

RÉGIMEN COMUNITARIO DE LA CONTAMINACIÓN POR DESCARGAS PROCEDENTES DE BUQUES: LA RELACIÓN CON LAS NORMAS INTERNACIONALES Y LA SENTENCIA DEL TJCE SOBRE EL ASUNTO *INTERTANKO*

JESÚS GONZÁLEZ GIMÉNEZ*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTAMINACIÓN POR DESCARGAS PROCEDENTES DE BUQUES.
 1. NORMAS INTERNACIONALES.
 2. NORMAS COMUNITARIAS.
 3. ¿INCORPORACIÓN O INCOMPATIBILIDAD?
- III. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR Y EL CONVENIO MARPOL 73/78 COMO PARÁMETROS DE VALIDEZ DEL DERECHO COMUNITARIO.
- IV. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El desastre ecológico provocado por el naufragio en noviembre de 2002 del buque subestándar *Prestige*¹ trajo consigo, entre otras consecuencias, que

* Doctor, Profesor Colaborador de Derecho Internacional Público. Universidad de Almería, España.

¹ Los buques subestándar son aquellos que «por sus deficiencias de construcción, estado de conservación, dotación o equipo no cumplen las normas internacionales sobre seguridad marítima y, por ello, suponen un riesgo evidente para el litoral y sus recursos vivos, poniéndose así de manifiesto la íntima relación que existe entre la seguridad de la navegación y la protección del medio marino», en PUEYO LOSA, J.; LIROLA DELGADO, I.; JORGE URBINA, J.: «En torno a la revisión del régimen jurídico internacional de seguridad marítima

en el seno de la Unión Europea se acabara de perder la fe en la eficacia práctica, cuando menos, del régimen jurídico internacional establecido para luchar contra las descargas, tanto operativas como accidentales², de sustancias contaminantes procedentes de buques en el medio marino³. Como es bien sabido, las normas internacionales relativas a la protección del medio marino encuentran su pilar fundamental en la Parte XII de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (en adelante, Convención NUDM)⁴, la cual, además de fijar los principios generales en este sector, funciona como norma de referencia, pues distribuye entre la acción legislativa estatal y la convencional de ámbito universal o regional la labor de dotar de contenido preciso a

y protección del medio marino a la luz del accidente del *Prestige*», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, 2003-1, p. 44. Estos mismos autores entienden que el *Prestige* era un buque subestándar puesto que se trataba de «un buque con pabellón de conveniencia, antiguo, con un mantenimiento dudoso, una dedicación a actividades susceptibles de causar un deterioro irreparable, una tripulación probablemente de escasa formación, y en cuya gestión participaban múltiples intermediarios de difícil identificación», *ibídem*, p. 48. Los hechos, más de seis años después, son bien conocidos (aunque no exentos de polémicas interpretaciones, como ponen de manifiesto recientes decisiones judiciales españolas), por lo que me remito al resumen descrito por JUSTE RUIZ en «El accidente del *Prestige* y el Derecho Internacional: de la prevención fallida a la reparación insuficiente», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, 2003-1, p. 16.

² Según el art. 2.3 del Convenio Marpol 73/78 por descarga «en relación con las sustancias perjudiciales o con efluentes que contengan tales sustancias, se entiende cualquier derrame procedente de un buque por cualquier causa y comprende todo tipo de escape, evacuación, rebose, fuga, achique, emisión o vaciamiento». Una descarga operativa es fruto de las actividades normales de un buque, mientras que una descarga accidental se produce en el supuesto de derrame de las materias transportadas a bordo del buque en caso de siniestro (en JUSTE RUIZ, J.: *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 142).

³ Realmente, el régimen jurídico internacional relativo al transporte marítimo, como señala SOBRINO HEREDIA con acierto, se ve «impotente para frenar ciertas prácticas comerciales y jurídicas que lo han contorneado de manera cada vez más ingeniosa a la búsqueda de un mayor provecho económico. Estas prácticas han mostrado, en toda su crudeza, las lagunas y debilidades de la normativa internacional, su deficiente y poco homogénea aplicación, la insuficiente vigilancia y control de esta aplicación y las diferencias existentes en cuanto a su interpretación por los países más directamente implicados», en «La acción de la Unión Europea en materia de seguridad marítima», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, 2003-1, p. 80. En el mismo sentido de criticar la ineficacia de las reglas internacionales para prevenir accidentes como el del buque *Prestige*, al permitir que se genere un riesgo excesivo en el desarrollo del transporte de este tipo de sustancias peligrosas, véase JUSTE RUIZ, J.: *Loc. cit.*, pp. 16-17.

⁴ Véase la Convención NUDM en el *BOE*. n.º 39, de 14 de febrero de 1997.

aquellos principios y obligaciones⁵. Concretamente, en relación con las descargas de sustancias contaminantes procedentes de buques, la Parte XII de la Convención NUDM establece la obligación de elaborar unos estándares internacionales que regulen con detalle dichas descargas, objetivo ya cumplido por efecto del *Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques* (en adelante, Convenio Marpol 73/78)⁶. Aunque la Comunidad Europea (la Comunidad, en adelante) no es parte de este último instrumento internacional, sí lo es de la Convención NUDM, por lo que, en el caso de adoptar aquélla disposiciones sobre esta materia, al menos debería respetar los márgenes de discrecionalidad permitidos por la Convención NUDM respecto de los estándares internacionales regulados por el Convenio Marpol 73/78. Bajo esta premisa, entendida quizás al mismo tiempo como rumbo a seguir y como obstáculo a superar, se decidió activar la base jurídica del artículo 80.2 CE para que la Comunidad, en el marco competencial de los transportes por vía marítima, adoptara disposiciones que, si bien incorporaban muchos aspectos de las reglas internacionales, buscaban incrementar su rigor y eficacia.

La norma comunitaria resultado de esta iniciativa está redactada de tal manera que, por forzadas que resulten, admite dos lecturas, pues cabría afirmar que se circunscribe a incorporar las reglas internacionales sobre la materia, si acaso con una versión mejorada y más eficaz de la misma; pero también puede sostenerse que la primera supone una reformulación simplemente distinta y más severa de las segundas, una trasgresión, en realidad, de ellas. En esta última opinión era previsible que coincidieran importantes sociedades representativas de variadas facetas de la industria del transporte internacional por vía marítima, agrupadas, al efecto, en una coalición encabezada por Intertanko⁷; y también que buscaran el modo de desactivar la iniciativa comunitaria, para preservar así una aplicación global y homogénea de las normas internacionales. Con esta idea, iniciaron ante los tribunales británicos un proceso

⁵ Acerca de la estructura de la Convención NUDM y de las características generales de las reglas relativas a la protección del medio marino, véase DUPUY, P.-M. y RÉMOND-GUILLOUD, M.: «The preservation of the marine environment», en DUPUY, R.-J. y VIGNES, D. (ed.): *A Handbook on the new Law of the Sea*, vol. 2, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1991, pp. 1.190-1.194.

⁶ El Convenio Marpol 73/78 puede consultarse en el *BOE*, n.º 249 y n.º 250, de 17 y 18 de octubre de 1984, respectivamente.

⁷ *The International Association of Independent Tanker Owners* (Intertanko), que representa al 80 % de la flota mundial de petroleros. La coalición queda completada por *The International Association of Dry Cargo Shipowners* (Intercargo), *The Greek Shipping Cooperation Committee*, *Lloyd's Register* y *The International Salvage Union*.

cuyo objetivo era excitar el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de una cuestión prejudicial de apreciación de validez de determinados artículos de la norma comunitaria, dada su incompatibilidad con la Convención NUDM y el Convenio Marpol 73/78, instrumentos que, de una forma u otra, consideraban que vinculan a la Comunidad.

Con su sentencia sobre este asunto⁸, el TJCE no sólo ha mantenido en la más completa oscuridad la cuestión que le fue llevada, esto es, la discutida conformidad de la norma comunitaria con las normas internacionales; sino que además el argumento utilizado para esa salida por la tangente consistió en negar, sobre todo a la Convención NUDM, la capacidad de ser parámetro de validez de la norma comunitaria. De esta forma, resultan ser dos los focos de atención de este trabajo. Por un lado, y principalmente, aportar una opinión razonada sobre el fondo del asunto y así, al margen del silencio del Tribunal, poder especular acerca del punto hasta el que la norma comunitaria quiebra la homogeneidad, que no siempre eficacia, de los estándares internacionales sobre descargas. Por otro, comentar los argumentos esgrimidos por el Tribunal para negar la eficacia directa de la Convención NUDM y también, aunque sea por referencia, del Convenio Marpol 73/78, de manera que, según entiende el TJCE, no pueden ser utilizados como parámetros de validez de las normas institucionales de derecho comunitario.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTAMINACIÓN POR DESCARGAS PROCEDENTES DE BUQUES

1. NORMAS INTERNACIONALES

Los aspectos que para este trabajo presentan mayor interés del régimen jurídico internacional relativo a la contaminación por descargas procedentes de buques consisten en su articulación competencial y su modelo de producción normativa⁹. Con el objetivo de prevenir, reducir y controlar esta fuente de contaminación, los Estados crearon y siguen modulando una variada gama de normas convencionales, las cuales, debido a su amplia aceptación y al re-

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de junio de 2008, *Intertanko et al/ Secretary of State for Transport*, C-308/06, *Rec.* p. I-4057.

⁹ Es evidente que, a los efectos de este trabajo, interesa el régimen internacional de las descargas en la medida en que se ve afectado o comparte aspectos regulados con las normas comunitarias. Por lo tanto, aquí no se va a proceder a una exposición completa del régimen internacional de las descargas.

conocimiento que en tal sentido han recibido de la Convención NUDM, cumplan la función de estándares internacionales. A su vez, estos estándares internacionales actúan de distinto modo sobre la competencia legislativa de cada Estado: en unos casos ejercen de contenido mínimo, en otros constituyen su límite máximo y, por fin, también se convierten en el modelo simplemente a incorporar. A este respecto, los poderes de cada Estado son el resultado del equilibrio buscado entre las tres situaciones relevantes que pueden ocupar, esto es, la del Estado del pabellón, ribereño o del puerto¹⁰. Por tanto, los dos aspectos que de las normas internacionales sobre contaminación por descargas conviene exponer son el contenido de esos estándares internacionales y su relación con la competencia legislativa atribuida a cada Estado dependiendo de la condición que ostente.

La principal norma multilateral que contiene los estándares internacionales relevantes al caso es el *Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques*, firmado en Londres en 1973 y modificado mediante un Protocolo de 1978 para formar un nuevo instrumento unitario conocido como el Convenio Marpol 73/78¹¹, el cual nació en el marco de la Organiza-

¹⁰ Acerca del planteamiento general expuesto del régimen jurídico internacional sobre la contaminación por descargas procedentes de buques puede consultarse CHURCHILL, R. R. y LOWE, A. W.: *The Law of the Sea*, 3ª ed., Manchester University Press, 1999, pp. 337-348; BIRNIE, P. y BOYLE, A.: *International Law and the Environment*, 2ª ed., Oxford University Press, 2002, pp. 347-370; BOYLE, A.: «Marine pollution under the Law of the Sea Convention», *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, pp. 351-357; VALENZUELA, M.: «Enforcing rules against vessel-source degradation of the marine environment: coastal, flag and port State jurisdiction», en VIDAS, D. y ØSTRENG, W. (ed.): *Order for the Oceans at the turn of the Century*, Kluwer, La Haya, 1999, pp. 485-497; JUSTE RUIZ, J.: *Op. cit.*, pp. 140-145 y *loc. cit.*, pp. 17-21.

¹¹ Entró en vigor, con carácter general, en octubre de 1983. El Convenio Marpol 73/78 es, pues, una combinación de dos tratados, revisados frecuentemente desde su adopción, dedicado a prevenir la contaminación del medio marino desde barcos por causas operacionales o accidentales. Para tal fin, incluye seis anexos en los que se enuncian reglas detalladas sobre la manipulación a bordo y la descarga de otros tantos grupos de sustancias perjudiciales: Anexo I, referido a hidrocarburos; Anexo II, sustancias nocivas líquidas; Anexo III, sustancias perjudiciales transportadas en bultos; Anexo IV, aguas sucias; Anexo V, basuras; Anexo VI, contaminación atmosférica. Todo Estado parte del Convenio Marpol 73/78 lo es, a su vez y de manera obligatoria, de los anexos I y II, que son, precisamente, los implicados en este asunto y de los que daremos noticia. El resto son anexos facultativos (según el art. 14 del Convenio Marpol 73/78). Otro detalle importante es que este conjunto de convenios y anexos sólo está abierto a la participación de Estados. A 31 de marzo de 2009, 149 Estados son parte del Convenio Marpol 73/78 y de sus anexos I y II, cuyas flotas mercantes combinadas representan el 99 % del tonelaje bruto de la flota mercante mundial (v. <http://www.imo.org>).

ción Marítima Internacional (OMI) y bajo el impulso dado por la Conferencia de Estocolmo de 1972 sobre el medio humano para hacer frente al reto que suponía un cada vez más evolucionado, extendido y, por tanto, también potencialmente peligroso transporte marítimo de hidrocarburos¹².

A los efectos de prevenir la contaminación marina resultante del transporte de ésa y otras sustancias nocivas líquidas, el Convenio Marpol 73/78 establece en sus anexos I y II, respectivamente, una serie de detalladas medidas técnicas¹³. En uno y otro caso, el punto de partida consiste en prohibir las descargas operacionales de estos tipos de sustancias, salvo que dichas descargas se efectúen en las condiciones que se especifican detalladamente para cada categoría de sustancia, clase de buque o zona de descarga¹⁴. Lo verdaderamente trascendental para este asunto reside en la regulación que de las descargas accidentales llevan a cabo, de manera idéntica, los dos anexos, pues se configuran como un supuesto excepcional en el que no serán aplicables las reglas para descargas operacionales. En concreto, existen tres situaciones en las que una descarga accidental queda permitida: cuando está en peligro la seguridad del buque o de las personas; en caso de producirse una avería; y aquella descarga empleada para combatir casos determinados de contaminación¹⁵. Deben retenerse dos datos de la segunda excepción, esto es, sólo será

¹² Ideas desarrolladas en BIRNIE, P. y BOYLE, A.: *Op. cit.*, p. 348; y JUSTE RUIZ, J.: *Op. cit.*, p. 141.

¹³ Ambos anexos fueron enmendados en 2004. Con su nuevo contenido, por cierto, mejor estructurado, entraron en vigor el 1 de enero de 2007 (*BOE*, n.º 38, de 13 de febrero de 2007). Las reglas que en este asunto son de aplicación han sufrido meros cambios epidérmicos y semánticos, más allá de una nueva numeración que en cada caso será mencionada al menos la primera vez que se haga referencia a ellas. En lo sucesivo, indicaré la antigua numeración para evitar confusiones, puesto que la Directiva comunitaria que luego ocupará un papel central en este trabajo, las Conclusiones del Abogado General y la Sentencia del Tribunal en el asunto *Intertanko* se refieren exclusivamente a esa numeración antigua.

¹⁴ En el anexo I son las reglas 9 y 10 (las actuales reglas 15 y 34); en el anexo II son las reglas 3 y 5 (las actuales reglas 6 y 13). En todos estos casos se han producido cambios en la estructura y contenido de las reglas. Se trata, en cualquier caso, de evitar que los petroleros tengan la necesidad de limpiar sus tanques vertiendo los residuos resultantes al mar, aportando soluciones técnicas y facilidades en los puertos (cfr. BIRNIE, P. y BOYLE, A.: *Op. cit.*, p. 359). No es necesario, a los efectos del asunto *Intertanko*, conocer en profundidad ni la letra original ni la reformada de estas reglas.

¹⁵ Conviene leer con detalle el contenido de estas reglas. Son las reglas 11 del anexo I y 6 del anexo II, las cuales, eliminando los párrafos que se refieren al tipo de sustancia que regula cada una, dicen así:

«Las reglas (...) [se refiere a las que regulan las descargas operacionales] no se aplicarán:

relevante en caso de avería la actuación del propietario del buque o del capitán; y el criterio de imputación de la responsabilidad exige la intencionalidad o la imprudencia temeraria, concretada en una actuación a sabiendas de que con toda probabilidad iba a producirse la avería.

Una vez conocido el contenido de los estándares internacionales que regulan las descargas, corresponde ponerlos en relación con la Convención NUDM, cuya Parte XII opera en materia de descargas a modo de marco jurídico general que incorpora por referencia los estándares diseñados, entre otros instrumentos, por el Convenio Marpol 73/78¹⁶. En concreto, la

a) a la descarga en el mar (...) para proteger la seguridad del buque o para salvar vidas en el mar;

b) a la descarga en el mar (...) resultante de averías sufridas por un buque o por sus equipos: i) siempre que después de producirse la avería o de descubrirse la descarga se hubieran tomado toda suerte de precauciones razonables para atajar o reducir a un mínimo tal descarga, y ii) salvo que el propietario o el capitán hayan actuado ya sea con la intención de causar la avería, o con imprudencia temeraria y a sabiendas de que con toda probabilidad iba a producirse una avería;

c) a la descarga en el mar (...) previamente aprobada por la administración del Estado de abanderamiento, cuando sean empleadas para combatir casos concretos de contaminación a fin de reducir los daños resultantes de tal contaminación. Toda descarga de esta índole quedará sujeta a la aprobación de cualquier gobierno con jurisdicción en la zona donde se tenga intención de efectuar la descarga».

Con las enmiendas de 2004, esta excepción de la regla 11 del anexo I ha pasado a ser la regla 4, que mantiene el mismo tenor literal que la anterior. Sin embargo, la nueva regla 3 del anexo II (que modifica la antigua regla 6) contiene cambios de mejora gramatical que no alteran el sentido de la disposición, salvo en un pequeño detalle que no puede ser casual: según la antigua regla 6, cuando se producía una avería, quedaba permitida la descarga, entre otras cosas, excepto si el propietario o el capitán actuaron con imprudencia temeraria y a sabiendas de que con toda probabilidad iba a producirse la avería. La nueva regla 3 dice: «(...) a sabiendas de que probablemente se produciría una avería». Al contrario de la tendencia que impulsa la Comunidad de endurecer las condiciones en las que se permite una descarga resultante de una avería, el nuevo anexo II sin duda relaja un tanto esas condiciones con este sutil cambio.

¹⁶ Así, la Convención NUDM no tuvo la necesidad de entrar en esas complejas y técnicas cuestiones, centrándose en la determinación de las competencias, derechos y obligaciones de los tres tipos de Estados con interés prioritario en cuestión de descargas, que son el del pabellón, el ribereño y el del puerto. Cfr. CHURCHILL, R. R. y LOWE, A. V.: *Op. cit.*, pp. 337-338. Como señala JUSTE RUIZ, la Convención NUDM trata de llegar a una relación de intereses equilibrada entre, fundamentalmente, el Estado del pabellón y el ribereño, pese a lo cual no deja de favorecer los derechos de la navegación propios de los Estados del pabellón frente a los derechos de protección de los Estados costeros. En este contexto se encuadra la Parte XII de la Convención NUDM, que «se limita esencialmente a determinar las obliga-

determinación de los límites materiales y espaciales de la competencia legislativa estatal en relación con los estándares internacionales viene establecida en el artículo 211 Convención NUDM, donde se señala la obligación primordial por parte de los Estados de generar y perfeccionar esos estándares internacionales¹⁷.

A partir de esta premisa, la Convención NUDM establece «un complicado régimen de competencias concurrentes»¹⁸, en virtud del cual comienza reconociendo al Estado del pabellón su tradicional competencia normativa sobre los buques que enarbolan su pabellón, aunque, eso sí, condicionada a producir, como mínimo, el mismo efecto que los estándares internacionales¹⁹. En cuanto a las competencias legislativas tanto del Estado ribereño como del Estado del puerto²⁰, los estándares internacionales pueden ser

ciones generales de los Estados con respecto a la protección y preservación del medio marino y a delimitar sus competencias normativas y ejecutivas en esta materia, en los diversos espacios marinos. La Parte XII de la Convención no contiene, pues, reglas específicas relativas a los estándares técnicos aplicables a las distintas fuentes de contaminación, ya que su propósito es sobre todo incorporar (por referencia) las disposiciones materiales de los Convenios existentes y propiciar el desarrollo de nuevas reglas convencionales adaptadas a la evolución de la situación ambiental del medio marino», en *loc. cit.*, pp. 18-19.

¹⁷ Se trata del art. 211.1 Convención NUDM, por el que «los Estados, actuando por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general, establecerán reglas y estándares de carácter internacional para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques (...) Tales reglas y estándares serán reexaminados del mismo modo con la periodicidad necesaria».

¹⁸ En expresión de JUSTE RUIZ en *op. cit.*, p. 167.

¹⁹ Este es el sentido del art. 211.2 Convención NUDM, que señala que «los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques que enarbolan su pabellón o estén matriculados en su territorio. Tales leyes y reglamentos tendrán por lo menos el mismo efecto que las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados que se hayan establecido por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general». Nada impide, por tanto, que un Estado introduzca un contenido más riguroso en las normas aplicables a los buques que enarbolan su pabellón. Este estándar mínimo tiene la virtud, en opinión de BOYLE, de dotar de contenido y efectividad a la acción reglamentaria estatal, al tiempo que ayuda a conseguir una cierta y aconsejable uniformidad (en *loc. cit.*, pp. 352-353). Sin embargo, JUSTE RUIZ acierta al indicar que, lamentablemente, la práctica internacional demuestra que el grado de cumplimiento de esta obligación normativa varía notablemente de unos Estados a otros, siendo, en particular, muy deficiente su aplicación por parte de aquellos Estados que otorgan los llamados pabellones de complacencia (en *loc. cit.*, pp. 19-20).

²⁰ De «acción residual» califica JUSTE RUIZ estas competencias (*ibidem*, p. 20), si bien hay quien prefiere ver el vaso medio lleno, como BOYLE, al señalar que la Convención NUDM redistribuye y redefine el balance de poderes legislativos que existía hasta entonces

completamente ignorados por las reglas que cada Estado fije en relación con la entrada a sus puertos o a la navegación por sus aguas interiores y su mar territorial de los buques extranjeros²¹. Por el contrario, la acción normativa del Estado ribereño destinada a los buques extranjeros sí está sujeta a los estándares internacionales cuando se trata de su zona económica exclusiva²² o si resulta ser ribereño de un estrecho utilizado para la navegación internacional²³. En estos casos, las normas estatales deben limitarse a ser conformes y a llevar a efecto a las reglas y estándares internacionales²⁴.

entre los Estados del pabellón y el ribereño, hasta cierto punto incrementando los poderes del último a expensas del primero (*ibídem*, p. 352).

²¹ Art. 211, apartados 3 y 4, Convención NUDM, donde no hay ninguna referencia a las reglas y estándares internacionales, de manera que el Estado del puerto o el ribereño en sus aguas interiores o su mar territorial podrá establecer reglas propias que superen, relajen o imiten, a voluntad, los estándares internacionales. Ahora bien, esto no quiere decir que el Estado ribereño sea plenamente libre a la hora de elaborar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques extranjeros cuando se encuentren en su mar territorial, ya que, en virtud del art. 211.4 Convención NUDM, tales leyes y reglamentos no deberán obstaculizar el derecho al paso inocente de los buques extranjeros. En este sentido, el art. 21 Convención NUDM obliga a los buques que ejerzan el paso inocente a respetar las normas del Estado ribereño dictadas sobre prevención de la contaminación. Ahora bien, según se desprende del art. 19.2.h) Convención NUDM, a los efectos de considerar que el paso ha dejado de ser inocente, dichas normas sólo podrán prohibir los actos de contaminación intencional y grave en su mar territorial contrarios a la Convención.

²² Art. 211.5 Convención NUDM. En el apartado 6 se permite que el Estado ribereño dicte para determinadas áreas especiales de su zona económica exclusiva leyes y reglamentos que apliquen reglas y estándares internacionales apropiados a esas áreas.

²³ Según el art. 39.2.b) Convención NUDM, durante el paso en tránsito los buques cumplirán las reglas y prácticas internacionales generalmente aceptadas para la prevención de la contaminación causada por buques. Es en el art. 42.1.b) Convención NUDM donde se refleja la capacidad del Estado ribereño del estrecho utilizado para la navegación internacional para dictar normas relativas al paso en tránsito respecto a la prevención de la contaminación, siempre que lleven a efecto los estándares internacionales.

²⁴ Configurando así estas reglas y estándares internacionales, en palabras de JUSTE RUIZ, «un umbral máximo que el Estado costero no puede superar» (en *op. cit.*, p. 168). Como es lógico, la intención de fijar en los estrechos y en la zona económica exclusiva los estándares internacionales como, en expresión de BOYLE, un «máximo estándar normativo» busca proteger a los buques extranjeros de posibles abusos y de la imposición de condiciones excesivamente gravosas (en *loc. cit.*, pp. 352-353).

2. NORMAS COMUNITARIAS

La avería y posterior naufragio de dos buques en un plazo de tres años, el *Prestige* y el *Erika*, fue el detonante que impelió a la Comunidad a luchar decididamente contra la contaminación por descargas procedentes de buques²⁵. Teniendo presente que todos los Estados miembros eran parte del Convenio Marpol 73/78 y de sus anexos I y II, al tiempo que la Comunidad no gozaba de tal estatus, la Comisión estimaba que, no obstante, se daban las circunstancias necesarias para abordar el problema de esta clase de contaminación desde el plano legislativo comunitario²⁶. Después de un largo, complejo y polémico procedimiento legislativo, aún pendiente de una reformulación definitiva²⁷, fue aprobada la Directiva 2005/35/CE del Parla-

²⁵ Pocos días después del naufragio en noviembre de 2002 del *Prestige*, el Consejo Europeo de Copenhague de 12 y 13 de diciembre de 2002 declaró la determinación de la Unión Europea para tomar todo tipo de medidas encaminadas a evitar la repetición de este desagradable hecho (v. *Boletín UE* 12-2002, pp. I.11.33 y 34). Así, exigía que, sin retraso, se implementaran las conclusiones adoptadas por el Consejo de Transporte, Telecomunicaciones y Energía celebrado el 5 y 6 de diciembre de 2002, en las que el Consejo se congratulaba de la intención de la Comisión de presentar una propuesta que garantizara que toda persona que hubiera causado o contribuido a causar una descarga accidental por avería actuando con negligencia grave fuera sancionada (véase p. 33, conclusión 13 bis, de la sesión n.º 2472 del Consejo, documento 15121/02).

²⁶ La lista de petroleros naufragados cerca de las costas de los Estados miembros de la UE comienza a ser, desgraciadamente, bastante extensa. El transporte de petróleo por vía marítima se trata de un sector comercial que se encuentra en «un profundo proceso de fragmentación y opacidad, convirtiéndose en un complejo entramado donde es difícil descubrir los reales intereses financieros y quienes los detentan (...) En definitiva, un sector poco transparente, en el que con demasiada frecuencia la identidad de los responsables reales de cada buque petrolero se oculta tras empresas pantalla localizadas en paraísos fiscales». Todos estos factores se presentan aún con mayor intensidad en el transporte de fuel pesado, que era, precisamente, la carga tanto del *Erika* como del *Prestige*. Otro factor de riesgo añadido lo constituyen los pabellones de conveniencia y también los puertos de conveniencia. Este conjunto de procesos, riesgos y accidentes hizo necesaria y urgente «una respuesta jurídica desde la UE (...) con la finalidad de mejorar el sistema de control de seguridad del transporte de petróleo y crear, al menos, a escala europea, un entorno marítimo más seguro», en SOBRIÑO HEREDIA, J. M.: *Loc. cit.*, pp. 80-81.

²⁷ En el documento *COM (2003) 92 final*, de 5 de marzo de 2003, la Comisión formula su propuesta de Directiva «sobre la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones, incluso de carácter penal, para los delitos de contaminación». En este documento, la Comisión considera necesario combatir con mayor dureza la contaminación no sólo resultante de desastres como el del *Prestige*, puesto que, al margen de la repercusión

mediática de ese tipo de descargas, la mayor parte de la contaminación por hidrocarburos procede de descargas operacionales y, por tanto, deliberadas, incluidas la limpieza de tanques y la evacuación de aceites de desecho. En cuanto a estas últimas, afirma la Comisión que la mayoría de ellas son ilegales en relación con el Convenio Marpol 73/8. El problema, por tanto, reside en defectos en la aplicación y el cumplimiento de este instrumento internacional, más que en su insuficiencia como tal. Reconoce que la actividad legislativa comunitaria ha suplido ya algunas de esas carencias, pero aún falta regular la infracción en sí misma, pues precisamente en este aspecto es donde la legislación y la práctica de los Estados miembros presenta mayores diferencias y puertas de atrás por donde se escabullen posibles responsables. En vista de todo esto, la propuesta de la Comisión consta de dos medidas: en primer lugar, incorporar a la legislación comunitaria la normativa internacional sobre el particular y regular nuevos e importantes aspectos en su aplicación. En segundo lugar, dejar claro que las infracciones de estas normas serán delitos penales. Con objeto de aumentar la eficacia de esta estrategia, la Comisión estimó conveniente complementar la propuesta de Directiva con medidas de cooperación judicial adoptadas en aplicación del título VI del TUE, de manera que en el documento *COM (2003) 227 final*, de 2 de mayo de 2003, la Comisión presentó su propuesta de decisión marco «destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques». De esta forma, con la Directiva se establecería que la contaminación procedente de buques debería considerarse un delito sujeto a sanciones penales (incluyendo disposiciones sobre la naturaleza y el tipo de sanciones) y con la decisión marco se propondría la aproximación de los niveles de las sanciones penales. La evolución de ambas propuestas no fue fácil, pues la Comisión entendía que el art. 80.2 CE constituía base jurídica suficiente para que su propuesta de Directiva incluyera la obligación de que los Estados miembros prescribieran sanciones penales, pues, aunque la Comunidad no goza expresamente de competencias en el ámbito penal, en la medida en que sea necesario para el logro de objetivos comunitarios puede trasladar a los Estados miembros una obligación semejante (v. documento *COM (2003) 92 final*, p. 5). Por su parte, el Consejo expresa reiteradamente su predisposición a considerar jurídicamente incorrecto que un instrumento comunitario haga referencia específica a sanciones penales, estimando más adecuado relegar los aspectos penales a una decisión marco basada en el tercer pilar (v. sesiones n.º 2531 del Consejo —Transporte, Telecomunicaciones y Energía— de 9 de octubre de 2003, p. 7, documento 12845/03; y n.º 2551 del Consejo —Transporte, Telecomunicaciones y Energía— de 5 de diciembre de 2003, p. 6, documento 15101/03). De hecho, el Consejo acabó aprobando un acuerdo político en el que se adoptaba una posición común con vistas a la adopción de la Directiva, donde manifestaba su deseo, en contra del parecer de la Comisión, de no hacer obligatorio en este instrumento el establecimiento de un régimen de sanciones de carácter penal en esta materia. Esta posición común suponía despojar a la Directiva de toda referencia a la naturaleza de las sanciones, e incluir así en la decisión marco las normas mínimas sobre la naturaleza, el tipo y los niveles de sanciones penales para su armonización (v. sesión n.º 2589 del Consejo —Transporte, Telecomunicaciones y Energía— de 10 de junio de 2004, en *Boletín UE* 6-2004, p. 1.4.61; y Posición Común (CE) n.º 3/2005, aprobada por el Consejo el 7 de octubre de 2004, *DOUE* C 25 E, de 1 de febrero de 2005, pp. 29-40). Aunque no estaban de acuerdo con la postura del Consejo, tanto la Comisión como el Parlamento decidieron apoyarla, para que la Directiva fuera aprobada con la mayor rapidez (v. *COM (2004) 676 final*, de 12 de octubre de 2004, pp. 3-4; y el docu-

mento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, «relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones» (en adelante, la directiva)²⁸.

Los elementos de mayor relevancia, a los efectos del asunto *Intertanko*, de la directiva se encuentran en su ámbito de aplicación, el régimen jurídico de las infracciones y sus excepciones. En primer lugar, la directiva establece un ámbito de aplicación, espacial y personal, tan amplio como pudiera imaginarse, pues tiene por objeto las descargas realizadas en las aguas interiores, mar territorial, estrechos utilizados para la navegación internacional y zona económica exclusiva de los Estados miembros, además de la alta mar; a lo cual se añade, desde un punto de vista personal,

mento A6-0015/2005, Comisión de Transportes y Turismo del Parlamento, de 31 de enero de 2005, pp. 16-19). Además de la Directiva, sobre la que daré todos los datos a continuación y cuyo procedimiento legislativo volverá a ser útil más adelante, se aprobó, por tanto, la Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques (*DOUE* L 255, de 30 de septiembre de 2005, pp. 164-167). Sin embargo, la Comisión seguía defendiendo la competencia comunitaria para imponer sanciones penales, al contrario que el Consejo, que rechazaba que se hubiera atribuido expresa o tácitamente dicha competencia a la Comunidad (v. CAMPINS ERITJA, M.: «La Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques y la coexistencia entre el primer y el tercer pilar del TUE», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 9, 2006, p. 5); por lo que presentó un recurso de anulación contra la decisión marco, animada sin duda por el sentido de la Sentencia de 13 de septiembre de 2005, *Comisión/Consejo*, C-176/03, Rec. p. I-7879, donde el Tribunal admitió ya que el legislador comunitario podía establecer medidas relativas al derecho penal. En la Sentencia de 23 de octubre de 2007, *Comisión/Consejo*, C-440/05, Rec. p. I-9097, el Tribunal anuló la decisión marco (sobre esta sentencia, puede consultarse SOBRINO PRIETO, M.: «Competencia penal para la represión de la contaminación de buques. Comentario a la Sentencia del TJCE de 23 de octubre de 2007 (Comisión c. Consejo, C-440/05)», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 16, 2008, 17 pp.). La Comisión ha presentado ya una propuesta de Directiva «por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones» (*COM (2008) 134 final*, de 11 de marzo de 2008), mediante la cual el contenido esencial de la decisión marco anulada, esto es, sus artículos relativos a la definición de la infracción delictiva y a la naturaleza de las sanciones, pasa a la Directiva sin modificar en otros aspectos el contenido de esta última más que en la sustitución del término «infracción» por «delito» y la introducción de la referencia a sanciones penales, siendo necesario insistir en que este lavado de cara a la Directiva no afecta a las cuestiones debatidas en este trabajo. En cualquier caso, merece la pena señalar que dicha propuesta ya ha recibido la aprobación tanto del Parlamento Europeo (en resolución legislativa de 5 de mayo de 2009) como del Consejo (en su formación de Justicia y Asuntos de Interior, dentro de la sesión de 4 de junio de 2009).

²⁸ *DOUE* L 255, 30.9.2005, pp. 11-21.

su aplicación a las descargas procedentes de todo buque, con independencia de su pabellón, excepto si se trata de buques de guerra²⁹.

En cuanto al régimen de infracciones, el principio básico de la directiva consiste en entender como tal toda descarga, tanto operacional como accidental, efectuada en cualquiera de las zonas especificadas en el artículo 3.1, si se comete de forma intencional, con imprudencia temeraria o negligencia grave³⁰. Las excepciones previstas a este principio general divergen en su contenido e intenciones en función de si se trata de una descarga producto de una avería o no. Así, cuando se trata de una descarga operacional o de una descarga accidental necesaria para proteger la seguridad del buque o salvar vidas, o si la descarga se emplea para combatir casos concretos de contaminación, no se considerarán infracciones en la medida en que se cumplan las excepciones previstas para estos casos en las reglas y estándares internacionales expresados en los anexos I y II del Convenio Marpol 73/78³¹. Tratándose de una descarga provocada por una avería y producida en las aguas interiores o mar territorial de un Estado miembro, no hay excepciones aplicables al principio general, de manera que se considerará infracción el comportamiento intencional, con imprudencia temeraria o negligencia grave de cualquier persona involucrada en la descarga. Pero si la descarga provocada por una avería tiene lugar en un estrecho o zona económica exclusiva bajo la jurisdicción de un Estado miembro, o también en alta mar, se aplica la excepción establecida en los anexos I y II del Convenio Marpol 73/78 para la descarga provocada por avería, si bien sólo al propietario del buque, al capitán o a la tripulación, cuando actúe bajo la responsabilidad del capitán, dejando al resto de personas físicas o jurídicas involucradas en la descarga sometidas al principio general de responsabilidad³².

²⁹ Art. 3 de la Directiva. Se debe puntualizar que la mención a los estrechos utilizados para la navegación internacional queda circunscrita a los sujetos al régimen de paso en tránsito de la Parte III, sección 2 de la Convención NUDM, en la medida, por tanto, en que un Estado miembro ejerza su jurisdicción sobre ese estrecho.

³⁰ Art. 4 de la Directiva.

³¹ Es el art. 5.1 de la Directiva, que dice así: «Las descargas de sustancias contaminantes realizadas en cualquiera de las zonas mencionadas en el artículo 3, apartado 1, no se considerarán infracciones siempre que cumplan las condiciones establecidas en las reglas 9, 10 y 11, letras a) y c), del anexo I, o en las reglas 5 y 6, letras a) y c), del anexo II del Convenio Marpol 73/78».

³² Se trata de la excepción contenida en el art. 5.2 de la Directiva: «Las descargas de sustancias contaminantes realizadas en las zonas mencionadas en el artículo 3, apartado 1,

3. ¿INCORPORACIÓN O INCOMPATIBILIDAD?

Como ya adelantaba en la introducción, al margen del innegable apoyo moral que merece, la directiva, estrictamente desde un punto de vista técnico-jurídico, es sospechosa de ir más allá de una mera incorporación de las normas internacionales que le deberían haber servido no sólo de guía sino también, hasta cierto punto, de límite. La cuestión reside en debatir si la lógica adaptación de los estándares internacionales que el proceso de incorporación al ordenamiento comunitario debe permitir, lesiona los márgenes de discrecionalidad atribuidos a la acción legislativa estatal, en este caso aplicable a la acción legislativa comunitaria, fijados por el artículo 211 Convención NUDM. Quiere esto decir, principalmente, que cuando la Convención NUDM obliga a que la acción legislativa estatal sea conforme y dé efecto a los estándares internacionales, transmite un mensaje claro: los Estados, y también en este caso la Comunidad, podrán dictar normas siempre que respeten los principios y criterios de lucha contra la contaminación contenidos en los estándares internacionales. De esta manera, irían en contra de la Convención NUDM aquellas normas internas que establecieran principios y criterios de lucha contra la contaminación más relajados y también más estrictos, por loable que fuera, en este segundo caso, la intención. Otra cosa bien distinta sucede cuando el artículo 211 Convención NUDM indica que la acción legislativa estatal deberá tener, por lo menos, el mismo efecto que los estándares internacionales. Es evidente que en este caso, sólo sería contraria a la Convención NUDM aquella norma estatal que estableciera principios o criterios más relajados que los contenidos en los estándares internacionales, estando permitido, por tanto, a cada Estado fijar unos principios y criterios de lucha contra la contaminación más duros que los contenidos en los estándares internacionales. Por último, hay otras situaciones en que la Convención NUDM permite que las normas estatales introduzcan los criterios de lucha contra la contaminación que cada cual considere oportunos, sin tener como referente, en ningún sentido, a los estándares internacionales.

letras c), d) y e), no se considerarán infracciones por parte del armador, del capitán del buque ni de la tripulación, cuando ésta actúe bajo la responsabilidad del capitán, siempre que cumplan las condiciones establecidas en la regla 11, letra b), del anexo I, o en la regla 6, letra b), del anexo II del Convenio Marpol 73/78». Para comprender mejor la intención subyacente de este enrevesado texto, puede acudir al comunicado de prensa de la sesión n.º 2589 del Consejo, ya citado, p. 11.

De este modo, hay que tener presente que, respecto a los buques que enarbolan el pabellón de alguno de los Estados miembros, la directiva puede establecer criterios de lucha contra la contaminación por descargas más rígidos y exigentes que los contenidos en los estándares internacionales. Para su aplicación a buques extranjeros cuando se encuentren en las aguas interiores, incluidos sus puertos, y el mar territorial de los Estados miembros, la directiva puede fijar los criterios que, libremente, considere oportunos³³. Ahora bien, para su aplicación a buques extranjeros cuando se encuentran en estrechos utilizados para la navegación internacional o zonas económicas exclusivas de los Estados miembros, y con mayor motivo cuando el buque extranjero se encuentra en alta mar, la directiva debe estar dentro de los márgenes, en cuanto a sus principios y criterios de responsabilidad, establecidos en los estándares internacionales.

Cuando la coalición encabezada por Intertanko inició en diciembre de 2005 ante la *High Court of Justice* de Londres un proceso cuyo objetivo mediato era que el TJCE declarara la invalidez de los artículos 4 y 5 de la directiva, el esquema que acabo de exponer estaba presente, si bien interpretado en un sentido bastante amplio, en su demanda y también acabó dando contenido a las cuestiones prejudiciales planteadas por el juez británico³⁴. En resumidas cuentas, se plantea si son conformes a los estándares

³³ Siempre que, como ya señalé en su momento, cuando se trate del mar territorial no se obstaculice el derecho al paso inocente.

³⁴ Técnicamente, la parte demandada era *The Secretary of State for Transport*. Los demandantes iniciaban su defensa asegurando que no intentaban obstruir la lucha jurídica contra la contaminación, ni mucho menos buscar una especie de «libertad para contaminar». Al ser parte importante de esta industria, que opera de manera global a través de los océanos, defienden la necesidad de unos estándares internacionales, no unilaterales, de protección; y tratan también de proteger los derechos de los marineros, amenazados, según su criterio, por esta nueva reglamentación (v. estos argumentos a través de la página web de Intertanko, www.intertanko.com). Concretamente, plantearon cuatro cuestiones ante *Mr. Justice Hodge*, quien las consideró, por lo general, bien fundadas (v. *Approved Judgment* [2006] EWHC 1577 (Admin.), de 30 de junio de 2006, ap. 34, 46, 53 y 60), por lo que en su resolución de 4 de julio de 2006 decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) En relación con los estrechos utilizados para la navegación internacional, con la zona económica exclusiva o zona equivalente de un Estado miembro y con la alta mar, ¿carece de validez el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/35/CE en la medida en que limita a los armadores, capitanes y tripulación las excepciones contenidas en el anexo I, regla 11, letra b), y en el anexo II, regla 6, letra b), del Convenio Marpol 73/78?

internacionales dos nuevos elementos introducidos en la directiva: en primer lugar, establecer como criterio general de imputación de la responsabilidad la negligencia grave, en vez de la imprudencia temeraria, que es el criterio fijado por el Convenio Marpol 73/78. En segundo lugar, hacer posible la imposición de sanciones penales para todas las personas físicas o jurídicas que participen en el mercado del transporte de hidrocarburos por mar, no como sucede con las reglas del Convenio Marpol 73/78, que limitan la responsabilidad al capitán y al armador, de manera que según la directiva los propietarios de la carga o las sociedades de clasificación³⁵, por poner dos ejemplos, pueden ser objeto de responsabilidad penal.

Puesto que el Tribunal no respondió a ninguna de estas cuestiones³⁶, ya que negó la capacidad tanto de la Convención NUDM como del Convenio Marpol 73/78 para ser parámetros de validez de la directiva, merece la pena, llegados a este punto, tratar aquí de responder precisamente a esas cuestiones. En ese sentido y teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta ahora, resultaría el siguiente cuadro: es perfectamente legítimo, es decir,

2) En relación con el mar territorial de un Estado miembro: a) ¿Carece de validez el artículo 4 de la Directiva en la medida en que exige a los Estados miembros considerar la negligencia grave como criterio de responsabilidad en relación con descargas de sustancias contaminantes? Y b) ¿carece de validez el artículo 5, apartado 1, de la Directiva en la medida en que excluye la aplicación de las excepciones contempladas en el anexo I, regla 11, letra b), y en el anexo II, regla 6, letra b), del Convenio Marpol 73/78?

3) El artículo 4 de la Directiva, por el que se exige a los Estados miembros que aprueben normas nacionales que incluyan la negligencia grave como criterio de responsabilidad y que se sancionen las descargas en el mar territorial. ¿vulnera el derecho de paso inocente reconocido en la Convención NUDM, y en caso afirmativo, carece de validez el artículo 4 por este motivo?

4) ¿Es contrario al principio de seguridad jurídica el empleo de la expresión «negligencia grave» en el artículo 4 de la Directiva, y, en caso afirmativo, carece de validez el artículo 4 por este motivo?».

³⁵ Se entiende por sociedades de clasificación aquellas de carácter privado «cuya actividad consiste en evaluar el estado de los buques, para lo que llevan a cabo controles estructurales de la seguridad de los mismos en nombre de los países de pabellón, a efectos de la expedición del preceptivo certificado de clasificación», en SOBRINO HEREDIA, J. M.: *Loc. cit.*, p. 97.

³⁶ De las cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por el juez británico, el Tribunal sí respondió a una, la cuarta, que ponía en entredicho la validez de la Directiva por ser contraria la utilización del criterio de la negligencia grave al principio de seguridad jurídica. Nótese que la respuesta a esta cuestión no afecta en nada a los problemas planteados de fondo, particularmente a si la negligencia grave supone una ruptura con el criterio de la imprudencia temeraria contenido en los estándares internacionales.

conforme a la Convención NUDM, que la directiva establezca la negligencia grave, en vez de la imprudencia temeraria, como criterio de imputación de la responsabilidad a cualquier persona física o jurídica implicada en descargas, no sólo al armador y al capitán, siempre que se trate de un buque de pabellón de un Estado miembro o, en caso de ser un buque extranjero, que éste se encuentre al producirse la descarga en las aguas interiores o en puerto de un Estado miembro. Si se trata de tomar medidas respecto de un buque extranjero cuando lleva a cabo una descarga en el mar territorial de un Estado miembro, habrá que analizar exclusivamente si la negligencia grave vulnera el derecho de paso inocente, puesto que la extensión a cualquier persona responsable entiendo que no pone en peligro el derecho de paso inocente, único límite impuesto por la Convención NUDM a la acción legislativa estatal en este caso. Respecto de los nuevos criterios adoptados por la directiva de aplicación a las descargas efectuadas por buques extranjeros en estrechos utilizados para la navegación internacional y zonas económicas exclusivas de los Estados miembros, al igual que en alta mar, habrá que ver si son conformes o no con los estándares internacionales para saber si vulneran o se mantienen dentro de los márgenes permitidos por la Convención NUDM.

Ante todo, hay que recordar la frase de los estándares internacionales contenidos en el Convenio Marpol 73/78 que proporciona la clave para decidir si los dos nuevos criterios de la directiva son conformes a ellos: no darán lugar a responsabilidad las descargas «salvo que el propietario o el capitán hayan actuado ya sea con la intención de causar la avería, o con imprudencia temeraria y a sabiendas de que con toda probabilidad iba a producirse una avería»³⁷. En cuanto al primero de los nuevos criterios contenidos en la directiva, considero que detrás de la absurda, por no decir hipócrita, complejidad literal del artículo 5.2 de la directiva se esconde la intención de poder hacer responsable de las descargas realizadas más allá del mar territorial a cualquier persona física o jurídica culpable de ellas por haber actuado con dolo, imprudencia temeraria o negligencia grave. Dicho de otro modo, el enunciado del artículo 5.2 de la directiva constituye una operación de maquillaje que trata de encubrir el establecimiento de un criterio personal de responsabilidad más exigente que el contenido en las reglas del Convenio Marpol 73/78, y, por tanto, no conforme a lo establecido en la Convención NUDM.

³⁷ Frase contenida de manera idéntica en la regla 11, b), ii) del anexo I y en la regla 6, b), ii) del anexo II.

En cuanto a la segunda novedad, se trata de saber si la negligencia grave supone un criterio que extiende la posibilidad de ser responsable a acciones u omisiones que, según el criterio reflejado en los estándares internacionales, que es el de la imprudencia temeraria, estarían exentos de dicha responsabilidad. En la ciencia penal, generalmente se admite que imprudencia y negligencia son términos sinónimos³⁸, además de considerar que el concepto general de acción culposa, esto es, el que omite la diligencia debida³⁹, se identifica con el delito imprudente⁴⁰, que, de manera más desarrollada, se refiere a la vulneración no querida de una norma de cuidado, sin advertirlo pese a que debía o considerándolo posible pero confiando contra su deber en que el resultado no se produciría⁴¹. Esta definición proporciona la clave que, según entiendo, conduce a poder diferenciar, según la intención mostrada por la directiva, entre la negligencia grave de ésta y la imprudencia temeraria de los estándares internacionales⁴². Según el contenido psicológico de la acción imprudente, cabe distinguir entre culpa consciente, que se da cuando el sujeto se representa la posibilidad de vulnerar el deber de cuidado, pero actúa confiando en que no se producirá; y la culpa inconsciente, donde falta toda representación de dicha posibilidad, aunque el sujeto pudo y debió de haberla imaginado⁴³. Pues bien, las reglas del Convenio Marpol 73/78 exigen como criterio de responsabilidad «imprudencia temeraria y a sabiendas de que con toda probabilidad iba a producirse una avería», lo cual supone limitar la responsabilidad a cuando exista

³⁸ O se entiende la negligencia como una imprudencia grave, en JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 187.

³⁹ En RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal Español. Parte General*, 13ª ed. (rev. SERRANO GÓMEZ, A.), Dykinson, Madrid, 1990, pp. 473-479. Para este autor, la falta de la diligencia debida supone una infracción del deber de cuidado, lo cual significa omitir el comportamiento que hubiera evitado la realización del hecho. Igualmente, hay que aclarar que la falta de diligencia puede llevar al sujeto tanto a realizar un acto que debería haber omitido como a omitir un acto que debería haber realizado.

⁴⁰ De hecho, es preferible usar el concepto de delito imprudente mejor que el de delito culposo, equivalentes técnicamente, para evitar confusiones y facilitar la distinción respecto del término culpabilidad, de uso bien distinto, como se sabe. En MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 284.

⁴¹ En JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 776.

⁴² A los efectos de esta diferenciación, no es relevante que la imprudencia se califique de temeraria y la negligencia de grave.

⁴³ En RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Op. cit.*, p. 482, y también, aunque en cualquier manual de la disciplina puede encontrarse una clasificación semejante, en JESCHECK, H.: *Ibidem*, p. 782; y en MIR PUIG, S.: *Op. cit.*, p. 285.

culpa consciente⁴⁴. Considero que la inclusión del criterio de la negligencia grave en la directiva va encaminada a ampliar la responsabilidad a aquellos supuestos de comportamiento imprudente inconsciente. En primer lugar, porque en caso contrario no se entendería que el artículo 4 de la directiva hiciera referencia, como tres categorías separadas, al comportamiento intencional, con imprudencia temeraria o negligencia grave⁴⁵. En segundo lugar, el propio Tribunal, al negar que la expresión «negligencia grave» vulnera el principio general de seguridad jurídica, ofrece una definición de la misma por la cual se trata de «una acción u omisión involuntaria mediante la que la persona responsable infringe su obligación de diligencia»⁴⁶, es decir, el Tribunal entiende por negligencia grave un comportamiento imprudente tanto con culpa consciente como inconsciente. También se podría entender, en un sentido parecido, que la utilización del criterio de la negligencia grave se refiere a la impericia o negligencia profesional, en contraposición al concepto más general de la imprudencia temeraria⁴⁷.

Por último, acerca de la cuestión de si la negligencia grave como criterio de responsabilidad para las descargas realizadas por buques extranjeros en el mar territorial de un Estado miembro vulnera el derecho de paso inocente, la actual regulación de este derecho en la Convención NUDM, favorable al Estado del pabellón, protege al buque extranjero salvo que éste lleve a cabo un acto de contaminación intencional y grave⁴⁸, por lo que difícilmente puede encajar aquí la negligencia si se entiende como culpa inconsciente.

⁴⁴ No puede entenderse de otra manera la expresión de esta regla, pues ir más allá sería calificar la acción u omisión de intencional, algo que sería redundante, pues el comportamiento con dolo ya viene reflejado en la regla justo antes. Para aclarar las cosas, recuérdese que la nueva regla 3 (que modifica la antigua regla 6) del anexo II del Convenio Marpol 73/78 sustituye la expresión «con toda probabilidad» por «probablemente».

⁴⁵ El objetivo de la Directiva, en este sentido, era asegurarse de que cada ordenamiento interno aplicara todas las categorías de delitos imprudentes a estos supuestos.

⁴⁶ STJCE *Intertanko*, cit. Nota 8, apartado 75.

⁴⁷ Puede entenderse la imprudencia temeraria como la falta de diligencia o atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente, que es el baremo del «hombre menos diligente». Por el contrario, la impericia o negligencia profesional consistiría en la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión. Dicha impericia puede estar fundada en falta de conocimientos, en un error de juicio o en la defectuosa ejecución del acto, en RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Op. cit.*, p. 489; y en MIR PUIG, S.: *Op. cit.*, p. 286. Cuesta creer, no obstante, que la diligencia exigida en las reglas del Convenio Marpol 73/78 se limitara a la del «hombre menos diligente».

⁴⁸ Véase el art. 19.2.h) Convención NUDM.

En cualquier caso, aunque no se comparta ninguno de estos argumentos, son las propias Instituciones, durante el proceso de elaboración de la directiva, las que no dejan dudas, a mi juicio, acerca de cuál era su intención. La directiva, según declara abiertamente, tiene por finalidad la incorporación al derecho comunitario de las reglas internacionales⁴⁹, lo cual, en un sentido estricto, implicaría que la directiva las hubiera transcrito, opción que, lógicamente, habría eliminado todo indicio de incompatibilidad normativa. Sin embargo, la decisión del legislador comunitario fue llevar a cabo una adaptación, una incorporación parcial y selectiva⁵⁰. Optar por esta vía no fue fruto de una decisión descuidada, sino bien premeditada, como así lo atestigua el procedimiento legislativo de la directiva. En su propuesta inicial, la Comisión establecía un régimen jurídico para las descargas que desde un punto de vista formal, sobre todo, resultaba más duro que el finalmente contenido en la directiva, con el que se podrá estar o no de acuerdo, pero resulta innegable y también de agradecer la claridad con la que la Comisión expresó sus intenciones. En ella, la Comisión proponía considerar ilegal toda descarga producto de una avería, respetando las reglas del Convenio Marpol 73/78 para las descargas operacionales; establecer como criterios de responsabilidad la actuación deliberada o con negligencia grave, sin mención alguna a la imprudencia temeraria; y hacer extensiva dicha responsabilidad a toda persona involucrada en la descarga, mencionando expresamente algunos de los posibles responsables, como el propietario de la carga o la sociedad de clasificación⁵¹. Tanto el Consejo como el

⁴⁹ Art. 1.1 de la Directiva.

⁵⁰ A lo largo del texto de la Directiva abundan las referencias y remisiones a la Convención NUDM y a las reglas de los anexos I y II del Convenio Marpol 73/78, las cuales, además, se incluyen precisamente como anexo a la propia Directiva, a modo de resumen y con fines de referencia.

⁵¹ Véase el documento *COM (2003) 92 final*, pp. 13-15, que contiene la propuesta de Directiva y en cuyo art. 2.3 se definen las descargas ilegales como aquellas que «infrinjan lo prescrito en el Convenio Marpol 73/78, incluidas las resultantes de averías sufridas por el buque o sus equipos, que figuran como exentas en la letra b) de la regla 11 del Anexo I y la letra b) de la regla 6 del Anexo II de dicho Convenio». En el art. 6, dedicado a los delitos y sanciones penales, según su apartado 1 «los Estados miembros garantizarán que se considere delito penal la descarga ilegal de sustancias contaminantes, así como la participación en la misma o su instigación, si tales actuaciones se realizan de forma deliberada o por negligencia grave», a lo cual añade el apartado 2 que «será acreedora de sanción, incluso de carácter penal, si procede, toda persona, (es decir, no sólo el armador, sino también el propietario de la carga, la sociedad de clasificación o cualquier otra persona involucrada) a la que un tribunal declare responsable en el sentido del apartado 1 del presente artículo».

Parlamento señalaron desde un principio que esta propuesta era abiertamente contraria a las reglas internacionales⁵², de modo que el Consejo aprobó una posición común que modificaba el contenido de la propuesta de la Comisión, transformando éste en un texto espeso, confuso y ambiguo; cuya intención era ajustarse a la legalidad internacional o dar la capa de maquillaje necesaria para producir esa ilusión, según quiera entenderse⁵³. A pesar de los cambios y de la extrema complejidad introducida, la Comisión no criticó la posición común del Consejo por este tema⁵⁴, y la tímida resistencia del Parlamento⁵⁵ no evitó la aprobación de la directiva con un contenido que, salvo correcciones formales, se corresponde con el de la posición común del Consejo. Con todo, hay un documento del Consejo que si bien es público resulta bastante difícil de encontrar, donde aparece sin maquillajes la opinión del Consejo sobre la compatibilidad de la directiva con los estándares internacionales establecidos por el Convenio Marpol 73/78. En ese documento, elaborado una semana después de aprobar la directiva y quince días antes de su publicación en el Diario Oficial, el Consejo admite entre líneas que la directiva no es conforme al Convenio Marpol 73/78 y su solución es que la Comisión tome la iniciativa en el marco de la OMI con vistas a revisar el Convenio Marpol 73/78 de manera que se ajuste al contenido de la directiva⁵⁶. Es evidente que al Consejo le preocupaba que

⁵² Véanse las ya citadas sesiones 2531 y 2551 del Consejo, de 9 de octubre y 5 de diciembre de 2003, pp. 7 y 6, respectivamente. Muy explícito resulta el ponente Peter Pex, de la Comisión de Política Regional, Transportes y Turismo, quien en el documento A5-0388/2003, también ya citado, dice textualmente (p. 19) que «la Comisión propone la incorporación al derecho comunitario de las normas del Convenio Marpol en materia de descargas. Para ello, introduce, no obstante, algunas modificaciones de los textos acordados a escala internacional, como la supresión de la excepción prevista para las descargas como consecuencia de los daños sufridos por un buque. Desde el punto de vista del contenido, estas modificaciones no son oportunas, y además conllevarían la aparición de una mezcla inextricable de normas mundiales, europeas y nacionales divergentes entre sí».

⁵³ Es la Posición Común (CE) 3/2005, aprobada por el Consejo el 7 de octubre de 2004, *DOUE C 25 E*, de 1 de febrero de 2005, pp. 29-32. Pueden consultarse las explicaciones del Consejo, que en realidad bastante poco aclaran, en el *Boletín UE* 6-2004, p. 1.4.61 y en la exposición de motivos del Consejo aneja a la posición común.

⁵⁴ En el documento *COM (2004) 676 final*, de 12 de octubre de 2004, la Comisión critica el limitado alcance que el Consejo da a la base jurídica del art. 80.2 CE (cuestión ya mencionada con anterioridad), pero, al margen de ese tema, «la Comisión reconoce que la Posición común no modifica ni los objetivos ni el espíritu de su propuesta, por lo que puede apoyarla» (p. 4).

⁵⁵ En el documento A6-0015/2005, de 31 de enero de 2005, pp. 16-20.

⁵⁶ Se trata de la Adenda, de fecha 15 de septiembre de 2005, al proyecto de acta de la sesión n.º 2672 del Consejo (Asuntos Económicos y Financieros), de 12 de julio de 2005

la directiva fuera contraria a unas normas internacionales que, según hacía bien en entender, vinculaban a la Comunidad. Como se verá a continuación, el Tribunal de Justicia se encargó de quitarle al Consejo esa preocupación de la cabeza.

III. LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR Y EL CONVENIO MARPOL 73/78 COMO PARÁMETROS DE VALIDEZ DEL DERECHO COMUNITARIO

Aunque el objetivo de este trabajo es poner en relación el régimen jurídico comunitario de la contaminación por descargas procedentes de buques con las reglas y estándares internacionales sobre la materia, y ya he señalado en varias ocasiones que el Tribunal, en el asunto *Intertanko*, no aportó ni un solo argumento acerca de la naturaleza de dicha relación, conviene hacer alguna referencia, necesariamente superficial, a la propia sentencia en sí y, sobre todo, a las razones esgrimidas por el Tribunal para negar tanto a la Convención NUDM como al Convenio Marpol 73/78 la capacidad de cuestionar la validez de la directiva.

Tras despejar algunas dudas planteadas sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial⁵⁷, el Tribunal simplifica las cuestiones plan-

(documento con número de registro 11128/05 ADD1), donde aparece una declaración en la que «el Consejo invita a la Comisión a que estudie la posibilidad de tomar una iniciativa en el marco de la Organización Marítima Internacional con vistas a la revisión del Convenio Marpol 73/78, y en particular de sus anexos relativos a las reglas sobre las descargas de hidrocarburos y de sustancias líquidas nocivas, y de limitar el alcance de las excepciones a las prohibiciones de descargar en el mar dichos productos con arreglo a la legislación reciente de la CE y la UE sobre la contaminación procedente de buques, y la invita asimismo a que informe al Consejo al respecto en el transcurso de 2006» (p. 4). Más de tres años después de esta invitación siguen sin revisarse las reglas del Convenio Marpol 73/78 en el sentido deseado por el Consejo.

⁵⁷ El Gobierno francés, al dudar de la admisibilidad de esta petición de decisión prejudicial, parece no recordar la respuesta del Tribunal cuando también cuestionó la admisibilidad de otra petición de decisión prejudicial en un asunto planteado en idénticos términos a los de *Intertanko*, cual era *British American Tobacco*. En ambos casos, la remisión por parte del órgano jurisdiccional nacional se produjo antes de que expirara el plazo fijado para la adaptación del derecho interno a una Directiva y antes también de que el Reino Unido, pues igualmente coincide el Estado miembro protagonista, adoptara medidas legislativas en transposición de la Directiva (v. Sentencia de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco (Investments) and Imperial Tobacco*, C-491/01, *Rec.* p. I-11453, ap. 28 a 31, con la opinión del Gobierno francés y ap. 32 a 41, con los argumentos del Tribunal, que a modo

teadas de manera que resultan dos temas a resolver. Por un lado, la apreciación de la validez de los artículos 4 y 5 de la directiva en relación con las reglas del Convenio Marpol 73/78 y con la Convención NUDM, y, por otro, si la expresión «negligencia grave» vulnera el principio de seguridad jurídica provocando, asimismo, la invalidez del artículo 4 de la directiva.

Empezaré por la segunda cuestión, centrada en el análisis del criterio de la «negligencia grave» y su impacto, a los efectos del ámbito de aplicación de la directiva, en el principio de seguridad jurídica⁵⁸. El Tribunal, en su valoración, entiende que no existe quiebra posible del principio de seguridad jurídica por la inclusión del criterio de la negligencia grave⁵⁹, pese a reconocer que el artículo 4 de la directiva no define, en concreto, el concepto de negligencia grave, pues se trata de un criterio general de nacimiento de la responsabilidad, no de un catálogo de conductas previamente detalladas⁶⁰, que además, dada la naturaleza de las directivas, será definido con toda precisión por los Estados miembros⁶¹. De todas formas, para que nadie se sienta inseguro, el Tribunal ofrece una definición, a los efectos del artículo 4 de la directiva, de negligencia grave⁶².

de conclusión vienen a confirmar «que la posibilidad de que los particulares aleguen ante los órganos jurisdiccionales nacionales la invalidez de un acto comunitario de alcance general no está sujeta al requisito de que se hayan ya adoptado efectivamente en el Derecho nacional medidas para la aplicación de dicho acto. A este respecto, basta con que el órgano jurisdiccional nacional conozca de un litigio real en el que se plantee, con carácter incidental, la cuestión de validez de tal acto», en ap. 40). En los apartados 30 a 35 de la STJCE *Intertanko*, el Tribunal se limita a refrescar la memoria del Gobierno francés.

⁵⁸ Según los demandantes del litigio principal, el criterio de la negligencia grave utilizado en el art. 4 de la Directiva no se define en absoluto y carece, por tanto, de claridad. Esto atentaría contra la seguridad jurídica al no poder tener conocimiento las personas afectadas del grado de rigor de la normativa a la que están sujetas (STJCE *Intertanko*, ap. 68).

⁵⁹ STJCE *Intertanko*, cit. Nota 8, apartado 79-80.

⁶⁰ Conceptos como el de negligencia grave «corresponden a criterios de nacimiento de la responsabilidad destinados a aplicarse a un número indefinido de situaciones que es imposible tipificar por anticipado, y no a conductas concretas que puedan detallarse en un acto normativo», en STJCE *Intertanko*, ap. 73.

⁶¹ STJCE *Intertanko*, cit. Nota 8, apartado 78.

⁶² Parte del concepto de negligencia, como «una acción u omisión involuntaria mediante la que la persona responsable infringe su obligación de diligencia» (ap. 75), entendiendo que «el concepto de negligencia grave designa necesariamente una infracción patente de una obligación de diligencia» (ap. 76). De esta forma señala que la definición de negligencia grave «en el sentido del artículo 4 de la Directiva 2005/35 debe interpretarse en el sentido de que requiere una acción u omisión involuntaria mediante la cual la persona responsable infringe, de manera patente, la obligación de diligencia que habría debido y podido cumplir

Pero el núcleo principal de las cuestiones planteadas reside en la compatibilidad o no de los artículos 4 y 5 de la directiva con las normas pertinentes tanto de la Convención NUDM como del Convenio Marpol 73/78. Es ahora cuando, con carácter previo a ese análisis material de las normas, el Tribunal examina la capacidad de ambos instrumentos internacionales para ser parámetros de validez de la directiva. En este sentido, el Tribunal recuerda su asentada jurisprudencia sobre las condiciones necesarias para apreciar la validez de una norma de derecho comunitario derivado a la luz de un acuerdo internacional⁶³, las cuales aplica tanto al Convenio Marpol 73/78 como a la Convención NUDM.

Por lo que respecta al primero de estos instrumentos internacionales, el Tribunal considera insuficiente, a los efectos de ser útil para apreciar la validez de la directiva⁶⁴, que todos los Estados miembros de la Unión Europea disfruten de la condición de partes del Convenio Marpol 73/78⁶⁵ y

teniendo en cuenta sus cualidades, sus conocimientos, sus aptitudes y su situación individual» (ap. 77).

⁶³ Según el art. 300.7 CE, los acuerdos celebrados por la Comunidad vinculan a las instituciones de ésta y gozan, por tanto, de primacía sobre los actos de derecho comunitario derivado (v. las Sentencias de 10 de enero de 2006, *IATA* y *ELFAA*, C-344/04, Rec. p. I-403, ap. 35; de 10 de septiembre de 1996, *Comisión/Alemania*, C-61/94, Rec. p. I-3989, ap. 52; y de 1 de abril de 2004, *Bellio F.lli*, C-286/02, Rec. p. I-3465, ap. 33), de modo que la validez de estos últimos puede ser cuestionada con motivo de su incompatibilidad con los primeros. Con carácter general, se exige que la Comunidad esté vinculada por las normas internacionales invocadas (v. Sentencia de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company*, 21/72 a 24/72, Rec. p. 1219, ap. 7). Pero cuando dicha incompatibilidad es alegada ante un órgano jurisdiccional nacional, el Tribunal dejó claro ya desde su Sentencia *International Fruit Company* que, además de la anterior condición, «esa disposición de Derecho Internacional debe ser también capaz de conferir derechos a los ciudadanos de la Comunidad que se puedan invocar ante los tribunales» (ap. 8). La expresión de este requisito en la STJCE *Intertanko* no deja de ser una reformulación moderna del original, pues ahora se refiere el Tribunal a que la naturaleza y el sistema de la norma internacional no se opongan a ello y a que sus disposiciones parezcan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas (STJCE *Intertanko*, ap. 45; y también en las Sentencias de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM*, C-120/06 P y C-121/06 P, aún no publicada en la recopilación, ap. 110; y STJCE *IATA* y *ELFAA*, ap. 39). Se trata, igualmente, de las condiciones que debe reunir una norma internacional para ser directamente aplicable, según las Sentencias *Racke* y *Demirel*: «cuando, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, contiene una obligación clara y precisa, que en su ejecución o en sus efectos no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno» (v. las Sentencias de 16 de junio de 1998, *Racke*, C-162/96, Rec., p. I-3655, ap. 31; y de 30 de septiembre de 1987, *Demirel*, 12/86, Rec. p. 3719, ap. 14).

⁶⁴ STJCE *Intertanko*, cit. Nota 8, apartado 52.

⁶⁵ STJCE *Intertanko*, cit. Nota 8, apartado 49.

que la directiva tenga por objeto la incorporación al derecho comunitario de algunas reglas del mismo⁶⁶. En una ocasión anterior, el Tribunal ya había señalado que la Comunidad no es parte de este Convenio⁶⁷ y que, a diferencia de la asunción gradual, por parte de la Comunidad, de competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros producida en el ámbito del GATT⁶⁸, la Comunidad no ha llevado a cabo esta operación en relación con el Convenio Marpol 73/78, de manera que sus disposiciones carecen de efecto vinculante para aquélla⁶⁹. Igualmente, no encuentra evidencias que prueben que las reglas del Convenio Marpol 73/78 sean la expresión de costumbres internacionales⁷⁰.

Con relación a la Convención NUDM, el Tribunal admite que sus disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico comunitario y que, por tanto, vinculan a la Comunidad⁷¹. Sin embargo, considera que el contenido de sus normas no es incondicional ni suficientemente preciso, de manera que no confiere derechos a los particulares que puedan ser invocados ante los tribunales⁷². Para llegar a esta conclusión, el Tribunal construye una teoría sobre la naturaleza, la finalidad y los objetivos de la Convención

⁶⁶ STJCE *Intertanko*, *cit.* Nota 8, apartado 50.

⁶⁷ Era la Sentencia de 14 de julio de 1994, *Peralta*, C-379/92, Rec. p. I-3453, ap. 16. Véase en la STJCE *Intertanko*, ap. 47.

⁶⁸ La referencia al respecto se encuentra en la STJCE *International Fruit Company*, ap. 18.

⁶⁹ STJCE *Peralta*, ap. 16. Véase en la STJCE *Intertanko*, ap. 48.

⁷⁰ STJCE *Intertanko*, *cit.* Nota 8, apartado 51. Con carácter general, el Tribunal ya había reconocido que las competencias de la Comunidad deben ejercerse respetando las normas de Derecho Internacional (v. STJCE *Racke*, *cit.* Nota 63, apartado 45) y también, de manera específica referida al Derecho Internacional del Mar, había señalado que el derecho comunitario derivado debe interpretarse a la luz de tales normas, incluidas las disposiciones de este tipo de tratados que incorporen normas generales consagradas por la costumbre internacional (Sentencia de 24 de noviembre de 1992, *Poulsen y Diva Navigation*, C-286/90, Rec. p. I-6019, ap. 9-10; y también en la Sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Mondiet*, C-405/92, Rec. p. I-6133, ap. 13).

⁷¹ STJCE *Intertanko*, *cit.* Nota 8, apartado 53. La Convención NUDM fue firmada y posteriormente aprobada por medio de la Decisión del Consejo 98/392/CE, de 23.3.1998 (DOCE L 179, de 23 de junio de 1998, pp. 1-134). Desde ese momento, sus disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico comunitario (v. la Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Comisión/Irlanda (MOX)*, C-459/03, Rec. p. I-4635, ap. 82).

⁷² En concreto, viene a decir que la Convención NUDM «no establece reglas destinadas a aplicarse directa e inmediatamente a los particulares ni a conferir a éstos derechos o libertades que puedan ser invocados frente a los Estados, con independencia de la conducta del Estado del pabellón del buque» (STJCE *Intertanko*, ap. 64).

NUDM⁷³. Como argumento decisivo a la hora de justificar que los particulares no dispongan de derechos y libertades autónomos en virtud de la Convención NUDM, el Tribunal recurre al vínculo jurídico que debe existir entre todo buque y un Estado para que aquél pueda ejercer la libertad de navegación⁷⁴. Esta es toda la amplitud y densidad que, según el Tribunal, merece el análisis de un texto tan importante, complejo y lleno de matices como la Convención NUDM para determinar que su naturaleza y su sistema impiden su utilización como parámetro de validez de una norma de derecho comunitario derivado.

Puesto que ni la Convención NUDM ni el Convenio Marpol 73/78 cumplen, a criterio del Tribunal, las condiciones para servir como parámetro de validez de la directiva, éste no tuvo necesidad de valorar si el contenido de aquéllos era incompatible con el de los artículos 4 y 5 de la directiva, debate este último, aunque ya recluido al campo de la mera especulación, que tiene plena razón de ser, como he pretendido demostrar con el presente trabajo. Del mismo modo, considero discutible el criterio aplicado por el Tribunal tanto a la Convención NUDM como al Convenio Marpol 73/78, con el que ha permitido, y quizás también conseguido, dejar en el aire las nada disparatadas dudas que se cernían sobre la compatibilidad de la directiva con las reglas internacionales.

En ese último sentido, cabe señalar que, según algunos autores, hay sólidas razones para considerar que las reglas del Convenio Marpol 73/78 tienen el valor de normas consuetudinarias vinculantes para todos los buques de todos los Estados, sean o no partes de este tratado⁷⁵, de manera

⁷³ Destaca, en este sentido, la pretensión de la Convención NUDM de crear un orden jurídico para los mares y océanos (ap. 56), diseñando el régimen jurídico de las zonas marítimas con la idea de buscar un equilibrio entre los intereses de los Estados ribereños y los Estados del pabellón (ap. 57-58).

⁷⁴ STJCE *Intertanko*, cit. Nota 8, apartado 59. En desarrollo de este argumento resulta que, por poner sólo los mismos ejemplos que el Tribunal, del derecho de paso inocente (art. 17 Convención NUDM) y del derecho a recibir una indemnización por todo daño sufrido derivado de un infundado ejercicio de los derechos de visita y persecución (arts. 110.3 y 111.8 Convención NUDM) «no se desprende que esos derechos sean conferidos así a los particulares ligados a dichos buques, como sus armadores, ya que el estatuto jurídico internacional del buque depende del Estado del pabellón, y no de que el buque pertenezca a determinadas personas físicas o jurídicas» (ap. 61).

⁷⁵ Cfr. en BIRNIE, P. y BOYLE, A.: *Op. cit.*, p. 353, donde exponen los argumentos en los que se apoyan para sostener el valor de norma consuetudinaria de las reglas del Convenio Marpol 73/78: su amplio número de ratificaciones, la general aceptación de los Estados no parte de dichas reglas y su indirecta incorporación, dentro del proceso codificador, a la

que la directiva estaría sujeta a dichas reglas. También podría deducirse el mismo resultado si se interpretara el artículo 211 Convención NUDM, algo nada descabellado, en el sentido de incorporar las reglas del Convenio Marpol 73/78, lo cual supondría que todos los Estados que han ratificado la Convención NUDM, cosa que también ha hecho la Comunidad, están obligados así a respetar las reglas del Convenio Marpol 73/78, incluso si no son partes de éste⁷⁶. No obstante, aun admitiendo la vinculación de la Comunidad a las reglas del Convenio Marpol 73/78, el Tribunal seguiría teniendo la baza de negar su eficacia directa de la misma manera que hizo con la Convención NUDM⁷⁷, si bien hubiera sido interesante ver cómo se ignora el evidente carácter incondicional y suficientemente preciso de las reglas del Convenio Marpol 73/78. Adicionalmente, en atención a dicho carácter, el Tribunal difícilmente hubiera podido negar, caso de admitir la incorporación de las reglas del Convenio Marpol 73/78 a la Convención NUDM por efecto de su artículo 211, que la supuesta falta de eficacia directa de la Convención NUDM la suple precisamente el Convenio Marpol 73/78⁷⁸.

Convención NUDM. En el mismo sentido, la opinión de CHURCHILL y LOWE, para quienes las reglas del Convenio Marpol pueden representar normas consuetudinarias, en cuyo caso la Convención NUDM simplemente confirma obligaciones que ya existían (*op. cit.*, p. 347). En contra de esta teoría, además del Tribunal, se posiciona la Abogado General Kokott en sus Conclusiones sobre el asunto *Intertanko* (punto 39).

⁷⁶ Cfr., además de en BIRNIE, P. y BOYLE, A.: *Ibidem*, p. 353; en VALENZUELA, M.: *Loc. cit.*, pp. 488-489.

⁷⁷ Mucho más acertada y precisa que el Tribunal estuvo la Abogado General Kokott en su análisis de la Convención NUDM, pues primero esgrime argumentos de peso para afirmar que su naturaleza y sistema permiten que sea el criterio para controlar la legalidad de la Directiva (puntos 50-59), para luego añadir que será el requisito del efecto directo el que aclarará si cada disposición puede ejercer esa función. En cualquier caso y con carácter general, acerca de este examen adicional que impone el Tribunal cuando se activa una cuestión prejudicial de apreciación de validez comparto plenamente el análisis de Díez-HOCHLEITNER, J.: *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 143: «cabe poner en duda que la invocabilidad por los particulares de una norma u obligación internacional guarde relación alguna con su consideración o no como parámetro de validez. La eficacia directa tiene que ver con la aplicabilidad, la validez con la conformidad a Derecho. Desde esta perspectiva, para que una norma u obligación opere como tal parámetro frente a los actos emanados de las instituciones debe bastar con que forme parte del ordenamiento comunitario y que prevalezca sobre el Derecho derivado».

⁷⁸ Este es el argumento, aunque aplicado de manera parcial, de la Abogado General Kokott (punto 70).

IV. REFLEXIONES FINALES

A mi juicio, la Directiva 2005/35/CE de 7 de septiembre de 2005 relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, es más rigurosa que las reglas del Convenio Marpol 73/78 en su aplicación a zonas marítimas situadas más allá del mar territorial y en los estrechos utilizados para la navegación internacional, lo cual la convierte en contraria a la Convención NUDM, por exceder los márgenes de apreciación concedidos por ésta a la acción estatal, y también comunitaria, en desarrollo de tales estándares internacionales.

Pero mis conclusiones no pueden quedarse aquí, ya que estoy completamente de acuerdo con el objetivo que, de una forma u otra, mueve a la Comunidad en este asunto. El dilema se ubica en el plano de los medios utilizados, es decir, en el precio, en forma de rigor jurídico, pagado para obtener un fin tan justo como deseable. Y es aquí donde hay que ser muy cuidadoso para no adoptar una postura ni demasiado inocente ni tampoco extremadamente cínica. Quizá lo más criticable sea que se buscara la revisión de las reglas del Convenio Marpol 73/78 en el marco de la OMI después de aprobar la directiva y no antes, pero el fracaso del escarceo iniciado por el Consejo demuestra lo difícil que va a resultar, si se logra, endurecer las reglas internacionales sobre descargas. Debe tenerse en cuenta que no sólo el Convenio Marpol 73/78, sino, sobre todo, la Convención NUDM está construida de manera favorable a la libertad de navegación, otorgando un papel que sigue siendo el de protagonista al Estado del pabellón. En este orden de ideas, es lógico que ambos instrumentos internacionales establecieran límites rigurosos a la capacidad normativa del Estado ribereño respecto de buques extranjeros tanto en los estrechos utilizados para la navegación internacional como más allá del mar territorial, aunque fuera para un fin tan necesario como la protección del medio marino. Evidentemente, si todos los Estados, en su condición de Estados del pabellón, hicieran prevalecer la conservación del medio marino antes que los intereses económicos de sus empresas del sector del transporte marítimo, no haría falta atribuirle más competencias normativas a los Estados ribereños ni tampoco hubiera sido necesario este movimiento, se podría decir que desesperado, de la Comunidad⁷⁹. Así las cosas, ¿cuál hubiera sido la opción

⁷⁹ Pero ni siquiera dentro de la Comunidad hay consenso al respecto, pues la Directiva fue aprobada con los votos en contra de Grecia y Malta, además de la abstención de Chipre.

correcta de la Comunidad? ¿Seguir asistiendo impasible a accidentes como el del buque *Prestige*, y a descargas operativas cuya suma es de efectos casi tan devastadores, por respeto a las normas internacionales; o adoptar medidas que mejoren la efectividad de dicho marco, aunque suponga entrar en contradicción con él, incluso si lo hace de manera velada y un tanto cínica?

En cuanto a los daños colaterales de este asunto, cabe mencionar el papel de cabeza de turco que le ha tocado jugar a la Convención NUDM, pues, con la Sentencia sobre el asunto *Intertanko*, el Tribunal parece haber cerrado la puerta no a ésta, sino a toda pretensión de que sirva como parámetro de validez de normas comunitarias⁸⁰.

RÉGIMEN COMUNITARIO DE LA CONTAMINACIÓN POR DESCARGAS
PROCEDENTES DE BUQUES: LA RELACIÓN CON LAS NORMAS
INTERNACIONALES Y LA SENTENCIA DEL TJCE SOBRE
EL ASUNTO *INTERTANKO*

RESUMEN: La contaminación por descargas procedentes de buques está regulada por normas internacionales que se han convertido en reglas o estándares de obligado cumplimiento con carácter general. Su falta de eficacia provoca que las descargas de todo tipo sigan produciéndose. Ante esta situación, la Unión Europea decidió elaborar nuevas reglas en su lucha contra este tipo de contaminación. Esas reglas sólo en parte incorporan los estándares internacionales, pues tratan de establecer criterios más exigentes que consigan una reducción de las descargas. Pero, como normas de derecho comunitario institucional, esas reglas deben respetar las normas internacionales que, sobre esta materia, vinculan a la Comunidad. En el asunto *Intertanko*, el Tribunal de Justicia negó que esas normas internacionales pudieran ser parámetros de validez de las reglas comunitarias sobre contaminación por descargas procedentes de buques.

PALABRAS CLAVE: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar – Convenio Marpol 73/78 – Directiva 2005/35/CE – contaminación por descargas procedentes de buques – parámetros de validez.

A nadie se le escapan los intereses que mueven a estos Estados por encima de la protección del medio marino, llegando Malta al extremo de manifestar públicamente su solidaridad con la industria marítima ante la entrada en vigor de la Directiva (véanse las declaraciones de estos tres Estados en la Adenda al proyecto de acta de la sesión n.º 2672 del Consejo, ya citada, pp. 7-10).

⁸⁰ Al igual que sucede con el Convenio Marpol 73/78. No obstante, una sentencia sólo tres semanas posterior a *Intertanko*, la de 24 de junio de 2008, *Commune de Mesquer/Total*, C-188/07, *Rec.* p. I-4501, parece dejar abierta la posibilidad, en una interpretación a contrario, a que un tratado que desarrolle la Convención NUDM pueda vincular indirectamente a la Comunidad sin que ésta sea parte de dicho tratado (ap. 85).

COMMUNITY REGIME OF THE POLLUTION BY DISCHARGES COMING
FROM SHIPS: THE RELATION WITH THE INTERNATIONAL RULES
AND THE JUDGMENT OF THE ECJ ON THE *INTERTANKO* CASE

ABSTRACT: The pollution by discharges coming from ships is regulated by international rules that have become rules or standards of forced fulfillment with general character. Its lack of effectiveness causes that the discharges of all type continue taking place. Before this situation, the European Union decided to elaborate new rules in its fight against this type of pollution. Those rules only partly incorporate the international standards, because they try to establish criteria more demanding than they obtain a reduction of the discharges. But, like rules of institutional community law, those rules must respect the international rules that, on this matter, tie the Community. In the Intertanko case, the Court of Justice denied that those international rules could be parameters of validity of the community rules on pollution by discharges coming from ships.

KEY WORDS: United Nations Convention on the Law of the Sea – Marpol Agreement 73/78 - Directive 2005/35/EC – pollution by discharges coming from ships – parameters of validity.

RÉGIME COMMUNAUTAIRE DE LA POLLUTION PAR DES DÉCHARGES
DE NAVIRES : LA RELATION AVEC LES NORMES INTERNATIONALES
ET L'ARRÊT DE LA CJCE SUR L'AFFAIRE *INTERTANKO*

RÉSUMÉ: La pollution par des décharges de navires est réglée par des normes internationales qui se sont transformées des règles ou standards d'accomplissement obligé à titre général. Son manque d'efficacité provoque que les décharges de tout type continuent à se produire. Devant cette situation, l'Union Européenne a décidé d'élaborer de nouvelles règles dans sa lutte contre ce type de pollution. Ces règles seulement en partie incorporent les standards internationaux, parce qu'elles essayent d'établir des critères plus exigeants qui obtiennent une réduction des décharges. Mais, comme normes de droit communautaire institutionnel, ces règles doivent respecter les normes internationales qui, sur cette matière, lient à la Communauté. Dans l'affaire Intertanko, le Tribunal de Justice a nié que ces normes internationales puissent être des paramètres de validité des règles communautaires sur la pollution par des décharges de navires

MOTS CLÉS: Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer – Convention Marpol 73/78 – Directive 2005/35/CE – pollution par des décharges de navires – paramètres de validité.