cultural Heritage Law*, op. cit., p. 241: (“Only bearing in mind this caveat -that each international dispute settlement forum is apt to deal with certain kinds of dispute, and thus its structure and purpose will inevitable influence its contribution to international law -can one try to draw conclusions on the ICJ and international cultural heritage law. One can safely conclude that the ICJ has given consideration, although with varying degrees, to cultural heritage and cultural heritage arguments and thus has contributed to the development of international cultural heritage law. Generally speaking, Parties in disputes before the ICJ have not leveraged strong cultural heritage law arguments. As a consequence, the ICJ itself has recognized relevance to cultural heritage arguments only when these have been coupled with other types of argument, such as access to natural resources or the immunity of historical monuments used for public purposes. Nonetheless, the Court, together with the PCIJ, has marked the emergence and expansion of international cultural heritage law. It has elaborated relevant concepts such as the one of “community”, and it has corroborated the relationship between cultural heritage and other fields of international law, such as environmental and human rights. Moreover, it has allowed for the borders of cultural heritage law to expand, and it has somehow strengthened the ‘international’ approach to cultural heritage protection and management. In this position, the ICJ has engaged in a ‘dialogue’ with other international tribunals. (...) Cultural heritage disputes are often, if not always, entangled with other sensitive and heterogeneous international law questions. For this reason, a general international court such as the ICJ might, unexpectedly, claim the lion’s share in cultural heritage disputes under public international law.”) Véase también PETERS, R., “Nationalism versus Internationalism: New Perspectives Beyond State Sovereignty and Territoriality in the Protection of Cultural Heritage”, *Intersections in International Cultural*

cuestiones como esta, en las que el derecho internacional público no ofrece respuestas definitivas y en las que colisionan intereses contrapuestos y valores diferentes, el principio de equidad constituye un mecanismo para resolver controversias, fomentar la cooperación, proteger el patrimonio cultural subacuático y lograr un resultado justo¹⁵⁰¹. De este modo señala el autor que en el caso *Odyssey*, el magistrado ponente del Tribunal de Distrito de Tampa entendió y describió la demanda de Perú en términos de equidad¹⁵⁰² (aunque afirmando finalmente que la propiedad del pecio de *N^a S^a de las Mercedes* sigue siendo propiedad de España): “[Peru] maintains Spain is not immune from Peru’s claim against the res. And as a successor state, Peru contends its right to the specie (all or part) is superior to Spain’s since the ‘property physically, culturally and historically originat[ed] in Peru’. Peru arrives at this conclusion based upon ‘the law of the sea, the law of state succession, and considerations of equity and international policy concerning condemnation of colonialism, protection of permanent sovereignty over national wealth and resources, the protection of cultural heritage and the prohibition against pillage of occupied countries’. Put more succinctly, Peru’s argument is an equitable one grounded on claims of exploitation by its former colonial ruler”¹⁵⁰³. Scovazzi llega a la misma conclusión afirmando que cuando *N^a S^a de las Mercedes* zarpó del puerto del Callao, Perú no podía ser propietario de ninguna moneda de plata, por la sencilla razón de que no existía como persona jurídica y su territorio era objeto de dominación colonial. Pero hoy, en el momento en que se recuperó del mar el cargamento del buque hundido, existe Perú y cabe preguntarse si España puede conservar el fruto de la explotación colonial de otros territorios. En 1804, prosigue el autor, era totalmente legal que

Heritage Law, ibid; FORREST, C., “A new international regime for the protection of underwater cultural heritage”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, núm. 3, 2002, pp. 511-512.

¹⁵⁰¹ RISVAS, M., “Underwater Cultural Heritage in Africa and Questions of Immunity (...)”, *op. cit.*, p. 294.

¹⁵⁰² *Ibid.*, p. 284.

¹⁵⁰³ *Odyssey, op. cit.*, 675 F.Supp.2d en párrafo 1145.

España fuera propietaria de las monedas, ya que la explotación colonial era una práctica normal de las potencias europeas. Pero cuando las monedas volvieron a salir a la superficie, la explotación colonial fue una práctica condenada por el derecho internacional consuetudinario. Este hecho, en palabras de Scovazzi, plantea “an intriguing question that is not related to the legality of title at the time of its acquisition – it was legal – but to the legality of retention of title after the ‘resurrection’ of the coins from marine waters and a complete change in the content of the relevant rules of international law”. Así pues, concluye que el cambio en las normas utilizadas para establecer o prohibir el establecimiento del título en tales circunstancias podría llevar a la conclusión de que Perú tiene derecho, como mínimo, a una parte equitativa de las monedas y otros recursos de su actual territorio que formaban parte del cargamento de *N^a S^a de las Mercedes*¹⁵⁰⁴. Sin ánimo de adentrarnos en la cuestión de la sucesión de Estados, cuestión que el propio Hafner calificó de “very complicated” en el debate plenario relativo a la redacción de la Resolución del IDI sobre “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law”, declarando en consecuencia que “only two alternatives seem practicable concerning its formulation in legal terms: either a very general clause referring to the law of State succession or a detailed and long regime”¹⁵⁰⁵, inevitablemente habremos de mencionarla en este punto. Tal y como se puso de manifiesto en la hoja de ruta para la elaboración de la citada resolución, la construcción de un conjunto de reglas/principios que se integren en el régimen existente, para construir un todo coherente, requiere tener en cuenta no solo el derecho del mar, sino también las normas relativas a la *inmunidad de los bienes del Estado* y la *sucesión de Estados*¹⁵⁰⁶. Francioni señaló que “the matter of the legal regime of wrecks should include regulation also of the issue of state succession in the property found on the

¹⁵⁰⁴ SCOVAZZI, T., “Sunken Spanish ships before American courts”, *op. cit.*, pp. 279-280.

¹⁵⁰⁵ *Comments by Mr Hafner* en RONZITTI, N. (Rapporteur): “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Tallinn 2015), *op. cit.*, p. 315.

¹⁵⁰⁶ Véase RONZITTI, N. (Rapporteur): “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law”, *ibid.*, p. 286. Énfasis añadido.

wreck. This is a very relevant aspect of current litigations over who owns underwater cultural heritage as illustrated by the case "Nuestra Señora de las Mercedes"¹⁵⁰⁷. Los buques de Estado son bienes muebles y su sucesión está regulada por el derecho vigente para este tipo de bienes¹⁵⁰⁸. La sucesión de Estados en materia de bienes muebles se rige por la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado de 1983¹⁵⁰⁹. Sin embargo, la Convención difícilmente se concibe como una declaración del derecho internacional consuetudinario¹⁵¹⁰ y ha sido ratificada por pocos Estados¹⁵¹¹. Esta Convención contiene una norma específica para el caso de los Estados de reciente independencia, artículo 15.1. f), en la que se afirma que los bienes de Estado muebles creados con la contribución del territorio que se ha independizado deben ser transferidos al Estado sucesor en proporción a la aportación del territorio dependiente. Afirma Losier que de haber recibido la Convención las ratificaciones necesarias, el artículo 15.1. f) habría hecho, efectivamente, que "[l]os bienes de Estado muebles del Estado predecesor (...), a cuya creación [contribuyó] el territorio dependiente..., [pasaran] al Estado sucesor en proporción a la aportación del territorio dependiente"¹⁵¹². Esto afectaría a "los bienes, derechos e intereses que en la fecha de la sucesión de Estados y de

¹⁵⁰⁷ *Comments by Mr Francioni* en RONZITTI, N. (Rapporteur): "The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law", *ibid.*, p. 314.

¹⁵⁰⁸ Véase RONZITTI, N. (Rapporteur): "The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law", *ibid.*, p. 298.

¹⁵⁰⁹ Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, Viena, 8 de abril de 1983, UN Doc. A/CONF.117/14. C.N.358.2008. TREATIES-1 of 6 May 2008 and C.N.555.2008. TREATIES-2 of 21 August 2008.

¹⁵¹⁰ Véase RONZITTI, N. (Rapporteur): "The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law", (Session of Tallinn 2015), *op. cit.*, p. 298.

¹⁵¹¹ La Convención aún no ha entrado en vigor. Hasta la fecha, de los 7 Estados signatarios, ninguno ha ratificado la Convención y otros 7 Estados se ha adherido a la misma. Véase https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-12&chapter=3&clang=_en (última consulta el 26 de noviembre de 2020).

¹⁵¹² Véase Losier parafraseando el artículo 15.1. f) de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado de 1983. LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 542.

conformidad con el derecho interno del Estado predecesor pertenecían a éste”¹⁵¹³, es decir, por ejemplo, a los cargamentos de propiedad del Estado. Asimismo, señala que el mencionado artículo intentó sin éxito aplicar los principios de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales¹⁵¹⁴. El artículo habría permitido a los Estados de origen arqueológico reclamar un cargamento de patrimonio cultural subacuático consistente en sus riquezas y recursos naturales¹⁵¹⁵ sobre el que puede tener derechos de libre determinación. De este modo, Losier alienta a los tribunales para que en sus fallos sobre controversias relativas a cargamentos del patrimonio cultural subacuático traten de reflejar “the spirit as well as the letter of Article 15(1)(f)”¹⁵¹⁶. Entonces, tales resoluciones observarían “la igualdad de derechos y (...) la libre determinación de los pueblos[, que] constituyen[] una importante contribución al Derecho Internacional contemporáneo[, cuya] aplicación efectiva es de la suprema importancia [y está]

¹⁵¹³ Véase el artículo 8 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado de 1978.

¹⁵¹⁴ Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960. Tal y como señala McWhinney, la Declaración, posiblemente se aprobó, únicamente, debido a las adiciones de países del “Tercer Mundo” a la Asamblea General de las Naciones Unidas y porque los Estados patrocinadores forzaron una votación allí en lugar de en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. McWHINNEY, E., *Introductory Note to the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples* (disponible en <http://legal.un.org/avl/ha/dicc/dicc.htm>; último acceso el 26 de noviembre de 2020).

¹⁵¹⁵ El artículo 15.1. f) (4) dispone que: “Los acuerdos que se celebren entre el Estado predecesor y el Estado de reciente independencia para regular la sucesión en los bienes de Estado del Estado predecesor (...) no podrán menoscabar el principio de la soberanía permanente de cada pueblo sobre sus riquezas y sus recursos naturales”. Losier cita como ejemplo *la Capitulation of Ayacucho* (Ayacucho, 9 de diciembre de 1824) en sus artículos 1 (Acuerdo de descolonización del Perú en el que España cedió su “territory... and all the remainder of Spanish... forces and articles ... in Peru”) y 13 (Spanish “vessels of war... allowed ... six months... to stock provisions [before] depart[ing] from the ... ports of Peru”). LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 543.

¹⁵¹⁶ *Ibid.* Véase *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg*, 917 F.2d 278, 296 (7th Cir. 1990).

basad[a] en (...) [e]l principio de la igualdad soberana”¹⁵¹⁷. También se promovería el objetivo de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado de remediar las políticas de explotación al considerar su opción de aplicación retroactiva “a los efectos de la sucesión... a partir de la fecha de esa sucesión”¹⁵¹⁸. Esta Convención pone de manifiesto la importancia de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional y la necesidad de normas relativas a la sucesión de Estados respecto de los bienes de Estado, como medio para garantizar una mayor seguridad jurídica¹⁵¹⁹, cuya ausencia es ahora evidente en las controversias sobre cargamentos del patrimonio cultural subacuático¹⁵²⁰. En el Informe Final de 2015 sobre la Resolución “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-Owned Ships in International Law” del IDI se contempla que el artículo 15(1)(f) de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado “is progressive development of international law”¹⁵²¹. Sin embargo, dicho Informe puntualiza que tal norma puede compararse con el artículo 149 de la CNUDM, el cual afirma que para la disposición y conservación de los objetos de carácter arqueológico o histórico encontrados en la Zona deben tenerse en cuenta los derechos preferentes de la “region of cultural origin”¹⁵²². No obstante, se conviene que la Resolución no debería

¹⁵¹⁷ Véase el Preámbulo de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1970. Véase también el Preámbulo de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado de 1983, *op. cit.*

¹⁵¹⁸ Véase artículos 4(2) y 4(1) de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado de 1983, *op. cit.*

¹⁵¹⁹ Véase el Preámbulo de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado de 1983, *ibid.*

¹⁵²⁰ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 544.

¹⁵²¹ RONZITTI, N. (Rapporteur): “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Tallinn 2015), *op. cit.*, p. 298.

¹⁵²² *Ibid.*

identificar las normas aplicables en caso de sucesión de Estados: “It should only refer to the pertinent rules of customary international law and to the conventional rules for those States which are parties to the Vienna Convention”¹⁵²³. De este modo, el artículo 11 de la Resolución de Tallin se limitó a establecer que: “[t]he provisions of this Resolution are without prejudice to the rules and principles of international law regarding State succession”. Por otro lado, el Informe Final señalaba que las cuestiones más difíciles de resolver son, entre otras, las relacionadas con los buques de guerra hundidos antes de la fecha crítica de la sucesión de Estados. Incluso en este caso, se afirma que “the territorial principle may be followed and thus the property and sovereign immunity may be attributed to the State in whose territorial waters or continental shelf the wreck lie”¹⁵²⁴.

Señala Jakubowski que, además de los intereses del Estado sucesor y de las comunidades locales, otra consideración es la necesidad de preservar la integridad del objeto o lugar cultural, lo que hace que la distribución equitativa del patrimonio cultural sea un ejercicio muy difícil¹⁵²⁵. En sentido, concluye Risvas, que ante el carácter controvertido de si la norma contra el reconocimiento de los derechos de propiedad creados en la época colonial es también de naturaleza *ius cogens*, cabe destacar que el patrimonio cultural subacuático está mejor protegido mediante la preservación *in situ*, como también se reconoce en la Convención de la UNESCO de 2001 y en la Resolución del IDI¹⁵²⁶.

Propone Losier que para respetar los principios de *ius cogens*, situados en el centro de las controversias sobre el cargamento constitutivo de patrimonio cultural subacuático, no debe otorgarse inmunidad a los buques de propiedad del Estado a menos que: (i) cumplan con los artículos

¹⁵²³ *Ibid.*, p. 299.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p. 298.

¹⁵²⁵ JAKUBOWSKI, A., *State Succession in Cultural Property*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 9.

¹⁵²⁶ RISVAS, M., *op. cit.*, pp. 286-287. Véase AZNAR, M.J., “In Situ Preservation of Underwater Cultural Heritage as an International Legal Principle”, *Journal of Maritime Archaeology*, vol. 13, 2018, 67-81.

29 o 96 de la CNUDM; (ii) sigan teniendo importancia estratégica para el Estado del pabellón; (iii) no puedan clasificarse como patrimonio cultural subacuático. Ahora bien, afirma con rotundidad, tal y como se afirma en el Informe Preliminar de 2011 sobre la Resolución “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-Owned Ships in International Law” del IDI¹⁵²⁷, que independientemente del tiempo que el buque haya estado bajo el agua, el Estado del pabellón conserva los derechos de propiedad; y cuando ese Estado no sea claramente identificable, o su Estado sucesor esté en desacuerdo, entonces todos los Estados con un vínculo verificable deberían compartir los “derechos preferentes”¹⁵²⁸ sobre él, tal como dictan las normas convencionales que regulan el patrimonio cultural subacuático¹⁵²⁹. Refiriéndose a la titularidad sobre la carga del buque, Losier afirma que esta debe ser reconocida por el Estado del pabellón antes de que se convierta en patrimonio cultural subacuático; después, sostiene que, únicamente se debería reconocer la propiedad al Estado del pabellón si esta no es objeto de controversia. Si es objeto de controversia, señala que “title should be determined on the merits between States sharing a verifiable link over it”¹⁵³⁰. En las controversias sobre cargamentos del patrimonio cultural subacuático, la autora reafirma que la inmunidad es un obstáculo desproporcionado a la jurisdicción y es contraria al interés público porque hace que el derecho internacional asuma inevitablemente un carácter que no fue originalmente concebido ni previsto, haciendo que la evolución natural de la doctrina y la jurisprudencia sea totalmente ignorada¹⁵³¹. Esta argumentación encuentra su respaldo en el hecho de que el artículo 5(1) de la Resolución “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-Owned Ships in International Law” del IDI de 2015 no fue aprobado

¹⁵²⁷ RONZITTI, N. (Rapporteur), “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Rhodes, Greece 2011), *op. cit.*, p. 144.

¹⁵²⁸ Losier se refiere al término “derechos preferentes” del artículo 149 de la CNUDM.

¹⁵²⁹ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 536.

¹⁵³⁰ *Ibid.*

¹⁵³¹ *Ibid.*, p. 538.

por unanimidad¹⁵³². Dicho artículo dispone que: “Cargo on board sunken State ships is immune from the jurisdiction of any State other than the flag State”. Por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ), que aún no ha entrado en vigor, establece la inmunidad sobre el cargamento a bordo de los buques de propiedad del Estado, “si, en el momento de producirse el hecho que haya dado lugar a la acción, el [buque] fuere utilizado para fines gubernamentales no comerciales” (artículo 16.3) y el “cargamento [fuere] de propiedad de un Estado y utilizado o destinado a ser utilizado exclusivamente para un servicio público no comercial” (artículo 16.4). La Convención internacional de Bruselas de 1926 y su Protocolo adicional de 1934¹⁵³³ extienden la inmunidad a los “cargamentos pertenecientes a un Estado” (artículo 3.2) transportados a bordo de buques pertenecientes a un Estado “afectados exclusivamente, en el momento de originarse [una acción], a un servicio gubernamental y no comercial” (artículo 3.1)¹⁵³⁴. Al respecto señala Losier que: “The status of the former and the divergent texts of the two treaties with regard to the ownership status of the cargo expose the tenuousness of immunity over underwater cultural heritage cargo and who has proprietary rights over it, and, thus, when it would be cloaked with immunity”¹⁵³⁵. Degan, en el debate plenario relativo a la redacción de la Resolución sobre “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-Owned Ships in International Law”, pone de manifiesto precisamente que la Resolución debería complementar o revisar las actuales normas¹⁵³⁶, no ignorar algunas normas importantes de derecho positivo

¹⁵³² *Ibid.*

¹⁵³³ *Op. cit.*

¹⁵³⁴ Véase también el artículo 3.3 de la misma Convención.

¹⁵³⁵ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 555. Véase al respecto RONZITTI, N. (Rapporteur), “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Rhodes, Greece 2011), *op. cit.*, pp. 144-145.

¹⁵³⁶ Precisa Degan que: *A mark of distinction of the best Resolutions that our Institute has adopted in its long history lays in distinguishing between rules of positive international law (lex lata) and our proposals de lege ferenda in order to improve and complete the actual rules in*

vigentes en el momento del hundimiento¹⁵³⁷. Así pues, afirma que en caso de que un buque de Estado hundido se convierta en patrimonio cultural subacuático, la carga a bordo de este, al ser su accesorio, queda bajo la protección de las normas y principios establecidos en la Convención de la UNESCO de 2001. Esto queda confirmado por su definición en el artículo 1(1)(a)(ii) de la misma. Por tanto, sostiene que el artículo 5 no es aplicable en las relaciones entre las partes en la Convención de la UNESCO de 2001, que es una *lex specialis* respecto de las normas de carácter más general¹⁵³⁸. Del mismo modo, en su comentario, Francioni señala que los límites a la inmunidad soberana deben considerarse aplicables también al patrimonio cultural subacuático¹⁵³⁹. Losier es partidaria de una excepción de *ius cogens* a la inmunidad, la cual abriría la caja de pandora resultante de la convergencia de los avances en las tecnologías submarinas y los cambios sociopolíticos que se produjeron desde que se hundió la carga constitutiva de patrimonio cultural

force. (...) some very good Resolutions from the past become obsolete by new codification conventions with a large participation of State parties, or even by some decisions of the ICJ that adopt dissimilar solutions. Comments by Mr Degan en RONZITTI, N. (Rapporteur): "The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law" (Session of Tallinn 2015), op. cit., p. 301. Cabe destacar que, como ejemplo de Resolución muy antigua que sigue siendo útil, Degan menciona la relativa a "La compétence du juge international en équité", adoptada por el Instituto el 3 de septiembre de 1937. Ibid.

¹⁵³⁷ *Comments by Mr Degan, ibid, p. 301: A Rapporteur does his best in offering the complete picture of the rules in force together with their lacunae and other imperfections, with the aim that the final text of the Resolution approved by the Institute proposes new rules which should complement the actual ones or even revise some of the existing. (...) I tried to help you by some suggestions in your job with the aim to complement the picture of positive law. It was your right to neglect arguments exposed in my letter of 4 May 2012, but it is at your risk. Instead of the above approach you did your best to prove that your proposals on sovereign immunity and on the ownership of former flag State over sunken warships are rules of positive law and then almost in all circumstances. In order to do that you ignored some important rules of positive law in force at the time of sinking.*

¹⁵³⁸ *Comments by Mr Degan, ibid., p. 329.*

¹⁵³⁹ Véase *Comments by Mr Francioni en RONZITTI, N. (Rapporteur): "The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law" (Session of Tallinn 2015), op. cit., p. 314.*

subacuático¹⁵⁴⁰. Los repetidos enfrentamientos dentro de los tribunales y entre ellos sobre cuestiones de inmunidad por violaciones del *ius cogens* y la negativa de la *lex fori* a aplicar los acuerdos internacionales¹⁵⁴¹ que obligan a someter estos principios a la inmunidad, son indicativos de que el derecho ha llegado a un punto crítico¹⁵⁴². Tal y como expone Losier, el derecho convencional “has memorialized” la evolución de los principios jurídicos contra el pillaje, la restitución de los bienes culturales, la libre determinación, los derechos soberanos a la riqueza y los recursos, así como la igualdad soberana y judicial de los Estados¹⁵⁴³. Señala Fernández Arribas que “[e]l expolio de bienes culturales, no sólo durante la Segunda Guerra Mundial, ha sido objeto de atención por parte del derecho internacional a través de distintos instrumentos internacionales, desde tratados a declaraciones que recogen diversas obligaciones o compromisos relativos a la restitución”¹⁵⁴⁴. En el ámbito de los tratados internacionales se encuentra la Convención para la protección de Bienes Culturales en casos de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención de 1954¹⁵⁴⁵. El Primer Protocolo de la referida Convención promueve el principio de la restitución de los bienes culturales obligando a los Estados a “impedir la exportación de bienes culturales de un territorio ocupado por ell[os]” y a “devolver[los], al término de las hostilidades, a las autoridades competentes del territorio anteriormente ocupado” (artículo I(1), (3), respectivamente). Este

¹⁵⁴⁰ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 538. Véase el Preámbulo de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, *op. cit.*; así como el artículo 1 de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, *op. cit.*

¹⁵⁴¹ Véase por ejemplo, la sentencia 238/2014, de 22 de octubre, del Tribunal Constitucional Italiano, *op. cit.*, así como la sentencia 20442/2020, de 28 de septiembre, de la Corte Suprema di Cassazione, *op. cit.*

¹⁵⁴² LOSIER, M. M., *op. cit.*, pp. 538-539.

¹⁵⁴³ *Ibid.*, p. 544.

¹⁵⁴⁴ FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., “La inmunidad del Estado como límite a la restitución de los bienes expoliados durante el holocausto” en PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. y FERNÁNDEZ ARRIBAS, G. (eds.), *Holocausto y bienes culturales*, Universidad de Huelva, 2019, p. 160.

¹⁵⁴⁵ La Haya, 14 de Mayo de 1954; entrada en vigor el 7 de agosto de 1956, 249 UNTS 240.

principio se desarrolló aún más en la Convención de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales¹⁵⁴⁶ que obliga a los Estados Partes a “colabor[ar] para efectuar lo antes posible la restitución (...) de los bienes culturales exportados ilícitamente” (artículo 13(b) y en el Segundo Protocolo de la Convención para la protección de Bienes Culturales en casos de Conflicto Armado de 1954¹⁵⁴⁷ que dicta que “[t]oda (...), transformación o modificación de la utilización de bienes culturales en un territorio ocupado deberá efectuarse, (...), en estrecha cooperación con las autoridades nacionales competentes de ese territorio ocupado” (artículo 9(2). Tal y como documenta Losier, en el último siglo, las iniciativas internacionales¹⁵⁴⁸, regionales y nacionales han tratado progresivamente de impedir la dispersión de los bienes culturales más allá de las jurisdicciones nacionales y su devolución a éstas. Estas iniciativas se refuerzan con otras de carácter gubernamental e intergubernamental, como las de la INTERPOL y las del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Así pues, mencionaremos el Convenio UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente de 24 de junio¹⁵⁴⁹ que regula la restitución de dichos bienes¹⁵⁵⁰. Afirma Hambro

¹⁵⁴⁶ París, 14 de noviembre de 1970, en vigor el 24 de abril de 1972, 823 UNTS 231.

¹⁵⁴⁷ Segundo Protocolo, La Haya, 26 de marzo de 1999; en vigor el 9 de marzo de 2004, 2253 UNTS 212.

¹⁵⁴⁸ Por ejemplo, la Resolución 2199 aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7379ª sesión, celebrada el 12 de febrero de 2015, S/RES/2199, obliga al retorno y prohíbe el comercio de patrimonio cultural retirado de Iraq y Siria.

¹⁵⁴⁹ 2421 UNTS 457.

¹⁵⁵⁰ Véase LOSIER, M. M., *op. cit.*, pp. 541-542. Véase también LAZARI, A., “Para una visión cosmopolita del derecho internacional en tema de devolución de los bienes culturales” en PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. y LAZARI, A., *El tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanch, 2015. Concluye Losier que “[a]lthough possible through judicial advocacy, retroactive application of these laws is not likely. Nonetheless, modern courts must not determine underwater cultural heritage cargo disputes based on opposing principles or procedural rules that cause them to turn a blind eye”. *Ibid.*, p. 541. Véase al respecto *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg*, 917 F.2d 297(7th Cir. 1990): aunque la ley “not directly applicable [, su] policy ... is

que los principios jurídicos antes referidos son “the culmination of many years of effort [to] develop[] and codif[y] the concepts from which basic principles of the Charter [of the United Nations] are derived”¹⁵⁵¹. Por tanto, estos principios son demasiado importantes como para someterlos a obstrucciones de procedimiento; los tribunales no deben facilitar la readquisición por los Estados del pabellón de los bienes que adquirieron originalmente en violación de estos principios. Esto sería, según Losier “a *malum prohibitum* and a transgression of modern law”¹⁵⁵². En este sentido, puede citarse la opinión separada conjunta de la sentencia de la CIJ en el asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, según la cual la inmunidad “represents an interest of its own that must always be balanced, however, against the interest of that norm to which it is an exception”¹⁵⁵³. Los intentos de los Estados del pabellón de readquirir los cargamentos del patrimonio cultural subacuático, objeto de controversia, deben ajustarse

clear”; Corte Costituzionale, sentenza 238/2014, 22 ottobre 2014, *op. cit.*, párrafo 3.3: La Corte “[a]d essa spetta in via esclusiva il compito di assicurare il rispetto della Costituzione ed a maggior ragione dei suoi principi fondamentali e quindi la necessaria valutazione della compatibilità della norma internazionale sull’immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati con i predetti principi, con l’effetto di produrre un ulteriore ridimensionamento della portata della predetta norma, limitato al diritto interno ma tale da concorrere, altresì, ad un’auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale”.

¹⁵⁵¹ HAMBRO, E., *Introductory Note to the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations* (disponible en <https://legal.un.org/avl/ha/dpilfrscun/dpilfrscun.html>; último acceso el 30 de noviembre de 2020).

¹⁵⁵² LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 544. (“The period for colonial acquisition expired with the dissolution of colonial empires. Immunity should not enable the extension of either. Principles that enabled States to subjugate, exploit and, in certain cases, perpetuate genocide to loot resources from foreign territories have since evolved. The condemnation of such abuses of sovereignty in successive and reinforcing instruments of conventional law, bilateral and regional agreements, governing statutes of international criminal tribunals and State practice must not be undone by immunity”. *Ibid.*, p. 545).

¹⁵⁵³ CIJ, Sentencia de 14 de febrero de 2002, asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, Opinión Separada Conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 71.

a los principios posteriores a la Segunda Guerra Mundial¹⁵⁵⁴, como los ejercidos por la *Tripartite Commission of the Restitution of Monetary Gold*¹⁵⁵⁵, que redistribuyó los metales preciosos a esos Estados, y/o a sus Estados sucesores, en la proporción en que Alemania los adquirió, y como los expresados en la *Declaración Inter-aliada contra los actos de desposesión cometidos en territorio bajo ocupación o control enemigo*¹⁵⁵⁶, que anticipa y anula las adquisiciones soberanas de bienes de los territorios ocupados por Alemania mediante el sometimiento, la explotación y el genocidio. Los Estados se han comprometido a hacer todo lo posible para derrotar los métodos de despojo y declarar inválida toda transferencia o trato con propiedades, derechos e intereses de cualquier tipo que se haya realizado contra las víctimas del nacionalsocialismo¹⁵⁵⁷. No obstante, en cuanto al contenido de la *Declaración*, ¿podría tener carácter obligatorio a pesar de su eminente naturaleza no vinculante (pues, en primer término, la Declaración es un texto de carácter político y no un tratado internacional)? O'Donnell afirma que “although the Declaration announced, rather than created, a general norm of restitution this is indisputable only in inter-states terms. Its non-binding form indicates the main signatories hesitancy regarding enforceable obligations”¹⁵⁵⁸. En este sentido, afirma Pérez-Prat Durbán que “[e]n efecto, el tenor

¹⁵⁵⁴ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 549.

¹⁵⁵⁵ *Final Report of the Tripartite Commission for the Restitution of Monetary Gold*, Bruselas, 13 de septiembre de 1998, párrafo 9. Sobre la disolución de la Comisión Tripartita y su informe final véase U.S. Department of State, Information released online prior to January 20, 2001, https://1997-2001.state.gov/regions/eur/980909_gold_dissolution.html (última consulta el 30 de noviembre de 2020).

¹⁵⁵⁶ Londres, 5 de enero de 1943. Véase en Commission for Looted Art in Europe, <https://www.lootedartcommission.com/inter-allied-declaration> (última consulta el 30 de noviembre de 2020).

¹⁵⁵⁷ Véase la *Declaración Inter-aliada contra los actos de desposesión cometidos en territorio bajo ocupación o control enemigo*, *ibid* (ya sea que “such transfers... [look] the form of open looting or plunder, or of transactions apparently legal in form, even when they purport[ed] to be voluntarily effected”).

¹⁵⁵⁸ O'DONNELL, T., “The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice: The Perfect Storm or the Raft of the Medusa?”, *European Journal of International Law*, vol. 22, nº. 1, 2011, p. 60.

literal (de la Declaración) –“los firmantes se reservan sus derechos de declarar inválida cualquier transferencia” – deja al arbitrio estatal ejercer o no sus derechos en ese sentido”. Aunque advierte que “en lectura inversa, sí que revela un contundente mensaje en la Declaración acerca de la ilegalidad de tales transferencias, incluso en el caso en que fuesen aparentemente legales en la forma”¹⁵⁵⁹. También han de referenciarse los *Principios de la Conferencia de Washington sobre el Arte Confiscado por los Nazis* de 1998¹⁵⁶⁰. En esta Conferencia 44 Estados se comprometieron a lograr una “just and fair solution” (Principios 7 y 8). Siguiendo la tónica de la anterior Declaración, se trata de un documento de carácter no vinculante¹⁵⁶¹. Asimismo, en la Declaración de Terezín sobre los bienes de la era del Holocausto y cuestiones conexas de 30 de junio 2009, 46 Estados prometieron recuperar los bienes confiscados por los Nazis. Por lo que respecta a la naturaleza de la misma, la propia declaración subraya su condición de legalmente no vinculante; no obstante, los países firmantes tomaban en consideración las responsabilidades morales, sin perjuicio del Derecho internacional y de las obligaciones aplicables. La Declaración no implicaba novedad alguna pues, tal y como expresa Pérez-Prat Durbán, “se trataba de una reafirmación de los Principios de Washington de 1998. (...) [L]os gobiernos deberían considerar todas las cuestiones relevantes al aplicar disposiciones legales que pudieran impedir la restitución de la propiedad cultural expoliada, en orden a llegar a una solución justa y equitativa”¹⁵⁶². Hay que añadir la última resolución del Parlamento Europeo bajo la rúbrica de “Solicitudes transfronterizas de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y de guerras” de 17 de enero de 2019¹⁵⁶³. La

¹⁵⁵⁹ PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., “Holocausto, bienes culturales y la acción normativa de la comunidad internacional” en *Holocausto y bienes culturales*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁶⁰ Washington D.C., 3 de diciembre de 1998.

¹⁵⁶¹ Véase PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., “Holocausto, bienes culturales y la acción normativa de la comunidad internacional”, *op. cit.*, pp. 25-28.

¹⁵⁶² *Ibid.*, pp. 38-39.

¹⁵⁶³ Véase la resolución en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2019-0037+0+DOC+PDF+V0//ES>.

resolución incluye el tratamiento de los bienes culturales expoliados a los judíos en torno a la Segunda Guerra Mundial aunque su principal desarrollo se deba a la destrucción intencional y al tráfico ilegal de bienes culturales propiciado por el Estado Islámico en Siria e Irak¹⁵⁶⁴. A diferencia de las declaraciones mencionadas, no asume la vía declarativa, la adopción de actos no vinculantes, como forma de afrontar los problemas irresueltos. El Parlamento insta a los Estados miembros a que realicen todos los esfuerzos para adoptar las medidas destinadas a garantizar la creación de mecanismos que favorezcan el retorno de los bienes culturales, en el entendido de que “la devolución, a los demandantes legítimos, de obras de arte saqueadas, robadas u obtenidas de forma ilícita como consecuencia de delitos contra la humanidad es un asunto de interés general de conformidad con el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (numeral 30). A pesar de que la resolución de 2019 encuentre apoyo en los *Principios de Washington* y la *Declaración de Terezín*, su alcance va más allá de lo establecido por estos actos, “haciendo decididas incursiones en el terreno jurídico, sin abandonar el leit motif de la solución justa y equitativa”¹⁵⁶⁵. Ahora bien, señala Pérez-Prat Durbán que “ese más allá no se sitúa en el plano de la creación de nuevas normas vinculantes, pues este tipo de resoluciones no es el marco adecuado para realizarlo, sino en el territorio de la instigación a que esas normas y acciones políticas se adopten en la dirección que marca la resolución, por la Comisión, por los Estados miembros, inclusive mediante legislación de la Unión. Quizás aquí se encuentre el hecho diferencial de mayor calado de la resolución de 2019 respecto de los Principios de Washington y las posteriores declaraciones: la constatación de que el plano de la moral y la equidad no resulta totalmente satisfactorio para solventar los problemas que surgen a los reclamantes de bienes culturales expoliados por los nazis”¹⁵⁶⁶. No obstante, se reconoce que “una intervención legislativa a nivel de la Unión, incluida la

¹⁵⁶⁴ PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., “Holocausto, bienes culturales y la acción normativa de la comunidad internacional”, *op. cit.*, p. 35.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 37.

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 38.

dimensión de derecho privado internacional, sería apropiada *solo* para las transacciones futuras”¹⁵⁶⁷ (numeral 12), lo que supone una limitación importante para los casos de bienes expropiados por los Nazis. Losier, haciéndose eco de este compromiso estatal con relación a los bienes culturales expropiados a los judíos en torno a la Segunda Guerra Mundial y a pesar de sus limitaciones¹⁵⁶⁸, señala que “[n]o double standard should be allowed for colonial victims”¹⁵⁶⁹.

En la actualidad, a los tribunales se les presentan un mayor número de demandas que abordan desde la óptica de la reparación judicial; considerándolas en cuanto al fondo, en palabras de Losier “free from immunity”¹⁵⁷⁰. En el caso *Altmann*¹⁵⁷¹, una ciudadana estadounidense, Maria Altmann, reclamó unos cuadros del pintor austriaco Gustav Klimt, protegidos como patrimonio nacional austríaco. Los cuadros pertenecían a

¹⁵⁶⁷ Énfasis añadido.

¹⁵⁶⁸ Además de las propias limitaciones del referido compromiso estatal que se han puesto de manifiesto, por ejemplo, en el recién citado numeral 12 de la resolución del Parlamento Europeo de 17 de enero de 2019, puede verse un estudio de los límites y dificultades que la inmunidad del Estado presenta para la recuperación de los bienes saqueados durante el Holocausto en FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., “La inmunidad del Estado como límite a la restitución de los bienes expropiados durante el holocausto”, *op. cit.*, pp. 155-175. Fernández Arribas concluye que “a pesar de la existencia de una convención internacional (se refiere a a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes) que tendría como objeto aclarar los supuestos de inmunidad, el amplio margen de apreciación otorgado a los Estados en materia de calificación del acto hace imposible establecer un criterio único y por tanto un mismo resultado en todos los países firmantes de la misma, de modo que seguirá siendo determinante la práctica de cada Estado”. *Ibid.*, p. 175. Hay que tener presente que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, además de no haber entrado en vigor, no ha sido ratificada por Rusia o China; siendo quizás, como precisa Fernández Arriba, “el caso de Estados Unidos el más determinante debido a que no sólo no la ha ratificado, sino que tampoco la ha firmado, y debido también al número de reclamaciones que se han realizado en su jurisdicción”. *Ibid.*, pp. 163-164.

¹⁵⁶⁹ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 550.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*

¹⁵⁷¹ *María V. Altmann c. República de Austria y otros*, 142 F. Supp. 2d 1187 (CD Cal. 2001); *María V. Altmann c. República de Austria y otros*, 317 F. 3d 954 (9º Cir. 2002), en su forma enmendada, 327 F. 3d 1246 (2003); *República de Austria y otros c. María V. Altmann*, 541 US 677 (US 2004).

un coleccionista judío austriaco, del que la demandante era sobrina y heredera, que perdió las obras debido a la persecución Nazi. Después de que fracasaran los intentos de recuperar las obras en Austria, se inició un litigio en Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo sostuvo que tenía jurisdicción sobre el caso ya que la pérdida se consideraba una violación de los derechos fundamentales. De este modo, en una posición de defensa judicial, el Tribunal Supremo aplicó la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 (FSIA) y sus excepciones con carácter retroactivo para rechazar la reclamación de inmunidad de Austria, en el bien entendido de que los “the purposes in enacting such a comprehensive jurisdictional scheme [en materia de inmunidades] would be frustrated if, in post-enactment cases concerning pre-enactment conduct, courts were to continue to follow the same ... ‘standards’ that the FSIA replaced”¹⁵⁷². En ausencia de inmunidad, la demandante podía argumentar su caso en cuanto al fondo ante un tribunal arbitral internacional; así pues, después de la victoria en el Tribunal Supremo se estableció un arbitraje internacional que finalizó con la restitución de los cuadros a Altmann¹⁵⁷³. Tal y como argumenta Losier, de no ser por la excepción a la inmunidad, “the Claimant’s access to the courts would have been obstructed, title would have remained with Austria and the Court would have indirectly perpetuated policies the international community ”solemnly record[ed]

¹⁵⁷² *República de Austria y otros c. María V. Altmann*, 541 US, *ibid*, 699. Sobre la excepción a la inmunidad soberana contenida en la Sección 1605 de la FSIA (28 U.S.C. § 1605(a)(3)), que exime expresamente de la inmunidad a todos los casos relacionados con “rights in property taken in violation of international law”, siempre que la propiedad tenga una conexión comercial con Estados Unidos o que el organismo o instrumento que la posee se dedique a una actividad comercial en este país, el Tribunal señala que “although the District Court and Court of Appeals determined that §1605(a)(3) covers this case, we declined to review that determination”. *Ibid*. Véase también *David L. de Csepel et al. v. Republic of Hungary et al.*, No. 10–1261 (ESH), Memorandum Opinion, US Dist. (C.D. Columbia, 14 March 2016), párrafo 28, donde se pone de manifiesto que a pesar de la inmunidad prevista en la FSIA, las confiscaciones nazis están sujetas a la excepción contenida en la Sección 1605 de la FSIA que “abrogates sovereign immunity in any case where rights in property taken in violation of international law are in issue and that property [...] is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States.”

¹⁵⁷³ *In the Arbitral Case: María V. Altmann, Francis Gutmann, Trevor Mantle, and George Bentley v. the Republic of Austria*, Viena, enero de 2006.

their solidarity" to condemn generations before"¹⁵⁷⁴. En este caso concreto, los intereses de la familia perseguida y desposeída tenían más peso que los intereses de un Estado en la preservación de su patrimonio nacional¹⁵⁷⁵. Compartimos la argumentación de Losier según la cual tales controversias deben resolverse con principios que respeten la naturaleza evolutiva de la doctrina. Así como estos principios se utilizaron para resolver *Altmann*, también deberían utilizarse para resolver casos como el de *Odyssey*¹⁵⁷⁶. En este sentido, en el caso *Goldberg*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito señaló que "greed and callous disregard for the property, history and culture of others cannot be countenanced by the world community or by this court"¹⁵⁷⁷. De manera similar, en un caso francés relativo a un Mokomokai (cabeza humana disecada de los maoríes, el principal pueblo indígena de Nueva Zelanda) que se encontraba en un museo de Rouen, después de la denegación inicial de la solicitud de repatriación debido a que la "pieza de museo" estaba protegida por las leyes de patrimonio francesas, se promulgó una ley especial para permitir la repatriación y el

¹⁵⁷⁴ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 551.

¹⁵⁷⁵ Véase CAMPFENS, E., "Whose Cultural Objects? Introducing Heritage Title for Cross-Border Cultural Property Claims?", *Netherlands International Law Review*, vol. 67, 2020, p. 276.

¹⁵⁷⁶ LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 551.

¹⁵⁷⁷ Véase *Goldberg*, *op. cit.*, *op. cit.*, 917 F.2d 291: "Focusing on a relatively short segment of what might otherwise be considered its "history," the United States chooses in considerable measure to ignore the ancient cultural heritage of the land which it now occupies. But a short cultural memory is not an adequate justification for participating in the plunder of the cherished antiquities that play important roles in the histories of foreign lands. The UNESCO Convention (Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales 1970) and the Cultural Property Implementation Act constitute an effort to instill respect for the cultural property and heritage of all peoples. The mosaics before us are of great intrinsic beauty. They are the virtually unique remnants of an earlier artistic period and should be returned to their homeland and their rightful owner. This is the case not only because the mosaics belong there, but as a reminder that greed and callous disregard for the property, history and culture of others cannot be countenanced by the world community or by this court". Paréntesis añadido.

eventual entierro ritual por los maoríes¹⁵⁷⁸. También en este caso, el interés del Estado francés por conservar su “patrimonio nacional” fue superado por el interés de la comunidad indígena. La prevalencia de tales intereses fue confirmada por la adopción de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*¹⁵⁷⁹. Con relación a esta Declaración, la Corte Constitucional de Colombia ha dado una interesante hoja de ruta sobre cómo proceder en un caso de 2017 relativo al “Tesoro Quimbaya”. En su sentencia, la Corte ordenó al gobierno colombiano que persiguiera, en nombre del pueblo indígena Quimbaya, la devolución de España de un tesoro de 122 objetos perdidos a finales del siglo XIX¹⁵⁸⁰. El Tribunal argumentó que, con arreglo a las normas actuales del derecho internacional, en referencia a la legislación sobre derechos humanos y a la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, pero, curiosamente, también a la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales de 1970¹⁵⁸¹, los pueblos indígenas tienen derecho a sus objetos culturales perdidos. La forma de llevar a cabo esta demanda se deja a la discreción del gobierno, pero según la Corte el hecho de que

¹⁵⁷⁸ Véase LENZERINI, F., “Reparations for wrongs against indigenous people’s cultural heritage” en XANTHAKI, A., VALKONEN, S. (eds.), *Indigenous peoples’ cultural heritage: rights, debates, challenges*, Brill, The Hague, 2017, p. 339.

¹⁵⁷⁹ Resolución 61/295 aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, UN Doc. A/RES/61/295. Señala Campfens que la introducción de “la utilización tradicional o ritual del bien por una comunidad tribal o autóctona” como un terreno separado en el artículo 5(3) del Convenio UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente “is also an acknowledgement that national States should not be seen as sole right holders.” CAMPFENS, E., “Whose Cultural Objects? Introducing Heritage Title for Cross-Border Cultural Property Claims?”, *op. cit.*, p. 276.

¹⁵⁸⁰ Sentencia SU-649/17, República de Colombia, Corte Constitucional, 2017. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU649-17.htm> (consultada por última vez el 7 de diciembre de 2020).

¹⁵⁸¹ Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, UNESCO, París, 14 de noviembre de 1970. Entrada en vigor, el 24 de abril de 1972.

los gobiernos deben trabajar hacia este objetivo es claro¹⁵⁸². En una primera reacción a la posterior solicitud de las autoridades colombianas para la devolución del Tesoro Quimbaya, las autoridades españolas, sin embargo, se opusieron por considerar que hoy dicho tesoro se ha convertido en patrimonio español y es inalienable. Esta ha sido durante mucho tiempo una reacción común europea a las solicitudes de restitución de los antiguos pueblos colonizados. También es una reminiscencia de la posición (inicial) que el gobierno austriaco tomó en el caso *Altmann*; así pues debido al derecho administrativo nacional (leyes de patrimonio) las pinturas de Klimt que se perdieron durante la época Nazi eran inalienables. Sin embargo, en ese caso, después de que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos estableciera una violación del derecho internacional de los derechos humanos, rechazando la demanda de inmunidad de Austria, el Gobierno austriaco aceptó acatar un laudo arbitral en el que se establecía que los derechos de Altmann debían prevalecer¹⁵⁸³. No obstante, merece traer a colación siquiera, en contraste con el caso *Altmann*, el reciente y esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo estadounidense en el caso *Federal Republic of Germany v Philipp*¹⁵⁸⁴. El tribunal anuló por unanimidad la decisión del Tribunal de Apelación para el Circuito D.C. sosteniendo, en primer lugar que “international law customarily concerns relations among sovereign states, not relations between

¹⁵⁸² CAMPFENS, E., “Whose Cultural Objects? Introducing Heritage Title for Cross-Border Cultural Property Claims?”, *op. cit.*, p. 289. Véase también MEJIA-LEMON, D., “The ‘Quimbaya treasure’ judgment SU-649/17”, *American Journal of International Law*, vol. 113, n.º. 1, 2019, pp. 122-130.

¹⁵⁸³ Véase CAMPFENS, E., *ibid.* Campfens lleva a cabo un interesante análisis entorno al interrogante “A Human Right to Cultural Property?”, *ibid.*, pp. 281-285. Jayme sostiene que el caso *Altmann* prueba el efecto retroactivo del derecho humano a la propiedad en las pérdidas anteriores a los instrumentos de derechos humanos (en ese caso, una pérdida en el decenio de 1940). Tal y como señala el autor, en un sistema de common law, esto puede ser más fácil que en los sistemas de civil law. JAYME, E., “Narrative norms in private international law, the example of art law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 375, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 9-52.

¹⁵⁸⁴ Véase Supreme Court of the United States, *Federal Republic of Germany et al. v Philipp et al.* 592 U.S., February 3, 2021, pp. 1-16.

states and individuals”¹⁵⁸⁵. En consonancia con esta idea, la “domestic takings rule” establece que “what a country does to property belonging to its own citizens within its own borders is not the subject of international law”¹⁵⁸⁶. Una expropiación “could be ‘wrongful under international law’ only where a state deprived ‘an alien’ of property”¹⁵⁸⁷. Aunque en este caso los herederos argumentaron que “the forced sale of their ancestors’ art constituted an act of genocide”¹⁵⁸⁸, el tribunal interpretó la excepción de expropiación de la Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) “as referencing the international law of expropriation”¹⁵⁸⁹, no, a todo el corpus del derecho internacional de los derechos humanos. Por un lado, la excepción de expropiación “places repeated emphasis on property and property-related rights, while injuries and acts we might associate with genocide are notably lacking”¹⁵⁹⁰. En cuanto a la modificación de la FSIA en 2016 para proteger de forma general la participación de Estados extranjeros en exposiciones de arte estadounidenses, exceptuando las demandas presentadas contra Alemania derivadas de la época nazi, los herederos argumentaron que el Congreso quiso “to abrogate immunity for any Nazi-era claim”¹⁵⁹¹. El tribunal no estuvo de acuerdo y señaló que la enmienda de 2016 fue un intento “to preserve sovereign immunity in a narrow, particularized context—art shows”. Como tal, no apoya “the broad elimination of sovereign immunity across all areas of law”¹⁵⁹². Aunque es cierto que el Congreso ha aprobado varios estatutos destinados a promover la restitución a las víctimas del Holocausto, estos estatutos generalmente animan a las víctimas a

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 4.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 14.

¹⁵⁹² *Ibid.*, p. 14.

buscar reparación “outside of public court systems”¹⁵⁹³. Y ninguno de estos estatutos “speak to sovereign immunity”, que “is the province of the FSIA”¹⁵⁹⁴.

A falta de una excepción de *ius cogens* codificada, los tribunales conceden la inmunidad por no enfrentarse a reclamaciones de violación del derecho consuetudinario internacional. Sin embargo, tales excepciones solo pueden ser creadas esencialmente por la práctica de los Estados, que a su vez crea nuevas normas de derecho consuetudinario. Como ya se ha puesto de manifiesto a lo largo de la redacción de esta obra, suele citarse la sentencia 238/2014 del Tribunal Constitucional italiano como el origen de una nueva y emergente excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado por actos soberanos¹⁵⁹⁵. El Tribunal consideró que, aunque su excepción de *ius cogens* codificado tiene efectos solo en Italia, puede contribuir a una deseable —y deseada por muchos— evolución del propio derecho internacional¹⁵⁹⁶. La Corte Suprema di Cassazione en su sentencia de 28 de septiembre de 2020 reafirmó una orientación que parece, a estas alturas, consolidada en la jurisprudencia italiana, consistente en la no concesión de la inmunidad de jurisdicción a un Estado extranjero en los procesos iniciados contra éste para obtener una indemnización por daños y perjuicios derivados de los llamados *delicta imperii*¹⁵⁹⁷. Sin embargo, es necesario preguntarse cuál es el alcance real de este principio afirmado por la jurisprudencia en cuestión, es decir, si es capaz de garantizar efectivamente la protección que se propone ofrecer en los casos de violaciones graves de los derechos humanos

¹⁵⁹³ *Ibid.*, p. 15.

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*

¹⁵⁹⁵ Recuérdense aquí las interesantes reflexiones de C. Gutiérrez Espada, el cual postula que si el Legislador (refiriéndose a la LO 16/2015) no, quizás sea el Juez el que admita una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado, incluso cuando éste actúa como tal, como Estado soberano. GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La inmunidad de jurisdicción del Estado (Alcance y excepciones)”, *op. cit.*

¹⁵⁹⁶ Corte Costituzionale, sentenza 238/2014, 22 ottobre 2014, *op. cit.*, párrafo 3.3.

¹⁵⁹⁷ Véase la sentencia 20442/2020, de 28 de septiembre, de la Corte Suprema di Cassazione, *op. cit.*, párrafos 1.2., 1.4. y 1.5.

fundamentales. El *impasse* en este sentido también es manifiesto, es decir, Alemania es condenada por los tribunales italianos por los daños causados por los crímenes de la Segunda Guerra Mundial, pero la inmunidad frente a las medidas ejecutivas desactiva el alcance de estos pronunciamientos¹⁵⁹⁸.

La inmunidad impide que los Estados con un vínculo verificable fundamenten demandas basadas en el principio de *ius cogens* de “libre determinación [para] per[seguir] libremente su desarrollo económico, social y cultural”¹⁵⁹⁹, lo que constituye una violación del principio de tutela judicial efectiva¹⁶⁰⁰. Al mismo tiempo, impide que los tribunales contextualicen los hechos, de modo que los principios jurídicos contemporáneos sean irrelevantes en la resolución de controversias sobre cargamentos del patrimonio cultural subacuático¹⁶⁰¹. Trasladando el caso

¹⁵⁹⁸ Véase el desarrollo de esta cuestión en BERRINO, G., “La Corte di cassazione torna sul tema delle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni”, *Rivista di diritto internazionale*, n.º 3, 2020, pp. 844-858.

¹⁵⁹⁹ Artículo 2 de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, *op. cit.* Véase CIJ, Sentencia de 30 de junio de 1995, caso relativo a Timor Oriental (Portugal c. Australia), párr. 29: “self-determination (...) has an *erga omnes* character (...); it is one of the essential principles of contemporary international law” (citada por Losier, *op. cit.*, p. 552).

¹⁶⁰⁰ Corte Costituzionale, sentenza 238/2014, 22 ottobre 2014, *op. cit.*, párrafo 3.4.

¹⁶⁰¹ Véase *Al-Adsani* (*op. cit.*, nota 24) en *Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflish joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic*, p. 31: “The prohibition of torture, being a rule of *ius cogens*, acts in the international sphere and deprives the rule of sovereign immunity of all its legal effects in that sphere. The criminal or civil nature of the domestic proceedings is immaterial. The jurisdictional bar is lifted by the very interaction of the international rules involved, and the national judge cannot admit a plea of immunity raised by the defendant State as an element preventing him from entering into the merits of the case and from dealing with the claim of the applicant for the alleged damages inflicted upon him.” Véase también *Al-Adsani* en *Dissenting Opinion of Judge Loucaides*, p. 34: “It is true that in the present case the absurd and unjust results of applying a blanket immunity without regard to any considerations connected with the specific proceedings are more evident because the immunity prevented accountability for a grave violation of an international peremptory norm, namely the prohibition of torture. However, this does not mean that the relevant immunities can only be found to be incompatible with Article 6 § 1 in a case like the present one. In my opinion, they are incompatible with Article 6 § 1 in all those cases where their application is automatic without a balancing of the competing interests as explained above.”

Altmann al supuesto que nos ocupa, el conflicto entre la inmunidad soberana y el cargamento de los buques coloniales hundidos, Losier afirma que “[w]hen flag States claim the fruits of prohibited acts, modern courts should judge those acts, not validate them by allowing a *substantive defense on the merits*, or exempting them as *valid[] public acts... performed by [those] sovereigns within their own borders*”¹⁶⁰² en virtud de la doctrina del «Acto de Estado». Así pues, señala que la inmunidad sobre el cargamento de los buques coloniales hundidos debe restringirse si se aplica una excepción de *ius cogens* debido a la forma en que se adquirió originalmente. Además, añade que una excepción de *ius cogens* también podría impedir posibles violaciones de la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales de 1970, incluida la importación o transferencia ilícitas de patrimonio cultural subacuático sin consentimiento, en particular cuando el cargamento del buque colonial hundido sea “recuperado de manera contraria a la [Convención de la UNESCO de 2001] o [en violación] de otras disposiciones del derecho internacional” (artículo 19(2) de la Convención de la UNESCO de 2001)¹⁶⁰³. La jurisprudencia, por tanto, puede situar la adjudicación del cargamento del buque colonial hundido en consonancia con los principios legales modernos, si se restringe la inmunidad.

¹⁶⁰² LOSIER, M. M., *op. cit.*, p. 552. La cursiva corresponde al caso *Altmann* (*op. cit.*), 541 US 700.

¹⁶⁰³ *Ibid.*, p. 553.

CAPÍTULO QUINTO

LA INMUNIDAD DE LOS CABLES SUBMARINOS
DE COMUNICACIÓN

Sin el propósito de desarrollar esta cuestión en el cuerpo de un capítulo detallado, simplemente y para finalizar esta obra, plantaremos las líneas generales con la mirada puesta en problemas y desarrollos futuros.

1. LOS CABLES SUBMARINOS DE COMUNICACIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO

A diferencia de los buques de guerra (por ejemplo, los submarinos) y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales, los cables submarinos utilizados con fines militares/gubernamentales no comerciales no gozan explícitamente¹⁶⁰⁴ de inmunidad soberana. Sin embargo, según expone Ashley Roach, las disposiciones pertinentes de la CNUDM y otros convenios internacionales relativos a la protección de los cables submarinos se aplican igualmente¹⁶⁰⁵. Así pues, pone de manifiesto el autor que los cables militares, independientemente de su propiedad o uso, están sujetos al mismo régimen de derecho internacional que rige los cables submarinos¹⁶⁰⁶. Si bien no entra dentro del ámbito de esta obra hacer un análisis en profundidad del marco jurídico para la protección de los cables submarinos, se hace preciso señalar que existen tres convenciones internacionales que pueden ser relevantes como base jurídica para la protección en la Alta Mar. En primer lugar, el Convenio Internacional para la Protección de los Cables Telegráficos Submarinos de 1884¹⁶⁰⁷. El Convenio se centra únicamente en los cables submarinos situados en Alta Mar. El artículo 2 establece como infracción punible “to break or injure a submarine cable, wilfully or by culpable negligence,

¹⁶⁰⁴ Véase NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, “Strategic importance of, and dependence on, undersea cables”, November 2019, p. 5.

¹⁶⁰⁵ ASHLEY ROACH, J., “Military Cables” en BURNETT, Douglas R., BECKMAN, Robert C., y DAVENPORT, Tara M. (eds.), *Submarine Cables: The Handbook of Law and Policy*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2014, p. 343.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 339.

¹⁶⁰⁷ Firmado el 14 de marzo de 1884, entró en vigor el 1 de mayo de 1888. El texto original de la Convención puede ser consultado en el sitio web del International Cable Protection Committee, <https://www.iscpc.org/information/government-and-law/>.

in such manner as might interrupt or obstruct telegraphic communication”. En segundo lugar, la Convención de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar reitera en su artículo 27 el Convenio de 1884 al establecer que los Estados Partes “está[n] obligados a tomar las medidas legislativas necesarias para que la ruptura o el deterioro (...) de un cable submarino en alta mar (...) constituyan infracciones susceptibles de sanción”¹⁶⁰⁸. En este sentido, el ya citado *Tallinn Manual 2.0* en su *Rule 54* establece que “[t]he rules and principles of international law applicable to submarine cables apply to submarine communication cables”¹⁶⁰⁹. A los efectos de esta *Rule*, se entenderá por cable de comunicación submarino “any cable owned, operated, or laid by a State, as well as privately owned cables, the laying of which has been authorised by a State for international telecommunications and data traffic”¹⁶¹⁰. La *Rule 69* del *Oslo Manual* señala que “[o]ther than telegraphic cables, modern submarine communications cables are the backbone of global data traffic. Although they may physically connect the territories of two States, it will only in rare circumstances be possible to determine that they are “exclusively serving one or more belligerents” or one or more Neutral States. Today’s submarine communications cables are interconnected. Hence, data packages will travel over routes that are unpredictable. Accordingly, it is important to distinguish between submarine communications cables and other submarine cables”¹⁶¹¹. En virtud de la *Rule 67* de este mismo Manual, los Estados que hayan tendido cables submarinos, o cuyos nacionales hayan tendido y exploten esos cables, están facultados para adoptar medidas de protección con miras a impedir o poner fin a toda

¹⁶⁰⁸ Sin embargo, tal y como destaca el NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (CCDCOE), la Convención de Ginebra sobre Alta Mar “fails to address cases of intentional damage”. Véase “Strategic importance of, and dependence on, undersea cables”, *op. cit.*, p. 4. En tercer lugar, la CNUDM que sustituye a la Convención de Ginebra sobre Alta Mar y cuyos artículos pertinentes serán expuestos a continuación.

¹⁶⁰⁹ *Rule 54, Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, op. cit.*, p. 252.

¹⁶¹⁰ Commentary to *Rule 54* ¶ 1, *ibid.*, p. 253.

¹⁶¹¹ Commentary to *Rule 69* ¶ 4, *Oslo Manual (...)*, *op. cit.*, p. 63.

interferencia perjudicial¹⁶¹². El derecho de todos los Estados a tender cables submarinos en la Alta Mar y en la Zona Económica Exclusiva, así como en la Plataforma Continental de otros Estados ha sido reconocido por el derecho internacional del mar¹⁶¹³. El derecho internacional del mar regula las relaciones entre los Estados ribereños y los Estados que tienden cables submarinos de manera general, distinguiendo entre los distintos espacios marinos¹⁶¹⁴. Los artículos 113 y 114 de la CNUDM se refieren a la ruptura o deterioro de un cable submarino, y el artículo 115 prevé la indemnización por las pérdidas causadas al tratar de prevenir daños a dichos cables. Los artículos 113 a 115 de la CNUDM repiten la exigencia de la Convención de Ginebra sobre Alta Mar en el sentido de que los Estados Partes en la Convención adopten una legislación nacional que penalice los daños causados a los cables por buques o personas pertenecientes a sus jurisdicciones. La CNUDM reemplaza parte del Convenio Internacional para la Protección de los Cables de 1884, en particular con respecto al derecho de visita en Alta Mar. Por tanto, la disposición que se encuentra en este Convenio ya no es jurídicamente aplicable entre los Estados Partes en la CNUDM¹⁶¹⁵. El artículo 113 de la CNUDM implica que la ruptura o deterioro de un cable solo debe castigarse en virtud de la legislación nacional si es susceptible de “interrumpir u obstruir las comunicaciones”. Por otra parte, el artículo 113 también amplía su alcance de “infracción punible” para incluir los “actos que tengan por objeto causar tales rupturas o deterioros”. En este sentido afirma Wagner que, en virtud de la CNUDM, un Estado “would, for the first time, be able to act to prevent cable breaks from occurring”¹⁶¹⁶. Dejando de lado la cuestión de si la tentativa de daño debe

¹⁶¹² Véase *Rule 67, ibid.*, p. 61.

¹⁶¹³ Véase commentary to *Rule 67 ¶ 1, ibid.*, p. 61.

¹⁶¹⁴ Véanse las siguientes disposiciones de la CNUDM: artículo 51(2)-Aguas Archipelágicas; artículo 58(1)-ZEE; artículo 79-Plataforma Continental; artículos 87(1) c) y 112-Alta Mar.

¹⁶¹⁵ Véase “Strategic importance of, and dependence on, undersea cables”, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (CCDCOE), *op. cit.*, p. 4.

¹⁶¹⁶ WAGNER, E., “Submarine Cables and Protections Provided by the Law of the Sea”, *Marine Policy*, vol. 19, n.º. 2, 1995, p. 136.

incluirse en su ámbito de aplicación, al menos la prohibición de infligir daños a los cables es, según el *Tallinn Manual 2.0*, una cuestión de derecho internacional consuetudinario¹⁶¹⁷. Sin embargo, tal y como resaltan Dinstein y Dahl en el *Oslo Manual*, la CNUDM guarda silencio sobre “the question of whether and to what extent such cables (...) are subject to the jurisdiction of the States that own them or whose nationals have laid and operate them”¹⁶¹⁸. Los autores concluyen que “States having laid submarine cables, or whose nationals have laid and/or operate them, may exercise their jurisdiction in accordance with well-established principles of international law, e.g., under the passive nationality and protective principle”¹⁶¹⁹. El NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence señala que, en tierra, esto plantea relativamente pocas complicaciones ya que los cables están protegidos por sus propietarios y la jurisdicción nacional. Sin embargo, la protección en el mar, tanto física como jurídica, es más difícil¹⁶²⁰.

2. INMUNIDAD SOBERANA Y CABLES SUBMARINOS DE COMUNICACIÓN

Tal y como se recordará, el *Tallinn Manual 2.0* en su *Rule 12* establecía que “a State’s cyber infrastructure that serves non-commercial governmental purposes may not be seized or attached by a domestic court or

¹⁶¹⁷ *Rule 54* (Commentary to *Rule 54* ¶ 15), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, *op. cit.*, p. 256.

¹⁶¹⁸ Véase commentary to *Rule 67* ¶ 3, *Oslo Manual* (...), *op. cit.*, p. 61. Dinstein y Dahl añaden que “[a]rticle 113 of UNCLOS does not make it clear which other States also have jurisdiction over the breaking or injuring of submarine cables and pipelines beyond the territorial sea. It is, however, questionable whether only a flag State may exercise jurisdiction against foreigners regarding the breaking of cables or pipelines outside its own maritime zones”. Commentary to *Rule 67* ¶ 4, *ibid.*

¹⁶¹⁹ Commentary to *Rule 67* ¶ 6, *ibid.*, p. 62.

¹⁶²⁰ Véase “Strategic importance of, and dependence on, undersea cables”, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (CCDCOE), *op. cit.*, p. 1. “[A]s undersea cables joining countries and continents must pass through international waters, they cannot solely be protected by national legislation, national law enforcement or the military”. *Ibid.*

officials of another State”¹⁶²¹. Al mismo tiempo afirmaba que “other moveable or non-moveable State property and equipment of a military nature, including military cyber infrastructure, are ipso facto considered to be of a non-commercial governmental nature”¹⁶²². Señala la *Rule 54* del *Tallinn Manual 2.0* que los cables submarinos de comunicación son “a key component of the international telecommunication and data traffic cyber infrastructure”¹⁶²³. Aunque se emplean con fines tanto comerciales como gubernamentales, la mayoría de los cables y redes de cable submarinos son propiedad de consorcios de empresas privadas y son explotados por ellas¹⁶²⁴. Estos cables son vulnerables a varias amenazas. Pueden sufrir daños físicos que den lugar a la degradación, la interrupción o la terminación de la transmisión de datos. Además, tal y como puntualiza el *Tallinn Manual 2.0*, los cables submarinos de comunicación son susceptibles de ser intervenidos físicamente, por ejemplo, por submarinos construidos expresamente, de manera que todo el tráfico transmitido a través de ellos puede ser recogido, alterado o interferido¹⁶²⁵. A la luz de lo dispuesto en las anteriores *Rules*, nos preguntamos si sería posible confirmar la inmunidad soberana de los cables submarinos de comunicación como “State’s cyber infrastructure that serves non-commercial governmental purposes”. No obstante, el grupo independiente de expertos jurídicos del *Tallinn Manual 2.0* no reconoce que los cables submarinos de comunicación pertenecientes o explotados por el Estado que los ha tendido, o en su caso, pertenecientes a empresas participadas por ese Estado, y utilizados únicamente para un servicio

¹⁶²¹ “Rule 12 – Immunity of States from the exercise of jurisdiction” (Commentary to Rule 12 ¶ 8), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, op. cit., p. 73.

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ Commentary to Rule 54 ¶ 2, *ibid.*, p. 253. La terminología es esencial para una comprensión precisa de este capítulo. La “cyber infrastructure” se refiere a “[t]he communications, storage, and computing resources upon which information systems operate”. Véase *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, op. cit., pp. 15 y 258.

¹⁶²⁴ Commentary to Rule 54 ¶ 2, *ibid.* Véase también a James Kraska en “The Law of Maritime Neutrality and Submarine Cables”, *Blog of the European Journal of International Law*, July 29, 2020 (última consulta el 20 de febrero de 2021).

¹⁶²⁵ Commentary to Rule 54 ¶ 2, *ibid.*

oficial no comercial estén cubiertos por la soberanía de ese Estado. Así pues, señalan que la intervención física de los cables de submarinos de comunicación para recoger los datos transmitidos a través de ellos en el Mar Territorial o en las Aguas Archipelágicas de otro Estado no viola la soberanía de otros Estados, como los que lo colocaron y operan el cable. Asimismo, convinieron que “tapping operations beyond waters subject to the sovereignty of the coastal or archipelagic State do not constitute a violation of sovereignty. These conclusions are without prejudice to the application of other international legal norms, such as a bilateral treaty governing the circumstances”¹⁶²⁶. Como los cables submarinos de comunicación pueden conectar físicamente los territorios de varios Estados, la referida “State’s cyber infrastructure” del *Tallinn Manual 2.0* podría serlo de varios Estados, pues tales cables no encajan fácilmente con una noción de soberanía que se limita a las fronteras estatales. Solo en raras circunstancias será posible determinar que están sirviendo exclusivamente a uno o más Estados. De este modo, los cables submarinos de comunicación están interconectados y los paquetes de datos viajarán por rutas que son impredecibles¹⁶²⁷. Algunos de los expertos jurídicos del *Tallinn Manual 2.0* opinaron que los Estados también están facultados para ejercer derechos soberanos, incluida la jurisdicción, sobre los datos gubernamentales y los de sus nacionales almacenados o transmitidos fuera de su territorio, con sujeción a las restricciones específicas impuestas por el derecho internacional. Para estos expertos, la soberanía de un Estado sobre los datos almacenados o en tránsito en el exterior puede existir independientemente de su soberanía sobre la infraestructura cibernética. La mayoría de expertos, por el contrario, adoptó la posición de que los Estados no disfrutan de tal soberanía sobre los datos ubicados en el exterior a menos que el derecho internacional específicamente lo establezca, como en el caso de los datos almacenados a bordo de ciertos objetos como buques de guerra¹⁶²⁸. De todos modos, como ya vimos,

¹⁶²⁶ Commentary to Rule 54 ¶ 17, *ibid.*, p. 257.

¹⁶²⁷ Commentary to Rule 69 ¶ 4, *Oslo Manual (...)*, *op. cit.*

¹⁶²⁸ Rule 2 – Internal sovereignty (Commentary to Rule 2 ¶ 11), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, *op. cit.*, p. 16. Con respecto a los datos

los expertos jurídicos del *Tallinn Manual 2.0* solo reconocen de manera expresa la inmunidad de los siguientes bienes de los Estados extranjeros: “buildings, installations, vessels, aircraft, and space objects that are owned or operated by a foreign State for non-commercial exclusively governmental purposes”¹⁶²⁹. La conclusión a la que llegan es clara y se plasma en la *Rule 12* según la cual “[a] State may not exercise enforcement or judicial jurisdiction in relation to cyber infrastructure that enjoy immunity under international law”.¹⁶³⁰ Según el estado actual de la cuestión, no existe una norma general de derecho internacional público, ni siquiera (y como ya tuvimos oportunidad de analizar) a la luz del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, en virtud del cual los objetos, como por ejemplo, los cables submarinos de comunicación, que son propiedad de un Estado o que son utilizados por este con fines gubernamentales no comerciales están cubiertos por la soberanía del Estado. Ahora bien, podría desprenderse del *Tallinn Manual 2.0* que los cables submarinos de comunicación en el Mar Territorial o en las Aguas Archipelágicas de los Estados gozan de inmunidad soberana, ya sean propiedad de terceros Estados o de empresas privadas, pues las operaciones de inteligencia submarina contra los cables submarinos de comunicación en el Mar Territorial o en las Aguas Archipelágicas de los Estados violan la soberanía de estos Estados¹⁶³¹. Como la mayoría de los cables y redes de cable submarinos son propiedad de consorcios de empresas privadas, ¿podrían estas hacer valer la inmunidad del Estado en un procedimiento judicial en el que el Estado no sea parte? El NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (CCDCOE) destaca la importancia estratégica de los cables submarinos de comunicación en la

gubernamentales ubicados en el territorio de otro Estado véase *Questions Relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Austl)*, provisional measure, 2014 ICJ 147, paras. 24-25, 27 (3 March); *Questions Relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Austl.)*, order 2015 ICJ Gen. List No. 156, at 3 (11 June).

¹⁶²⁹ Commentary to *Rule 12* ¶ 8, *Tallinn Manual 2.0* (...), *ibid.*, p. 73.

¹⁶³⁰ *Rule 12*, *ibid.*, p. 71.

¹⁶³¹ Commentary to *Rule 54* ¶ 17, *op. cit.*

ciberseguridad y la dependencia de los Estados de su funcionamiento. Más del 97% de todo el tráfico de internet se transmite a través de cables submarinos¹⁶³²; son por tanto, parte de nuestra infraestructura crítica y deben ser protegidos como tales, para salvaguardar la soberanía de los datos necesarios para el funcionamiento de una sociedad moderna. La mayoría de los países han identificado su infraestructura crítica y han elaborado planes para su protección. Sin embargo, como los cables submarinos que unen países y continentes deben pasar por aguas internacionales, no pueden ser protegidos únicamente por la legislación nacional. En España, la Estrategia de Seguridad Nacional de 2017 (todavía en vigor) establece entre las principales amenazas identificadas, las amenazas sobre las infraestructuras críticas. Asimismo, señala que gran parte del intercambio de información digital en España transcurre por cables submarinos¹⁶³³. Muy pocos Estados tipifican como delito los daños a los cables submarinos en sus aguas territoriales y fuera del mar territorial. En caso de que no exista legislación nacional relativa a la protección de los cables submarinos dentro de su mar territorial o fuera de sus aguas territoriales, los Estados pierden la posibilidad de proporcionar medios eficaces de prevención e investigación de los ataques contra los cables submarinos en esas zonas marítimas. De este modo, Martti Lehto, Arne Hummelholm, Katsuyoshi Lida *et al.* recomiendan que los Estados deberían adoptar legislación nacional relativa a la protección de los cables submarinos dentro del Mar Territorial y fuera del Mar Territorial (ZEE y Alta Mar) mediante la aplicación de los artículos 21. 1 c) y 113 de la CNUDM. Además, inciden los autores en que los Estados deberían concertar planes de contingencia para garantizar la seguridad y la recuperación de los cables submarinos¹⁶³⁴. La amenaza que plantea el

¹⁶³² Véase NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (CCDCOE), “Strategic importance of, and dependence on, undersea cables”, *op. cit.*, p. 1. Se estima que en 2019 hay en todo el mundo más de 378 cables submarinos en servicio que suman más de 1,2 millones de kilómetros, y el número va en aumento. *Ibid.*

¹⁶³³ Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2017. BOE núm. 309, de 21 de diciembre de 2017.

¹⁶³⁴ LEHTO, M. *et al.*, “Arctic Connect Project and cyber security control, ARCY”, *Informaatioteknologian tiedekunnan julkaisu*, n.º. 78, 2019, pp. 42-43.

espionaje requiere un equipo especial del que solo disponen unos pocos Estados. Los submarinos especialmente equipados, o los sumergibles que operan desde buques como el *Yantar* ruso, pueden acceder a los datos de los cables de fibra óptica sin dañarlos y, por tanto, pueden escuchar, interferir y posiblemente también alterar los datos que pasan por los cables¹⁶³⁵. El mantenimiento de la ciberseguridad no solo consiste en proteger los datos sino también los medios por los que se transmiten estos datos. A lo largo de los años, las comunicaciones militares y oficiales han utilizado cada vez más redes comerciales de fibra óptica submarina¹⁶³⁶. Según un informe de Harvard Kennedy School sobre la protección de los cables submarinos de comunicación, la Defense Information Systems Agency estadounidense (la agencia responsable de las redes de defensa) confía en los cables comerciales para el 95% de las comunicaciones estratégicas¹⁶³⁷. Uno de los principales usos militares para el tráfico en red es el material de vídeo de vehículos aéreos no tripulados

¹⁶³⁵ NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (CCDCOE), *op. cit.*, pp. 2-3. “An intelligence operation against an undersea cable may not be punished unless it meets the requirements set forth in Article 113, such as both physical effect (damage) to the cable and the disruption of communication. This is unlikely to be the case, as tapping or tampering with undersea cables could be done without any tangible impact”. *Ibid.*, p. 4.

¹⁶³⁶ ASHLEY ROACH, J., “Military Cables”, *op. cit.*, p. 340. Véase también LACROIX *et al.*, *A Concept of Operations for a New Deep-Diving Submarine, Appendix 1 Submarine Cable Infrastructure*, Rand, 2002, p. 141, disponible en

https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph_reports/MR1395/MR1395.appi.pdf (último acceso el 18 de enero de 2021).

¹⁶³⁷ SECHRIST, M., “Cyberspace in deep water: Protecting undersea communication cables”, Harvard Kennedy School, 2010, p. 9 (citado por HINCK, G., “Evaluating the Russian Threat to Undersea Cables”, blog *Lawfare*, March 5, 2018,

<https://www.lawfareblog.com/evaluating-russian-threat-undersea-cables>,

última consulta el 18 de enero de 2021), disponible en

https://www.belfercenter.org/sites/default/files/legacy/files/PAE_final_draft_-_043010.pdf (última consulta el 18 de enero de 2021).

Véase también SECHRIST, M., “New Threats, Old Technology: Vulnerabilities in Undersea Communications Cable Network Management Systems”, Harvard Kennedy School, Belfer Center, Discussion Paper No. 2012-03, 2012, <https://citizenlab.ca/cybernorns2012/sechrist.pdf> (última consulta el 18 de enero de 2021).

(UAVs)¹⁶³⁸. El mismo informe documenta que cuando tres cables en el Mediterráneo se apagaron en 2008, los vuelos diarios de los UAVs desde una base aérea en Irak disminuyeron de cientos a decenas¹⁶³⁹. Tal y como explicita Hinck, “[o]nly the commercial cable networks can provide the bandwidth for transmission of drone footage from southwest Asia to the continental U.S.”¹⁶⁴⁰.

Volviendo al interrogante planteado, ¿podría una empresa privada, propietaria de cables submarinos, por donde viaja parte del tráfico de datos de los gobiernos, incluyendo las órdenes diplomáticas y militares sensibles, hacer valer la inmunidad de un Estado en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado? La empresa privada podría argumentar que, en la medida en que sus cables submarinos de comunicación, susceptibles de ser objeto de medidas de ejecución, transmiten comunicaciones militares y oficiales de determinados Estados, tienen derecho a la inmunidad soberana de tales Estados ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado. En este sentido, en un reciente caso ante el Tribunal de Distrito del Distrito Norte de California, la empresa de tecnología NSO Group (NSO)¹⁶⁴¹ con sede en Israel demandada por WhatsApp (la plataforma de mensajería en línea propiedad de Facebook Inc.) argumentó tener derecho a la denominada “derivative sovereign immunity”¹⁶⁴². Tal y como ponen de manifiesto Buchan y Franchini la

¹⁶³⁸ “Cyberspace in deep water: Protecting undersea communication cables”, *ibid*, p. 5: “A major portion of DoD (Department of Defense) data traveling on undersea cables is unmanned aerial vehicle (UAV) video”.

¹⁶³⁹ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶⁴⁰ HINCK, G., “Evaluating the Russian Threat to Undersea Cables”, *op. cit.*

¹⁶⁴¹ Más conocida por su Pegasus spyware, que puede utilizarse para acceder a la información confidencial almacenada en redes y sistemas informáticos. Véase BUCHAN, R., FRANCHINI, D., “WhatsApp v. NSO Group: State Immunity and Cyber Spying”, *Just Security*, *op. cit.*, April 16, 2020 (disponible en:

<https://www.justsecurity.org/69684/whatsapp-v-nso-group-state-immunity-and-cyber-spying/>, última consulta el 19 de enero de 2021).

¹⁶⁴² Véase la moción presentada por NSO para desestimar el caso: Case No. 19-cv-07123-PJH, Defendants NSO Group Technologies Limited and Q Cyber Technologies Limited’s notice of

“Derivative sovereign immunity” “is not a term of art in international law”, y la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) guarda silencio sobre esta cuestión¹⁶⁴³. NSO fundamenta su moción en la sentencia del año 2000 en el caso *Butters v. Vance Intern., Inc.*, en el que se consideró que una empresa estadounidense tenía derecho a la “derivative immunity under the FSIA” por actos realizados siguiendo órdenes de Arabia Saudita¹⁶⁴⁴. Sin embargo, no está claro¹⁶⁴⁵ cómo puede conciliarse este fallo con la decisión de 2010 del Tribunal Supremo en *Samantar v. Yousef*, en la que se establece claramente que el propósito del Congreso al promulgar la FSIA era exclusivamente codificar la inmunidad del Estado, y no otras inmunidades soberanas (como la inmunidad de los funcionarios del Estado)¹⁶⁴⁶. Según Buchan y Franchini solo existen dos vías por las que se puede argumentar la existencia de una doctrina de “derivative immunity” ante los tribunales de Estados Unidos, y en ambos casos, resaltan los autores, el derecho internacional consuetudinario desempeña un papel crucial en la determinación del contenido de esta doctrina¹⁶⁴⁷. La primera opción es sostener que, a pesar de los dictados del Tribunal Supremo, la FSIA permite implícitamente a las entidades privadas reclamar la inmunidad en nombre de Estados extranjeros. En este caso, señalan los autores que el derecho internacional sigue informando

motion and motion to dismiss under federal rules of civil procedure (...); Memorandum of points and authorities in support thereof, May 13, 2020, p. 10 (disponible en https://files.lbr.cloud/public/2020-04/NSO%20MTD_0.pdf?U8htSdRmLFPHWkkryK_sLHGGrGn5RHesx, última consulta el 19 de enero de 2021).

¹⁶⁴³ BUCHAN, R., FRANCHINI, D., *op. cit.*

¹⁶⁴⁴ Véase *Butters v. Vance Intern., Inc.*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 225 F.3d 462 (4th Cir. 2000), Sep 11, 2000, p. 466.

¹⁶⁴⁵ BUCHAN, R., FRANCHINI, D., “WhatsApp v. NSO Group: State Immunity and Cyber Spying”, *op. cit.*

¹⁶⁴⁶ Véase *Samantar v. Yousuf et al.*, U.S., 560 U.S. 305, 311, 2010, p. 322. Véase también *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, 2014, pp. 141-142: “any sort of immunity defense made by a foreign sovereign in an American court must stand on the [FSIA] text”.

¹⁶⁴⁷ BUCHAN, R., FRANCHINI, D., *op. cit.*

la interpretación de esta doctrina de conformidad con el canon de *Charming Betsey*¹⁶⁴⁸ según el cual “an act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations if any other possible construction remains”¹⁶⁴⁹. Por otra parte, como reconoció el Tribunal Supremo en *Samantar*, “[e]ven if a suit is not governed by the [FSIA], it may still be barred by foreign sovereign immunity under the common law”¹⁶⁵⁰. Así pues, si se considera que la cuestión de la “derivative state immunity” queda fuera del ámbito de la FSIA, que según Buchan y Franchini constituye la interpretación más plausible (interpretación que compartimos), la “derivative state immunity” puede encontrarse todavía en el common law¹⁶⁵¹. A este respecto, según Bellia y Clark, se considera que el common law federal incorpora el derecho internacional consuetudinario y, además, podría decirse que el respeto del derecho consuetudinario sobre la inmunidad soberana es exigido por la propia Constitución¹⁶⁵². Señalan Bradley y Helfer que “it is likely that CIL (customary international law) will influence judicial assessments of common law immunity claims”¹⁶⁵³. Examinando el derecho internacional consuetudinario, Buchan y Franchini concluyen que el concepto de “derivative state immunity” invocado por NSO parece referirse a lo que se conoce como la “indirect empling” de Estados extranjeros¹⁶⁵⁴. En determinadas circunstancias, el derecho internacional consuetudinario permite hacer valer la inmunidad del Estado ante un tribunal extranjero cuando el Estado no es parte en el proceso, pero sus derechos soberanos están, no

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*

¹⁶⁴⁹ Véase *Murray v. The Charming Betsey*, 6 U.S. 64, 1804, p. 118.

¹⁶⁵⁰ Véase *Samantar v. Yousuf et al.*, *op. cit.*, p. 324.

¹⁶⁵¹ BUCHAN, R., FRANCHINI, D., *op. cit.*

¹⁶⁵² Véase BELLIA JR, Anthony J. y CLARK, Bradford R., *The Law of Nations and the United States Constitution*, Oxford University Press, 2020, p. 170 (citado en Buchan y Franchini, *op. cit.*).

¹⁶⁵³ BRADLEY, Curtis A. y HELFER, Laurence R., “International Law and the U.S. Common Law of Foreign Official Immunity”, *Supreme Court Review*, 2011, p. 272 (citado en Buchan y Franchini, *op. cit.*). Paréntesis añadido.

¹⁶⁵⁴ BUCHAN, R., FRANCHINI, D., *op. cit.*

obstante, implicados. Como ya tuvimos ocasión de exponer en la primera parte de esta obra, históricamente, la situación descrita se producía en aquellas situaciones en las que los bienes de Estado (normalmente buques) eran objeto de un procedimiento ante un tribunal extranjero¹⁶⁵⁵. En estos casos, los tribunales del Reino Unido y de Estados Unidos¹⁶⁵⁶ consideraron que la inmunidad del Estado constituía un obstáculo para los procedimientos judiciales porque los Estados extranjeros no debían colocarse “ante la alternativa de quedar privado de sus bienes o someterse a la jurisdicción del tribunal”¹⁶⁵⁷. Así pues, comparados con Buchan y Franchini que a tenor del derecho consuetudinario, tal y como se desprende de la práctica de los Estados y de la *opinio iuris* sobre la implicación indirecta, se hace difícil que NSO pueda invocar con éxito la doctrina de la inmunidad del Estado. En primer lugar, para que NSO pueda invocar alguna forma de inmunidad derivada, debe, como mínimo, identificar al Estado o los Estados que se han visto implicados en el procedimiento y justificar cómo se ven afectados sus intereses soberanos. No parece que la afirmación de NSO de que actúa “entirely at the direction of their government customers”¹⁶⁵⁸ cumpla este requisito¹⁶⁵⁹. Por otra parte, los anteriores autores, apoyándose en la FSIA (§ 1605(a)(1)), sostienen que no se puede esperar que un tribunal acepte tal afirmación al pie de la letra, teniendo en cuenta que los Estados extranjeros siguen siendo libres de renunciar a su

¹⁶⁵⁵ Véase el párrafo (12) del comentario al artículo 6 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, UN Doc. A/46/10, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁵⁶ Véase RIESENFELD, Stefan A., “Sovereign Immunity of Foreign Vessels in Anglo-American Law: The Evolution of a Legal Doctrine”, *Minnesota Law Review*, vol. 25, nº. 1, 1940, pp. 1-65 (citado en Buchan y Franchini, *op. cit.*).

¹⁶⁵⁷ Véase el párrafo (12) del comentario al artículo 6 del “Report of the International Law Commission: Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property with Commentaries”, *op. cit.*

¹⁶⁵⁸ Case No. 19-cv-07123-PJH, Defendants NSO Group Technologies Limited and Q Cyber Technologies Limited’s notice of motion and motion to dismiss under federal rules of civil procedure (...), *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁵⁹ BUCHAN, R., FRANCHINI, D., *op. cit.*

inmunidad¹⁶⁶⁰. En segundo lugar, la práctica estatal en materia de implicación indirecta consiste en gran medida en casos en los que la *propiedad* soberana se ve afectada por procedimientos judiciales extranjeros. Esto es importante en el caso de WhatsApp porque NSO parece sugerir que es la “intelligence collection” una *actividad* que implica la autoridad soberana de un Estado; en otras palabras, subrayan los autores, “NSO’s claim does not pertain to a state’s sovereign property”¹⁶⁶¹. La CDI intentó codificar la implicación indirecta en el artículo 6(2) (b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes (CNUIJ), del tenor literal siguiente:

“Un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá incoado contra otro Estado si éste: (...) b) no es mencionado como parte en el proceso, pero este proceso tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado”.

El artículo 6(2) (b) amplía las circunstancias en las que la inmunidad del Estado puede ser invocada indirectamente ante los tribunales extranjeros: la inmunidad del Estado puede hacerse valer cuando los procedimientos afectan no solo a la propiedad del Estado sino también a sus “derechos, intereses o actividades”. Tal y como aclara Grant, “[i]t is not to be confused with the situation where an emanation of the State other than the State by that name is named as a party to the proceeding. A proceeding instituted against, say, a ministry of a State, a federal constituent unit of a State, an agency or instrumentality of a State, or an individual representative of a State is, in accordance with the various sub-subparagraphs of Article 2(1) (b) of the Convention, a proceeding against a State, and as such falls for consideration under Article 6(2)(a)”¹⁶⁶². Siguiendo la argumentación de Buchan y Franchini en el caso de la empresa de tecnología NSO Group (NSO) y a tenor del artículo 6(2) (b) de la CNUIJ, si se puede recurrir a la invocación indirecta

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶⁶¹ *Ibid.*

¹⁶⁶² GRANT, T., “Article 6. Modalities for giving effect to State immunity”, en *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A commentary, op. cit.*, p. 109.

cuando el proceso afecta a los *intereses* o *actividades* soberanas de un Estado, no hay razón para que no pueda aplicarse en principio a los cables submarinos de comunicación por donde se transmite información que afecta a la seguridad nacional del país por cuyo mar territorial atraviesa dicho cable. Sin embargo, la CNUIJ aún no está en vigor y existe una controversia sobre si todas sus disposiciones codifican el derecho internacional consuetudinario¹⁶⁶³. De hecho, en 2017 la Supreme Court del Reino Unido confirmó que, más allá de los casos que afectan a los intereses patrimoniales de Estados extranjeros, la invocación indirecta sigue siendo excepcional y es difícil de concebir (*Belhaj v Straw*)¹⁶⁶⁴. Esta decisión fue seguida ese mismo año por el Haute cour d’Afrique du Sud en *NM Cherry Blossom*¹⁶⁶⁵, que llegó a la misma conclusión. El 1 de mayo de 2017, el buque *NM Cherry Blossom* entró en el Puerto de Coega (Sudáfrica) para abastecerse de combustible antes de partir hacia Nueva Zelanda. A bordo del buque había roca fosfórica extraída de la mina de Boucraa, en el territorio del Sahara occidental, y cargada en el Puerto de El Aaiún, en el mismo territorio. Ese mismo día, la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) y el Frente Polisario presentaron una demanda ex parte. El 18 de mayo, el juez que conocía del caso emitió una orden provisional (rule nisi) que prohibía la retirada del cargamento de fosfato hasta que se celebrara la vista sobre el fondo del asunto en cuanto a la propiedad del cargamento¹⁶⁶⁶. Solo dos demandados se opusieron a la confirmación de la sentencia: la sociedad OCP SA (OCP), registrada en Marruecos y cuyo capital pertenece en algo más del 94% a este Estado (OCP extrae fosfato en tres zonas de Marruecos y disfruta del

¹⁶⁶³ BUCHAN, R., FRANCHINI, D., *op. cit.*

¹⁶⁶⁴ Véase *Belhaj and Boudchar v Straw and ors*, Appeal judgment, [2017] Supreme Court (UKSC) 3, 17 Jan 2017 (citado en Bruchan y Franchini, *ibid*). Véase un comentario de la sentencia en FRANCHINI, D., módulo Oxford Reports on International Law in Domestic Courts, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-ildc/2974uk17.case.1/law-ildc-2974uk17> (consultada por última vez el 21 de enero de 2021).

¹⁶⁶⁵ *Saharawi Arab Democratic Republic and The Front Polisario v Owner and Charterers of the MV 'NM Cherry Blossom' and Others*, Haute cour d’Afrique du Sud, Eastern Cape Local Division, Port Elizabeth, *op. cit.*

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, párrafos 2 y 3.

monopolio de las reservas de fosfato en ese país), así como la sociedad Phosphates de Boucraa SA (Phosboucraa), también marroquí y propiedad al 100% de OCP¹⁶⁶⁷, dos personas distintas, por tanto, del Estado marroquí. El Haute cour d’Afrique du Sud se pronunció sobre la orden provisional relativa al buque y su carga. Para ello, expuso los antecedentes históricos relevantes, consideró el derecho internacional que se aplica en relación con la propiedad y la explotación de los recursos naturales del Sahara Occidental y decidió si se daban las condiciones para las medidas cautelares, considerando la aplicación de la doctrina del acto de Estado y la inmunidad del Estado¹⁶⁶⁸. Según los demandantes, el fosfato que se encuentra a bordo del buque forma parte de los recursos nacionales del Sahara Occidental y pertenece a su pueblo, ya que las empresas demandadas se apropiaron indebidamente de él y lo vendieron sin tener derecho a hacerlo¹⁶⁶⁹. El representante de OCP declaró en su defensa que ambas sociedades actuaban de acuerdo con el principio establecido en la legislación marroquí de que Marruecos ejerce la soberanía sobre las provincias del sur de Marruecos, donde realizaban sus actividades de acuerdo con la legislación marroquí e internacional¹⁶⁷⁰. El Haute cour d’Afrique du Sud, considerando las otras condiciones cumplidas, tuvo que cuestionar los obstáculos a su jurisdicción planteados por los demandados. Basaron su oposición en la norma consuetudinaria de derecho internacional de la inmunidad del Estado incorporada al derecho sudafricano por la ya citada *Foreign State Immunities Act* que, en opinión del Tribunal, puede impedir la competencia del juez sudafricano para conocer de un asunto y en la doctrina del Acto de Estado que, en opinión del Tribunal, puede impedir la justiciabilidad de una acción con independencia de la competencia del juez para conocer del asunto. Lógicamente, el Alto Tribunal decidió tratar en primer lugar la cuestión de la inmunidad (y en este caso solo señaló que Sudáfrica reconoce tanto a la RASD como a Marruecos), resolviendo, la delicada cuestión de la

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, párrafos 10 y 11.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 16.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 13.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, párrafo 12.

invocabilidad de la inmunidad cuando el Estado no es parte en proceso ante el juez del foro, pero está implicado “indirectamente” en él. Según el Tribunal, mientras que la decisión sobre el fondo tendría que versar sobre el título de Marruecos para ejercer válidamente su poder legislativo sobre el territorio en cuestión y para autorizar la explotación del fosfato del Sahara Occidental, la decisión sobre el fondo de la propiedad del cargamento no afectaría jurídicamente a Marruecos, que no tiene ningún derecho de propiedad sobre o respecto al buque, lo que es un obstáculo para invocar su inmunidad. En su sentencia, el Tribunal citó a Lord Sumption en *Belhaj* donde expresó la opinión de que sería difícil concebir un caso en el que las palabras “intereses o actividades” no se refieran a la propiedad. En consecuencia, consideró que el lenguaje del artículo 6(2) (b) debe interpretarse en el contexto de la afirmación de la inmunidad del Estado *eo nomine* y en su propiedad¹⁶⁷¹. En una sociedad interconectada, podría decirse que casi cualquier procedimiento afecta a los intereses o actividades, e incluso a los derechos y bienes, de otros, incluidos los Estados. Es evidente que el artículo 6(2) (b) no puede abarcar todas las acciones, por muy accesorias o incidentales que sean en relación con un Estado¹⁶⁷². En este sentido, el proyecto de artículo 6(2) (b), tal y como se adoptó finalmente en segunda lectura, suscitó la preocupación tanto de Australia como de Estados Unidos¹⁶⁷³. Sin embargo, los comentaristas académicos han llegado a la conclusión de que

¹⁶⁷¹ Véase al Haute cour d’Afrique du Sud en *NM Cherry Blossom*, *ibid*, párrafo 79, citando a Lord Sumption en *Belhaj*, *op. cit.*, para 194.

¹⁶⁷² GRANT, T., “Article 6. Modalities for giving effect to State immunity”, *op. cit.*, p. 110.

¹⁶⁷³ Por su parte, Estados Unidos afirmó que: “The [ILC] commentary notes... that actions involving seizure or attachment of State property have been considered in the practice of States to be proceedings that in effect implicate the foreign sovereign (even though it may not be named as a party to the proceeding). However, paragraph 2(b) is not limited to such actions; it also includes proceedings that affect the ‘interests’ or ‘activities’ of a foreign State— terms that are sufficiently expansive to reach many other kinds of cases. Moreover, it is unclear what obligations the parties to any such proceeding, or the court itself, may have towards the affected foreign State; for example, must notice be provided to the foreign State, by whom, and within what time period? We believe that further consideration should be given to the issues”. “Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Report of the Secretary-General”, UN doc. A/47/326 (4 August 1992), 29, para. 9 (US).

cualquier incertidumbre en su alcance debe abordarse reconociendo que “interests should be limited to a claim for which there is some legal foundation and not merely to some political or moral concern of the State in the proceedings”¹⁶⁷⁴. Debe exigirse, por tanto, algún efecto específicamente jurídico, distinto del efecto social, económico o político¹⁶⁷⁵. No obstante, Lord Sumption dejó abierta la cuestión de si un litigio entre partes podía afectar directamente a intereses de otro Estado distintos de los intereses patrimoniales¹⁶⁷⁶. A este respecto, en *NM Cherry Blossom*, las sociedades OCP y Phosboucraa pretenden que la determinación por parte de un tribunal nacional sudafricano de que la titularidad del cargamento de fosfatos corresponde a la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) implica necesariamente que la titularidad conferida a OCP y Phosboucraa por Marruecos es inválida, y, por tanto, que los derechos de Marruecos se ven afectados¹⁶⁷⁷. Finalmente, el Haute cour d’Afrique du Sud señala con rotundidad que Marruecos no es parte en el procedimiento. Por tanto, advierte que “[i]t is accordingly not bound by any finding or judgment to be made in relation to the issues between the parties. It has no proprietary interest in the matter which the SADR and the PF seek to prosecute by way of the vindicatory action”¹⁶⁷⁸. OCP y Phosboucraa afirman que sus explotaciones mineras están autorizadas de acuerdo con la legislación marroquí que se aplica al territorio sobre el que Marruecos ejerce su autoridad¹⁶⁷⁹. El Tribunal señala al respecto que “[a] (...) finding by a South African court applying South African law, which includes customary international law by virtue of s 232 of the Constitution, cannot in any legal sense affect the

¹⁶⁷⁴ Véase al Haute cour d’Afrique du Sud en *NM Cherry Blossom*, *op. cit.*, párrafo 80, citando a Lord Mance en *Belhaj*, *op. cit.*, para 26.

¹⁶⁷⁵ Véase FOX y WEBB, *op. cit.*, p. 307; GRANT, T., *op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁷⁶ Véase al Haute cour d’Afrique du Sud en *NM Cherry Blossom*, *op. cit.*, párrafo 79, citando a Lord Sumption en *Belhaj*, *op. cit.*, para 196.

¹⁶⁷⁷ *NM Cherry Blossom*, *ibid*, párrafo 82.

¹⁶⁷⁸ *Ibid*, párrafo 83.

¹⁶⁷⁹ *Ibid*.

rights of Morocco at international law (...)”¹⁶⁸⁰. Al fin y al cabo, concluye el tribunal que OCP y Phosboucraa llevan a cabo sus actividades como entidades legales constituidas y totalmente separadas del Estado de Marruecos¹⁶⁸¹. Por último, añade que “[i]t may well be so that such a determination carries with it an affect upon the interests of Morocco but such the affect falls within the realm of **political or moral interests** and cannot have legal affect. It follows therefore that the claim to state immunity cannot be upheld”¹⁶⁸². En el caso de los cables submarinos de comunicación, propiedad de empresas privadas, vitales también para la defensa y la seguridad nacional por la información transmitida (*recuérdese*, por ejemplo, que la Systems Agency estadounidense confía en los cables comerciales para el 95% de las comunicaciones estratégicas) y susceptibles de ser objeto de medidas de ejecución, los intereses de los Estados por cuyo Mar Territorial atraviesan dichos cables se verían

¹⁶⁸⁰ *Ibid*, párrafo 84.

¹⁶⁸¹ *Ibid*. Así lo afirma el tribunal pese a que la sociedad OCP pertenece en un 94.12% a Marruecos. Remitimos el análisis de la inmunidad soberana de las empresas participadas por el Estado a trabajos posteriores. Baste decir ahora que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, señala en su artículo 2.1. b) iii) que: “se entiende por “Estado”: los organismos o instituciones del Estado u otras entidades («públicas, añade la LO 16/2015»), en la medida en que estén facultados para realizar y realicen efectivamente actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado («aunque tengan personalidad jurídica diferenciada», precisa la LO 16/2015)”. En este sentido, señala Díez-Hochleitner que las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes consagradas en la citada Convención y que se recogen en la LO 16/2015 no alcanzan a cualquier entidad que, con arreglo a su Derecho interno, forme parte de ellos. Como resultado, las empresas públicas y las demás entidades estatales que desarrollan meras actividades comerciales no podrán en principio alegar las disposiciones de la Convención cuando sean partes en un proceso incoado ante los tribunales de otro Estado. En relación con la inmunidad de jurisdicción la propia Convención lo establece así expresamente en su artículo 10.3, al señalar que la jurisdicción del Estado no resulta afectada en un proceso relativo a una transacción mercantil en la cual sea parte «(...) una empresa estatal u otra entidad creada por un Estado que esté dotada de personalidad propia y tenga capacidad: a) para demandar o ser demandada; y b) para adquirir bienes, tener su propiedad o posesión y disponer de ellos, incluidos bienes que ese Estado le haya autorizado a explotar o administrar». En este mismo sentido se expresa el artículo 9.2 de la LO 16/2015. DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero en la Convención de 2004 y en la Ley Orgánica 16/2015”, *op. cit.*, pp.108-109.

¹⁶⁸² *NM Cherry Blossom, op. cit.*, párrafo 85.

indudablemente afectados. Tales intereses sobrepasan desde luego el ámbito de lo político o moral. Otra cuestión en relación con el artículo 6(2)(b) es cómo, como cuestión procesal, un tribunal debe dar efecto a la inmunidad de un Estado indirectamente implicado. La incógnita en este caso es, si es necesario que el Estado haya intervenido en el proceso, no en cuanto al fondo, sino con el fin de hacer valer su inmunidad. Pero esto sugeriría que la participación del Estado en el proceso es un requisito previo para que el tribunal aplique el artículo 6(2)(b). Dada la obligación del Estado del foro de garantizar que la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de otro Estado se decida y, en su caso, se conceda por sus tribunales de oficio, lo que se espera es que un tribunal determine la cuestión de la inmunidad de un Estado indirectamente implicado a pesar de la ausencia del Estado en el proceso y de la falta de cualquier otra comunicación del Estado al tribunal para hacer valer su inmunidad. El modo en que el tribunal lleva a cabo la tarea de determinar la cuestión de la inmunidad en estas circunstancias presenta un rompecabezas procesal¹⁶⁸³. En este sentido, señala Grant la posibilidad de que el tribunal solicite un *amicus curiae* o similar que presente alegaciones al respecto¹⁶⁸⁴.

Dada la complejidad y la consecuente ausencia de práctica estatal de la inmunidad soberana de los cables submarinos, los Estados deberían, tal y como recomiendan Martti Lehto, Aarne Hummelholm, Katsuyoshi Lida *et al.*, tratar de aprobar un Convenio mundial sobre la protección de la infraestructura de información crítica submarina que sustituya al Convenio para la Protección de los Cables Telegráficos Submarinos de 1884. Según estos expertos, este Convenio debería abordar exhaustivamente los derechos y obligaciones de los Estados en lo que respecta a la protección de los cables submarinos, incluso contra los daños intencionales a la luz de las amenazas cinéticas y no cinéticas dentro del mar territorial y fuera de las aguas territoriales¹⁶⁸⁵. Sin embargo, argumentan que “[t]he adoption of a Global Convention could be especially

¹⁶⁸³ GRANT, T., “Article 6. Modalities for giving effect to State immunity”, *op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*

¹⁶⁸⁵ LEHTO, M. et al., “Arctic Connect Project and cyber security control, ARCY”, *op. cit.*, p. 43.

challenging endeavour, especially taking into account current geopolitical and security situation and the existence of different interests”¹⁶⁸⁶. La inmunidad soberana de los cables submarinos de comunicación como bienes del Estado de naturaleza militar¹⁶⁸⁷ en virtud del artículo 21.1 b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ)¹⁶⁸⁸ y de las legislaciones estatales correspondientes sería otro horizonte por avistar.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*

¹⁶⁸⁷ Tal y como documenta Hinck, el Pentágono ha tendido cables, reconocidos públicamente, que conectan Miami con la Base Naval de la Bahía de Guantánamo y está planeando un cable de Guantánamo a Puerto Rico (véase al respecto “Guantanamo Bay to Punta Salinas, Toa Baja, Puerto Rico Submarine Fiber Optic Cable System (GTMO-PR SFOC); Environmental Assessment (EA)/Finding of No Significant Impact (FONSI)”, Notice by the Defense Department, 82 FR 60716, n.º. 2017-27584, 22/12/2017, pp. 60716-60717, disponible en <https://www.federalregister.gov/documents/2017/12/22/2017-27584/guantanamo-bay-to-punta-salinas-toa-baja-puerto-rico-submarine-fiber-optic-cable-system-gtmo-pr-sfoc> (última consulta el 26 de enero de 2021)). Estos cables forman parte del DODIN, el término que designa las redes de comunicaciones del Departamento de Defensa. La agencia que gestiona el DODIN tiene previsto construir una red de cables de comunicaciones en el Caribe (véase al respecto WILLIAMSON, J., “Xtera To Build DoD Caribbean Subsea Cable Network”, *Optical Connections News*, September 29, 2017, disponible en <https://opticalconnectionsnews.com/2017/09/xtera-build-dod-caribbean-subsea-cable-network/> (última consulta el 26 de enero de 2021)). Añade Hinck que “it is not clear if these are the only cables that agency manages”. HINCK, G., “Evaluating the Russian Threat to Undersea Cables”, *op. cit.*

¹⁶⁸⁸ Véase artículo 21.1 b) CNUIJ, *op. cit.*

CONCLUSIONES

- I. La institución de la *inmunidad soberana* conlleva un escenario que podríamos calificar de *juegos múltiples*, no, de *partidas únicas*. La situación se complica todavía más al unirse otro marco de restricción, esta vez espacial, de la proyección del Estado, como es el Derecho del mar.
- II. El régimen jurídico internacional de las inmunidades hunde sus raíces en la práctica judicial internacional y se ha ido configurando a través de normas consuetudinarias que posteriormente se han recogido en diversos tratados o reconocido en la jurisprudencia, internacional y nacional. La práctica judicial internacional aludida es fruto directo de la práctica judicial interna con respecto a la inmunidad de los Estados; práctica judicial interna que comenzó en numerosos países con el reconocimiento de las inmunidades de los buques oficiales armados y que posteriormente ha sido confirmada por tribunales internacionales como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. De este modo, el papel de la jurisprudencia interna ha sido fundamental en nuestro análisis. Esta jurisprudencia interna ha erigido lo que pueden considerarse los pilares básicos del derecho sobre la inmunidad del Estado: en primer lugar, la distinción crucial entre actividades soberanas y no soberanas, o entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*; en segundo lugar, el criterio básico para hacer esa distinción y, en tercer lugar, la afirmación de que la calificación de la actividad del Estado como soberana debe hacerse, en principio, por el derecho nacional.
- III. Dada la naturaleza limitada de las actividades comerciales del Estado en un primer momento, no sorprende que los primeros casos de inmunidad del Estado involucraran principalmente a embarcaciones de propiedad estatal. Lo significativo es que, en una etapa muy temprana, especialmente con el Convenio de Bruselas de 1926, la inmunidad de los buques mercantes de

propiedad estatal fue renunciada incluso por aquellos Estados que de otra manera seguían adheridos a una doctrina de inmunidad absoluta.

- IV. Tras el análisis efectuado de los artículos 29, 32, 95, 96 y 236 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), podemos decir que la Convención: reconoce explícitamente la existencia de buques inmunes soberanos; indica que ciertas actividades deben ser llevadas a cabo por buques de guerra o buques relacionados; establece, en determinadas situaciones, las medidas que pueden adoptar los Estados ribereños con respecto a los buques inmunes soberanos que no cumplen con las normas pertinentes (en este sentido, parece difícil señalar el punto exacto en el que las medidas tomadas por un Estado ribereño para garantizar la salida de un buque immune se han convertido en excesivas); reafirma la responsabilidad jurídica internacional de los Estados del pabellón de los buques con inmunidad soberana por el incumplimiento de la Convención y, en determinadas situaciones, de las leyes de los Estados ribereños y por último, indica que los buques inmunes soberanos están exentos de las disposiciones de la Convención relativas a la contaminación del medio marino. Sin embargo, cuestiones clave como el alcance de la inmunidad que existe para un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines oficiales no comerciales y la aplicación del derecho internacional de responsabilidad estatal, no se tratan en la CNUDM y se remiten al derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, las leyes nacionales en materia de inmunidad y la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ) adoptan con claridad la vía de conceder a los Estados una “inmunidad restrictiva”, tipificando una serie de supuestos *ratione materiae* en los cuales los Estados no pueden invocar la inmunidad. No obstante, la inmunidad aplicable a los buques de Estado en la CNUDM va más allá de la mera inmunidad en el marco de los procedimientos judiciales señalados en el artículo 16 de la CNUIJ.

- V. La inmunidad prevista en la CNUDM parece aplicarse por igual a los buques de guerra y a los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial. No está del todo resuelto si el lenguaje de la CNUDM con respecto a esta última categoría de buques (“[l]os buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial” en el artículo 96 y “otros buques de Estado destinados a fines no comerciales” en el artículo 32) es de naturaleza sustantiva, y denota algún tipo de normas de inmunidad diferentes, aplicables a ciertos tipos de buques gubernamentales no comerciales en diferentes momentos, o si es un puro descuido semántico.
- VI. Los autores aún no han encontrado una definición de “buque” a nivel internacional que aclare, de manera categórica, la cuestión de si un objeto que no puede ser tripulado puede constituir un buque incluso a los efectos de algunos convenios de la OMI.
- VII. Al explorar el camino no transitado de la inmunidad soberana de los indefinidos *vehículos marítimos no tripulados* (también conocidos como drones o robots marítimos), con pocas ayudas, de los precedentes o de reglas escritas, hemos encontrado necesario confiar mucho en los principios de derecho internacional general, y en una serie de razonamientos, basados en casos hasta cierto punto análogos. De todos modos, la cuestión de si al interpretar los términos, los Estados y los tribunales internacionales están en consonancia con la decisión del Estado del pabellón de registrar el vehículo marítimo no tripulado como buque de guerra o como buque Estado sigue siendo un galimatías jurídico. En contraste, el estatuto de los vehículos aéreos no tripulados (UAVs, por sus siglas en inglés), ha sido resuelto, pudiendo ser calificados de aeronaves de Estado. Podría concluirse que el hecho de que un vehículo marítimo no tripulado sea un buque en virtud de la CNUDM queda a discreción del Estado contratante. Los Estados, cuando han deseado restringir la definición del buque pertinente para un uso particular lo han hecho en los convenios de la OMI más específicos. Así pues, al no existir una

redacción restrictiva en la CNUDM, puede deducirse que no existía tal intención. No obstante, hay que recalcar que ninguna autoridad ha determinado aún que un Estado está legitimado para determinar si una embarcación es un “buque”. Sin embargo, hay que tener en cuenta que una amplia mayoría de los Estados miembros de la OMI considera que al menos algunos vehículos marítimos no tripulados (UMV) son “buques”, lo que podría estimarse como una declaración de la opinión oficial de los Estados miembros sobre el estatuto jurídico de algunos UMVs con la salvedad de que la OMI se centra en las convenciones de su competencia, y no en la CNUDM.

- VIII. Sería deseable una solicitud de opinión consultiva al Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Podría recurrirse a los métodos formales de enmienda e interpretación de tratados para garantizar que los UMVs se ajustan a la definición de buque. Las interpretaciones amplias de determinadas disposiciones jurídicas existentes no son del todo convincentes ni permisibles. Estas interpretaciones obedecen a un enfoque funcional de la interpretación de los tratados, pero la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prescribe un método más formalista para interpretar los mismos. De este modo, el enfoque funcional de los UMVs solo es apropiado cuando el propio tratado prevé esa flexibilidad. A tenor del artículo 94 de la CNUDM parecería que la Convención solo se aplica a los buques *tripulados*. De entre las opciones propuestas, sería conveniente el análisis del derecho consuetudinario para determinar si ha surgido una nueva norma aplicable a los UMVs fuera del marco de la CNUDM que vincule a todos los Estados que no se hayan opuesto a la norma en desarrollo. A falta de un acuerdo internacional armonizador, la cuestión de si un UMV está comprendido en el régimen jurídico de los buques encuentra su respuesta en cada normativa nacional, obedeciendo a una casuística pormenorizada.
- IX. Será mucho más difícil lograr un consenso para que los UMVs sean reconocidos internacionalmente como buques de guerra que lograr un consenso sobre el estatuto jurídico de los buques.

De lo que no cabe duda es que el creciente uso militar de la tecnología de los drones y robots marinos, hace que la definición de buque de guerra en el artículo 29 de la CNUDM quede obsoleta en cuanto a su requisito de dotación. En este caso, estamos absolutamente de acuerdo con la posición de sostener un enfoque funcional de la definición de “buque de guerra”. Una solución para evitar el problema de definición de buque podría ser recurrir a la denominada “component theory”, aunque no soluciona el problema en todos los casos. Por otro lado, la clasificación de los UMVs como “buques de Estado destinados a fines no comerciales” como vía alternativa para no ampliar la definición de “buque de guerra”, puede ser loable. Los Estados son libres para incluir en esta categoría de “buques de Estado destinados a fines no comerciales” cualquier buque, puesto que la Convención no los define y encorseta como en el caso de los buques de guerra.

- X. En cuanto a la inmunidad soberana de los UMVs, hay que destacar que la mayoría de los manuales militares no hacen comentarios sobre el tema; a excepción, como hemos referido, de los manuales militares alemán y estadounidense. Mención destacada merece el reciente *Oslo Manual*, que sigue la posición estadounidense: asignar inmunidad estatal a los USVs/UUVs sobre la base de su propio estatuto jurídico y sin más explicaciones.
- XI. Si los UMVs se clasifican como bienes de Estado distintos de los buques de guerra o buques de Estado, por ejemplo, como “dispositivos militares”, su inmunidad dependerá de la que gozan los bienes del Estado en general. Más allá o alrededor del núcleo duro de la inmunidad, existen ciertas cuestiones en las que las opiniones y la jurisprudencia existente y, de hecho, la normativa sigue variando. Dentro de estas cuestiones se incluye la inmunidad de la que gozan los bienes de Estado en general. Parece poco probable que la clasificación como dispositivo, a menos que el derecho internacional evolucione rápidamente, otorgue las inmunidades de las que gozan los buques de guerra y los buques gubernamentales. La resolución del estatuto de inmunidad

soberana con relación a las tecnologías militares es vital para evaluar el despliegue y el empleo de esta tecnología en todos los contextos legales. En el contexto limitado a la inmunidad en procedimientos judiciales, el artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ), aunque no debemos olvidar que esta no ha entrado en vigor, otorga inmunidad de ejecución a “los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares”. Algunas leyes estatales sobre inmunidad, como la estadounidense y la australiana, recogen la definición de lo que podríamos denominar la categoría moderna de bienes militares, otorgando así inmunidad de ejecución a los bienes militares extranjeros.

- XII. No debemos subestimar el poder de los principios generales para ofrecer una gobernanza suficiente durante el inevitable paréntesis que se produce mientras se ordenan los impactos de un desarrollo tecnológico. La conclusión de que las normas que rigen los sistemas no tripulados se derivan de principios más amplios del derecho internacional concebidos para los buques y las aeronaves tripulados es realmente el único camino realista.
- XIII. Los pecios constitutivos de patrimonio cultural subacuático de un Estado, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario codificado en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ), no pueden ser objeto de ninguna medida de ejecución en otro Estado. No obstante, hay que tener presente que la posibilidad de que un Estado reconozca que unos bienes forman parte del patrimonio cultural de otro Estado es muy remota, sobre todo cuando tales bienes son expresión particular de la nacionalidad de ambos Estados.
- XIV. Las normas de derecho internacional no abordan si la inmunidad soberana se aplica a los buques de Estado hundidos. No obstante, se espera que el derecho internacional emergente que

aborda la inmunidad soberana en este ámbito aporte cierta claridad. La Resolución de 2015 del *Institut de Droit International* ofrece una lectura plausible y elegante de los poderes del Estado ribereño en las aguas sobre las que tiene soberanía, por un lado, y de los derechos de propiedad e inmunidad del Estado del pabellón de un buque de Estado, por otro.

- XV. Aunque es probable que la inmunidad tenga carácter consuetudinario, hay que reconocer las dificultades para reconocer el carácter consuetudinario en estos aspectos a causa de los enormes intereses presentes en estas situaciones; además la inmunidad puede no ser eficaz para proteger el patrimonio cultural subacuático cuando se ha abandonado la propiedad del Estado. A pesar de que la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático no modifica ninguna inmunidad de las ya existentes, ofrece una protección más allá de la inmunidad para los buques de guerra y buques de Estado cuya titularidad se ha perdido o transferido.

Con el centenario de la Primera Guerra Mundial, un número importante de pecios en todo el mundo entran en el ámbito de aplicación de esta Convención de la UNESCO. Como se ha argumentado, el derecho interno y el recurso a la inmunidad soberana ofrecen una protección insuficiente para salvaguardar estos pecios, lo que hace que el saqueo de esos sitios constituya un gran problema. El creciente interés por su condición de “tumbas marinas de guerra”, constituyendo “lugares de enterramiento permanente”, hacen todavía más necesaria la cooperación entre los Estados, por lo que la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, mecanismo por antonomasia para la cooperación de los Estados a nivel multilateral, constituye la forma más práctica y eficaz de lograr la protección, siendo deseable la ratificación generalizada de la misma.

- XVI. El principio jurídico internacional de la equidad, que constituye el puente entre el positivismo jurídico y las ideas de justicia, puede y debe desempeñar la función vital de equilibrar los

intereses en pugna y los diferentes valores. La equidad es un mecanismo jurídico que en mi opinión resulta necesario para tener en cuenta los distintos intereses presentes en los pecios históricos, incluyendo cuestiones de propiedad, sucesión e inmunidad. Si los tribunales de justicia, por ejemplo, en el caso estudiado de los litigios sobre la adjudicación del cargamento de los buques coloniales hundidos, restringen la inmunidad y aplican el principio de equidad, sin duda, facilitarían una distribución más equilibrada del patrimonio cultural, aclarando también el contenido y la función de la equidad. De este modo, contribuirían al desarrollo progresivo del derecho internacional público. Los Estados con vínculos verificables podrían efectuar reclamaciones, lo que proporcionaría un mecanismo de ejecución para la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. Las consideraciones equitativas deben incluir no solo las circunstancias actuales, sino también el contexto histórico en general y los fenómenos particulares presentes. Hasta ahora, gracias a la inmunidad, los Estados del pabellón siguen luchando por las riquezas y los recursos de sus Estados sucesores, incluyendo los que se hundieron en el camino, y por disuadir la amenaza de innumerables y potenciales demandas.

XVII. El desarrollo del derecho internacional consuetudinario se produce en los tribunales internacionales, en el contenido de los acuerdos y tratados internacionales y en la aceptación general por parte de la comunidad internacional en sus relaciones mutuas. Por muy tentador que sea, para un tribunal nacional tratar de ampliar los límites del derecho internacional consuetudinario mediante una decisión judicial interna, no es admisible. No obstante, compartimos la sentencia del Tribunal Constitucional italiano 238/2014, de 22 de octubre, donde se pone de manifiesto la pretensión de contribuir con su decisión a una deseable y muy esperada evolución del propio derecho internacional, en el desarrollo de una excepción a la inmunidad estatal por violaciones de normas de *ius cogens*. Esta sentencia, a la que se suman otras que hemos citado durante el análisis del principio de equidad y

su rol en el conflicto entre la inmunidad soberana y la carga de los buques hundidos, debe ser haz de luz para los tribunales en futuras controversias sobre la carga de estos buques, fortaleciendo los principios jurídicos contemporáneos.

XVIII. Con fundamento en la norma consuetudinaria que contiene el artículo 6(2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ), que permite recurrir a la invocación indirecta cuando el proceso ante un tribunal de un Estado afecta a los *intereses* o *actividades* soberanas de un Estado, hemos defendido la inmunidad de los cables submarinos de comunicación propiedad de consorcios privados puesto que estos cables transmiten, por ejemplo, información que afecta a la seguridad nacional del Estado. Este planteamiento no va más allá de la mera inmunidad en el contexto de los procedimientos judiciales, no comparable a la inmunidad aplicable a los buques de guerra y demás buques de Estado. Además, nuestro planteamiento adolece de práctica judicial al respecto, unido a los inconvenientes que la propia CNUIJ plantea. Sin embargo, también hemos sostenido a tenor del estudio realizado del *Tallinn Manual 2.0*, una inmunidad para los cables submarinos de comunicación, similar a la de los buques de Estado.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES PRIMARIAS

TRATADOS INTERNACIONALES (SELECCIÓN)

- Convenio sobre Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago el de 7 de diciembre de 1944 (BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1969).
- Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, hecha en París el 2 de noviembre de 2001 (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2009).
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997).
- Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, hecha en Nueva York el 2 de diciembre de 2004, U.N. Doc. A/59/38, de 2004.
- Convenio de Londres entre los Estados Partes del Tratado de Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas, hecho en Londres el 19 de junio de 1951 (BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1998).
- Convenio sobre la Prevención de la Contaminación Marina por Vertidos de Residuos y otras Materias, hecho en Londres, Méjico D. F., Moscú y Washington, el día 29 de diciembre de 1972 (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1975).
- Convenio sobre Responsabilidad Civil en materia de Energía Nuclear, firmado en París el 29 de julio de 1960 (véase BOE núm. 281, de 22 de noviembre de 1975).
- Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969 (BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980).
- Convenio sobre Relaciones Diplomáticas, firmado en Viena el día 18 de abril de 1961 (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1968, con corrección de errores en BOE núm. 80, de 2 de abril de 1968).

- Convenio Internacional para la Protección de los Cables Telegráficos Submarinos. Declaración Adicional y Protocolo, firmado en París el 14 de marzo de 1884 («Gaceta de Madrid» de 19 de mayo de 1885).
- Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS), hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974 (BOE núm. 144, de 16 de junio de 1980).
- Convención Internacional para la Unificación de ciertas Normas relativas a la Inmunidad de los Buques pertenecientes a Estados, firmada en Bruselas el de 10 de abril de 1926 (Sociedad de las Naciones, Recueil de Traités) y Protocolo Adicional, firmado en Bruselas el 24 de mayo de 1934.
- Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999 (BOE núm. 104, de 2 de mayo de 2011).
- Convenio para la Prevención de la Contaminación Marina Provocada por Vertidos desde Buques y Aeronaves, hecho en Oslo el 15 de febrero de 1972 (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1974).
- Convención para la Protección de Bienes Culturales en casos de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención, firmados en La Haya el 14 de mayo de 1954 (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1960).
- Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima y Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, hechos en Roma el 10 de marzo de 1988 (BOE núm. 99, de 24 de abril de 1992).
- Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques de 1973 (Convenio MARPOL), modificado por el Protocolo de 1978, hecho en Londres el 17 de febrero de 1978 (BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1984).
- Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo, hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1993).
- Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (BOE núm. 27, de 1 de febrero de 1994).

Convenio sobre Cooperación para la Defensa, hecho en Madrid el 1 de diciembre de 1988, revisado por los Protocolos de Enmienda, de 10 de abril de 2002 y de 10 de octubre de 2012 (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1989; BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2003; y BOE núm. 138, de 10 de junio de 2013).

Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes, hecho en Londres el 20 de octubre de 1972 (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1977).

Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, hecho en París el 14 de noviembre de 1970 (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1986).

Convención VII de la Haya relativa a la Transformación de los Barcos Mercantes en Barcos de Guerra, firmado en La Haya el 18 de octubre de 1907 (Gaceta de Madrid de 25 de junio de 1913).

Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente y sus Anejos, hecho en Madrid el 4 de octubre de 1991 (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 1998).

Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2003).

LEGISLACIÓN NACIONAL Y NORMATIVA EUROPEA (SELECCIÓN RESEÑABLE)

AUSTRIA

Federal Act on the Temporary Immunity of Cultural Property Loans for the Purpose of Public Exhibition, de 2003.

CANADÁ

Wrecked, Abandoned or Hazardous Vessels Act, de 2018.

ESPAÑA

- 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 (BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015).
- Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, BOE núm. 180, de 25/07/2014.
- Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, de 23/07/1960.
- Orden PCI/567/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Plan de Acción de Seguridad Marítima, aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional, BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2019.
- Orden PRE/1720/2012, de 20 de julio, por la que se regula el registro y matriculación de aeronaves militares y el procedimiento para establecer la designación militar de las mismas, BOE núm. 185, de 3 de Agosto de 2012.
- Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2017, BOE núm. 309, de 21 de diciembre de 2017.
- Real Decreto 601/2016, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa, BOE nº. 292, de 3 de diciembre de 2016.
- Real Decreto 371/2020, de 18 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Extracciones Marítimas, BOE nº. 51, de 28 de febrero de 2020.
- Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, BOE núm. 253, de 20/10/2011.
- Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea (BOE núm. 316, de 29 de diciembre de 2017).

Real Decreto 521/2020, de 19 de mayo, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas (BOE núm. 143, de 21/05/2020).

ESTADOS UNIDOS

Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, FSIA.

Protection of Military Remains Act de 1986.

Protection of Wrecks Act de 1973.

US Sunken Military Craft Act (SMCA) de 2004.

NUEVA ZELANDA

Continental Shelf Act de 1964.

REINO UNIDO

Crown Proceedings Act 1947

Merchant Shipping Act 1995.

State Immunity Act 1978, SIA.

UNIÓN EUROPEA

Reglamento (UE) núm. 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, DO núm. L 212, 22 agosto 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 2111/2005, (CE) núm. 1008/2008, (UE) núm. 996/2010, (CE) núm. 376/2014 y las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) núm. 552/2004 y (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CEE) núm. 3922/91 del Consejo.

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February: I.C.J. Reports 2002.

- Continental Shelf* (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriya), Judgment of 24 February 1982: I.C.J. Reports 1982.
- Continental Shelf* (Libyan Arab / Jamahiriya/Malta), Judgment of 3 June 1985: I.C.J. Reports 1985.
- Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment of 13 July 2009: I.C.J. Reports 2009.
- East Timor Oriental* (Portugal v. Australia), Judgment of 30 June 1995: I.C.J. Reports 1995.
- Fisheries case* (United Kingdom v. Norway), Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951.
- Frontier Dispute* (Burkina Faso v. Republic of Mali), Judgment of 22 December, 1986: I.C.J. Reports 1986.
- Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012: I.C.J. Reports 2012.
- Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment of 10 October 2002: I.C.J. Reports 2002.
- Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992: I.C.J. Reports 1992.
- Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen* (Denmark v. Norway), Judgment of 14 June, 1993: I.C.J. Reports 1993.
- North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany/Denmark), Judgment of 20 February 1969: I.C.J. Reports 1969.
- Nuclear Tests* (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974: I.C.J. Reports 1974.
- Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 5 October 2016: I.C.J. Reports 2016.
- Passage through the Great Belt* (Finland v. Denmark), Provisional Measures, Order of 29 July 1991: I.C.J. Reports 1991.

Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia), Provisional Measures, Order of 3 March 2014; I.C.J. Reports 2014; *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (Timor-Leste v. Australia), Order of 11 June 2015; I.C.J. Reports 2015.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment of 24 May 1980; I.C.J. Reports 1980.

Corte Permanente de Arbitraje

Arctic Sunrise (The Kingdom of the Netherlands v The Russian Federation) PCA Case n°. 2014-02 (Award (merits) of 14 August 2015).

Isla de Palmas Case (Netherlands, USA), PCA Case n°. 1925-01 (Award of 4 April 1928), Nations Unies, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II.

Tribunal Internacional del Derecho del Mar

ARA Libertad (Argentina v. Ghana), Medidas Provisionales, de 15 de diciembre de 2012.

Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation), Request for the prescription of provisional measures, de 25 de mayo de 2019.

Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca, Caso núm. 21, TIDM, 2 de abril de 2015.

Virginia G (Panamá/Guinea-Bissau), TIDM Caso N° 19, Sentencia de 14 de abril de 2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Kalogeropoulou c. Greece, Sentencia de 12 de diciembre de 2002, N° 59021/00, *CEDH Recueil*, 2002-X.

Al-Adsani c. Reino Unido, Sentencia de 21 de noviembre de 2001, N° 35763/97, *CEDH Recueil*, 2001-XI.

Fogarty c. Reino Unido, Sentencia de 21 de noviembre de 2001, N° 31253/96, *CEDH Recueil*, 2001-XI.

McElhinney c. Irlanda, Sentencia de 21 de noviembre de 2001, N° 31253/96, *CEDH Recueil*, 2001-XI.

Tyrer c. the United Kingdom, Sentencia de 25 de abril de 1978, N° 5856/72,
CEDH Recueil, A/26, 1978.

Tribunales Nacionales (Selección)

ALEMANIA

Landgericht Bremen, *In re The Charkow*, 21. December 1959, ILR 65 (1984),
p. 100

BÉLGICA

Iraq v Vinci Construction, 4 October 2002, Brussels Ct of Appeal, Jo des Trib
(2003), 318.

Saez Murua v. Pinillos and Garcia, Belgium, Court of Appeal of Brussels,
1938.

Socobelge v. Greek State, Belgium, Tribunal Civil de Bruxelles, (1951) 18 ILR 3.

CANADÁ

*Cyber Sea Technologies, Inc. v. Underwater Harvester Remotely Operated
Vehicle*, [2002] F.C. 569 (Can.)

COLOMBIA

Antonio José Rengifo v Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Dirección
General Marítima y Portuaria de Colombia (DIMAR) y otros,
Sentencia de unificación, Consejo de Estado, Sala Plena de lo
Contencioso Administrativo, CE-SIJ 25000231500020020270401,
Bogotá, D.C., 13 de febrero del 2018, párrafo 193, p. 68.

Tesoro Quimbaya, Sentencia SU-649/17, República de Colombia, Corte
Constitutional, 2017.

ESPAÑA

Caso *Montasa*, Audiencia Provincial de Cádiz, Auto n.º 42/2004 de 8 de
noviembre (JUR/2005/78178).

Diana Abbot c. República de Sudáfrica, Sentencia del Tribunal Constitucional
107/1990, de 1 de julio.

ESTADOS UNIDOS

- Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg*, 917 F.2d 278, 296 (7th Cir. 1990).
- Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, US, Supreme Court, 376 U.S. 398 (1964).
- Butters v. Vance Intern., Inc.*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 225 F.3d 462 (4th Cir. 2000), Sep 11, 2000, p. 466.
- Cobb Coin Co, Inc v. Unidentified, Wrecked & Abandoned Sailing Vessel*, 525 F. Supp. 186, 197-198 (SD Florida 1981).
- David L. de Csepel et al. v. Republic of Hungary et al.*, No. 10-1261 (ESH), Memorandum Opinion, US Dist. (C.D. Columbia, 14 March 2016).
- Federal Republic of Germany et al. v Philipp et al.* 592 U.S., February 3, 2021.
- Lozman v. City of Riviera Beach*, 568 U.S. 115, 2013, A.M.C. 1 (2013).
- Maria V. Altmann c. República de Austria y otros*, 142 F. Supp. 2d 1187 (CD Cal. 2001); *Maria V. Altmann c. República de Austria y otros*, 317 F. 3d 954 (9º Cir. 2002), 327 F. 3d 1246 (2003); *República de Austria y otros c. Maria V. Altmann*, 541 US 677 (US 2004).
- Murray v. The Charming Betsey*, 6 U.S. 64, 1804, p. 118.
- National v. Nigeria*, US, 420 F.Supp. 954 (S.D.N.Y. 1976).
- Odyssey Marine Exploration Inc. v. Unidentified, Shipwrecked Vessel*, Case No: 8:07-cv-614-T- 23MAP.
- Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 573 U.S. 134, 2014, pp. 141-142.
- Samantar v. Yousuf et al.*, U.S., 560 U.S. 305, 311, 2010, p. 322.
- Sea Hunt Inc c. The Unidentified Ship Wrecked Vessel* 221 F.3d 634 (4th Cir 2000).
- Stewart v. Dutra Construction Co.*, 543 U.S. 481, 2005 A.M.C. 609 (2005).
- The Exchange v. McFaddon and others* (1812) 11 US (7 Cranch) 116.
- Texas Trading v. Nigeria*, US, 647 F.2d 300, 303, fn. 1 (2nd Cir. 1981).
- Treasure Salvors, Inc. v. Unidentified Wrecked and Abandoned Sailing Vessel*, 569 F.2d, 330, 333 (5th Cir. 1978).

WHATSAPP INC., et al., Plaintiffs, v. NSO GROUP TECHNOLOGIES LIMITED, et (...), United States District Court Northern District of California, Case No. 19-cv-07123-PJH (N.D. Cal. Sep. 29, 2020).

FRANCIA

NOGA v State of Russia, 10 August 2000, Ct f Appeal, Paris, 127 ILR 156.

Irlanda

King & Chapman v “La Lavia”, “Juliana” y “Santa Maria de la Vision”, [1986] No 11076, 11077, 11078 P (Transcript) (Ir H Ct 1994).

ITALIA

Corte Costituzionale, sentenza 238/2014, 22 ottobre 2014.

Corte Suprema di Cassazione., Sezione Unite Civili., sentenza 20442/2020, 28 settembre 2020.

Società di Navigazione Generale «Gerolimich» v. Russian Trade Delegation in Italy (Italy, Court of Cassation, (1938) 9 AD 247).

Sentencia de la Corte de Casación Italiana de 5 julio 1982, ILR, núm. 78, pp. 120 y ss.

PAÍSES BAJOS

Advokaat v. Schuddinck and the Belgian State, The Netherlands, District Court of Dordrecht, (1923) 2 AD 133.

Gerechtshof, *Mustafic et al. c. the Netherlands*, Judgment of 5 July 2011.

Gerechtshof, *Nuhanovic c. Netherlands*, Judgment of 5 July 2011.

P.C. van der Linden v Government of USA (Department of Navy, Military Sea Command) 18 April 1996, Rotterdam DC, NYIL (1997) 344.

The Garbi, Holland, District Court of Middelburg, (1938) 11 AD 155.

USSR v ICC Handel Maatschappij 1981, 1987, Netherlands Ct of Appeal, 87 ILR 103.

REINO UNIDO

Belhaj and Boudchar v Straw and ors, Appeal judgment, [2017] UKSC 3, 17 Jan 2017.

I Congreso del Partido, England, 1981, (1983) 1 AC 244, 257; IL Reports, vol. 64.

Michael v Musgrove (t/a YNYS Ribs) [2012] 2 Lloyd's Rep. 37.

R. v Goodwin (2005) All ER (D) 286 (Dec).

The Charkeih, England, (1873) LR 4 A & E 59, p. 88.

The Cristina, England, [1938] AC 485, 502; 9 AD 250, 254.

The Parlement Belge [1880] 5 PD 197 (UK).

The Philippine Admiral (Owners) v. Wallem Shipping (Hong Kong) Ltd),
England, Judicial Committee of the Privy Council, 1975, (1977) AC
373; 64 ILR 90.

Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria, England, Court of
Appeal, Civil Division, de 13.1.1977, QB 529; 64 IL Reports.

SUDÁFRICA

Banco de Moçambique v Inter-Science Research and Development Services, 1982
3 SA 330 T 335 E.

KJ International & Others v MV Oscar Jupiter (Compania de Navigatie
Maritime "Romline" SA & Others Intervening) 1998 2 SA 130 D
134J-135A.

*Saharawi Arab Democratic Republic and The Front Polisario v Owner and
Charterers of the MV 'NM Cherry Blossom' and Others*, Haute cour
d'Afrique du Sud, Eastern Cape Local Division, Port Elizabeth, 15
juin 2017, Case N° 1487/17, ZAECPEHC 31; 2017 (5) SA 105 (ECP);
[2018] 1 All SA 593 (ECP) (15 June 2017).

The Akademik Fyodorov, Sudáfrica, 1996 (4) SA 422.

The Shipping Corporation of India Ltd c. Evdomon Corporation & Another,
1994 1 SA 500 A 566C-E.

SUIZA

*Office des poursuites et faillites du district de Martigny v Compagnie Noga
d'importation et d'exportation SA*, No 5A334/2007/frs, Tribunal
Federal Suizo, 29 de enero de 2008.

VIENA

Diag Human v Czech Republic, Case No. 72 E 1855/11 z-20, Regional Court of Vienna for Civil Matters, 25/10/2011.

FUENTES SECUNDARIAS

LIBROS

ALLEN, E. W., *The Position of Foreign States before German Courts*, Macmillan, Nueva York, 1928.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Sistema de Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Civitas, Navarra, 2018.

ATTARD, D., FITZMAURICE, M., y A MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, N. A. (Eds), *The IMLI Manual on International Maritime Law. The Law of the sea*, Vol 1, (Eds), Oxford University Press, Oxford, 2014.

AZNAR GÓMEZ, Mariano J. *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático con especial referencia al caso de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

BADR, G. M., *State immunity. An Analytical and Prognostic View*, La Haya, Boston y Lancaster, 1984.

BANKAS, E. K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, Berlín, Heidelberg, 2005.

BELLIA JR, Anthony J. y CLARK, Bradford R., *The Law of Nations and the Unites States Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

BIJNKERSHOEK, Cornelis Van., *De foro legatorum tam in causa civili, quam criminali, liber singularis*, cap. XIV, 1721, Nabu Press, 2012.

BJORGE, E., *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

BOOTHBY, William H., *New Technologies and the Law in War and Peace*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

BORK, K., *Der Rechtsstatus von unbemannten ozeanographischen Messplattformen im internationalen Seerecht*, Nomos Verlagsges, 2011.

- BROWNLIE, I., *Principles of public international law*, Oxford University Press, 7th ed., Oxford, 2008.
- BRUBAKER, R. Douglas en MANGONE, Gerard J. ed., *The Russian Arctic Straits*, Martinus Nijhoff, Leiden; Boston, 2005.
- CABO DE LA VEGA, E., et al., *El último viaje de la fragata Mercedes, la razón frente al expolio. Un tesoro cultural recuperado: [catálogo de la exposición celebrada en Madrid del 12 de junio al 30 de noviembre de 2014]*, Museo Naval: Museo Arqueológico Nacional, Madrid, 2014.
- CASSESE, A., *International Law*, 2nd edn, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- COLOMBOS, C. John., *The international law of the sea*, Sixth Edition, Longmans, London, 1967.
- COSNARD, M., *La soumission des États aux tribunaux internes*, Editions A. Pedone, París, 1997.
- CRAIG H., A., *International law for seagoing officers*, Naval Institute Press (6^a ed.), Annapolis, Maryland, 2014.
- CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9 edición, OUP, Oxford, 2019.
- CRAWFORD, J., PELLET, A., OLLESON, S. (Eds), *The Law of International Responsibility*, OUP, Oxford, 2010.
- DAILLIER, P. et al., *Droit international public*, 8e edition, LGDJ, 2009.
- DARÍO, R., *Los raros*, publicado por Linkgua Historia, 2013.
- DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18^a ed., Tecnos, Madrid, 2013.
- DINSTEIN, Y. y DAHL, AW., *Oslo Manual on Select Topics of the Law of Armed Conflict*, Springer, 2020.
- DROMGOOLE, S. (ed.), *The Protection of Underwater Cultural Heritage: National Perspectives in Light of the UNESCO Convention 2001*, Martinus Nijhoff, Leiden; Boston, 2006.
- DUPUY, P. M., KERBRAT, Y., *Droit international public*, 14e édition, Dalloz, 2018.

- DUPUY, R-J., VIGNES, D. (Eds.), *A Handbook on the New Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1991.
- ESMAELI, H., *The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 2001.
- FARIÑA GUITIÁN, F., *El buque de guerra ante el Derecho Internacional*, Editorial Naval, Madrid, 1941.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (Editor), *Peacekeeping: Global Perspectives, Challenges and Impacts*, Nova Science Publishers, Estados Unidos, 2018.
- FERREIRA, F., *Regulatory and Liability Issues of Autonomous Surface Vehicles*, Thesis prepared to obtain the Bachelor's Degree in L-36 Political Science (International Curriculum), Università di Pisa, 2018.
- FINN, A. y SCHEDING, S., *Developments and Challenges for Autonomous Unmanned Vehicles: A Compendium*, Springer, 2010.
- FORREST, C.: *Maritime Legacies and the Law: Effective Legal Governance of WWI Wrecks*, Elgar, University of Queensland, Australia, 2019.
- FOX, H. y WEBB, P., *The law of State Immunity* (Revised and Updated 3rd Edition), Oxford University Press, Oxford; New York, 2015.
- GAULT, S., HAZELWOOD, S. J., TETTENBORN, A. (Eds), *Marsden on Collisions at Sea*, Sweet & Maxwell, Londres, 2003.
- GAVOUNELI, M., *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007.
- GIDEL, G., *Le droit international public de la mer*, vol II, Sirey, París, 1932.
- GOETHE, JOHANN W., *Viaje a Italia*, en traducción de Manuel Scholz Rich, Ediciones B, S.A., colección 'Los libros de Siete Leguas', Barcelona, 2001, p. 169.
- GOURGOURINIS, A., *Equity and Equitable Principles in the World Trade Organization: Addressing Conflicts and Overlaps between the WTO and Other Regimes*, Routledge, London, 2015.
- GRIBBLE, J., SCOTT, G., *We Die Like Brothers: The Sinking of the SS Mendi*, Historic England, 2017.
- GUILFOYLE, D., *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

- HEGEL, G. W., *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, Edición abreviada que contiene: Introducción (general y especial), Mundo Griego y Mundo Romano, Traducción de José Gaos, Estudio Preliminar Salvador Rus Rufino, Ed. Tecnos, 2005.
- HILL, C. y KULKARNI, Y., *Maritime Law*, Informa Law from Routledge, 2014.
- IGLESIAS VELASCO, Alfonso J., *El juez estatal ante el derecho internacional*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2018.
- JAKUBOWSKI, A., *State Succession in Cultural Property*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- JAKUBOWSKI, A., HAUSLER, K., y FIORENTINI, F. (eds), *Cultural Heritage in the European Union*, Brill Nijhoff, Leiden; Boston, 2019.
- JENNINGS, R., WATTS, A. (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9ª edición, Addison Wesley Publishing, Boston, 1996.
- JOYNER, CC., *Antarctica and the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992.
- KELSEN, H., *Principles of International Law*, Rinehart & Cot, New York, 1952.
- KHEE-JIN TAN, Alan., *Vessel-Source Marine Pollution: The Law and Politics of International Regulation*, Cambridge University Press, 2005.
- KLEIN, N., *Maritime Security and the Law of the Sea*, OUP, Oxford, 2013.
- KOTUBY Jr., C. T. y SOBOTA, L. A., *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*, Oxford University Press, New York, 2017.
- KRASKA, J.: *Arctic security in a age of climate change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; *Maritime Power and the Law of the Sea*, Oxford University Press, New York, 2011.
- KRASKA, J., PEDROZO, R., *International Maritime Security Law*, Brill, Leiden, 2013.
- KWIATKOWSKA, B., *Decisions of the World Court Relevant to the UN Convention on the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, Leiden; Boston, 2010.

- KYOON KIM, S., *Global Maritime Safety & Security Issues and East Asia*, Brill Nijhoff, Leiden; Boston, 2019.
- LASSWELL, Harold D. & McDOUGAL, Myres S., *Jurisprudence for a Free Society: Studies in Law, Science, and Policy*, New Haven Press/Martinus Nijhoff Publishers, New Haven, Connect., USA, 1992.
- LOEWE, A.V. y TALMON, S.A.G., *Basic Documents on the Law of the Sea: the Legal Order of the Oceans*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (director) y otros, *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática Nº. 55, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2016.
- McCARTNEY, I., *The Maritime Archaeology of a Modern Conflict*, Routledge, New York; Oxford, 2015.
- McDOUGAL, Myres S., BURKE, William T., *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea*, edición revisada, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- MINISTERIO DE DEFENSA, Secretaría General Técnica, *Manual de Derecho del Mar*, vol. I, vol. II, Publicaciones de Defensa, Subdirección General de Publicaciones y Patrimonio Cultural, 2016.
- MINISTERIO DE DEFENSA, Publicación Doctrinal Conjunta PDC-01 (A) “Doctrina para el empleo de las Fuerzas Armadas”, Publicaciones de Defensa, Subdirección General de Publicaciones y Patrimonio Cultural, 2018.
- MURPHY, S.D., *United States Practice in International Law, Vol. 1, (1999-2001)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- NORDQUIST, Myron H., GRANDY, Neal R., NANDAN, Satya N. y ROSENNE, S. (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, vol. II*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.
- O’CONNELL, D.P., *The International Law of the Sea, Vol. 1*, Clarendon Press, Oxford, 1982.

- O'KEEFE, R. y TAMS, C. (Eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- ORAKHELASHVILI, A. (Ed.), *Research handbook on jurisdiction and immunities in international law*, Edward Elgar Publishing Limited, UK, 2015.
- PAPANICOLOPULU, I., *International Law and the of People at Sea*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. y FERNÁNDEZ ARRIBAS, G. (eds.), *Holocausto y bienes culturales*, Universidad de Huelva, 2019.
- PINGEL-LENUZZA, I., *Les immunités des états en droit international*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997.
- PROELSS, A. (Ed.), *The United Conventions on the Law of the Sea. A commentary*, Beck/Hart, UK, 2017.
- REMIRO BROTONS, A., RIQUELME, R., ORIHUELA, E., DIEZ-HOCHLEITNER, J., PÉREZ-PRAT, L., *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2010.
- RINGBON Henrik (ed.), *Jurisdiction Over Ships: Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015.
- ROACH, J. Ashley, SMITH, R. W., *Excessive Maritime Claims: Third Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.
- RODILES, A., *Coalitions of the Willing and International Law: The Interplay between Formality and Informality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- ROTHWELL, Donald R., *Arctic Ocean Shipping: Navigation, Security and Sovereignty in the North American Arctic*, Brill, Leiden, 2018.
- RUIZ MANTECA, R., *Los retos de la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático. Logros e insuficiencias*, Editum, Universidad de Murcia, 2017.
- SALTER, J. A., *Allied Shipping Control: An Experiment in International Administration*, Clarendon Press, Oxford, 1921.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles*, Civitas, Madrid, 1989.

- SCHACHTER, O., *International Law in Theory and Practice: General Course of Public International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 1982.
- SCHMITT, Michael, N. (ed.): *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- SILVA PEREIRA, E., *Unmanned vessels & unmanned maritime vehicles prospects of a legal framework in the international and the Portuguese context* (coord. RIBEIRO, Marta C.), Research carried out in the scope of the Norte 2020 project MarInfo - Integrated Platform for Marine Data Acquisition and Analysis, at CIIMAR – Interdisciplinary Centre of Marine and Environmental Research, 2019.
- SMITH, B.D., *State Responsibility and the Marine Environment: The Rules of Decision*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- SOONS, A. H. A., *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, The Hague, 1982.
- STRATI, A., *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: An Emerging Objective of the Contemporary Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague; London; Boston, 1995.
- SUCHARITKUL, S., *State Immunities and Trading Activities*, Frederick A. Praeger, New York, 1959.
- TIMAGENIS, G. J., *International Control of Marine Pollution*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York, 1980.
- VAN WOUDEBERG, N., *State immunity and cultural objects on loan*, Brill, Leiden, 2012.
- VENZKE, I., *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- VRANCKEN, P. H. G., *South Africa and the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden; Boston, 2011.

WALKER, George K., *Definitions for the Law of the Sea: Terms Not Defined by the 1982 Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden; Boston, 2012.

WEGELEIN, F. H. Th., *Marine Scientific Research: The Operation and Status of Research Vessels And Other Platforms in International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2015.

YANG, X., *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores: Compendio de derecho diplomático y consular*, Colección Escuela diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid, 2015.

CAPÍTULOS DE LIBROS

ASHLEY ROACH, J., “Military Cables” en BURNETT, Douglas R., BECKMAN, Robert C., y DAVENPORT, Tara M. (eds.), *Submarine Cables: The Handbook of Law and Policy*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2014, pp. 339-349.

AZCÁRRAGA Y BUSTAMANTE, J.L., “Algunos comentarios jurídicos en torno al insólito caso del Harrier”, en *Pensamiento Jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor Antonio Truyol Serra*, vol. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 147-158.

AZNAR GÓMEZ, M. J., “The Legal Protection of Underwater Cultural Heritage” en ESPÓSITO MASSICCI, C., KRASKA, K., SCHEIBER, H. N., KWON, M-S., *Ocean Law and Policy: 20 Years under UNCLOS*, Brill-Nijhoff, Leiden; Boston, 2016, pp. 124-147.

BEURIER, J.P., “Le statut juridique français des biens culturels sous-marins” en SCOVAZZI, T. (ed), *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel mare Mediterraneo*, Giuffrè, Milan, 2004, pp. 203-211.

BORGES DE SOUSA, J., “Networked Vehicle Systems: A Glimpse at Future Capabilities for Safer Seas” en RIBEIRO, M C. y MOLENAAR, E J. (eds), *Maritime Safety and Environmental Protection in Europe Multiple Layers in Regulation and Compliance*, Marsafenet, Porto-Utrecht, 2015, pp. 239-259.

- CARRILLO SALCEDO, J. A., “Les immunités de juridiction des Etats devant la Cour internationale de justice: permanence et regrettable primauté de la souveraineté dans l’arrêt du 3 février 2012” en Académie de droit international de La Haye (Dir.), *Le 90e anniversaire de Boutros Boutros-Ghali*, Nijhoff, Leiden, 2012, pp. 57.
- CHADWICK, K., “Unmanned maritime systems will shape the future of naval operations: is international law ready?” en EVANS, Malcolm D. y GALANI, S. (eds.), *Maritime security and the law of the sea: help or hindrance?* Edward Elgar Publishing, Reino Unido, 2020, pp. 132-156.
- CHURCHILL, Robin R., “The impact of state practice on the jurisdictional framework contained in the LOS Convention” en OUDE ELFERINK, Alex G. (ed), *Stability and Change in the Sea: The Role of the LOS Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden; Boston, 2005, pp. 91-145.
- DE MAESTRAL, A., “Article 234 of the United Nations Convention on the Law of the Sea: Its Origins and Its Future” en LALONDE, S. y McDORMAN (eds.), *International Law and Politics of the Arctic Ocean: Essays in Honor of Donat Pharand*, Martinus Nijhoff, Leiden; Boston, 2015, pp. 109-124.
- DOMÍNGUEZ MATÉS, R., “El tráfico ilícito de armas de destrucción masiva en el espacio marino: respuesta desde la organización marítima internacional” en DE TOMÁS MORALES, M. S. (coord.), *Retos del derecho ante las nuevas amenazas*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 215-229.
- DUGARD, J., “The ‘purist’ legal method, international law and sovereign immunity” en GAUNTLETT, J. J. (ed.), *J.C. Noster: ‘n Feesbundel*, Durban: Butterworths, 1979, pp. 36-52.
- ELKIN, D., “HMS Swift: Scientific Research and Management of Underwater Cultural Heritage in Argentina” en GRENIER, R. y NUTLEY, D. y COCHRAN, I. (eds), *Underwater Cultural Heritage at risk: Managing Natural and Human Impacts*, ICOMOS, París, 2006, pp. 76-79.

- ESPÓSITO MASSICCI, C.: “Sobre la emergencia de una excepción a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante las violaciones graves de derechos humanos”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2007*, Servicios de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2008.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., “Cambio climático y derecho del mar”, coord. por BOU FRANCH, Valentín E. y JUSTE RUIZ, J; SÁNCHEZ PATRÓN (dir.), *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 271-318.
- FOX, H., “The Restrictive Rule of State Immunity – The 1970s Enactment and Its Contemporary Status” en RUYTS, T. et al. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, pp. 19-78.
- GAGLIANI, G., “The International Court of Justice and Cultural Heritage: International Cultural Heritage Law Through the Lenses of the World Court Jurisprudence?” en CARSTENS, Anne-Marie y VARNER, E. (eds.), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 223-247.
- GARABELLO, R., “The Negotiating History of the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage” en R Garabello y T Scovazzi (eds), *The Protection of the Underwater Cultural Heritage before and after the 2001 UNESCO Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden; Boston, 2003, pp. 89-192.
- GATTINI, A., “The international customary law nature of immunity from measures of constraint for state cultural property on loan” en BUFFARD, I., CRAWFORD, J., PELLET, A. y WITTICH, S. (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, pp. 421-440.
- GILLI, A., GILLI, M., “Emerging Technologies: Unmanned Aerial Vehicles” en MEIJER, H. y WYSS, M. (eds), *The Handbook of European Defence Policies and Armed Forces*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 743-760.

- GOLD, E., “The future of Maritime Transit” en VAN DYKE, J., ALEXANDER, L.M. y MORGAN, J.R. (Eds.), *International Navigation: Rocks and Shoals Ahead?*, Law of the Sea Institute, Honolulu, 1988, pp. 394-399.
- GONZALEZ, G. y HÉBERT, F., “Conventions relating to Pollution Incident Preparedness, Response, and Cooperation” en *The IMLI Manual on International Maritime Law. The Law of the sea, Vol III: Marine Environmental Law and Maritime Security Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 195-256.
- GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L., “La zona económica exclusiva francesa en el Mediterráneo: causas y consecuencias de su creación” en SOBRINO HEREDIA, J.M. (dir.), *La contribución de la convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*, vol. 2, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 811-830.
- HEINTSCHEL VON HEINEGG, W., “The Law of Armed Conflict at Sea” en FLECK, D. (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3ª ed., Oxford University Press, 2013, pp. 463-547.
- HENDERSON, I. y CAVANAGH, B., “Unmanned Aerial Vehicles: Do They Pose Legal Challenges?” en NASU, H., McLAUGHLIN, R. (eds), *New Technologies and the Law of Armed Conflict*, Springer, Canberra, 2014, pp. 193-212.
- HOBE, S., “Evolution of the Principle on Permanent Sovereignty Over Natural Resources: From Soft Law to a Customary Law Principle?” en BUNGENBERG, M. & HOBE, S. (Eds.), *Permanent sovereignty over natural resources*, Springer, 2015, pp. 1-13.
- HONG, N., “Freedom of Navigation: Where to Go When the Political Agenda Overshadows Legal Substance” en NORDQUIST, Myron H., NORTON MOORE, J. y LONG, R. (eds.), *Cooperation and Engagement in the Asia-Pacific Region*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2020, pp. 179-206.
- JACOBSSON, M., “IMO, Liability and Compensation, and Global Ocean Governance” en ATTARD, David J., BALKIN, Rosalie, P. y GREIG, Donald W. (eds.), *The IMLI Treatise on Global Ocean Governance, Volume III: The IMO and Global Ocean Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 50-79.

- JAYME, E., “Narrative norms in private international law, the example of art law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 375, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 9-52.
- KAYE S., “The Proliferation Security Initiative in the Maritime Domain” en SPARKS, Thomas McK., SULMASY, Glenn M. (eds.), *International Law Challenges: Homeland Security and Combating Terrorism*, Newport, 1st Naval War College, 2006, pp. 142-164.
- KOHEN, M.G., “Is the Internal Waters Regime Excluded from the United Nations Conventions on the Law of the Sea?” en CASTILLO, Lilian del, y CAMINOS, H., *Law of the Sea, from Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea: Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Brill Nijhoff, Leiden; Boston, 2015, pp. 110-125.
- KRASKA, J., “Military Operations” en ROTHWELL, Donald R., OUDE ELFERINK, Alex G., SCOTT, Karen y STEPHENS, Tim (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 866-888.
- LALIVE, J.F., “Quelques observations sur l’immunité d’exécution des Etats et l’arbitrage international” en DINSTEIN, Y., *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1989, pp. 369-385.
- LALONDE, S., “The Northwest Passage and Northern Sea Route: sovereignty and responsibilities” en IGLESIAS SÁNCHEZ, S., CONDE, E. (coords.), *Global Challenges in the Arctic Region: Sovereignty, environment and geopolitical balance*, Routledge, New York, London, 2017, pp. 42-74.
- LAZARI, A.: “Para una visión cosmopolita del derecho internacional en tema de devolución de los bienes culturales” en PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. y LAZARI, A., *El tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 91-173; *id.*: “Pelando la cebolla: breves reflexiones sobre la complejidad de la inmunidad jurisdiccional en derecho internacional” en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., PETIT DE GABRIEL, E. W., (eds.), *España y la Unión Europea en el Orden Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 645-654.

- LE GURUN, G., “France” en DROMGOOLE, S. (ed), *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: National Perspectives in Light of the UNESCO Convention 2001*, 2ª edición, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006, pp. 59-97.
- LEE, S. y PARK, Young K., “South Korea’s Regulation on Navigation of Foreign Vessels” en McDORMAN, Ted L., ZOU, K. y LEE, S. (eds.), *Regulation on Navigation of Foreign Vessels: Asia-Pacific State Practice*, Brill Nijhoff, 2019, pp. 52-64.
- LENZERINI, F., “Reparations for wrongs against indigenous people’s cultural heritage” en XANTHAKI, A., VALKONEN, S. (eds.), *Indigenous peoples’ cultural heritage: rights, debates, challenges*, Brill, The Hague, 2017, pp. 327-346.
- LÓPEZ MARTÍN, Ana G., “Práctica jurisprudencial española en materia de inmunidades internacionales” en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (director), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática N.º 55, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2016, pp. 117-143.
- LOWE, A. V., “Ships” en BOSCHIERO, N., SCOVAZZI, T., y otros (eds.), *International Courts and the Development of International Law Essay in Honour of Tullio Treves*, Springer, The Hague, 2013, pp. 291-298.
- McDORMAN Ted L., “Sovereign Immune Vessels: Immunities, Responsibilities and Exceptions” en RINGBON Henrik (ed.), *Jurisdiction Over Ships: Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 82-102.
- MIGLIORINO, L., “The Recovery of Sunken Warships in International Law”, en VUKAS, B. (ed), *Essays on the New Law of the Sea*, University of Zagreb, 1985, pp. 244-251.
- MOORE, John N., “The UNCLOS negotiations on ice-covered areas” en NORDQUIST, Myron H., HEIDAR, Tomas H., MOORE, John N. (eds.), *Changes in the Arctic Environment and the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 17-26.

- PAPANICOLOPULU, I., “A Missing Part of the Law of the Sea Convention: Addressing Issues of State Jurisdiction over Persons at Sea” en KWON, M.S., SHOFIELD, C. y LEE, S. (eds.) *The Limits of Maritime Jurisdiction*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2014, pp. 387-404.
- PARRA, C., “The Protection of Underwater Cultural Heritage from the International Law Perspective” en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (editor), *New approaches to the Law of the sea (in honor of ambassador José Antonio de Yturriaga-Barberán)*, Nova Science Publisher, New York, 2017, pp. 291-303.
- PAVONI, R.: “The Myth of the Customary Nature of the United Nations Convention on State Immunity: Does the End Justify the Means?” en Anne van Aaken y Iulia Motoc (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law, European Society of International Law*, Oxford University Press, 2018, pp. 264-284; “Sovereign immunity and the enforcement of international cultural property law” en FRANCONI, F. y GORDLEY, J. (eds.), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 79-110.
- PÉREZ ÁLVARO, E., “Shipwrecks as Watery Graves: Cultural Attitudes, Legal Approaches and Ethical Implications”, *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, coord. por BOU FRANCH, Valentín E. y JUSTE RUIZ, J; SÁNCHEZ PATRÓN (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 133-146.
- PETERS, R., “Nationalism versus Internationalism: New Perspectives Beyond State Sovereignty and Territoriality in the Protection of Cultural Heritage”, en CARSTENS, Anne-Marie y VARNER, E. (eds.), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 364-389.
- RAHMAN, C., “Use of Technology in Maritime Regulation and Enforcement” en WARNER, R. y KAYE, S. (eds), *Routledge Handbook of Maritime Regulation and Enforcement*, Routledge, London, New York, 2016, pp. 363-378.

- REDGWELL, C., Principles and Emerging Norms in International Law: Intra- and Inter-generational equity” en CARLARNE, CP., GRAY, KR. y TARASOFSKY, R. (eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 185-202.
- REY-ANEIROS, A., “The protection of the Antarctic environment” en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (editor), *New approaches to the Law of the sea (in honor of ambassador José Antonio de Yturriaga-Barberán)*, Nova Science Publisher, New York, 2017, pp. 217-228.
- RONZITTI, N., “Military Uses of the Sea” en ATTARD, D., FITZMAURICE, M., MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, N. A. y HAMZA, R. (Eds.), *The IMLI Manual on International Maritime Law. The Law of the sea, Vol III: Marine Environmental Law and Maritime Security Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 562-590.
- RAGNER, C. L., “The Northern Sea Route”, traducción al inglés del artículo RAGNER, C. L., “Den norra sjövägen”, en HALLBERG, T. (ed): *Barents-ett gränsland i Norden, Arena Norden*, Stockholm, 2008, pp. 114-127.
- RUIZ-CERUTTI, S., “The UNCLOS and the Settlement of Disputes: The ARA Libertad Case” en DEL CASTILLO, L., *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea (Liber Amicorum Judge Hugo Caminos)*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2015, pp. 713-725.
- SOLSKI, J., “Russia” en BECKMAN, Robert C. y otros (eds.), *Governance of Artic Shipping*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2017, pp. 171-216.
- TREVISANUT, S., “Le régime des épaves des navires d’Etat dans la Convention UNESCO sur la protection du patrimoine culturel subaquatique” en NAFZIGER, James A. R. y SCOVAZZI, T. (eds.), *The Cultural Heritage of Mankind*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, pp. 643-686.
- TYMCHENKO, L., “The Northern Sea Route: Russian management and jurisdiction over navigation in Arctic Seas”, en OUDE ELFERINK, Alex G. y ROTHWELL, Donald R. (eds.), *The law of the sea and polar maritime delimitation and jurisdiction*, Martinus Nijhoff, The Hague; New York; London, 2001, pp. 269-293.

VADI, VS., “Underwater cultural heritage and the market: The uncertain destiny of historic sunken warships under international law” en VADI, VS. y SCHNEIDER, H. (eds.), *Art, Cultural Heritage and the Market: Ethical and Legal Issues*, Springer, Heidelberg, 2014, pp. 221-256.

VAN WOUDEBERG, N., “Developments Concerning Immunity from Seizure for Cultural State Property on Loan” en CARSTENS, Anne-Marie y VARNER, E. (eds.), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 343-364.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

ABAD CASTELOS, M. en “Mar, energía y ordenamiento jurídico: seguridad y sostenibilidad como referentes ineludibles para la estrategia de España”, *Documentos de Seguridad y Defensa: desafíos nacionales en el sector marítimo*, n.º. 67, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2015, pp. 67-159.

AKEHURST, M., “Equity and general principles of international law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, n.º. 4, 1976, pp. 801-825.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y CINELLI, C., “La ‘cuestión ártica’ y el Derecho Internacional”, *REDI*, vol. 61, n.º. 2, 2009, pp. 381-409.

ALDRICH, George H., “Questions of International Law Raised by the Seizure of the U.S.S. Pueblo”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 63, 1969, pp. 2-6.

ASHLEY ROACH, J., “Today’s Customary International Law of the Sea”, *Ocean Development & International Law*, vol. 45, n.º. 3, 2014, pp. 239-259.

AZNAR, M. J.: “In Situ Preservation of Underwater Cultural Heritage as an International Legal Principle”, *Journal of Maritime Archaeology*, vol. 13, 2018, pp. 67-81; “Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 25, 2010, pp. 209-236; “Legal Status of Sunken Warships Revisited”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 9, 2003, pp. 61-101.

- BALDONI, C., “Les navires de guerre dans les eaux territoriales étrangères”, *Recueil des cours*, 1938-III, t. 65, Sirey, Paris, pp. 247 y ss.
- BANKES, N., “Her Majesty’s Ships Erebus and Terror and the Intersection of Legal Norms”, *The Northern Review*, n.º. 50, 2020, pp. 47-81.
- BARRADA FERREIROS, A., “La inmunidad de los buques de guerra y los buques de Estado. Su regulación en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre”, *Revista Naval*, 2017, pp. 28-50.
- BARNHOORN, L.A.N.M., “Netherlands judicial decisions involving questions of public international law, 1995-1996”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 28, 1997, pp. 325-380.
- BARTENSTEIN, K., “Between the Polar Code and Article 234: The Balance in Canada’s Arctic Shipping Safety and Pollution Prevention Regulations”, *Ocean Development & International Law*, vol. 50, 2019, pp. 335-362.
- BAUMGARTNER, M.R., “Federal Jurisdiction over State Claims to Shipwrecks: Should the Eleventh Amendment Go Down with the Ship?”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 8, núm. 2, 2000, pp. 469-495.
- BECKMAN, R. & SUN, Z., “The Relationship between UNCLOS and IMO Instruments”, *Asia-Pac. J. Ocean L. & POLY*, vol. 2, 2017, pp. 201-246.
- BEDERMAN, David J., “Congress Enacts Increased Protections for Sunken Military Craft”, *American Journal of International Law*, vol. 100, n.º. 3, 2006, pp. 649-663.
- BELLOT, H., “The Right of a Belligerent Merchantman to Attack”, *Transactions of the Grotius Society*, vol. 7, 1921, pp. 43-57.
- BERRINO, G., “La Corte di cassazione torna sul tema delle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni”, *Rivista di diritto internazionale*, n.º. 3, 2020, pp. 844-858.
- BEURIER, J-P., “Pour un droit international de l’archéologie sous-marine”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 93, 1989, pp. 45-60.
- BLECKMANN, A., “Analogie im Völkerrecht”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 17, 1977, pp. 161-180.

- BISMUTH, R., “L’immunité d’exécution après la loi Sapin 2”, *Journal du droit international*, n° 2, 2018, pp. 445-469.
- BORK, K., KARSTENSEN, J., VISBECK, M. y ZIMMERMANN, A., “The Legal Regulation of Floats and Gliders – In Quest of a New Regime?”, *Ocean Development and International Law*, vol. 39, n° 3, 2008, pp. 298-328.
- BRADLEY, Curtis A. y HELFER, Laurence R., “International Law and the U.S. Common Law of Foreign Official Immunity”, *Supreme Court Review*, 2011, pp. 213-272.
- BRANDON, M., “Sovereign Immunity of Government-Owned Corporations and Ships”, *Cornell Law Review*, vol. 39, n° 3, 1954, pp. 425-442.
- BRING, O., “Immunitet och ubåtar än en gång” (Inmunidad y submarinos una vez más), *Svensk Juristtidning*, vol. 70, núm. 1, 1985, pp. 69-72.
- BROWN, E.D. y GASKELL, N.J.J., “The Operation of Autonomous Underwater Vehicles” en *Report on Law, Society for Underwater Technology*, Vol. 2, Londres, 2000, pp. 29-44.
- BROWN SCOTT, J., “The execution of Captain Fryatt”, *AJIL*, vol. 10, 1916, p. 865.
- BRUTON, Garry D. et al., “State-Owned Enterprises Around the World as Hybrid Organizations”, *Academy of Management Perspectives*, vol. 29, n° 1, 2015, pp. 92-114.
- BUTLER, William E., “The Pueblo Crisis: Some Critical Reflections”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 63, 1969, pp. 7-13.
- CADDELL, R., “Platforms, Protestors and Provisional Measures: The Arctic Sunrise Dispute and Environmental Activism at Sea”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 45, 2015, pp. 359-384.
- CAFLISCH, L., “Submarine Antiquities and the International Law of the Sea”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 13, 1982, pp. 3-32.
- CAMPFENS, E., “Whose Cultural Objects? Introducing Heritage Title for Cross-Border Cultural Property Claims?”, *Netherlands International Law Review*, vol. 67, 2020, pp. 257-295.

- CANUEL, Edward T., “The four arctic law pillars: a legal framework”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 735-764.
- CAPLAN, L., “State Immunity, Human Rights, and Ius Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory”, *The American Journal of International Law*, Vol. 97, n°. 4, 2003, pp. 741-761.
- CARTOON, B. J., “Sovereign immunity in international law: A review of the more important trends and their place in South Africa”, *CILSA*, vol. 11, 1978, pp. 168-182.
- CASELLA, D. A., “La inmunidad soberana y el embargo de un buque de guerra: el caso de A.R.A. Libertad”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 23, Colombia, julio-diciembre 2013, pp. 18-51.
- CASTEL, J. G., “Immunity of a foreign State from execution: French practice”, *The American Journal of International Law*, vol. 46, Washington (D.C), 1952, pp. 520.
- CASTELLANOS RUIZ, M^a José., “Régimen jurídico de los drones: el nuevo Reglamento (UE) 2018/1139”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, n°. 1, 2019, pp. 171-234.
- CEBRIÁN SALVAT, M.A., “Daños causados por un Estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 5, N°. 2, Universidad Carlos III, Madrid, 2013, pp. 265-290.
- CHIRCOP, A., “The growth of international shipping in the Arctic: is a regulatory review timely?”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 24, 2009, pp. 355-380.
- CLARK, L., “Canada’s Oversight of Arctic Shipping: The Need for Reform”, *Tul. Mar. L.J.*, vol. 33, 2008, pp. 79-102.
- CRAIG H, A., “The Seabots are Coming Here: Should they be Treated as ‘Vessels?’” *Journal of Navigation*, vol. 65, n°. 4, 2012, pp. 749-752; “Determining the Legal Status of Unmanned Maritime Vehicles: Formalism vs functionalism”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, vol. 49, n°. 4, 2018, pp. 447-514.

- DAUM, O. “The Implications of International Law on Unmanned Naval Craft”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol. 49, No. 1, 2018, pp. 71-103.
- DELUPIS, I., “Foreign Warships and Immunity for Espionage”, *American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, pp. 53-75.
- DEMEYERE, B., HENCKAERTS, J.M., HIEMSTRA, H., y NOHLE, E., “The updated ICRC Commentary on the Second Geneva Convention: Demystifying the law of armed conflict at sea”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 98, nº. 2, 2016, pp. 401-419.
- DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. y GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L., “Una nueva zona jurisdiccional en el Mediterráneo: la zona de protección ecológica francesa”, *REEI*, nº. 8, 2004, pp. 1-6.
- DE VISSCHER, Ch., “Méthode et systme en Droit international”, en *RCADI*, T. 138, 1973, pp. 75-76.
- DE YTURRIAGA BARBERÁN, José A., “Hallazgo del Galeón San José: los últimos de Cartagena”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. VII, nº. 1, junio 2016, pp. 1-20.
- DJIBRIL, M., “Does a Sovereign State Immunity Say More than We Think? ITLOS’s Decision in ARA LIBERTAD Case”, *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol. 37, 2015, pp. 6-15.
- DROMGOOLE, S.: “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law: The 2015 Resolution of the Institut de Droit International”, *The Italian Yearbook of International Law Online*, Vol. 25, 2016, pp. 179-200; “Military Remains on and around the Coast of the United Kingdom”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 2, 1996, pp. 23-45.
- DUARTE, R. T., “Maritime history in Mozambique and East Africa: The urgent need for the proper study and preservation of endangered underwater cultural heritage”, *Journal of Maritime Archaeology*, vol. 7, nº. 1, 2012, pp. 63-86.

- ESPALIÚ BERDUD, C. y CASADO RAIGÓN, R., “El paso inocente de buques de guerra extranjeros por mar territorial: alcance del régimen de la CNUDM”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 57, nº. 2, 2005, pp. 777-798.
- ESPÓSITO, C. en “El Asunto Timor Oriental ante la Corte Internacional de Justicia (East Timor Case before the International Court of Justice)”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XII, 1996, pp. 617-639.
- FAHEY, S., “Access Control: Freedom of the Seas in the Arctic and the Russian Northern Sea Route Regime”, *Harvard National Security Journal*, Vol. 9, 2018, pp. 154-200.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., “Corte Penal Internacional y crimen de agresión: el levantamiento de inmunidades mediante la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, núm. 2, 2019, pp. 195-222.
- FERRER LLORET, J.: “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH: La alargada sombra del Derecho Internacional Consuetudinario”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº. 34, 2017, pp. 1-56; “La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, pp. 3-61.
- FIFE, R.E. y JERVELL, K., “Norwegian State Practice”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 70, 2001, pp. 531-566.
- FORREST, C., “A new international regime for the protection of underwater cultural heritage”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, nº. 3, 2002, pp. 511-554.
- FOSTER, George K., “When Commercial Meets Sovereign: A New Paradigm for Applying the Foreign Sovereign Immunities Act in Crossover Cases”, *Houston Law Review*, vol. 52, 2014, pp. 361-415.
- FOX, H., “State Immunity: The House of Lord’s Decision in I Congreso Del Partido”, *Law Quarterly Review*, vol. 98, 1982, pp. 94-108.
- FRANCO GARCÍA, M.A., “Las actividades militares de los buques de guerra de terceros estados en los espacios marítimos de soberanía o jurisdicción del estado ribereño”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº. 27, 2014, pp. 1-45.

- FRANCO PÉREZ, A. y FRANCO GARCÍA, M.A., “Desajuste entre voluntad y realidad: el Convenio internacional para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º. 83, Sección “Artículos doctrinales”, 29 de octubre de 2018, pp. 1-57.
- FRANCKX, E.: “The Legal Regime of Navigation in the Russian Arctic”, *Journal Transnational Law & Policy*, v. 18, 2009, pp. 327-342; “Should the Law governing maritime areas in the Arctic adapt to changing climatic circumstances?”, *California Western International Law Journal*, vol. 41, 2011, pp. 397-432.
- FRAU, R., “Regulatory Approaches to Unmanned Naval Systems in International Law of Peace and War”, *J. Int’l L. Peace & Armed Conflict*, n.º V, 2012, pp. 87.
- FROMAN, F. D., “Unchartered waters: non-innocent passage of warships in the territorial sea”, *San Diego Law Review*, vol. 21, n. 3, 1984, pp. 625-689.
- GAHLEN, S., “Ships Revisited: A Comparative Study”, *The Journal of International Maritime Law*, Vol. 20, n.º. 4, 2014, pp. 252-269.
- GOGARTY, B., HAGGER, M., “The Laws of Man over Vehicles Unmanned: The Legal Response to Robotic Revolution on Sea, Land and Air”, *Journal of Law, Information and Science*, Vol. 19, n.º. 76, 2008, pp. 19-77.
- GONZÁLEZ VEGA, “Otra etapa en la lucha contra las inmunidades del poder: derechos humanos versus inmunidad de los Estados”, *Ordine internazionale e diritti umani*, no. 4, 2017, pp. 485-506.
- GORINA, M., “Scientific Missions at Sea: From Immunity to Suspicion”, *Maritime Studies*, vol. 1988, n.º. 4, 1988, pp. 1-11.
- GREIG, D.W., “Specific Exceptions to Immunity under the International Law Commission’s Draft Articles”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, n.º. 3, 1989, pp. 560-582.
- GROME, Erich D., “Spectres of the Sea: The United States Navy’s Autonomous Ghost Fleet, its Capabilities and Impacts, and the Legal Ethical Issues that Surround”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, vol. 49, 2018, pp. 31-52.

- GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, Nº. 2, Universidad Carlos III, Madrid, 2011, pp. 145-169.
- HAFNER, G., KÖHLER, U., “The United Nations Convention on jurisdictional immunities of states and their property”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 35, 2004, pp. 3-49.
- HAFNER, G., LANGE, L., “La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens”, *Annuaire français de droit international*, nº. 50, 2004, pp. 45-76.
- HAMSON, C. J., “Immunity of foreign States the practice of the French Courts”, *The British YearBook of International Law*, vol. 27, Londres, 1950, p. 293-331.
- HARTMANN, A., “De la Compétence des Tribunaux dans les Procès contre les États et Souverains Étrangers”, *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 22, 1890, p. 425.
- HECKE, G. van & LENAERTS, K., “The Act of State Doctrine: a Continental Lawyer Looks at the House of Lords Ruling *Buttes Gas v. Hammer*”, *R.B.D.I.*, vol. 19, 1986, pp. 59-69.
- HELLER, K. J., “Specially- affected states and the formation of custom”, *American Journal of International Law*, vol. 112, nº. 2, 2018, pp. 191-243.
- HENDERSON, A., “Murky Waters: The Legal Status of Unmanned Undersea Vehicles”, *Naval L. Rev.*, vol. 53, 2006, pp. 52-72.
- HIGGINS, R., “Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the UK”, vol. 71, *AJIL*, 1977, pp. 423-435.
- HILL, Thomas H., “A policy Analysis of the American Law of Foreign State Immunity”, *Fordham Law Review*, vol. 50, 1981, pp. 155-238.
- HOFMANN, T. y PROELSS, A., “The Operation of Gliders Under the International Law of the Sea”, *Ocean Development and International Law*, vol. 46, nº. 3, 2015, pp. 167-187.
- HOOYDONK, Eric V., “The Law of Unmanned Merchant Shipping-An Exploration”, *Journal of International Maritime Law*, v. 20, 2014, pp. 403-423.

- HOSTIE, J., “Contribution de la Cour suprême des Etats-Unis au développement du droit des gens”, *Recueil des cours*, 1939-III, t 69, Sirey, París, 1939, pp. 237-348.
- HOYLE, “The Mixed Courts of Egypt: An Anniversary Assessment”, *Arab Law Quarterly*, vol. 1, 1985, pp. 60-68.
- JIN, S., “The question of innocent passage of warships after UNCLOS III”, *Marine Policy*, vol. 13, n.º. 1, 1989, p. 56-66.
- KLEIN, N., “Maritime Autonomous Vehicles within the International Law Framework to Enhance Maritime Security”, *International Law Studies*, Vol. 95, 2019, pp. 244-271.
- KLEIN, N., GUILFOYLE, D., KARIM, Md S. y McLAUGHLIN, R., “Maritime autonomous vehicles: new frontiers in the law of the sea”, *International and Comparative Law*, vol. 69, Julio 2020, pp. 719-734.
- KRASKA, J.: “The Northern Canada Vessel Traffic Services Zone Regulations (NORDREG) and the Law of the Sea”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 30, 2015, pp. 225-254; “Putting Your Head in the Tiger’s Mouth: Submarine Espionage in Territorial Waters”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 54, 2015, pp. 164-230; “Governance of Ice-Covered Areas: Rule Construction in the Arctic Ocean”, *Ocean Development and International Law*, vol. 45, 2014, pp. 260-271; “The ‘ARA Libertad’ (Argentine v. Ghana)”, *American Journal of International Law*, vol. 107, 2013, pp. 404-410; “The Law of Unmanned Naval Systems in War and Peace”, *The Journal of Ocean Technology*, Vol. 5, n.º. 3, 2010, pp. 44-68; “Oceanographic and naval deployments of expendable marine instruments under U.S. and international law”, *Ocean Development & International Law*, vol. 26, n.º. 4, 1995, pp. 311-355.
- LALIVE, J. F., “L’immunité de juridiction des états et des organisations internationales”, *Recueil des Cours*, t. 84, 1953, pp. 209-389.
- LAUTERPACHT, H., “El problema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros”, *British Year Book of International Law*, n.º. 28, 1951, p. 221; “The Cristina”, *The Law Quarterly Review*, vol. LIV, 1938, p. 339.

- LEHTO, M. et al., “Arctic Connect Project and cyber security control, ARCY”, *Informaatioteknologian tiedekunnan julkaisuja*, n.º. 78, 2019, pp. 1-72.
- LINDHOLM, RH., “Immunitet för spionerande ubåtar” (Inmunidad para los submarinos espías), *Svensk Juristtidning*, vol. 69, núm. 1., 1984, pp. 321-326.
- LLOYD-JONES, H.L., “Forty years on: State Immunity and the state immunity act 1978”, *International and comparative law quarterly*, n.º. 2, 2019, pp. 247-269.
- LÓPEZ MARTÍN, A. G.: “Auto 00153/2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Palma de Mallorca, de 2 de septiembre. La expropiación de la propiedad privada en Cuba, acto *iure imperii* amparado en la inmunidad de jurisdicción del Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 72, n.º. 1, 2020, pp. 231-237; “Las inmunidades del Derecho internacional: su aplicación en España”, *Cuadernos de derecho público*, N.º. 6, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1999, pp. 157-184.
- LOUD, D., “EMITTING INJUSTICE? Foreign State-Owned Enterprises That Cause Transboundary Pollution and the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976”, *Columbia journal of transnational law*, vol. 59, n.º. 1, 2020, pp. 169-208.
- MAHMOUDI, S., “Use of Armed Force against Suspected Foreign Submarines in the Swedish Internal Waters and Territorial Sea”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 33, 2018, pp. 585-599.
- MATEUS-RUGELES, A., RODRÍGUEZ VALENZUELA, I., “Pecios españoles en aguas colombianas: conjugación entre el patrimonio cultural subacuático y la inmunidad jurisdiccional de los Estados”, *Revista de derecho* (Valdivia), vol. 29, n.º. 2, 2016, pp. 253-275.
- MCCARTNEY, I., “The Battle of Jutland’s Heritage Under Threat: Commercial salvage on the shipwrecks as observed 2000 to 2016”, *The Mariner’s Mirror*, vol. 103, n.º. 2, 2017, pp. 196-204.
- McNAIR, A.D., “Judicial recognition of States and Governments and the immunity of public ships”, *British Year Book of International Law.*, vol. 2, 1921-22, pp. 57-74.

- McLAUGHLIN, R., “Unmanned Naval Vehicles at Sea: USVs, UUVs and the Adequacy of the Law”, *Journal of Law, Information and Science*, vol. 21, 2011, pp. 100-115.
- McRAE, D. M., GOUNDREY, D. J., “Environmental Jurisdiction in Arctic Waters: The Extent of Article 234”, *University of British Columbia Law Review*, v. 16, 1982, pp. 197-228.
- MEJIA-LEMOS, D., “The ‘Quimbaya treasure’ judgment SU-649/17”, *American Journal of International Law*, vol. 113, n°. 1, 2019, pp. 122-130.
- MOLONEY, S., “Legal and Practical Challenges Associated with use of Unmanned Aerial Vehicles in the Maritime Environment”, *Soundings Sea Power Centre Australia*, vol. 11, 2016, pp. 1-22.
- MONTÓN-SUBÍAS, S. y HERNANDO, A., “Modern colonialism, eurocentrism and historical archaeology: Some engendered thoughts”, *European Journal of Archaeology*, vol. 21, n°. 3, 2018, pp. 455-471.
- MOUSKHÉLI, M., “L’équité en droit international modern”, *Revue générale de droit international public*, vol. 40, 1933, pp. 347-373.
- NAFZIGER, James A. R., “The evolving role of admiralty courts in litigation related to historic wrecks”, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n°. 1, 2003, pp. 251-270.
- NASU, H. y LETTS, D., “The Legal Characterization of Lethal Autonomous Maritime Systems: Warship, Torpedo, or Naval Mine?”, *International Law Studies*, vol. 96, 2020, pp. 80-97.
- NOYES, Joh E., “U.S. Policy and the United Nations Convention on the Law of the Sea”, *The George Washington International Law Review*, vol. 39, n°. 3, 2007, p. 621-638.
- O’DONNELL, T., “The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice: The Perfect Storm or the Raft of the Medusa?”, *European Journal of International Law*, vol. 22, n°. 1, 2011, pp. 49-80.
- OGUNO, P., “The concept of state immunity under international law: An overview”, *International Journal of Law*, vol. 2, n°. 5, 2016, pp. 10-24.
- OSTRENG, W., “The Northern Sea Route: a new era in Soviet policy”, *Ocean Development and International Law*, vol. 22, 1991, pp. 259-287.

- OXMAN, Bernard 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; “The Territorial Temptation: A Siren Song at Sea”, *The American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, pp. 830-851.
- PALLARES BOSSA, J., “El caso del galeón San José en el marco del derecho internacional”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Cartagena (Colombia), Vol. X, n.º. 20, 2018, pp. 50-66.
- PEDROZO, R., “Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus”, *International Law Studies*, vol. 90, 2014, pp. 514-543.
- PETRÉN, G., “Regeringen och ubåt 137 - en banbrytande folkrättsinsats?” (El Gobierno sueco y el submarino 137 - Una contribución pionera al derecho internacional), *Svensk Juristtidning*, vol. 67, núm. 1, 1982, p. 648.
- PETRIG, A., “The war dead and their gravesites”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, 2009, pp. 341-369.
- PHILLIMORE, G. G., “Immunité des Etats au point de vue de la juridiction ou de l’exécution forcée”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1925-III, t. 8, Hachette, París, pp. 413-484.
- PRAAG, L. van, “La question de l’immunité de juridiction des Etats étrangers et celle de la possibilité de l’exécution des jugements que les condamnent”, *Revue de droit international et de législation comparée*, 3.^a serie, t. XVI, 1935, pp. 100-116.
- PREVOST, M.D., “Does Immunity attach to the state or its acts?” *SAYIL*, vol. 21, 1996, pp. 118-130.
- PRITCHETT, Paul W., “Ghost Ships: Why the Law Should Embrace Unmanned Vessel Technology”, *Tulane Maritime Law Journal*, vol. 40, 2015, pp. 197-225.
- REECE THOMAS, K., “The Changing Status of International Law in English Domestic Law”, *NILR*, vol. 53, n.º 3, 2006, pp. 371-398.
- REYES MILK, M. E., “El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal”, *Revista Agenda Internacional*, Vol. 15, n.º. 26, Instituto de Estudios Internacionales, 2008, pp. 69-106.

- RIESENFELD, Stefan A., “Sovereign Immunity of Foreign Vessels in Anglo-American Law: The Evolution of a Legal Doctrine”, *Minnesota Law Review*, vol. 25, n.º. 1, 1940, pp. 1-65.
- RISVAS, M., “Underwater Cultural Heritage in Africa and Questions of Immunity, State Ownership and Succession: What Role for Equity?”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 35, n.º. 2, 2020, pp. 264-294.
- ROBERTS, H., “The British ratification of the Underwater Heritage Convention: Problems and Prospects”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67, n.º. 4, 2018, pp. 833-865.
- ROBERTSON, Horace B., “Navigation in the Exclusive Economic Zone”, *Virginia Journal of International Law*, v. 24, 1984, pp. 865-917.
- ROMAN, D., “Legal Regulation of Navigation through the Northern Sea Route”, *China Oceans L. Rev.*, vol. 2, 2013, pp. 139-150.
- RONZITTI, N. (Rapporteur): “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Rhodes, Greece 2011), *Yearbook of the Institute of International Law*, vol. 74, pp. 131-177; “The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in international law” (Session of Tallinn 2015), *ibid*, vol. 76, pp. 267-378.
- SCHERER, M U., “Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competences and Strategies”, *Harvard Journal of Law & Technology*, 2016, pp. 354-398.
- SCHINDLER, D., “Contribution l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international”, *RCADI*, T.46, 1933, pp. 229-326.
- SCHMITT, Michael N. y GODDARD, David S., “International Law and the Military Use of Unmanned Maritime Systems”, *International Review of the Red Cross*, vol. 98, 2016, pp. 567-593.
- SCOVAZZI, T.: “Sunken Spanish ships before American courts”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 34, núm. 2, 2019, pp. 245-290; “Diviser c'est détruire: Ethical Principles and Legal Rules in the Field of Return of Cultural Properties”, *Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita*,

- 15th, Paris, 2009, disponible en *Rivista di diritto internazionale*, vol. 94, n^o. 2, 2011, pp. 341-395; “The evolution of international law of the sea: new issues, new challenges”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 286, 2000, pp. 39-243.
- SHAW, R., “What is a Ship in Maritime Law?”, *The Journal of International Maritime Law*, Vol. 11, 2005, pp. 247-250.
- SHEARER, Ivan A., “Problems of Jurisdiction and Enforcement Against Delinquent Vessels”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, 1986, pp. 320-343.
- SHOWALTER, S. “The Legal Status of Autonomous Underwater Vehicles”, *Mar. Tech. Soc. J*, vol. 38, 2004, pp. 80-83.
- SINCLAIR, I., “The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments”, *Recueil des Cours*, t. 167 (1980-II), pp. 113-284.
- SLOOTEN, G. van., “La Convention de Bruxelles sur le statut juridique des navires d’Etat”, *Revue de droit international et de législation comparée*, 3.^a serie, t. VII, Bruselas, 1926, pp. 447-463.
- SOLSKI, Jan J.: “New Developments in Russian Regulation of Navigation on the Northern Sea Route”, *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 4, 2013, pp. 90-120.
- STEWART, D. P., “The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property”, *American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005, pp. 194-211.
- SUCHARITKUL, S., “Immunities of Foreign States Before National Authorities”, *Recueil des Cours*, La Haya, 1976, pp. 87-215.
- SWAIN, Christopher C., “Towards Greater Towards Greater Certainty for Unmanned Navigation, a Recommended United States Military Perspective on Application of the “Rules of the Road” to Unmanned Maritime Systems”, *Georgetown Law Technology Review*, vol. 3, 2018, pp. 119-161.
- TALMON, S., “The (not so) ‘Sacred’ Word of an Italian Ambassador and Diplomatic Immunity for Contempt of Court”, *Indian JIL*, vol. 54, 2014, pp. 1-35.

- TLADI, D., “The international law commission’s recent work on exceptions to immunity: Charting the course for a brave new world in international law?”, *Leiden Journal of International Law*, Tomo 32, N.º 1, Cambridge, Mar 2019, pp. 169-187.
- TOMUSCHAT, C. “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of A New Century”, *RCADI*, vol. 281, n.º. 57, 1999, pp. 9-438.
- TÜNGLER, G., THO PESCH, S., *Seevölkerrechtliche Anforderungen An Unbemannte Schiffe, Zeitschrift Des Rechts Der Transportwirtschaft*, Vol. 122, n.º 5, 2017, pp. 122 y ss.
- VACAS FERNÁNDEZ, F., “Fundamentos de los privilegios e inmunidades de las misiones diplomáticas y agentes diplomáticos”, *Anuario de Derecho Diplomático y Consular*, n.º. 1, 2016, pp. 77-92.
- VADI, VS.: “International Law and the uncertain fate of military sunken vessels”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 19, 2009, pp. 253-278; “Investing in culture: Underwater cultural heritage and international investment law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, n.º. 3, 2009, pp. 853-904.
- VALLEJO, Daniel A. G., “Electric Currents: Programming Legal Status into Autonomous Unmanned Maritime Vehicles”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 47, n.º. 1, 2015, pp. 405-428.
- VARGAS, J. C. y RODRÍGUEZ-WEIL, E., “La inmunidad de jurisdicción y ejecución de las organizaciones internacionales: un tema antiguo con relevancia actual”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n.º 21, 2013, pp. 511-538.
- VEAL, R., “IMO Guidelines on MASS trials: interim observations”, *Shipping & Trade Law*, 19 (8), 2019, pp. 1-5.
- VEAL, R. y TSIMPLIS, M., “The Integration of Unmanned Ships into the *Lex Maritima*”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2017, pp. 303-335.
- VEAL, R., TSIMPLIS, M., y SERDY, A., “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, *Ocean Development & International Law*, vol. 50, n.º. 1, 2019, pp. 23-48.
- WAGNER, E., “Submarine Cables and Protections Provided by the Law of the Sea”, *Marine Policy*, vol. 19, n.º. 2, 1995, pp. 127-136.

WALKER, G. K., NOYES, J. E., “Definitions for the 1982 Law of the Sea Convention”, *California Western International Law Journal*, vol. 33, n° 2, 2003, pp. 191-324.

WILLIAMS, Laura C., “An Ocean Between Us: The Implications of Inconsistencies Between the Navigational Laws of Coastal Arctic Council Nations and the United Nations Convention on the Law of the Sea for Arctic Navigation”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 70, 2017, pp. 379-410.

WILLIAMS, M., “War Graves and Salvage: Murky Waters?”, *International Journal of Maritime Law*, v. 7, n° 5, 2000, pp. 151-158.

FUENTES COMPLEMENTARIAS

COLECCIONES DE TEXTOS NORMATIVOS

Bundesministerium der Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch*, 2013.

Canadian Office of the Judge Advocate General, *Joint Doctrine Manual, Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels*, 2003.

Department of the Navy, Office of the Chief of Naval Operations and Headquarters U.S. Marine Corps Department of Homeland Security and U.S. Coast Guard, *The Commander’s Handbook on the Law of Naval Operations*, 2007.

DOSWALD-BECK, L. (ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge University Press, 2013.

Institut de Droit International, Manual of the Laws of Naval War («Manual de Oxford»), 1913.

Ministry of Defence of the United Kingdom Government, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication, 2004.

SCHINDLER, D., y TOMAN, J. (Eds.), *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Brill-Nijhoff, 4ª ed., 2004.

Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol CLXXVI.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS JURÍCO-INTERNACIONALES
DE KERCHOVE, R., “Vessel”, *International Maritime Dictionary*, 2d ed., 1961.

GARNER, B.A., ed., *Black’s Law Dictionary*, 7ª ed. Saint Paul, 1999.

NAKATANI, K., “Submarines” en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Published under the auspices of the Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law under the direction of Rüdiger Wolfrum, July 2008.

ROACH, J. Ashley, “Warships, sunken”, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, February 2015, para 3.

VÖNEKY, S., “Analogy in International Law” en WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. 1, 2012.

DOCUMENTOS OFICIALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS
NACIONES UNIDAS

1. RESOLUCIONES REFERIDAS (SELECCIÓN)

Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 70/76 sobre la Devolución o restitución de bienes culturales a sus países de origen, 2015.

Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 3187 (XXVIII) sobre la Restitución de las obras de arte a los países víctimas de expropiación, 1973.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV),
Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes
a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de
conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, 1970.

Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 1514 (XV), Declaración
sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos
coloniales, 1960.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 2270 , 2016.

Consejo de Seguridad, Resolución 2199, obliga al retorno y prohíbe el
comercio de patrimonio cultural retirado de Iraq y Siria, 2015.

2. DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI)

2.1. INFORMES RELATIVOS A LA CELEBRACIÓN DE LOS PERÍODOS DE SESIONES DE LA CDI

Report of the International Law Commission: Draft Articles on the
Responsibility of International Organizations, UN Doc. A/66/10
(2011), GAOR 66th Sess. Suppl.

Report of the International Law Commission: Draft Articles on
Jurisdictional Immunities of States and their Property with
Commentaries”, UN Doc. A/46/10, en *Yearbook of the International
Law Commission*, vol. II, Parte II, 1991.

Report of the International Law Commission to the General Assembly on
the work of its thirty-eighth session, UN Doc. A/41/10, *Yearbook of
the International Law Commission*, 1986, Vol. II, Part Two.

Report of the International Law Commission to the General Assembly:
Articles Concerning the Law of the Sea, UN Doc. A/3159, *Official
Records of the General Assembly*, Eleventh Session, Supplement No. 9,
1956.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a la Asamblea
General sobre la labor realizada en su séptimo periodo de sesiones,
UN Doc. A/CN.4/79, ACDI, Vol. I, section II, 1955.

2.2. INFORMES DE RELADORES

SUCHARITKUL, S., “Sexto informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, *Anuario C.D.I.*, 1984, vol. II (primera parte).

SUCHARITKUL, S., “Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, *Anuario C.D.I.*, 1980.

DOCUMENTOS DIGITALES (Selección)

AKANDE, D., “ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals” en *Blog of the European Journal of International Law*, May 6, 2019, disponible en <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/> (última consulta en agosto de 2019).

BUCHAN, R., FRANCHINI, D., “WhatsApp v. NSO Group: State Immunity and Cyber Spying”, *Just Security*, Reiss Center on Law and Security, New York University School of Law, April 16, 2020 (disponible en <https://www.justsecurity.org/69684/whatsapp-v-nso-group-state-immunity-and-cyber-spying/>, última consulta el 19 de enero de 2021).

CAHDI, News: Declaration on Jurisdictional Immunities of State Owned Cultural Property https://www.coe.int/en/web/cahdi/news-cahdi/-/asset_publisher/FL6bNvghtkKV/content/declaration-on-jurisdictional-immunities-of-state-owned-cultural-property (último acceso el 20 de octubre de 2020).

CERRILLO BARCELONA, A., “Un carguero cruza por primera vez en febrero el Ártico: nueva alerta climática”, *La Vanguardia*, 23/02/2021, <https://www.lavanguardia.com/natural/cambio-climatico/20210223/6257941/carguero-cruza-primera-vez-febrero-artico-nueva-alerta-climatica.html> (última consulta en marzo de 2021).

- CLOUGH, B T., “Metrics, Schmetrics! How The Heck Do you Determine A UAV’s Autonomy Anyway?” (Performance Metrics for Intelligent Systems (PerMIS) Conference, Mayland, 15 August 2002), disponible en [http:// www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a515926.pdf](http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a515926.pdf) (consultada por última vez el 15 de abril de 2020).
- Comité Marítimo Internacional, *International Working Group Position Paper on Unmanned Ships and the International Regulatory Framework* (29 Marzo, 2017), <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-Position-Paper-on-Unmanned-Ships.pdf> (última consulta en junio de 2020).
- DEMESMAKER, M., Colloquium on the Challenges of Unexploded Munitions in the Sea, 20 February 2019, Brussels, <https://webgate.ec.europa.eu/maritimeforum/en/node/4277> (última consulta el 26 de diciembre de 2020).
- ELOLA, J., “El archivo que custodia los mapas más deseados por los cazatesoros”, Reportaje diario El País, 16 de septiembre de 2018, disponible en https://elpais.com/elpais/2018/09/10/eps/1536597554_122901.html (última consulta en octubre de 2018).
- EMSA, “Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)”, Ship Safety Standards: MASS, <http://emsa.europa.eu/mass.html> (última consulta en junio de 2020).
- ESPÓSITO MASSICCI, C., “Reciprocidad e inmunidades jurisdiccionales de derecho internacional”, *Aquiescencia*, blog de derecho internacional, 15 abril, 2015, <https://aquiescencia.net/tag/inmunidades-jurisdiccionales-2/> (última consulta en octubre de 2019).
- European Defence Agency, *Latest Press Releases, Largest EU funded defence research project tested in the Mediterranean Sea*, 21 November, 2019, Brussels, <https://www.eda.europa.eu/info-hub/press-centre/latest-press-releases/2019/11/21/largest-eu-funded-defence-research-project-tested-in-the-mediterranean-sea> (última consulta en junio de 2020).
- FRANCHINI, D., módulo Oxford Reports on International Law in Domestic Courts, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-ildc/2974uk17.case.1/law-ildc-2974uk17> (consultada por última vez el 21 de enero de 2021).

- GRAMER, R., Here's What Russia's Military Build-Up in the Arctic Looks Like, FOREIGN POL 'Y, 25 de enero, 2017 (<https://foreignpolicy.com/2017/01/25/heres-what-russias-military-build-up-in-the-arctic-looks-like-trump-oil-military-high-north-infographic-map/>, consultada por última vez el 18 de marzo de 2020).
- “Guidance for developing Maritime Unmanned Systems (MUS) capability”, NATO Combined Joint Operations from the Sea Centre of Excellence, 2012, p. 6 (disponible en <https://info.publicintelligence.net/CJOSCOE-MUS.pdf>, consultada por última vez en abril de 2020).
- HINCK, G., “Evaluating the Russian Threat to Undersea Cables”, blog Lawfare, March 5, 2018, <https://www.lawfareblog.com/evaluating-russian-threat-undersea-cables>, última consulta el 18 de enero de 2021).
- HUMPERT, M., “Russia to Reorganize Northern Sea Route Competencies”, HIGH NORTH NEWS, 10 de noviembre de 2017 (disponible en <https://perma.cc/6VGG-XARB>, última consulta en marzo de 2020).
- IAEA (International Atomic Energy Agency), the International Expert Group on Nuclear Liability (INLEX), Civil Liability for Nuclear Damage: Advantages and Disadvantages of Joining the International Nuclear Liability Regime, <https://www.iaea.org/topics/nuclear-liability-conventions> (última consulta en diciembre de 2019).
- IMO, “Buques autónomos”, Punto de Mira, Sala de prensa: <http://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Paginas/Autonomous-shipping.aspx> (consultada por última vez en mayo de 2020).
- KRASKA, J., “The Law of Maritime Neutrality and Submarine Cables”, *Blog of the European Journal of International Law*, July 29, 2020, <https://www.ejiltalk.org/did-itlos-just-kill-the-military-activities-exemption-in-article-298/> (última consulta el 20 de febrero de 2021); *id.*, “The Kerch Strait Incident: Law of the Sea or Law of Naval Warfare?”, *Blog of the European Journal of International Law*, December 3, 2018, <https://www.ejiltalk.org/the-kerch-strait-incident-law-of-the-sea-or-law-of-naval-warfare/> (última consulta en febrero de 2021); *id.*, “Did ITLOS Just Kill the Military Activities

- Exemption in Article 298?” en *Blog of the European Journal of International Law*, May 27, 2019, <https://www.ejiltalk.org/did-it-los-just-kill-the-military-activities-exemption-in-article-298/> (última consulta en febrero de 2021).
- KRASKA, J. & PEDROZO, R., “China’s Capture of U.S. Underwater Drone Violates Law of the Sea”, *Lawfare*, December 16, 2016, <https://www.lawfareblog.com/chinas-capture-us-underwater-drone-violates-law-sea> (última consulta mayo 2020).
- LACROIX et al., *A Concept of Operations for a New Deep-Diving Submarine, Appendix 1 Submarine Cable Infrastructure*, Rand, 2002, p. 141, disponible en https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph_reports/MR1395/MR1395.appi.pdf (último acceso el 18 de enero de 2021).
- LAGRONE, S., “China Promises to Return Snatched Unmanned Navy Glider”, *USNI News*, December 18, 2016, <https://news.usni.org/2016/12/18/china-promises-return-snatched-unmanned-navy-glider> (consultada por última vez el 6 de mayo de 2020).
- LAKEMAN, R., Address to Third MASRWG Conference, Nov. 16, 2017, www.ukmarinealliance.co.uk/content/masrwg-conference-nov-2017 (última visita en junio de 2020)
- LANCHO, José M., “El laberinto del Galeón San José”, *Diario del Derecho*, Estudios y comentarios, Iustel, 27/02/2020, https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1195447 (última consulta el 20 de octubre de 2020).
- LARTER, David B., “5 Things You Should Know about the US Navy’s Plans for Autonomous Missile Boats” (*Defence News*, 14 January 2020), <https://www.defensenews.com/digital-show-dailies/surface-navy-association/2020/01/13/heres-5-things-you-should-know-about-the-us-navys-plans-for-big-autonomous-missile-boats/> (consultada por última vez el 16 de julio de 2020).
- “Lista Oficial de Buques de la Armada 2018”, <http://www.armada.mde.es/mardigital/documentos-institucionales/LOBA2018.pdf> (última consulta en mayo de 2020).

- MALAKOFF, D., “Q&A: China Just Seized a Research Robot from a U.S. Navy Ship. What Was it Doing?”, SCIENCE, Dec. 16, 2016, <https://www.sciencemag.org/news/2016/12/qa-china-just-seized-research-robot-us-navy-ship-what-was-it-doing> (última consulta en Julio de 2020).
- MICHEL, J; GILBERT, T; WALDRON, J; BLOCKSIDGE, C T; ETKIN, D S y URBAN, R., “Potentially Polluting Wrecks in Marine Waters”, *An Issue Paper Prepared for the 2005 International Oil Spill Conference*, 2005, https://portal.helcom.fi/meetings/SUBMERGED%2005-2016-377/Related%20Information/Potentially%20Polluting%20Wrecks%20in%20Marine%20Water_Michel_et_al_2005.pdf (última consulta en diciembre de 2020).
- MIHNEVA-NATOVA, A., “The Relationship between United Nations Convention on the Law of the Sea and the IMO Conventions”, Paper within the Framework of The United Nations and The Nippon Foundation of Japan Fellowship, 2005, disponible en: https://www.un.org/Depts/los/nippon/unnff_programme_home/fellows_pages/fellows_papers/natova_0506_bulgaria.pdf (última consulta en diciembre de 2019).
- NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, “Strategic importance of, and dependence on, undersea cables”, November 2019, <https://ccdcoe.org/uploads/2019/11/Undersea-cables-Final-NOV-2019.pdf> (último acceso el 18 de enero de 2021).
- Parlamento Europeo, Resolución bajo la rúbrica de “Solicitudes transfronterizas de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y de guerras” de 17 de enero de 2019, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2019-0037+0+DOC+PDF+Vo//ES>.
- Proliferation Security Initiative, Endorsing States List (2 April 2019) disponible en <https://www.psi-online.info/psi-info-en/botshaft/-/2205942>.

RODRÍGUEZ, F., “Rusia pone en servicio su primer reactor nuclear flotante en el Ártico”, diario El País, 23 de agosto de 2019, https://elpais.com/internacional/2019/08/22/actualidad/1566495031_273311.html (última consulta el 20 de febrero de 2020).

“Rusia apuesta por el Ártico con la instalación de una base militar” en Galaxia Militar (Información de Defensa y Actualidad Militar), 5 de abril de 2019 (disponible en <http://galaxiamilitar.es/rusia-apuesta-por-el-artico-con-la-instalacion-de-una-base-militar/>, consultada por última vez el 18 de marzo de 2020).

RYNGAERT, C., “Functional immunity of foreign State officials in respect of international crimes before the Hague District Court: A regressive interpretation of progressive international law” en *Blog of the European Journal of International Law*, March 2, 2020, disponible en <https://www.ejiltalk.org/functional-immunity-of-foreign-state-officials-in-respect-of-international-crimes-before-the-hague-district-court-a-regressive-interpretation-of-progressive-international-law/?fbclid=IwAR2nyvjtHe6FdoHaogJmoiHOje9AD4Aoup8vulTIVwVX5u2vwoyPwzxq4lM> (última consulta en abril de 2020).

SÁNCHEZ, E., “Europa rastrea sus mares en busca de metales estratégicos”, *El País*, 31 diciembre 2018 (https://elpais.com/sociedad/2018/12/30/actualidad/1546190303_868371.html, consultada por última vez en febrero de 2020).

SANZ FERNÁNDEZ, J., “Los barcos de guerra en forma de dron ya son una realidad”, diario El país, 12 de febrero de 2018, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/02/12/motor/1518431931_513835.html (última visita en febrero de 2020).

SECHRIST, M., CYBERSPACE IN DEEP WATER: Protecting Undersea Communication Cables By Creating an International Public-Private Partnership. Harvard Kennedy School, 2010, disponible en https://www.belfercenter.org/sites/default/files/legacy/files/PAE_final_draft_-_043010.pdf (última consulta el 18 de enero de 2021).

Secretary Michael R. Pompeo, *Remarks to the Silicon Valley Leadership Group: “Technology and the China Security Challenge”*, Commonwealth Club, San Francisco, California, January 13, 2020 (<https://www.state.gov/silicon-valley-and-national-security/>, última consulta en febrero de 2020).

- STAALESEN, A., “Moscow adopts 15-year grand plan for Northern Sea Route”, *The Barents Observer*, 31 de diciembre de 2019 (disponible en <https://thebarentsobserver.com/en/arctic/2019/12/moscow-adopts-15-year-grand-plan-northern-sea-route>, última consulta el 16 de marzo de 2020).
- TODOROV, A., “Where does the Northern Sea Route Lead To?” en *Russian International Affairs Council*, March 18, 2019. Disponible en <https://russiancouncil.ru/en/analytics-and-comments/analytics/where-does-the-northern-sea-route-lead-to/> (consultada por última vez el 18 de marzo de 2020).
- TREVES, T., “Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar de 1958”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, (http://legal.un.org/avl/pdf/ha/gclos/gclos_s.pdf, última consulta en abril de 2020).
- TURNER, J., “Sea Hunter: Inside the US Navy’s Autonomous Submarine Tracking Vessel” (*Naval Technology*, 3 May 2018), <https://www.naval-technology.com/features/sea-hunter-inside-us-navys-autonomous-submarine-tracking-vessel/> (consultada por última vez el 16 de julio de 2020).
- US Department of Defense, “Statement by Pentagon Press Secretary Peter Cook on Return Of U.S. Navy UUV”, December 19, 2016, <https://www.defense.gov/Newsroom/Releases/Release/Article/1034224/statement-by-pentagon-press-secretary-peter-cook-on-return-of-us-navy-uuv/> (consultada por última vez el 6 de mayo de 2020).
- U. S. Navy, *The Navy Unmanned Undersea Vehicle (UUV) Master Plan* (Nov. 9, 2004), disponible en <http://www.navy.mil/navydata/technology/uuvmpp.pdf> (última visita el 15 de abril de 2020); U.S. Navy, *The Navy Unmanned Surface Vehicle (USV) Master Plan* (July 23, 2007), <https://www.navy.mil/navydata/technology/usvmppr.pdf> (última consulta abril 2020).
- VALENCIA, Mark J., “The US-China Underwater Drone Incident: Parsing the Legal Aspects”, *IPP Review*, January 10, 2017, <http://ippreview.com/index.php/Home/Blog/single/id/325.html> (consultado por última vez en mayo de 2020).

- VALENCIA, Mark J., “US-China Underwater Drone Incident: Legal Grey Areas”, *THE DIPLOMAT*, Jan. 11, 2017, <https://thediplomat.com/2017/01/us-china-underwater-drone-incident-legal-grey-areas/> (última consulta el 8 de mayo de 2020).
- WERNER, B., “VIDEO: Houthis Forces Capture U.S. Navy Unmanned Underwater Vehicle Off Yemen” *USNI NEWS* (Jan. 3, 2018, 2:24 PM), <https://news.usni.org/2018/01/03/houthi-rebels-find-likely-u-s-navy-unmanned-underwater-vehicle> (última consulta mayo de 2020).
- WILLIAMSON, J., “Xtera To Build DoD Caribbean Subsea Cable Network”, *Optical Connections News*, September 29, 2017, disponible en <https://opticalconnectionsnews.com/2017/09/xtera-build-dod-caribbean-subsea-cable-network/> (última consulta el 26 de enero de 2021).

