

Jose Jaudenes Piferrer

El estatuto jurídico internacional
del buque de guerra. Análisis de
su doble condición, como objeto
de regulación e instrumento del
Estado

Director/es

Salinas Alcega, Sergio

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>

ISSN 2254-7606



Prensas de la Universidad
Universidad Zaragoza

Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606



Tesis Doctoral

EL ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL DEL BUQUE DE GUERRA. ANÁLISIS DE SU DOBLE CONDICIÓN, COMO OBJETO DE REGULACIÓN E INSTRUMENTO DEL ESTADO

Autor

Jose Jaudenes Piferrer

Director/es

Salinas Alcega, Sergio

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

Programa de Doctorado en Derecho

2023

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
ESCUELA DE DOCTORADO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO



Universidad Zaragoza

**EL ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL
DEL BUQUE DE GUERRA. ANÁLISIS DE SU
DOBLE CONDICIÓN, COMO OBJETO DE
REGULACIÓN E INSTRUMENTO DEL
ESTADO.**

JOSÉ JÁUDENES PIFERRER

DIRIGIDA POR EL Dr. D.
SERGIO SALINAS ALCEGA

ZARAGOZA 2023

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN	9
METODOLOGÍA.....	13
1. LAS FUENTES CLÁSICAS	13
1.A. La doctrina científica.....	13
1.B. La jurisprudencia y legislación.....	15
2. EL ELEMENTO HUMANO.....	16
PARTE PRIMERA: EL BUQUE DE ESTADO COMO OBJETO DE REGULACIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL	21
Capítulo I. EL BUQUE DE ESTADO Y EL TERRITORIO NACIONAL	22
1. Aproximación doctrinal.....	23
2. Aproximación positiva.....	26
3. Territorio español.....	31
4. Otros espacios.....	37
Capítulo II. EL BUQUE DE GUERRA COMO CLASE DE BUQUE DE ESTADO.	39
1. El buque de Estado en el Derecho Internacional.....	39
2. El buque de guerra como subcategoría del buque de Estado de especial relevancia en el Derecho Internacional.....	41
2.A. Concepto	41
2.B. Régimen jurídico.....	45
3. La marina auxiliar y la reserva naval.....	47
4. Pabellones de conveniencia.....	49
Capítulo III. INMUNIDAD SOBERANA DEL BUQUE DE ESTADO.	52
1. Origen histórico de la inmunidad soberana. <i>Par in parem non habet imperium</i>	52
2. Posiciones doctrinales sobre la inmunidad soberana con especial atención a los buques de guerra	55
3. Principales pronunciamientos jurisprudenciales sobre la inmunidad.....	59
3.A. Los Tribunales de Estados Unidos y la Goleta <i>Exchange</i>	60
3.B. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso <i>Al-Adsani v. Reino Unido</i>	62
3.C. Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia sobre inmunidades de jurisdicción. Asunto <i>Alemania v. Italia</i>	63
3.D. Medidas provisionales de 15 de diciembre de 2012 del Tribunal Internacional de Derecho del Mar en el caso nº 20 <i>ARA Libertad (Argentina v. Ghana)</i>	65
4. Regulación convencional de la inmunidad del buque de Estado.....	69
4.A. La Convención internacional para la unificación de ciertas normas relativas a la inmunidad de los buques pertenecientes a Estados.	69
4.B. La Convención sobre la alta mar, y la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua.	71
4.C. La Convención de Naciones Unidas del Derecho de Mar.....	72

4.D. La Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes	77
5. La inmunidad en puerto o en aguas interiores	78
6. La inmunidad del buque de Estado en el Derecho español.	82
7. Inmunidad del buque de Estado hundido.	93
7.A. Una visión general.....	93
7.B. La Convención de la UNESCO de protección del patrimonio cultural subacuático.....	97
 PARTE SEGUNDA: EL BUQUE DE GUERRA COMO INSTRUMENTO DEL ESTADO ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL.....	105
Capítulo I. LA CONCRECIÓN DEL CONCEPTO DE OPERACIONES NAVALES.	106
1. Operaciones interiores.....	108
2. Operaciones exteriores.	116
Capítulo II. EL BUQUE DE GUERRA Y LA REPRESIÓN DE LA PIRATERÍA.....	121
1. Origen y evolución de la piratería.	121
2. La conceptualización de la piratería y su represión internacional.	132
2.A. La Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar.....	132
2.B. Los acuerdos con Kenia y Seychelles y las entregas nacionales. Los posibles tribunales especializados de Puntlandia, Somalilandia y Tanzania.	141
3. La represión de la piratería en el Derecho español: tipificación, jurisdicción y detención.	148
Capítulo III. EL BUQUE DE GUERRA Y LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN: EL TERRORISMO EN LA MAR.	165
1. Los delitos contra la seguridad de la navegación: el terrorismo en la mar.	166
2. El buque y la represión de los delitos contra la seguridad marítima. Especial estudio del terrorismo en la mar.	167
2.A.- El Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.	168
2.B.- El Protocolo relativo al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.	175
3. Los delitos contra la seguridad marítima en el Derecho español: tipificación, jurisdicción y detención.	176
Capítulo IV. EL BUQUE DE GUERRA Y EL TRAFICO ILEGAL DE SERES HUMANOS.....	180
1. Aproximación desde el Derecho Internacional al trafico ilegal de seres humanos: de la esclavitud al trafico de migrantes por mar.	180
1.A. El concepto de esclavitud.....	181
1.B. La trata de personas.....	185
1.C. El tráfico de migrantes.	189
2. El buque de guerra y el tráfico de seres humanos.	189
2.A. La Convención de Naciones Unidas del Derecho de Mar.....	189
2.B. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.	198
3. La represión de la esclavitud, del trafico ilegal de seres humanos y del tráfico de migrantes en el Derecho español: punición y jurisdicción.	201
Capítulo V. EL BUQUE DE GUERRA Y EL TRAFICO DE DROGAS.....	207
1. El trafico de drogas y las operaciones navales.	208
2. El buque de guerra y la represión del tráfico de drogas.	208
2.A. La Convención de Naciones Unidas del Derecho de Mar.....	208
2.B. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicolítropicas.	212
3. La represión del trafico de drogas en el Derecho español: tipificación, jurisdicción y detención.	219

PARTE TERCERA: LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS OPERACIONES NAVALES EN EL EXTERIOR. EL PAPEL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS.....	225
Capítulo I. EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN SU CONTROL DE LA ACCIÓN DE LOS AGENTES DEL ESTADO	226
Capítulo II.- LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS OPERACIONES NAVALES.....	232
1. El derecho a la libertad personal en la mar.....	233
2. El derecho a la vida privada en el seguimiento y monitorización	239
3. La visita y registro.....	246
3.A. Regulación general de la visita y registro.....	246
3.B. Valor de las actuaciones si no media autorización del Estado del pabellón. Análisis especial del tráfico de drogas.....	248
3.C. Procedimientos operativos de los trozos de visita y registro.....	251
3.D. El posicionamiento del Tribunal Europeo de Derecho Humanos.....	255
4. El derecho a la vida privada en la intervención a bordo	256
5. El uso de la fuerza y el derecho a la vida y la prohibición de los tratos degradantes.	261
6 Lectura de derechos al detenido a bordo.....	267
7. La asistencia letrada a bordo.....	270
8. Propiedades incautadas y su custodia.....	276
CONCLUSIONES.....	282
BIBLIOGRAFÍA.....	293
MONOGRAFÍAS	293
ARTÍCULOS Y COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS.	295
JURISPRUDENCIA.	297
OTROS DOCUMENTOS.	299
ANEXO I	300

SIGLAS Y ABREVIATURAS.

- BdC. Banderas de conveniencia.
BOE. Boletín Oficial del Estado.
BQN. Bacteriológica, química, nuclear.
CAOC. *Combined Air Operations Centre*. Centro Combinado de Operaciones Aéreas.
CEDH. Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CITCO. Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado.
COVAM. Centro de Operaciones y Vigilancia de Acción Marítima.
CMI. Comité Marítimo Internacional.
CNUTD. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicolotrópicas.
CNUDM. Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar.
EOD. *Explosive Ordnance Disposal*. Equipo de desactivación de explosivos.
EUNAVFOR. *European Naval Force*. Fuerza Naval Europea.
GTS. Gobierno de Transición Somalí.
JEMAD. Jefe de Estado Mayor de la Defensa.
LECrим. Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LNM. Ley de Navegación Marítima.
LOBA. Lista Oficial de Buques de la Armada.
LODN. Ley Orgánica de Defensa Nacional.
LOPJ. Ley Orgánica del Poder Judicial.
MIO. *Maritime Interdiction Operation*. Operación de interdicción marítima.
NN.UU. Naciones Unidas.
OPKM. *Ocean Peace Keeping Mission*. Misiones navales de paz.
OTAN. Organización del Tratado del Atlántico Norte.
PKM. *Peace Keeping Mission*. Misiones terrestres de paz.
REX. Sección de Relaciones Exteriores del Estado Mayor de la Armada.
RO-RO. Tipo de buque que transporta cargamento rodado. *Roll on, roll off*.
RPG. *Ruchnoy Protivotankovy Granatomyot*. Lanzagranadas antitanque de mano.
SAR. *Search and Rescue*. Búsqueda y rescate.
SASEMAR. Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima.
SOFA. *Status of Force Agreement*, Acuerdo del estatuto de la Fuerza.
SOLAS. *Safety Of Life At Sea*. Seguridad de la vida en la mar.
SUA. *Suppression of Unlawful Acts*. Represión de Actos Ilícitos.
STANAG. *Standarization Agreement* o Acuerdo de Normalización.
STEDH. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TVR. Trozo de visita y registro.
UNESCO. *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
URSS. Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

INTRODUCCIÓN

Los Estados no son entes abstractos que surjan en el mundo de las ideas y que se relacionen entre si por medio de meras declaraciones de voluntad carentes de virtualidad práctica alguna. Muy al contrario, los Estados son elementos concretos que requieren una serie de requisitos físicos y jurídicos para su existencia¹ y que se relacionan entre si, necesariamente por medio de agentes que los representan.

Estos agentes del Estado pueden ser de varias clases, partiendo de los Jefes de Estado o de Gobierno cuando se relacionan con representantes de otros Estados, pasando por los Agentes Diplomáticos como Embajadores o Cónsules, hasta llegar a los buques y aeronaves de Estado, que cuando actúan allende sus fronteras, son también representantes del Estado, o al menos de sus intereses, y en esa medida han de gozar de un estatus especial de protección y respeto.

La razón de ser de ese respeto no es sólo de orden jurídico, sino también de orden práctico, pues han de minimizarse las fricciones entre representantes de los intereses del Estado para evitar así tensiones que afecten a las relaciones internacionales y que pudieran originar un incidente diplomático de consecuencias imprevisibles.

Dentro de estos agentes del Estado destaca con gran fuerza el buque de Estado. Pero con la importante diferencia respecto de otros agentes de que esos buques de Estado no son personas físicas que se desplazan al territorio de otra nación a cumplir con un encargo de su país, como lo es un Embajador o un Jefe de Estado. Lo principal de ellos, a los efectos de esta tesis, además de su función,

¹ Conforme al artículo 1 de la Convención sobre derechos y deberes de los Estados, aprobada en la 7^a Conferencia internacional americana, en Montevideo en 1993, los requisitos que el Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir son: la población permanente, un territorio determinado, un Gobierno y capacidad para entrar en relaciones con los demás Estados.

Introducción.

es que ocupan un espacio físico concreto que queda sustraído, al menos parcialmente, de las leyes y reglamentación del Estado receptor, y en el que los agentes del Estado que van a bordo ejercen sus funciones. Esta peculiaridad se da tanto cuando están en aguas de soberanía de otros Estados, como cuando están en espacios internacionales como la alta mar.

Dentro de las subcategorías que pueden establecerse de buques de Estado, destaca con especial fuerza, tanto por su número como por las funciones que desarrollan y después serán estudiadas con detenimiento, los buques de guerra.

¿Cómo cumplen esas funciones y cometidos? ¿qué normativa aplican? ¿se sustraen de las normas territoriales del Estado del pabellón por razón del lugar donde se encuentren? ¿qué dice la legislación española respecto de estos buques de guerra y en general respecto de los límites del territorio español? Estas y otras cuestiones son las que se analizarán en esta tesis. Para ello se efectuará un estudio coherente y evolutivo de la figura de los buques de guerra. Primero se analizarán como objeto de regulación y después como agente del Estado. Dicho de otra manera, primero se estudiará el corpus normativo internacional aplicable al buque de guerra y luego se abordará el régimen internacional al que se somete su actividad.

El Derecho Internacional viene estableciendo desde antiguo tres requisitos para poder hablar de Estados como sujetos del mismo, estos son la soberanía, la población y el territorio². Esta figura del territorio es un elemento determinante del Estado mismo, pues es sobre ese espacio físico sobre el que alcanza a ejercer su jurisdicción. Su inexistencia determina que no estemos ante Estados si no ante meros pueblos con orígenes y raíces comunes³, pero que no ven reconocido su estatus entre los sujetos del Derecho internacional.

² PASTOR RIDRUEJO, J.A. (2022), *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Grupo Anaya, Madrid, p. 280.

³ Son claros ejemplos los Tártaros de Crimea, los Sefardíes, los Kurdos o los pueblos indígenas americanos, que bien analiza CALDUCH, R. (1991), *Relaciones Internacionales*, Ediciones Ciencias Sociales, Madrid.

La delimitación y alcance del territorio es una cuestión más o menos o compleja, que ha dado lugar a algunos de los pasajes más interesantes de las relaciones y conflictos internacionales y cuyo análisis detallado excede de las pretensiones de la presente tesis; mas por su trascendencia, aun cuando sea someramente, se esbozarán las principales posiciones doctrinales al respecto.

Pero por territorio no debe entenderse exclusivamente el espacio geográfico concretado por los tratados internacionales delimitadores de las distintas fronteras de un país⁴, sino que este llega a alcanzar también a otros espacios que en mayor o menor medida quedan sujetos a la jurisdicción del Estado de origen, aunque no sean territorio propiamente dicho. Se trata de ciertos privilegios que el Estado disfruta sobre sus sedes diplomáticas que se encuentran en territorio extranjero, y sobre todo respecto de los buques de Estado, que son espacios sobre los que el Estado del pabellón mantiene su jurisdicción y que por su propia naturaleza se desplazan por zonas del globo no sujetas a la soberanía de ningún país⁵, o que operan en zonas sobre las que sí alcanza la soberanía de otros Estados, como sería en su mar territorial u otras zonas sujetas a su jurisdicción.

La propia naturaleza de estos buques como buques de Estado, hace que no sean unas meras proyecciones virtuales del territorio nacional allende sus fronteras físicas, sino que tengan relaciones con el entorno. Esta situación que es consustancial a cualquier desplazamiento del buque, puede verse acentuada si dicho buque se desplaza en el curso de una concreta operación militar. En este último supuesto, las situaciones jurídicas que se puede plantear, las funciones públicas que vienen a desempeñar, las relaciones con ese entorno

⁴ En el caso de España, como después se expondrá, son básicamente: Con Francia los Tratados de Bayona, y París, y el Acuerdo de Madrid; Con Portugal los Convenios de Lisboa y Madrid; Con Reino Unido en Gibraltar: El Tratado de Utrecht; Con Marruecos: El Tratado de Paz y Amistad firmado entre España y Marruecos

⁵ Como sucede en el caso de la Alta mar o de las zonas marítimas de la Antártida, sometidas a un régimen internacional conforme al Trato de Washington de 1 de diciembre de 1959. *BOE* núm. 152, de 26 de junio de 1982.

más o menos hostil, pueden volverse más intensas y dar lugar a un mayor número de problemas, tanto desde el punto de vista del Derecho Internacional como del propio Derecho nacional. Por ello se analizarán en esta tesis las principales clases de misiones que el buque de guerra desempeña y cómo se integran estas en el ordenamiento jurídico español. Tras esta visión general de las operaciones navales se abordarán los problemas jurídicos existentes en cada una de las principales misiones a desarrollar por el buque de guerra, y así se analizarán la piratería, los delitos contra la seguridad de la navegación, y los tráficos ilícitos, tanto de seres humanos como de drogas. Se hará un estudio de estas figuras jurídicas, de su regulación internacional, de las capacidades de acción del buque frente a ellas, y del alcance de la jurisdicción española para su represión y punición.

En tercer lugar, y con la finalidad de hacer un estudio más completo de los límites legales de esas operaciones, y de encontrar soluciones prácticas a los problemas planteados en su desarrollo, se dirigirá la atención a las limitaciones que para la acción del buque de guerra supone la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶ (en adelante CEDH). En esa parte de la tesis, y para salvar un claro problema de limitación jurisprudencial, ya que no es frecuente la existencia de sentencias del citado Tribunal referidas directamente a los buques de guerra, se analizarán otras sentencias en las que los pronunciamientos versan sobre la correcta interpretación de artículos del CEDH en relación a actuaciones de distintas autoridades policiales. En estos casos, y cuando el concreto espacio donde se produjeron los hechos que dan lugar al pronunciamiento del Tribunal no sea un obstáculo para la extensión de la sentencia a hechos similares ocurridos a bordo, se emplearán esas sentencias para matizar el alcance de la acción operativa de los buques de guerra dentro de los límites del CEDH.

⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Todos estas situaciones jurídicas que acaban de ser esbozadas son las que se abordan a lo largo de la presente Tesis, pero tomando siempre como referencia especial los Convenios internacionales suscritos por España que pudieran ser de aplicación, en especial el CEDH, así como la jurisprudencia internacional aplicable, marco todo este que será tenido en cuenta cuando, como se pretende, se intente dar solución jurídica a las situaciones expuestas.

METODOLOGÍA

La ciencia jurídica no deja en ningún momento de ser ciencia, y por lo tanto todo en ella ha de ser afrontado con método científico. Escribir con método no garantiza el éxito de la empresa del jurista, pero escribir sin él sí garantiza su fracaso. Procede así señalar las principales fuentes empleadas.

1. LAS FUENTES CLÁSICAS.

1.A. La doctrina científica.

Para la realización de la presente tesis se han empleado un importante número de obras que se detallan pormenorizadamente en el epígrafe de bibliografía. La naturaleza del tema abordado ha permitido trabajar con obras de autores modernos que han efectuado aproximaciones brillantes a algunas de las cuestiones aquí tratadas como son Bodinni, Marín Castán, Barceló o López Martín. Pero la mayor ventaja del tema en este aspecto, es que se ha podido seguir haciendo uso de las aproximaciones que a conceptos ya casi atemporales han hecho los clásicos como Groccio, Rousseau, y otros más modernos como Azcarraga, o Diez de Velasco, quienes ya han entrado por derecho propio entre los clásicos del Derecho Internacional.

De entre todas las obras usadas, destaca especialmente el *Manual de Derecho Marítimo* editado por el Ministerio de Defensa, y entre cuyos autores cabe resaltar al hoy General Auditor Alfonso Barrada Ferreirós, con quien compartí destino en la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada cuando el

Introducción.

citado Manual se redactó. La obra representa un resumen del Derecho Marítimo tremadamente clarificador en muchos aspectos y es un compendio claro de esa disciplina a día de hoy.

De entre las obras citadas en la bibliografía, algunas ya estaban a mi disposición por estar formando parte de la biblioteca de mi padre, -José Antonio Jáudenes Laméiro, también Jurídico Militar y miembro de las Delegaciones españolas que negociaron el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación (en adelante Convenio SUA)⁷ y la Convención de la UNESCO de 2001 sobre la protección del patrimonio cultural subacuático y quien despertó mi interés por el Derecho Internacional-, otras se han podido consultar entre los fondos bibliográficos de la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada y alguna de la Biblioteca del Cuartel General de la Armada. La existencia de muchas de ellas en formato electrónico ha facilitado considerablemente la tarea de documentación previa a la redacción de la tesis, destacando en este sentido el buscador de la Biblioteca de la Universidad de Zaragoza y el de la UNED. Otra herramienta relevante para la búsqueda y localización de fuentes ha sido la base de datos de tesis doctorales Dialnet⁸.

Dentro de estas fuentes electrónicas destaca la Biblioteca Stockton E-Portal de la Marina estadounidense, que cuenta con una importante recopilación de artículos sobre los principales asuntos de Derecho Internacional⁹. También he utilizado la base de datos electrónica de la OTAN -LAWFAS¹⁰- para consultar documentación operativa no clasificada, o para comprobar la vigencia de aquella de la que ya disponía.

⁷ BOE núm. 99, de 24 de abril de 1992. El término SUA proviene del nombre en inglés del Convenio: *International Convention for the Supression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation*

⁸ <https://dialnet.unirioja.es/>

⁹ <http://usnwc.libguides.com/LOAC-IHL>

¹⁰ <https://lafas.hq.nato.int/>

Ha sido también esencial el acceso que tuve, con ocasión de mis despliegues como Asesor Jurídico de la Operación *Atalanta*, a la documentación operativa de la citada misión, y que si bien por su naturaleza reservada no puede ser citada directamente, si ha marcado ciertas afirmaciones realizadas en la presente tesis.

Se ha optado por no incluir anexos documentales, estableciendo sin más remisiones a las fuentes a través de sus enlaces -todos operativos en junio de 2023, fecha de depósito de esta tesis-. La única excepción la supone el anexo I donde se incluye el Acuerdo por el que se fijan los criterios de actuación de los buques de la Armada ante los delitos de persecución universal, suscrito por la Fiscalía General del Estado con la Armada. Y es que este Acuerdo, junto con otro similar suscrito con el EMAD, tienen una especial relevancia por contener expresamente la habilitación de acción del buque de guerra por cuenta del Ministerio Fiscal ante estos delitos. Lamentablemente, su difusión y publicidad ha sido muy limitada, por lo que no es posible remitirse a ninguna base de datos para su consulta. Si bien se trata de dos Acuerdos, ambos tienen idéntico contenido, con la única diferencia de la firma, el Jefe del Estado Mayor de la Defensa firmó para aquellos supuestos en los que los buques de la Armada actuantes están bajo su control por estar incursos en alguna Operación, y el Jefe de Estado Mayor de la Armada, para el resto de supuestos. La referida dificultad de acceso a estos Acuerdos hace conveniente la inclusión como anexo documental del suscrito con la Armada -recuérdese que ambos tienen idéntico contenido-, con la única lógica y obligada omisión de los anexos al mismo donde figuran los nombres y teléfonos de guardia de los diferentes fiscales.

1.B. La jurisprudencia y legislación.

En esta tesis juega un papel esencial la doctrina jurisprudencial. Para su localización se han empleado bases de datos de acceso común como *Aranzadi*

Introducción.

Westlaw, el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial¹¹ (CENDOJ), así como la página web de noticias jurídicas¹².

Para la jurisprudencia internacional se ha acudido a las páginas web de los distintos órganos judiciales. En aquellos supuestos en los que las resoluciones no estaban ni en inglés ni en español se ha recurrido a fuentes indirectas, como las traducciones no oficiales efectuadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y si no se han encontrado traducciones de expertos, han sido hechas por el autor, mas las pocas veces que ha sido necesaria esta vía indirecta se ha dejado clarificado a pie de página.

Los Tratados Internacionales referidos lo son a su versión consolidada en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE).

2. EL ELEMENTO HUMANO.

La aportación más importante en este sentido ha sido efectuada por el Director de la tesis, el Catedrático Sergio Salinas, su buen juicio, paciencia y dedicación han sido esenciales para estructurar y ordenar acertadamente los conceptos estudiados y orientar debidamente la tesis.

Los manuales, los artículos en revistas especializadas, la jurisprudencia más completa, o las bases de datos más depuradas son fuentes clarificadoras y esenciales, pero que no pueden sustituir una conversación o una entrevista con un verdadero experto en la materia. Estas entrevistas tienen la gran utilidad de servir para aclarar conceptos, valorar otros puntos de vista de juristas o de personas que no se dedican al Derecho pero con gran experiencia en determinados campos.

¹¹ <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

¹² <http://www.noticiasjuridicas.com>

La naturaleza del trabajo que he venido realizando estos años como miembro del Cuerpo Jurídico Militar, el estimulante entorno laboral en destinos nacionales, en la OTAN o en diferentes despliegues internacionales, y la enorme calidad humana y profesional de los compañeros que me han rodeado estos años, han facilitado enormemente tanto este intercambio de ideas y puntos de vista, como la localización de material bibliográfico, normativo o doctrinal ya filtrado sobre el que trabajar.

La mayoría de las entrevistas sostenidas para la realización de este trabajo fueron de carácter informal, pese a que algunas de ellas fueron concertadas con antelación y otras simplemente mantenidas aprovechando la coincidencia con algún experto en algún curso, en alguna conferencia, en alguna reunión de trabajo o misión internacional. Pero muchas de ellas fueron realizadas, expresa o tácitamente bajo las reglas de *Chatam House*, según las cuales, los participantes tienen el derecho de utilizar la información que reciben, pero sin revelar ni la identidad ni la afiliación del orador, ni de ningún otro participante.

Si pueden citarse las largas conversaciones mantenidas con compañeros de la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada, especialmente los Generales Fernando Marín Castán, José Manuel Armada Vadillo, Jerónimo Domínguez Bascocoy, y Alfonso Barrada Ferreirós; el Coronel Joaquín Ruiz Diez del Corral y los Tenientes Coroneles Pedro María Pinto Sancristóbal, Rafael Gutiérrez de la Cámara García-Parreño y muy especialmente el Teniente Coronel José Miguel Alía Plana, quien además me animó y orientó en la decisión de escribir esta tesis.

Ha sido especialmente útil el haber trabajado con el Comandante Auditor Rodrigo Lorenzo Ponce de León, Asesor Jurídico del Estado Mayor de la Operación *Atalanta*, con quien pude articular y preparar jurídicamente la entrega a las autoridades de Seychelles de los piratas detenidos a bordo de la Fragata *Navarra* el pasado 2019.

Introducción.

También han sido esenciales para la redacción de esta tesis las experiencias profesionales compartidas con distintos jefes en la Operación *Atalanta*, los Almirantes Rafael Fernández-Pintado Muñoz-Rojas y Ricardo Atanasio Hernández López a bordo del BAA *Galicia* y la Fragata *Navarra* respectivamente, en ambas ocasiones combatimos ataques piratas, aunque sólo con la Fragata *Navarra* pudimos detener a los autores. Mención expresa merece entre las fuentes que han servido para efectuar esta tesis, el Capitán de Corbeta Francisco García Flores, Comandante del BAM *Relámpago* donde me estrené como Asesor de la Operación *Atalanta* y quien me facilitó sobremanera el acceso a la parte más operativa de la misión, autorizando mi integración en el Trozo de visita y registro del buque¹³ para los *friendly approach* o mi asistencia a la reunión auspiciada por Naciones Unidas (en adelante NN.UU.) en el puerto de Berbera en Somalia a la que más adelante se hará referencia. Si bien en ese despliegue en el *Relámpago* no hubo ataques piratas, sí que hubo un rescate de dos náufragos yemeníes.

El último elemento a introducir en esta aproximación a las fuentes humanas del presente trabajo, es la modesta experiencia profesional del autor. El hecho de haber estado once años en destinos de asesoramiento jurídico en la Armada, tanto en la Bahía de Cádiz como en el Cuartel General de la Armada, mi paso como Asesor Jurídico en el *Combined Air Operation Centre* de la OTAN, e incluso haber ocupado distintos puestos en la Jurisdicción Militar, me han facilitado un continuo y completo contacto con cuestiones como las que se abordan en esta tesis. Igualmente, el hecho de haber sido designado por varios años como Oficial de Enlace entre la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada y la Sección de Operaciones del Estado Mayor de la Armada, asistiendo por ello a las reuniones semanales de Operaciones, han aportado una verdadera conciencia de la trascendencia y alcance de los problemas que se analizan a lo largo de la presente tesis doctoral.

¹³ En la Armada se emplea el tradicional término de *trozo* para referirse a una sección o grupo, y en concreto el trozo de visita y registro de un buque lo conforman aquellos tripulantes que, además de sus cometidos ordinarios en el buque, se adiestran para visitar y registrar otros buques cuando sea requerido.

La asistencia a numerosos cursos, seminarios y ponencias durante estos años ha servido también para enriquecer el punto de vista del autor en determinadas aproximaciones a figuras propias del Derecho del Mar, y en general a problemas como los de la trata de seres humanos o el tráfico de drogas.

Del mismo modo, la experiencia operativa en seis misiones internacionales, tres de ellas con el Ejército del Aire y tres con la Armada, me ha llevado a tomar conciencia de la necesidad de tener en todo tipo de operación un marco jurídico claro y preciso, en el que tanto la norma, como la interpretación que a la misma se dé sean claras, ágiles y proactivas, procurando evitar dudas y disparidades interpretativas que sólo generarían confusión en el destinatario del asesoramiento. El Derecho no es un obstáculo en el curso de la Operación, muy al contrario, es una herramienta que ayuda, junto con otras, a la consecución de ese fin operativo¹⁴. Dicho de otra manera, el Derecho no debe ser un problema, el Derecho es una solución, y el Asesor Jurídico ha de ser ágil y eficaz en proveer de la misma al mando militar. Esta es la forma de pensar y entender el Derecho que he intentado plasmar en esta tesis.

¹⁴ Se emplea en esta tesis el término operativo por estar ya asentado en nuestra doctrina científica, no obstante es, tal y como han señalado muchos juristas anteriormente, más acertado referirse a esta rama del Derecho como Derecho operacional y no operativa. Vid. ALÍA PLANA, J.M. (2015), “Concepto de Derecho Operativo”, en PÉREZ DE FRANCISCO, E. *Manual de Derecho Operativo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, pp. 74 – 78.

PARTE PRIMERA: EL BUQUE DE ESTADO COMO OBJETO DE REGULACIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL.

En esta primera parte se pretende dar respuesta a la cuestión de la naturaleza jurídica del buque de Estado, y en concreto a la subcategoría del buque de guerra, comenzando por su encaje como parte del territorio nacional desde la perspectiva del Derecho Internacional. Son grandes los problemas jurídicos que plantea el juego simultáneo de diversas jurisdicciones que despierta el hecho de que un espacio físico como es el buque pueda introducirse en territorios extranjeros¹⁵ o circular por espacios no sometidos a la soberanía de ningún Estado. Ese será el objeto de esta primera parte, es decir, analizar el encuadre del buque de Estado en el ordenamiento jurídico internacional, abordando qué marco jurídico es aplicable al mismo. Esta aproximación difiere de la que se hará en la segunda parte, en la que se analizará al buque como agente del Estado, como instrumento que opera allende sus fronteras y que por dicha función disfruta de un concreto marco jurídico.

Para ello se concretarán en primer lugar los conceptos objeto de estudio, y se determinará qué se entiende por territorio nacional, qué naturaleza jurídica tiene el mismo, qué se entiende por buque de Estado y cómo opera este en tanto que espacio físico sometido a la jurisdicción del Estado del pabellón. Esto será también puesto en contexto con la función desarrollada por esos buques de Estado al actuar como agentes del Estado del pabellón, que sería la justificación última de un estatus especial. En relación al buque de Estado, se centrará la atención en el análisis del buque de guerra, subcategoría del anterior tipo, que supone el principal agente exterior del Estado en la mar, y que por la naturaleza de sus funciones es al que mayores supuestos jurídicamente problemáticos se le pueden presentar.

¹⁵ Sería el caso de las entradas en aguas territoriales extranjeras, o en puertos de otros países o la navegación por la alta mar.

También en esta primera parte se analizará la peculiar situación jurídica que afecta al buque en esta coyuntura expuesta, viendo para ello de qué privilegios goza y con qué inmunidades cuenta. Este análisis será tanto histórico como doctrinal, jurisprudencial y convencional, y se abordará tanto desde la perspectiva estricta del Derecho Internacional como desde nuestro Derecho interno. Finalmente se analizará si este estatus privilegiado se extiende también a los buques de guerra y de Estado hundidos, o si por el contrario finaliza cuando el buque pierde la capacidad de ejercer su función de agente del Estado del pabellón.

Capítulo I. EL BUQUE DE ESTADO Y EL TERRITORIO NACIONAL.

En este Capítulo I se analizarán las diferentes concepciones de territorio nacional y su naturaleza jurídica según las principales fuentes de doctrina científica. Con ello se pretende estudiar también las distintas implicaciones jurídicas que tiene, conforme a nuestro Derecho positivo, la conceptuación de un espacio determinado como territorio nacional. Tras haber abordado y definido estos conceptos se pasará a concretar el espacio físico que se entiende que conforma el territorio nacional español, para lo que se hará un somero estudio de la concreta delimitación de nuestras fronteras, pues esta concreción y estudio es un previo necesario para comprender en su totalidad las peculiares características que el buque tiene como parte del territorio soberano de un Estado y que se analizará en el Capítulo II. Este primer Capítulo finaliza analizando la situación de las legaciones diplomáticas y residencias de los Jefes de delegación, en tanto que tienen un tratamiento por parte del Derecho Internacional diferenciado del territorio “ordinario”, basándose principalmente en el principio de reciprocidad, este régimen especial guarda un significativo paralelismo con la solución que el Derecho Internacional da al buque de guerra que se encuentra en aguas extranjeras, pues en ambos supuestos se modula el ejercicio de la soberanía del Estado receptor de la legación, o titular de las aguas jurisdiccionales donde se encuentra el buque de guerra.

1. Aproximación doctrinal.

En las más clásicas definiciones del Estado aparece el elemento territorial como uno de aquellos que conforman su esencia¹⁶. Es necesario esperar a Hugo GROCCIO¹⁷, para que por primera vez se cite el territorio como uno de los elementos conformadores o constitutivos del Estado.

Tras la población¹⁸, el segundo elemento del Estado lo supone el territorio. Sobre el mismo se halla asentada la comunidad nacional. Goza de dos características fundamentales, es estable, pues sobre él se asienta de manera permanente una población, y es limitado, pues su límite lo marcan las fronteras que tienden a ser concretas y definidas. Quedan ya como meros recuerdos del pasado teorías jurídicas superadas como las soviéticas del *Estado fluido* o las nacionalsocialistas del *Estado dinámico*¹⁹.

Siguiendo a Charles ROUSSEAU, se pueden sintetizar las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del territorio como sigue²⁰:

¹⁶ Así el insigne jurista Marco Tulio Cicerón, obviando cualquier referencia al territorio, y haciendo a este una aproximación desde una perspectiva personal, lo asocia a la comunidad humana que lo integra, y así define el Estado como: “Así, pues, la cosa pública (república) es lo que pertenece al pueblo; pero pueblo es todo conjunto de hombres reunido de cualquier manera, sino el conjunto de una multitud asociada por un mismo derecho, que sirve a todos por igual”, en CICERÓN, M. T. (1991), *Sobre la República, introducción, traducción, apéndice y notas de Álvaro Dòrs*, Editorial Gredos, Madrid, pp. 62 y 63.

¹⁷ Vid. GROCCIO, H. (1925), *Del Derecho de la guerra y de la paz*, (J. T. Ripoll, Trad.), Reus, Madrid, pp. 288 y ss.

¹⁸ Vid. ROUSSEAU, C. (1957), *Derecho Internacional Público*, Ediciones Ariel S.L, Barcelona, p. 77.

¹⁹ Elemento este en el que no nos detendremos Vid. PASTOR RIDRUEJO, J.A. (2022), *Curso de Derecho Internacional Público...*, op. cit, pp .251 y ss.

²⁰ No se analiza en detalle la teoría del espacio vital o *Lebensraum*, pues lejos de ser una teoría jurídica propiamente dicha, se trata de una teoría netamente política y aparentemente superada que, centrada en el territorio y en el concepto de pueblo, extendía su argumentario a elementos jurídicos como consecuencia necesaria de su búsqueda de argumentos doctrinales que la sostuvieran más allá de su simple codificación en acuerdos internacionales, como sucedió en la alianza germano italiana de mayo de 1939. No obstante puede ser interesante reflexionar sobre si las actividades realizadas en la actualidad por algunos Estados en sus antiguas zonas de influencia no son, *mutatis mutandi*, una readaptación de aquellas teorías de hace casi ochenta y cinco años.

- Teoría de territorio como elemento constitutivo del Estado: Es la más simple de las teorías sobre el territorio y se asienta en su consideración como el elemento subjetivo del Estado personificado, que es parte integrante de su naturaleza y que está afectado de un modo exclusivo al ejercicio del poder público. Esta teoría, defendida por autores de la talla de HAURIOU²¹ en Francia o JELLINEK²² en Alemania, da, en palabras de ROUSSEAU, una explicación inaceptable a la cuestión del territorio, tanto por confundir los conceptos de “condición” y “elemento”, como por no dar una respuesta válida a fenómenos como las cesiones territoriales o las competencias compartidas, que no cabrían sobre un territorio que fuera a su vez la propia esencia del Estado.
- Teoría del territorio objeto²³: Se plantea el territorio como el objeto sobre el que el Estado, o bien goza de un derecho real de propiedad, o bien goza de un derecho real de soberanía. Ambas variantes de esta teoría se basan por tanto en derechos reales de propiedad (*dominium*) o de soberanía (*imperium*), partiendo de dos argumentos algo falaces como son que el Estado puede ser titular de derechos reales o que su poder no se ejerce sobre las personas, sino también sobre el territorio con independencia de aquellas.
- Teoría del territorio límite: DUGUIT aporta una evolución a la teoría anterior al señalar que el territorio es: “[...] el límite material de la acción efectiva de los gobiernos”²⁴. Esta teoría, más acertada que las anteriores, incurre en el error (y se siguen defendiendo aquí los postulados de

²¹ Para quien: “[el] Estado es un conjunto de individuos que habitan un territorio determinado y sobre los cuales existen lazos de poder”. Vid. HAURIOU, A. (1966), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, París, p. 91.

²² Vid. JELLINEK, G. (2000), *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, Mexico D.F., p. 154.

²³ Vid. FAUCHILLE, P., & BONFILS, H. (1921), *Traité de droit international public*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, p. 224.

²⁴ Vid. DUGUIT, L. (1924), *Soberanía y libertad (Lecciones dadas en la Universidad de Columbia)*, (J. G. Acuña, Trad.), Francisco Beltrán, Madrid, p. 69.

ROUSSEAU) de que obvia que el territorio no es sólo un límite a la acción del Estado, sino que también representa un título positivo de competencia que legitima su actuación.

- Teoría de la competencia: Introducida por primera vez por RADNITZKY en 1905²⁵, fue desarrollada convenientemente por la escuela austriaca de Derecho Internacional, en concreto por Hans KELSEN²⁶. Así el territorio es, en un sentido estricto, el espacio donde exclusivamente está legitimado un Estado soberano para ejercer su poder, en especial el ejercicio coactivo del mismo, con exclusión de otros Estados. En sentido amplio o abstracto, sería el espacio sobre el que el Estado puede ejercer parte de sus funciones y de su autoridad; tal sería el caso de la alta mar, aunque en este supuesto respecto de los buques de su pabellón, o en los casos contemplados por el Derecho Internacional como piratería, trata de esclavos, etc. Esta teoría es mucho más satisfactoria, toda vez que determina las competencias atribuidas a los agentes del Estado como prerrogativas establecidas para la realización de determinados fines de interés público; porque en su seno se pueden explicar las cesiones territoriales que en las otras teorías no tenían un verdadero encaje; y porque al no establecer un concepto rígido y unívoco, esta teoría puede adaptarse a la realidad de unas situaciones territoriales cambiantes.

Si bien todas las teorías expuestas aportan algún elemento importante, la principal conclusión que se puede sacar de las mismas es que la evolución del concepto ha sido más que destacable. Así el concepto de territorio pasa de ser concebido exclusivamente como la esencia del Estado, a ser cosificado, pudiendo justificar que en ocasiones fuera objeto de comercio entre naciones. Posteriormente las teorías entran en una percepción más práctica del elemento territorial, más funcional, al percibirlo fundamentalmente como un título que

²⁵ Vid. RADNITZKY, E. (1906), y pp. 313-355.

²⁶ Vid. KELSEN, H. (1952), *Principles of International Law*, The Lawbook Exchange Ltd, Nueva York, p. 207 y ss.

habilita en exclusiva a un Estado a actuar en un espacio determinado, o finalmente un título habilitante de competencia. Y es efectivamente esta última postura doctrinal la que entendemos como más acertada por resultar más completa, y, sobre todo, porque en su concepción más amplia, establece una justificación teórica a la acción de los Estados en la alta mar, pues sus agentes, como por ejemplo el buque de guerra, pueden actuar en dicho espacio para el cumplimiento de los fines públicos que al Estado competen, independientemente de que esa acción sea o no en concurrencia de los agentes de otros Estados.

2. Aproximación positiva.

La legislación nacional española acude al concepto de territorio para fijar el alcance de nuestro Derecho positivo. Salvedad hecha de las reglas del Derecho Internacional Privado y del hecho de que la nacionalidad determine la ley nacional de las personas físicas²⁷, el Derecho Público se aplica a todos los que se encuentren en territorio nacional, y así lo consagran dos textos legales básicos como son el Código Civil²⁸ y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ)²⁹.

El primero de dichos textos determina el alcance espacial de las leyes españolas, tomando como referente obligado para ello el territorio nacional³⁰.

Por su parte, la LOPJ, determina la competencia de los juzgados y tribunales españoles en atención al criterio del territorio y de la materia. Así señala en su artículo 21 para materia civil que: “1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo

²⁷ Artículo 9.1 del Código Civil: “1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”.

²⁸ *Gaceta de Madrid* núm. 206, de 25 de julio de 1889.

²⁹ *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985.

³⁰ Artículo 8.1 del Código Civil: “1. Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea (en adelante UE) y en las leyes españolas”.

Siguiendo con este sistema, extiende el artículo 22 la competencia de nuestros tribunales, en exclusiva, a una serie de materias sobre bienes o derechos que se encuentren o se hayan ejercitado en territorio nacional³¹.

Igualmente, en materia de Derecho de familia para cuestiones tan trascendentes como la ausencia y fallecimiento, capacidad, relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, separación o divorcio, filiación, adopción, alimentos o sucesiones, el territorio nacional es el principal elemento determinante de la competencia³².

³¹ Artículo 22 LOPJ: “Con carácter exclusivo, los Tribunales españoles serán competentes en todo caso y con preferencia de cualquier otro, para conocer de las pretensiones relativas a las siguientes materias: [...] a) Derechos reales y arrendamientos de bienes inmuebles **que se hallen en España**. [...] b) Constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su **domicilio en territorio español**, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos. c) Validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un **registro español**. d) Inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y otros derechos sometidos a depósito o registro, cuando se hubiera **solicitado o efectuado en España el depósito o el registro**. e) **Reconocimiento y ejecución en territorio español de sentencias** y demás resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados en el extranjero”.

³² Artículo 22 quáter de la LOPJ: “En defecto de los criterios anteriores, los Tribunales españoles serán competentes:

- a) En materia de declaración de **ausencia o fallecimiento**, cuando el desaparecido hubiera tenido su **último domicilio en territorio español** o tuviera nacionalidad española.
- b) En materia relacionada con la **capacidad** de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes, cuando estos tuvieran su **residencia habitual en España**.
- c) En materia de **relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio** y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en **España** al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en **España** su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando **España** sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en **España** resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en **España** desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en **España** al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española.
- d) En materia de **filiación** y de relaciones paterno-familiares, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en **España** al

Del mismo modo, los Tribunales españoles serán competentes para adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España³³.

La aplicabilidad a bordo de los buques españoles de nuestra ley nacional se prevé en sede penal al atribuir la competencia a la jurisdicción española para proceder por delitos o faltas cometidos en territorio español o a bordo de buques o aeronaves españolas. Extendiendo la misma a otros supuestos fuera del territorio nacional. Así el artículo 23 de la LOPJ señala que: “1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”.

Este criterio territorial sostenido en materia civil y penal desaparece en cuestiones contencioso-administrativas, siendo sustituido por que el acto o disposición impugnado emanen de las Administraciones Públicas españolas³⁴.

tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en **España** o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.

e) En materia de adopción, en los supuestos regulados en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

f) En materia de **alimentos**, cuando el acreedor o el demandado de los mismos tenga su **residencia habitual en España** o, si la pretensión de alimentos se formula como accesoria a una cuestión sobre el estado civil o de una acción de responsabilidad parental, cuando los Tribunales españoles fuesen competentes para conocer de esta última acción.

g) En materia de **sucesiones**, cuando el causante hubiera tenido su última residencia habitual en España o cuando **los bienes se encuentren en España** y el causante fuera español en el momento del fallecimiento. También serán competentes cuando las partes se hubieran sometido a los Tribunales españoles, siempre que fuera aplicable la ley española a la sucesión. Cuando ninguna jurisdicción extranjera sea competente, los Tribunales españoles lo serán respecto de los bienes de la sucesión que se encuentren en **España**”.

³³ Artículo 22 sexies de la LOPJ.

³⁴ Artículo 24 de la LOPJ: “En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los Poderes Públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las leyes”.

Y en este sentido el Comandante de un buque de Estado español es, como no puede ser de otra manera, un representante de la Administración Pública española.

En el orden social vuelve a recuperarse el criterio territorial³⁵, consecuencia lógica del carácter tuitivo de esta rama del Derecho.

En sede de convenios internacionales, el territorio también alcanza de manera determinante su ámbito de aplicación. Ejemplo claro en esta cuestión es el Tratado de Washington por el que se crea la Organización del Tratado del Atlántico Norte (en adelante OTAN)³⁶, que delimita su ámbito geográfico, aun cuando lo haga solamente para los supuestos en los que opera la defensa colectiva³⁷.

Por su parte, el CEDH determina su alcance en función de la competencia de la jurisdicción de los Estados signatarios³⁸. Solución esta lógica si con este texto

³⁵ Artículo 25 de la LOPJ: “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:

1º. En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los **servicios se hayan prestado en España** o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el **demandado** tenga su **domicilio en territorio español** o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en **España**; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de **contrato de embarque**, si el contrato fue precedido de oferta recibida en **España** por trabajador español.

2º. En materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en **España** y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en **territorio español**.

3º. En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en **España**”.

³⁶ Instrumento de Adhesión del Reino de España al Tratado del Atlántico Norte. BOE núm. 129, de 31 de mayo de 1982.

³⁷ Artículo 6 del Tratado de Washington: “A efectos del artículo 5. se considera ataque armado contra una o varias de las Partes; un ataque armado contra el territorio de cualquiera de las Partes en Europa o en América del Norte, contra los departamentos franceses de Argelia, contra las fuerzas de ocupación de cualquiera de las Partes en Europa, contra las islas bajo jurisdicción de cualquiera de las Partes en la región del Atlántico Norte al Norte del Trópico de Cáncer o contra los buques o aeronaves de cualquiera de las Partes en la citada región”.

³⁸ Artículo 1 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 en su versión de la Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del

internacional se pretende controlar el actuar de los poderes públicos de los Estados signatarios, evitando circunscribir este control a un espacio determinado. Desde un punto de vista doctrinal, es también la solución más coherente, toda vez que, tal y como ya se indicó al abordar el control judicial de las actuaciones de la Administración Pública nacional, esta no se rige por un criterio territorial, sino de mera acción o atribución de la conducta. Todo actuar de una Administración Pública española, suceda donde suceda, puede ser enjuiciado por los tribunales españoles en sede contencioso-administrativa. Esta extensión implica que la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) interpretando las disposiciones del CEDH, alcanza a toda actuación de las Administraciones Públicas españolas.

De lo expuesto se extraen dos conclusiones, la primera es que el ámbito espacial de aplicación de las normas es una constante en todas ellas, y que dicho ámbito territorial se identifica con el territorio nacional con carácter general. Y la segunda conclusión es que la responsabilidad del Estado por el actuar de los poderes públicos, no queda circunscrita a ese ámbito territorial definido por el territorio nacional -u otros espacios más amplios si existiera un tratado internacional que así lo determinara-, sino que su alcance va mucho más allá, al permitir incluso la tutela judicial de toda actuación de una Administración Pública española con independencia del lugar en el que la misma tenga lugar.

Así puede decirse que el territorio es el elemento pasivo a tener presente en el alcance de aplicación de las normas, pero que no representa *per se* un límite a la responsabilidad de los poderes públicos.

Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el Protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el Protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, *BOE* núm. 108 de 6 de mayo de 1983: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”.

3. Territorio español.

Visto el concepto de territorio, su importancia y su alcance en la asignación de competencias a los diferentes Estados, procede analizar la concreción del mismo en el caso español. La determinación de estos espacios, sobre todo los marítimos, juega un importante papel en relación a las distintas acciones que el buque de Estado español va a poder desarrollar, en la medida en que determina diferente grado de competencia sobre dichas zonas.

Aunque en la presente tesis se ponga especial atención en los espacios marítimos, al objeto de hacer un análisis completo del territorio, resulta necesario partir, no podía ser de otra manera, de las fronteras terrestres españolas. Estas están fijadas por los siguientes tratados:

Con Francia: Los límites terrestres están establecidos en los Tratados de Bayona de 2 de diciembre de 1856³⁹, de 14 de abril de 1862⁴⁰, de 26 de mayo de 1866⁴¹, en las disposiciones adicionales a dicho Tratado⁴² y en la Declaración de Bayona de 14 de junio de 1906 conteniendo el Acta de Amojonamiento de los Pirineos Orientales y la provincia de Gerona⁴³. El túnel fronterizo de Somport, delimitado en su interior por el Convenio de París de 12 de junio de 1928⁴⁴. El condominio sobre la Isla de los Faisanes está reglamentado por el art. 27 del Tratado de 1857 y por el Convenio de 27 de marzo de 1901⁴⁵. La conservación de la frontera también se determinó por tratado⁴⁶.

³⁹ *Gaceta de Madrid*, núm. 1704, de 4 de septiembre de 1857; Aranzadi: Nuevo Dic., n. 13670.

⁴⁰ *Gaceta de Madrid*, núm. 125, de 5 de mayo de 1863; Aranzadi: Nuevo Dic., n. 13672.

⁴¹ *Gaceta de Madrid*, núm. 203, de 22 de julio de 1866; Aranzadi: Nuevo Dic., n. 13674.

⁴² *Gaceta de Madrid*, núm. 51, de 20 de febrero de 1869; Aranzadi: Nuevo Dic., n. 13677.

⁴³ *Gaceta de Madrid*, núm. 159, de 8 de junio de 1907; Aranzadi: Nuevo Dic., n. 13682.

⁴⁴ *Gaceta de Madrid*, núm. 335, de 30 de noviembre de 1932; Aranzadi: Nuevo Dic., n. 13685.

⁴⁵ *Gaceta de Madrid*, núm. 290, de 17 de octubre de 1902; Aranzadi: Nuevo Dic., n. 13680.

⁴⁶ El Acuerdo de Madrid de 8 de febrero de 1973 (*BOE* núm. 150 de 24 de junio de 1975; Aranzadi: Nuevo Dic., n. 13692 bis) determina lo relativo al amojonamiento y conservación de la

Con Portugal: Las fronteras están establecidas de modo general por el Convenio de Lisboa de 29 de septiembre de 1864⁴⁷, los anexos al mismo contenidos en el Convenio de 4 de noviembre de 1866⁴⁸, el Convenio de Madrid de 27 de marzo de 1893, ratificado en virtud de autorización contenida en el R.D. de 18 de agosto de 1893⁴⁹ y el Convenio de Lisboa de 29 de junio de 1926⁵⁰.

Con Gibraltar: Aquí tenemos que acudir al art. 10 del Tratado de Utrecht de 13 de julio de 1713, por el que se cede a la Corona británica la: “[...] Ciudad y Castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto, defensas y fortalezas que le pertenecen”.

Con Andorra: Su delimitación fronteriza es más consuetudinaria que jurídica sin que exista un tratado de límites concretos con los países vecinos⁵¹.

Con Marruecos: El Tratado de Paz y Amistad firmado entre España y Marruecos el 26 de abril de 1860⁵² respecto a la plaza española de Ceuta y reiterándose, además, en el mismo respecto a la plaza de Melilla las disposiciones en el Convenio de 24 de agosto de 1859⁵³.

frontera hispano-francesa y se crean por ello unos Delegados permanentes de amojonamiento (art. 6) y una Comisión mixta (art. 10).

⁴⁷ *Gaceta de Madrid*, núm. 159, de 8 de junio de 1886; Aranzadi: Nuevo Dic., n. 13673.

⁴⁸ *Gaceta de Madrid*, núm. 340, de 6 de diciembre de 1866; Aranzadi: Nuevo Dic., n. 13675.

⁴⁹ *Gaceta de Madrid*, núm. 272, de 29 de septiembre de 1893; Aranzadi: Nuevo Dic. n. 13678.

⁵⁰ *Gaceta de Madrid*, núm. 149, de 29 de mayo de 1927; Aranzadi: Nuevo Dic., n. 13684.

⁵¹ Si bien el artículo 1.5 de la Constitución de Andorra de 1993, vid. <https://www.consellgeneral.ad/fitxers/documents/constitucio/const-cast> establece su organización territorial en parroquias, no marca específicamente los límites geográficos de las mismas, no obstante, estos límites son aceptados por España y Francia en el artículo 3 del Tratado de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación entre el Reino de España, la República Francesa y el Principado de Andorra, hecho en Madrid y París el 1 de junio de 1993 y en Andorra la Vieja el 3 de junio de 1993, vid. BOE núm. 155, de 30 de junio de 1993.

⁵² *Gaceta de Madrid* núm. 150 de 5 de junio de 1860.

⁵³ Cuestión esta sobre la que se puede profundizar en REMACHA TEJADA, J.R. (1994), “Las fronteras de Ceuta y Melilla”, *Anuario de Derecho Internacional*. X, pp. 195 y ss.

El siguiente elemento serían las aguas nacionales, tanto interiores como exteriores. Las aguas interiores, el mar territorial y la zona contigua son espacios sometidos a la jurisdicción del Estado ribereño⁵⁴, por otro lado estaría la alta mar donde, como es bien sabido, no alcanza la soberanía de los Estados⁵⁵. La concreción teórica de los límites de estos espacios parece sencilla, pero los problemas son más que considerables cuando se pretende llevar a la práctica⁵⁶.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante CNUDM)⁵⁷, establece la división de los espacios marítimos a partir del concepto de las líneas de base⁵⁸. Éstas separan las aguas interiores del mar territorial y, desde ellas, se miden los diferentes espacios marítimos de soberanía del Estado ribereño, y por tanto también donde comienza la alta mar.

Para la delimitación de esta línea de base, la CNUDM, precisa instrucciones especiales, pudiendo optarse en la práctica por dos sistemas distintos, el de línea de base normal del artículo 5 de la Convención y el de línea de base recta del artículo 7⁵⁹. El sistema de línea de base normal tendría en cuenta la línea real de bajamar a lo largo de la costa, el de línea de base recta, se apoyaría en los puntos más salientes de la tierra en la costa, uniendo linealmente los mismos,

⁵⁴ La soberanía sobre esos espacios, prevista en el artículo 2.1 CNUDM, se ejerce conforme a las previsiones de dicha CNUDM que puede modular su ejercicio, por ejemplo cuando regula el paso inocente en los artículos 17 y siguientes.

⁵⁵ Igualmente existen la Zona Económica Exclusiva (en adelante ZEE) o la plataforma continental como espacios donde el Estado puede ejercer ciertas actividades de control, pero que no pueden considerarse territorio nacional.

⁵⁶ Vid. WHITTEMORE BOGGS, S. W. (1937), "Problems of water-boundary definition: Median lines and international boundaries through territorial waters", *Geographical review*, Nueva York: American Geographical Society, pp. 445 y ss.

⁵⁷ Instrumento de ratificación de la 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.

⁵⁸ Vid. Parte I, Sección II, artículos 3 a 16 de la CNUDM.

⁵⁹ Para ambos sistemas suelen ser empleada como referencia la más baja de las bajamaras, coincidente con los equinoccios y que recibe la denominación de bajamar escorada.

pero sin apartarse de manera apreciable de la línea que forma la bajamar entre esos puntos.

España, como la mayoría de los países, sigue el sistema de línea de base recta, sobre esta línea se fijan los diferentes espacios sobre los que las competencias van decreciendo según nos alejamos de la costa.

En aplicación de este sistema, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, son aguas interiores marítimas españolas: “[...] las situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial”⁶⁰ e: “[...] incluyen las de los puertos y cualesquiera otras comunicadas permanentemente con el mar hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas, así como los tramos navegables de los ríos hasta donde existan puertos de interés general”⁶¹. Comprendiendo así no sólo las aguas que se encuentran en los accidentes naturales existentes a lo largo del litoral, como las lagunas costeras, estuarios, golfos, pequeñas bahías, etc., sino también las que se hallan dentro de ciertas construcciones humanas, en especial los puertos.

El siguiente espacio existente es el mar territorial que puede definirse como: “[...] aquel que se extiende hasta una distancia de 12 millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde la que se mide su anchura”⁶².

Conforme al artículo 3 la CNUDM, todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta una distancia que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de las líneas de base.

⁶⁰ Art. 8.1 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (Real Decreto Ley 2/2011, BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011) y 8 de la CNUDM.

⁶¹ Art. 8.1 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (Real Decreto Ley 2/2011, BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011) y 9, 11 y 12 de la CNUDM.

⁶² Art. 8.1 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (Real Decreto Ley 2/2011, BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011).

Los límites tanto exterior como interior del mar territorial español vienen determinados en la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre el Mar Territorial⁶³, y en el Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto, sobre trazado de líneas de base rectas en desarrollo de la Ley 20/1967, de 8 de abril, sobre extensión de las aguas jurisdiccionales españolas a 12 millas, a efectos de pesca⁶⁴, en los que se establecen las ya indicadas líneas de base rectas como sistema de medición de la anchura del mar territorial y, a partir de ellas, se extiende dicho mar hasta las ya citadas 12 millas náuticas. Las líneas de base rectas establecidas en la costa peninsular española tienen una discontinuidad en la zona de Gibraltar entre Punta Acebuche y Punta Carbonera.

La soberanía del Estado ribereño se extiende, por tanto, más allá de su territorio y de sus aguas interiores o archipelágicas, a la franja de mar adyacente que es su mar territorial. Esta soberanía también se ejerce en el espacio aéreo sobre ese mar territorial.

Aunque la soberanía en el mar territorial es prácticamente completa, el Estado ribereño tiene, como a continuación se estudiará, ciertas limitaciones impuestas en interés general de la comunidad internacional. En el caso español, esta regulación dimanante de la CNUDM, aparece recogida en la Ley de Navegación Marítima⁶⁵.

Así, el Estado tiene competencia para regular las actividades que se lleven a cabo en el mar territorial en materia de defensa, orden público, sanitario, fiscal, aduanero, de navegación, contaminación marina, investigación, pesca, protección del patrimonio cultural subacuático, etc.⁶⁶; además, posee jurisdicción

⁶³ BOE núm. 7, de 8 de enero de 1977.

⁶⁴ BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 1977.

⁶⁵ Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014.

⁶⁶ Art. 19 y ss. de la Ley 14/2014.

para conocer y enjuiciar hechos ocurridos en el mar territorial, salvo ciertas excepciones referidas a buques extranjeros y a sus propios tripulantes⁶⁷.

Por contra, el Estado tiene que admitir en su mar territorial el paso inocente de buques extranjeros tanto mercantes como de guerra, sin discriminación y sin imposición de gravámenes por dicho paso⁶⁸, aunque bien es cierto que en determinados supuestos está autorizado a prohibir el tránsito y fondeo en zonas que afecten al interés nacional. Así el fondeo libre se prohíbe, fuera de las zonas habilitadas o en supuestos de fuerza mayor, para todo buque que no sea de recreo y lo haga en calas o lugares habilitados al baño. Igualmente se prohíbe la realización de actividades de investigación por buques extranjeros sin la debida autorización⁶⁹.

No obstante lo anterior, el Estado ribereño podrá, cuando resulte necesario para garantizar la seguridad de la navegación, exigir que los buques extranjeros que ejerzan el derecho de paso inocente a través de su mar territorial utilicen las vías marítimas y los dispositivos de separación del tráfico que ese Estado haya designado o prescrito para la regulación del paso de dichos buques⁷⁰.

Obvia decir que en el mar territorial, los submarinos y cualesquiera otros vehículos sumergibles deberán navegar en la superficie y enarbolando su correspondiente pabellón⁷¹.

⁶⁷ Art. 27 de la CNUDM y 12 de Ley 14/2014.

⁶⁸ Art. 17 y ss. de la CNUDM y Art. 37 y ss. de la Ley 14/2014.

⁶⁹ Art. 21 y 25 de la CNUDM y Art. 20 y 37 y ss. de la Ley 14/2014.

⁷⁰ Art. 22 de la CNUDM y 30 de la Ley 14/2014.

⁷¹ Arts. 22 y 53 de la Ley 14/2014.

4. Otros espacios.

Junto con los espacios de soberanía propiamente dichos, como el territorio nacional y el mar territorial arriba expuestos con detenimiento, existe otra serie de espacios físicos, incardinados en el territorio de otros Estados, y que sin entrar en las antedichas categorías gozan, en algunos aspectos de un estatus similar a las mismas, en base a un criterio de autolimitación recíproca de los Estados receptores. Se trata de los locales de las Embajadas, Consulados y residencias oficiales de los Jefes de delegación, que son territorio del Estado receptor pero sometido a un régimen específico sobre la base del principio de reciprocidad. Estos espacios merecen ser estudiados con cierto detenimiento, toda vez que su carácter de excepción a la regla general del territorio los acerca de alguna manera a la situación de los buques de Estado, aun cuando su fundamentación última se basa en el ya aludido principio de reciprocidad.

Así, conforme al Convenio de Viena de relaciones diplomáticas, un espacio físico que goza de ciertas inmunidades respecto de la acción del Estado receptor es el ocupado en territorio extranjero por los locales de las misiones diplomáticas⁷².

Similar previsión contempla la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España⁷³, que recoge ciertas inmunidades que equivalen *de facto* a una limitación de la soberanía nacional sobre determinadas partes de nuestro territorio, aun cuando sólo operaría si concurriese reciprocidad

⁷² Artículo 22 del Convenio sobre Relaciones Diplomáticas firmado en Viena el día 18 de abril de 1961 (*BOE* núm. 21 de 24 de agosto de 1968): “1. Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión.

2. El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad.

3. Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución”.

⁷³ *BOE* núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

en su país de origen, tal y como se prevé en el Derecho diplomático, siendo en cualquier caso también una limitación temporal. Así se dota de inmunidad a las residencias de los Jefes de Estado, de Gobierno o Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros en España⁷⁴, a los locales de las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España⁷⁵, y a los locales en España en los que se celebre una Conferencia o reunión internacional⁷⁶.

Estas figuras representan pues, una clara excepción a la regla general de atribución de competencias al Estado sobre el territorio. Su regulación legal, el menos en el caso español, parece clara y precisa. Cuestión distinta es la de su naturaleza jurídica. Por tanto puede afirmarse que el Estado receptor no cede, ni vende, ni presta de manera permanente o temporal estos espacios, sino que simplemente se compromete, sobre la base de los textos internacionales y según el principio de reciprocidad, a no ejercer sobre los mismos las acciones o atribuciones a las que con carácter general tendría derecho. Y por su parte, el

⁷⁴ Artículo 21. Inviolabilidad: “1. Las personas del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero serán inviolables cuando se hallen en territorio español, durante todo el periodo de duración de su mandato, con independencia de que se encuentren en misión oficial o en visita privada. No podrán ser objeto de ninguna forma de detención, se les tratará con el debido respeto y se adoptarán todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

2. La inviolabilidad a la que se refiere el apartado anterior se extiende a su lugar de residencia en España, a su correspondencia y a sus propiedades y, en su caso, a los medios de transporte que utilicen”.

⁷⁵ Artículo 34. Inviolabilidad de las organizaciones internacionales: “1. Los locales de las organizaciones internacionales, cualquiera que sea su propietario, sus archivos, su correspondencia oficial y, en general, todos los documentos que les pertenezcan u obren en su poder y estén destinados a su uso oficial serán inviolables dondequiera que se encuentren.

2. Los locales de las organizaciones internacionales, así como todos sus medios de transporte, bienes y haberes en España no podrán ser objeto de registro, requisita, confiscación, expropiación o de cualquier otra medida coercitiva de carácter ejecutivo, administrativo, judicial o legislativo”.

⁷⁶ Artículo 44. Facilidades, privilegios e inmunidades para la celebración de la conferencia o reunión internacional: “1. Los locales asignados a la conferencia o reunión internacional, cualquiera que sea su propietario, serán inviolables. Ningún agente de las autoridades españolas podrá entrar en ellos sin consentimiento expreso de la máxima autoridad de la organización o representante autorizado, si bien el consentimiento se presumirá en caso de incendio o emergencia equiparable.

2. Los locales, medios de transporte, archivos y documentos y cualesquiera bienes y haberes asignados a la conferencia o reunión internacional no podrán ser objeto de registro, requisita, confiscación, expropiación o de cualquier otra medida coercitiva de carácter ejecutivo, administrativo, judicial o legislativo”.

Estado titular de la legación, dota a esos espacios de ciertos efectos al equipararlos, por regla general, al resto de su territorio para la aplicación de su ordenamiento jurídico. En cuanto a la jurisdicción aplicable a las conductas que sus agentes realicen en las mismas, se sustraen del control de los tribunales de Estado receptor para someterse al control de los tribunales propios, pudiendo generar responsabilidad internacional en aplicación de las reglas relativas a la misma.

Capítulo II. EL BUQUE DE GUERRA COMO CLASE DE BUQUE DE ESTADO.

En este capítulo se abordará el concepto del buque de guerra, viendo sus clases y analizando al buque de guerra como principal agente del Estado en la mar. Tras determinar su concepto, someramente se analizará su régimen jurídico general y se estudiarán ciertas figuras afines, como la marina auxiliar, que en España recibe el nombre de reserva naval, y que supone el instrumento jurídico establecido para la conversión en buques de guerra de buques que de ordinario se dedican a otras labores y fines.

1. El buque de Estado en el Derecho Internacional.

La primera noción que surge, incluso al menos versado de los analistas, de la figura del buque de Estado, sería entender por tal, todo buque o embarcación cuyo titular o armador es un Estado. Sería en su sentido más literal y se referiría a todo buque propiedad del Estado, armado o fletado por este.

Según este concepto amplio, se podrían distinguir, dentro de los buques de Estado, aquellos que se destinan a fines comerciales, de aquellos otros que se destinan únicamente a un servicio oficial no comercial⁷⁷. Sin embargo, los primeros no gozan desde un punto de vista jurídico de la consideración y

⁷⁷ Vid. JAUDENES, J. (2016), “El buque mercante fletado por el Estado para el transporte de tropas o material bélico”, *Cuadernos prácticos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos* (7), p. 27.

protección de buques de Estado, aun cuando fueran propiedad del Estado, o armados o fletados por este. Así, un buque propiedad del Estado empleado para una finalidad comercial como podrían ser los buques de la antigua empresa pública *Transmediterránea* antes de su privatización en 2002, no tenían la consideración jurídica a efectos del Derecho del Mar de buque de Estado.

La norma internacional por antonomasia en materia de Derecho del Mar, esto es, la CNUDM, tampoco define indirectamente el buque de Estado al regular sus inmunidades, cuando en su artículo 96 señala que son: “[...] los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial”.

En Derecho interno español, la Ley de Navegación Marítima los define en su artículo 3.2 cuando señala que: “[...] son buques y embarcaciones de Estado los afectos a la Defensa Nacional u otros de titularidad o uso público, siempre que presten con carácter exclusivo servicios públicos de carácter no comercial”.

Por tanto, la calificación de buque de Estado se limita a aquellos destinados a fines específicamente estatales o públicos, tales como los buques de guerra, de policía marítima, de investigación científica, o asistencia sanitaria. Los restantes buques de titularidad estatal, pero que se dedican a una actividad comercial o de tráfico marítimo están sujetos al estatuto jurídico propio de los buques mercantes o de pesca⁷⁸.

Son buques de Estado españoles, sin perjuicio de los buques de guerra que después se verán con mayor detenimiento, los siguientes:

1. Los buques del Servicio de Vigilancia Aduanera, dependientes de la Agencia Tributaria.
2. Los buques y embarcaciones del Servicio Marítimo de la Guardia Civil.

⁷⁸ Vid. MINISTERIO DE DEFENSA, (2016), *Manual de Derecho del Mar*, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 74.

3. Los buques y embarcaciones de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima.
4. Los buques sanitarios del Instituto Social de la Marina.
5. Los buques oceanográficos del Instituto Español de Oceanografía.
6. Los buques de investigación pesquera y oceanográfica de la Secretaría General de Pesca⁷⁹.

2. El buque de guerra como subcategoría del buque de Estado de especial relevancia en el Derecho Internacional.

2.A. Concepto

La principal definición de buque de guerra la encontramos en la CNUDM que señala en su artículo 29 que:

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

Esta definición es más amplia que la de los textos que precedieron a la CNUDM como son la Convención sobre la alta mar, hecho en Ginebra el 29 de abril de 1958⁸⁰, el Convenio sobre la responsabilidad de los buques nucleares, hecho en

⁷⁹ Con excepción de los buques del Servicio Vigilancia Aduanera –inscritos en la Lista Oficial de Buques de la Armada como buques auxiliares de la Armada, la cual expide su patente de navegación en la que figuran el cometido al que están destinados, la dotación y el armamento fijo y portátil que pueden llevar–, todos los demás 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. Vid. MINISTERIO DE DEFENSA (2016), *Manual de Derecho del Mar*, op. cit. p. 79

⁸⁰ Artículo 8.2: “A los efectos de estos artículos, se entiende por buques de guerra los que pertenecen a la marina de guerra de un Estado y ostentan los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad. El Comandante del buque ha de estar al servicio del

Bruselas el 25 de mayo de 1962⁸¹ y el Tratado concerniente a la neutralidad permanente del Canal y al funcionamiento del Canal de Panamá, hecho en Washington el 7 de septiembre de 1977⁸², más conocido como *Tratado Carter-Torrijos*. El concepto se amplía al extenderse no ya sólo a los buques de la marina de guerra, sino a los buques de todas las Fuerzas Armadas.

Ya en el plano del Derecho interno, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, por su parte, define los buques de Estado y los de guerra en su artículo 3 de la siguiente manera:

“2. Son buques y embarcaciones de Estado los afectos a la Defensa Nacional u otros de titularidad o uso público, siempre que presten con carácter exclusivo servicios públicos de carácter no comercial.

3. Son buques de guerra los buques de Estado adscritos a las Fuerzas Armadas, que lleven los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad y que se encuentren bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de su Estado, cuyo nombre esté inscrito en el escalafón de oficiales o en un documento equivalente y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las Fuerzas Armadas regulares”.

Estado y su nombre ha de figurar en el Escalafón de Oficiales de la Armada. La tripulación ha de estar sometida a la disciplina naval militar”. *BOE* núm. 309 de 27 de Diciembre de 1971.

⁸¹ Este tratado, del que España no es parte firmante, todavía no ha entrado en vigor por no haber alcanzado el número de ratificaciones necesarias para ello, establece en su artículo 1.11: “Warship means any 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 Government of such State and whose name appears in the Navy List, and manned by a crew who are under regular naval discipline”. Vid. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/trb-1968-90>. Este artículo parece haber sido tomado de referencia para la definición de buque de guerra de la ley 25/1964, de 29 de abril sobre energía nuclear, *BOE* núm. 107, de 4 de mayo de 1966, que la adopta literalmente en su artículo 2.19.

⁸² Anexo A al Tratado Carter-Torrijos: “2. Naves de Guerra: el término nave de guerra, usado en todo el texto, define a una nave perteneciente a las fuerzas navales de un Estado que porte las insignias exteriores distintivas de los buques de guerra de esa nacionalidad, bajo el comando de un oficial debidamente comisionado por el gobierno e inscrito en la Lista Naval, y operada por una tripulación bajo disciplina naval regular”.

Pero la norma jurídica española más completa al respecto es la Orden DEF 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 paz⁸³, que resulta especialmente clarificadora a estos efectos. Aunque si bien tiene por objeto regular el régimen de escalas y permanencia en tiempo de paz de los buques de guerra extranjeros tanto en los puertos como en el mar territorial español así como el paso por éste, en ella también se definen los buques a los que se les aplica y las distintas modalidades que pueden revestir las escalas.

Como la propia Orden indica, sus definiciones: “[...] están basadas en el Derecho Internacional Marítimo, los Convenios Internacionales ratificados por España y las tradicionales costumbres de cortesía arraigadas desde muy antiguo en nuestra práctica marítima, que siempre estuvo de acuerdo con los usos internacionales”.

Y así, 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 que ostenten los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad. Su Comandante ha de estar al servicio del Estado y su nombre debe figurar en el Escalafón de Oficiales de la Armada o su equivalente. Su dotación estará sometida a la disciplina naval militar.
- 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 cuyo nombre figure en el Escalafón de Oficiales de la Armada o su equivalente.

⁸³ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1985.

- 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 dependan del Gobierno respectivo y estén mandados por un Oficial en activo de la Armada, cuyo nombre debe figurar en el Escalafón de Oficiales de la Armada del país del pabellón y siempre que dichos buques no se dediquen al comercio.

Por su parte, la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España⁸⁴ también define en su artículo 2 a los buques de Estado y de guerra, consagrando, en síntesis las definiciones que venían siendo tradicionales en nuestra legislación y que más arriba hemos analizado. Así define:

“[...] g) Buque de Estado: un buque de titularidad o uso público de un Estado extranjero siempre que preste, con carácter exclusivo, servicios públicos de carácter no comercial;

h) Buque de guerra: un buque y, en su caso, los buques auxiliares, adscritos a las Fuerzas Armadas de un Estado extranjero, que lleven los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, se encuentren bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado, cuyo nombre esté inscrito en el escalafón de oficiales o en un documento equivalente y cuyas dotaciones estén sometidas a la disciplina de las Fuerzas Armadas regulares”.

⁸⁴ BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

Mención expresa merecen en este apartado los Buques Auxiliares de la Armada. Estos son buques de superficie que normalmente prestan servicios dentro de las Fuerzas Armadas, como transportes, o para un empleo distinto al de buques de combate. No son construidos específicamente para el combate, aunque pueden poseer armamento para su defensa. En la Lista de Buques Auxiliares de la Armada, figuran los buques pertenecientes al Servicio de Vigilancia Aduanera y los pertenecientes al Ejército de Tierra⁸⁵. Dadas sus características y misiones pueden definirse, siguiendo a GARCÍA MARTÍNEZ, como: “Buques de Estado, cuya patente la expide la Armada y en la cual figura el cometido al cual está destinado, la dotación y el armamento fijo y portátil. Estos buques arbolarán bandera y llevarán símbolos de costado pertenecientes al Servicio del cual dependan o la numeral que la Armada le asigne, darán cuenta de sus movimientos en cualquier caso a las autoridades de la Armada, y podrán pasar a depender del Estado Mayor de la Armada o del Estado Mayor de la Defensa en caso de conflicto armado”⁸⁶.

Su tratamiento es idéntico al de los buques de guerra, y su relación completa, junto con la de los restantes buques de guerra, se encuentra en la Lista Oficial de Buques de la Armada (en adelante LOBA) que periódicamente actualiza el Cuartel General de la Armada⁸⁷.

2.B. Régimen jurídico

La CNUDM reconoce al buque de guerra como el principal y más importante instrumento para el mantenimiento de la paz y la seguridad en la mar, atribuyéndole de forma directa la competencia sobre las siguientes materias:

⁸⁵ Buques científicos, oceanográficos, RO-RO (carga de vehículos rodados), etc.

⁸⁶ Vid. GARCIA MARTINEZ, J. (2007), *Derecho Marítimo y Administración del buque*, Ed. Escuela de Especialidades Fundamentales, Estación Naval de Lagraña, Ferrol, p. 45.

⁸⁷ La última LOBA publicada es de enero de 2023 y puede encontrarse en <https://armada.defensa.gob.es/ArmadaPortal/page/Portal/ArmadaEspanola/mardigitaldocinstituc/prefLang-es/00docu-institucional-armada--04lista-oficial-buques-armada>.

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 tales competencias se añaden las que confieren al buque de guerra, los convenios internacionales sobre las siguientes materias específicas: el artículo 9.4 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, hecho en Palermo el 13 de diciembre de 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000⁸⁸, 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 las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicolotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988⁸⁹, 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 SUA⁹⁰, como garantía en la ejecución de las medidas que contempla el propio Convenio⁹¹.

Pero no sólo los buques de guerra están autorizados por el Derecho del Mar a intervenir para mantener el buen orden de los mares, este Derecho también autoriza a otros buques o aeronaves de Estado a que puedan realizar estas actividades, siempre y cuando cumplan con unos requisitos básicos como son, que lleven signos claros que los identifiquen como buques o aeronaves al servicio del Gobierno, y que sean específicamente autorizados para la correspondiente actividad o fin.

⁸⁸ BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

⁸⁹ BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 1990.

⁹⁰ BOE núm. 99, de 24 de abril de 1992.

⁹¹ Vid. MINISTERIO DE DEFENSA (2016), *Manual de Derecho del Mar*, op. cit, p. 76.

3. La marina auxiliar y la reserva naval

Se analizará a continuación una serie de buques que, sin pertenecer en principio a la ya analizada categoría de buques de guerra, pueden ser incluidos en la misma en supuestos de movilización por circunstancias excepcionales. Su existencia es lógica, pues resulta más eficiente económico para el Estado no contar con grandes medios permanentes para la defensa, sino acudir, si las circunstancias lo requieren, a la movilización o militarización de ciertos buques civiles. Sería el equivalente conceptual a las levas en caso de conflicto, pero referidas a buques civiles.

La Marina Mercante, tanto sus buques como su personal con toda su preparación técnica, pueden ser una pieza fundamental de la defensa nacional, así como un apoyo esencial de la Marina de Guerra en caso de conflicto a gran escala. Precisamente, en este convencimiento, los Estados han previsto la posibilidad de “militarizar” ciertos buques mercantes en caso de conflicto⁹². Así los Estados suelen prever que ciertos buques mercantes de su pabellón se integren en sus Armadas en caso de guerra, bien directamente como buques de guerra tras ser armados, bien como meros buques de transporte o auxiliares en las operaciones navales que tengan que realizar. Estos buques constituyen la Marina Auxiliar y, en el momento de su “movilización”, deben pasar a figurar en el correspondiente apartado de la Lista Oficial de Buques de la Armada respectiva.

Esta realidad, que no es nueva, llevó a la adopción de la Convención VII de La Haya, relativa a la transformación de buques de comercio en barcos de guerra, de 18 de octubre de 1907, ratificada por España el 18 de marzo de 1913⁹³.

⁹² Un ejemplo buen ejemplo fue el SS *Canberra*, crucero militarizado por el Reino Unido para trasladar tropas a las islas Malvinas durante el conflicto por las mismas con Argentina.

⁹³ Vid. MINISTERIO DE DEFENSA. (2016), *Manual de Derecho del Mar*, op. cit. p 87 y para el texto vid. *Gaceta de Madrid* del 25 de junio de 1913.

Además de los buques, también el personal de la Marina Mercante puede ser movilizado en caso de conflicto armado. Como señala el *Manual de Derecho del Mar* del Ministerio de Defensa:

“En España, la institución sobre la que se estableció la marina auxiliar se denominó – como en otros muchos países– Reserva Naval y fue regulada inicialmente por una Ley y un Decreto de 1915, tanto en lo referido a los buques que podían incluirse en ella como a su personal. Una de las características principales de los buques que integraban la Reserva Naval era que se podían conceder créditos públicos especiales para su construcción a cambio de que el mismo tuviera ciertas características y quedara ya inscrito desde el inicio en el correspondiente lista de la Reserva Naval para su movilización en caso de conflicto”⁹⁴.

El personal de la Reserva Naval tuvo también su normativa específica, llegando a desaparecer en 1932 con la creación de Cuerpo General de Servicios Marítimos y renaciendo al inicio de la Guerra Civil. Posteriormente se creó una Milicia de la Reserva Naval, para que los alumnos de las Escuelas de Náutica realizaran lo que podríamos denominar sus propias Milicias Universitarias, y por otro lado se creó la Reserva Naval Activa para que aquel personal procedente de la Marina Mercante, prestara servicios de manera permanente en la Armada, que se mantuvo vigente hasta 1989⁹⁵.

En 1992 ve la luz una nueva regulación de la Marina Mercante, normativa que acarrea la desaparición de la Reserva Naval, sin que hasta la fecha, como bien indica el *Manual de Derecho del Mar* del Ministerio de Defensa⁹⁶, se hayan dado cumplimiento a las previsiones de la disposición adicional quinta de la Ley de

⁹⁴ Vid. MINISTERIO DE DEFENSA, (2016), *Manual de Derecho del Mar*, op. cit. p 88.

⁹⁵ Puede resultar interesante la visión que aporta sobre la figura de la reserva naval GUTIÉRREZ DE LA CÁMARA SEÑÁN, J.M. (2011), “La Reserva y la Reserva Naval”, *Cuadernos de pensamiento naval: Suplemento de la Revista General de Marina*, Nº. 13, pp. 5-16.

⁹⁶ Vid. MINISTERIO DE DEFENSA, (2016), *Manual de Derecho del Mar*, op. cit, p. 88.

Puertos del Estado y de la Marina Mercante⁹⁷ referidas a la política de defensa en los ámbitos portuario y marítimo, que encomienda al Ministerio de Fomento, entre otras cuestiones, la articulación del procedimiento normativo y operacional necesario para el flujo de información entre Fomento y Defensa sobre la realidad de los efectivos, características y situación de la flota mercante, así como para la aportación de contingentes de dicha flota a la Armada en situaciones de crisis y para imponer obligaciones de servicio público por motivos de defensa nacional o en situaciones de crisis o con la finalidad de garantizar su prestación bajo condiciones de continuidad y regularidad (sin perjuicio, claro está, de las indemnizaciones que pudieran resultar aplicables conforme a la legislación vigente).

Obviamente, tal y como ya se ha apuntado, si se lleva a efecto la militarización de la flota mercante⁹⁸, han de cumplirse las previsiones de la Convención VII relativa a la conversión de buques mercantes en buques de guerra⁹⁹. Estas previsiones son, básicamente, colocar estos buques bajo la autoridad directa de la Armada y su inspección inmediata por la potencia cuyo pabellón arbolan, militarización de su capitán que se incluirá en el listado de oficiales de la Armada, militarización de la tripulación, signos exteriores que lo identifiquen como buque de guerra, y la anotación de la militarización a la mayor brevedad en la lista de su marina auxiliar.

4. Pabellones de conveniencia.

Si bien no son en sí una categoría de buques, la extensión del fenómeno y los problemas que plantea a la hora de solicitar autorizaciones para entrada y

⁹⁷ Disposición Adicional quinta de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, similar a la Disposición Adicional quinta del vigente Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

⁹⁸ Curiosamente, por discrepancias entre los Estados Parte en la Convención, esta no se pronuncia sobre si la militarización del buque mercante puede o no llevarse a efecto en alta mar.

⁹⁹ Vid. FARIÑA, F. (1955), *Derecho y Legislación Marítima*, Bosch, Barcelona, p. 20.

registro o de ejercer el derecho de visita, como luego se verá, aconsejan realizar al menos un somero análisis de los mismos.

Son pabellones de conveniencia aquellos que son otorgados por determinados países a buques pertenecientes o controlados por extranjeros, que prefieren su abanderamiento en estos países por distintos motivos espurios como pueden ser ventajas fiscales, menor exigencia en materia de seguridad, de condiciones laborales de la dotación o simplemente por la opacidad con la que trata los datos de los titulares reales de dichos buques.

Resulta significativo el ejercicio que realiza DOMÍNGUEZ CABRERA cuando analizando las distintas traducciones del término delimita claramente el alcance de la figura en sus muy variadas facetas. Así: “[...] la expresión de bandera o pabellón de conveniencia (BdC) proviene de la traducción de la original anglosajona *flags of convenience ships*, que no siempre ha sido traducida a otros idiomas de la misma manera. Así, mientras que los franceses hablan de *pavillons de complaisance*, los alemanes se refieren a las banderas baratas (*belliger flaaggen*) y los italianos a *bandiera ombra* (sombra)”¹⁰⁰.

Acertadamente MÉNDEZ SILVA, señaló allá por el año 1971 que: “[...] se ha dicho que otorgar la nacionalidad es un atributo soberano de los Estados. De conformidad con este enunciado cada Estado concede su nacionalidad con base a su propio criterio, sin embargo, la soberanía no puede ser concedida como una facultad ilimitada. Así, la tendencia existente en materia de nacionalidad de buques, de imponer un mínimo de requisitos en el orden internacional, de exigir una “relación auténtica”, nos parece plausible”¹⁰¹.

¹⁰⁰ Vid. DOMÍNGUEZ CABRERA, M. (2005), “Problemas relacionados con la nacionalidad del buque”, *Revista de Derecho Valdivia*, vol. 18 nº 1, pp. 119-144.

¹⁰¹ Vid. MENDEZ SILVA R. (1971), “Pabellones de conveniencia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, pp. 123-140.

Años después, la CNUDM de 1982 recoge la exigencia de ese vínculo real entre el buque y el Estado cuyo pabellón enarbola –así como un ejercicio efectivo de jurisdicción y de control por parte de este-. Pese a este claro esfuerzo normativo, los grandes intereses económicos que subyacen a la figura llevan a que el pabellón de conveniencia siga siendo, por desgracia, una práctica tan indeseable como habitual hoy en día.

Por otro lado, y como evidencia el *Manual de Derecho del Mar* del Ministerio de Defensa¹⁰² al abordar esta figura, el artículo 92.2 CNUDM, se refiere al buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, lo que sanciona con la consecuencia de que no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad¹⁰³.

La necesaria existencia de ese vínculo real que recoge la CNUDM, podría servir para articular un paralelismo jurídico con otras figuras propias de nuestro ordenamiento interno como podría ser el fraude de ley contemplado en el artículo 6.4 del Código Civil, con la diferencia fundamental de que detectado el fraude no se podrá aplicar sin más la norma que se hubiera tratado de eludir, en este caso la normativa propia del Estado cuyo pabellón correspondería enarbolar por ser aquel con el que se presente un vínculo real y verificable. Esta solución no es factible, ni sería fácil de llevar a cabo sin más por los buques de Estado que efectuaran sus misiones en alta mar, la solución sería la propia del citado artículo 92.2 CNUDM y simplemente se privaría de validez a esos pabellones de conveniencia si así se considerara necesario por buques de terceros Estados.

¹⁰² Vid. MINISTERIO DE DEFENSA. (2016), *Manual de Derecho del Mar*, op. cit. p. 89.

¹⁰³ La prohibición de doble nacionalidad de los buques y las cautelas para evitarla, se contemplan en los artículos 91 a 93 Ley de Navegación Marítima, regulándose en los artículos 94 a 96 de la misma ley el cambio temporal de pabellón.

Capítulo III. INMUNIDAD SOBERANA DEL BUQUE DE ESTADO.

Puede decirse que, en sentido figurado, el buque de Estado es una proyección del territorio nacional, un pedazo de la nación que se desplaza por espacios sujetos a la soberanía de otros Estados, o por zonas no sujetas a la soberanía de ningún Estado en particular, como sucede en la alta mar. Dicho de otra manera, es un espacio físico sujeto a las leyes, reglas, normas y privilegios del Estado del pabellón, pero que transita por muy diferentes espacios marinos, y cuyas acciones pueden generar fricciones entre la jurisdicción del Estado del pabellón y las de otros Estados. Así ese buque de Estado puede navegar por aguas del Estado del pabellón, por alta mar, o entrar en aguas territoriales de un tercer Estado, o en sus puertos -por tanto aguas interiores- y mantiene un estatus jurídico diferenciado al del resto de buques en el trato y en las exigencias para poder realizar tales acciones, como se irá viendo.

Como proyección del Estado de origen, y sobre todo, como elemento público representativo del mismo¹⁰⁴, no se sitúa en el mismo plano que el resto de buques y goza, por su significación y alcance en las relaciones entre Estados, de una protección y trato jurídico diferenciado.

1. Origen histórico de la inmunidad soberana. *Par in parem non habet imperium.*

Esta situación de mayor protección viene de antiguo, y así podemos encontrarla ya en el más clásico Derecho Romano, en el que se establecía la “santidad” de los embajadores o legados¹⁰⁵. El propio *Digesto* lo plasmaba de modo taxativo:

“Si quis legatum hostium pulsasset, contra ius gentium id commissum esse existimatur, quia sancti habentur legati. et ideo si, cum legati apud nos essent gentis alicuius, bellum cum eis indictum sit, responsum est

¹⁰⁴ Caso contrario no podría hablarse propiamente de un buque de Estado.

¹⁰⁵ Vid. FASSBENDER, B. (2012), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 1025 y 1026.

liberos eos manere: id enim iuri gentium convenit esse. itaque eum, qui legatum pulsasset, quintus mucius dedi hostibus, quorum erant legati, solitus est respondere. quem hostes si non recepissent, quaesitum est, an civis romanus maneret: quibusdam existimantibus manere, aliis contra, quia quem semel populus iussisset dedi, ex civitate expulsisse videretur, sicut faceret, cum aqua et igni interdiceret. in qua sententia videtur publius mucius fuisse. id autem maxime quaesitum est in hostilio mancino, quem numantini sibi deditum non acceperunt: de quo tamen lex postea lata est, ut esset civis romanus, et praeturam quoque gessisse dicitur¹⁰⁶.

Esta “santidad” del legado, esta protección extrema que le daba el Derecho Romano hace ya veinte siglos, fue evolucionando¹⁰⁷, extendiéndose ya no sólo a la persona del legado, sino también a otros agentes o figuras que ostentan la representación propia del Estado.

Así, el hito evolutivo fundamental que entraña la visión ya romana del *par in parem non habet imperium* se puede encontrar en las relaciones ruso-británicas cuando en 1708 y 1709, primero el Zar y luego el Parlamento británico, se

¹⁰⁶ “Si alguno hubiese golpeado a un legado de los enemigos, se estima que hizo esto contra el derecho de gentes, porque los legados son considerados santos; y por lo tanto, si hallándose entre nosotros legados de alguna nación se hubiera declarado la guerra contra ellos, se respondió que ellos quedaban libres; porque es conveniente al derecho de gentes que así sea. Y así, Quinto Mucio solió responder, que el que hubiese golpeado a un legado debía ser entregado a los enemigos, de quienes eran los legados; y si los enemigos no lo hubiesen admitido, se preguntó, si permanecería siendo ciudadano romano, opinando algunos que permanecía siéndolo, y otros al contrario, porque se consideraba a aquél, respecto del cual hubiese una vez mandado el pueblo que fuese entregado, lo expulsó de la ciudadanía, como haría, cuando le pusiese interdicción en el agua y fuego; de cuya opinión parece que fue Publio Mucio. Mas esto se discutió principalmente tratándose de Hostilio Maucino, a quien los Numantinos no recibieron al serles entregado, pero respecto del cual se promulgó después una ley para que fuese ciudadano romano y se dice que desempeñó también la Pretura”. Traducción extraída de GARCÍA DEL CORRAL, I. (1894), *Cuerpo Del Derecho Civil Romano*, T. III Digesto, Sexta y séptima partes, Jaume Molinas Editor, Barcelona, p. 895.

¹⁰⁷ Las Partidas señalaban: “Mensageros vienen muchas vegadas de tierra de moros, e de otras partes, a la corte del Rey: e maguer vengan de tierra de los enemigos por mandado dellos, tenemos por bien, et mandamos que todo mensagero que venga á nuestra tierra quier sea cristiano, ó moro, ó judío, que venga et vaya salvo et seguro por todo nuestro Señorio: et defendemos que ninguno non sea osado de hacer fuerza, nin tuerto, nin mal ninguno á él, nin a sus cosas” (Partida VII, Título XXV, Ley IX).

reconocen recíprocamente inmunidad sobre sus respectivos representantes¹⁰⁸. Hugo GROCIO analiza jurídicamente esta adaptación del ya clásico principio justiniano e identifica otros dos principios también clásicos, como son que los enviados de potencias extranjeras deben ser admitidos, y que una vez admitidos deben ser inviolables. De este elemento de la inviolabilidad surge la ficción de la extraterritorialidad¹⁰⁹.

También en la convulsa Francia republicana se fijó este principio de modo similar al establecerse, por Decreto de 13 ventoso del año II¹¹⁰, que: “La Convención Nacional prohíbe a toda autoridad atentar en cualquier forma contra la persona de los enviados de los Gobiernos extranjeros; las reclamaciones que pudieran elevarse contra ellos serán llevadas al Comité de Salvación pública que es el único competente para hacer lo que proceda”. Como señala ROUSSEAU, este lacónico texto debió haber sido completado con una referencia al principio de incompetencia de los tribunales locales para enjuiciar a estos agentes, así como su inviolabilidad¹¹¹.

Dicha extraterritorialidad, y por ende, dicha inviolabilidad, tiene diversas fundamentaciones teóricas como ya se apuntó, asentando la misma en que el representante (embajador, buque, etc.) era una representación del monarca como sucedía en los regímenes absolutistas, o que era una representación de la nación o pueblo soberano que lo enviaba, como sucede tras la caída de aquellos regímenes.

En el seno de las NN.UU. también se ha abordado debidamente esta cuestión sin que haya sido la primera Organización internacional en hacerlo, destacando en este sentido el Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de

¹⁰⁸ Vid. NOVAK, F. (2003), *Derecho diplomático: comentarios a la Convención sobre Relaciones Diplomáticas*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, p. 73.

¹⁰⁹ *Ibid*, p. 74.

¹¹⁰ Fecha que viene a ser el 03 de marzo de 1794 del calendario gregoriano.

¹¹¹ Vid. ROUSSEAU, C. (1957), *Derecho Internacional Públco*, op. cit. p. 330.

los Estados y de sus bienes, de 1979, del Relator Especial Sr. Sompong SUCHARITKUL, que en su introducción señala que ya se pretendió la codificación internacional de esta materia en 1928 por la Sociedad de Naciones, y por las propias NN.UU. en su primer periodo de sesiones¹¹².

2. Posiciones doctrinales sobre la inmunidad soberana con especial atención a los buques de guerra.

Respecto de las Embajadas y otros espacios cedidos a otro Estado, ha sido ya superada la primera postura que identificaba sus derechos sobre esos lugares como una idea de ser parte del territorio nacional del Estado cesionario¹¹³. Siguiendo a ROUSSEAU¹¹⁴, la idea de superación de esta postura es útil a todos los participantes en el Derecho Internacional. Así, llevada al extremo, dicha ficción implicaría para el Estado receptor de esa representación la obligación de recurrir a la extradición para obtener la entrega de un criminal refugiado en la sede de una Embajada. Esta solución sería absurda, y más cuando en la práctica resulta suficiente la autorización del Jefe de la Misión diplomática para que las autoridades locales practiquen la detención.

Otro supuesto distinto sería el caso de los delitos cometidos en las sedes de las Embajadas. En estos supuestos el Estado competente sería el del territorio donde se encuentra la Embajada y no el territorio titular de la representación diplomática. Teniendo no obstante siempre presente la inviolabilidad de los locales de la Misión diplomática conforme al artículo 22 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, y el correspondiente permiso del Jefe de la Misión.

¹¹² Vid. SUCHARITKUL, S. (1979), “Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, A/CN.4/323 de 18 de junio de 1979, párr. 15 y 16.

¹¹³ GROCIOS se refería a esta concepción en *De iure belli ac pacis*, con la expresión “*fingitur esse extra territorium*”, vid. SEN, B. (1988), *Diplomat's handbook of international law and practice*, 3^a Ed. Unitar Martinus Nijhoff Publishers, Boston, p. 96,

¹¹⁴ Vid. ROUSSEAU, C. (1957), *Derecho Internacional Público*, op. cit. pp. 333-334.

Por lo que a los buques de guerra respecta, y tal y como acertadamente resume BARRADA¹¹⁵, podemos destacar históricamente dos teorías principales para justificar el régimen jurídico especial del buque de guerra:

a) La primera teoría, de origen continental, considera al buque de guerra como parte integrante, prolongación espacial o ideal del territorio del Estado. Nacida fundamentalmente a partir de las tesis generales de VATTEL en el siglo XVIII¹¹⁶, mantuvo gran fuerza incluso durante el siglo XIX. Podemos llegar a encontrar autores españoles que, aun en 1941, concedían importancia a esta teoría, y así FARIÑA señala que: “[...] a pesar de las impugnaciones que se han formulado contra esa ficción de la territorialidad del buque de guerra, hay que reconocer su gran arraigo y que el principio que entraña sirve de base, generalmente, para fundamentar diversas situaciones jurídicas del buque de guerra fuera de sus aguas jurisdiccionales. La jurisprudencia, a excepción de la inglesa, que nunca reconoció esa pretendida asimilación de las naves al territorio del Estado, ha utilizado siempre para sus resoluciones sobre casos de inmunidad o denegación de embargo preventivo de buques mercantes esa ficción de la territorialidad”¹¹⁷.

A vueltas con esta misma teoría de FARIÑA, otro de los principales tratadistas patrios como es AZCÁRRAGA consideraba años más tarde –en 1970– que: “[...] en nuestros días [esta teoría] comienza a repugnar y, por ende, a rechazarse la idea de la extraterritorialidad, que sólo debe ser una ficción jurídica contraria al Derecho positivo vigente que regula las relaciones internacionales”¹¹⁸.

¹¹⁵ BARRADA FERREIRÓS, A. (2016), “La inmunidad soberana de los buques de guerra y los buques de estado. Su regulación en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre”, *Revista Paraprofesionales*, Año 13, nº 128, pp. 40-41.

¹¹⁶ Sobre la obra de VATTEL resulta especialmente clarificador el resumen de: ARBUET-VIGNALI, H. (2000), “La idea de soberanía en Vattel”, *Revista de la Facultad de Derecho, Uruguay*, núm. 18. 11/2014, pp 165-198.

¹¹⁷ Vid. FARIÑA, F. (1941), *El buque de guerra ante el Derecho Internacional*, Editorial Naval, Madrid, p. 30.

¹¹⁸ Vid. AZCÁRRAGA Y BUSTAMANTE, J. L. DE. (1970), *Derecho Internacional Marítimo*, Ediciones Ariel, Barcelona, p. 40.

b) La segunda teoría, propia del Derecho anglosajón y que finalmente se ha impuesto en la doctrina científica y jurisprudencial, entiende que el buque de guerra ha de gozar de un trato diferenciado y especializado que redunda en su estatuto especial, en base a que es una representación de la soberanía del Estado de su pabellón; representación que en palabras de FARIÑA:

“[...] reside en el mismo buque, en su conjunto, como entidad jurídica y como organismo estatal que encarna la autoridad y el poder coactivo mediante los que se exterioriza la soberanía del Estado, exigiendo por ello de las representaciones de otros Estados la abstención de todo acto que pueda considerarse como un ejercicio de autoridad sobre la organización militar que el buque de guerra representa”¹¹⁹.

Representante genuino de esta teoría, es COLOMBOS quien sostiene que: “[...] la situación de todo buque de guerra en alta mar es la de completa extraterritorialidad, en el sentido en que hay que entender la ficción de la extraterritorialidad, es decir, que el buque no está sometido a la jurisdicción de cualquier Estado que no sea el suyo propio”¹²⁰.

El propio AZCÁRRAGA concluye, con un argumento de autoridad, que: “[...] si la ficción jurídica de la extraterritorialidad del buque mercante no puede aceptarse como un principio de Derecho internacional marítimo, por el contrario sí lo es la extraterritorialidad del buque de guerra, símbolo indiscutible e indiscutido de la soberanía y la independencia del Estado del cual arbola su pabellón”¹²¹.

¹¹⁹ Vid. FARIÑA, F. (1941), *El buque de guerra ante el Derecho Internacional*, op. cit., p. 31.

¹²⁰ Vid. COLOMBOS, C.J. (1961), *Derecho Internacional Marítimo*, Aguilar, Madrid, p. 172.

¹²¹ AZCÁRRAGA Y BUSTAMANTE, J. L. DE. (1970), *Derecho Internacional Marítimo*, op. cit., p. 45.

Citando a GUTIERREZ ESPADA, como representante de la doctrina más reciente, puede concluirse que el fundamento último es de orden práctico, pues radica en “[...] la necesidad de que los Estados sean capaces de moverse con plena libertad en el ejercicio de sus funciones, evitando ser objeto de acusaciones que pudieran resultar infundadas”¹²².

La razón de ser de esta inmunidad debe en cualquier caso entenderse que es fundamentalmente práctica, el Derecho regula situaciones no por un mero ánimo de regular, no por “hipernormar” la realidad tangible, si no para evitar confrontaciones o solucionar las que se hayan producido entre los distintos sujetos de Derecho. La inmunidad del buque es una consecuencia lógica de esta finalidad del Derecho en tanto que supone en sí misma una protección en caso de conflicto entre los Estados, que evita que estos conflictos lleguen a producirse, o en su caso que se inicie con ellos una escalada de tensión relacionada con los mismos. Puede buscarse la causa de la inmunidad en el derecho divino como hacían los romanos, o en la esencia o naturaleza misma de los Estados que los envían, pero lo cierto es que lo fundamental es la utilidad que esa inmunidad representa, la función que ejerce, simplificando por su mera existencia esa inmunidad las relaciones entre los Estados, al evitar innecesarias tensiones que pudieran surgir entre ellos.

Valga como pretexto para argumentar a favor de esta posición, la figura del punto de borneo. Cualquier persona familiarizada con la náutica sabrá que este es el espacio por el que el buque gira sobre sus amarras al estar fondeado. Este espacio podría ser en las aguas territoriales del Estado del litoral, sin que el fondeo altere en modo alguno la naturaleza de dichas aguas por el mero hecho de anclar en ellas el buque. En cualquier caso, parece lógico que dicho círculo quede exento de peligros, pudiendo incluso llegar a decirse que llega a generarse de hecho una obligación para el Estado receptor de mantener libres

¹²² GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2011), “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*, Octubre, vol. 3, núm. 2, p. 146.

de peligros artificiales estos espacios. Esto no se regula en ninguna norma de Derecho Internacional, pero resulta claro que, autorizado un fondeo de un buque de Estado extranjero, no pueden efectuarse próximos a este otros fondeos u otras actividades que puedan suponer un riesgo para el buque ya autorizado. Esto no es en sí una limitación de la soberanía sobre esas aguas, no hay una cesión temporal de las mismas con renuncia a ningún tipo de facultad sobre ellas, es simplemente el efecto lógico derivado de la naturaleza última del buque -de Estado o no-, que tiende a evitar causar de manera deliberada o imprudente un daño que pudiera generar algún tipo de responsabilidad, que sería internacional en el caso del buque de Estado si hubiera habido falta de diligencia por parte del Estado anfitrión. Así, concedida la autorización, parece implícito que el Estado receptor ha de adoptar las medidas necesarias para garantizar, dentro de lo razonable, la seguridad del buque autorizado. Ello sin perjuicio de las medidas que el buque autorizado puede y debe tomar para garantizar su propia seguridad. Y debe entenderse que esta diligencia ha de tenerse porque es la mínima necesaria para evitar el surgimiento de un problema entre el Estado del pabellón y el del litoral. Es una diligencia mínima que se establece con cualquier buque, pues los accidentes en la mar han de ser evitados a toda costa, pero que se acrecienta en el caso de los buques de Estado porque, además, han de evitarse los contenciosos internacionales entre distintos Estados originados por acciones sobre sus agentes.

3. Principales pronunciamientos jurisprudenciales sobre la inmunidad.

Llegados a este punto en el estudio de la inmunidad del buque resulta necesario proceder, con cierto detenimiento, al análisis de los principales posicionamientos de diversos tribunales respecto de la misma. De la dilatada jurisprudencia existente al respecto, se estudiará a continuación la relativa a los buques de Estado. Han sido seleccionadas sentencias de diversos orígenes, de tribunales nacionales, de cortes arbitrales y de tribunales internacionales. Ello al objeto de dar una visión más extensa de la figura estudiada. El criterio empleado para selección de las sentencias referidas es, o bien la trascendencia que revista el

asunto, por ser el primer pronunciamiento sobre la materia en tribunales estatales o internacionales, o bien el propio impacto de la sentencia en el tratamiento internacional de la figura.

3.A. Los Tribunales de Estados Unidos y la Goleta *Exchange*.

Un buque mercante perteneciente a los ciudadanos estadounidenses J. McFaddon y W. Greetham y dedicado al comercio marítimo fue incautado en 1809 por las autoridades francesas al finalizar las guerras napoleónicas, mientras se dirigía de Baltimore a San Sebastián. Se transformó en buque de guerra por Francia y fue incorporado a la flota del Emperador con el nombre de *Le Balou*. En 1811, tras cruzar nuevamente el Atlántico por causa de la mala mar tuvo que entrar en Filadelfia (Pensilvania) como buque de guerra, situación que aprovecharon sus antiguos propietarios para iniciar un pleito en el Tribunal del Almirantazgo para recobrar su posesión

Después de dos instancias con fallos dispares¹²³, el asunto llegó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos¹²⁴, conocido como *The Schooner Exchange v. McFaddon & Others*. Dicho Tribunal en su fallo reconoció la inmunidad de jurisdicción del buque de guerra francés respecto de los tribunales de los Estados Unidos en ese asunto, por entender que, en las relaciones entre los Estados, estos se reconocen mutuamente su plena soberanía, libertad e independencia, y por tanto existe un principio de que ningún Estado puede ser juzgado por otro. Por ello, los Estados renuncian, en determinadas situaciones, a ejercer la jurisdicción –que poseen como poder emanado de la soberanía– en su propio territorio cuando el objeto del debate que se pretende llevar a su conocimiento es un bien o un derecho del que es titular otro Estado soberano. En concreto, la sentencia estima que los buques de guerra de una nación

¹²³ La primera, de 4 de octubre de 1811, del Juez del Distrito (*District Judge*) del Estado de Pensilvania que rechazó la demanda, y la segunda, de 28 de octubre de 1811, de la Corte de Apelación (*Circuit Court*) que revocó la decisión anterior.

¹²⁴ Caso núm. 11 U.S. 116 (1812) del Tribunal Supremo de los EE.UU. Vid. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep011/usrep011116/usrep011116.pdf>.

extranjera constituyen parte de su fuerza militar, actúan bajo el mandato directo e inmediato de su soberano y son empleados para fines u objetivos nacionales (extremo este que los diferencia y distingue de los buques mercantes extranjeros); igualmente valoró el hecho de que, en aquel momento, los Estados Unidos se encontraban en paz con Francia. Ante todos estos hechos y tomando en consideración también que el buque había entrado en un puerto norteamericano en una situación en la que generalmente se permite el acceso a los buques de guerra de una potencia amiga (arribada forzosa), debe considerarse que el barco entró en territorio norteamericano bajo: “[...] una promesa implícita de que, mientras estuviera en él por una situación de necesidad y se comportara de una manera amistosa, debía ser excluido de la jurisdicción de los tribunales norteamericanos”.

La sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que acaba de comentarse, en la que su Presidente, el prestigioso Juez John Marshall, expresaba el parecer del Tribunal, es considerada como la primera ocasión en la que la jurisprudencia reconocía el principio de la inmunidad de jurisdicción de los Estados y, por las cuestiones que aborda y su tratamiento, es sin ningún género de dudas un hito en la configuración de la inmunidad soberana en los modernos sistemas jurídicos. La sentencia, dictada hace más de doscientos años, se planteaba ya importantes cuestiones referidas a la inmunidad de jurisdicción de los Estados, las inmunidades diplomáticas o las relativas a la presencia de tropas extranjeras en suelo propio.

La importancia de la sentencia es capital, pues debe tenerse en cuenta que con el expreso reconocimiento de que el buque de Estado goza de una inmunidad diplomática, se incorpora al estatuto jurídico del buque de Estado una inmunidad jurisdiccional que se mantiene hasta hoy en día.

3.B. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani v. Reino Unido*.

En este caso, mucho más reciente¹²⁵, un excombatiente de la guerra de Irak, de origen kuwaití y nacionalizado británico, demanda una indemnización a Kuwait por haberle sometido a torturas a causa de unas grabaciones comprometidas de personalidades kuwaitíes, que según parece, habían obrado en su poder y fueron filtradas. Los tribunales del Reino Unido no entran a conocer del asunto por entender que opera el principio de inmunidad soberana de los Estados y que un Estado no puede enjuiciar a otro. El demandante se persona ante el TEDH alegando una posible violación de los artículos 3 y 6.1 del CEDH¹²⁶. El Tribunal, en una polémica decisión, señala que no ha habido violación de los citados artículos.

Pero lo relevante de dicha sentencia, a los efectos que aquí interesan, se encuentra en la argumentación que emplea el Juez de Estrasburgo, concretamente en el párrafo 54, y que supone un claro posicionamiento del TEDH a favor de la inmunidad soberana de Estados:

“54. The Court must first examine whether the limitation pursued a legitimate aim. It notes in this connection that 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

¹²⁵ STEDH, de 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani v. United Kingdom*, (Application nº 35763/97) [ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397].

¹²⁶ Art. 3 CEDH: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Art. 6 CEDH “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

the jurisdiction of another State. The Court considers that the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State's sovereignty".

Por tanto, ni aun en un supuesto en el que está presente una posible violación de derechos humanos, como la prohibición de la tortura o la tutela judicial efectiva, decae el principio de la inmunidad soberana de los Estados para el TEDH. Resulta lógico igualmente entender, que este criterio operaría también respecto del buque de Estado.

3.C. Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia sobre inmunidades de jurisdicción. Asunto Alemania v. Italia¹²⁷.

En esta ocasión es el Tribunal Internacional de Justicia el que recoge claramente la inmunidad de jurisdicción entre Estados como un claro principio del Derecho Internacional. Si bien esta sentencia no resuelve sobre buques de Estado, les resulta plenamente aplicable en cuanto que el alcance de la misma afecta a todas las manifestaciones del Estado, incluyendo, por supuesto, los buques de Estado entre los que se encuentran los de guerra. Las implicaciones y trascendencia de esta sentencia son importantes en cuanto que versa sobre daños causados por crímenes de guerra de un Estado fuera de su territorio y alcanza a la tutela judicial efectiva de los particulares reclamantes¹²⁸, mas aquí sólo se analizarán las relativas a la consagración del principio de inmunidad soberana del Estado en una resolución reciente de tan alto Tribunal.

¹²⁷ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, vid. <http://www.icj-cij.org/en/case/143> Sentencia íntegra en inglés y francés.

¹²⁸ Un magnífico análisis de este caso puede encontrarse en CEBRIAN SALVAT, M. (2013), "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. Núm. 2, pp. 265-290.

Se trata de la demanda presentada por Alemania, al haberse admitido una serie de demandas civiles en la República Italiana contra la República Federal de Alemania por presuntas violaciones del Derecho Internacional Humanitario durante la Segunda Guerra Mundial.

El Tribunal Internacional de Justicia, finalmente resuelve a favor de las pretensiones alemanas y reconoce expresamente el principio de la inmunidad soberana de los Estados. El Tribunal afirma al respecto que:

“107. The Court therefore holds that the action of the Italian courts in denying Germany the immunity to which the Court has held it was entitled under customary international law constitutes a breach of the obligations owed by the Italian State to Germany.

108. It is, therefore, unnecessary for the Court to consider a number of questions which were discussed at some length by the Parties. In particular, the Court need not rule on whether, as Italy contends, international law confers upon the individual victim of a violation of the law of armed conflict a directly enforceable right to claim compensation. Nor need it rule on whether, as Germany maintains, Article 77, paragraph 4, of the Treaty of Peace or the provisions of the 1961 Agreements amounted to a binding waiver of the claims which are the subject of the Italian proceedings. That is not to say, of course, that these are unimportant questions, only that they are not ones which fall for decision within the limits of the present case. The question whether Germany still has a responsibility towards Italy, or individual Italians, in respect of war crimes and crimes against humanity committed by it during the Second World War does not affect Germany’s entitlement to immunity. Similarly, the Court’s ruling on the issue of immunity can have no effect on whatever responsibility Germany may have”.

Como consecuencia de este fallo, el 10 de enero de 2013, el Parlamento italiano aprobó una ley para adoptar internamente la postura que el Tribunal había

sentado en su sentencia ya vista, y por la que la República Italiana se adhiere a la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes hecha en Nueva York el 2 de diciembre de 2002 y adapta su ordenamiento interno¹²⁹. Dicha ley llega a señalar que se priva del efecto de cosa juzgada a aquellas sentencias que hayan podido dictarse por tribunales civiles italianos y que no sean conformes con la limitación de jurisdicción sentada por el Tribunal y asumida por la propia ley.

3.D. Medidas provisionales de 15 de diciembre de 2012 del Tribunal Internacional de Derecho del Mar en el caso nº 20 ARA *Libertad* (Argentina v. Ghana).

Concluye este somero repaso de la diferente y dilatada jurisprudencia internacional sobre la inmunidad soberana de los bienes de los Estados con el asunto del Buque Escuela de la Armada argentina *Libertad*. Este caso es el más reciente, y afecta directamente a un buque de guerra, correspondiendo el pronunciamiento a un Tribunal especializado de NN.UU.¹³⁰.

Varios fondos de inversión internacionales con sede en paraísos fiscales del Caribe instaron ante las autoridades judiciales de Ghana el embargo del citado buque escuela, que se encontraba en el puerto de Tema (Ghana), en visita diplomática debidamente concertada conforme a los usos en la materia. Las autoridades judiciales ghanesas acordaron el 2 de octubre de 2012 el embargo del citado buque.

¹²⁹ Vid. Legge 14 gennaio 2013, nº 5, Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunita' giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonche' norme di adeguamento all'ordinamento interno. (13G00023). Accesible en:

http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-01-29&atto.codiceRedazionale=13G00023&elenco30giorni=false.

¹³⁰ El Tribunal Internacional de Derecho del Mar, creado en el Anexo VI de la CNUDM, es un órgano judicial especializado de NN.UU. es, conforme a su Estatuto y al artículo 287 de la CNUDM, uno de los medios de solución de controversias respecto a la interpretación y aplicación de la Convención.

Los solicitantes del embargo, pretendieron ejecutar sentencias dictadas contra Argentina en el Reino Unido y Estados Unidos por la suspensión por el primer Estado del pago de su deuda pública en 2001. En la emisión de deuda, Argentina había renunciado a su inmunidad de jurisdicción y se habían sometido expresamente a la jurisdicción del Estado de Nueva York. Llegado el momento del impago, los fondos de inversión afectados se negaron a aceptar la reestructuración de la deuda que proponía Argentina y ejecutaron el crédito.

Intentadas infructuosamente gestiones directas con el Gobierno de Ghana por parte del Gobierno argentino, y al no ser asunto que pudiera ser llevado ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹³¹, Argentina optó por la sumisión del asunto ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar con sede en Hamburgo.

La primera actuación argentina fue instar la medida cautelar de liberación provisional del buque escuela, a la espera de la decisión final sobre el fondo. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar acordó dicha medida provisional amparada en el art. 290.5 de la CNUDM, argumentando lo siguiente¹³²:

- “94. Considering that a warship is an expression of the sovereignty of the State whose flag it flies;
- 95. Considering that, in accordance with general international law, a warship enjoys immunity, including in internal waters, and that this is not disputed by Ghana; [...]
- 98. Considering that actions taken by the Ghanaian authorities that prevent the ARA Libertad, a warship belonging to the Argentine Navy, from discharging its mission and duties affect the immunity enjoyed by this warship under general international law”.

¹³¹ KENNY A. (2013), “El caso A.R.A. LIBERTAD”, *Visión Conjunta*, Año 5, nº 8, p. 3.

¹³² “ARA Libertad” (*Argentina v. Ghana*), *Provisional Measures, Order of 15 December 2012*, *ITLOS Reports 2012*, pp. 348 y349.

Ghana acata tal decisión y cuatro días después el Buque Escuela *Libertad* zarpa del puerto de Tema.

Coincidiendo con BARRADA¹³³, y sin perjuicio de la claridad de la resolución vista, resulta relevante el mayor detalle de la opinión separada del magistrado Sr. RAO que reproducimos en sus párrafos más clarificadores¹³⁴, pues analiza de manera magistral el problema aquí traído:

“1. I have voted in favour of the Order. Nevertheless, the Order remains conspicuously silent on certain aspects of the case which deserve to be noted in this Separate Opinion. [...]”

9. The question whether the doctrine of estoppel could also be invoked as a ground for opposing the judicial proceedings has not been mentioned in the Judgment. It has been discussed in the Separate Opinion of Judges Wolfrum and Cot. There is no doubt that, as noted in the Judgment, the visit of the warship ARA Libertad to the port of Tema was the subject of an exchange of diplomatic notes between Argentina and Ghana, whereby the visit of the warship had been authorized by Ghana by a note verbale of 4 June 2012. What is the legal significance of this authorization? The position that obtains under general international law is well established”.

A continuación Rao acude al precedente de la *Exchange*, por ser el principal pronunciamiento previo que garantizaba la inmunidad del buque de guerra en estas situaciones y que resulta esencial para la solución del *Libertad*. Del mismo modo, invoca como argumento no ya doctrina jurisprudencial asentada como el caso de la *Exchange*, sino doctrina científica, en concreto acude a COLOMBOS¹³⁵, para justificar nuevamente la inmunidad del buque de guerra

¹³³ BARRADA FERREIRÓS, A. (2016), “La inmunidad soberana de los buques de guerra y los buques de Estado…”, *op. cit.*, pp.53 y 54.

¹³⁴ “ARA *Libertad*” (*Argentina v. Ghana*), *Provisional Measures..., separate opinion of Judge Chandrasekhara Rao*, pp. 357 y 360.

¹³⁵ Acude Gao a la posición de Colombos que asume que si la visita es autorizada por un Estado, esta se extiende también a la inmunidad ante los tribunales de justicia, Vid. COLOMBOS, J. C. (1967), *The International Law of the Sea*, David McKay Company, New York, pp. 264-265.

incluso frente a los tribunales de justicia, si ha mediado, como fue el caso, una previa invitación diplomática.

Plantea igualmente Rao una observación, más que acertada, sobre la propia competencia del Tribunal para entrar a resolver sobre el fondo puesta en duda por otros dos miembros del Tribunal¹³⁶. Y así señala que si se duda de la competencia para resolver sobre el fondo, también debería dudarse de esa misma competencia para poder acordar medidas provisionales.

Resulta absolutamente acertada la postura del magistrado GAO. En primer lugar la propia naturaleza del buque de Estado le otorga la inmunidad suficiente para no ser objeto de ningún tipo de acción no autorizada por el Estado receptor. Esa naturaleza de buque de Estado no decae por el hecho de que el *Libertad* fuera un buque escuela, dado que es un buque perteneciente a la Armada argentina, comandado y tripulado por personal militar, que desempeña una función pública como es la formación de sus guardiamarinas, cumpliendo así plenamente las exigencias del artículo 29 de la CNUDM¹³⁷. Estas dos cuestiones son ya más que suficientes para garantizar la inmunidad del buque desde un punto de vista jurídico. Pero en el presente supuesto, existe otro elemento relevante, el canje de notas invitando al buque argentino a visitar Ghana, hecho que obligaría al Estado receptor a garantizar, mientras el buque argentino no cometiera ningún acto indebido en sus aguas, su respeto y protección, resultando en este sentido indiferente que la injerencia efectuada sobre el buque provenga de los tribunales de Ghana y por tanto fuera realizada por otro poder del Estado -el Judicial- distinto al que había cursado la invitación diplomática -el Ejecutivo-. Y finalmente,

¹³⁶ Es la opinión separada de los Magistrados Wolfrum y Cot. Vid. “ARA *Libertad*” (*Argentina v. Ghana*), *Provisional Measures..., joint separate opinion of Judges Wolfrum and Cot*, pp. 365 - 367.

¹³⁷ Art. 29 CNUDM: “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 de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares”.

tal y como apunta Gao, tolerar este tipo de incidentes supondría *de facto* poner en peligro la propia paz y seguridad internacionales, pues un agente, en este caso una unidad de las Fuerzas Armadas de un Estado, es objeto de un abuso indebido por parte de otro Estado con la posible escalada que esto pudiera implicar en el conflicto.

El caso finalmente concluyó por acuerdo entre Ghana y Argentina, por el que el primer Estado reconocía de forma absoluta e incondicional la inobservancia por sus tribunales de la inmunidad a la que tenía derecho el Buque Escuela argentino *Libertad* como buque de guerra de conformidad con las reglas del Derecho Internacional general.

4. Regulación convencional de la inmunidad del buque de Estado.

Aquella evolución histórica y esta evolución jurisprudencial vistas, encuentran su plasmación en un elenco de tratados internacionales que abordan, con absoluta normalidad como principio asentado e indiscutible del Derecho Internacional Público, la inmunidad de los buques de Estado y de guerra. A continuación se analizarán los principales textos jurídicos internacionales en la materia.

4.A. La Convención internacional para la unificación de ciertas normas relativas a la inmunidad de los buques pertenecientes a Estados¹³⁸.

La sociedad internacional de finales del siglo XIX, huérfana de Organizaciones internacionales que asumieran algún tipo de actividad en cuestiones relativas al Derecho Marítimo, desarrolla las primeras tareas de codificación en este campo del Derecho de manos de una Organización privada sin ánimo de lucro, el Comité Marítimo Internacional (en adelante CMI)¹³⁹. Y es efectivamente este

¹³⁸ La Convención, hecha en Bruselas en 1926, con un Protocolo adicional de 1934, de la que España, como después se verá, no es parte.

¹³⁹ Sobre la historia y funcionamiento del CMI, encontramos un breve pero esclarecedor resumen de su presidente de honor en una conferencia en Buenos Aires: BERLINGIERI, F. (1978), *El Comité Marítimo Internacional*, conferencia pronunciada en Buenos Aires, en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/58/rucv_1976_58_9-20.pdf.

Comité, fundado en la ciudad de Amberes en 1897, el qué, varias décadas después de su fundación, y gracias a sus relaciones con el Gobierno de Bélgica, logra organizar en Bruselas una serie de Conferencias internacionales destinadas a unificar y codificar ciertas prácticas internacionales¹⁴⁰. Si bien la atención principal de estas Convenciones, como en general del CMI, era la codificación del Derecho Marítimo en su vertiente más privada, también aborda cuestiones más generales y propias de Derecho público como es la inmunidad de los buques pertenecientes a Estados.

Y así, gracias a los esfuerzos del CMI y del Gobierno de Bélgica, se adopta en el seno de las citadas Conferencias, el Convenio internacional para unificación de ciertas reglas relativas a las inmunidades de los buques del Estado, que se firmó en Bruselas, el 10 de abril de 1926, y que años después se ve completado por el Protocolo adicional suscrito en la misma capital el 24 de mayo de 1934.

La Convención de Bruselas sólo se aplica a los treinta países que la han ratificado¹⁴¹, y a las inmunidades de los Estados respecto de los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y destinados exclusivamente a un servicio oficial y no comercial¹⁴². España, que sí participó en la negociación que condujo a la Convención, finalmente, y tras dos infructuosos intentos abortados probablemente por la convulsa vida política nacional de los años 30 del siglo pasado¹⁴³, no la ha ratificado. Aun así, y pese a los apenas treinta

¹⁴⁰ La primera, de 1910 fue la: *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law with respect to Collision between Vessels*, y la más reciente, de 1967, fue la: *International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Maritime Liens and Mortgages*. La relación completa actualizada es publicada periódicamente por el propio Comité: Vid: <https://comitemaritime.org/publications-documents/status-of-conventions/>.

¹⁴¹ Puede comprobarse el estado de la Convención y los distintos países firmantes en: <https://comitemaritime.org/publications-documents/status-of-conventions/>.

¹⁴² Quedando por tanto excluidos de su ámbito de aplicación los buques propiedad de un Estado empleados con fines comerciales, como pueden ser ferris, buques mercantes estatales, etc. en los que el Estado cobra por prestar el servicio.

¹⁴³ Los dos intentos de ratificación por las Cortes españolas pueden observarse en los Decretos de remisión a las mismas de 1935 y de 1936, firmados respectivamente por Niceto Alcalá Zamora y Torres y por Manuel Azaña, y que constan en las *Gacetas de Madrid* núm. 325, de 21 de noviembre de 1935 y núm. 149, de 28 de mayo de 1936.

Estados firmantes de la Convención, podríamos señalar que la misma tuvo un valor si no cristalizador, sí cuanto menos declarativo de la costumbre internacional al respecto, pues su contenido es comúnmente aceptado por todas las naciones, firmantes o no de la Convención.

Del tenor de esta Convención se desprende la idea ya afirmada en esta tesis de que los: “[Los] buques de Estado dedicados a fines comerciales carecen, *per se*, de las inmunidades y privilegios propias de los restantes buques de Estado. Luego, con mayor razón, los buques mercantes de titularidad privada al servicio del Estado, carecen también de dicha protección o inmunidad. Cuestión distinta es la de la carga, que con los requisitos arriba expuestos, siempre estará sujeta a las citadas inmunidades con independencia del tipo de buque que la transporte”¹⁴⁴.

4.B. La Convención sobre la alta mar, y la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua¹⁴⁵.

La primera de estas Convenciones, continuando la postura internacional que ya fijaban los Convenios de Bruselas de 1926, dispone en su artículo 8.1 que: “[...] los buques de guerra que naveguen en alta mar gozarán de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su bandera”.

Continúa el artículo noveno extendiendo el régimen de los buques de guerra a todos los buques de Estado, estableciendo que: “[...] 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”.

¹⁴⁴ JAUDENES, J. (2016), “El buque mercante fletado por el Estado para el transporte de tropas o material bélico”, *op. cit.*, pp. 27-40.

¹⁴⁵ Estas Convenciones, hechas en Ginebra el 29 de abril de 1958, son publicadas, respectivamente en el *BOE* núm. 309, de 27 de diciembre de 1971 y el *BOE* núm. 307, de 24 de diciembre de 1971. Sobre el contexto histórico y los trabajos que llevaron a la adopción de estos textos internacionales, resulta de utilidad el resumen que hace TREVES, T. (1958). “Geneva Conventions on the Law of the Sea”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*.

Por su parte, la segunda de estas Convenciones, la relativa al mar territorial y a la zona contigua, se limita a efectuar una referencia a la inmunidad de los buques de Estado que no sean buques de guerra, entre los que distingue los explotados con fines comerciales de los destinados a fines no comerciales, para los que el artículo 22.2 establece que: “Salvo lo dispuesto en cualquiera de las disposiciones que se mencionan en los párrafos precedentes, nada en estos artículos afectará a las inmunidades que gozan dichos buques en virtud de estos artículos o de otras reglas de derecho internacional”.

Y para los de guerra, el artículo 23 prescribe, en lo que debe entenderse como un reconocimiento implícito de su inmunidad, que: “Cuando el buque de guerra no cumpla las disposiciones establecidas por el Estado ribereño para el paso por el mar territorial y no tenga en cuenta la invitación que se le haga para que las respete, el Estado ribereño podrá exigir que el buque salga del mar territorial”.

4.C. La Convención de Naciones Unidas del Derecho de Mar.

Tal y como acertadamente señala BARRADA¹⁴⁶, las dos Convenciones de Ginebra de 1958 mencionadas –fruto de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar– limitan su alcance a los espacios marítimos que cada una aborda (la alta mar, la primera, y el mar territorial y la zona contigua, la segunda) y la estructura organizativa del contenido de estos textos fue mantenida la CNUDM de 1982. Esta Convención, en materia de inmunidad de los buques de guerra y de Estado, supone una mera recopilación o “cristalización” de normas anteriores convenidas, fundamentalmente en los Convenios anteriormente citados, o producto de la costumbre y la práctica internacionales.

¹⁴⁶ BARRADA FERREIRÓS, A. (2016), “La inmunidad soberana de los buques de guerra y los buques de Estado”, *op. cit.* pp.52 y 53.

Antes de analizar con cierto detenimiento las previsiones de la CNUDM sobre la inmunidad de los buques de guerra y de los buques de Estado, debe analizarse aunque sea someramente, el porqué del cambio de paradigma que para otros conceptos jurídicos sí supuso la Convención. En este sentido resulta interesante la percepción del General Auditor CERVERA¹⁴⁷, que fue miembro de la delegación española en la III^a Conferencia de las NN.UU. sobre Derecho del Mar, que condujo a la CNUDM abierta a la firma en Montego Bay, cuando señala que: “[...] Las insuficiencias de las grandes conferencias codificadoras de un lado, y las trasformaciones políticas, económicas y tecnológicas de otro, contribuyeron decisivamente a su replanteamiento general [del Derecho del Mar] y a la adopción de un convenio multilateral”.

MARÍN CASTÁN sintetiza acertadamente el papel de la CNUDM señalando que: “[...] supuso sin duda un gran paso en la consecución del objetivo de dotar al mar de una regulación integral desde un enfoque multidisciplinar, superando las anteriores regulaciones fragmentadas, con introducción de nuevos criterios y conceptos acordes con la realidad social”¹⁴⁸.

Entrando ya en el análisis del contenido de la CNUDM relativo al *status privilegiado* de los buques de guerra y de los buques de Estado, conviene analizar individualmente los cinco artículos que aluden a la materia:

Artículo 30. Incumplimiento por buques de guerra de las leyes y reglamentos del Estado ribereño

“Cuando un buque de guerra no cumpla las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial y no acate la invitación que se le haga para que los cumpla, el Estado ribereño podrá exigirle que salga inmediatamente del mar territorial”.

¹⁴⁷ CERVERA, J. (1992), *El derecho del mar: evolución, contenido, perspectivas de las Bulas Papales al Convenio de Jamaica*, Editorial Naval, pp. 32 y 33.

¹⁴⁸ MARÍN CASTÁN, F. (2008), “Marco Jurídico De La Seguridad Marítima”, *Cuaderno de Estrategia* nº 140, Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, pp. 178 y 179.

En este artículo 30, en el que por primera vez se alude al *status* diferenciado del buque de guerra, se aprecia como la reacción del Estado ribereño queda en la mera exigencia de la salida de sus aguas, sin prever, al menos inicialmente, sanción alguna, en lo que parece ser un tratamiento más laxo que el que se pudiera dar a otros buques.

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

“El Estado del pabellón incurrirá 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”.

Otra distinción entre buques de guerra o de Estado utilizados para un servicio no comercial y los buques particulares, radica en que los daños causados por los primeros dan lugar a responsabilidad internacional, entendiendo que la misma surge por los actos de sus órganos o agentes¹⁴⁹, mientras que los daños causados por los segundos no, surgiendo una responsabilidad particular de reparar y en su caso una sanción administrativa o penal que descansa sobre los titulares de esos buques y que se exigiría por los mecanismos domésticos habituales del Estado ribereño.

Artículo 32. Inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales

“Con las excepciones previstas en la subsección A y en los artículos 30 y 31, ninguna disposición de esta Convención afectará a las inmunidades

¹⁴⁹ DIEZ DE VELASCO, M. (2007), *Instituciones de derecho internacional público*, Técnicos, Madrid, pp. 686 a 689.

de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales”.

Se podrá exigir al buque de guerra infractor de las disposiciones del Estado ribereño que abandone sus aguas conforme al artículo 30 visto, o se podrá exigir responsabilidad internacional por los daños que este pueda infligir, pero en todo caso, el buque de guerra mantiene la inmunidad de todo orden como agente del Estado que es. Estas inmunidades son, la inviolabilidad, pues aun en aguas interiores no podrá ordenarse una entrada o registro en dicho buque, la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución.

Artículo 95. Inmunidad de los buques de guerra en la alta mar

“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”.

Artículo 96. Inmunidad de los buques utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial

“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”.

En los artículos 95 y 96 la CNUDM hace nueva referencia a dicha inmunidad de jurisdicción cuando los buques estén en alta mar. Sólo el Estado del pabellón podrá ordenar por tanto medidas contra dichos buques. Los artículos 95 y 96 no lo dicen expresamente, pero en todo caso el Estado del pabellón será responsable por los daños causados por estos buques en alta mar conforme a las reglas de la responsabilidad internacional.

Artículo 236. Inmunidad soberana

“Las disposiciones de esta Convención relativas a la protección y preservación del medio marino no se aplicarán a los buques de guerra,

naves auxiliares, otros buques o aeronaves pertenecientes o utilizados por un Estado y utilizados a la sazón únicamente para un servicio público no comercial. Sin embargo, cada Estado velará, 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”.

La Parte XII de la CNUDM, regula con un importante grado de detalle la protección y preservación del medio marino. Establece para ello una serie de medidas tanto para la protección del medio marino como para garantizar su observancia, tanto por los buques como por los Estados ribereños. Incluso llega a prever la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de estas medidas, así como a establecer la obligación de reparar por los daños causados por su inobservancia¹⁵⁰.

Pero aun en un supuesto como este, en el que la CNUDM se muestra absolutamente comprometida a paliar la amenaza que para el medio ambiente marino supone su explotación, o incluso su uso, excluye del rigor de su cumplimiento a los buques de Estado o de guerra. Para los mismos se prevé, en el artículo 236, una exención de cumplimiento de estas exigencias, debiendo

¹⁵⁰ Artículo 235. Responsabilidad.

“1. Los Estados son responsables del cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino. Serán responsables de conformidad con el derecho internacional.

2. Los Estados asegurarán que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por personas naturales o jurídicas bajo su jurisdicción.

3. A fin de asegurar una pronta y adecuada indemnización de todos los daños resultantes de la contaminación del medio marino, los Estados cooperarán en la aplicación del derecho internacional existente y en el ulterior desarrollo del derecho internacional relativo a las responsabilidades y obligaciones relacionadas con la evaluación de los daños y su indemnización y a la solución de las controversias conexas, así como, cuando proceda, a la elaboración de criterios y procedimientos para el pago de una indemnización adecuada, tales como seguros obligatorios o fondos de indemnización”.

entender que la causa de exención es el carácter de agente del Estado del pabellón con la inviolabilidad e inmunidad de que debe venir acompañado. El citado artículo se limita a, con una gran retórica, matizar sutilmente la exención de cumplimiento que claramente asienta en su comienzo con expresiones como “velar con medidas adecuadas”, y “de manera que no obstaculicen su operatividad o su misión”. En definitiva, se viene a aconsejar que dichos buques respeten en cuanto puedan las obligaciones relativas al medio marino, pero este cumplimiento no se exige como al resto de buques¹⁵¹.

4.D. La Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes¹⁵².

Esta Convención todavía no ha entrado en vigor por no haber sido ratificada por el número mínimo de Estados requerido para ello¹⁵³, pero su estudio resulta interesante para ver la postura de muchos países que ya la han ratificado o incluso, como ya se señaló respecto de Italia al hablar de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Alemania v. Italia*, ya la han incorporado a su Derecho interno.

Esta Convención da un trato diferenciado, en lo formal simplemente, a las aeronaves y a los buques de Estado. Así para las primeras, señala en su artículo 3.3 que: “La presente Convención se aplicará sin perjuicio de la inmunidad de que goce un Estado, en virtud del derecho internacional, respecto de las

¹⁵¹ En este sentido puedo indicar por experiencia propia que los buques de guerra españoles son estrictos cumplidores de todas las medidas medioambientales, incluso con mayor celo que el que recomienda la CNUDM. La causa a mi juicio es doble, la gente de mar es consciente de que la mar, pese a su inmensidad, es un patrimonio frágil que hay que cuidar para garantizar su conservación, y por otro lado, desde un punto de vista más pragmático, se sabe que aun cuando no haya obligación legal, los daños que pudiera causar el buque de guerra darían una indeseada mala imagen pública de España y por supuesto de la propia Armada.

¹⁵² Hecha en Nueva York el 17 de enero de 2005, ha sido publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 396, de 18 de febrero de 2011.

¹⁵³ Siendo necesaria la ratificación de al menos 30 países para su entrada en vigor, hasta la fecha sólo la han ratificado 23, España la ratificó el 21 de septiembre de 2011 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=en,,.

aeronaves o los objetos espaciales de propiedad de un Estado u operados por un Estado”.

Los buques los regula en su artículo 16, diferenciando los buques propiedad del Estado o explotados por él con un propósito comercial del resto de buques.

Artículo 16. Buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado.

“1. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, 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, en un proceso relativo a la explotación de ese buque si, en el momento de producirse el hecho que haya dado lugar a la acción, el buque fuere utilizado para fines que no sean un servicio público no comercial.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica a los buques de guerra y buques auxiliares, ni tampoco se aplica a otros buques de propiedad de un Estado o explotados por él y utilizados, por el momento, exclusivamente para un servicio público no comercial”.

Ha de entenderse del precepto transcritto, aun a *sensu contrario*, que los buques de Estado empleados para fines no comerciales y los de guerra, sí gozarían de las inmunidades que se enuncian en el apartado anterior del mismo artículo.

5. La inmunidad en puerto o en aguas interiores.

Todo cuanto acaba de exponerse se refiere a la inmunidad en diferentes espacios marítimos donde alcanza la jurisdicción del Estado ribereño, pero donde su capacidad de actuación no es necesariamente plena. La duda puede plantearse cuando el buque entra en un espacio donde la jurisdicción del Estado ribereño es absoluta, como son sus puertos o sus aguas interiores.

En los textos vistos su ámbito espacial de aplicación no alcanza estos espacios, siendo necesario acudir a la práctica internacional más que a los tratados. Y así puede concluirse que ya de antiguo venía admitiéndose que cuando la entrada en estos espacios es por necesidad, o aun con autorización, el buque que arriba goza de inmunidad. Especialmente en aquellos puertos en los que la arribada es forzosa para reparaciones o víveres, pero no únicamente en estos casos.

Esta posición viene de muy antiguo como ya apunta BARRADA¹⁵⁴, pudiendo remontarnos a los tiempos de romanos y cartagineses¹⁵⁵. Esta situación, con el paso de los siglos no ha ido sino ratificándose por la práctica internacional, tal y como anteriormente pusimos de manifiesto con los casos del *The Schooner Exchange v. McFaddon & Others*, o el del Buque Escuela Argentino *Libertad*. Igual de significativo resulta en este sentido el caso del buque chileno *Pilcomayo*¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Ver los tratados entre romanos y cartagineses citados ya en textos de Polibio y referidos detalladamente por BARRADA, A. (2016), “La inmunidad soberana de los buques de guerra y los buques de Estado...” *op. cit.*, p.45.

¹⁵⁵ “Los primeros tratados que se hicieron entre Romanos y Cartagineses, fueron en tiempo de L. Junio Bruto y Marco Horacio, los dos primeros cónsules que se nombraron después de abolidos los Reyes [...]. El tratado (509 a. C.) está comprendido en estos términos: Habrá alianza entre Romanos y Cartagineses, [...] con estas condiciones: no navegaran los Romanos ni sus aliados de parte allá del Bello Promontorio, a no ser que los compela alguna tempestad o fuerza enemiga: y en caso de ser alguno arrojado por fuerza, no le será lícito comprar ni tomar más que lo preciso para reparo de su buque o culto de sus Dioses; y partirá dentro de cinco días [...].

A este se siguió otro tratado, [...] Su tenor (352 a. C.) es el siguiente: Habrá alianza entre Romanos y sus aliados, y los Cartagineses, [...] con estas condiciones: no andarán a corso, ni comerciarán, ni edificarán ciudad los Romanos de parte allá del Bello Promontorio, Mastia y Tarseio. [...] Ningún Romano comerciará, ni construirá ciudad en Cerdeña y África; ni aportará [entrará en puerto] allá, sino para tomar víveres y reparar su buque. Si la tempestad le arrojase, saldrá dentro de cinco días [...].

Últimamente, antes que los Cartagineses comenzasen la guerra de Sicilia, ajustaron los Romanos otro tratado, hacia el tránsito de Pyrro en Italia. En él (281 a. C.) se observan los mismos pactos que en los precedentes [...].

Estos tratados subsisten y se conservan en láminas de bronce hasta hoy en el templo de Júpiter Capitolino, en el archivo de los Ediles”. POLIBIO DE MEGALÓPOLIS, *Historia*, Libro III, Capítulo VI; traducción de Ambrosio Rui Bamba (Tomo I), Imprenta Real, Madrid, 1789, pp. 286-291.

¹⁵⁶ “En 1898, parte de la tripulación del cañonero de pabellón chileno *Pilcomayo* se sublevó mientras se encontraba fondeado en el puerto de Buenos Aires. Los amotinados asesinaron a algunos tripulantes y el comandante del buque solicitó la intervención de las autoridades locales, que acabó reduciendo a los responsables. El presidente argentino Federico Errázuriz Echaurren ordenó que el buque fuera desarmado y que, una vez fuera de servicio, fuera traslado a Chile y su tripulación conducida allí por tierra. Los amotinados recurrieron a las autoridades nacionales argentinas solicitando asilo político; el juez federal competente declaró que al haber intervenido

FARIÑA, partidario igualmente de esta postura, señalaba que: “[...] el sistema general que establecen las inmunidades del buque militar es la abstención por parte del Estado ribereño de intervenir en todas las actividades y relaciones jurídicas que se desenvuelven a bordo y la autorización expresa o tácita para mantener las relaciones necesarias con el territorio con absoluta autonomía, siempre que esas relaciones no sean susceptibles de producir una alteración en la normalidad del Estado territorial, de ocasionar algún perjuicio a sus intereses o de constituir un atentado a su soberanía”¹⁵⁷. Resulta lógico que la inmunidad tenga también una contrapartida, como es la obligación de no interferir con acciones u omisiones en el Estado ribereño que pudieran resultar perjudiciales para los intereses o la soberanía de este.

Este principio de no injerencia fue ya declarado en el Reglamento (de carácter no normativo) sobre el régimen legal de los buques y sus tripulaciones en puertos extranjeros en tiempo de paz, votado por el Instituto de Derecho Internacional¹⁵⁸ en sus reuniones de Estocolmo en 1928¹⁵⁹, al establecer su artículo 16 que: “[...] los buques militares están sometidos a la acción de la Potencia de quien dependen, sin que los poderes locales puedan realizar actos de autoridad a bordo de esos buques ni ejercer jurisdicción sobre las personas que en ellos se encuentran, salvo los casos expresamente previstos en este Reglamento”.

las autoridades locales, a solicitud de su capitán y por estar el barco desarmado, el cañonero había perdido su calidad de buque de guerra y, por tanto tenía jurisdicción para conocer de los hechos acontecidos. La Corte Suprema argentina ratificó la entrega de los miembros de la tripulación sobre los que pesaba la solicitud de la extradición, y determinó que procedía tanto la devolución del buque como los bienes existentes a bordo”. PEREZ DE FRANCISCO, E. (2001), “A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques o aeronaves, contra ellas o por ellas: estado de la cuestión”, *Revista actualidad jurídica nº 4*, Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, p. 351.

¹⁵⁷ FARIÑA, F. (1941), *El buque de guerra ante el Derecho Internacional*, op. cit., pp. 202 y 203.

¹⁵⁸ Se trata de un Instituto de expertos internacionalistas, sin carácter oficial, pero de cierta autoridad como doctrina científica que allá por los comienzos del siglo pasado ya abordó esta cuestión. Así lo señala BARRADA, A. (2016), “La inmunidad soberana de los buques de guerra y los buques de estado...” op. cit. p. 29, nota al pie nº 51.

¹⁵⁹ Publicado en la página web del propio Instituto, Vid. https://www.idi-iil.org/en/sessions/stockholm-1928/?post_type=publication.

Es ya clásica y tradicional en la doctrina la postura al respecto consagrada por COLOMBOS, para quien el buque de guerra permanece siempre bajo la exclusiva jurisdicción del Estado del pabellón, también en puertos extranjeros, no pudiendo iniciarse procedimientos posesorios, ni por daños por colisión, ni por salvamento, ni por ninguna otra causa, no pudiendo tampoco subir a bordo contra la voluntad del Comandante funcionario alguno del Estado del litoral. La única contrapartida que se le exige es: “[...] que todo buque que entre en los puertos de Potencia extranjera «deberá comportarse de modo amistoso». Esto entraña el deber de cumplir todas las normas que rigen la admisión del buque, emitidas por el Estado territorial”¹⁶⁰. El modo amistoso en el que debe comportarse el buque de guerra no implica sólo no interferir en modo alguno sobre el Estado ribereño o sus intereses, sino que incluye también acatar las limitaciones que se les hayan impuesto en la autorización de entrada.

Toda esta doctrina científica deja clara la inmunidad soberana del buque también en aguas interiores del Estado ribereño. ¿Pero cuál es la razón última de esta inmunidad?, la misma es la consecuencia natural y lógica del carácter del buque de guerra de agente del Estado del pabellón, y representante de la fuerza de este. Si se permite algún tipo de injerencia del Estado ribereño sobre estos buques, que por definición llevan a cabo misiones y tareas de la más diversa naturaleza, y que además cuentan entre sus equipos con algunos cuyo contenido y tecnología deben mantenerse secretos, se estaría permitiendo una acción que sería una fuente interminable de quejas y problemas diplomáticos, con el riesgo de escalada de tensiones entre diferentes Estados. Así las cosas, si se restringe el alcance de las acciones a bordo de los mismos por el Estado ribereño, se atajan de raíz los posibles problemas diplomáticos que podrían originarse, y más cuando estos buques normalmente requieren autorización diplomática para entrar en puertos extranjeros.

¹⁶⁰ COLOMBOS, C.J. (1961), *Derecho Internacional Marítimo, op. cit.*, p. 177.

Y por otro lado, como agente del Estado del pabellón que es, también debe abstenerse de protagonizar, tanto el propio buque en su estancia en puerto, como su dotación, acciones que puedan perjudicar las relaciones entre los Estados¹⁶¹.

6. La inmunidad del buque de Estado en el Derecho español.

El Derecho interno español, como no podía ser de otra manera, también ha entrado a regular la figura de la inmunidad de ciertos agentes en las relaciones internacionales. En este sentido, tiene gran importancia la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España¹⁶², que entró en vigor el 17 de noviembre de ese mismo año. Esta Ley Orgánica viene a arrojar un poco de luz, y sobre todo a clarificar conceptos y facilitar las relaciones internacionales de España al recoger en un texto único, sistemático y coherente, todo el régimen jurídico de las inmunidades aplicables en España, logrando así facilitar la correcta aplicación de estas inmunidades por los operadores jurídicos nacionales y, por tanto, el cumplimiento por España de sus obligaciones internacionales en la materia.

Supone igualmente la incorporación al ordenamiento jurídico español del contenido del Convenio de Naciones Unidas de 2004 que hemos ya analizado,

¹⁶¹ En este sentido, y para evitar situaciones indeseadas, se toman normalmente ciertas prevenciones en las visitas de los buques de guerra a puertos extranjeros como son, la designación de un oficial de enlace por parte del Estado ribereño que resuelve todas las dudas que pudieran existir respecto a la visita y que actúa como primer solucionador de los problemas que pudieran surgir. Igualmente se procede antes de entrar en puerto a la explicación pormenorizada a la dotación del buque de qué acciones puede y qué acciones no puede hacer si bajan a tierra, esta no es una cuestión menor, pues las diferencias culturales en determinados puertos requieren necesariamente de estas explicaciones para evitar indeseados malentendidos con la población y las autoridades locales. Así lo viví a bordo del BAM *Relámpago*, teniendo incluso la ocasión de impartir alguna de esas breves charlas a la tripulación en lo que se denominaban *recaladas culturales* la víspera del atraque.

¹⁶² BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

favoreciendo en suma la instalación en España de sedes u oficinas de Organizaciones internacionales.

Dicha Ley Orgánica aborda la problemática específica de los buques de guerra y de los buques de Estado. Ya en su exposición de motivos señala que:

“En la actualidad, como consecuencia de los fenómenos de cooperación internacional, las inmunidades internacionales abarcan también otros ámbitos, entre los que destacan el de [...] los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado y las fuerzas armadas extranjeras. [...] 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 que posteriormente se han recogido en diversos tratados. [...] Particularmente delicada es la cuestión de los límites de las inmunidades, dado que la vieja doctrina absoluta de las inmunidades ha ido dando paso a una doctrina más restrictiva que haga compatible la existencia de tales inmunidades con las exigencias elementales de tutela judicial efectiva derivadas del principio de Estado de Derecho”.

De la simple lectura de la Exposición de motivos de esta norma se observa cómo las fuentes de estas inmunidades son las que se han analizado en los apartados precedentes, esa jurisprudencia internacional, esa costumbre internacional y esos tratados internacionales declarativos de dicha costumbre. Igualmente se señala expresamente el supuesto de los buques y aeronaves¹⁶³, lo cual resulta

¹⁶³ Señala la Exposición de Motivos también los problemas que experimenta el Derecho Internacional para regular estas materias, aludiendo nuevamente de manera expresa a las aeronaves de Estado: “Además de los convenios internacionales, concurren igualmente obligaciones derivadas del Derecho Internacional consuetudinario, que inciden directamente en el régimen de las inmunidades en España de los sujetos de Derecho Internacional. Es, entre otros, el caso de las aeronaves de Estado, cuyo régimen jurídico queda fuera del Convenio de Chicago, de 7 de diciembre de 1944, sobre aviación civil internacional, en virtud de su artículo 3 a). También encajan en esta categoría aspectos concretos de la inmunidad penal de los funcionarios del Estado (por ejemplo, el régimen aplicable a los Jefes de Estado, Presidentes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores), que en estos momentos está siendo objeto de atención incipiente por parte de la Comisión de Derecho Internacional. O incluso han cristalizado costumbres internacionales en torno a ámbitos específicos de las inmunidades del Estado, como aquella según la cual la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no conlleva por sí misma una

lógico, pues como se viene defendiendo en esta tesis, su actuación en zonas bajo la soberanía de otros Estados los convierte en un elemento de posible fricción entre los Estados que requiere un marco jurídico internacional claro que evite posibles conflictos.

El Título III de la Ley Orgánica 16/2015 está dedicado en exclusiva a estos buques y aeronaves de Estado. De manera simple pero tajante, reconoce en tres artículos la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los buques de guerra, de los buques de Estado y de las aeronaves de Estado.

Resulta en este sentido llamativo el hecho de que al regular los buques, tanto de guerra como de Estado, lo haga en un mismo artículo pero diferenciando expresamente ambos tipos de buques¹⁶⁴, sistemática normativa que no mantiene para las aeronaves militares sobre las que guarda silencio por entenderlas incluidas en la más genérica expresión de aeronaves de Estado que sí regula¹⁶⁵. La mejor explicación a esta curiosidad legislativa puede probablemente encontrarse en que la Ley, tal y como en la señalada Exposición de Motivos se pone de manifiesto, se basa en la normativa convencional sobre la materia. En esta es clásica y tradicional la distinción entre buque de Estado y

correlativa renuncia a la inmunidad de ejecución. Con todo, perviven amplias dudas a propósito del carácter consuetudinario o no de buen número de aspectos de las inmunidades, en cuestiones de índole tanto sustantiva como procesal.

Por último, los tribunales internacionales han contribuido a clarificar el régimen de las inmunidades con relevantes sentencias, que en aspectos fundamentales marcan la pauta de actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales. Destaca, por encima de todos, la Corte Internacional de Justicia, pero también el Tribunal Internacional de Derecho del Mar o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han desplegado una jurisprudencia de creciente interés en la materia”.

¹⁶⁴ Artículo 30. Inmunidad de buques de guerra y buques de Estado:

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

¹⁶⁵ Artículo 31. Inmunidad de aeronaves de Estado:

“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”.

buque de guerra (artículos 29, 31, 32, 96 de la CNUDM), no estando tan asentada la existente entre aeronave militar y aeronave de Estado.

Realmente la distinción no es meramente semántica, pues tiene implicaciones jurídicas claras. Así, si para ser buque de Estado o aeronave de Estado, según el artículo 3 de esta Ley Orgánica, es necesario que el buque o la aeronave se dedique a un servicio público, este requisito no resultaría, según el tenor literal de la Ley, exigible para los buques de guerra. Estos podrían, cumpliendo las exigencias externas e internas (inclusión en la lista de buques de guerra, signos exteriores de su función, al mando de un oficial incluido en el Escalafón Oficial, dotación militar, etc.) gozar de la total protección de la Ley aun cuando se dedicara a servicios no públicos.

Se trata sin duda de un supuesto de laboratorio, difícilmente alguna marina asumiría funciones no relacionadas, aun tangencialmente, con un servicio público, pero en cualquier caso la distinción para la Ley es clara. Sea como fuere, si así lo llegara a hacer, España gozaría del derecho a invitar a un buque de guerra a abandonar las aguas bajo nuestra soberanía en las que prestara un servicio no oficial.

A modo de curiosidad resulta que este régimen es sin más extensible a todas las aeronaves militares, pues la Ley de Navegación Aérea¹⁶⁶ señala que todas ellas son siempre aeronaves de Estado, siendo irrelevante el servicio al que se dedicaran en el momento en el que se pretenda hacer valer sobre las mismas los privilegios e inmunidades a los que nos estamos refiriendo.

Pero la regulación de estas visitas de los buques de Estado extranjeros no acaba en la reciente Ley Orgánica, es necesario analizar la Orden DEF 25/1985, de 23

¹⁶⁶ Vid. art. 14 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960.

de abril¹⁶⁷. En ella se regulan tanto las escalas como el tránsito de los buques de guerra extranjeros¹⁶⁸ –entendidos estos en el amplio concepto que a los solos efectos de dicha Orden allí se prevén-. Pero en cualquier caso, esta Orden ministerial se refiere única y exclusivamente a los buques de guerra extranjeros en tiempo de paz y en circunstancias ordinarias, quedando también fuera de su ámbito de aplicación las escalas de buques nucleares¹⁶⁹ y las de buques de naciones beligerantes o aquellos otros con los que existiera algún convenio específico.

Se prevén tres tipos de escalas: las accidentales, reservadas para las que atienden a supuestos de arribada forzosa o de fuerza mayor y que no han podido ser previstas con anterioridad; las no oficiales, para atender a las solicitadas por motivos operativos o para atender aspectos logísticos o de descanso de dotación; y las escalas oficiales, reservadas para aquellas que se realizan a petición del Gobierno español, o que el Gobierno extranjero ha solicitado que tengan este carácter, serían básicamente las escalas de tipo institucional, y podrían ser también escalas oficiales las no oficiales cuando a bordo del buque extranjero estuviera embarcado alguna personalidad relevante y el Gobierno español quisiera tener la deferencia de declarar unilateralmente el carácter de visita oficial. Sea como fuere, su tramitación siempre es diplomática, interviniendo la legación extranjera, el Ministerio de Asuntos Exteriores y en el Ministerio de Defensa la Dirección General de Política de Defensa y el Estado Mayor de la Armada a través fundamentalmente de su Sección de Relaciones Exteriores (REX).

¹⁶⁷ Se trata de Orden Ministerial vista al estudiar la definición de buque de guerra en p. 41.

¹⁶⁸ Así dicha Orden entiende por *escala*, toda permanencia temporal de un buque de guerra extranjero, tanto en puerto como en paraje de aguas interiores o del mar territorial español, previamente solicitada y concedida, ya sea atracado, amarrado, fondeado, en dique o en varadero. Igualmente señala que por *paso* se entiende el hecho de navegar por el mar territorial ya sea para atravesarlo sin penetrar en las aguas interiores, ya sea para dirigirse hacia esas aguas, ya sea saliendo de ellas.

¹⁶⁹ Materia esta que es clasificada por sus implicaciones.

El régimen de estos buques difiere según estén en puerto (aguas interiores) o en el mar territorial. Así, en puerto tienen limitadas sus actuaciones, estando obligados en sus escalas en puertos españoles según la citada norma en los términos siguientes:

“a) Los buques de guerra extranjeros utilizarán los lugares de atraque o fondeo que se les asigne en cada caso.

La autoridad militar de la Armada en cada puerto es la competente para efectuar dicha designación, aun cuando se trate de muelles privados, pudiendo cambiar el lugar de atraque o fondeo asignado cuando lo estime oportuno”.

Aquí destaca que la competencia para esta decisión, incluso en los casos de muelles privados corresponde a la autoridad militar de la Armada. Esta cuestión es de suponer que responde a un criterio práctico, la comunicación es más fluida entre esta autoridad militar y el Comandante del buque de guerra extranjero, y además este Comandante priorizará sobre otras consideraciones la cuestión política y operativa, minimizando así el riesgo de problemas.

“A tal efecto, dicha autoridad designará a un Oficial de la Armada para trasladarse a bordo tan pronto como el buque de guerra extranjero entre en puerto español, quien cumplimentará al Comandante y le informará del lugar asignado para amarre o fondeo. En caso de embarcarse después de estar amarrado o fondeado, le confirmará el lugar o designará uno nuevo, si procediera.

Si por entrar el buque de arribada no hubiese mediado previa notificación, el Oficial se informará del motivo de la entrada, su duración, nombre del Comandante y demás datos que procedan de los contenidos en la norma 7, sin perjuicio de lo dispuesto en la norma 2”.

Este Oficial de enlace, designado por la autoridad militar de la Armada, y al que anteriormente se aludió, tiene esa función de ser una primera y crucial vía de

contacto con el buque de guerra extranjero, para ello su primera tarea es confirmar el punto de fondeo o atraque, y en segundo lugar, confirmar todos los datos del buque para aquellos casos en los que el buque extranjero entrara sin autorización previa, normalmente por avería o malas condiciones de la mar, aunque en la práctica, esta situación resulta excepcional.

“b) Estarán obligados a respetar los reglamentos del puerto y las disposiciones legales vigentes relativas a régimen fiscal, sanidad, policía, contaminación, etcétera, de los cuales se facilitará a su Comandante por la autoridad de Marina las informaciones precisas”.

Aquí la Orden Ministerial mantiene el criterio ya señalado por la doctrina científica y que se abordó en el epígrafe anterior de que, pese a la inmunidad soberana del buque de guerra, este tiene obligación de cumplir con las normas del puerto y aduaneras del puerto de arribada. Destacando de nuevo el papel del Oficial de enlace que normalmente es el responsable de comunicar estas regulaciones al Comandante del buque.

“c) Estarán exentos de inspecciones, incluidas las de Aduana y Sanidad. Los efectos desembarcados, sean del cargo o personales, estarán sujetos a declaración e inspección por la Aduana local”.

Pese a la obligación de cumplir con las normas portuarias y aduaneras, en el buque de guerra extranjero no se podrán efectuar inspecciones, y la normativa aduanera sólo se aplicará sobre el material desembarcado, y por tanto ya fuera del propio buque de guerra.

“d) Únicamente podrán efectuar transmisiones radioeléctricas en puerto o fondeadero en aquellas frecuencias previamente autorizadas, pudiendo la autoridad local de Marina establecer las restricciones ulteriores que estime oportuno, cuando considere que dichas transmisiones interfieren a las emisiones españolas”.

El espacio radioeléctrico tiene una protección especial, tanto por los problemas de interferencias que pueden originar estos buques si ocupan ciertas bandas, como por el tipo de contenido que pueden emitir a los equipos locales y que podría ser similar al prohibido por el artículo 109 de la CNUDM¹⁷⁰.

“e) Sin autorización expresa, los miembros de la dotación no podrán entrar en las Dependencias de la Armada, utilizar sus medios o servicios, tomar fotografías, ni circular por sus zonas reservadas e industriales, aunque el buque esté en un arsenal o base naval”.

Se trata esta de una cautela lógica, tendente de un lado a evitar confrontaciones con la guardia de seguridad de las instalaciones militares, y de otro, la posible obtención de información más o menos sensible.

“f) Los miembros de la dotación saldrán a tierra de uniforme, excepto los oficiales que podrán hacerlo de paisano, salvo para los actos oficiales o aquellos del programa que requieran la asistencia de uniforme”.

Si bien esta regla es clara en cuanto a su redacción, en la práctica se es absolutamente flexible, y se suele autorizar expresamente a que todo el personal baje a tierra de paisano, siempre y cuando estén frances de servicio y porte su documentación oficial.

“g) No está permitido:

Primero.-Ejecutar la pena de muerte.

¹⁷⁰ Artículo 109 CNUDM. Transmisiones no autorizadas desde la alta mar:

“1. Todos los Estados cooperarán en la represión de las transmisiones no autorizadas efectuadas desde la alta mar.

2. Para los efectos de esta Convención, por «transmisiones no autorizadas» se entiende las transmisiones de radio o televisión difundidas desde un buque o instalación en alta mar y dirigidas al público en general en violación de los reglamentos internacionales, con exclusión de la transmisión de llamadas de socorro [...].”

- Segundo.-Desembarcar miembros de la dotación con armas o cualquier clase de material bélico, si no es con autorización especial para cada caso.
- Tercero.-Navegar armadas las embarcaciones menores.
- Cuarto.-Efectuar pruebas de armas.
- Quinto.-Poner en emisión radares o equipos de guerra electrónica.
- Sexto.-Efectuar transmisiones submarinas.
- Séptimo.-Realizar sondeos, exploraciones o cualquier otra clase de trabajos submarinos.
- Octavo.-Levantar croquis o planos del puerto o de tierra firme.
- Noveno.-Poner en vuelo aeronaves o desembarcar o embarcar cualquier clase de vehículos particulares, sin autorización expresa.
- Décimo.-Efectuar inmersiones los submarinos o vehículos sumergibles”.

Aquí la norma enumera una serie de conductas que resultan la consecuencia lógica de todo lo anterior, prohibiendo una serie de actividades de obtención de inteligencia como podrían ser las prospecciones, los sondeos submarinos; insistiendo en la limitación de transmisiones; los actos exteriores que puedan implicar algún tipo de demostración de fuerza como probar armamento, portarlo en tierra o armar las embarcaciones menores; y por supuesto ejecutar la pena de muerte.

La regulación que se establece en la Orden para el paso por el mar territorial español es menos detallada, plasmando simplemente los postulados del clásico paso inocente del Derecho Internacional: “No se requiere autorización especial para el paso de buques de guerra extranjeros por el mar territorial español, en el que están obligados a respetar el «paso inocente», con arreglo a las normas consuetudinarias del Derecho Internacional”.

A continuación, recoge ciertos requisitos formales concretos de ejercicio de ese

paso inocente, pero que no son más que una enumeración de los previstos en los artículos 19 y 20 de la CNUDM: “Mientras se encuentren en navegación por el mar territorial español deberá ostentar el pabellón de su nación de forma bien visible y no podrán: Detenerse; arriar embarcaciones; poner en vuelo aeronaves; efectuar maniobras, ejercicios, trasvases o traslados de cualquier clase, ni realizar trabajos hidrográficos u oceanográficos. Los submarinos navegarán en superficie”.

Finalmente a este respecto indica con una clásica formula de cierre, que si se pretende hacer alguna otra actividad ajena al estricto paso inocente es imprescindible contar con una autorización previa y solicitada en debida forma: “Para poder efectuar algún ejercicio o cualquier otra operación fuera del simple paso, será preciso obtener la correspondiente autorización previa del Gobierno español, solicitada por vía diplomática como se indica en el punto 7, para las escalas”.

En cualquier caso, en la práctica, las consecuencias del incumplimiento de estas exigencias son limitadas, pues quedarían reducidas por regla general a las habituales quejas diplomáticas o a la invitación al buque en cuestión a abandonar nuestros espacios de soberanía.

La Orden Ministerial vista regula la regla general, pero existen dos excepciones notables, los países miembros de la Alianza Atlántica y los Estados Unidos de América.

Los países miembros de la Alianza se rigen para sus escalas por el STANAG 1100¹⁷¹; que tiene la clasificación de NATO RESTRICTED¹⁷². Baste aquí

¹⁷¹ Un STANAG en el seno de la OTAN, es un *Standardization Agreement*, o en español un Acuerdo de Normalización. En él se definen procesos, procedimientos, términos y condiciones de equipamiento o procedimientos y técnicas militares comunes entre los países miembros de la Alianza

¹⁷² NATO RESTRICTED equivale a la Difusión limitada en España, y por tanto le resulta de aplicación el punto 9.5 de la NS 04 de Seguridad de la Información en virtud de la cual:

señalar que el mismo armoniza y simplifica el régimen general entre los distintos países de la Alianza, buscando con ello una mayor agilidad en los supuestos tan habituales de visitas de buques de Estados de la Alianza en puertos de la misma.

Los buques de los Estados Unidos de América en sus escalas en España, y los buques de la Armada Española en sus escalas en Estados Unidos, se rigen por el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre cooperación para la Defensa de 1 de diciembre de 1988¹⁷³. En el anexo A del mismo se establece un sistema de escalas simplificado y que parte del STANAG 1100 ya aludido.

También se sustraen de la aplicación de la Orden Ministerial de 25/1985 los buques de los Países Bajos, que se rigen por el Protocolo de Acuerdo – SPNLNAV 1 Acuerdo bilateral entre la Armada Española y la Marina Real Holandesa. El mismo simplifica recíprocamente el régimen a aplicar a las autorizaciones para las visitas y escalas de los buques de guerra holandeses en puertos españoles o los buques de la Armada Española en puertos holandeses, mas por tratarse de un documento NATO RESTRICTED no puede entrarse aquí a detallar su contenido. A diferencia del Convenio con los EEUU que es un Tratado Internacional y por tanto publicado en el *BOE*, el Acuerdo con Países Bajos es un mero Acuerdo bilateral sin rango de tratado y que por determinados aspectos técnicos de su contenido goza del indicado grado de reserva.

“Reproducciones, extractos y traducciones de información clasificada de grado “DIFUSIÓN LIMITADA o equivalente”, podrán ser realizadas por el usuario siempre que se asegure su control de forma que no se produzcan accesos no autorizados a las mismas”, razón por la que no entramos a detallar de las mismas más datos que los ya generalmente conocidos.

¹⁷³ *BOE* núm. 108, de 6 de mayo de 1989.

7. Inmunidad del buque de Estado hundido.

7.A. Una visión general

Pero, ¿qué sucede con el buque de Estado hundido?, ¿conserva tras su hundimiento el *status* específico de protección que se le aplicaba cuando ejercía sus funciones?, ¿conserva el Estado del pabellón del buque algún tipo de jurisdicción sobre el mismo?

La cuestión no es baladí, pues citando sólo el caso español, la Armada española, tras un riguroso estudio histórico¹⁷⁴, cifra en 1580 los naufragios que constan en sus archivos, la mayoría de los cuales corresponden a buques de Estado.

En primer término cabe destacar que la protección de los buques de Estado hundidos ha sido fundamentalmente analizada dentro de la protección del patrimonio cultural subacuático. En este sentido, el principal hito regulador de la materia lo supuso la Convención de la UNESCO de 2001 sobre la protección del patrimonio cultural subacuático¹⁷⁵, pues con carácter previo no existía regulación específica alguna¹⁷⁶.

Pero antes de entrar a analizar el cambio de paradigma que supuso dicha Convención respecto de la posible continuidad de la inmunidad en relación con el buque de Estado hundido, conviene analizar, muy someramente, los posicionamientos doctrinales y la práctica internacional previos.

¹⁷⁴ El estudio aun no ha sido hecho público, posiblemente para evitar facilitar el expolio de este patrimonio por empresas dedicadas a la caza de tesoros. Sí podemos encontrar publicados los naufragios en aguas irlandesas en el software *Wreck Viewer* del Servicio de Monumentos Nacionales de Irlanda.

¹⁷⁵ Convención de la UNESCO de protección del patrimonio cultural subacuático, hecha en París el 2 de noviembre de 2001. *BOE* núm. 55, de 5 de marzo de 2009.

¹⁷⁶ Vid. MIRANDA R. (2017), “La protección del patrimonio cultural subacuático en la convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático de 2001”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Ensayos Año 24 - No 1, pp. 247-262. y CASTILLO BELINCHÓN, R. (2008) “El patrimonio cultural subacuático”, ARQVA, *Museo Nacional de Arqueología Subacuática: catálogo*, Ministerio de Cultura - Secretaría General Técnica, Madrid, p. 40

Existe en este sentido cierta controversia con algunos autores que defienden que no existe base legal para sostener un mantenimiento de la inmunidad¹⁷⁷, toda vez que ninguna Convención previa preveía dicho principio. Sostienen igualmente que la función pública del buque, que es la justificación última de la inmunidad, ha cesado una vez este ha sido hundido. A este respecto, AZNAR GOMEZ zanja sobresalientemente la cuestión cuando señala, que:

"It is only now that underwater techniques permit not only the discovery but also the commercial salvage of wrecks, when salvors have begun - with a panoply of talented lawyers - to question the "ancient vintage" of that rule. Questions raised concerning the "express abandonment rule" also reflect an effort to reverse the burden of proof and place it upon the flag State. Fortunately for underwater historical heritage, as we have seen, international practice has not accepted these efforts"¹⁷⁸.

Por otro lado, la práctica internacional de los diferentes Estados también se ajusta a este principio del mantenimiento de la protección del buque de Estado tras el hundimiento. Resultan muy ilustrativos los dos principales ejemplos que también cita AZNAR GÓMEZ:

El primero de ellos es la respuesta dada en 1965 por el Departamento de Estado de los Estados Unidos a la consulta de su Embajada en Trinidad en relación a los posibles derechos de salvamento marítimo de terceros sobre un buque hundido. El Departamento de Estado señala taxativamente que la propiedad del pecio y de su carga se mantiene en el Gobierno de los Estados Unidos, que era el titular de los mismos en el momento de su hundimiento, y que sólo cesarían

¹⁷⁷ Vid. BEDERMAN D. J. (2000) "Rethinking the Legal Status of Sunken Warships", *Ocean Development International Law*, p. 97 y ss.

¹⁷⁸ AZNAR-GÓMEZ, M. J. (2003), "Legal Status of Sunken Warships "Revisited"" , *Spanish Yearbook of International Law*, 2003, vol. 9, p. 100.

en caso de transferencia a un tercero o abandono explícito. Al no haber mediado abandono alguno, el salvamento requiere un consentimiento expreso¹⁷⁹.

Otro caso interesante en el que se posicionaron respecto de esta cuestión tanto la extinta URSS como Japón, es el del *Almirante Nakhimov*. Se trata de un buque de guerra ruso, hundido el 28 de mayo de 1905 durante la batalla de *Tsushima* en el mar del Japón y que poco antes de su hundimiento había sido abordado por la dotación del buque japonés *Sadomaru* que logró izar la bandera imperial japonesa en el mástil del *Almirante Nakhimov*, pero que pese a sus posteriores esfuerzos, no pudo mantener a flote el buque capturado.

Cuando en octubre de 1980 las autoridades soviéticas tuvieron conocimiento de las actividades de salvamento que se estaban llevando a cabo en los restos del *Almirante Nakhimov* por parte de una compañía japonesa, presentó una queja ante las autoridades niponas expresando que, conforme al Derecho Internacional, los buques de guerra hundidos gozan de inmunidad respecto de cualquier Estado que no sea el del pabellón¹⁸⁰, marcando así con esa expresa declaración la posición de la URSS respecto de la cuestión aquí analizada. La respuesta japonesa no se hizo esperar, señalando que coincidía con la visión soviética de la cuestión, recordando a la URSS que conforme al mismo Derecho Internacional, los derechos rusos sobre el buque cesaron en el momento de su captura por las fuerzas japonesas¹⁸¹. Se posicionó así Japón en el mismo sentido que los Gobiernos ruso y estadounidense en la cuestión aquí estudiada.

¹⁷⁹ Literalmente, los Estados Unidos señalaron que: "[...] where ownership to vessels or cargoes resided in US Government at time of sinking, the US retains title there to subject to explicit transfer or abandonment. In the absence of transfer or abandonment of US interests, therefore, salvage of such cargoes or hulks requires US consent." Cita en AZNAR GÓMEZ, M. J. (2003), "Legal Status of Sunken Warships "Revisited""", op. cit., p. 76, a su vez extraída de Secretary of State Rusk to the U.S. Embassy, Port-of-Spain, airgram No. A-27, of 29 April 1965, MS. Department of State, file DEF 19.3 U.S., reprinted in Whiteman, 9 *Digest of International Law* (1986), p. 221.

¹⁸⁰ "[i]n accordance with international law a sunken warship is completely immune from the jurisdiction of any State other than the flag State." Cita en AZNAR GÓMEZ, M. J. (2003), "Legal Status of... ", op. cit. p. 76.

¹⁸¹ "In accordance with international law, the rights with respect to the captured enemy warships and property abroad them are transferred immediately and finally to the captor State, therefore, all the rights of the Russian side with respect to 'Admiral Nakhimov' became extinct at the time

Pero no sólo la práctica internacional, también en algunos convenios previos a la Convención de la UNESCO de patrimonio cultural subacuático parece apuntarse una preferencia por el mantenimiento de dicha inmunidad. Así, en la revisión del Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas a la asistencia y al salvamento marítimo de 1910¹⁸², que fue el texto vigente entre 1996 y 2004, se asienta expresamente en su artículo 4.1 que: “[...] la presente Convención 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”. Acertadamente señala AZNAR GÓMEZ que una condición *ratione temporis* no altera el régimen jurídico que gobierna el título sobre esos pecios¹⁸³.

No obstante lo anterior, y pese a que el principio internacional de que una vez hundido el buque de Estado se mantiene la inmunidad está perfectamente asentado, coincidimos con MIGLIORINO y AZNAR GÓMEZ¹⁸⁴ en que hubiera sido más que deseable que la CNUDM hubiera realizado una mención expresa a este asunto, afianzando la ya citada práctica internacional, que estaba ya consolidada.

when the vessel was captured by the Japanese Imperial Navy." Cita en AZNAR GÓMEZ, M. J. (2003), "Legal Status of...", *op. cit.* p. 76.

¹⁸² Dicho Convenio sufre ciertas modificaciones en su articulado a lo largo de su historia, tal y como puede verse en AZNAR GÓMEZ, M. J. (2004), *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático: con especial referencia al caso de España*, Tirant lo Blanch, pp. 184-185.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 185.

¹⁸⁴ MIGLIORINO, L. (1985), "The Recovery of Sunken Warships in International Waters", *Essays on the New Law of the Sea*, vol. 251, pp. 244 - 249; y AZNAR GÓMEZ, M. J. (2004), *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático...* *op. cit.* p. 87.

7.B. La Convención de la UNESCO de protección del patrimonio cultural subacuático¹⁸⁵.

El 2 de noviembre de 2001 se aprueba en París, en el seno de la 31^a Asamblea Plenaria de la Conferencia General de la UNESCO, la Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático¹⁸⁶. Acertadamente señala RUIZ MANTECA que esta Convención supone la culminación de un notable esfuerzo de compromiso y la mera existencia de la misma ofrece el mérito de haber llenado un vacío jurídico internacional que permitía el expolio del patrimonio cultural subacuático¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, hecho en París el 2 de noviembre de 2001, *BOE* núm. 55, de 5 de marzo de 2009.

¹⁸⁶ Se trata del final de una evolución de décadas en la toma de conciencia internacional de la importancia de dotar al patrimonio cultural subacuático de una regulación jurídica internacional que evite conflictos y garantice su protección. La evolución coincide en el tiempo, no podía ser de otra manera, con la evolución tecnológica en los medios submarinos que incrementan las posibilidades de acceso a estos pecios, algunos de los cuales llevan sumergidos siglos. Los principales hitos de esta evolución normativa son, tal y como la propia UNESCO señala, los siguientes:

- 1976. La Comisión de Cultura y Educación del Consejo de Europa inició un estudio sobre el patrimonio cultural subacuático, sin que finalmente se adoptara texto alguno.
- 1994. En la reunión plenaria de la Asociación de Derecho Internacional (ILA) celebrada en Buenos Aires se adoptó un proyecto de Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático y se remitió a la UNESCO por considerársela la organización competente en esta materia.
- 1996. En la 11^a Asamblea General del Consejo Internacional de los Monumentos y los Sitios (ICOMOS), que se celebró del 5 al 9 de octubre en Sofía (Bulgaria), se ratificó la Carta Internacional sobre la Protección y Gestión del Patrimonio Cultural Subacuático.
- 1997. En su 29^a reunión, la Conferencia General de la UNESCO decidió que la protección del patrimonio cultural subacuático debía ser objeto de una reglamentación internacional y que esa reglamentación podría efectuarse por medio de una convención internacional. Asimismo, invitó al Director General a que organizase una reunión de expertos gubernamentales a tal fin (Resolución 29 C/ 21).
- 1998 – 2001. Se celebraron varias reuniones de Expertos para examinar el proyecto de Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. En estas reuniones y trabajos preparatorios, así como en la propia Conferencia para la adopción del texto definitivo, participó en representación de la Armada Española el General Auditor José Antonio Jáudenes Lameiro, por aquel entonces Asesor del Instituto de Historia y Cultura Naval.

¹⁸⁷ RUIZ MANTECA, R. (2015), “La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático frente al expolio”, *Cuadernos de Prehistoria y Arqueología de la Universidad de Granada*, núm. 25, pp. 49-73.

La Convención de la UNESCO de 2001 consagra una serie de principios como son la obligación de colaboración entre los Estados Parte en la protección del patrimonio cultural subacuático, la prohibición de la explotación comercial del mismo, tomar como primera opción de conservación la preservación del pecio o los artefactos relacionados con el mismo *in situ*¹⁸⁸, el mantenimiento en todo momento del debido respeto a los restos humanos que se encuentren en esas zonas, el deber de colaborar entre los diferentes Estados¹⁸⁹, la obligación de tomar las medidas necesarias para evitar el saqueo o pillaje de estos sitios, o la persecución del comercio o incluso la ilícita posesión de los artefactos ilegalmente extraídos de los mismos, compeliendo la Convención a que los Estados incluso impongan sanciones a los infractores.

Entrando ya en la concreta regulación del Patrimonio cultural subacuático, tal y como anteriormente se señaló, la Convención establece una regulación diferente coincidiendo con los distintos espacios marítimos, para lo que sigue la división de los mismos propia de la CNUDM¹⁹⁰.

Respecto a la protección de las aguas interiores, archipiélagicas y mar territorial, la Convención consagra en su artículo 7 el principio de la plena soberanía del Estado ribereño sobre estos espacios, siempre con respeto a otros acuerdos y normas del Derecho Internacional¹⁹¹. Finaliza el artículo con un punto tercero

¹⁸⁸ Salvo que por razones de conservación, educación pública o investigación científica sea más recomendable la extracción.

¹⁸⁹ Lo que incluye la obligación de que sus nacionales les comuniquen los hallazgos que realicen, así como comunicar los mismos a los Estados interesados –si los hallazgos son más allá de sus aguas territoriales-.

¹⁹⁰ Lo cual excluye las aguas no marítimas como ríos, lagos o aguas interiores, probablemente, tal y como indica AZNAR GÓMEZ, se buscó con esta limitación evitar la necesaria modificación de las distintas legislaciones nacionales sobre patrimonio. En cualquier caso, el artículo 28 de la Convención previó que los distintos Estados en los instrumentos de ratificación o adhesión a la Convención, o posteriormente en cualquier momento, declararen la aplicación de las normas de esta a los citados espacios no marítimos, vid. AZNAR GÓMEZ, M. J. (2004), *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático...*, *op. cit.* p. 243.

¹⁹¹ “Artículo 7 - Patrimonio cultural subacuático en aguas interiores, aguas archipiélagicas y mar territorial 1. En el ejercicio de su soberanía, los Estados Partes tienen el derecho exclusivo de reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en sus aguas interiores, aguas archipiélagicas y mar territorial. 2. Sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y normas de derecho internacional aplicables a la protección del patrimonio

que señala que los Estados *deberían*¹⁹² informar a los Estados del pabellón u otros debidamente interesados¹⁹³, en el supuesto de que los pecios hallados fueran de buques de Estado¹⁹⁴. Ciertamente la regulación es poco taxativa, pues señala *deberían* y no *deberán* o simplemente informarán, dejándolo pues en una mera recomendación, cuestión por otro lado lógica por la necesaria adecuación entre los intereses del Estado del pabellón y el obvio interés del Estado ribereño de defender su soberanía territorial sobre sus aguas. Pero en cualquier caso resulta significativo que se introdujera en este punto del articulado una expresa mención a los buques de Estado, que fue durante toda la negociación de la Convención uno de los temas más controvertidos.

Resulta obligado hacer aquí una referencia al artículo 18 de la Convención¹⁹⁵. Dicho artículo supone una excepción a la regla general del Derecho del Mar de

cultural subacuático, los Estados Partes exigirán que las Normas se apliquen a las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático situado en sus aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial. 3. 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.”

¹⁹² “should” en la versión inglesa, que es texto igualmente auténtico de la Convención.

¹⁹³ Tal y como indica AZNAR GÓMEZ, la inclusión de la referencia a: “[...] los demás Estados con un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica” se debe a la debida salvaguardia de las potencias ocupantes, por las preocupaciones libias en relación a la ocupación por el Estado de Israel de los territorios palestinos. Vid. AZNAR GÓMEZ, M. J. (2004), *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático...*, op. cit., p. 244.

¹⁹⁴ La Convención no limita su alcance a los buques de guerra como algunos Estados pretendieron durante la negociación, si no que finalmente se extiende a todos los buques de Estado.

¹⁹⁵ “Artículo 18 - Incautación y disposición de patrimonio cultural subacuático 1. Cada Estado Parte adoptará medidas destinadas a la incautación de elementos de patrimonio cultural subacuático situado en su territorio, que haya sido recuperado de una manera no conforme con la presente Convención. 2. Cada Estado Parte registrará, protegerá y tomará todas las medidas que resulten razonables para la estabilización de patrimonio cultural subacuático incautado en virtud de la presente Convención. 3. Cada Estado Parte notificará toda incautación de patrimonio cultural subacuático realizada en virtud de la presente Convención al Director General de la UNESCO y a cualquier otro Estado que tenga un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica con el patrimonio cultural subacuático de que se trate. 4. Un Estado Parte que haya incautado patrimonio cultural subacuático velará por darle una disposición acorde con el bien general, tomando en consideración los imperativos de

que los Estados ribereños no pueden detener o incautar cualesquiera objetos a bordo de buques de un tercer Estado que se encuentre en sus aguas territoriales ejerciendo el derecho de paso inocente, salvo que se dirijan a sus aguas interiores. Y supone este artículo una excepción a dicha regla general porque autoriza a los Estados parte a tomar las medidas destinadas a la incautación de elementos del patrimonio cultural subacuático situado en su territorio, que haya sido recuperado de una manera no conforme con la presente Convención, permitiendo por tanto dicha incautación no sólo en su territorio terrestre, si no también sus aguas jurisdiccionales. Seguidamente establece una serie de obligaciones de comunicación y estabilización¹⁹⁶.

La protección en la zona contigua, supuso un escoyo en la negociación que finalmente se resolvió con una fórmula de consenso bastante escueta que, en síntesis, viene a equiparar el régimen de este espacio marítimo al del mar territorial, con la única salvedad, de que la reglamentación por parte del Estado ribereño en este espacio, es potestativa de éste¹⁹⁷.

Respecto de laZEE y la plataforma continental, las principales obligaciones impuestas por la Convención radican en que la información –art. 9-, efectuada inicialmente por el capitán del buque que realiza el descubrimiento, debe alcanzar a todos los Estados parte que resulten interesados en ese hallazgo, así como al Director General de la UNESCO. Recibida esta información, los Estados

conservación e investigación, la necesidad de reunir las colecciones dispersas, así como la necesidad del acceso, la exposición y educación públicos y 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”.

¹⁹⁶ Perspicazmente señala AZNAR GÓMEZ que no indica conservación dado que esta requiere una carga técnica no siempre al alcance de los Estados menos desarrollados. Vid, AZNAR GÓMEZ, M. J. (2004), *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático..., op. cit.*, p. 248.

¹⁹⁷ “Artículo 8 - Patrimonio cultural subacuático en la zona contigua. Sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 9 y 10 y con carácter adicional a lo dispuesto en los mismos y de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 303 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, los Estados Partes podrán reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en su zona contigua. Al hacerlo, exigirán que se apliquen las Normas.”

Parte acordarán nombrar un Estado coordinador de consultas –art. 10- y con el mismo, y entre todos, decidirán las medidas de protección adecuadas conforme a la Convención y las aplicarán. En esa aplicación cobra un especial papel el Estado coordinador.

Resulta para estos espacios especialmente relevante el punto 7 del artículo 10 que atribuye un régimen específico a los buques de Estado al señalar que: “[...] 7. A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2 y 4 del presente artículo, no se efectuará ninguna actividad dirigida a un buque o aeronave de Estado sin el acuerdo del Estado del pabellón y la colaboración del Estado Coordinador”¹⁹⁸.

Finalmente, y para la Zona Internacional de los Fondos Marinos, la regulación que contiene el artículo 12 es básicamente similar a la anterior, con la salvedad de la debida adaptación al artículo 149 de la CNUDM, uno de los pocos de dicha Convención que regula de manera expresa el régimen del patrimonio cultural subacuático al señalar que: “Todos los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en la Zona serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda la humanidad, teniendo particularmente en cuenta los derechos preferentes 89 del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico”. Igualmente, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos participará en las consultas que se lleven

¹⁹⁸ Los párrafos 2 y 4 del artículo señalan que: “2. Un Estado Parte en cuya ZEE 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. [...] 4. 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 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.”

a articular en aplicación de este artículo 12 y que son similares a las anteriormente apuntadas para laZEE y la plataforma continental.

Resulta por tanto que la Convención de París tiene dos características fundamentales. En primer lugar es una Convención de consenso, en la que tuvieron que armonizarse los intereses encontrados de antiguas y actuales potencias navales¹⁹⁹, quienes defendían fundamentalmente la inmunidad sobre los buques de Estado hundidos, y los de los Estados ribereños, que pretendían salvaguardar su soberanía territorial sobre sus aguas. La segunda característica es que la Convención de París no altera, como se ha expuesto anteriormente, la costumbre internacional existente hasta el momento, viniendo de alguna manera a consagrirla. Ciento es que podría haber sido más explícita en algunos asuntos concretos, pero en ningún caso puede ser utilizada como justificación para entender que con ella se alteró el Derecho Internacional general existente en el momento de su aprobación, y así se encarga de indicarlo expresa y taxativamente su artículo tercero²⁰⁰.

En este sentido, esa práctica internacional en relación a los buques de Estado hundidos viene a ser clara pudiendo entender que se mantiene la inmunidad a favor del Estado del pabellón en el momento del hundimiento. Y así, como señala AZNAR GÓMEZ, basándose en este principio, Estados Unidos conservó su título sobre el *Alabama*, Francia sobre *La Belle*, España sobre el *Juno* y la *Galga*, Gran

¹⁹⁹ España, Francia, Gran Bretaña, Rusia y Estados Unidos.

²⁰⁰ “Artículo 3 - Relación entre la presente Convención y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar Nada de lo dispuesto en esta Convención menoscabarán los derechos, la jurisdicción ni las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La presente 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, y de conformidad con ellas”.

Bretaña sobre el *Bunkerhead*, el *Erebus*, el *Terror* o la *Sussex*, y Rusia perdió su título sobre el *Almirante Nakhimov*, entre otros²⁰¹.

Pero ese estatus “privilegiado” de los buques de Estado hundidos, también lo contempla la Convención para los actuales buques de Estado a los que exime de la obligación de comunicar los hallazgos fortuitos que estos efectúen²⁰²

²⁰¹ AZNAR GÓMEZ, M. J. (2004), *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático...*, *op. cit.*, p. 281.

²⁰² “Artículo 13 - Inmunidad soberana 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 no estarán obligados a comunicar descubrimientos de patrimonio cultural subacuático en virtud de los Artículos 9, 10, 11 y 12 de la presente Convención. Sin embargo, al adoptar medidas apropiadas que no obstaculicen las operaciones o la capacidad de operación de sus buques de guerra u otros buques gubernamentales o aeronaves militares que gocen de inmunidad soberana y que se utilicen con fines no comerciales, los Estados Partes velarán por que tales buques procedan, en cuanto sea razonable y posible, de manera compatible con lo dispuesto en los Artículos 9, 10, 11 y 12 de la presente Convención.”

PARTE SEGUNDA: EL BUQUE DE GUERRA COMO INSTRUMENTO DEL ESTADO ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL.

En la primera parte de esta tesis se ha estudiado el *status jurídico* especial del que gozan los buques de Estado, y en especial los de guerra, y se ha apuntado ya que esta situación privilegiada respecto del resto de buques tiene como fundamento último las importantes funciones que para el Estado del pabellón desarrollan estos buques, bien en aguas bajo jurisdicción de algún Estado, bien en alta mar. Si estas funciones son la razón de ser de la situación privilegiada corresponde ahora analizar cuáles son estas funciones, en qué consisten.

Se estudiarán las mismas a través en primer lugar del análisis del concepto de operaciones navales, tanto interiores o domésticas, como exteriores o internacionales, viendo cuáles son y cómo el buque de guerra cumple en la mar con las tareas que las Fuerzas Armadas tienen constitucionalmente asignadas.

Tras esta aproximación general a las operaciones navales, y situados ya en el contexto operativo, se entrará al estudio detallado de las principales capacidades de acción y limitaciones de los buques en relación a los distintos peligros que el Estado le encomienda combatir y que el Derecho Internacional regula. Trataremos así la lucha contra la piratería marítima, respecto de la que el análisis será profundo para poder ver su evolución histórica, su regulación actual y el haz de facultades con que, tanto el Derecho interno como el Derecho Internacional, han dotado al buque de guerra para combatirla, igualmente se estudiarán los requisitos existentes para poder enjuiciar en España a los piratas.

Se repetirá posteriormente este modo de acercamiento con los delitos contra la seguridad de la navegación, aunque en este supuesto la aproximación histórica ha de ser forzosamente mucho más limitada por lo relativamente novedoso de este fenómeno. Es aquí interesante analizar la tipificación interna de estos delitos, y los requisitos de la extensión de la jurisdicción española para enjuiciar a los responsables.

Posteriormente se estudiará el jurídicamente complejo fenómeno del tráfico de personas, intentando analizar separadamente la lucha contra las tres distintas facetas de este tráfico, que son la trata de esclavos, la trata de personas y el tráfico de migrantes. Se verá aquí como el haz de facultades con que el buque de guerra cuenta para combatir estas despreciables prácticas varía en intensidad y eficacia según se trate de uno u otro subtipo de tráfico de seres humanos. El tratamiento internacional y nacional de estas modalidades es diferenciado, como lo son también los requisitos para la extensión de la competencia de la jurisdicción española para combatir cada una de esas conductas.

La cuarta y última figura que en esta segunda parte se estudiará será la de la lucha contra el tráfico de drogas. Aquí, tras evidenciar la importancia de la vía marítima en el comercio ilícito de drogas, se verá en detalle la evolución en la regulación internacional de la lucha contra esta práctica, y las principales facilidades que esta regulación otorga al buque de guerra. Manteniendo la sistemática empleada en el estudio de las figuras anteriores, se abordará la cuestión de los requisitos para la extensión de la jurisdicción española para castigar estas conductas.

Capítulo I. LA CONCRECIÓN DEL CONCEPTO DE OPERACIONES NAVALES.

Se abordan en este capítulo, siquiera someramente, los distintos tipos de operaciones en las que pueden participar los buques de guerra españoles. Si bien es cierto que la misión concreta que realice el buque no implica una alteración de su naturaleza jurídica, sí puede llegar a tener influencia respecto de las posibles acciones a tomar en relación con el personal extranjero que pueda verse afectado por el ejercicio de la misión realizada por dicho buque en

ese momento²⁰³. Y como ya se indicó, en esta segunda parte se tratará al buque de Estado y/o de guerra como actor, por lo que resulta necesario analizar los principales tipos de operaciones en los que puede desarrollar sus cometidos.

¿Qué es una operación? Se entiende por tal el conjunto de actividades llevadas a cabo por unidades (elementos organizativos militares básicos) coordinadas en tiempo, espacio y propósito, de acuerdo con una directiva u orden, para el cumplimiento de una misión²⁰⁴. Una operación es el conjunto de acciones realizadas por fuerzas militares para el cumplimiento de una misión; es la concreción fáctica de la misión. La doctrina oficial del Ministerio de Defensa la define como: “[...] el proceso mediante el cual una autoridad, ante situaciones que alteran las condiciones de seguridad, emplea instrumentos de poder nacional y en su caso, aliados, de forma deliberada y ordenada para alcanzar una determinada situación final deseada”²⁰⁵.

Las operaciones militares pueden contemplarse como un proceso preordenado al cumplimiento de un fin o como un suceso concreto. Desde el primer punto de vista, consisten en la aplicación de principios políticos, de planificación, organización y administración en el uso de los recursos y de la fuerza para conseguir metas u objetivos específicos. Comprenden acciones menores, como la planificación y movilización de las fuerzas militares, el proceso de recogida y procesamiento de información (inteligencia) y la asignación de recursos según

²⁰³ Efectivamente, no se altera el régimen jurídico del buque, pero sí podría modificarse el estatus de la dotación, pues pasaría a poder estar cubierta por algún concreto estatuto de la fuerza derivado de la operación internacional en la que pudiera integrarse -el estatuto de la fuerza, o SOFA en sus siglas en inglés, es el marco jurídico negociado entre un Estado u Organización Internacional que envía una fuerza militar al extranjero y el Estado que la recibe-. Igualmente podrían también verse alteradas las alternativas jurídicas viables para actuar contra o respecto del personal que esté desarrollando actividades ilegales derivadas de la acción internacional. Vgr. Personal que no respete un embargo naval, piratas, traficantes de drogas, etc.

²⁰⁴ Puede entenderse como un suceso concreto (la *Operación Barbarroja*, para la ocupación de la URSS, o la Operación *Iraqi Freedom*, para la ocupación de Iraq) o como un proceso, que englobaría la planificación y movilización de las fuerzas militares, del proceso de recogida, análisis y juicio de la información, o inteligencia; la asignación y administración de recursos o logística, y la determinación de los requerimientos temporales.

²⁰⁵ MINISTERIO DE DEFENSA (2018), *PDC-01 Doctrina para el empleo de las FAS*, Ministerio de Defensa, p. 71.

los requerimientos temporales. Si se contempla como diversos elementos de un *continuum*, se trataría de una campaña, o serie de operaciones militares relacionadas entre sí para lograr un objetivo en un tiempo y espacio determinados.

1. Operaciones interiores.

El artículo 8 de la Constitución Española delimita claramente las funciones de las Fuerzas Armadas²⁰⁶. Estas previsiones se ven perfiladas con mayor precisión en los artículos 6 y 15 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (en adelante LODN)²⁰⁷, pero se acaban de concretar en su artículo 16.

Este artículo 16, de corte finalista, señala que los distintos tipos de misiones que enumera existen para que las Fuerzas Armadas puedan desarrollar sus funciones propias, debiendo entender por tales las enunciadas de manera genérica pero restrictiva en el artículo 8.1 de la Constitución ya visto, y para que puedan contribuir de manera complementaria y subsidiaria a la satisfacción del interés público.

Se trascibe a continuación, por su importancia, el artículo 16 de la LODN, donde claramente se enumeran estas misiones, para a continuación efectuar un análisis de conjunto del mismo.

Artículo 16: “El cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas y el desarrollo de su contribución complementaria o subsidiaria de interés público requieren realizar diferentes tipos de operaciones, tanto en

²⁰⁶ Artículo 8 de la Constitución Española de 1978: “1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución”.

²⁰⁷ BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2005.

territorio nacional como en el exterior, que pueden conducir a acciones de prevención de conflictos o disuasión, de mantenimiento de la paz, actuaciones en situaciones de crisis y, en su caso, de respuesta a la agresión. En particular, las operaciones pueden consistir en:

- a) La vigilancia de los espacios marítimos, como contribución a la acción del Estado en la mar, la vigilancia del espacio aéreo y el control del espacio aéreo de soberanía nacional y aquellas otras actividades destinadas a garantizar la soberanía e independencia de España, así como a proteger la vida de su población y sus intereses.
- b) La colaboración en operaciones de mantenimiento de la paz y estabilización internacional en aquellas zonas donde se vean afectadas, la reconstrucción de la seguridad y la administración, así como la rehabilitación de un país, región o zona determinada, conforme a los tratados y compromisos establecidos.
- c) El apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo y a las instituciones y organismos responsables de los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo, en las tareas de búsqueda y salvamento.
- d) La respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y sus intereses. A estos efectos, el Gobierno designará la Autoridad nacional responsable y las Fuerzas Armadas establecerán los procedimientos operativos pertinentes.
- e) La colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente.

f) La participación con otros organismos nacionales e internacionales para preservar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos españoles en el extranjero, de conformidad con los criterios de coordinación y de asignación de responsabilidades que se establezcan”.

Todas estas misiones, que como el propio artículo señala no son *numerus clausus*, pueden desarrollarse en territorio nacional, entendiendo por tal el expuesto anteriormente, o en el exterior. De esta afirmación parte una legitimidad, por vía de Ley Orgánica, de las operaciones internacionales o incluso expedicionarias que pueden realizar las Fuerzas Armadas y que no tienen una previsión explícita en norma superior, pues no entran en el estricto tenor del artículo 8.1 de la Constitución. Probablemente esta falta de previsión expresa del constituyente se debe a una omisión involuntaria, pues la sociedad internacional ha cambiado sustancialmente desde entonces y nada hacía sospechar en la década de los setenta del siglo pasado una necesidad de proyectarse en el exterior en estricto cumplimiento de compromisos internacionales.

Ha de precisarse aquí que la referencia hecha a la vigilancia de los espacios marítimos del apartado a) anteriormente expuesto, está también contenida en el artículo 223.3 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas²⁰⁸, y además se ha consolidado como una prioridad estratégica, tal y como se ha manifestado en la primera Directiva de Defensa Nacional de 2012²⁰⁹ y se mantiene en la actualmente vigente de 2020²¹⁰.

²⁰⁸ BOE núm. 247, de 11 de octubre de 2014.

²⁰⁹ Vid. en la Directiva de Defensa Nacional de 2012, p. 7. <http://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/directiva-defensa-nacional-2012.pdf> última consulta el 04 de abril de 2023.

²¹⁰ Vid. en la actualmente vigente Directiva de Defensa Nacional de 2020, pp. 5-6. <https://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/directiva-defensa-nacional-2020.pdf>.

Estas operaciones de vigilancia de los espacios marítimos sometidos a soberanía nacional no tienen por qué ser calificadas estrictamente como militares o de combate por el mero hecho de proceder de las Fuerzas Armadas, sino que entrarían con más propiedad en las misiones que según el 15.3 de la LODN pueden asumir las Fuerzas Armadas en apoyo de la seguridad de los ciudadanos según determine la Ley. Prueba de ello es el Mando Operativo Marítimo, integrado en el Estado Mayor de la Defensa, que es el órgano de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas responsable del planeamiento, conducción y seguimiento de las operaciones en el ámbito marítimo, según el contenido del artículo 11 de la Orden DEF/710/2020, de 27 de julio, por la que se desarrolla la organización básica del Estado Mayor de la Defensa²¹¹, y que vino a sustituir al antiguo Mando de Vigilancia y Seguridad Marítima que desarrollaba previamente estas funciones.

También en este artículo 16.e) tendrían cabida toda otra serie de tareas que realizan las Fuerzas Armadas²¹², entre las que, como último y más destacado ejemplo, encontramos la operación *Balmis* desarrollada en relación a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. En ella han participado miembros de los Ejércitos y la Armada bajo el mando único del Jefe del Estado Mayor de la Defensa -JEMAD-.

Pero en esta categoría del artículo 16.e) puede destacarse también, para el Ejercito de Tierra, tanto el apoyo directo a autoridades civiles en territorio nacional con disponibilidad de Unidades de Helicópteros en colaboración con la Unidad Militar de Emergencias -UME-, como la Operación *Centinela Gallego*, de vigilancia en los bosques de Galicia para prevención de incendios en época estival.

²¹¹ BOE núm. 204, de 28 de julio de 2020.

²¹² <http://www.defensa.gob.es/misiones/espagna/>.

Respecto del Ejército del Aire son especialmente relevantes las tareas que desarrollan en relación con el Servicio de Búsqueda y Salvamento Aéreo -SAR- y su colaboración con otras instituciones y organismos en las tareas de búsqueda y salvamento marítimo y terrestre; el apoyo prestado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo; sus conocidas misiones en la lucha contraincendios; con la Agencia Estatal de Administración Tributaria realizando misiones de vigilancia aduanera; de calibración de radio ayudas a la navegación aérea; para la creación de imágenes aeroespaciales y cartografía en apoyo de organismos y empresas tanto privadas como públicas. Estas actividades entrarían dentro de las previsiones genéricas del artículo 16, tanto en sus apartados c) como e).

Igualmente, y siguiendo con las operaciones propias del Ejército del Aire, destaca la previsión del artículo 16.d) que se refiere, en terminología de la OTAN, al procedimiento *renegade*. Un *renegade* es una aeronave civil en vuelo con comportamiento o características que la hagan sospechosa de poder ser utilizada como arma letal con fines terroristas. Esta amenaza, como el propio Ministerio de Defensa reconoce, presenta una serie de complejas implicaciones, como son la dificultad en la categorización del ataque o la jurisdicción asociada, así como otros problemas relacionados con la gestión del espacio aéreo de soberanía nacional y con las diferentes compañías aéreas²¹³. En el procedimiento *renegade* participa indirectamente la OTAN para su identificación pero no para su gestión²¹⁴. La participación de la OTAN se articula a través de los Centros Combinados de Operaciones Aéreas (en adelante CAOC)²¹⁵, responsables permanentes de la defensa perimetral del espacio aéreo. El modo en el que es desarrollada esta actividad es en aplicación de su doctrina propia²¹⁶.

²¹³ Resulta interesante la nota de prensa emitida por el Ministerio de Defensa en relación a estas tareas: <https://www.defensa.gob.es/gabinete/notasPrensa/2018/12/DGC-181220-robles-activa-procedimiento-renegade.html>.

²¹⁴ DAFAUCE. M. S. (2014) “El abatimiento de un avión secuestrado”, *InDret*, p. 21.

²¹⁵ De sus siglas en inglés, *Combined Air Operations Centre*, CAOC.

²¹⁶ La principal publicación de la Alianza al respecto es la MC- 54-1 sobre Concepto de Defensa Aérea Integrada. En la misma se regula un complejo procedimiento que es desarrollado y

Cuando una aeronave comercial comienza a desarrollar actividades que puedan resultar sospechosas para el controlador del CAOC, se inician una serie de protocolos tendentes a identificar el alcance de la amenaza, y si se llega a la creencia de que la aeronave ha sido secuestrada y supone un peligro para la población, el CAOC da cuenta a la nación afectada para que esta, en base a sus procedimientos nacionales internos, actúe para paliar la amenaza. En el caso español la autoridad nacional autorizada a ordenar el derribo de la aeronave calificada como *renegade* es el Ministro de Defensa, si este se encontrara ilocalizable o incapacitado para tomar la decisión, esta correspondería al JEMAD. En todo caso, el Presidente del Gobierno debería ser consultado si hay ocasión de ello²¹⁷. Interesa dejar constancia aquí de la enorme preparación técnica del personal del CAOC de Torrejón, con quienes compartí destino entre finales de 2019 y 2021, su excelente preparación para afrontar estos y otros muchos retos en la defensa aérea perimetral del sur de Europa es fruto de un continuo esfuerzo de instrucción y adiestramiento, donde la concienciación sobre las complejidades jurídicas de la misión está siempre presente.

Por lo que a la Armada respecta, es especialmente gráfico el resumen de tareas que hizo el que fuera Jefe de Estado Mayor de la Armada, Almirante ZARAGOZA²¹⁸, cuando como ejemplo de estas tareas de colaboración con otras Administraciones, destaca²¹⁹:

concretado en las diferentes órdenes de operaciones de la Alianza que tienen el carácter de *NATO Secret* y sobre las que no podemos profundizar.

²¹⁷ Decimos si hay ocasión de ello pues en estos supuestos la decisión puede requerir su adopción en cuestión de escasos minutos.

²¹⁸ ZARAGOZA SOTO. S. (2002), “La Armada y la Administración Marítima”, *Ciencia, Pensamiento y Cultura*, núm. 682. p. 341.

²¹⁹ Traemos deliberadamente una cita de 2002 por tres razones, en primer lugar por la claridad del resumen, en segundo por el conocimiento del medio que tenía el autor, y en tercer lugar, y más importante, por lo revelador que resulta que en 2002 se expresaron una serie de tareas que más de cuatro lustros después siguen siendo perfectamente válidas y vigentes, lo que prueba que las operaciones de la Armada en el ámbito marítimo responden a una necesidad permanente del Estado y que lo hacen de manera satisfactoria, como demuestra que no se hayan atribuido desde entonces a ninguna otra Agencia o Departamento ministerial.

- El apoyo en el control de tráficos ilícitos, mediante acuerdo entre los Ministerios de Defensa e Interior para colaborar con el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado -CITCO-, dependiente de Interior, la recopilación y tratamiento de la información relativa a los espacios marítimos de interés obtenida por diversas fuentes.
- La presencia naval y el control de espacios marítimos de interés empleando patrullas de buques dentro de la cadena orgánica de la Armada: el patrullero *Cabo Fradera* en la zona río Miño, el patrullero *P-114* en Ceuta y el *P-101* en la zona de Huelva.
- La protección del patrimonio arqueológico subacuático, prestando para ello colaboración con unidades de buceo de las diferentes Comunidades Autónomas.
- La vigilancia marítima con patrulleros, buceadores y equipos de desactivación de explosivos (EOD - *Explosive Ordnance Disposal*).
- Y en general, la contribución a la acción del Estado en la mar, apoyando a las autoridades con responsabilidad en:
 - Pesca, a través de la vigilancia en caladeros de interés nacional (pelágicos, atún rojo y bonito) o internacional (campañas NAFO²²⁰ y NEAFC) o monitorización del tráfico marítimo.
 - Seguridad y navegación y vida humana en la mar, en estrecha colaboración con la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) para casos SOLAS (*Safety of Life at Sea*).

²²⁰ Se trata de actividades de vigilancia de los caladeros a los que se refiere la *Northwest Atlantic Fisheries Organization* (NAFO) y la *North East Atlantic Fisheries Commission* (NEAFC) en el contexto del Reglamento (CEE) nº 3179/78 del Consejo, de 28 de diciembre de 1978, relativo a la ratificación por parte de la Comunidad Económica Europea del Convenio sobre la futura cooperación multilateral en los caladeros del Atlántico Noroccidental, *DOCE* núm. 378, de 30 de diciembre de 1978, y de la Decisión del Consejo, de 13 de julio de 1981, relativa a la celebración del Convenio sobre la futura cooperación multilateral en los caladeros del Atlántico Nororiental, *DOCE* núm. 227, de 12 de agosto de 1981.

- Seguridad, recursos vivos, suelo y subsuelo, consistente en la detección de actividades de carácter extraordinario de buques oceanográficos que pudieran estar trabajando sin autorización en espacios marítimos.
- Investigación y actividades científicas, colaborando en las actividades de buques hidrográficos y en campañas nacionales en colaboración con el Ministerio de Educación y Ciencia.
- Campañas *Hespérides* en la Antártida en apoyo de otros organismos²²¹.
- Desactivación de explosivos en costas y playas.

Toda esta colaboración en aguas nacionales no tiene necesariamente que ser liderada por las Fuerzas Armadas, como sí sucede en el caso del Mando Operativo Marítimo, sino que puede enmarcarse en una colaboración con otros organismos de la Administración de carácter civil²²². A este respecto, FRANCO GARCÍA aclara que dicha colaboración:

*“sólo supone su participación en el ejercicio de las competencias atribuidas a otros órganos de la Administración General del Estado, [...] y tiene carácter subsidiario, correspondiendo al órgano de la Administración Civil que tenga atribuida la competencia en la materia de que se trate la dirección funcional de las operaciones en que pudiera llegar a participar la Armada”*²²³.

²²¹ Vid. en la 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.

²²² Disposición adicional tercera de la Orden Ministerial 26/2020, de 11 de junio, por la que se establecen los principios básicos comunes de la organización de las Fuerzas Armadas, señala que: “La Armada mantendrá las relaciones con la Administración marítima española y otras agencias marítimas de acuerdo con lo establecido en los acuerdos y convenios de colaboración suscritos con cada una de ellas”, *Boletín Oficial del Ministerio de Defensa*, núm. 118, de 20 de junio de 2020.

²²³ FRANCO GARCÍA. M.A. (2013), *El Ministerio de Defensa y sus Competencias sobre Asuntos Marítimos*, Tesis Doctoral, Universidad de la Coruña, p. 125.

2. Operaciones exteriores.

El papel de las Fuerzas Armadas no es solamente interno, en un mundo cada vez más globalizado la acción del Estado en el exterior ha de ser integral, pudiendo llegar a alcanzar a las Fuerzas Armadas más allá de su clásico papel en un conflicto como beligerante.

La normativa interna que regula estas operaciones en el caso de España es también la LODN. Dicha norma impone una serie de requisitos para autorizar la intervención exterior fuera de los supuestos de defensa nacional o del interés nacional.

Concretamente, exige el artículo 19 de la LODN una serie de condiciones para que las Fuerzas Armadas puedan realizar misiones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional:

“a) Que se realicen por petición expresa del Gobierno del Estado en cuyo territorio se desarrolle o estén autorizadas en Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o acordadas, en su caso, por organizaciones internacionales de las que España forme parte, particularmente la UE o la OTAN, en el marco de sus respectivas competencias”.

Este apartado a) exige un requisito previo de legalidad de la intervención, o dicho de otra manera, un título habilitante para la entrada en territorio extranjero, quedando aquí por tanto evidenciado el profundo respeto al principio de soberanía ya antes visto que manifiesta nuestro ordenamiento jurídico siempre que tiene ocasión.

“b) Que cumplan con los fines defensivos, humanitarios, de estabilización o de mantenimiento y preservación de la paz, previstos y ordenados por las mencionadas organizaciones”.

Se trata de un requisito de obvio corte finalista, las misiones de paz sólo pueden establecerse para mantener esa paz en sentido estricto, así como para evitar las crisis humanitarias o paliarlas en lo que se sería una aceptación por parte del legislador patrio del principio internacional de la responsabilidad de proteger²²⁴, y por supuesto, para la defensa nacional cuando esta se viera amenaza por un agente exterior.

“c) Que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas y que no contradigan o vulneren los principios del derecho internacional convencional que España ha incorporado a su ordenamiento, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución”.

En todo caso, las operaciones que puedan articularse en aplicación de este artículo han de ser conformes con los tratados internacionales válidamente celebrados por España y con la propia Carta de las Naciones Unidas.

Todos estos requisitos han de darse en todo caso. Procede por tanto analizar los requisitos propios del Derecho Internacional para las distintas misiones internacionales, pues a ellas parece estarse remitiendo el artículo visto.

Siguiendo a JULIÀ BARCELÓ, puede afirmarse que:

“Existen similitudes evidentes entre las misiones de prevención de conflictos y de gestión de crisis de la UE y las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU. Ciertas características básicas y

²²⁴ Se trata de la doctrina consolidada conocida también por sus siglas en inglés R2P (*responsibility to protect*) que se afirma claramente en la Cumbre mundial de 2005: “La aceptación clara e inequívoca de todos los gobiernos de la responsabilidad colectiva internacional de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. La disposición a tomar medidas colectivas de manera oportuna y decisiva para tal fin, por conducto del Consejo de Seguridad, cuando los medios pacíficos demuestren ser inadecuados y las autoridades nacionales no lo estén haciendo manifiestamente”. Vid. https://www.un.org/spanish/summit2005/fact_sheet4.pdf.

comunes a ambos tipos de operaciones. En buena medida, las misiones de paz europeas han mimetizado las características de su precursor onusiano. También una parte de sus lagunas y problemas jurídico-políticos. Además de contribuir con las suyas propias”²²⁵.

Y es que efectivamente, estas misiones de NN.UU. no están explícitamente previstas en la Carta, teniendo su encaje, como bien postula DIAZ BARRADO, en una interpretación conjunta de los Capítulos VI y VII de la misma, que da lugar a la teoría de las “competencias implícitas” de la Organización, para justificar su surgimiento: “[...] con el fin de llevar a cabo actuaciones que explícitamente no están señaladas en el tratado constitutivo pero que resultan necesarias para satisfacer los fines esenciales de la Organización”²²⁶.

Junto con las misiones de las NN.UU., la LODN prevé las de otras Organizaciones internacionales como son la UE y por supuesto, la OTAN²²⁷. Sobre las misiones de UE, puede afirmarse, siguiendo a GONZALEZ ALONSO²²⁸, que si bien la evolución de las misiones de paz de la UE en los inicios del siglo XXI, ha sido el producto de la creación y desarrollo de la Política Común de Seguridad y Defensa, la UE ha buscado crear un sistema diferenciado del de las NN.UU., que atienda a sus necesidades de política exterior, y que

²²⁵ JULIÀ BARCELÓ, M. (2013), *Las misiones de paz de la Unión Europea: fundamentos jurídicos, origen y desarrollo, sistema organizativo, procedimiento de creación y seguimiento y acuerdos internacionales de ejecución*, Universitat Oberta de Catalunya, Internet Interdisciplinary Institut, p. 50. Tesis en formato digital: <http://hdl.handle.net/10803/110692>

²²⁶ DÍAZ BARRADO, C. (2005), “Fundamentos Jurídicos y Condiciones para el ejercicio de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas”, *Anuario de Derecho Internacional*, nº 21, p 275-282.

²²⁷ Existen, ajenas al caso español, otras Organizaciones internacionales de seguridad colectivas aprobadas en el marco del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, como son la Organización del Tratado de Seguridad Colectiva entre Rusia, Armenia, Bielorrusia, Kazajistán, Kirguistán y Tayiquistán, o el Sistema de Seguridad Regional creado entre las naciones del Caribe (Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas y Santa Lucía).

²²⁸ GONZÁLEZ ALONSO L. (2011), *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?, La relación Unión Europea-Naciones Unidas en el ámbito de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas*, Iustel, Madrid, p. 33-47.

cuando la UE lo considere oportuno, pueda apoyar a las NN.UU. en los fines de los Capítulos VII y VIII de la Carta.

Por tanto, y con las peculiaridades propias de una institución compleja y polifacética como es la UE, puede concluirse que su sistema de misiones en el exterior, guarda un paralelismo eficaz en cuanto a sus principales características con el de NN.UU., pero que difiere en la causa de su aparición²²⁹.

La tercera posibilidad que señala expresamente la LODN es la de la OTAN. Los fines y características de estas misiones son, necesariamente, más limitados que las de las otras dos Organizaciones señaladas, toda vez que la OTAN se circscribe a un ámbito defensivo y territorial concreto. Esta circunstancia cambió ligeramente tras la finalización de la Guerra Fría, cuando la Alianza Atlántica se tuvo que reinventar para seguir cumpliendo su importante papel de defensa mutua. Acertadamente BAXTER plantea que en este proceso de adaptación de la OTAN a la nueva realidad internacional resultó de gran utilidad el papel que jugó al servicio de NN.UU. para el restablecimiento de la paz en la antigua Yugoslavia, lo que granjeó a la Alianza una buena imagen internacional como agente pacificador²³⁰.

Y es que es precisamente esa reinvención de la propia Alianza para adaptarse al cambio de paradigma que supuso el fin del mundo de bloques lo que sentaría las bases para su posterior adaptación a nuevas formas de guerra como la asimétrica o la guerra híbrida. O dicho de otra manera, el cambio del panorama estratégico al que se enfrentaba la Alianza implicó que el vacío dejado por el fin del conflicto de bloques fuera ocupado por otros enemigos menos preparados militarmente pero también peligrosos, que finalmente terminó por originar un

²²⁹ Para NN.UU. es simplemente el mantenimiento de la paz y seguridad internacional en aplicación de las competencias implícitas de la Carta de Naciones Unidas, para la UE es el ejercicio de su Política Exterior y de Seguridad Común, aunque también con esa finalidad genérica de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales

²³⁰ BAXTER. L. (1996), "NATO and regional peace support operations", *Peacekeeping and international relations*, tomo 25, núm. 6. pp. 6-7.

cambio también del panorama operacional de la propia Alianza para adaptarse a la guerra “asimétrica” a una escala nunca antes vista, o incluso al más moderno concepto de guerra “híbrida”.

En este escenario la Alianza entra por tanto con fuerza como agente estabilizador de situaciones de conflicto –simétricas o asimétricas-. España reconoce en su legislación específica, tal y como se ha visto, esta posibilidad y la equipara a las misiones propias de NN.UU. y a las de la UE.

Todas estas tareas estabilizadoras o pacificadoras, también alcanzan, como no podía ser de otra manera, a los espacios marítimos. La comunidad internacional ha de poner los ojos en estos espacios dada la enorme trascendencia que los mismos tienen, tanto por ser vías fundamentales de comunicación, como por albergar en su seno importantes recursos naturales. En este sentido, junto con las tradicionales misiones terrestres de mantenimiento de la paz, o *peace keeping missions* (en adelante PKM), se encuentran las denominadas misiones navales de mantenimiento de la paz, o *ocean peacekeeping missions* (en adelante OPKM). La diferencia operacional entre unas misiones y otras es obvia. Una misión terrestre se hace sobre lugares más o menos poblados y con unas unidades asentadas de manera relativamente estática en el terreno, con unas bases o destacamentos más o menos permanentes. Las OPKM, al contrario, se caracterizan por intentar imponer el imperio de la ley, y garantizar la seguridad en vastas extensiones de espacios marítimos, y por tener como sujeto principal el buque, que en un paralelismo con las misiones terrestres sería la base principal de operaciones, pero con la peculiaridad de que se desplaza entera por la inmensidad del mar. Igualmente, el medio afecta al planeamiento operativo desde otros puntos de vista, pues el buque ha de ser autónomo en casi todos los aspectos.

Así, desde el punto de vista logístico, una OPKM ha de contar con todas las piezas necesarias para una reparación de elementos esenciales para asegurar la integridad de la plataforma o la seguridad de su personal, del mismo modo

deberá contar con los convenios o contratos necesarios para garantizar la entrega de los recambios y víveres en puertos de lo más variado, muchas veces mal provistos. Igualmente desde el punto de vista médico, la autonomía sanitaria para la atención de heridos o enfermos también debe de garantizarse, contando en todo momento con un equipo médico que, cuando menos, pueda estabilizar hasta su posible evacuación a centros de referencia en la zona, que en ocasiones están a varios días de navegación. Pero la peculiaridad de estas misiones va más allá de lo meramente logístico, alcanzando también a lo jurídico. Así el buque ha de contar con los protocolos y las instalaciones necesarias para afrontar las consecuencias de su misión, contando con medios y personal preparados para practicar una detención y custodiar a los detenidos. Ha de tener previstos los medios para garantizar la puesta a disposición judicial de la persona privada de libertad, su asistencia letrada, la custodia de las pruebas, y demás elementos que más adelante se analizarán con detenimiento.

Capítulo II. EL BUQUE DE GUERRA Y LA REPRESIÓN DE LA PIRATERÍA.

En este Capítulo II se aborda en profundidad la represión de la piratería marítima y el papel del buque de guerra en ella. Para ello se partirá del estudio del apasionante origen histórico del fenómeno combatido, los principales hitos normativos en el plano del Derecho Internacional, así como las disposiciones de nuestro Derecho interno que afectan esa capacidad de acción del buque en la lucha contra los piratas.

1. Origen y evolución de la piratería.

Dentro de las actuales misiones internacionales de nuestra Armada, destaca especialmente la Operación *Atalanta*, y esta operación, incardinada en las ya aludidas OPKM, tiene como tarea principal la represión de la piratería en el área asignada. No olvidemos que el mandato para una operación de paz aprobado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas es el punto definitorio de la

finalidad y el alcance de la propia misión²³¹. En este sentido, la UE, a petición del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas²³², decide allá por el año 2008, establecer una misión propia de represión de la piratería marítima en el Índico, fijando sus atribuciones y competencias en el propio documento de creación²³³. Se fija así por el Consejo de la Unión el mandato claro de la misión, pero al igual que la situación de la piratería en la zona ha ido evolucionando, también lo ha hecho la misión y consecuentemente su mandato, hasta llegar a la última, por ahora, prórroga de la Operación *Atalanta* que data de 2022 y que amplía su alcance por dos años más y las capacidades de actuación de los buques integrados en la operación²³⁴. Pero algo tan actual como esta OPKM, encuentra sus raíces más profundas en un pasado incluso lejano, que merecen ser abordadas para conocer correctamente el fenómeno afrontado.

La piratería, como fenómeno delictivo, parece volver del pasado, de los libros de Historia, para ocupar en los noticiarios de actualidad un lugar que había perdido, aun cuando en la práctica nunca llegó a ser erradicada. En este sentido se han

²³¹ Vid. UNITED NATIONS, (2003), *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*, Department of Peacekeeping Operations, Nueva York, p. 9.

²³² Nos referimos a la Resolución 1816 (2008), de 2 de junio de 2008, por la que el Consejo de Seguridad: “Insta a los Estados cuyos buques de guerra y aeronaves militares operen en alta mar y en el espacio aéreo frente a la costa de Somalia a que permanezcan atentos a los actos de piratería y robo a mano armada y, en este contexto, alienta, en particular, a los Estados interesados en el uso de las rutas comerciales marítimas situadas frente a la costa de Somalia a que aumenten y coordinen sus esfuerzos por desalentar los actos de piratería y robo a mano armada en el mar en cooperación con el GFT” (GFT es el Gobierno Federal de Transición somalí). <https://www.refworld.org.es/docid/484d3e0b2.html>.

²³³ Acción Común 2008/851/PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008, relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuisión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, DOUE núm. 301, de 12 de noviembre de 2008.

²³⁴ La Decisión (PESC) 2022/2441 del Consejo, de 12 de diciembre de 2022, por la que se modifica la Acción Común 2008/851/PESC relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuisión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, DOUE núm. 319, de 13 de diciembre de 2022, no se limita a prorrogar la operación, sino que además amplia su objeto al fijarle un objetivo mucho más amplio que la lucha contra la piratería y robo a mano armada en la mar, como es: “[...] contribuir a la seguridad marítima en el océano Índico occidental y en el mar Rojo”.

pronunciado MARIN CASTÁN²³⁵, y muy especialmente RUIZ DIEZ DEL CORRAL cuando afirma elocuentemente al respecto lo siguiente:

"La piratería, para tantos, un sangriento y romántico fenómeno arrumbado en el saco de la Historia, nunca ha muerto; es cierto que en estos tiempos suele circunscribirse a concretas y determinadas aguas en el Mar de la China, el Golfo de Guinea o la costa oriental de África, pero ahí está. La efervescencia pirata en el Océano Índico ha provocado, una vez repuestos de su estupor desavisados gobernantes y legisladores, una reacción internacional para tratar de erradicar, o al menos disminuir, los frecuentes ataques de los piratas somalíes a buques mercantes, pesqueros o deportivos que navegan o faenan en aquellas aguas"²³⁶.

Etimológicamente, el término *pirata* deriva del griego *πειρατης*, que a su vez viene del verbo *πειραω*, que significa "esforzarse", "tratar de", "intentar la fortuna en las aventuras". Pero a pesar del tono novelesco o cinematográfico del asunto, la piratería no es *un residuo de arqueología jurídica*²³⁷, es un fenómeno de tal gravedad que se ha convertido en una amenaza internacional.

Así, las características actuales del fenómeno han sido perfectamente descritas por SOBRINO HEREDIA, al indicar que los actos piratas en la actualidad no son contra ciudades en la costa como antaño empleando grandes navíos y con machetes, sino contra el tráfico marítimo, valiéndose de pequeñas y rápidas embarcaciones y con armamento cada vez más sofisticado²³⁸.

²³⁵ MARÍN CASTÁN, F. (2008), "Marco Jurídico De La Seguridad Marítima", *op. cit.* p. 189.

²³⁶ RUIZ DIEZ DEL CORRAL, J. (2010), "De piratas, atuneros y banderas. Consideraciones sobre el abanderamiento de buques", *Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Cuaderno Práctico nº 4*, mayo-octubre de 2010, p. 17.

²³⁷ LÓPEZ MARTÍN, A. G. (2013), "Los Estados "fallidos" y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico internacional", *E-prints Complutense*, disponibles en http://eprints.ucm.es/14687/1/LOS_ESTADOS_FALLIDOS-CURSO_VITORIA.pdf.

²³⁸ SOBRINO HEREDIA, J.M. (2008), "Piratería y Terrorismo en el Mar", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Victoria-Gasteiz*, nº 1, 2008, pp. 84 y 85.

Estas afirmaciones son perfectamente válidas para cualquier zona del globo azotada por esta lacra de la piratería, así pues con sutiles matices en el *modus operandi*, los piratas actúan con las características descritas tanto en el Índico, como en la costa atlántica africana o en las aguas próximas a las Islas Filipinas.

Continúa SOBRINO HEREDIA sintetizando la situación fáctica actual indicando que:

“Si bien en la mayoría de los casos los piratas se retiran después de saquear el buque y robar a sus tripulantes y pasajeros, en ocasiones, cada vez más frecuentes, van a secuestrar a los tripulantes para solicitar un rescate por parte de los familiares y las empresas navieras. Sus blancos preferidos suelen ser los remolcadores, los buques tanques, por ser lentos y fáciles de abordar, los transportes de contendores, los buques de recreo, los pesqueros de altura, aunque se aventuran, incluso, contra grandes petroleros y trasatlánticos. Hoy en día se están especializando en mercancías valiosas y fáciles de vender: pescado, minerales o derivados del petróleo, o, en fin, vidas humanas, en el caso de tripulaciones de países “ricos” dispuestos a pagar lo que se pida para rescatar a sus nacionales, lo que, a su vez, ha dado nacimiento a una nueva profesión la de “mediador”, bufetes de abogados, consultorías, antiguos oficiales del Ejército, etc., han encontrado en este fenómeno una importante fuente de ingresos. Ante el incremento de la violencia y la alarmante impunidad los armadores y las empresas afectadas o tratan de evitar las aguas más peligrosas o comienzan a buscar formas de autodefensas”²³⁹.

En mi experiencia como Asesor Jurídico de la Operación *Atalanta* en sus XXIV^a, XXV^a y XXXIV^a rotaciones, diferenciaría, y por lo a lo que la piratería del Indico

²³⁹ *Ibid.*, p. 85.

se refiere²⁴⁰, dos tipos de víctimas de los ataques piratas. El primer tipo, que sería el que representa una víctima mediata, lo constituirían los buques faeneros de países vecinos que, con licencias expedidas por las autoridades locales, faenan cerca de las costas somalíes. Estos buques pesqueros se caracterizan por su escaso porte y por contar apenas con mecanismos de defensa, más allá de algún guardia armado que las autoridades locales somalíes²⁴¹, que expiden las licencias de pesca, obligan a contratar al adquirir dichas licencias. El asalto y captura de estos buques es relativamente sencillo para los piratas aprovechando normalmente el amparo de la noche. Una vez capturado este buque, suelen intentar pedir rescate al armador y a los familiares de los pescadores capturados que suelen ser yemeníes o de otros países vecinos. Entre tanto reciben el rescate, con toda la dotación capturada, o tras liberar a parte de ella, se dirigen a alta mar a las rutas frecuentadas por mercantes o pesqueros de altura, que constituyen el segundo tipo de víctima, y a los que asaltan empleando el barco inicialmente pirateado como buque nodriza desde el que lanzan sus embarcaciones más rápidas y ligeras.

Pueden diferenciarse así dos tipos de víctimas, unas que son pirateadas como medio para poder desplazarse a alta mar, donde está su víctima principal, que son buques de mayor porte, propiedad de navieras con más recursos económicos y que los piratas saben más rentables en caso de captura.

El armamento con el que cuentan para sus acciones es de fortuna, empleando desde viejos pero operativos fusiles de asalto AK-47, hasta alguna granada propulsada (RPG) con la que puedan hacerse en sus poblaciones locales²⁴². Igualmente los esquifes, o pequeñas embarcaciones que acompañan los

²⁴⁰ Existen también fenómenos piráticos localizados en el Golfo de Guinea y en el Sudeste Asiático, aunque en esos lugares los ataques tienen características de ejecución diferenciadas, pues en estos casos la piratería es fundamentalmente costera y no en alta mar.

²⁴¹ Autoridades de los Gobiernos regionales de Puntlandia o Somalilandia.

²⁴² No puede perderse de vista el contexto social donde se desarrolla la piratería. Somalia está en un continuo conflicto civil y cuenta con un mercado negro de armamento de muy fácil acceso para casi cualquier persona.

pesqueros capturados en la costa, son las embarcaciones que usan para sus ataques en alta mar, empleando también si contaban previamente con ella, alguna embarcación de mayor potencia que normalmente emplean para su ataque inicial al pesquero en la costa.

Respecto del objetivo del ataque pirata, si bien el buque pesquero asaltado en la costa tiene escasa capacidad de defensa, los buques en alta mar tienen mejor equipamiento, mejores motores o incluso equipos de seguridad privada con armamento de guerra, con el que plantan cara de manera eficiente a los piratas incluso aunque estos les cojan por sorpresa en su ataque. Igualmente suelen faenar diversos buques próximos entre sí, de modo que se pueden prestar algún tipo de colaboración o asistencia en caso de ataque pirata. Constituyen estos buques un rival más preparado para los piratas, pero también un botín mucho más preciado.

Merece igual mención el carácter reincidente de algunos piratas, así en la XXXIV^a rotación de la operación *Atalanta* pudimos capturar²⁴³, acusando de piratería, a varios ciudadanos somalíes que habían sido liberados unos meses antes de las cárceles de Seychelles acusados del mismo delito. La liberación fue por cuestiones procesales derivadas de la custodia de las piezas de convicción entregadas por el buque italiano que había capturado a los piratas meses antes y que finalmente condujeron a una declaración de nulidad de actuaciones, obligando a la liberación de estos acusados de piratería. Esto no puede llevar a afirmar sin más el carácter reincidente del pirata, pero desde luego resulta ser un claro indicio de una profesionalización del fenómeno.

Dejando a un lado por el momento el elemento fáctico de la piratería y su *modus operandi* y volviendo al Derecho, se puede definir la piratería como todo acto de depredación y violencia contra las personas realizados en la mar o desde ella

²⁴³ La trascendencia mediática de la captura en España fue muy limitada, apenas mereció alguna breve mención en la radio pública o breves artículos en prensa digital, valga de ejemplo el siguiente https://www.elespanol.com/espana/20190423/militares-espanoles-capturan-piratas-atacado-barcos-indico/393211505_0.html.

por individuos de la dotación de un buque que se han colocado fuera de la jurisdicción de cualquier Estado de la comunidad internacional, que lo emplean indistintamente contra súbditos de uno u otro país, sin tener comisión alguna legítima de guerra.

Hasta cierto punto, esta definición es semejante a las recogía en el artículo 15 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar (reproducida casi literalmente por el artículo 101.a de la CNUDM) y que se admite como conceptuación consuetudinaria de esta actividad ilícita²⁴⁴:

“Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes: a) todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado” (como la Antártida por ejemplo).

Desde el punto de vista histórico, el delito de piratería constituye el más antiguo y genuino delito contra la navegación marítima del que se tiene referencia²⁴⁵. Es tan antigua como la propia navegación marítima: desde que hay comercio marítimo, desde que hay embarcaciones de cierta entidad, hay depredadores de los mares, hay piratas²⁴⁶. Y como juristas debemos tener presente que probablemente ha sido, además, el origen de la tipificación de los delitos contra el Derecho de Gentes, y así según BARRADA²⁴⁷:

²⁴⁴ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2009), “La represión del crimen internacional de piratería; una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional”, *Boletín Elcano*, (114).

²⁴⁵ MARÍN CASTÁN, F. (2011), “El tratamiento jurídico de la piratería marítima en el ordenamiento jurídico español”, Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Documento Marco 02/2011* (marzo de 2011), p. 1.

²⁴⁶ SOBRINO HEREDIA, J.M. (2008), “Piratería y Terrorismo en el Mar”, *op. cit.*, p. 84.

²⁴⁷ BARRADA FERREIRÓS, A. (2011), “El talón de Aquiles de Atalanta: el enjuiciamiento y

“El origen de estos delitos contra el Derecho de Gentes no es otro, precisamente, que la piratería, tanto por su temprana aparición –tan antigua como la propia navegación-, como por tratarse de hechos que se cometían en la mar y, por tanto, fuera del territorio de cualquier Estado. Como consecuencia de ello y del desamparo en que se halla quien no puede contar con la protección que le ofrecen las leyes y autoridades de un Estado porque no está en su territorio; y como consecuencia también de los graves atentados contra las personas y los patrimonios que los actos de piratería representaban, fue imponiéndose desde la Antigüedad la norma de que todo Estado que apresase piratas podía castigarlos cualquiera que fuera el lugar en el que actuaran, su nacionalidad o la de sus víctimas”.

Como ha señalado MARÍN CASTÁN, lo nuclear de este delito no es tanto el método de acción del pirata o las victimas concretas, como el hecho de que supone un atentado directo a la libertad de los mares y en general a los derechos reconocidos por el Derecho Internacional del Mar²⁴⁸.

Siguiendo con la historia de la institución, ya en la Grecia clásica, Odiseo es dibujado en la Ilíada como un marino que realiza actos de rapiña en las islas que recorre en su periplo. Las leyendas griegas sobre Minos, el poderoso rey cretense (1700-1400 a. C.), son las primeras referencias que podemos encontrar sobre la piratería marítima. Tanto Herodoto como Tucídides narran que Minos dominaba los mares, liderando a los cairos, mercenarios originarios de Caria (actual Turquía) destacados marinos, y que adquirieron una notable reputación en la destreza para la guerra marítima. Por su parte, Tucídides menciona que su potencial naval era tal, que habían erradicado a los piratas rivales incrementando

encarcelamiento de los piratas”, Madrid: IEEE, *Documento marco 01/2011*, p. 4.

²⁴⁸ MARÍN CASTÁN, F. (2011), “El tratamiento jurídico de la piratería marítima...” *op. cit.* p. 2.

con ello, de manera considerable, sus ingresos²⁴⁹. Los romanos reprimieron la piratería e incluso César alcanzó sus primeros laureles en tales empresas²⁵⁰. Durante la Alta Edad Media, los escandinavos alcanzaron y saquearon Galicia, París o Italia con sus *drakkars* y *snekkars*. Durante la Edad Media se practicó abiertamente y dio origen a importantes capitales. En el siglo XIII, los comerciantes de ciertas ciudades del norte de Europa formaron una asociación, la Liga Hanseática, con el fin de asegurar la protección del comercio marítimo y reprimir el pillaje de los piratas, Liga que sería el germen de una comunidad cultural y política tan importante como Alemania. Pero la piratería también se sufría en el Mediterráneo y las costas del norte de África, asoladas por los piratas berberiscos, que acrecentados por los musulmanes andaluces expulsados de España en 1492 y unidos a los corsarios del sultán de Constantinopla, llegaron a dominar tres cuartas partes del Mediterráneo hasta la batalla de Lepanto en 1571, si bien el problema no fue erradicado de estas costas hasta la dominación francesa de Argel en 1830. Cervantes, como recuerda también SOBRINO HEREDIA, fue secuestrado por unos piratas berberiscos y sometido a un cruel cautiverio que duraría años. En estos casos, los propósitos de lucro aparecían ya estrechamente interrelacionados con razones políticas e intereses comerciales

²⁴⁹ Vid. LÓPEZ MARTÍN, A. G. (2013), “Los Estados “fallidos” y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico internacional”, *op. cit.*, p. 3.

²⁵⁰ Cayo Julio César fue víctima y verdugo de piratas. En el año 72 a.d.C., decidió viajar a Rodas para ampliar su formación en filosofía y retórica con el gramático Apolonio Molón. Durante el viaje, su barco fue asaltado por los piratas cilicios frente a la isla Farmacusa, que lo raptaron. Cuando exigieron un rescate de 20 talentos de oro (un talento equivalía a 26 kilos aproximadamente), César los desafió a pedir 50. Treinta y ocho días después del asalto, César fue liberado después de pagar el rescate. Su cautiverio fue cómodo y aunque trató a sus secuestradores con amabilidad, les avisó en varias ocasiones de su negro futuro. Una vez recuperada su libertad, organizó una fuerza naval que partió del puerto de Milesios, capturó a los piratas en su refugio y encarceló en Pérgamo. Una vez capturados, fue en busca de Junio, gobernante de Asia, porque le competía a este castigar a los apresados. Junio se interesó más en el botín y dejó a los bandidos a juicio de César, quien los mandó crucificar, tal como les había prometido, aunque en un gesto de compasión ordenó que primero los degollaran. Suetonio relata el incidente con el siguiente tenor: “Durante la navegación, que hizo en los meses de invierno, lo capturaron unos piratas cerca de la isla Farmacusa, y, presa de la mayor indignación, permaneció en poder de ellos cerca de cuarenta días, sin más compañía que su médico y dos cubicularios; porque en el primer momento había enviado a todos sus compañeros y a sus otros esclavos a buscar el dinero necesario para el rescate. Se elevó éste a ciento cincuenta talentos, y en cuanto le desembarcaron, persiguió a los piratas al frente de una flota, apresándolos y sometiéndolos al suplicio con que muchas veces los había amenazado como en broma”. SUETONIO TRANQUILO. C., (1992), *Vida de los doce Césares*, Editorial Gredos, Madrid.

no privados²⁵¹. Tras el descubrimiento de América, España padeció una auténtica plaga y las ciudades coloniales fueron saqueadas a sangre y fuego, por sanguinarios cabecillas piratas como Avery, Roberts, Lafitte o Barbanegra, y sus tripulaciones de bucaneros y filibusteros²⁵². Todas sus acciones requirieron, evidentemente, de precisiones legales, que pasaron por la tipificación especial de este robo o latrocinio en la mar, penándolo con graves y crueles sanciones. Hasta la Codificación del siglo XIX, este delito, considerado muy grave, era castigado con extrema crueldad con la rueda, la decapitación y el descuartizamiento; los azotes, la marca al fuego y la mutilación, conforme se establecía, por ejemplo, en las Reales Cédulas de 14 de enero de 1724 y de 30 de abril de 1730.

La monarquía española estableció para sus dominios americanos una prohibición del comercio libre y de inmigración, así como numerosas restricciones a cualquier tipo de contacto con extranjeros, más aún si eran declarados enemigos del cristianismo. Se fundaron los mecanismos de control y exclusividad sobre los territorios recién conquistados en el famoso principio del *mare clausum*, frente al que se erigió el del *mare liberum*, que entre otras cosas, se ideó como forma de acceder a las riquezas americanas mediante el pillaje, sobre todo desde el final de la segunda década del siglo XVI. Por ello, Gran Bretaña, Francia y Holanda usaron la piratería como un arma antiespañola. El monopolio español decayó poco a poco con la fundación de Jamestown (1607) en Virginia y de Quebec (1608) en el Valle de San Lorenzo de Canadá; la constitución de la Compañía de Indias Orientales (1602); el Banco de Ámsterdam (1621) y de las primeras Bolsas de Comercio (Amberes, Lyon o Londres). A lo anterior se sumaría la fundación de *Nueva Holanda* junto al río Hudson y *Nueva Ámsterdam* en la isla de Manhattan, a principios de siglo XVII, que pronto fue arrebatada por los ingleses, en 1638, y que recibió el famoso y

²⁵¹ SOBRINO HEREDIA, J.M. (2008), "Piratería y Terrorismo en el Mar", *op. cit.*, p. 90.

²⁵² El término bucanero proviene del modo de alimentarse de los primeros piratas caribeños que ahumaban las reses que robaban en la costa, llamándose *bucán* ese modo de ahumar. El término filibustero proviene de los *flyboats* que eran las embarcaciones que empleaban, que a su vez procede del holandés *vlieboot*.

actual nombre de Nueva York. Otros asentamientos holandeses dieron lugar a correrías de piratas de este origen que pretendieron conquistar Bahía en 1624, defendida por españoles. Más adelante también los holandeses fundan colonias pequeñas, asentamientos más mercantiles que expansionistas, en Curasao, Aruba, Bonaire, San Martín, etc., lo que se denominó *el dogal de España*. Igualmente, los ingleses fundaron, tras Jamestown, las famosas trece colonias a lo largo de la franja oriental de la costa este norteamericana, que luego sería el núcleo fundacional de Estados Unidos. La mayoría de estos asentamientos fueron santuarios o bases piratas, desde las que Inglaterra hacía la guerra a España. Los siglos XVII y XVIII fue la época dorada de filibusteros, corsarios, piratas y bucaneros, que asolaban las costas atlánticas y pacíficas del Imperio español en ultramar, devastando sus puertos, abordando y tratando de saquear sus buques y convoyes y colapsando o pretendiendo agotar las comunicaciones marítimas con la Península. Los ataques de Morgan a Portobello (1668), Maracaibo (1669), Santa María (1670) y Panamá (1671) fueron robos que culminaron en la conquista de Jamaica. Paralelamente, Francia abriría su expansión en Canadá con la fundación de Villa María (actual Montreal) en 1642.

La decadencia de la piratería comienza a fines del siglo XVIII. Sigue entonces en vigencia la trata de esclavos, actividad solamente equiparable en su maldad intrínseca con el narcotráfico y el tráfico ilegal de personas actuales. En el siglo XIX, los esfuerzos de algunas naciones, particularmente Inglaterra, Francia y los Estados norteños de Estados Unidos, lograron prácticamente abolir la piratería. Gradualmente, los Gobiernos fueron reconociendo que la piratería constituía un delito internacional, e hicieron esfuerzos por desterrarla. Entrado el siglo XX, quedan aún sectores afectados por ella. El colapso de Somalia como Estado hace, por último, que sus habitantes busquen la piratería como una forma de vida, basada en el expolio, la extorsión y el secuestro, sobre todo porque se encuentran muy próximos a una de las zonas de navegación con mayores recursos pesqueros y por tanto más visitada por sus potenciales víctimas, los buques pesqueros.

2. La conceptualización de la piratería y su represión internacional.

2.A. La Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar.

Para abordar el régimen internacional sobre la piratería es preciso partir del concepto jurídico de la misma, lo cual no resulta fácil, puesto que su conceptualización no ha sido ni pacífica ni sencilla²⁵³. Las razones son varias, pero la más importante procede de la no adecuación de la definición convencional de piratería marítima a la realidad actual²⁵⁴.

Ya a principios del siglo XX, en 1926, uno de los primeros esfuerzos de la recién nacida Sociedad de Naciones fue intentar llevar a cabo la codificación progresiva del Derecho Internacional, por lo cual se elaboró un Informe sobre la cuestión, sobre una base consuetudinaria²⁵⁵. En él, la Subcomisión redactora, encabezada por MATSUDA, definió la piratería como aquella actividad que: “[...] consiste en navegar por los mares para fines personales y sin autorización de Gobierno alguno, con el objeto de practicar el pillaje de propiedades o realizar actos de violencia contra personas”. Pese a estos esfuerzos codificadores de MATSUDA, no sería hasta 1932, y como medida de apoyo al proceso codificador de la Sociedad de Naciones, cuando la Universidad de Harvard preparó su famoso *Harvard Draft Convention*, que empezó a cuajar como propuesta en diversas reuniones celebradas por expertos en 1930 y 1931²⁵⁶.

²⁵³ Vid. IBÁÑEZ GÓMEZ, F. (2012) “Obstáculos legales a la represión de la piratería marítima: el caso de Somalia”, *Revista CIDOB d'afers internacionals*, nº 99, p. 160.

²⁵⁴ SOBRINO HEREDIA, J.M. (2008), “Piratería y Terrorismo en el Mar”, *op. cit.*, p. 98.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 100.

²⁵⁶ JOHANSSON, K. (2006), “Changes in the Views on Jurisdiction over Piracy under International Law”, Master Thesis, Faculty of Law, University of Lund, p. 10; El texto de la propuesta de Harvard está disponible en la red en http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_23.pdf.

Sobre esta propuesta de Harvard, y su importancia en la codificación del Derecho del Mar se han pronunciado JOHANSSON²⁵⁷ y DUBNER²⁵⁸, quienes acertadamente han puesto de relieve cómo la propuesta contenía un preciso estado de la cuestión en el momento en que fue redactada.

La piratería se definía en el artículo 3 de la mencionada propuesta, como sigue²⁵⁹:

“Piracy is any of the following acts, committed in a place not within the territorial jurisdiction of any state:

1. Any act of violence or of depredation committed with intent to rob, rape, wound, enslave, imprison or kill a person or with intent to steal or destroy property, for private ends without bona fide purpose of asserting a claim of right, provided that the act is connected with an act on or from the sea or in or from the air. If the act is connected with an attack which starts from on board ship, either that ship or another ship which is involved must be a pirate ship or a ship without national character.
2. Any act of voluntary participation in the operation of a ship with knowledge of facts which make it a pirate ship.
3. Any act of instigation or of intentional facilitation of an act described in paragraph 1 or paragraph 2 of this article”.

²⁵⁷ JOHANSSON, K, (2006), *Changes in the Views on Jurisdiction over Piracy under International Law*, *op. cit.*, p. 10.

²⁵⁸ DUBNER, B. H. (1980), *The law of International sea piracy*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, p. 176.

²⁵⁹ Se traduce como sigue: “Cualquiera de los siguientes actos, cometidos en un lugar situado fuera de la jurisdicción territorial de cualquier Estado:

1. Un acto de violencia o de pillaje cometido con la intención de robar, violar, herir, esclavizar, encarcelar o matar a una persona o con la intención de robar o destruir la propiedad, con objetivos privados sin finalidad de buena fe, de hacer valer una pretensión de derecho, siempre que el acto esté relacionado con un ataque en o desde el mar o en o desde el aire.
2. Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque con el conocimiento de hechos que lo convierten en un barco pirata.
3. Cualquier acto de instigar o de facilitar intencionalmente los actos descritos en el párrafo 1 o el párrafo 2 del presente artículo”. Traducción del Autor.

El buque pirata se definía en su artículo 4²⁶⁰.

El proyecto de Harvard se convirtió en un texto de referencia para las dos Convenciones de Derecho del Mar del siglo XX, de 1958 y 1982. La definición de ambas Convenciones es la misma. El artículo 101 de la segunda reproduce el tenor literal del artículo 15 de la primera. Según estos, la piratería es²⁶¹:

- “a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:
 - i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;
 - ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.
- b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata.
- c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente”.

De esta codificación se extraen los rasgos fundamentales de la piratería internacional contemporánea²⁶²:

²⁶⁰ “A ship is a pirate ship when it is devoted by the persons in dominant control to the purpose of committing an act described in the first sentence of paragraph 1 of Article 3, or to the purpose of committing any similar act within the territory of a state by descent from the high sea, provided in either case that the purposes of the persons in dominant control are not definitely limited to committing such acts against ships or territory subject to the jurisdiction of the state to which the ship belongs”.

²⁶¹ Un perfecto análisis al respecto es el realizado por RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L (2011), “Aspectos jurídico-penales del crimen internacional de piratería”, en VV.AA, *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 113-145.

²⁶² SOBRINO HEREDIA, J.M. (2008), “Piratería y Terrorismo en el Mar”, *op. cit.* p. 101

1. Los piratas deben actuar movidos por propósitos personales.
2. Deben intervenir al menos dos navíos.
3. El acto debe producirse en aguas de alta mar, (o como después se verá en la ZEE) o en aguas no sujetas a la jurisdicción de ningún Estado (como las aguas de la Antártida).

Esta opción ha llevado a algunos autores a considerar que no se produjo, en su momento, una completa codificación de las diversas actividades de piratería existentes en la práctica internacional. Con independencia de lo acertado o no de estas opiniones, lo cierto es que las manifestaciones contemporáneas de violencia, detención y depredación en la mar, muestran situaciones que no encuentran acomodo en la definición de las Convenciones mencionadas.

Los textos se refieren a lo que podría llamarse la “piratería tradicional”, esto es, aquellos actos ilegales de violencia, detención o depredación cometidos desde un buque privado en alta mar, o en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, con un propósito de lucro, contra un buque o contra personas o bienes a bordo de ellos. En cambio, no cubrirían, en primer lugar los casos más frecuentes de la piratería contemporánea: la que tiene lugar en las aguas interiores y en las territoriales; y, segundo lugar, excluye situaciones de violencia sobre buques con objeto de desestabilizar un Gobierno, crear conflictos, sembrar el terror con el objetivo de someterlo a un chantaje, o los actos cometidos por motivos religiosos o étnicos. O los casos en que movimientos de liberación o insurrectos se apropien violentamente de navíos por razones políticas²⁶³, si bien es cierto que estas últimas actividades han sido encadas dentro de las previsiones del Convenio SUA.

La definición apuntada permite distinguir entre sujetos actores, acciones realizadas y espacios marítimos concernidos.

²⁶³ SOBRINO HEREDIA, J.M. (2008), “Piratería y Terrorismo en el Mar”, *op. cit.* p. 102.

1. Sujetos actores: las acciones de expolio en la mar deben cometerse por o desde un buque o aeronave privados, de lo que se infiere que quedan excluidos los realizados por o desde aeronaves o buques militares. Según el artículo 16 de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar: “[...] se asimilan a los actos cometidos por un buque privado los actos de piratería [...] perpetrados por un buque de guerra o un buque del Estado o una aeronave del Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave”. Así pues, solo existe piratería si un buque o una aeronave privados atacan a otro. La segunda idea es la aparición del término *illegal*, de lo que se deduce que hay actos de esa naturaleza *legales*, como las actividades militares realizadas con sometimiento al Derecho Internacional²⁶⁴.

La expresión *propósito personal* del artículo 101 de la Convención también es problemática. Según MARÍN CASTÁN, podrían surgir dudas sobre si cabría calificar de piratería los actos de violencia, detención o depredación cuando estuvieran inspirados en motivos ideológicos, políticos, sociales o religiosos. Podría sostenerse una interpretación según la cual con la expresión *propósito personal* se ha querido no limitar el objetivo de la piratería al ánimo de lucro, sino incluir también dentro de su ámbito, probablemente por la gravedad de las acciones tipificadas, otros objetivos también personales que pueden mover a sus autores como podrían ser ya no la apropiación del buque y su carga, sino la mera utilización del mismo, por tener por ejemplo mayor calado que el buque inicialmente empleado para el ataque pirata inicial, como plataforma desde la que piratear a otros buques en alta mar, o simplemente asaltar el buque para utilizarlo unas horas como buque de recreo²⁶⁵.

²⁶⁴ ELLEMAN, B. A. (2010), “Piracy and Maritime Crime Historical and Modern Case Studies”, Newport: Center for Naval Warfare Studies, *Newport Paper Thirty-five*, Naval War College Press, Rhode Island, pp. 146-147.

²⁶⁵ MARÍN CASTÁN, F. (2013), “La piratería como crimen internacional”, *La respuesta del Derecho Internacional a los problemas actuales de la seguridad global*, Cuaderno de Estrategia nº 160, p. 125.

2. Espacios marítimos en que sucede el expolio. Todo parece indicar que la regulación apuntada se refiere o prohíbe la piratería oceánica, porque no se tienen en cuenta las acciones piráticas costeras, cometidas en aguas territoriales, ya que se presupone que la represión de estos delitos es asunto interno. Es preciso referirse, no obstante, a la ZEE, ya que el artículo 58.2 de la CNUDM establece que: “[...] los artículos del 88 al 115 y otras normas pertinentes de Derecho Internacional se aplicarán a la ZEE en la medida en que no sean incompatibles con esta Parte”. Se ha afirmado, también, como corolario de lo anterior, que la represión permitida en la ZEE puede llevarse a cabo, también, en la Zona Contigua. Según esta interpretación, los piratas pueden ser perseguidos en todo lugar, excluyéndose únicamente las aguas interiores, el mar territorial, el espacio aéreo sobre el mar territorial y las aguas archipiélágicas²⁶⁶. Además de lo dicho, solamente en la medida en que las legislaciones nacionales de los países costeros contemplan el delito de piratería se podrá perseguir a los delincuentes. De hecho, esta definición del delito ha permitido a los piratas adentrarse en las aguas territoriales de Estados fracasados, como Somalia, para evitar ser capturados por buques de guerra de terceros países.

MARÍN CASTÁN reconoce la imperfección de la delimitación espacial/soberanista de delito, cuando destaca las dificultades que entraña, en la actualidad, interpretar la expresión “*en lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado*”, utilizada tanto en el artículo 100 como en el 101 de la Convención, pues cabría plantearse si se refiere a un lugar que formalmente o de Derecho no está sometido a la jurisdicción de Estado alguno o si también incluye aquellos lugares que aunque formalmente sí lo están, de hecho la jurisdicción no es ejercida por tratarse de un *Estado fallido*, como es el caso de Somalia. La primera interpretación parecería más acorde con la asimilación con la alta mar que

²⁶⁶ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2009), “La represión del crimen internacional de piratería; una laguna imperdonable...”, *op. cit.* p. 7.

se deriva de los artículos citados y de la propia expresión utilizada de *sometidos*, mientras que la segunda cabría deducirla de la circunstancia de que en todos los espacios marinos regulados por la Convención se establece formalmente la jurisdicción, por lo que al referirse a lugar no sometido a jurisdicción de Estado alguno sólo podría aludir a situaciones de hecho. Ello ampararía la posibilidad de intervención del buque de guerra de cualquier Estado contra la piratería, en aguas de Estados, por ejemplo, sin gobierno efectivo²⁶⁷.

3. **Tipos de expolio.** En 2008, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1816²⁶⁸, que distingue entre actos de piratería, que ocurren en alta mar, y *robos a mano armada*, que suceden dentro de las aguas territoriales de un Estado. En esta Resolución se autoriza a los navíos que operan en el área a entrar en las aguas territoriales somalíes con el fin de perseguir a los piratas, siempre que se obtenga la autorización del Gobierno Federal de Transición somalí. Para algunos autores, el hecho de que el Consejo no establezca autorización previa para entrar en la ZEE de Somalia parece apoyar la interpretación de que propone un concepto amplio de alta mar, que incluye la ZEE²⁶⁹. La opinión parece sustentarse por la Organización Marítima Internacional (en adelante OMI), que aprobó en 2009 su Resolución A1025 (26), denominada *Código de prácticas para la investigación de delitos de piratería y robo a mano armada contra barcos*²⁷⁰. En él se distingue, como el Consejo de Seguridad de la ONU, entre actos de piratería y *robos a mano armada en el mar*. La OMI asume la definición de piratería del artículo 101 de la CNUDM y define el robo a mano armada contra buques como sigue:

²⁶⁷ MARÍN CASTÁN, F. (2008), “Marco Jurídico De La Seguridad Marítima”, *op. cit.* p. 193.

²⁶⁸ S/RES/1816 (2008), *cit.*

²⁶⁹ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2009), “La represión del crimen internacional de piratería...”, *op. cit.*

²⁷⁰ Esta Resolución A.1025(26) de la Asamblea, adoptada el 2 de diciembre de 2009, puede encontrarse en castellano en https://cdn.mitma.gob.es/portal-web-drupal/marima_mercante/normativa-maritima/codigo/15_codigo_pirateria.pdf

- “1. Todo acto ilícito de violencia o de detención, o cualesquiera actos de depredación o de amenaza de depredación, que no sean actos de piratería, cometidos con un propósito personal y dirigidos contra un buque o contra personas o bienes a bordo de este, dentro de las aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial de un Estado;
2. Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos anteriormente o facilitarlos intencionalmente”.

Para MARÍN CASTÁN, la alusión a actos de piratería y robos en la mar no pretende hacer una distinción entre ambas figuras sino justamente lo contrario, es decir, una asimilación por vía de la especificación de una de las modalidades de la piratería. La intención perseguida con ello bien pudiera ser dar cobertura para la aplicación de los artículos de la CNUDM dedicados a la piratería a aquéllos Estados que, aun no teniendo tipificado en sus legislaciones penales dicho delito, sí tienen tipificadas conductas concretas como el robo, las amenazas o las detenciones ilegales que pueden considerarse incluidas en la tipificación de la piratería según el mencionado Convenio. Si ello es así, ningún problema existe en que junto a piratería se hable de bandidaje, robo a mano armada u otras figuras afines²⁷¹.

El buque de guerra juega un papel esencial en esta lucha contra la piratería por ser el principal agente del Estado para ello. Así la CNUDM le atribuye ese papel en su artículo 107²⁷², cuestión por otro lado lógica por los siguientes motivos:

²⁷¹ MARÍN CASTÁN, F. (2008), “Marco Jurídico de la Seguridad Marítima”, *op. cit.* p. 195.

²⁷² Artículo 107 CNUDM: Buques y aeronaves autorizados para realizar apresamientos por causa de piratería. “Sólo los buques de guerra o las aeronaves militares, u otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y estén autorizados a tal fin, podrán llevar a cabo apresamientos por causa de piratería”.

- Por ser el buque de guerra la principal proyección de la acción del Estado en la mar.
- Por el estatuto jurídico de inmunidad y reconocida legitimación internacional para actuar en estos espacios anteriormente vistos.
- Por la elevada preparación técnica de la dotación del buque, pero también jurídica, tanto del Comandante del buque como de toda la cadena militar, que cuenta con Asesores Jurídicos especializados en este tipo de cuestiones.
- Por el absoluto control que en todo momento el Estado tienen de la acción del buque de guerra. La naturaleza esencialmente jerarquizada de la institución castrense hace que las novedades sobre las distintas acciones que toma el buque sea transmitidas por la cadena militar casi en tiempo real, y que las instrucciones u órdenes que los mandos del Ministerio de Defensa den, bien a instancias propias, bien del Ministerio de Asuntos Exteriores, bien de algún órgano judicial, sean trasladadas al buque, acatadas y cumplidas en tiempo record.
- La experiencia acumulada en la tarea, que influye notablemente en las posibilidades de éxito en la lucha contra la piratería, como demuestra la eficacia en la erradicación de piratas en el Índico gracias a la Operación *Atalanta*.

No obstante el hecho de que el agente natural para realizar estas tareas sea el buque de guerra, la CNUDM en el ya visto artículo 107, extiende la posibilidad de acción a otros buques de Estado siempre y cuando tengan signos que los identifiquen claramente para estas tareas, y estén autorizados para tal fin. En el caso español, la Guardia Civil tiene ciertos buques de proyección pensados para operaciones antidroga, los cuales no gozan de la naturaleza de buques de guerra, aunque sí de buques de Estado. Estos buques de la Guardia Civil, o incluso de Aduanas, podrían proceder a la captura de piratas pero sólo cuando estén autorizados para tal fin, bien por una disposición general que les habilite para ello, bien por una específica orden para el caso concreto. En la práctica no se ha producido ningún apresamiento de piratas por estos buques, cuestión por

otro lado lógica dadas los espacios marítimos de litoral donde ordinariamente cumplen con sus tareas.

Lo que sí resulta claro según la CNUDM es que los buques particulares, por muy dotados y armados que puedan estar, no pueden proceder a la búsqueda y persecución de piratas, aunque nada obstaría para que pudieran proceder al apresamiento de piratas *in fraganti*. Así puede concluirse que si el buque privado de pabellón español se defiende de un ataque piratas y capture a alguno que intenta abordarlos o que queda abandonado a su suerte en la mar por sus compañeros, puede proceder a su detención en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim)²⁷³ para la detención efectuada por particular, pero la habilitación para hacerlo no viene de la CNUDM, sino de la legislación nacional²⁷⁴. Lo que sí está totalmente descartado es que un buque particular pueda dedicarse a buscar y perseguir piratas y abordar otro barco para detener a esos piratas.

2.B. Los acuerdos con Kenia y Seychelles y las entregas nacionales. Los posibles tribunales especializados de Puntlandia, Somalilandia y Tanzania.

Sin ningún género de dudas, la Operación *Atalanta* es la operación integral contra la piratería de más amplio recorrido y mayor eficacia en la época moderna. Esta misión surgió, como anteriormente se indicó, tras la aprobación de la Acción Común 2008/851/PESC, que puso en marcha una operación militar de apoyo a las Resoluciones 1814, 1816 y 1838 de NN.UU.²⁷⁵, conforme con los artículos 100 y siguientes de la CNUDM. Esta Acción Común definía en su artículo 2 el mandato de la Operación, y entre sus diversos aspectos, sus distintos elementos podían capturar, retener y entregar a las personas que hubiesen cometido o fueran sospechosas de haber cometido actos de piratería²⁷⁶, según se ha

²⁷³ *Gaceta de Madrid*, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

²⁷⁴ Art. 490 LECrim.

²⁷⁵ Resoluciones del Consejo de Seguridad S/RES/1814 (2008), de 15 de mayo, S/RES/1816 (2008), de 2 de junio y S/RES/1838 (2008), de 7 de octubre.

²⁷⁶ BARRADA FERREIRÓS, A. (2011), *El talón de Aquiles de Atalanta: el enjuiciamiento y*

definido esta acción en el punto anterior. Al respecto, se debe tener presente, junto con la normativa propia del delito de piratería de la CNUDM, la propia del artículo 8 del Convenio SUA que también ampara y prevé la entrega de los responsables de los delitos en dicho convenio enunciados²⁷⁷.

Según la Acción Común 2008/851/PESC, también podían embargar los buques de los piratas o los buques capturados que estuvieran en manos piratas, así como los bienes que se encontrasen a bordo. Será el artículo 12 de esta Acción Común la base del enjuiciamiento de los piratas, al establecer que las personas capturadas que hayan cometido o sean sospechosas de haber cometido tales actos de piratería, serán entregadas a cualquiera de los siguientes agentes²⁷⁸:

1. A las autoridades competentes del Estado miembro o del tercer Estado que participe en la operación del pabellón enarbolado por el buque que haya realizado la captura.

encarcelamiento de los piratas, Madrid: IEEE, Documento marco 01/2011, pp. 5-7.

²⁷⁷ “Artículo 8: 1. El capitán de un buque de un Estado Parte (el «Estado del pabellón») podrá entregar a las autoridades de cualquier otro Estado Parte (el «Estado receptor») a cualquier persona respecto de la que tenga razones fundadas para creer que ha cometido uno de los delitos enunciados en los artículos 3, 3bis, 3ter o 3quater.

2. El Estado del pabellón se asegurará de que el capitán de un buque de su pabellón tenga, siempre que sea factible y a ser posible antes de entrar en el mar territorial del Estado receptor llevando a bordo a cualquier persona a la que el capitán se disponga a entregar de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1, la obligación de comunicar a las autoridades del Estado receptor su propósito de entregar a esa persona y las razones para ello.

3. El Estado receptor aceptará la entrega, salvo cuando tenga razones para estimar que el Convenio no es aplicable a los hechos que motivan la entrega, y procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7. Toda negativa de aceptar una entrega deberá ir acompañada de una exposición de las razones de tal negativa.

4. El Estado del pabellón se asegurará de que el capitán de un buque de su pabellón tenga la obligación de suministrar a las autoridades del Estado receptor las pruebas relacionadas con el presunto delito que obren en poder del capitán.

5. El Estado receptor que haya aceptado la entrega de una persona de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3, podrá a su vez pedir al Estado del pabellón que acepte la entrega de esa persona. El Estado del pabellón examinará cualquier petición de esa índole y si la acepta procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7. Si el Estado del pabellón rechaza la petición, entregará al Estado receptor una exposición de sus razones para tal rechazo”.

²⁷⁸ BARRADA FERREIRÓS, A. (2011) “El talón de Aquiles...”, *op. cit.*, p. 9.

2. A un Estado miembro o a un tercer Estado que desee ejercer la misma sobre las personas o bienes antes mencionados, por defecto, siempre que se diera cumplimiento a lo establecido en su artículo 12.2: las condiciones de entrega y enjuiciamiento no deben atentar contra los derechos humanos y en particular, los presuntos culpables no deben ser sometidos a la pena de muerte, a tortura ni a cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante.

Estas acciones se corresponden con el mandato establecido en el artículo 8 bis, 1) del Convenio SUA, según el cual: “Los Estados Partes cooperarán en la mayor medida posible en la prevención y represión de los actos ilícitos abarcados por el presente Convenio”.

La UE apostaba por el cumplimiento del artículo 105 de la CNUDM: el Estado del pabellón del buque de guerra que hace el apresamiento de los piratas es el competente para enjuiciar a los piratas capturados. Con el fin de dar cumplimiento a la posible entrega a terceros Estados de los piratas para su enjuiciamiento, la UE suscribió con Kenia y Seychelles dos Acuerdos internacionales²⁷⁹:

1. El Canje de Notas entre la UE y el Gobierno de Kenia sobre las condiciones y modalidades de entrega de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería, y detenidas por la fuerza naval EUNAVFOR dirigida por la UE, así como de las propiedades incautadas en posesión de EUNAVFOR, de EUNAVFOR a Kenia y con vistas a su trato después de la entrega, de 6 de marzo de 2009²⁸⁰.

²⁷⁹ *Ibid.* pp. 10-11.

²⁸⁰ Es la Decisión 2009/293/PESC del Consejo, de 26 de febrero de 2009, *DOUE* núm. 79, de 25 de marzo de 2009.

2. El Canje de Notas entre la UE y la República de Seychelles sobre las condiciones y modalidades de entrega de sospechosos de piratería y robo a mano armada por EUNAVFOR a la República de Seychelles y de su trato después de dicha entrega, de 26 de octubre de 2009²⁸¹.

Además de estas vías, Francia ha acordado con Puntlandia la entrega de piratas, aunque no se aseguren las exigencias y garantías expuestas, de muy difícil cumplimiento por las autoridades gubernativas y judiciales puntlandesas. También han entregado personas en Puntlandia buques de Egipto y Estados Unidos. Gran Bretaña, por su parte, entrega a sus prisioneros a Kenia, por un Acuerdo particular. Buques daneses han entregado piratas a Holanda; de Holanda a Alemania; de India a Yemen; o de Alemania a Yemen, cuando las víctimas eran nacionales de los países receptores²⁸². Respecto a Puntlandia, NN.UU. ha declarado, de hecho, lo siguiente²⁸³:

“Puntlandia sigue siendo el epicentro de la piratería. Los puertos de amarre de los buques piratas durante las negociaciones de rescate siguen estando principalmente entre Hobyo y Garacad (costa oriental de Puntlandia), y en Xabo (costa septentrional de Puntlandia), como resultado de dos movimientos centrífugos. Por un lado, la toma de Xarardheere por Hizbul Islam en abril de 2010 provocó una retirada relativa hacia el norte, entre Hobyo y Garacad. Por otra parte, las medidas de lucha contra la piratería adoptadas por las autoridades de Puntlandia contra la base de Eyl ha producido un desplazamiento hacia el sur, en dirección a Garacad. Puntlandia sigue siendo pues la principal zona de

²⁸¹ Es la Decisión 2009/877/PESC del Consejo, de 23 de octubre de 2009, DOUE núm. 315, de 2 de diciembre de 2009.

²⁸² BARRADA FERREIRÓS, A. (2011) “El talón de Aquiles...”, *op. cit.*, p. 4.

²⁸³ *Informe del Asesor Especial del Secretario General sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la piratería frente a las costas de Somalia*, Anexo de la carta de fecha 24 de enero de 2011 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, documento S/2011/30, de 25 de enero de 2011.

cobijo de los piratas, a pesar de existir una firme voluntad de erradicar la piratería en su territorio”.

Kenia fue el primer Estado de la región que ejerció su jurisdicción extra fronteriza en 2006. El Tribunal de Primera Instancia (*Subordinate Court*) de Mombasa se declaró competente para juzgar a los piratas somalíes detenidos por un buque de guerra de los Estados Unidos, tras un ataque en alta mar contra un buque que enarbola el pabellón de la India. La decisión se basó en una definición *iure gentium* de la piratería, conforme al artículo 69 del Código Penal keniata de 1967, en que se hace referencia al Derecho Internacional consuetudinario, sin especificar los elementos que constituyen el delito. En Kenia, 50 piratas fueron condenados sobre esta base en 2009 y 2010. Para definir con precisión el delito e introducir en el Derecho de Kenia las disposiciones pertinentes de la CNUDM y el Convenio SUA, a finales de 2009 Kenia adoptó una nueva Ley de la marina mercante. Una vez corregidas sus deficiencias, esta Ley debería proporcionar una base jurídica sólida para que Kenia pueda ejercer su jurisdicción universal. Bélgica, España, Francia, los Países Bajos, la República Unida de Tanzania y Seychelles han establecido una jurisdicción quasi-universal o universal para juzgar a las personas sospechosas de piratería²⁸⁴. Todo este caos jurídico, las distintas vías, la diversidad de entregas y de trato jurídico dispensado a los piratas, ya se puso de manifiesto en el Informe del Secretario General, de 26 de julio de 2010²⁸⁵, emitido de conformidad con la Resolución 1918 (2010), de 27 de abril de 2010, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas²⁸⁶. En este documento se analizaban siete posibles opciones para lograr el objetivo de enjuiciar y encarcelar a las personas responsables, a saber²⁸⁷:

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Informe del Secretario General de Naciones Unidas, S/2010/394, de 26 de julio de 2010.

²⁸⁶ S/RES/1918 (2010).

²⁸⁷ BARRADA FERREIRÓS, A. (2011) “El talón de Aquiles...”, p. 24.

1. Aumentar la asistencia de NN.UU. para fomentar la capacidad de los Estados de la región para enjuiciar y encarcelar a las personas responsables.
2. Establecer un tribunal somalí con sede en el territorio de un tercer Estado de la región, ya sea con o sin participación de las NN.UU..
3. Establecer una sala especial en la jurisdicción nacional de un Estado o varios Estados de la región, sin participación de las NN.UU..
4. Establecer una sala especial en la jurisdicción nacional de un Estado o varios Estados de la región, con participación de las NN.UU..
5. Establecer un tribunal regional sobre la base de un acuerdo multilateral entre Estados de la región, con participación de las NN.UU..
6. Establecer un tribunal internacional sobre la base de un acuerdo entre un Estado de la región y las NN.UU..
7. Establecer un tribunal internacional mediante una Resolución del Consejo de Seguridad aprobada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

Este Informe del Secretario General fue estudiado por el Consejo de Seguridad en sesión del 25 de agosto de 2010, tras la que su Presidente hizo una Declaración en nombre del Consejo²⁸⁸, en la que se expresaba su preocupación por las dificultades que presenta el enjuiciamiento de los sospechosos de piratería, pero no se pronunció expresamente por ninguna de las posibilidades planteadas en aquel Informe²⁸⁹. Lo anteriormente expuesto recibió un espaldarazo con la Resolución 1976/2011, de 11 de abril, del Consejo de Seguridad²⁹⁰, mediante la que se solicitaba a los Estados y a diversos organismos nacionales e internacionales que ayudasen a las autoridades de Somalia a establecer un sistema de gobernanza, Estado de Derecho y control

²⁸⁸ Se trata de la Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad, S/PRST/2010/16, de 25 de agosto de 2010.

²⁸⁹ BARRADA FERREIRÓS, A. (2011), *El talón de Aquiles de Atalanta: el enjuiciamiento y encarcelamiento de los piratas*, Madrid: IEEE, Documento marco 01/2011, p. 26.

²⁹⁰ S/RES/1976 (2011).

policial en las zonas sin ley, donde tenían lugar actividades terrestres relacionadas con la piratería. También pedía que se apoyara el crecimiento económico de Somalia, para contribuir a la erradicación de la piratería y se ayudara al país en sus esfuerzos por desarrollar pesquerías nacionales y actividades portuarias, así como que se investigasen las denuncias de actividades ilícitas de pesca y vertido, con miras a enjuiciar a los responsables de dichos delitos. Por último, consideraba urgente el establecimiento de tribunales especializados somalíes para juzgar a los presuntos piratas, tanto en Somalia como en la región, incluido un tribunal extraterritorial especializado en piratería.

Las medidas penales y judiciales aplicadas no parecen ser muy efectivas: se han detectado casos de reincidencia, en que los piratas detenidos habían sido puestos anteriormente en libertad al no haber un Estado que se ocupara de su enjuiciamiento o, habiéndolo, no era eficaz: más del 90% de los piratas capturados por los Estados que patrullan la mar se liberan sin ser sometidos a juicio²⁹¹.

En el ya citado Informe del Asesor Especial de 2011, se contenían 25 propuestas²⁹², destacando entre las relativas a la persecución penal de los piratas para garantizar su enjuiciamiento y cumplimiento de penas las relativas a alentar a todos los Estados a tipificar en su Derecho interno la piratería de manera similar a como lo hace la CNUDM y a asumir la jurisdicción universal para poder enjuiciar estos delitos.

Como solución al problema judicial, el Informe prevé el establecimiento, en un plazo de ocho meses, de un sistema judicial que consistiría en dos tribunales especializados en Puntlandia y Somalilandia y una corte especializada extraterritorial somalí, que podría estar ubicada en Arusha (República Unida de

²⁹¹ *Informe del Asesor Especial del Secretario General sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la piratería frente a las costas de Somalia*, cit., p. 11.

²⁹² *Ibid.*, p. 20.

Tanzania). Los tribunales especializados de Puntlandia y la corte extraterritorial somalí tendrían carácter prioritario, dada la posibilidad de que ejerzan jurisdicción universal. La capacidad penitenciaria de Puntlandia y Somalilandia se reforzaría con la creación inmediata de dos cárceles en Somalilandia (con capacidad para 500 detenidos) y Puntlandia (también con capacidad para 500 detenidos), con un estatuto de protección que permitiría su control internacional. Las primeras plazas estarían disponibles en un plazo de ocho meses. En una segunda y próxima etapa se establecería una tercera prisión en Puntlandia. En el año 2012, Puntlandia y Somalilandia aprobaron sendas leyes de prisiones que apuntalan este régimen que señalaba el Informe visto.

Pese a las elevadas expectativas del Informe, estas prometedoras iniciativas no han llegado hasta la fecha a fructificar en ninguna solución concreta o eficiente respecto de ese enjuiciamiento de piratas.

En noviembre del año 2016 tuvo lugar en el puerto de Berbera, en Somalilandia, una jornada auspiciada por el mando de la Operación *Atalanta* con las autoridades locales, representantes de NN.UU., de la UE y agentes comerciales locales, en la que se abordó el asunto de la capacitación de las fuerzas navales locales para asegurar o garantizar la seguridad marítima en la zona y la correcta represión de la piratería. Esta jornada, a la que tuve la suerte de poder asistir a los pocos días de mi incorporación a la Operación *Atalanta* a bordo del BAM *Relámpago* de la Armada Española, podríamos resumirla como un conjunto de peticiones materiales por parte de las autoridades marítimas locales que no venían acompañadas de ningún plan de acción, lucha o tan siquiera formación de su personal o mantenimiento del material solicitado, en relación a la piratería. Años después la situación apenas ha variado.

3. La represión de la piratería en el Derecho español: tipificación, jurisdicción y detención.

Desde una perspectiva histórica, no todos los códigos penales del siglo XIX, normativizaban de forma regular e igual la piratería y, cuando lo hacían, se

agrupaba bajo la rúbrica de los *Delitos contra la seguridad exterior del Estado y contra el Derecho de gentes*. La piratería era considerada un delito grave cometido en la mar, desde buques, contra otros buques o contra instalaciones de tierra. Paralelamente, el delito fue objeto de regulación en el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, que incluía la piratería dentro de los *Delitos contra la seguridad del Estado*, entre los *Delitos contra el derecho de gentes*, y su conocimiento era propio de la Jurisdicción de Marina.

Esta regulación se concretó, en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, de 22 de diciembre de 1955 (artículo 9) y en el Código de Justicia Militar de 1945, en cuyo artículo 6.9 se atribuía a la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos de piratería: “[...] cualquiera que sea el país a que pertenezcan los acusados”, siguiendo el criterio que había establecido el artículo 350.12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que atribuía a la Jurisdicción de Marina las causas: “[...] por delitos de cualquier clase cometidos [...] por piratas apresados en alta mar”.

El Código Penal común de 1944, tras sus reformas de 1963 y 1973, recogía la piratería sin definir su noción. El núcleo típico de este delito era la realización dolosa de *actos de violencia, de indeterminada naturaleza comisiva*. La regulación se recogía en dos preceptos, en su modalidad básica (artículo 138) y agravada (art. 139), que contemplaba agravantes específicas para actos de piratería que ocasionan muerte, lesiones graves, acciones contra la honestidad y abandono de persona sin medios para salvarse. Las penas a imponer eran de reclusión mayor a muerte, si se trata de piratería contra españoles o súbditos de nación que no se hallare en guerra con España; y la de reclusión mayor si la acción es contra súbditos no beligerantes de nación que se halle en guerra con España. Las mismas penas se atribuían al Jefe o Patrón pirata. De ello se deducía que los tipos no agravados, constituidos por el tipo base del art. 138, eran los de robo y violencias no especificadas en el art. 139. Estas formas delictivas, como las del art. 9 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina

Mercante, de 22 de Diciembre de 1955²⁹³, se aplicaban en el seno de la Jurisdicción de Marina.

Este estado de cosas se modificó en épocas prácticamente contemporáneas, cuando la piratería empezó a desaparecer como delito, sin explicación alguna, en un proceso muy particular y prácticamente único en nuestro Derecho. MARÍN CASTÁN pone de relieve que esta desaparición del delito comenzó con la derogación de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 que lo tipificaba, y se culminó con la derogación del Código Penal de 1973²⁹⁴.

Estas sorprendentes decisiones legislativas fueron adoptándose en contra de lo que España aceptaba internacionalmente, pues la percepción de la piratería marítima como un problema de primer orden se ha mantenido constante tanto en la realidad internacional, como en los tratados internacionales sobre el Derecho del Mar suscritos por España²⁹⁵.

El mayor despropósito de la situación fue provocado por el Legislador de 1995, redactor del Código Penal de la democracia, que olvidó su tipificación tal y como elocuentemente indica BARRADA: “[...] bien por considerarla más propia de ficciones de Salgari [...] o probablemente más por un mero descuido técnico”²⁹⁶, y ello pese a que se había mantenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) como delito susceptible de persecución universal y que en la práctica nunca ha dejado de existir.

²⁹³ BOE núm. 359, de 25 de diciembre de 1955.

²⁹⁴ MARÍN CASTÁN, F. (2008), “Marco Jurídico De La Seguridad Marítima”, *op. cit.* p. 189.

²⁹⁵ Vid. art. 14 del Convenio de Ginebra, de 29 de abril de 1958, sobre Alta Mar; art. 100 de la CNUDM de 1982, ambos ratificados por España, y que señalan que todos los Estados deberán cooperar «en toda la medida de lo posible» en la represión de la piratería en la alta mar, o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado.

²⁹⁶ BARRADA FERREIRÓS, A. (2012), “Sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Alakrana”, *Documento Marco 09/2012 del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, junio de 2012. BARRADA cita, a su vez, un artículo de FERNÁNDEZ RODERA, J.A. (1998), “La mar y el Derecho Penal”, *La Ley*, nº 4576, del 3 de julio de 1998.

Diversos actos delictivos realizados en la mar contra buques de pabellón español, así como los derivados del posible enjuiciamiento de los piratas detenidos en la Operación *Atalanta*, exigieron una reforma del Código Penal. La reintroducción del delito de piratería se realizó mediante la Ley Orgánica 5/2010²⁹⁷, tras quince años de ausencia del Derecho penal sustantivo español.

Esta Ley Orgánica 5/2010, establece la introducción de un nuevo Capítulo, con el número V y la rúbrica general de *Delito de Piratería*, que a su vez se incluye en el Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*) del Libro segundo (*Delitos y sus Penas*), del Código Penal. Según su Exposición de Motivos:

“[...] se procede a la creación de un nuevo delito de piratería dentro del Título dedicado a los delitos contra la comunidad internacional. La razón de ser de esta reforma radica en la necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, y se conforma recogiendo los postulados del Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del Mar y de la Convención sobre la navegación marítima firmado en Roma el 10 de marzo de 1988”.

El tipo penal se articula en dos preceptos:

“Artículo 616 ter: El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años. En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.

²⁹⁷ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

Artículo 616 quáter: 1. El que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra, o aeronave militar u otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del Estado español y esté autorizado a tal fin, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. Si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión.

3. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos”.

Según MARÍN CASTÁN, el nuevo delito se inspira en el Derecho Comparado, nuestro Derecho Histórico y el Derecho Internacional del Mar, aunque innova en el sentido de extenderse a las conductas realizadas en nuestras propias aguas, obvia el propósito personal y abarca las conductas penadas en el Convenio SUA²⁹⁸.

No obstante lo anterior, el tipo penal descrito en el artículo 616 ter ha sido criticado, tanto por apartarse de la definición de piratería de la CNUDM, como por su excesiva amplitud. En esta sentido, RODRÍGUEZ-VILLASANTE resalta que la tipificación del Código Español no se corresponde con la definición del artículo 102 de la CNUDM, si bien subraya que ésta es anticuada²⁹⁹.

FERNÁNDEZ RODERA, con una visión probablemente más acertada del asunto, subraya que el nuevo delito difiere de la CNUDM; y destaca, además, que podría dar lugar a que se considerase como piratería acciones que fueran simples robos o daños en *espacios de soberanía* (mar territorial y aguas

²⁹⁸ MARÍN CASTÁN, F. (2011), *El tratamiento jurídico de la piratería marítima...*, op. cit. p. 10.

²⁹⁹ RODRÍGUEZ-VILASANTE Y PRIETO, J.L. (2009), “Problemas jurídico-penales e internacionales del crimen de piratería: una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional”, *REDEM*, nº 93 (In memoriam de Agustín Corrales Elizondo), pp. 187 y sig.

interiores)³⁰⁰. Como solución al peligro anterior, propone la inclusión en el tipo de un elemento subjetivo del injusto, consistente en el ánimo de lucro propio o ajeno, u otro propósito personal. Además, este autor estima la necesidad de limitar los espacios marítimos en los que se puede cometer el delito de piratería a los siguientes: alta mar, espacio no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; ZEE, zona contigua, o cualquier otro que se especifique mediante convenio, acuerdo o instrumento jurídico internacional.

En cuanto al ejercicio de la jurisdicción en relación con el delito de piratería, de acuerdo con el artículo 23.4.c) de la LOPJ, los tribunales españoles son competentes para conocer de los delitos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional español, susceptibles de tipificarse, según la ley española, como piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. No obstante, el apartado 4 del precepto establece que, sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan ejercer la competencia mencionada, deberá quedar acreditado que los presuntos responsables se encuentran en España, que existen víctimas de nacionalidad española o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España. Además, en todo caso, es preciso también acreditar que en otro país competente o en el seno de un tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de los hechos.

La necesidad de un nexo de unión entre el delito y los intereses nacionales, recogido en el precitado apartado 4, fue introducido por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica

³⁰⁰ FERNÁNDEZ RODERA, J.A. (2010), "Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal", *Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 435 y sig.

la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial³⁰¹. Pues bien, se ha destacado que ninguno de los puntos de conexión mencionados coincide con los determinados en el Derecho Internacional y en el Derecho de la UE³⁰². Así, para el artículo 105 de la CNUDM, lo determinante es el pabellón del buque que consigue apresar a los presuntos piratas (con independencia de cual sea la nacionalidad de éstos y la de sus víctimas), por lo que *a priori* se atribuye la competencia para el enjuiciamiento de los piratas a los tribunales del Estado que haya realizado el apresamiento³⁰³.

En lo que respecta a la UE, la Acción Común 2008/851/PESC del Consejo establece un punto de conexión principal, al atribuir la competencia al Estado del pabellón del buque que haya realizado la captura, sea éste miembro de la UE, o un tercer Estado que, previo acuerdo con la UE, participe en la operación. También establece un punto de conexión subsidiario: en el caso en que el Estado del buque captor no pudiera o no quisiera ejercer su jurisdicción, los presuntos delincuentes y los bienes incautados podrán ser entregados a otro Estado miembro o a un tercer Estado que deseen ejercer su jurisdicción, siempre que se hayan pactado las condiciones de entrega, de manera conforme con el Derecho Internacional, y en especial, el respeto a los derechos humanos³⁰⁴. No obstante la disparidad de criterios, estos dos últimos también serían de aplicación, tanto por venir determinados por un Derecho vinculante para España, como por la salvedad expresada en el citado artículo, bajo la fórmula: “[...] sin

³⁰¹ BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.

³⁰² MARÍN CASTÁN, F. (2011). *El tratamiento jurídico de la piratería marítima...*, op. cit. pp. 13 y sig.

³⁰³ Téngase presente el tenor del artículo 105 de la CNUDM: “Todo Estado puede apresar, en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe”.

³⁰⁴ MARÍN CASTÁN, F. (2011). *El tratamiento jurídico de la piratería marítima...*, op. cit. pp. 13 y sig.

perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”³⁰⁵.

MARÍN CASTÁN enumera las diversas posibilidades de ejercicio de la jurisdicción por los tribunales españoles en casos de piratería como sigue³⁰⁶:

1. Delito de piratería cometido en aguas interiores, mar territorial o zona contigua españolas: serán competencia de los tribunales españoles, cualquiera que sea la nacionalidad del buque pirata o del buque o plataforma atacados.
2. Delito de piratería cometido a bordo de buques o aeronaves españoles. Resultarían competentes los tribunales españoles en virtud del principio de territorialidad determinado en el apartado 1 del artículo 23 de la LOPJ. Esta norma general tiene excepciones: si el delito se cometiere en alta mar o en espacio marítimo no sometido a jurisdicción de ningún Estado, tal competencia cedería a favor del Estado del pabellón del buque de guerra o aeronave militar (u otros de Estado debidamente autorizados) que hubieren realizado el apresamiento del buque pirata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la CNUDM. Si éste Estado renunciara al ejercicio de su jurisdicción, o simplemente no la ejerciera, resultarían nuevamente competentes los tribunales españoles.
3. Delito de piratería con víctimas españolas, o presuntos responsables que se encuentren en España, o se constate vínculo de conexión relevante con España. La competencia correspondería a los tribunales españoles, en virtud de lo dispuesto en el apartado 23.4 de la LOPJ. No obstante, si el delito se cometiere en alta mar o en espacio marítimo no sometido a jurisdicción de ningún Estado, tal competencia cedería, como en el caso

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ *Ibid.*

anterior. Y si no se ejerciera, serían competentes los tribunales españoles.

4. Delito de piratería en el que el apresamiento del buque pirata lo realiza un buque de guerra o aeronave militar (u otros de Estado debidamente autorizados) españoles. En este caso, aun cuando no exista ninguna vinculación con España (delito, presuntos delincuentes o víctimas), si el apresamiento se ha efectuado en alta mar o en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado, la competencia para su enjuiciamiento correspondería a los tribunales españoles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 105 de la CNUDM. Tal es, precisamente, el caso de la Operación *Atalanta*. En este caso, además, es de aplicación artículo 12 de la Acción Común 2008/851 PESC, según el cual la competencia la ostentan los tribunales del Estado del pabellón que enarbole el buque de guerra captor. No obstante, se permite que dicho Estado, si no puede o no desea ejercer su jurisdicción, pueda cederla a otro Estado miembro o a un tercer Estado que desee ejercerla, como se ha pactado, y así se ha expuesto en este trabajo, con Kenia y República de Seychelles.

Para el enjuiciamiento de los piratas en España resulta necesario, tras la modificación operada en el artículo 23.6 de la LOPJ, la querella del agraviado o del Ministerio Fiscal³⁰⁷. Para poder efectuar su labor adecuadamente, la Fiscalía de la Audiencia Nacional ha de contar con elementos probatorios suficientes y una información de primera mano de las circunstancias concurrentes en la comisión de esos delitos. En este sentido resulta inestimable el apoyo que puede prestar el buque de guerra que pueda estar próximo a la zona en la que se produzca el ataque pirata -o contra la seguridad de la navegación que después se verá-. De cara a articular adecuadamente esta colaboración, la Fiscalía

³⁰⁷ En la redacción dada al artículo 23.6 de la LOPJ por la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (*BOE* núm. 63, de 14 marzo de 2014) se señala que: "6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal".

General del Estado firmó sendos Acuerdos, uno con el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, y otro con el Jefe del Estado Mayor de la Armada, para establecer los mecanismos de cooperación entre la Fiscalía y los buques de la Armada para la persecución de los delitos de jurisdicción universal³⁰⁸. Estos Acuerdos evidencian el reconocimiento por la Fiscalía General del Estado del esencial papel de los buques de guerra como agentes del Estado en la persecución de estos delitos. Un ejemplo de aplicación de este Acuerdo será citado con posterioridad al hablar, en el capítulo correspondiente a los delitos contra la seguridad de la navegación, del incidente del buque gasero de bandera española, *Galicia Spirit* en el Mar Rojo.

Este mismo Acuerdo se empleó también en el caso de los piratas que capturamos en la Fragata *Navarra* en 2019, aunque sin que diera lugar en esa ocasión al levantamiento de atestado alguno para la Fiscalía por ser rechazada la competencia prácticamente *a limine* al recibir la *notitia criminis*. Aquí sólo después de que la Fiscalía de la Audiencia Nacional rechazara ejercer acción penal alguna contra los mismos, se iniciaron oficialmente los trámites de entrega de los detenidos a Seychelles.

³⁰⁸ El contenido esencial del Acuerdo es el siguiente: "Primero. La comunicación o informe que traslade la "notitia criminis", en cumplimiento de lo previsto en el art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), se remitirá al Fiscal en funciones de guardia de la Fiscalía de la Audiencia Nacional o al de la Fiscalía Especial Antidroga, según proceda en razón de la clase de delito investigado, el cual incoará diligencias preliminares de investigación conforme a los arts. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 773 de la LECrim.

Segundo. La dotación del buque de guerra y los medios auxiliares embarcados practicarán, bajo la Autoridad del Comandante del buque, las diligencias que estimen oportunas y cuantas les encomiende el Fiscal, remitiendo a este su resultado, así como los informes y atestados que elaboren sobre los hechos objeto de investigación al amparo de lo previsto en los arts. 287, 295 y 297 de la LECrim.

Tercero. El Fiscal, en atención a las diligencias practicadas e informes recibidos, valorará la procedencia de la interposición de querella y, cuando lo estime necesario, instará cuantas medidas de prevención o cautelares requieran resolución judicial, comunicando al Comandante del buque de guerra las resoluciones adoptadas y las actuaciones que éste deba realizar". El texto completo del Acuerdo se incluye como anexo I al final de la tesis.

Es necesario por último analizar un asunto de vital importancia, derivado de las acciones de represión de la piratería, como es el problema de la detención de los presuntos piratas por personal de la dotación de un buque español desplegado en aguas internacionales, así como su permanencia en el buque y la obligatoria puesta a disposición judicial. En este sentido, y tras el preceptivo análisis normativo, aprovecharé en la exposición mi experiencia en la detención de varios sospechosos de piratería que tuve ocasión de gestionar con ocasión de mi tercer despliegue como Asesor Jurídico de la Operación *Atalanta* a bordo de la Fragata *Navarra* el pasado 2019, con las únicas salvedades que pudieran derivarse del carácter reservado de alguna concreta actuación.

En relación a esta captura y detención, toda medida que se adopte se hará en consonancia con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución y los Acuerdos internacionales suscritos por España. En concreto, es el artículo 17 de la Constitución Española el que consagra el derecho a la libertad y la seguridad, los límites de la detención y otros derechos procesales del detenido³⁰⁹.

Resulta conveniente aquí destacar lo obvio, pues en más de alguna ocasión durante el despliegue se me han llegado a formular cuestiones relativas al alcance en esas circunstancias del despliegue en alta mar de las garantías constitucionales³¹⁰. La evidente aplicabilidad de estos preceptos está fuera de

³⁰⁹ Artículo 17: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca.

4. La Ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por la Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

³¹⁰ Huelga decir que la aplicabilidad de los derechos fundamentales de los detenidos a bordo era una cuestión que los mandos del buque y de la Operación tienen meridianamente clara, pero que en ocasiones en alguna conversación distendida con compañeros ajenos a estas

toda duda por los argumentos expuestos relativos a la naturaleza jurídica del buque, no obstante, como luego se verá, las peculiares características del buque implican necesarias matizaciones en su aplicación.

La LECrim, establece quiénes pueden realizar una detención legítima, indicando su artículo 490 que cualquier persona puede detener a quien intente cometer un delito, en el momento de cometerlo, o al delincuente *in fraganti*³¹¹, detención que resulta obligatoria si quien puede practicarla es Autoridad o agente de la Policía judicial en aplicación del artículo 492³¹².

A este respecto debe hacerse un inciso, pues sin perjuicio del carácter de Autoridad del Comandante del buque de guerra, cuando la LECrim se refiere a un agente de la Policía judicial, dicho término puede tener dos alcances, el estricto y el genérico. Así, en sentido genérico habría que acudir al artículo 283 de la LECrim³¹³, en virtud del cual el Comandante del buque y su dotación serían Policía judicial por incluirse, bien en el supuesto primero del artículo al ser el Comandante la Autoridad administrativa encargada de la persecución de algún delito en especial -en este caso piratería por la competencia dada por los tratados, pero el supuesto sería plenamente aplicable a la persecución de cuantos delitos se produjeran en alta mar-, bien en el supuesto cuarto al ser la dotación una fuerza destinada a la persecución de malhechores, -en este caso concreto piratas, pero los que puedan determinar los tratados para efectuarse

responsabilidades durante las largas horas que brinda una misión de este tipo me fueron formuladas preguntas sobre ello.

³¹¹ Artículo 490 de la LECrim: “Cualquier persona puede detener: 1. Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo. 2. Al delincuente *in fraganti* [...].”

³¹² Artículo 492 de la LECrim: “La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener: 1.^º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490 [...].”

³¹³ Artículo 283 LECrim: “Constituirán la Policía judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes:

Primero. Las Autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales. [...]

Cuarto. Los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores [...].”

en alta mar-. El sentido estricto del concepto de Policía judicial se refiere en exclusiva a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Y así se manifiesta la Instrucción 1/2008, de 7 de marzo, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía judicial³¹⁴, en concreto en sus páginas dos y tres.

Siguiendo con la LECrim, artículos 496, 497 y 520 establecen garantías añadidas a la detención. Así el artículo 496 obliga a la puesta a disposición judicial del detenido o puesta en libertad en 24 horas, si bien estos plazos del artículo 496 para la puesta a disposición judicial, se analizarán con detenimiento más adelante junto con la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, que se verá los matiza.

Pero la LECrim no termina su regulación en la puesta a disposición judicial, también fija un plazo perentorio de 72 horas para que sea elevada a prisión o finalice³¹⁵. Mas también aquí se aplica la doctrina del Tribunal Constitucional a la que luego aludiremos.

Pero los derechos del detenido no terminan en la fijación de un plazo máximo para permanecer en esa situación sino que se ramifican en una serie de garantías respecto de la lectura de derechos, la información de la razón de la detención, el derecho a guardar silencio, a la asistencia letrada, a comunicar la detención a persona de su elección, y otros más recogidos en el artículo 520 de la LECrim³¹⁶. Estos derechos, al igual que sucedía en los casos anteriores, no

³¹⁴ Vid. https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-I-2008-00001.pdf.

³¹⁵ Artículo 497 LECrim: “Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuere el propio de la causa, y la detención se hubiese hecho según lo dispuesto en los números 1, 2 y 6, y caso referente al procesado del 7 del artículo 490, y 2, 3, y 4 del artículo 492, elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado.

Lo propio, y en idéntico plazo, hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado”.

³¹⁶ Artículo 520 LECrim: “1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

están pensados para desplegarse en un buque en alta mar a varias jornadas de la costa, pero el derecho existe y ha de ser respetado. La forma en la que esto se llevará a cabo es en los términos que fijó el Tribunal Constitucional como a continuación veremos.

Resulta necesario analizar qué sucede entonces cuando por razón del lugar aislado donde se ha practicado la detención no resulta posible cumplir todas esas garantías.

La solución a estas cuestiones fue proporcionada por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 21/1997, de 10 de febrero³¹⁷, dictada al resolver el recurso de amparo interpuesto por el Capitán del buque mercante *Archangelos*, de bandera panameña, interceptado por el buque *Petrel I*, del Servicio de Vigilancia Aduanera español, el 23 de enero de 1995, en aguas internacionales del Atlántico, por sospecharse que alijaba un cargamento de drogas. Arribó a puerto,

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la Autoridad judicial.

2. Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

- a. Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.
- b. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- c. Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.
- d. Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que deseé, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.
- e. Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se; trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.
- f. Derecho a ser reconocido por el Médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas. [...]".

³¹⁷ BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1997, pp. 18 a 24.

detenido, el 6 de febrero de 1995, superándose aparentemente, con creces el plazo, máximo de detención establecido por la legislación española.

La cuestión de fondo planteada era si resultaba conforme al artículo 17 de la Constitución la actuación del Servicio de Vigilancia Aduanera al abordar el buque *Archangelos* en alta mar, proceder a su inspección, aprehender la droga y detener a las personas que integraban la tripulación del buque como presuntamente responsables de un delito de tráfico de drogas, custodiando seguidamente el buque, la carga y los detenidos hasta su llegada a puerto español, bajo el control de una dotación de presa. Todo ello ordenado y a consecuencia de las investigaciones seguidas por el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional³¹⁸.

Se declararon hechos probados en la Sentencia aludida, en síntesis los siguientes:

El 23 de enero de 1995, se procedió por parte de la dotación del buque español del Servicio de Vigilancia Aduanera *Petrel I* a la detención en aguas internacionales del Océano Atlántico, de varias personas que viajaban a bordo del buque de bandera panameña *Archangelos*. La detención fue hecha con autorización del Estado del pabellón, por orden judicial y se intervino una importante cantidad de cocaína (2.000 kgs). El siguiente 26 de enero de 1995, el Juzgado que ordenó la detención, conociendo que el buque iba a demorarse varios días en llegar a España, dictó Auto en cuyo primer fundamento jurídico se señala:

"Estando por transcurrir las setenta y dos horas primeras desde la aprehensión del barco "ARCHANGELOS" y detención de su tripulación, estamos en el caso de legalizar su situación en cumplimiento del mandato constitucional, por el que toda persona detenida debe ser puesta en libertad o a disposición judicial en el plazo de las setenta y dos horas siguientes de su detención.

³¹⁸ MARÍN CASTÁN, F. (2008), "Marco Jurídico De La Seguridad Marítima", op. cit. p. 235.

Cuando, como en el caso que nos ocupa, no resulta posible recibir declaración a los detenidos miembros de la tripulación con la necesaria asistencia de Letrado prevenida en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni es posible tampoco la puesta a presencia judicial de los legítimamente privados de libertad a causa de la distancia que media desde el lugar de la detención, es preciso valorar los indicios de criminalidad existentes respecto a tales personas.

La presencia a bordo del barco mencionado, sin que conste la dedicación de dicha embarcación a actividad lícita alguna en esta su última navegación y sí, por contrario, la recepción de un importantísimo cargamento de cocaína, colocado, además en condiciones de ser arrojado de forma rápida al agua en caso de peligro, revelan elementos incriminatorios suficientes para decretar, por ahora, la prisión provisional, comunicada y sin fianza de todos ellos.

Lo anterior no obsta para que por el Servicio de Vigilancia Aduanera se adopten las medidas de prevención necesarias para intentar impedir que los detenidos, ahora presos, mantengan conversaciones que les permitan ponerse de acuerdo respecto a sus futuras declaraciones ante este Instructor”.

Al llegar a España, los letrados de los detenidos presentaron escritos solicitando la nulidad de actuaciones que tras ser desestimados, y agotados los recursos procesales ordinarios, fueron objeto del recurso de amparo que dio lugar a esta Sentencia.

El Tribunal Constitucional estableció la siguiente doctrina sobre el caso:

El total sometimiento de las actuaciones de los agentes españoles en aguas internacionales al Derecho español. Así, el Fundamento de Derecho I.2 establece lo siguiente:

“[...] es procedente recordar aquí, de un lado, que "los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales... que al ejercer *ad intra* sus atribuciones", como se ha dicho en la Declaración de este Tribunal de 1 de julio de 1992, fundamento jurídico 4º, y ello es aplicable a las autoridades y funcionarios dependientes de dichos poderes".

En lo que respecta a la posible vulneración del plazo máximo de detención, se establece lo siguiente:

“ [...] la vulneración del derecho que el art. 17.2 C.E. garantiza sólo se producirá cuando se hayan transgredido los límites del mismo. Y al respecto basta recordar que [...] el sentido y finalidad de esta exigencia constitucional [la puesta a disposición judicial] no requiere incondicionalmente la presencia física del detenido ante el Juez -aunque ello debe constituir la forma normal, por implicar una mayor garantía del detenido-, sino que la persona privada de libertad, transcurrido el plazo de las setenta y dos horas, no continúe sujeta a las autoridades que practicaron la detención y quede bajo el control y la decisión del órgano judicial competente, garante de la libertad que el art. 17.1 reconoce”.

Como la detención fue legal, el Tribunal Constitución señaló en su Fundamento Jurídico 6 que no cabía aplicar la institución del *habeas corpus*.

La legalidad de la expresada actuación fue también confirmada por el TEDH, en su decisión sobre admisibilidad recaída en el caso *Rigopoulos v. España*³¹⁹, junto con otras que analizaremos más adelante.

³¹⁹ STEDH de fecha 12 de enero de 1999, *Rigopoulos v. España* (demanda 37388/97), ECLI:CE:ECHR:1999:0112DEC003738897.

Todos estos postulados fijados por el Tribunal Constitucional desembocaron finalmente, al menos por lo que a la puesta a disposición judicial se refiere, en una previsión específica que introdujo el Legislador en 2015 en la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre³²⁰, por la que se incluye en la LECrim un artículo 520 ter que señala que:

“A los detenidos en espacios marinos por la presunta comisión de los delitos contemplados en el artículo 23.4.d) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, les serán aplicados los derechos reconocidos en el presente capítulo en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto como sea posible, sin que pueda exceder del plazo máximo de setenta y dos horas. La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de los que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o su situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo”.

Capítulo III. EL BUQUE DE GUERRA Y LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN: EL TERRORISMO EN LA MAR.

El peligro que suponen para la seguridad de los mares los actos de piratería es claro, pero no son estos los únicos riesgos a la que se enfrenta un buque al surcar los mares. La comunidad internacional ha de responder con eficacia a todos estos riesgos que amenacen gravemente la seguridad de la navegación, y ello por el importante valor estratégico que el espacio marino tiene. La mar es la más importante vía de comunicación del comercio internacional, y un mar inseguro es un mar más caro, pues suben los costes navegar por esas aguas al

³²⁰ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

tener que dotar a los buques de medios de defensa, alterar rutas haciéndolas más largas para evitar ciertas zonas, o al aumentar el riesgo de cruzar determinados espacios aumentan los seguros. Para evitar en lo posible que esto suceda, la comunidad internacional vio la conveniencia de dotar al buque de guerra de ciertas capacidades de acción para aumentar la seguridad en la navegación.

1. Los delitos contra la seguridad de la navegación: el terrorismo en la mar.

Quedaban, según la redacción vista y estudiada del concepto de piratería de la CNUDM, fuera de esa tipología toda una serie de conductas que siendo atentatorias contra la seguridad de la navegación, no reunían los requisitos vistos para ser constitutivos del delito de piratería, pero que sí suponían una amenaza contra la navegación marítima. Podía faltar el elemento objetivo de la concurrencia de dos buques porque contra lo que se atente fuera contra las señales marítimas o se envíen falsas señales de aviso o se difunda información falsa desde tierra poniendo con estas conductas en riesgo la navegación segura del buque; o podría faltar por el contrario el elemento subjetivo propio del delito de piratería, esto es, el propósito personal, pero sí concurrir el elemento objetivo de apoderamiento de otro navío o el empleo de fuerza o violencia contra sus tripulantes, o podría tratarse de la instalación de artefactos explosivos y en general otras conductas que sin tener un específico ánimo de lucro o propósito personal, pongan en peligro la seguridad de la navegación.

Muchas de estas conductas, que luego se abordarán con mayor detalle, podrían ser genéricamente calificadas como de terrorismo marítimo o de una manera más concreta como actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. No requerirían para su existencia la intención subjetiva del autor de intentar aterrorizar a una población o a una persona o grupos de personas, sino que sería suficiente con que se genere un riesgo objetivo y real en la navegación marítima, con independencia de que su autor pretendiera o no causar terror.

Probablemente no se alude en los textos internacionales sobre la materia específicamente al término terrorismo marítimo por las complejidades tanto jurídicas como políticas de dar a este fenómeno una definición unívoca desde el punto de vista del Derecho Internacional³²¹. No todos los ordenamientos jurídicos conceptúan de igual manera el terrorismo ni lo persiguen igual, y las conductas que para algunos ordenamientos pueden ser constitutivas de esta figura criminal, para otros pueden llegar incluso a ser impunes³²².

Para llenar este vacío normativo y atender así a unas necesidades reales de la comunidad internacional, tanto en relación a actividades con finalidad terrorista, como en general a todas aquellas conductas que pongan en peligro la seguridad de la navegación marítima, se negocia y finalmente ratifica, en el seno de la OMI, el Convenio SUA.

2. El buque y la represión de los delitos contra la seguridad marítima. Especial estudio del terrorismo en la mar.

En esta tarea de lograr unos mares más seguros, el instrumento más capacitado del Estado para lograrlo es sin ningún género de dudas el buque de guerra. La mera presencia física del buque en determinados espacios, sin perjuicio de su carácter disuasorio, pierde eficacia si no viene acompañada de una fuerte capacidad de reacción cuando surja algún riesgo para esa navegación segura. Los instrumentos que doten al buque de guerra de una mayor capacidad de acción han de ser de índole jurídica, pues son también jurídicas las principales

³²¹ Así, pese a los esfuerzos de NN.UU. en este sentido, entre los que destaca especialmente la Resolución 60/288, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 8 de septiembre de 2006, que contiene la *Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo*, y los grandes avances en la materia logrados gracias a la misma, seguimos sin contar con una definición universal de terrorismo similar a la que la CNUDM da sobre la piratería marítima. vid. <https://undocs.org/A/RES/60/288>.

³²² Una misma acción en un conflicto con implicaciones políticas podrá ser calificada de terrorista o no según las afinidades políticas del observador. Pongamos un ejemplo, un combatiente en el Donbás que atentara contra una instalación militar ucraniana antes de la invasión rusa de Ucrania en febrero del 2022 podría ser considerado terrorista para las autoridades ucranianas y por lo tanto un delincuente, pero a la vez ser considerado un combatiente para las autoridades de la República Popular del Donetsk de la zona y su acción ser una mera acción de guerra y por tanto resultar penalmente impune.

limitaciones de acción (limitaciones derivadas del espacio marino donde pretenden actuar, la exigencia de autorizaciones del Estado del pabellón del buque sospechoso, etc.).

2.A.- El Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.

Este Convenio SUA se promulgó como consecuencia del secuestro del *buque Achille Lauro*, por el Frente para la Liberación de Palestina, el 7 de octubre de 1985³²³, y se articuló sobre la base de los postulados establecidos para la represión de actos ilícitos contra la navegación aérea en el Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970³²⁴, y el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971³²⁵.

Su aprobación, apenas tres años después de la aprobación de la CNUDM, es negociada en la OMI a instancias de la Asamblea General de Naciones Unidas que en la Resolución 40/61, de 9 de diciembre de 1985, urgía a esta Organización marítima a estudiar posibles medidas para luchar contra el terrorismo a bordo de buques o contra los mismos³²⁶. La respuesta de la OMI y de los diferentes Estados fue rápida y eficaz pues en apenas unos años el Convenio SUA vio la luz. Es posible que a esa rapidez ayudaran, de un lado la inercia propia de haber negociado con éxito unos años antes la CNUDM, y de otro el enorme impacto social y mediático que tuvo la crisis de los rehenes del *Achille Lauro*, generando una conciencia social contra el terrorismo internacional

³²³ Un breve pero completo análisis del tratamiento informativo de esta noticia que conmocionó al mundo podemos encontrarlo en ALESSANDRI, F. (1986). “La prensa frente al terrorismo”, *Cuadernos de Información*, (3), Pontificia Universidad Católica de Chile. pp. 57-64.

³²⁴ BOE núm. 13, de 15 de enero de 1973.

³²⁵ BOE núm. 9, de 10 de enero de 1974.

³²⁶ El punto 13 de la Resolución 40/61 de la Asamblea General, señalaba: “13. Requests the International Maritime Organization to study the problem of terrorism aboard or against ships with a view to making recommendations on appropriate measures”.

sólo igualada años después con los atentados del 11 de septiembre en Estados Unidos.

El Convenio SUA ha sido objeto de una importante reforma mediante el Protocolo de 14 de octubre de 2005, promovido por Estados Unidos tras los atentados del 11-S. El Protocolo fue firmado en Londres el 14 de octubre de 2005 y España firmó el mismo el 7 de febrero de 2007 y lo ratificó el 31 de marzo de 2008³²⁷.

Las conductas perseguidas por el Convenio SUA no son, como ahora se verá, conductas calificadas por la finalidad del sujeto activo, sino por la peligrosidad objetiva que implican en sí mismas contra la seguridad de la navegación³²⁸. Resulta así indiferente a los efectos del Convenio que el sujeto activo pretenda con su acción aterrorizar a un grupo de personas para lograr un objetivo político o tenga motivaciones religiosas, ideológicas o económicas de cualquier tipo, lo únicamente relevante es que la conducta objetivamente y por si sola suponga un peligro para la navegación segura de los buques en los términos que señala el Convenio.

Resulta igualmente indiferente para el Convenio que las conductas se realicen desde otro buque, o desde la costa, siendo este otro elemento diferenciador entre estos delitos y el de piratería marítima que, como se ha visto, exigía necesariamente la presencia de dos navíos (o aeronaves).

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio SUA, y conforme a la redacción final resultante de la modificación operada por el citado Protocolo de 2008: “1. Comete delito en el sentido del presente Convenio toda persona que ilícita e intencionadamente”. Exige así el Convenio, y más allá de prescindir de

³²⁷ BOE 170, de 14 de julio de 2010.

³²⁸ Al menos así era en su redacción original, aunque esta observación ha de ser precisada tras la reforma de 2005 donde si asume, como después se verá, la intención del autor un papel relevante en la figura delictiva ahí perseguida.

la motivación de la conducta del sujeto activo, que la misma sea, objetivamente ilícita, esto implica que la conducta no puede estar cubierta por una causa de justificación como sería una legítima defensa o un estado de necesidad. Estos conceptos, que en términos de Derecho interno son fácilmente comprensibles y asumibles, al ser empleados en contextos internacionales no se precisan en la redacción del Convenio por las distintas interpretaciones que de los mismos puedan hacerse a la vista de las culturas jurídicas de los distintos Estados Parte.

Junto con la ilicitud se exige el requisito de la intencionalidad, de tal suerte que los delitos previstos en el Convenio no pueden ser cometidos a título imprudente.

A continuación el referido artículo 3 detalla las diferentes conductas, que por su trascendencia procede analizar en detalle:

“a) se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; o”.

Se pena aquí la captura de un buque contra la voluntad de su capitán o comandante si la misma es realizada con violencia o intimidación. Quedarían fuera de este precepto los apoderamientos realizados con engaño bastante pero sin recurrir a la violencia o intimidación

“b) realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque; o”.

Se persiguen los actos de violencia contra las personas sean quienes sean estas, esto es, se protege tanto pasaje como tripulación o dotación, pero requiriendo eso sí, que dichos actos tengan objetivamente la capacidad de generar una situación de peligro para la navegación segura del buque, y como el delito no admite el tipo imprudente, el acto de violencia ha de ser doloso, pero entendemos que el peligro para la navegación derivado del acto basta con que

concurra, con independencia de que el mismo fuera o no abarcado por la intención del agresor.

“c) destruya un buque o cause daños a un buque o a su carga que puedan poner en peligro la navegación segura de ese buque; o”.

Aquí, de modo similar a las conductas contra las personas del apartado anterior, se penan los atentados contra el buque o la carga que puedan suponer también ese peligro para la navegación segura del buque. Basta con que concurra en todos estos supuestos una situación objetiva de peligro para la navegación segura del buque, sin que se exija que la misma desemboque en un accidente o en un naufragio.

“d) coloque o haga colocar en un buque, por cualquier medio, un artefacto o una sustancia que pueda destruir el buque, o causar daños al buque o a su carga que pongan o puedan poner en peligro la navegación segura del buque; o”.

En este apartado d) se contempla un delito de peligro o de riesgo en el que resulta suficiente la colocación a bordo de un artefacto susceptible de causar daños que hagan peligrar la navegación segura del buque. No exige, como hacían los apartados anteriores, que el daño se materialice, muy al contrario se pena la mera posibilidad de producción del daño por estos medios. Resulta lógico, pues de no hacer esta previsión expresa, quedaría impune la colocación de artefactos explosivos que fueran oportunamente desactivados y los que fueran detonados quedarían abarcados por los apartados anteriores, por los daños ocasionados si se puso con los mismos en peligro la navegación segura del buque.

“e) destruya o cause daños importantes en las instalaciones y servicios de navegación marítima o entorpezca gravemente su funcionamiento, si

cualquiera de tales actos puede poner en peligro la navegación segura de un buque; o”.

Se tipifican aquí los daños, sea cual sea su finalidad, que se produzcan contra los faros, las boyas de señalización, y cualesquiera otros servicios de navegación marítima³²⁹, de manera que con su actuación se genere un riesgo para la seguridad de la navegación de un buque. No se requiere por tanto ni que el ánimo del sujeto sea generar ese peligro en la navegación del buque, ni que dicho peligro generado se materialice en un daño concreto, basta con que la conducta dolosa del sujeto se dirija contra las referidas ayudas a la navegación y que se materialice en un daño contra las mismas que sí genere un peligro real, aunque sea genérico, contra la navegación de un buque.

“f) difunda información a sabiendas esa persona de que es falsa, poniendo en peligro la navegación segura de un buque”.

Este apartado sí establece como necesaria la generación deliberada de un peligro concreto por medio de avisos falsos, para entender que la conducta del sujeto activo es merecedora de reproche penal. Se refiere a conductas como lanzar un falso aviso de SOS que haga acudir a buques próximos en auxilio del buque que lo lanza si con eso se les hace adentrarse en una zona de peligro, igualmente entrarían dentro esta conducta los pirateos informáticos que alteraran las señales de geoposicionamiento marítimo, haciendo con ello que el buque en cuestión crea estar en una posición que no es la correcta, con el consiguiente riesgo de colisión.

“[...] También comete delito toda persona que amenace con cometer, formulando o no una condición, de conformidad con lo dispuesto en la

³²⁹ La Asociación Internacional de Ayudas a la Navegación Marítima y Autoridades de Faros (IALA) publica periódicamente la NAVGUIDE, que si bien no tiene carácter oficial, es la publicación de referencia en la materia Vid. <https://www.puertos.es/es-es/Paginas/IALA-.aspx>

legislación interna, con ánimo de obligar a una persona física o jurídica a ejecutar un acto o a abstenerse de ejecutarlo, cualquiera de los delitos enunciados en los párrafos 1 b), 1 c) y 1 e), si la amenaza puede poner en peligro la navegación segura del buque de que se trate”.

La mera amenaza, de realización de actos de violencia contra las personas, contra el buque o su carga o la colocación de explosivos también están expresamente penados.

En tanto que el origen de esta tipificación fue la intención de perseguir acciones terroristas, MARÍN CASTÁN afirma que la redacción de los tipos penales del Convenio SUA y la piratería de la CNUDM, tienden a confundirse, si bien la identidad no es plena, ya que el delito de piratería exige el dolo específico de ser realizados con un propósito personal, mientras que los delitos del Convenio SUA no exigen más dolo que el genérico de realizarse intencionadamente³³⁰. Esto lleva a que un ataque pirata pudiera también entrar en el tipo de un delito del Convenio SUA, pero un ataque terrorista en la mar perseguido por el Convenio no pudiera ser calificado de piratería por faltar ese dolo específico del propósito personal. En definitiva, la piratería está cubierta tanto por la CNUDM como por el Convenio SUA, pero no así las restantes conductas contra la seguridad de la navegación que solo se persiguen en el Convenio SUA. Concluye MARÍN CASTÁN señalando como más acertado el recurso al dolo genérico que efectúa el Convenio SUA por la dificultad de indagar en los propósitos últimos perseguidos por el delincuente.

Puede traerse a este respecto un ejemplo práctico que tuve ocasión de vivir personalmente y que evidencia la complejidad de la distinción entre terrorismo en la mar del Convenio SUA y ataque pirata. En octubre de 2016, el buque gasero *Galicia Spirit*, de pabellón español, sufrió un ataque con lanzacohetes

³³⁰ MARÍN CASTÁN, F. (2013), “La piratería como crimen internacional”, *op. cit.* p. 133.

desde una embarcación ligera procedente probablemente de las costas de Yemen cuando cruzaba el estrecho de Bab al-Mandah, al sur del Mar Rojo³³¹.

Tan pronto se reportó el ataque, se activó el Acuerdo de la Fiscalía General del Estado con el Estado Mayor de la Defensa, y se envió un equipo de investigación con la finalidad de recoger evidencias del ataque y redactar un atestado para la Fiscalía de la Audiencia. El equipo estaba dirigido por un Oficial de la Armada, y en el mismo nos integrábamos, un Subdirector General de la Dirección General de la Marina Mercante, dos técnicos en desactivación de explosivos y recogida de evidencias de la Armada y yo como Asesor Jurídico y redactor principal del atestado.

En pocas horas llegamos a Egipto donde nos recogió la Fragata *Santa María* y nos aproximó al buque atacado. Una vez a bordo se inició la recogida de evidencias por los técnicos y comencé a tomar declaración a los testigos del ataque. Finalmente se pudo concluir que el buque fue atacado por un grupo de personas con fusiles de asalto y al menos un lanzacohetes (RPG) desde una embarcación ligera que, por razones desconocidas, explotó antes de poder causar daños de consideración al buque gasero. No obstante, la explosión de la embarcación atacante ocasionó ciertos daños a bordo del *Galicia Spirit*, y la detención momentánea de los motores del buque, que afortunadamente duró solo unos minutos, sin llegar este a detener totalmente -lo que le hubiera expuesto a un gran riesgo-. Igualmente restos de la embarcación atacante y de sus propios tripulantes acabaron a bordo del buque gasero y fueron recogidos, catalogados y trasladados a España junto con el atestado.

No entraremos en detalle en los daños o en el *modus operandi* de los asaltantes, simplemente ponemos aquí de relieve que de la investigación no pudo concluirse

³³¹ Puede verse en el siguiente enlace una noticia de prensa que, con alguna imprecisión y algún dato inexacto, muestra cómo fue el ataque y la trascendencia que el mismo tuvo en España. Vid. https://www.lavozdegalicia.es/noticia/somosmar/2016/10/29/atacan-lanzagranadas-gasero-gallegos-bordo-yemen/0003_201610G29P35991.htm

la finalidad del asalto, de tal suerte que el ataque no pudo catalogarse de ataque pirata pues se ignoraba si concurría el requisito del propósito personal en los asaltantes, pero en cualquier caso sí era un delito previsto en el Convenio SUA, dado que el mismo sólo requiere la existencia de un ataque, sin introducir ningún elemento volitivo en las conductas que prohíbe.

2.B.- El Protocolo relativo al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.

Los atentados contra las Torres Gemelas aquel fatídico 11 de septiembre de 2001 cambiaron el mundo a múltiples niveles. Uno de esos cambios lo supuso la mayor concienciación a nivel internacional de la necesidad de luchar contra el terrorismo internacional en todas su formas, incluyendo por tanto el terrorismo marítimo, motivo por el cual se operó una modificación, que no es sino una ampliación de los tipos penales, del Convenio SUA de 1988 para afrontar de una manera más completa la lucha contra el delito de terrorismo. Así, a los tipos descritos hasta ahora, han de sumarse los correspondientes a la modificación operada por el Protocolo de 2005, ratificado por España en el 2008. En el mismo también se tipifican como delitos (artículos 3 bis, 3 ter y 3 quater) el uso del buque como plataforma de un arma, sistema de armas, es decir, como un arma en sí, así como el transporte de material nuclear, biológico o químico (NBQ), de personas implicadas en cualquiera de las categorías de delitos citadas, así como la tentativa y la coparticipación en la comisión de las conductas delictivas descritas³³².

La modificación de 2005 es importante, y extiende considerablemente el alcance del Convenio SUA, pues este ya no se limita a proteger la navegación segura del buque, si no que pasa a perseguir otras conductas que siendo altamente peligrosas de por sí, no están necesariamente relacionadas con esa navegación

³³² Vid. Instrumento de ratificación del Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005, BOE núm. 170, de 14 de julio de 2010: Artículos 3 bis, ter y quater.

segura. Portar por ejemplo un *software* destinado a ser empleado en un arma nuclear es una conducta altamente peligrosa, sí, pero que en nada hace peligrar la navegación segura del buque. En definitiva, la modificación operada por el Protocolo de 2005 extiende considerablemente la finalidad del Convenio SUA a su lucha explícita contra el terrorismo, extendiendo con creces las pretensiones iniciales del Convenio de garantizar la navegación segura.

Según BARRADA, algunas –no todas– de estas nuevas conductas tipificadas como delito por el Protocolo de 2005, sí exigen una determinada intención en sus autores: así, los hechos descritos en los cuatro apartados del art. 3 bis.1.a) serán constitutivos de delito: “[...] cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un Gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”³³³.

3. Los delitos contra la seguridad marítima en el Derecho español: tipificación, jurisdicción y detención.

Las conductas típicas definidas en los artículos vistos del Convenio SUA no pueden ser consideradas *per se* tipos penales autónomos o integrales, dado que requieren su traslación al Derecho interno para poder ser castigadas, de forma similar a lo que sucede con el delito de piratería de la CNUDM anteriormente estudiado.

En este sentido nuestro Legislador optó para las conductas contra la seguridad de la navegación por una solución bastante eficaz, como es configurar bajo la rúbrica de piratería un tipo penal que contuviera, tanto el delito tradicional de piratería, como al menos una parte de las conductas típicas descritas en el Convenio SUA. Se trata del ya expuesto artículo 616 ter del Código Penal:

³³³ MARÍN CASTÁN, F. (2013), “La piratería como crimen internacional”, *op. cit.*, p. 132; y BARRADA FERREIRÓS, A. (2012), “Sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Alakrana”, *op. cit.*, p. 13.

“El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años.

En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos”.

El Legislador hizo una descripción típica que obviaba en sus postulados cualquier alusión a la intención del sujeto activo, resultando indiferente que le moviera un propósito personal, tuviera una finalidad política o pretendiera con su actuar aterrorizar a una población u obligar a un Gobierno o a una Organización internacional a hacer o no hacer algo. Basta simplemente con que atente contra los buques o contra las personas a bordo de ellos.

Por su parte, la colocación de explosivos del artículo 3.1.d) del Convenio podría ser fácilmente reconducida en nuestro Derecho interno al artículo 574.1 del Código Penal³³⁴.

El delito del artículo 3.1.e) del Convenio SUA de destruir o dañar las instalaciones o servicios de la navegación podrían suponer un delito agravado de daños, previsto y penado en el artículo 263 del Código Penal³³⁵.

³³⁴ Artículo 574.1: “1. El depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, serán castigados con la pena de prisión de ocho a quince años cuando los hechos se cometan con cualquiera de las finalidades expresadas en el apartado 1 del artículo 573”.

³³⁵ Artículo 263: “1. El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño.

Si la cuantía del daño causado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

2. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el apartado anterior, si concurriere alguno de los supuestos siguientes: [...]

La difusión de información falsa del apartado 3.1.f) que ponga en peligro la navegación segura de un buque es, sin duda, la conducta de más difícil reconducción a nuestro Derecho interno de las previstas en el Convenio SUA. Sin perjuicio de que en su comisión se llevara a cabo algún otro delito de los previstos, su encaje sancionador se encuentra en vía disciplinaria, concretamente como falta grave o muy grave de las previstas en los artículos 115 y 116 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

La conducta del artículo 3.2 tendría una clara reconducción al delito de amenazas de los artículos 169 y siguientes del Código Penal.

Finalmente, las conductas del artículo 3 bis, en lo que a las sustancias tóxicas o radiactivas se refiere, podríamos encajarlas, sin perjuicio de una calificación más ajustada en función de las concretas circunstancias en las que se haya producido la conducta típica, bien en los delitos de riesgo catastrófico del Capítulo I del Título XVI del Código Penal³³⁶, bien en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente o relativos a la flora y la fauna de los artículos 325 y siguientes del Código Penal.

Sea como fuere, estas reconducciones expuestas no son más que impresiones generales y que ante el caso concreto habrá que ver qué solución penal da el órgano judicial correspondiente, la cual no necesariamente ha de coincidir con el parecer aquí expuesto.

Resulta relevante determinar el alcance de la jurisdicción española para juzgar estos delitos cometidos en la mar. Partiendo de la premisa de que la persecución

4.^º Que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal. [...]

6.^º Se hayan ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales".

³³⁶ Artículos 341 y ss. del Código Penal.

de estas conductas no resulta universal, como lo era la persecución de la piratería, pues su asiento normativo no está en una norma de *ius cogens* como es la CNUDM, sino en el Convenio SUA que tiene un alcance más limitado. Hecha esta advertencia, pasemos a analizar el tenor del artículo 23.4 de la LOPJ relativa a la extensión de la jurisdicción española, buscando dónde pueden encajar estas conductas, aunque anticipamos ya que el Legislador ha sido en esta ocasión bastante claro.

En el citado artículo 23.4 de la LOPJ señala que:

“4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:
[...]

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte”.

Toda vez que las conductas tipificadas en el Convenio SUA tienen todas ellas un claro encaje en alguno de los tipos penales arriba expuestos, podríamos entender que la jurisdicción española tiene la posibilidad de, con idénticas restricciones a las estudiadas más arriba al abordar la piratería, extender su competencia penal a estas conductas. Esta fácil solución para este caso viene motivada por lo claro que es el Convenio SUA al contener específicamente los tipos penales que combate, y lo acertado que ha sido el legislador patrio al incluir todas y cada una de esas conductas en algún precepto del Código Penal.

Por supuesto, también se aplican a estos delitos, y para cumplir el requisito procesal de la querella del Ministerio Fiscal para su persecución en España, los Acuerdos de la Fiscalía General del Estado con la Armada y el EMAD relativos a la Actuación de los buques de la Armada ante los delitos de persecución universal. Estos Acuerdos ya han sido estudiados en el capítulo correspondiente a la piratería.

Capítulo IV. EL BUQUE DE GUERRA Y EL TRAFICO ILEGAL DE SERES HUMANOS.

En ocasiones, la conducta contra la que tiene que luchar el buque de guerra no resulta peligrosa para la navegación de otros buques como lo era la piratería o las conductas penadas en el Convenio SUA y sus Protocolos, sino que lo que la hace peligrosa es el tipo de mercancía que se transporta, y que hace necesaria una eficaz respuesta de los Estados contra su tráfico en la mar.

1. Aproximación desde el Derecho Internacional al tráfico ilegal de seres humanos: de la esclavitud al tráfico de migrantes por mar.

La mar es la más importante vía de comunicación, por ella, desde que el ser humano empezó a dominar la navegación, se ha desarrollado un importante comercio marítimo. El volumen de mercancías transportadas por este medio supera el 80% de todo el comercio mundial³³⁷, sin que apenas quede ninguna categoría de productos que no sea trasladada por vía marítima.

Lamentablemente, ni en la antigüedad, ni en la actualidad, ese comercio marítimo ha sido siempre de curso legal. La mar, como vía de comunicación, ha sido empleada para el comercio de todo tipo de mercancías, incluidos los seres

³³⁷ Porcentaje señalado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en su *Informe del Comercio Marítimo de 2022*, p. 19. Vid. https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2022overview_es.pdf

humanos, en muchas ocasiones contra su voluntad o aprovechándose de su situación de desamparo.

Se pueden distinguir tres fenómenos diferenciados: la esclavitud, el tráfico de seres humanos y el tráfico ilegal de migrantes. Se efectuará en las páginas siguientes un análisis individualizado de cada uno de ellos desde el plano del Derecho Internacional y en especial el Derecho Marítimo, para posteriormente ver conjuntamente el tratamiento penal que nuestro Derecho interno da a estos fenómenos.

1.A. El concepto de esclavitud.

Huelgan pronunciamientos aquí sobre el origen de la práctica esclavista, pues esta es prácticamente tan antigua como la humanidad. Sorprende, no obstante al aproximarse a la historia de esta figura jurídica, ver cómo es necesario esperar hasta 1792 para que la misma sea por primera vez abolida oficialmente en un ordenamiento jurídico, se trata del caso de Dinamarca³³⁸, cuyo ejemplo es rápidamente seguido por la Francia revolucionaria cuando en 1794, si bien forzada en parte por la reciente Revolución haitiana, se suma a esta abolición³³⁹. Así sucede paulatinamente con todos los países hasta llegar finalmente a Mauritania, último país en abolirla, lo que hace definitivamente en 1980³⁴⁰. En el caso español, este proceso abolicionista, que resultó especialmente tardío si lo comparamos con los países de nuestro entorno, dio lugar a una de las páginas

³³⁸ Bien es cierto que Dinamarca abolió la trata, pero no la posesión de esclavos. Vid. DIÈNE DOUDOU (2001), *De la cadena al vínculo: una visión de la trata de esclavos*, Ediciones UNESCO, París, p. 226.

³³⁹ DI TELLA, T. S. (1984), *La rebelión de esclavos de Haití*, Instituto de Desarrollo Económico y Social, Buenos Aires, p. 76.

³⁴⁰ DIÈNE DOUDOU (2001), *De la cadena al vínculo...*, op. cit., p. 490.

más brillantes de nuestro parlamentarismo³⁴¹, destacando por encima de todos los protagonistas patrios Emilio Castelar³⁴².

Desde el plano internacional, múltiples han sido los Convenios, primero bilaterales y luego multilaterales que llevan a la actual abolición internacional de esta figura, tanto en su forma de trata de esclavos, como de esclavitud en sí. Los dos principales de carácter universal son el Convenio relativo a la esclavitud, firmado en Ginebra el 25 de septiembre de 1926³⁴³, elaborado en el seno de la Sociedad de Naciones en el periodo del entreguerras, y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, firmada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956³⁴⁴, auspiciada por NN.UU.

No es objeto del presente estudio el análisis de la institución jurídica de la esclavitud, ni la compleja y apasionante historia de su abolición en general, sino su regulación internacional exclusivamente en lo concerniente al Derecho Marítimo, tanto para el fenómeno esclavista, como para tráfico de esclavos, el de personas y el de migrantes por mar. Pero es necesario poner de relieve la dificultad intrínseca de deslindar la figura de la esclavitud de otras afines, y para intentarlo se analizarán, siquiera someramente, los principales textos internacionales relativos a la abolición de la esclavitud y los principales pronunciamientos de tribunales internacionales sobre la materia.

El ya aludido Convenio sobre esclavitud, firmado en Ginebra en 1926, entró en vigor el 7 de julio de 1955. En su parte expositiva, se señala que:

³⁴¹ Resulta interesante en este sentido el compendio efectuado en GALVÁN, E. (2014), *La abolición de la esclavitud en España. Debates Parlamentarios 1810-1886*, Dykinson, Madrid.

³⁴² CASTELAR, E. (1873), *Discurso pronunciado por d. Emilio Castelar en las Cámaras españolas el 21 de diciembre de 1872 al presentar al Gobierno la ley para la abolición de la esclavitud en las colonias españolas*, México, Biblioteca de El Eco de Ambos Mundos.

³⁴³ Vid. *Gaceta de Madrid* núm. 356, de 22 de diciembre de 1927.

³⁴⁴ Vid. *BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1967.

“Deseando [...] hallar la manera de poner en práctica, en todo el mundo, las intenciones expresadas, en lo que se refiere a la trata de esclavos y a la esclavitud, por los signatarios de la Convención de Saint-Germain-en-Laye, y reconociendo que es necesario celebrar con tal fin arreglos más detallados que los que contiene dicha Convención; Estimando, por lo demás, que es necesario impedir que el trabajo forzado llegue a constituir una situación análoga a la esclavitud”.

Su artículo 1 define la esclavitud como: “[...] el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercen los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.

En su artículo 2, las Partes adquieren el compromiso de prevenir y suprimir la trata de esclavos y llevar a cabo, progresivamente en el plazo más breve posible, la completa abolición de la esclavitud en cualquiera de sus formas.

El artículo 5 hace referencia al trabajo obligado o forzoso y establece, entre otras cuestiones el compromiso de las Partes de tomar medidas para que en los territorios que de ellas dependan no se realicen estas prácticas que pueden conducir a situaciones análogas a las de la esclavitud.

El artículo 6 obliga a los Estados cuyas leyes no contemplen de forma adecuada el castigo a los delitos relacionados con la esclavitud, a adoptar las medidas necesarias para que puedan imponerse castigos severos con relación a ese tipo de infracciones.

Resulta relevante a la hora de analizar los límites de la esclavitud la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Así, en relación a lo difuso de los límites de los delitos relacionados contra la esclavitud, resulta muy esclarecedora su Sentencia IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, en el caso contra *Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic* de

2001³⁴⁵, por contener la primera resolución relativa a la calificación como crimen contra la humanidad de la reducción a la esclavitud con fines de explotación sexual.

El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia estableció claramente que el concepto tradicional de esclavitud del Convenio de 1926 ha evolucionado para englobar nuevas manifestaciones más sutiles de la misma que, sin llegar a considerar al esclavo como un bien mueble, si le hacen padecer ciertas manifestaciones propias del derecho de propiedad.

El Tribunal concluyó en el párrafo 543 de la Sentencia que:

“[...] la cuestión de si una situación concreta constituye una forma de reducción a la esclavitud dependerá de la existencia de factores o de elementos [que] comprenden “el control de movimientos de un individuo, el control de su entorno físico, el control psicológico, las medidas adoptadas para impedir o desalentar cualquier tentativa de huida, el recurso a la fuerza, las amenazas de recurrir a la fuerza o la coacción, la duración, la reivindicación de derechos exclusivos, el trato cruel y el abuso, el control de la sexualidad y el trabajo forzado”. En consecuencia, no es posible enumerar de forma exhaustiva todas las formas contemporáneas de esclavitud incluidas en la noción ampliada del término”.

Establece así el Tribunal el criterio de que para determinar si concurre o no esclavitud, no hay que analizar la existencia de un título de propiedad sobre una persona, sino la situación concreta a la que se ve sometida, estableciendo los indicadores vistos como ejemplos de elementos a analizar para poder establecer si en una situación concreta existe o no esclavitud.

³⁴⁵ Vid. Sentencia de 22 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic* (Trial Judgement), IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>.

Sobre este asunto también se pronuncia el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁴⁶, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, y que establece que esclavitud conforme el artículo 7.1 c): “[...] significa el ejercicio de cualquiera o de todos los atributos vinculados al derecho de propiedad sobre una persona e incluye el ejercicio de dicho poder en el curso del tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

Han de traerse a colación también las situaciones asimiladas a la esclavitud, que son enunciadas y combatidas en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, firmada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956, y que consisten en la servidumbre por deudas; la servidumbre de la gleba; lo que podría denominarse como venta de esposa, bien porque es entregada para matrimonio a cambio de dote, bien porque se cede a la propia esposa a título oneroso, bien porque sea considerada parte de la herencia al fallecimiento del esposo; y la entrega de menores para explotación³⁴⁷.

1.B. La trata de personas.

Respecto de la trata de personas, el primer instrumento internacional que buscaba luchar contra la trata de seres humanos fue adoptado en 1904. Se trata del Acuerdo Internacional encaminado a asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal conocido bajo el nombre de trata de blancas³⁴⁸. A este le siguió

³⁴⁶ Vid. Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, *BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

³⁴⁷ Estas conductas se detallan en el artículo 1 de la Convención, vid. *BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1967.

³⁴⁸ Vid. Arreglo internacional administrativo para la represión de la trata de blancas, firmado en París el 18 de Abril de 1904, declaración al mismo firmada en igual fecha, acta de adhesión del Imperio austro-húngaro a los antedichos acuerdos y acta de depósito de los mismos; estas dos últimas actas firmadas en París en 18 de Enero de 1905, *Gaceta de Madrid* núm. 62, de 03 de marzo de 1905, con enmienda de errores en *Gaceta de Madrid* núm. 76, de 17 de marzo de 1905.

en 1910 el Convenio internacional relativo a la represión de la trata de blancas³⁴⁹. A continuación, en 1921, la Sociedad de Naciones aprobó un Convenio para la supresión de la trata de mujeres y de niños³⁵⁰, cuyas disposiciones fueron confirmadas con posterioridad en el Convenio Internacional de 1933 relativo a la represión de la trata de mujeres mayores³⁵¹. También se aprobó el Convenio de 1950 para la represión de la trata de seres humanos y de la explotación de la prostitución de terceros, estos instrumentos se adoptaron y abrieron a la participación de los Estados bajo los auspicios de NN.UU.³⁵². Se aprecia por tanto como los avances normativos a nivel internacional en la represión de estas conductas han sido imparables desde principios del siglo pasado³⁵³.

Pese a la relevancia de los Acuerdos anteriores por iniciadores de la reacción internacional frente al fenómeno de la trata de blancas, el principal instrumento internacional para combatir esta figura es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación con respecto a las mujeres que fue adoptado el 18 de diciembre de 1979 en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas³⁵⁴.

El artículo 6 de la Convención establece que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.

³⁴⁹ Vid. Convenio internacional relativo á la represión de la Trata de blancas, *Gaceta de Madrid*, núm. 262, de 18 de septiembre de 1912.

³⁵⁰ Vid. Protocolo de adhesión de España al Convenio Internacional de Ginebra de 1921, para la represión de la trata de mujeres y niños, *Gaceta de Madrid* núm. 157, de 05 de junio de 1924.

³⁵¹ Vid. Decreto autorizando al Ministro de este Departamento para que presente a las Cortes un proyecto de ley aprobando, a los efectos de su ratificación por España y con exclusión de la Zona del Protectorado de España en Marruecos y Colonias españolas, el Convenio Internacional relativo a la represión de la trata de mujeres mayores, firmado en Ginebra el 11 de Octubre de 1933, *Gaceta de Madrid* núm. 180, de 28 de junio de 1936.

³⁵² Vid. Adhesión de España al Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950, *BOE* núm. 230, de 25 de septiembre de 1962.

³⁵³ Un completo estudio de esta evolución normativa puede encontrarse en la STEDH de 7 de enero de 2010, *Rantsev v Chipre and Rusia* (Application nº 25965/04) (ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504).

³⁵⁴ *BOE* núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

El más reciente Acuerdo internacional sobre la materia, y el que mayor impacto ha tenido en la lucha contra esta práctica de la trata de personas es el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000³⁵⁵, que es uno de los Protocolos de Palermo. Dicho Protocolo define la trata como:

“a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Así, para poder hablar de trata, debe estar presente la conjunción de los siguientes elementos: la acción del tratante que es la captación; el medio para lograrlo que es la amenaza o coacción; y el fin de la conducta que es la explotación. Si se estuviera en el caso de menores no sería necesaria la presencia del traslado³⁵⁶. Esta trata abarca por tanto la trata de esclavos pero no se agota ahí, pues se extiende, como mínimo, tal y como reza el precepto transscrito, a la trata de blancas y los trabajos o servicios forzados, que son prácticas análogas a la esclavitud pero no esclavitud propiamente dicha. Dentro

³⁵⁵ BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

³⁵⁶ Art. 3 Protocolo contra la Trata: “[...] c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”.

de las medidas previstas en este Protocolo, llama la atención cómo se obvia cualquier referencia al ejercicio del derecho de visita por parte de los buques de Estado, a diferencia de lo que sucede en el caso del Protocolo de Palermo relativo al tráfico ilegal de migrantes y que después se verá.

Si bien los citados son los principales textos internacionales que regulan este fenómeno de la trata de seres humanos, no son los únicos, pues es un tema que genera una importante preocupación en la comunidad internacional. Buen ejemplo de esta preocupación son las medidas adoptadas en el seno de la UE³⁵⁷ y del Consejo de Europa, donde además de aprobarse el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres 16 de mayo de 2005, se han aprobado una serie de Recomendaciones, tanto por el Comité de Ministros³⁵⁸ como por la Asamblea Parlamentaria³⁵⁹.

³⁵⁷ Destacan en este sentido las siguientes acciones de la UE para combatir la trata de seres humanos: El Consejo de la Unión Europea adoptó una Decisión Marco para la lucha contra de la trata de seres humanos (Decisión Marco 2002/629/JHA del Consejo, de 19 Julio 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. DOUE L 203, de 1 de agosto de 2002). Esta disposición proporciona medidas conducentes a asegurar una aproximación de la ley penal de todos los Estados miembros en lo que respecta a la definición de los delitos, los castigos, la jurisdicción y persecución, la protección y la asistencia a las víctimas.

En 2005, el Consejo adoptó un Plan de Acción sobre mejores prácticas, estándares y procedimientos para combatir y prevenir la trata de seres humanos (DOUE C 311/1 de 9 de diciembre de 2005). El Plan de Acción propone los pasos que deben dar los Estados Miembros, la Comisión y otros cuerpos de la UE con respecto a la coordinación de la actuación de la UE, alcance del problema, prevención de la trata, reducción de la demanda, investigación y persecución de la trata, protección y apoyo a las víctimas de la trata, devolución y reintegración así como relaciones exteriores.

³⁵⁸ Recomendación núm. R (2000) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre actuaciones en contra de la trata de seres humanos con objeto de explotación sexual; Recomendación Rec. (2001) 15 del Comité de Ministros a los Estados miembros para la protección de los niños contra la explotación sexual; y Recomendación Rec. (2002) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros para la protección de las mujeres en contra de la violencia. Estos textos proponen una estrategia pan-europea que armonice definiciones, medidas generales, un marco metodológico y de acción, la prevención, la asistencia a víctimas y la protección, medidas penales, cooperación judicial y acuerdos de cooperación y coordinación internacional.

³⁵⁹ Recomendación 1325 (1997) sobre el tráfico de mujeres y prostitución forzosa en el Consejo de Europa de los Estados Miembros; Recomendación 1450 (2000) sobre violencia contra la mujer en Europa; Recomendación 1523 (2001) sobre esclavitud doméstica; Recomendación 1526 (2001) sobre la campaña en contra de la trata de menores para poner fin a la ruta del este de Europa: el ejemplo de Moldavia; Recomendación 1545 (2002) sobre la campaña en contra del tráfico de mujeres; Recomendación 1610 (2003) sobre la migración relacionada con la trata de mujeres y prostitución; y Recomendación 1663 (2004) sobre esclavitud doméstica: servicio, *au pairs*, y “novias por correo”.

1.C. El tráfico de migrantes.

El siguiente fenómeno objeto de estudio es el tráfico ilegal de migrantes. La diferencia fundamental con la trata reside en que el tráfico ilícito de migrantes consiste en el traslado ilegal y facilitado a través de una frontera internacional con fines económicos, pero el beneficio económico se busca en el traslado en sí y no en una futura explotación como en el caso de la trata. Ello con independencia de que en el modo de ejecutarse este tráfico pueda haber cierto grado de engaño o trato abusivo sobre los migrantes. Su regulación internacional la hayamos fundamentalmente en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, hecho en Palermo el 13 de diciembre de 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000³⁶⁰. Por la importancia de este Protocolo y por contener importantes previsiones propias del Derecho Marítimo al regular el Derecho de visita, se estudiará con detenimiento más adelante.

2. El buque de guerra y el tráfico de seres humanos.

2.A. La Convención de Naciones Unidas del Derecho de Mar.

Ni la Convención sobre la alta mar, ni la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, hechas en Ginebra el 29 de abril de 1958, precedentes más relevantes de la actual CNUDM, aluden al asunto de la esclavitud. La explicación a esta omisión se encuentra en la finalidad limitada de dichas Convenciones, que no pretendían dar una respuesta general a todos los problemas planteados en la mar, sino simplemente atajar determinadas situaciones que podían desatar tensiones fronterizas entre países marítimamente limítrofes.

³⁶⁰ BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2003.

La CNUDM, con una vocación mucho más universal, no solo en su ámbito de aplicación, sino también en su contenido³⁶¹, sí aborda en dos artículos, breves pero claros y resolutivos por todo lo que implican, la cuestión esclavista.

El primero de estos artículos es el 99 que señala, bajo la rúbrica de prohibición del comercio de esclavos, que:

“Todo Estado tomará medidas eficaces para impedir y castigar el transporte de esclavos en buques autorizados para enarbolar su pabellón y para impedir que con ese propósito se use ilegalmente su pabellón. Todo esclavo que se refugie en un buque, sea cual fuere su pabellón, quedará libre ipso facto”.

Este breve artículo es, como se decía, resolutivo. Y lo es porque, tras el genérico llamamiento a los diferentes Estados, tan habitual en el articulado de la Convención, para que se persiga y castigue el transporte de esclavos en los buques de su pabellón, va más allá y libera, automáticamente, a cualquier esclavo que suba a bordo de un barco, con independencia del pabellón de este. Es claramente una injerencia en el Derecho interno de todos los países, pues no es un simple llamamiento a la acción que los Estados integrarán en su Derecho interno como consideren oportuno, resulta un precepto directamente aplicable, cuestión que presenta mayor relevancia aun si tenemos en cuenta el carácter universal de la citada Convención.

Puede atribuirse este carácter tan resuelto de la Convención en este aspecto al unánime consenso internacional en la prohibición de la esclavitud, aunque conviene tener presente que, como ya antes se ha expuesto, esta situación internacional es relativamente reciente pues Mauritania, último país esclavista,

³⁶¹ El propio Preámbulo de la CNUDM señala que: “Los Estados Partes en esta Convención, inspirados por el deseo de solucionar con espíritu de comprensión y cooperación mutuas todas las cuestiones relativas al derecho del mar”.

la abolió formalmente de su ordenamiento jurídico apenas dos años antes de la celebración de la Convención³⁶².

El segundo artículo de la CNUDM que alude a la esclavitud es el 110 relativo al derecho de visita. El mismo habilita al buque de guerra a ejercer este derecho, con independencia del pabellón del buque visitado, si hay fundadas sospechas de que el mismo sea utilizado para la trata de esclavos. El establecimiento de la sospecha de trata de esclavos como elemento habilitante para el ejercicio automático del derecho de visita, esto es, sin autorización del Estado del Pabellón es, sin lugar a dudas, una de las mayores manifestaciones de la contundencia con que la comunidad internacional ha reaccionado en la lucha contra la esclavitud. Y es que así, con las fundadas sospechas de que el buque se dedica a estas actividades ilícitas, el buque de guerra puede proceder a intervenir en un buque de otro Estado aun sin autorización del Estado del pabellón, con la intromisión que esto implica en un espacio sometido a su jurisdicción. Y en el caso de que las fundadas sospechas de la comisión del ilícito internacional previsto en el artículo 110 no llegasen a probarse pese al ejercicio del derecho de visita, solo existe obligación de reparación por los daños y perjuicios sufridos³⁶³. Este sistema de autorización del derecho de visita sin autorización previa del Estado del pabellón es la excepción a la regla general. Y es que el artículo 110 de la CNUDM señala que con carácter general, y salvo que así se habilite en un tratado o sea alguno de los supuestos allí enumerados, no existe derecho de visita sin la autorización previa del Estado del pabellón.

En cualquier caso el artículo 99 combate la esclavitud en si, al establecer un sistema universal de manumisión del esclavo, mientras que el 110 combate la trata de esclavos, facilitando su persecución y con ello su castigo. Al conferir un derecho de visita y registro sobre los buques sospechosos de dedicarse al

³⁶² Mauritania ratificó la CNUDM en 1996, Vid. listado cronológico de ratificaciones en: https://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm.

³⁶³ Art. 110.3 CNUDM: “3. Si las sospechas no resultan fundadas, y siempre que el buque visitado no haya cometido ningún acto que las justifique, dicho buque será indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido”.

comercio de esclavos, aun sin autorización del Estado del pabellón, equipara la esclavitud a la piratería, a las transmisiones no autorizadas o a los buques apátridas.

Pero el buque no solo se puede utilizar para el comercio de esclavos, este puede ser el destino final del sujeto privado de libertad. Esta situación, que puede parecernos tan lejana y propia de ficciones o novelas de terror, se da en la realidad del mundo actual en determinadas zonas del sudeste asiático. Allí pueden encontrarse personas forzadas a trabajar a bordo de buques pesqueros o mercantes³⁶⁴. Curiosamente, esta situación podría resultar algo más difusa, pues jurídicamente debe entenderse que son hombres libres dado que al haber subido a bordo, su situación jurídica no puede ser otra por ministerio del artículo 99 de la CNUDM. Por otro lado, tampoco puede decirse que sean buques que, pese a contar a bordo con personas en situación de esclavitud o asimilada, se dediquen a la trata, pues los buques no comercian con esclavos, aunque los empleen. No obstante lo anterior, si un buque de guerra se encontrara en el ejercicio de sus funciones con personal en esta situación, y al ignorar el destino último del personal retenido, podría reportar la situación a las Autoridades del Estado del pabellón para que, conforme a su legislación interna, adoptaran las medidas a que hubiera lugar en Derecho y que deberían ser la persecución de estas conductas conforme al artículo 99 de la CNUDM. Esta sería la mínima intervención posible.

Pero ¿podría un buque ejercer el derecho de visita cuando tenga sospechas para creer que a bordo existen personas en régimen de esclavitud? Aquí, aunque la finalidad principal del buque no fuera comerciar con esclavos sino emplearlos a bordo, debe tenerse presente que todo acto de transporte de esclavos puede ser considerado trata, y a ello conduce una interpretación conjunta de los artículos 99 y 110 de la CNUDM y del artículo 2 del Convenio

³⁶⁴ Puede leerse una cruda y desgarradora visión de este fenómeno en URBINA, I (2019), *Océanos sin ley: viajes a través de la última frontera salvaje*, Capitán Swing, Madrid, pp. 578 a 686.

relativo a la esclavitud, firmado en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 que señala que:

“[...] A los fines de la presente Convención se entiende que:

1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.
2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”.

Igualmente, entender que el personal que hipotéticamente estuviera esclavizado a bordo de un buque mercante no está amparado por la posible aplicación en su beneficio del artículo 110 de la CNUDM relativo al derecho de visita, llevaría al absurdo de que, en un buque esclavista intervenido deberían ser liberados los esclavos que estuvieran destinados a la venta y al cambio, pero no aquellos exclusivamente destinados a servir en el buque, y toda interpretación que conduzca al absurdo debe ser evitada, tal y como indican los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados³⁶⁵. Acudiendo a los medios de interpretación complementarios, nos encontraríamos con dos Convenciones vigentes que prohíben tanto la esclavitud como el comercio de esclavos, así como con el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala en su artículo 4 que: “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”. Por tanto, puede concluirse que el esclavo se libera al subir al barco, con independencia de si su embarque en el medio de transporte que es el buque

³⁶⁵ Art. 32: “Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. Vid. Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969 publicado en: BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

es para servir o sólo para ser transportado como carga, siendo ilícita y combatible cualquier manifestación de dicha esclavitud. Por tanto el derecho de visita del artículo 110 de la CNUDM se extiende a las sospechas de que existe a bordo personal que sirve como esclavo, y entendiendo aquí por esclavitud, todas las formas de la misma que aparecen contenidas en los Convenios internacionales sobre la materia antes citados, incluso con los matices que sentó en la sentencia anteriormente citada el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, pero no las situaciones análogas a la esclavitud³⁶⁶.

Respecto a las situaciones asimiladas a la esclavitud conforme a la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, no puede predicarse lo mismo. Debe entenderse que a las mismas no resulta de aplicación el derecho de visita ante la sospecha fundada de su práctica. Estas situaciones, conforme a la propia Convención que las define y enumera, no gozan de una igualdad absoluta con la esclavitud. Este extremo, unido al hecho de que el artículo 110 se refiere expresamente al comercio de esclavos, sin dejar margen interpretativo, como podría haber hecho aludiendo por ejemplo a “prácticas similares conforme al Derecho Internacional”, nos lleva a rechazar esta aplicación. Resultaría por tanto necesaria la autorización previa del Estado del pabellón.

Aun es más clara la inaplicación a estos supuestos del artículo 99 de la CNUDM relativo a la liberación automática del esclavo al subir a bordo, si estos sujetos no son esclavos, es que ya son libres, y por tanto no puede liberarse lo que ya es libre. Cuestión distinta es que su situación concreta no les permita disfrutar de la libertad que jurídicamente ya les corresponde, pero en este caso la respuesta del Derecho Internacional no se haya en la CNUDM, sino en los otros textos internacionales ya aludidos y cuyo estudio excede con creces la finalidad de este trabajo.

³⁶⁶ Vid. pág. 183 y 184 de esta tesis.

Respecto de la aplicación de estos dos artículos de la CNUDM a la trata enunciada en el ya mencionado Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, y fuera del supuesto específico de la trata de esclavos, la respuesta ha de ser idéntica a la que acabamos de postular respecto de las situaciones asimiladas a la esclavitud. A estas situaciones de trata, no les resulta aplicable ni el artículo 110 de la CNUDM, habilitante del derecho de visita para su persecución, ni obviamente el 99 por los mismos argumentos arriba expuestos, esto es, en el primer supuesto por falta de previsión de la norma internacional y en el segundo por falta de objeto, pues las víctimas de estas conductas son jurídicamente libres siendo innecesaria una nueva declaración de su inalienable libertad jurídica. Ello sin perjuicio de la obligación de actuar frente a la trata, aunque esta actuación deba articularse por medio de otros mecanismos jurídicos y dentro de ciertos límites³⁶⁷. Cualquier intervención en el buque sospechoso requeriría pues autorización previa del Estado del pabellón.

El tráfico de migrantes no es una cuestión directamente abordada en la CNUDM como lo es la esclavitud, la trata de esclavos o incluso el tráfico de drogas. No obstante, la Convención sí marca un régimen jurídico general que determina ciertas capacidades de acción que difieren según el lugar en el que el tráfico de migrantes se está realizando. Resulta por ello interesante analizar las mismas diferenciando el lugar del mar en el que se pretenda intervenir:

Aguas interiores: En ellas el Estado ribereño tiene plena autoridad para ejercer su jurisdicción respecto de un buque sospechoso de tráfico ilícito de migrantes,

³⁶⁷ Esta obligación de acción, además de encontrarla en el Protocolo del 2000 citado, la encontramos establecida en la doctrina del TEDH: Vid STEDH *Rantsev v Chipre and Russia, cit.*, par. 241, donde se señala que: “[...] para que la investigación de un asesinato sea efectiva, los Estados miembros deben abordar las actuaciones necesarias y a su alcance para asegurar que se practican las pruebas relevantes, estén o no ubicadas en el territorio del Estado que investiga”.

pues como ya se expuso anteriormente, estas aguas son territorio nacional a todos los efectos.

Mar territorial: Aquí el Estado ribereño tiene plena autoridad para ejercer su jurisdicción respecto de un buque sospechoso de tráfico ilícito de migrantes en su mar territorial si el destino de los migrantes es su territorio. Esta capacidad de acción deriva de que el paso del buque no sería un paso inocente según la CNUDM, pues el artículo 19.2 g) señala que el paso de un buque extranjero no se considerará inocente si entraña el: “[...] embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño”.

Ahora bien, si el buque involucrado en el tráfico ilícito de migrantes tiene por destino otro Estado y se limita a transitar por el mar territorial de un Estado diferente sin la intención de desembarcar a los migrantes en el mar territorial ni en el territorio de ese Estado, esa conducta no constituye necesariamente una infracción del régimen de paso inocente.

El artículo 21 de la CNUDM se refiere a las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso inocente por el mar territorial y que justifican su intervención, y aquí se limitan a: “[...] la prevención de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros fiscales, de inmigración y sanitarios”.

En el caso de que el buque transitara en el ejercicio de ese derecho de paso inocente con los migrantes, la capacidad de acción del Estado ribereño sería, a nuestro juicio, idéntica a la que se tiene en la alta mar y que a continuación se verán.

Zona contigua: Un Estado ribereño puede adoptar medidas para sancionar o prevenir infracciones de sus leyes y reglamentos fiscales, de inmigración,

sanitarios o aduaneros³⁶⁸. Así, con la finalidad de evitar una infracción de su legislación de inmigración, el Estado ribereño puede impedir la entrada del buque sospechoso a su mar territorial.

Zona económica exclusiva: Un Estado ribereño no tiene facultades especiales para reprimir el tráfico ilícito de migrantes en su ZEE, pues no es una infracción relacionada con sus recursos, con lo que el régimen a aplicar en este espacio sería el propio de alta mar.

Alta mar: En este espacio no resulta aplicable el artículo 110 de la CNUDM pues el mismo no se extiende al tráfico de migrantes. La habilitación para actuar en este espacio debería venir establecida, fundamentalmente por otro tratado internacional, como el Protocolo de Palermo que después veremos, o alguna Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el ejercicio de las competencias que le confiere la Carta.

No obstante lo anterior, y toda vez que es práctica común de los responsables de los buques que portan a estos migrantes forzar deliberadamente hundimientos del buque para generar una situación de peligro de la vida humana en la mar, debemos tener en cuenta el tenor del artículo 98 de la CNUDM que establece la obligación de asistencia en estos casos de riesgo para la vida

³⁶⁸ Art. 33.1 CNUDM: “En una zona contigua a su mar territorial, designada con el nombre de zona contigua, el Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para:

- a) Prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial;
- b) Sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial”.

humana en la mar³⁶⁹. Artículo que es complementado por el Convenio SOLAS³⁷⁰ y por el Convenio SAR³⁷¹.

2.B. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

Este Protocolo supone el principal revulsivo al tratamiento internacional de la persecución del tráfico ilícito de migrantes por mar. El mismo establece una serie de mecanismos internacionales para reforzar la cooperación internacional entre los Estados Parte. Su alcance se reduce a este fenómeno del tráfico de migrantes, y no resulta aplicable ni a la trata de esclavos ni de personas.

Su enfoque es global respecto al problema, estableciendo criterios internacionales destinados a garantizar el ejercicio de la jurisdicción sobre los responsables, atacando la financiación y estableciendo sistemas de lucha contra esta práctica también en tierra³⁷². Pero desde el punto de vista del Derecho Marítimo, su principal aportación consiste en facilitar el ejercicio del derecho de visita. No lo establece con carácter automático, como hace el artículo 110 CNUDM respecto a la piratería, pero sí fija una serie de obligaciones para los

³⁶⁹ Art. 98.1 CNUDM: “1. Todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón que, siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su tripulación o sus pasajeros:

- a) Preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar;
- b) Se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro, en cuanto sepa que necesitan socorro y siempre que tenga una posibilidad razonable de hacerlo;[...].”

³⁷⁰ Vid. Instrumento de Ratificación de 16 de agosto de 1978 del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974, BOE núm. 144, de 16 de junio de 1980.

³⁷¹ Vid. Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo 1979, hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979, BOE núm. 103, de 30 de abril de 1993.

³⁷² Esa Convención obliga a los Estados Parte a: a) penalizar el blanqueo del producto del tráfico ilícito de migrantes (artículo 6); b) adoptar medidas para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 10); c) adoptar medidas para garantizar la aplicación amplia de las disposiciones relativas al tráfico ilícito de migrantes en su jurisdicción (artículo 15); d) colaborar en investigaciones, procesos y actuaciones judiciales concernientes al tráfico ilícito de migrantes y las conductas conexas por medio de investigaciones conjuntas (artículo 19) y de la asistencia judicial recíproca (artículo 18) y concediendo la extradición (artículo 16); e) establecer canales de comunicación y facilitar por otros medios la cooperación de las autoridades, organismos y servicios encargados de hacer cumplir la ley en lo que respecta a la investigación de los delitos de tráfico ilícito de migrantes (artículo 27).

Estados Parte que facilitan la rápida gestión de las peticiones de autorización de estas visitas.

El Protocolo, con una clara finalidad de llevar más allá la cooperación entre Estados en el ámbito del Derecho Marítimo, regula las autorizaciones del derecho de visita y la consecuente obligación de informar con prontitud al Estado del pabellón del resultado de dichas medidas, lo cual no deja de ser la consecuencia lógica de la autorización a una injerencia en un espacio de soberanía como es el buque de su pabellón.

Prevé igualmente otra obligación de especial trascendencia, que es la de responder con prontitud a las solicitudes de visita y registro recibidas³⁷³. Y es que es práctica habitual en determinados países dejar las peticiones internacionales pendientes de respuesta durante largos períodos de tiempo, de modo que cuando la respuesta se obtiene, si es que llega a producirse, ésta no es útil por responder a unas circunstancias que ya han cambiado. Para evitar estas demoras y que con ellas la finalidad del Protocolo quede incumplida, el propio artículo contempla un sistema para facilitar estas autorizaciones y que no es otro que imponer a los Estados Parte la obligación de designar y dar a conocer por medio del Secretario General de Naciones Unidas, a las autoridades nacionales encargadas de conceder las mismas³⁷⁴. Esto simplifica considerablemente la concesión de las autorizaciones en tiempo, pues evita intermediarios o búsquedas que demoran una decisión que en muchos casos ha de tomarse en cuestión de horas para que resulte efectiva.

³⁷³ Art. 8.3: “Todo Estado Parte que haya adoptado cualesquiera de las medidas previstas en el párrafo 2 del presente artículo informará con prontitud al Estado del pabellón pertinente de los resultados de dichas medidas”.

³⁷⁴ Art. 8.6: “Cada Estado Parte designará a una o, de ser necesario, a varias autoridades para recibir y atender las solicitudes de asistencia, de confirmación de la matrícula o del derecho de un buque a enarbolar su pabellón y de autorización para adoptar las medidas pertinentes. Esta designación será dada a conocer, por conducto del Secretario General, a todos los demás Estados Parte dentro del mes siguiente a la designación”.

Otra cuestión esencial aquí es el establecimiento del modo en que ha de ser desarrollado el derecho de visita. Así, el artículo 8 establece que el Estado del pabellón podrá someter a las condiciones que considere apropiadas el ejercicio de este derecho visita³⁷⁵. Así puede indicar que el mismo se efectuará solo con luz diurna, que no pueda durar más de cierto tiempo, que ha de acompañar al trozo de visita y registro un funcionario policial de su país, que se pueda visitar y registrar pero no detener, que se pueda detener pero no juzgar, etc.

La única excepción a esta regla se refiere a aquellos supuestos en lo que exista un peligro para la vida en la mar que requiera una rápida intervención sin que pueda esperarse a la obtención de autorización alguna sin aumentar con ello el riesgo para las personas.

Si bien el Protocolo no establece qué tipos de buque pueden ejercitar el derecho de visita, por aplicación de la CNUDM, debe entenderse que solo pueden efectuar el mismo los buques que pueden ejercer el derecho de visita conforme al artículo 110 de la CNUDM, esto es, los buques de guerra por el hecho de serlo, y aquellos otros que debidamente autorizados lleven signos claros y distintivos de ser buques al servicio de un Gobierno.

³⁷⁵ Art. 8.4: “El Estado del pabellón podrá, en consonancia con el artículo 7 del presente Protocolo, someter su autorización a las condiciones en que convenga con el Estado requirente, incluidas las relativas a la responsabilidad y al alcance de las medidas efectivas que se adopten.

Los Estados Parte no adoptarán otras medidas sin la autorización expresa del Estado del pabellón, salvo las que sean necesarias para eliminar un peligro inminente para la vida de las personas o las que se deriven de los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes”.

3. La represión de la esclavitud, del tráfico ilegal de seres humanos y del tráfico de migrantes en el Derecho español: punición y jurisdicción.

Resulta conveniente mantener la distinción en tres modalidades de las conductas aquí estudiadas también a efectos de indicar cual es el tratamiento penal de las mismas en nuestro Derecho interno.

La respuesta del ordenamiento jurídico español a estas conductas a efectos de su punición la encontramos, como no podía ser de otra manera, en el Código Penal. El mismo dedica dos artículos a castigar los tres tipos de conductas indicadas. Así, tanto la esclavitud y sus figuras afines, como la trata de seres humanos es tipificada en el artículo 177 bis del Código Penal, mientras que el castigo del tráfico de migrantes se pena en el artículo 318 bis.

El artículo 177 bis, siguiendo las directrices de punición para el Derecho interno marcadas en los textos internacionales anteriormente expuestos, castiga conjuntamente, tanto las conductas propias de la esclavitud, y las figuras afines a la misma, como la trata de seres humanos³⁷⁶. La única matización, a los efectos aquí estudiados, es que dicho artículo sólo es aplicable cuando exista una conexión con España, al exigirse que la conducta: “[...] sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella”. Esta conexión con España hace diferir la respuesta internacional a estas conductas de la dada a la

³⁷⁶ Art. 177.bis: “1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas
- d) La extracción de sus órganos corporales.
- e) La celebración de matrimonios forzados”.

piratería y antes vista. La piratería, por considerarse un crimen de persecución universal, no requiere de vínculo o conexión alguna para poder enjuiciarla.

La tercera figura es la del tráfico de inmigrantes, castigando a quien ayude intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la UE a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros y su punición se contempla en el artículo 318 bis del Código Penal.

Este precepto complementa la legislación en materia de inmigración, reforzando la protección de los inmigrantes, y exige, como en el supuesto anterior, un vínculo territorial con España, bien porque esta sea el destino final del inmigrante, bien porque este fuera un lugar de tránsito.

Prevé este artículo una excepción para la punición del mismo al establecer que: “[...] Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”. Igualmente prevé el precepto un tipo agravado cuando los hechos sean realizados con ánimo de lucro.

Una diferencia importante, desde el punto de vista penal, radica en que en los supuestos del artículo 177 bis, se protege a la víctima de la esclavitud o trata, mientras que en el 318 bis se protege el cumplimiento de las leyes de inmigración.

Resulta obligado, llegados a este punto, estudiar la aplicación del artículo 23.4 de la LOPJ a estas situaciones relacionadas con la esclavitud y el tráfico de seres humanos, especialmente en aquellos supuestos en los que los detenidos lo sean en alta mar.

Se había visto más arriba, al hablar de piratería, y también de los delitos previstos en el Convenio SUA, como la aplicación del artículo 23.4 de la LOPJ resultaba bastante sencilla. Este escenario, pese a la clara previsión del artículo 23.4 respecto de la trata de seres humanos, no resulta tan fácil en el presente supuesto por la ya mencionada triple modalidad de esta conducta.

Así, el artículo 23.4 de la LOPJ establece que:

“Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:
[...]

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte”.

Por tanto, la extensión de la jurisdicción española sobre estos asuntos, por ministerio de la letra d) del artículo 23 de la LOPJ, se efectúa en los términos establecidos en los tratados internacionales de los que España es Parte. Esta cláusula de remisión resulta sólo efectiva cuando el tratado al que se remite es suficientemente explícito respecto de la obligada persecución de estas conductas y aquellos textos aclaren suficientemente qué conductas prohíben³⁷⁷. Pero lo cierto es que, tal y como arriba hemos estudiado, las conductas

³⁷⁷ Si los tratados internacionales que regulan la materia se hubieran limitado a establecer llamamientos genéricos a luchar contra conceptos jurídicos abiertos, carecerían de relevancia a estos efectos penales, pues resultarían generadores de una manifiesta inseguridad jurídica que podría entrar en colisión con la necesaria predeterminación del alcance de nuestra jurisdicción.

proscritas por los tratados internacionales anteriormente mencionados son claras y taxativas, y coinciden, al menos por lo que al tráfico de seres humanos penado en el artículo 177 bis del Código Penal se refiere, de manera clara, por lo que puede concluirse que España extiende su jurisdicción sobre las conductas penadas en este artículo 177 bis, en los términos de este artículo 23.4.d) de la LOPJ.

Pero el artículo 23.4, por si alguna conducta de las tipificadas en España como tráfico de seres humanos hubiera quedado excluida de su previsión de los tratados internacionales que la combaten a nivel internacional, introdujo un apartado específico para extender su jurisdicción fuera de cualquier duda interpretativa. Y así la competencia española se extiende claramente a todas las conductas previstas y penadas en el artículo 177 bis visto del Código Penal en aplicación de la letra m) del artículo 23.4 de la LOPJ, el cual señala que:

- “m) Trata de seres humanos, siempre que:
 - 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
 - 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
 - 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,
 - 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España”.

La diferencia entre los apartados d) y m) radica en que en el segundo de ellos, el vínculo con España ha de ser mayor al exigir el precepto un nexo claro de conexión como es la nacionalidad de alguno de los sujetos, activo o pasivo, del delito. Cuestión esta que no tiene una especial trascendencia práctica, ya que,

tal y como ya se ha expuesto, el propio tipo penal del artículo 177 bis, que sería el aplicable, exige para que la conducta sea típica esa conexión con España.

La solución de la LOPJ para la atribución de jurisdicción a los tribunales españoles en la lucha contra los delitos de esclavitud y trata de seres humanos previstos y penados en el artículo 177 bis del Código Penal y que hubieran sido cometidos en la mar parece pues clara y eficiente. No obstante, debemos precisar aquí que la casuística en la lucha contra estos delitos evidencia que su combate y represión no se juega en la mar, sino más bien en territorio nacional una vez sus víctimas han sido traídas a España, lo cual explicaría también por qué el Protocolo de Palermo relativo al tráfico de seres humanos no establece mecanismos facilitadores de un derecho de visita y registro a bordo de buques sospechosos de protagonizar estas conductas³⁷⁸ como sí hace el Protocolo relativo al tráfico de migrantes. Del mismo modo, el *modus operandi* de las organizaciones criminales dedicadas a la trata, implica fundamentalmente el empleo de medios aéreos para la entrada de sus víctimas en territorio nacional si son captados en origen, o efectuar la captación directamente en España sobre población vulnerable que haya sido objeto de tráfico de migrantes.

Por tanto, respecto de la esclavitud y trata del 177 bis no hay problema de extensión de jurisdicción. Pero, ¿qué sucede con el tráfico de migrantes, previsto y penado en el artículo 318 bis del Código Penal? ¿tiene encaje en el artículo 23.4 de la LOPJ? La respuesta ha de ser afirmativa, aunque con matices.

La letra d) del artículo 23.4 de la LOPJ extiende la jurisdicción a:

“[...] d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos,

³⁷⁸ Tuve la ocasión de confirmar y comentar este extremo con la Jefe de la Sección de Trata de Seres Humanos de la Guardia Civil, tras una ponencia que ofreció en el curso “La trata de seres humanos: el delito de esclavitud”, organizado por el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial los días 6, 7 y 8 de marzo de 2023.

contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte”.

Siendo por tanto necesario ver qué disponen los tratados ratificados por España respecto a la persecución extraterritorial de estas conductas. Y es que el 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, tipifica estas conductas desde un punto de vista del Derecho Internacional en sus artículos 1 y 6, pero no establece una obligación de persecución transfronteriza o en la mar de las mismas.

El citado Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional³⁷⁹, y establece claramente la tipificación internacional de estos delitos³⁸⁰. No obstante, no impone una

³⁷⁹ Vid artículo 1 del Protocolo: “1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención. [...]

3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención”.

³⁸⁰ Vid. artículo 6 del Protocolo: “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

- a) El tráfico ilícito de migrantes;
- b) Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:
 - i) La creación de un documento de viaje o de identidad falso;
 - ii) La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento.
- c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal. [...].

obligación internacional, exigible conforme al 23.4.d) de la LOPJ, de persecución en la mar de estas conductas.

Resulta así necesario acudir a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional para poder determinar la existencia de una obligación internacional de perseguir estas conductas cuando se desarrollan en la mar. Esta cuestión se contempla en el artículo 15 de esta Convención³⁸¹, sin que pueda predicarse del mismo ninguna exigencia de persecución extraterritorial de las conductas vistas. Así la conducta tipificada como delito del artículo 318 bis del Código Penal, resultaría punible sólo si se comete en España, bien en su territorio, bien a bordo de un buque que enarbole su pabellón. Sólo cuando se entrara en las aguas territoriales nacionales se podría intervenir, pero aquí sería por la aplicación de las reglas de generales de extensión de nuestra jurisdicción como Estado ribereño a dichas aguas.

Capítulo V. EL BUQUE DE GUERRA Y EL TRAFICO DE DROGAS.

Tres son los tráficos ilícitos más preocupantes para la comunidad internacional, el de armas y sustancias nucleares y similares que es objeto de atención en el Convenio SUA, el de seres humanos que acaba de exponerse, y el tráfico de sustancias psicotrópicas. Esta preocupación se ha plasmado, también en el caso de las drogas, en la adopción de acuerdos específicos destinados a aumentar la capacidad de acción del buque de guerra para poder combatirlos eficazmente.

³⁸¹ Dicho artículo 15 establece que: “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención cuando:

- a) El delito se cometiera en su territorio ; o
 - b) El delito se cometiera a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito [...]
3. A los efectos del párrafo 10 del artículo 16 de la presente Convención [relativo a la negativa de extradición de nacionales del Estado requerido a hacerlo], cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales”.

1. El tráfico de drogas y las operaciones navales.

El medio marino supone la principal vía de entrada de las drogas en los países receptores de las mismas. Así, según el *Informe Mundial sobre las Drogas 2022* de la Oficina de las NN.UU. contra la Droga y el Delito (en adelante UNODC), el comercio mundial de cocaína realizado por vía marítima supone el 89% del total³⁸². Esta situación hace que las actividades de intervención sobre las referidas sustancias puedan tener que desarrollarse en alta mar, jugando en estos supuestos el buque de guerra un papel esencial en cuanto que agente del Estado en la mar.

2. El buque de guerra y la represión del tráfico de drogas.

Dos son fundamentalmente los textos internacionales que abordan la capacidad de acción del buque en alta mar, la tan analizada hasta ahora CNUDM y la Convención de las contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicológicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988³⁸³ (en adelante CNUTD). Si bien es cierto que la terminología empleada en estos textos legales es la de estupefacientes y sustancias sicológicas, emplearemos aquí, por motivos de simplicidad, el término de tráfico de drogas para referirnos a este fenómeno ilícito.

2.A. La Convención de Naciones Unidas del Derecho de Mar.

Teniendo en cuenta la época en la que es aprobada la CNUDM, y la preocupación que para la sociedad internacional suponía, y todavía supone, el tráfico ilegal de drogas por los contrastados peligros de dichas sustancias sobre la salud, así como por el mercado negro que generan, que lleva aparejada

³⁸² Vid. *Informe Mundial sobre las Drogas 2022*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Sección 4, pág. 25. Accesible en https://www.unodc.org/res/wdr2022/MS/WDR22_Booklet_4.pdf.

³⁸³ Vid. Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicológicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 1990.

inexorablemente la aparición de distintas clases de delincuencia asociada al crimen organizado, resulta lógico que la CNUDM abordara la materia.

A diferencia de la contundencia con la que persigue la esclavitud, o la piratería, la reacción de la CNUDM al tráfico de drogas se limita a establecer una obligación genérica de los Estados a cooperar en la materia, sin otorgar al buque de guerra de terceros Estados ninguna capacidad de acción específica sobre el buque sospechoso de dedicarse a estos menesteres, como sí hacía con la esclavitud, o las transmisiones no autorizadas³⁸⁴. No obstante, esta afirmación ha de ser matizada si ponemos en conexión la CNUDM con la CNUTD como más adelante se verá.

El artículo 108 de la CNUDM establece en su apartado primero la citada obligación entre Estados de cooperar.

“1. Todos los Estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicológicas realizada por buques en la alta mar en violación de las convenciones internacionales”.

Se hace por tanto una remisión a otros tratados internacionales que regulen la materia del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Son estos tratados, y especialmente la citada CNUTD³⁸⁵, los que determinarán qué sustancias psicotrópicas son susceptibles de persecución y como ha de articularse la cooperación internacional contra esta lacra. Esta cuestión la analizaremos con mayor detenimiento en el apartado siguiente.

³⁸⁴ Por ejemplo cuando en su artículo 110 establece los supuestos donde se autoriza la visita y registro sin necesidad de requerir autorización del Estado del pabellón.

³⁸⁵ Este Convenio data de 1988, unos años después de la CNUDM, y ha venido a completar a la Convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes, hecho en Nueva York, 8 de agosto de 1975, BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1981 y al Convenio sobre sustancias sicológicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971, BOE núm. 218, de 10 de septiembre de 1976.

Continua el citado artículo 108 de la CNUDM exhortando a los Estados a la cooperación entre ellos para la lucha contra esta actividad:

“2. Todo Estado que tenga motivos razonables para creer que un buque que enarbola su pabellón se dedica al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas podrá solicitar la cooperación de otros Estados para poner fin a tal tráfico”.

Resulta así evidente que en la CNUDM no se ha priorizado la lucha contra el tráfico de drogas, pues se mantiene directa e indirectamente³⁸⁶ la restricción del derecho de visita para investigar buques sospechosos de esta actividad que no pertenezcan al Estado del pabellón del buque visitante.

Esta es la regulación específica en la CNUDM de la lucha contra el tráfico de drogas, pero no se puede perder de vista que dicho tráfico, si es realizado por mar entre dos Estados puede suponer también una actividad contrabandista, en la medida en la que se vulneran con él las disposiciones aduaneras del país receptor al introducir en su territorio un producto ilegal destinado a ser vendido en el mercado negro, de manera similar a lo que sucedía con el fenómeno arriba estudiado de la trata de seres humanos. Puede esa conducta del mismo modo suponer una amenaza a las disposiciones sanitarias del Estado ribereño, en cuanto que la finalidad última de la conducta es introducir en el mercado productos que suponen un evidente riesgo contra la salud de las personas³⁸⁷. En la medida en que esto es así, el haz de facultades del Estado ribereño aumenta considerablemente. Resulta interesante por tanto analizar las capacidades de acción del buque de guerra en función de la naturaleza de las aguas en las que se encuentre el buque sospechoso de dedicarse a este tráfico.

³⁸⁶ Directamente al excluir este tráfico de los supuestos que habilitan con carácter general el derecho de visita y que aparecen regulados en el artículo 110 CNUDM, e indirectamente al aludir en este artículo 108 a la solicitud de cooperación por parte del Estado del pabellón del buque sospechoso, que debemos entender se refiere, fundamentalmente, a la petición de que un buque de un tercer Estado ejercite este derecho de visita.

³⁸⁷ Prueba de ello es que el tráfico de drogas se pena en el Código Penal español en el Capítulo III del Título XVII del Libro II, relativo a los delitos contra la salud pública.

El modo más simple es por tanto, articular el análisis de esa capacidad de acción del buque de guerra, por zonas marítimas, tal y como están establecidas en la CNUDM, lo que ya se hizo con la trata de seres humanos.

Aguas interiores: En ellas, que son territorio nacional, el Estado ribereño tiene plena autoridad para ejercer su jurisdicción respecto de un buque sospechoso.

Mar territorial: Aquí tiene el Estado ribereño plena autoridad para ejercer su jurisdicción respecto de un buque sospechoso de tráfico de drogas si el destino de las mismas es su territorio. Esta capacidad de acción deriva de que el paso del buque no sería un paso inocente según la CNUDM, pues el artículo 19.2 g) señala que el paso de un buque extranjero no se considerará inocente si entraña el: “[...] embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño”.

Ahora bien, si el buque involucrado en el tráfico ilícito de drogas tiene por destino otro Estado y se limita a transitar por el mar territorial de un Estado diferente sin la intención de desembarcar las drogas en ese Estado, esa conducta no constituye necesariamente una infracción del régimen de paso inocente regulado en el artículo 21 de la CNUDM. En estos casos, tal y como se expuso al tratar este mismo problema pero en relación con el tráfico de migrantes, la respuesta es la que se prevé para la alta mar y luego se abordará.

Zona contigua: Un Estado ribereño puede adoptar medidas para sancionar o prevenir infracciones de sus leyes y reglamentos fiscales, de inmigración, sanitarios o aduaneros³⁸⁸. Así, con la finalidad de evitar una infracción de su legislación fiscal y sanitaria, el Estado ribereño puede impedir la entrada del buque sospechoso a su mar territorial.

³⁸⁸ Vid. art. 33.1 CNUDM.

Zona Económica Exclusiva: Un Estado ribereño no tiene facultades especiales en este espacio, pues no es una infracción relacionada con las materias sobre las que el art. 56 de la CNUDM le atribuye derechos de soberanía o jurisdicción, con lo que el régimen a aplicar en este espacio a los buques sospechosos de dedicarse al tráfico de drogas sería el propio de alta mar.

Alta mar: En este espacio no resulta aplicable el artículo 110 de la CNUDM pues el mismo no se extiende al tráfico de drogas. La habilitación para actuar en este espacio debería venir establecida, fundamentalmente por otro tratado internacional, y mediando siempre la autorización del Estado del pabellón.

2.B. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Esta CNUTD es el principal texto internacional en la materia de lucha contra el tráfico de drogas. Su importancia deriva tanto de su contenido propio, como de la relevancia que le otorga la obligación genérica de cooperación internacional del artículo 108 de la CNUDM arriba expuesto.

El artículo primero de la Convención contiene, por remisión, la definición de estupefaciente al indicar que: “Por «estupefacientes» se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la lista I o la lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes”. Esta definición es fundamental, pues sólo la inclusión de una sustancia en las referidas listas hace su tráfico susceptible de ser combatido como tráfico de drogas en aplicación de estos Convenios³⁸⁹.

³⁸⁹ Cuestión distinta es la definición que el Derecho interno de los Estados establezca en sus disposiciones penales, pero estas sólo obtendrán la cobertura jurídica de los tratados internacionales relativos al tráfico de drogas en cuanto se ciñan al tenor de los Convenios, y especialmente a los listados I y II de la Convención Única de 1961.

El artículo tercero enumera con una sorprendente exhaustividad, las conductas relacionadas con el tráfico de drogas que los Estados Parte se obligan a perseguir y castigar en su Derecho interno, y que suponen por tanto lo que podríamos denominar, unido al concepto de estupefaciente visto, el tipo penal internacional del delito de tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas³⁹⁰.

³⁹⁰ Artículo 3: “1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

- a) i) La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.
- ii) El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada.
- iii) La posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i).
- iv) La fabricación, el transporte, o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el cuadro I y el cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines.
- v) La organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii), o iv).
- b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.
- ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.
- c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:
 - i) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirllos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.
 - ii) La posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y en el cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines.
 - iii) Instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas.
 - iv) La participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa

Si bien la CNUTD contiene ciertas disposiciones relativas a la atribución de competencias sobre buques en su artículo 4, y a la asistencia judicial recíproca en su artículo 7, el precepto más importante a efectos de Derecho del Mar es, sin duda, el artículo 17, que bajo la rúbrica de *Tráfico ilícito por mar*, contiene las disposiciones que complementan al artículo 108 de la CNUDM.

Por su relevancia se analiza detalladamente este artículo, que comienza reiterando el llamamiento a la cooperación que ya preveía el artículo 108 de la CNUDM al señalar que: “1. Las Partes cooperan en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar”.

El apartado segundo continua planteando la idea de la cooperación ante la sospecha de que un buque se utiliza para este tráfico ilícito, pero va algo más allá que la CNUDM, en tanto que parece establecer la obligación de la parte solicitada de prestar la ayuda requerida y de hacerlo “con los medios de que disponga”.

Ante la sospecha fundada de que un buque se dedica a este tipo de tráfico, un buque Estado podrá pedir al Estado cuyo pabellón enarbole que confirme la matriculación del buque, y si lo hace, podrá solicitarse autorización para intervenir.

Es necesario recordar aquí que, si el Estado requerido para confirmar la matriculación del buque señala que dicho buque no está matriculado en sus registros, puede entenderse, en aplicación del artículo 92.2 de la CNUDM³⁹¹, que estamos ante un buque apátrida, y por tanto, y por ministerio del artículo

de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión. [...].”

³⁹¹ Art. 92.2 CNUDM: “[...] 2. El buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad”.

110 de la CNUDM, cualquier buque de guerra podría ejercer sin más el derecho de visita y registro sobre el mismo sin esperar la autorización de nadie³⁹².

Para el caso de que el Estado del pabellón confirme la matriculación del buque en sus registros, resulta de aplicación el apartado cuarto que establece la posibilidad del ejercicio del derecho de visita y registro, pudiéndose autorizar, entre otras cosas a:

- “a) Abordar la nave;
- b) inspeccionar la nave;
- c) si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo”.

Las acciones realizadas respecto el buque visitado y registrado tienen un límite obvio, y es que bajo ningún concepto pueden suponer un riesgo para la vida de nadie; el buque; su carga, ni perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado.

Partiendo de la base de que el buque visitado está bajo la jurisdicción del Estado del pabellón, éste, al conceder la autorización de visita podrá establecer las condiciones en las que la misma deba llevarse a cabo, pudiendo limitar el tiempo que la misma dure, si esta debe realizarse con luz natural o no, o reservarse para si, a resultas del informe de la visita, la posible detención y enjuiciamiento de la tripulación del buque visitado por los delitos que haya podido cometer. Así, el citado artículo establece en el apartado 6 que:

³⁹² Art. 110 CNUDM: “1. Salvo cuando los actos de injerencia se ejecuten en ejercicio de facultades conferidas por un tratado, un buque de guerra que encuentre en la alta mar un buque extranjero que no goce de completa inmunidad de conformidad con los artículos 95 y 96 no tendrá derecho de visita, a menos que haya motivo razonable para sospechar que el buque: [...] d) No tiene nacionalidad;”

“El Estado del pabellón podrá, en consonancia con sus obligaciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo, someter su autorización a condiciones que serán convenidas entre dicho Estado y la Parte requirente, sobre todo en lo que concierne a la responsabilidad”.

En estas operaciones antidroga en la mar, el factor tiempo es determinante, pues no puede olvidarse que estos buques son sospechosos de estar portando una carga ilegal, y que si la visita solicitada tarda mucho en autorizarse podrían, al saberse vigilados, bien deshacerse de la carga, bien hacer puerto en un tercer país donde puedan descargar su ilícito cargamento con mayor facilidad, o simplemente acceder a las aguas territoriales de un tercer Estado, que sería el único que podría ejercer esta visita conforme al apartado 11 de este mismo artículo 17 y que después se verá. Para evitarlo, la Convención establece una obligación a las Partes de la misma de dar una rápida respuesta a las solicitudes, y para garantizar el cumplimiento de este objetivo, las Partes tienen la obligación al entrar a formar parte de la Convención de designar, comunicándolo al Secretario General de Naciones Unidas, las Autoridades nacionales responsables de recibir y resolver estas solicitudes. Así establece que:

“7. A los efectos de los párrafos 3 y 4 del presente artículo, las Partes responderán con celeridad a las solicitudes de otras Partes de que se averigüe si una nave que esté enarbolando su pabellón está autorizada a hacerlo, así como a las solicitudes de autorización que se presenten a tenor de lo previsto en el párrafo 3. Cada Estado, en el momento de entrar a ser Parte en la presente Convención, designará una o, en caso necesario, varias autoridades para que se encarguen de recibir dichas solicitudes y de responder a ellas. Esta designación será dada a conocer, por conducto del Secretario general, a todas las demás Partes, dentro del mes siguiente a la designación”.

Las disposiciones de este artículo 17 suponen una injerencia autorizada en un espacio sometido a la jurisdicción del Estado del pabellón y por tanto, resulta

implícita la obligación de informar a dicho Estado del resultado de la visita con prontitud, pero para evitar cualquier tipo de duda al respecto, la Convención establece en el apartado 8 del artículo 17, de manera explícita y taxativa, esta obligación para el Estado que practica la visita al señalar que: “8. La Parte que haya adoptado cualquiera de las medidas previstas en el presente artículo informará con prontitud al Estado del pabellón de los resultados de esa medida”.

Si bien este artículo establece un robusto sistema de lucha contra el tráfico de drogas primando la cooperación, el mismo no resulta tan eficaz como lo es por ejemplo el establecido por la CNUDM al regular la piratería, y así por ejemplo, no se autoriza la visita y registro sin autorización del Estado del pabellón. La Convención prevé que aquellos Estados Parte que deseen ahondar en la lucha contra el tráfico de drogas llegando a acuerdos más eficaces podrían hacerlo, y así establece que: “9. Las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos bilaterales y regionales para llevar a la práctica las disposiciones del presente artículo o hacerlas más eficaces”. Destaca en este sentido, el Acuerdo firmado por el Reino de España con la República Portuguesa³⁹³, el cual reduce el plazo para la respuesta a las peticiones de cooperación a cuatro horas³⁹⁴, y establece un sistema de atribución recíproca de representación para actuar ante fundadas sospechas de que un buque se dedica a estas actividades fuera de sus respectivas aguas territoriales³⁹⁵. Mas el Acuerdo bilateral de este tipo que resulta más eficiente es el Tratado entre el

³⁹³ Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa para la represión del tráfico ilícito de drogas en el mar, hecho en Lisboa el 2 de marzo de 1998, BOE núm. 18, de 20 de enero de 2001.

³⁹⁴ Artículo 5.1 del Tratado: “Siempre que existieren fundadas sospechas de que un buque se está dedicando al tráfico ilícito, se comunicará ese hecho al Estado del pabellón, el cual deberá responder en el plazo más breve posible que, en principio, no deberá exceder de las cuatro horas siguientes a la recepción de la solicitud, transmitiendo las informaciones de que disponga respecto a dicho buque”.

³⁹⁵ Artículo 4.1 del Tratado: “En el caso de sospecha fundada de la comisión de alguna de las infracciones a las que se refiere el artículo 1, cada Parte reconoce a la otra un derecho de representación, que legitima la intervención de sus navíos de guerra, aeronaves militares u otros navíos o aeronaves que lleven señales externas, bien visibles e identificables, de que están al servicio del Estado o debidamente autorizadas para este efecto, sobre los buques del otro Estado que se encuentren operando fuera de sus aguas territoriales”.

Reino de España y la República Italiana para la represión del tráfico ilícito de droga en el mar³⁹⁶, el cual además de atribuir también la recíproca representación, prevé la intervención por representación sin necesidad de instar ninguna autorización del otro Estado³⁹⁷. Estos son los dos únicos tratados de este tipo hasta la fecha suscritos por España.

Siguiendo las premisas sentadas años antes por la CNUDM, los agentes del Estado en la mar habilitados legalmente para la adopción de alguna de las injerencias previstas en el artículo son los mismos que en aquella Convención, esto es, los buque de guerra y aquellos otros fácilmente identificables como buques o aeronaves de Estado y que estén debidamente autorizadas para tal fin³⁹⁸.

El régimen internacional el Derecho del Mar se basa en la diferenciación de espacios y el respeto a la soberanía de las otras naciones. Así, la Convención consagra debidamente estos aspectos al establecer en el apartado 11 del artículo 7 al señalar que: “Toda medida adoptada de conformidad con el presente artículo tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no interferir en los derechos y obligaciones de los Estados ribereños o en el ejercicio de su competencia, que sean conformes con el derecho internacional del mar, ni de menoscabar esos derechos, obligaciones o competencias”. Con este apartado se deja claro que el Estado ribereño, tal y como anteriormente se adelantó, mantiene todas las facultades de intervención que le otorga el artículo 21 de la

³⁹⁶ Instrumento de Ratificación del Tratado entre el Reino de España y la República Italiana para la represión del tráfico ilícito de droga en el mar, firmado en Madrid el 23 de marzo de 1990, *BOE* núm. 108, de 6 de mayo de 1994.

³⁹⁷ Artículo 5.1 del Tratado: “En el caso de sospecha fundada de realización de alguno de los hechos previstos en el artículo 2., cada Parte contratante reconoce a la otra el derecho a intervenir en representación de la misma en las aguas que se encuentren más allá del límite del propio mar territorial, sobre los buques que enarbolen el pabellón del otro Estado. Dicha intervención no afecta a las competencias de Policía que el ordenamiento jurídico de cada una de las Partes atribuye sobre los buques que enarbolen su pabellón”.

³⁹⁸ El artículo 17.10 de la CNUTD, establece que: “Las medidas que se adopten en cumplimiento del párrafo 4 del presente artículo serán sólo aplicadas por buques de guerra o aeronaves militares, u otras naves o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como naves o aeronaves al servicios de un gobierno y autorizadas a tal fin”.

CNUDM, siendo el único legitimado para actuar en su mar territorial, pues la acción de un buque de guerra de otro Estado contra el buque sospechoso de dedicarse al tráfico de drogas sería contraria a los requisitos establecidos para el paso inocente³⁹⁹.

3. La represión del tráfico de drogas en el Derecho español: tipificación, jurisdicción y detención.

La regulación penal en el ordenamiento español del delito de tráfico de drogas aparece recogida en el Capítulo III relativo a los *delitos contra la salud pública*, dentro del Título XVII de los *delitos contra la seguridad colectiva* del Libro II del Código Penal. Su punición se prevé concretamente en los artículos 368 a 377. Pero el concepto penal no origina *per se* grandes problemas desde la perspectiva del Derecho Internacional, cuestión distinta es la determinación de la competencia española para poder enjuiciar estas conductas cuando las mismas se realizan en la mar, tal y como sucedía con las otras conductas estudiadas con anterioridad como el tráfico de seres humanos, la piratería o los delitos contra la seguridad de la navegación.

La jurisdicción española se extiende, en aplicación del tan analizado en Capítulos anteriores artículo 23.4 de la LOPJ, a conductas cometidas fuera de nuestros espacios de soberanía si se da la conjunción de dos requisitos. El primero sería que la conducta fuera constitutiva de un delito conforme a nuestro Derecho interno⁴⁰⁰, y el segundo sería que la extensión de jurisdicción se

³⁹⁹ Vid. artículo 21 CNUDM: “1. El paso es inocente mientras no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño. Ese paso se efectuara con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional.

2. Se considerará que el paso de un buque extranjero es perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño si ese buque realiza, en el mar territorial, alguna de las actividades que se indican a continuación: [...]

g) El embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño; [...]

l) Cualesquiera otras actividades que no estén directamente relacionadas con el paso”.

⁴⁰⁰ El artículo lo exige de manera clara cuando indica que: “4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera

previera expresamente por el artículo 23.4 de la LOPJ. Esta extensión de jurisdicción puede ser prevista expresamente de manera directa⁴⁰¹ o indirecta. En este segundo caso la extensión se produciría mediante la remisión a un tratado internacional que exigiera la persecución internacional de una conducta que estando allí perfectamente tipificada coincidiera con un tipo penal existente en nuestro Derecho interno. El ejemplo de esta extensión de la jurisdicción por remisión lo hallaríamos en la letra d) del artículo 23.4 de la LOPJ:

“Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte”.

Se hace necesario pues analizar si existe algún tratado internacional donde se prevea la tipificación de conductas relativas al tráfico de drogas que establezcan también la previsión de la extensión de la jurisdicción de los Estados Parte a aquellos supuestos en los que estas conductas se desarrollan en la mar.

La CNUTD, tal y como anteriormente se estudió, no contempla esta previsión de persecución universal de las conductas relativas al tráfico de drogas, limitándose a exigir que los Estados se declaren competentes cuando exista un vínculo territorial en su comisión⁴⁰².

del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas”.

⁴⁰¹ Como el artículo 23.4 hace en su letra a): “Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas”.

⁴⁰² El artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, establece que: “1. Cada una de las Partes:

Por su parte, el CNUTD se remite expresamente a lo que el Derecho interno de los distintos Estados Parte pueda prever al respecto, pero sin condicionar en modo alguno esta previsión propia de cada país⁴⁰³.

Toda vez que estos delitos suelen ser cometidos por organizaciones criminales de carácter transnacional, debe analizarse también el contenido de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, encontrando que la misma en su artículo 15 establece también un sistema de exigencia de declaración nacional de extensión de la jurisdicción⁴⁰⁴.

Por su parte, huelga decir que la CNUDM no prevé en el ya estudiado artículo 108, ni en ninguna otra parte de su articulado, disposición alguna relativa al establecimiento respecto del tráfico de drogas de sistema alguno de persecución universal, como sí hace por ejemplo respecto de la piratería en su artículo 105. El artículo 108 señala que los Estados cooperarán en la represión de estas conductas en alta mar, pero a diferencia del artículo 105, no señala expresamente que: “Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento [del buque pirata] podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe”.

a) Adoptará las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que hayan tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3:

- i) Cuando el delito se cometa en su territorio;
- ii) Cuando el delito se cometa a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito;”.

⁴⁰³ Así, en su artículo 22 relativo a las disposiciones penales, señala en su inciso 4 que: “Las disposiciones del presente artículo quedarán sujetas a las disposiciones de la legislación nacional de la Parte interesada en materia de jurisdicción y competencia”.

⁴⁰⁴ El artículo 22.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional señala que: “4. Las disposiciones del presente artículo [que es el que tipifica internacionalmente las conductas delictivas relacionadas con el tráfico de drogas] quedarán sujetas a las disposiciones de la legislación nacional de la Parte interesada en materia de jurisdicción y competencia”.

No existe pues tratado internacional del que España sea Parte que justifique una extensión de la jurisdicción a estos espacios⁴⁰⁵. No obstante, la previsión del 23.4.d) de la LOPJ no se agota en los tratados, sino que menciona también los: ‘[...] actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea Parte’. En este sentido, la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas prevé⁴⁰⁶, en su artículo 8, la posibilidad de extensión de jurisdicción en aquellos supuestos en los que la persona jurídica que se beneficie del delito esté establecida en el territorio del Estado Parte⁴⁰⁷.

Por tanto, no podría extenderse la jurisdicción, de acuerdo con las disposiciones del artículo 23.4.d) de la LOPJ, a los delitos relativos al tráfico de drogas cometidos en alta mar si no existe un vínculo específico de conexión con España, esto es, nacionalidad del responsable, que fuera en un buque de pabellón español, o que el beneficiado fuera persona jurídica establecida en España.

Ahora bien, pese a todo lo que acaba de indicarse respecto de la atribución competencial a los tribunales españoles de estos asuntos, la sentencia del Tribunal Supremo 592/2014, de 24 de julio sorprendentemente señala en su fundamento de derecho noveno que:

⁴⁰⁵ Excepción sea hecha de las previsiones de los Tratados vistos con Portugal e Italia que sí parecen contemplar implícitamente esta posibilidad en sus artículos 3.2 y 4.2 respectivamente.

⁴⁰⁶ Vid. DOUE núm. 335, de 11 de noviembre de 2004.

⁴⁰⁷ Art. 8: “Competencia y enjuiciamiento: 1. Cada uno de los Estados miembros tomará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos indicados en los artículos 2 y 3 cuando:

- a) el delito se haya cometido total o parcialmente en su territorio;
 - b) el autor del delito sea uno de sus nacionales, o
 - c) el delito haya sido cometido en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio.
2. Cualquier Estado miembro podrá decidir no aplicar, o aplicar sólo en determinados casos o circunstancias concretas, las normas de competencia definidas en las letras b) y c) del apartado 1, cuando el delito en cuestión se haya cometido fuera de su territorio. [...]”

“En definitiva, en los casos de delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cometidos en medios marinos, el apartado d) del art. 23.4 de la LOPJ confiere jurisdicción a las autoridades españolas para el abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes de cualquier embarcación que enarbole el pabellón de otro Estado, siempre que obtenga la autorización del Estado de abanderamiento del barco (artículo 17.3 y 4 de la Convención). Esta competencia supone, lógicamente, la del enjuiciamiento de los imputados en caso de que se trate de buques sin pabellón, o resultando éste ficticio. Cuando se trate de naves con pabellón legítimo la competencia para el enjuiciamiento será la del país de bandera de forma preferente, y solamente de forma subsidiaria la del país que llevó a cabo el abordaje y la inspección”.

Esta más que llamativa atribución competencial efectuada por el Alto Tribunal, se basa, en una errónea interpretación del principio de jurisdicción universal que sí existe respecto de las otras conductas descritas en el apartado d) del artículo 23.4 de la LOPJ, como son la piratería según la propia CNUDM, el terrorismo que se integrara en las previsiones del Convenio SUA, pero que no existe, tal y como anteriormente se ha expuesto, respecto del tráfico de drogas. Igualmente, los Tratados relativos al tráfico de drogas, sí prevén, como se ha ya indicado, la cooperación entre las Partes para perseguir estas conductas y aprehender a sus autores, pero nada disponen respecto de la extensión de la jurisdicción para conocer de estos asuntos en vía penal⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Resulta especialmente clarificador en este asunto MARTÍNEZ GUERRA A., “Reenvíos normativos y límites internacionales en el tráfico ilegal de drogas en los espacios marinos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-05 (2019), pp.1-38.

PARTE TERCERA: LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS OPERACIONES NAVALES EN EL EXTERIOR. EL PAPEL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS.

Analizadas en Partes anteriores la naturaleza jurídica del buque, y sus funciones como agente del Estado, resulta procedente ahora estudiar las limitaciones que en su acción tiene en tanto que representante de un Estado Parte de la CEDH.

Y es que el buque, en tanto que agente del Estado actúa, claro está, con estricta sujeción a la ley y al Derecho. Y en aplicación de esa legislación nacional, ha de tener en cuenta el tamiz que sobre la misma opera el TEDH, al interpretar la CEDH, determinando qué interpretaciones de la legislación nacional son o no conformes a la citada Convención.

Así se analizará de manera sucinta en primer término el sistema general de protección de los derechos reconocidos en la CEDH, para posteriormente abordar las principales limitaciones e interpretaciones que de esos derechos ha fijado el TEDH. Destaca en este estudio el papel del TVR, que es el principal mecanismo empleado por el buque de guerra para proyectar su acción en otros buques. En las páginas siguientes se han incluido deliberadamente determinadas cuestiones de carácter operativo con la intención de poner en su debido contexto fáctico la aplicación de la citada CEDH, y es que no es lo mismo un abordaje cooperativo que uno con oposición, el estrés al que se ve sometido el TVR varía considerablemente y con ello el contexto a tener en cuenta para enjuiciar su conducta a la luz de la CEDH. Dentro de las libertades que se han tomado en esta Parte III, también se traen a estudio y reflexión en una tesis de Derecho Internacional, determinadas leyes nacionales de procedimiento, así como las sentencias del Tribunal Supremo necesarias para intentar exponer con carácter global la acción del buque de guerra en estas materias.

Capítulo I. EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN SU CONTROL DE LA ACCIÓN DE LOS AGENTES DEL ESTADO.

Se ha visto hasta ahora como el buque de guerra puede actuar como agente del Estado en la lucha contra determinados ilícitos internacionales, y cómo está sujeto a distintas limitaciones en función de los distintos tratados que autoricen y regulen su acción. Ahora se analizará cómo la CEDH y su principal garante, el TEDH, condiciona estas acciones protagonizadas por los buques de guerra en el ejercicio de sus funciones en la mar. Y es que en todos estos supuestos hay una norma internacional que cubre como un manto la acción de los Estados y que ha de alcanzar al actuar de sus agentes, para así evitar que dicho Estado incurra en responsabilidad por incumplir la citada CEDH.

Pero antes de analizar esos supuestos problemáticos ha de abordarse, aunque sea someramente, el contenido de la CEDH y la estructura que crea para garantizar su vigencia –TEDH-. Posteriormente se analizará la posible evolución interpretativa de unos mismos preceptos, para después abordar la interpretación de sus principales artículos cuando los agentes del Estado operan a muchas millas de distancia de las costas nacionales y de las autoridades judiciales que pudieran tutelar la limitación de algunos de los derechos que la CEDH reconoce también a los presuntos delincuentes (traficantes, piratas, etc).

Tan pronto finalizó la Segunda Guerra Mundial, vio la luz una nueva sociedad internacional en la que existía una mayor concienciación de los traumas derivados de la guerra y del necesario respeto a los derechos humanos. Así, fruto de esa conciencia ya despierta se aprueba en el seno de NN.UU. en 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pero en Europa, las naciones que habían sido especialmente castigadas por los efectos de la guerra gozaban de un acervo cultural, ideológico, humanista e incluso en parte religioso común de respeto al ser humano. Esta herencia común

hace que en 1950, en el seno del recientemente creado Consejo de Europa (en adelante CdE)⁴⁰⁹, se firme la CEDH. Por la misma se da un paso más en la implementación de los valores y derechos que reconocía la Declaración Universal de Derechos Humanos firmada apenas dos años antes. Europa, pionera en la defensa de los derechos humanos no sólo establece un reconocimiento de los mismos, sino que articula todo un sistema judicial y procesal destinado a velar por el respeto a los citados derechos por los distintos Estados Parte en la Convención.

Estas intenciones se convierten en realidad cuando el 3 de septiembre de 1953 entra en vigor la Convención. España se adhiere a la Convención en 1979⁴¹⁰. La UE, por su parte, suscribe también un preacuerdo de adhesión a la Convención en aplicación del mandato dado por el Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007⁴¹¹. Actualmente integran el CdE, y por tanto son signatarios de la CEDH los siguientes cuarenta y ocho países, Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Republica de Moldavia, Mónaco, Montenegro, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, San Marino, Serbia, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, FYR of Macedonia, Turquía, Ucrania y Reino Unido.

Así las cosas, al ratificar la Convención, los Estados europeos aceptan por vía de tratado internacional la obligación de asegurar y garantizar ciertos derechos de las personas bajo de su jurisdicción. Y así, aquellas personas que consideren que un Estado Parte ha vulnerado sus derechos al incumplir una de las

⁴⁰⁹ El CdE se creó mediante el Estatuto de Londres de 5 de mayo de 1949 con el objetivo de evitar que se repitieran conflictos como la Segunda Guerra Mundial mediante la construcción de una Europa unida sobre unos valores compartidos. España se adhirió en 1978, vid. BOE núm. 51, de 1 de marzo de 1978.

⁴¹⁰ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

⁴¹¹ Sobre la problemática de la adhesión resulta especialmente esclarecedor URÍA GAVILÁN, E. (2018), *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, JM Bosch, Barcelona.

Parte III. La protección internacional de los Derechos Humanos en las operaciones navales en el exterior.

obligaciones que le impone la CEDH, puede, tras haber agotado todos los recursos internos de solución de la controversia en el Estado en cuestión, acudir al TEDH en busca de la salvaguarda de su derecho violentado.

Resulta en este punto relevante analizar, siquiera someramente, el contenido de la CEDH. Esta se estructura en secciones. En la sección primera se reconocen los derechos fundamentales y libertades publicas que los distintos estados firmantes de la Convención han de garantizar. Destacan, a los efectos en esta tesis estudiados, los derechos a la integridad física y a la dignidad de la persona -derechos a la vida (art. 2), prohibición de la tortura (Art. 3), prohibición de la esclavitud y trabajos forzados (Art. 4), derecho a la libertad (Art. 5), derecho a un juicio justo (art. 6), principio de legalidad penal (art. 7)-.

La sección segunda de la CEDH organiza el TEDH, estableciendo las cuestiones básicas de su estructura, elección y funcionamiento. Ha de recordarse aquí que el TEDH adquirió su importante relevancia actual en la defensa de los Derechos humanos cuando se constituyó con carácter permanente, al entrar en vigor el Protocolo 11 al CEDH⁴¹² que modificó esta sección segunda del CEDH. La esencia de la modificación radica en la creación, con carácter permanente de un TEDH al que pueden acceder, cumpliendo determinados requisitos, los particulares que consideren que un Estado miembro del CEDH ha violado sus derechos reconocidos por la propia CEDH⁴¹³.

Algunos de los derechos reconocidos por la CEDH son absolutos, como la prohibición de la tortura o los trabajos forzados o la esclavitud de los artículos 2 y 3. Otros por el contrario, en ciertas circunstancias pueden ser limitados o

⁴¹² Protocolo número 11 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994, BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998.

⁴¹³ SALINAS ALCEGA, S. (2008), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI: el proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Portal Derecho (IUSTEL), Madrid.

incluso derogados por los Estados. Se trataría de los supuestos de guerra o emergencias públicas que pongan en riesgo la propia supervivencia del Estado⁴¹⁴.

Igualmente señala la propia CEDH que algunos de los derechos que la misma reconoce⁴¹⁵, en concreto los derechos a la vida privada, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de expresión, y a la libertad de reunión, pueden ser limitados si así lo señala una ley, y ello fuera necesario en una sociedad democrática, para la salvaguarda de la seguridad nacional, de la salud publica, del orden, la ley o la prevención de algún otro delito

Esto es lo que se viene a denominar el *margen de apreciación*, que es efectuado por los Estados y normalmente respetado por el Tribunal. Así sucede cuando por ejemplo el artículo 10.2 de la CEDH señala, tras reconocer el Derecho a la libertad de expresión, que:

“2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para

⁴¹⁴ Así el artículo 15 de la CEDH establece que: “1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanan del Derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario general del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”.

⁴¹⁵ Artículos 8, 9, 10 y 11 de la CEDH.

impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial". Y aquí es precisamente donde entran los Estados.

Se trae deliberadamente este ejemplo porque se alude al término "moral" como posible limitador de la libertad de expresión y es precisamente sobre este artículo en el caso *Handyside v. Reino Unido*⁴¹⁶, cuando el TEDH sentó de manera más clara esta doctrina. La misma se basa en el hecho de que son las autoridades nacionales y sus tribunales, las que tienen un conocimiento más próximo, más

⁴¹⁶ STEDH de 07 de diciembre de 1976, *Handyside v. United Kingdom* (Application 5493/72) (ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372). Handyside, ciudadano británico, publicó un libro de texto en el que expresaba ideas que eran percibidas por muchos lectores como una invitación a los alumnos a que consumieran material pornográfico, fumaran marihuana y practicar actividades sexuales. Las autoridades británicas secuestraron los libros y los destruyeron. El autor, Handyside, reclamó ante los tribunales británicos, y agotada esta vía se dirigió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por una posible violación por las autoridades del Reino Unido de su libertad de expresión reconocida por el artículo 10 de la Convención. Las Autoridades británicas alegaron ante el TEDH que el texto de Handyside violentaba la moral pública incluso en una sociedad democrática. El TEDH señaló que: "49. [...] The Court's supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a "democratic society". Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society". This means, amongst other things, that every "formality", "condition", "restriction" or "penalty" imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued.

From another standpoint, whoever exercises his freedom of expression undertakes "duties and responsibilities" the scope of which depends on his situation and the technical means he uses. The Court cannot overlook such a person's "duties" and "responsibilities" when it enquires, as in this case, whether "restrictions" or "penalties" were conducive to the "protection of morals" which made them "necessary" in a "democratic society".

50. It follows from this that it is in no way the Court's task to take the place of the competent national courts but rather to review under Article 10 (art. 10) the decisions they delivered in the exercise of their power of appreciation.

However, the Court's supervision would generally prove illusory if it did no more than examine these decisions in isolation; it must view them in the light of the case as a whole, including the publication in question and the arguments and evidence adduced by the applicant in the domestic legal system and then at the international level. The Court must decide, on the basis of the different data available to it, whether the reasons given by the national authorities to justify the actual measures of "interference" they take are relevant and sufficient under Article 10 para. 2 (art. 10-2) (cf., for Article 5 para. 3 (art. 5-3), the Wemhoff judgment of 27 June 1968, Series A no. 7, pp. 24-25, para. 12, the Neumeister judgment of 27 June 1968, Series A no. 8, p. 37, para. 5, the Stögmüller judgment of 10 November 1969, Series A no. 9, p. 39, para. 3, the Matznetter judgment of 10 November 1969, Series A no. 10, p. 31, para. 3, and the Ringeisen judgment of 16 July 1971, Series A nº. 13, p. 42, para. 104)".

exacto, de la realidad a la que pretende aplicarse la Convención, y por tanto, las que mejor pueden conocer cuando se ha vulnerado la moral, el buen orden, la salud pública, etc. Esto tiene unida inseparablemente otra cuestión, y es que no existe en toda Europa un concepto único de moral, por lo que el TEDH no puede imponer su visión al respecto. Esto que se perfiló por el TEDH en relación a estos conceptos jurídicos difusos, afecta también a otros conceptos, también algo indeterminados, como son tiempos mínimos de puesta a disposición judicial en relación con el Derecho a la libertad, etc.

En definitiva, este extremo resulta relevante para el propósito de este estudio, pues sirve para contextualizar la actividad del TEDH que con gran intensidad ha tutelado, directa o indirectamente, la actividad de las plataformas nacionales – buques de guerra sobre todo- que operan en aguas lejanas a sus costas nacionales.

Por otro lado, resulta igualmente significativa la falta de absoluta vinculación al precedente judicial del propio TEDH. Obviamente, apartarse de una resolución previa requiere un esfuerzo argumentativo por parte del Tribunal, pero nada impide que pueda hacerlo. El propio Tribunal ha venido señalando que la CEDH es algo vivo, que evoluciona con la sociedad que la ha visto nacer y que por tanto debe huirse de rígidas interpretaciones monolíticas. Ejemplos recientes en este sentido son las sentencias en los asuntos *Mata Estevez v. España*⁴¹⁷ y

⁴¹⁷ STEDH de 10 de mayo de 2001, *Mata Estevez v. Spain* (Application nº 56501/00) (ECLI:CE:ECHR:2001:0510DEC005650100). El Sr. Mata Estevez que mantenía una relación sentimental con otro hombre demandó a España ante el TEDH por habersele denegado la percepción de una pensión de viudedad tras el fallecimiento de su pareja, pese a la larga relación de convivencia que habían mantenido hasta el momento del fallecimiento. Tras agotar todas las instancias nacionales, el TEDH señaló que no había vulneración de los artículos 8 y 14 de la CEDH (no intromisión en la vida privada y no discriminación por razón de sexo) en la actuación de las Autoridades españolas de la Seguridad Social. En ese sentido el Tribunal apuntó que: “[...] despite the growing tendency in a number of European States towards the legal and judicial recognition of stable de facto partnerships between homosexuals, this is, given the existence of little common ground between the Contracting States, an area in which they still enjoy a wide margin of appreciation (see, mutatis mutandis, the *Cossey v. the United Kingdom* judgment of 27 September 1990, Series A no. 184, p. 16, § 40, and, a contrario, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 104, ECHR 1999-VI). Accordingly, the applicant's relationship with his late partner does not fall within Article 8 in so far as that provision protects

*Schalk y Kopf v. Austria*⁴¹⁸. El propio Tribunal sienta así de manera clara y expresa, el criterio de que sus decisiones no son monolíticas, inamovibles, sino que muy al contrario, con un razonamiento lógico y adaptado a los tiempos, se prevé su posible modificación conforme a la propia evolución de las sociedades y de los marcos jurídicos, pudiendo así verse alteradas sus propias interpretaciones de los mismos artículos de la Convención. Afirmar lo contrario habría sido una banalidad inasumible en un Tribunal que pretende ser un instrumento útil de defensa de la sociedad, pensemos por un instante si los parámetros sociales de aquella Europa que vio nacer el TEDH se parecen en algo a los de la Europa postpandémica.

Capítulo II.- LA PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS OPERACIONES NAVALES.

Se ha estudiado qué alcance tienen la CEDH y la jurisprudencia de su Tribunal, cómo vincula a los países signatarios, y cómo opera el TEDH al interpretar y aplicar los derechos en la CEDH reconocidos. Procede analizar en este Capítulo su interpretación actual en relación a cuestiones como la piratería, incluso el tráfico de drogas y en general todas aquellas operaciones que se realizan en alta mar o lejos de nuestras costas por buques de guerra.

the right to respect for family life". Señalando por tanto que no hubo vulneración por parte de las Autoridades españolas de los derechos reconocidos en la CEDH.

⁴¹⁸ STEDH de 26 de junio de 2010, *Schalk y Kopf v. Austria* (Application nº 30141/04) (ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104). Los demandantes en este caso pretendían también haber sido víctimas de discriminación por razón de sexo y de intromisión en su vida privada por no haberseles dejado contraer matrimonio por causa de tener el mismo sexo. El TEDH señala que no concurre tan vulneración, pero el *obiter dicta* del párrafo 49 resulta especialmente revelador sobre la interpretación evolutiva de los propios artículos de la CEDH fruto de la rápida evolución de las sociedades de las naciones signatarias. "46. While the Court had often underlined that the Convention was a living instrument which had to be interpreted in the light of present-day conditions, it had only used that approach to develop its jurisprudence where it had perceived a convergence of standards among member States. In *Christine Goodwin v. the United Kingdom* ([GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI), for instance, the Court had reviewed its position regarding the possibility of post-operative transsexuals to marry a person of the sex opposite to their acquired gender, having regard to the fact that a majority of Contracting States permitted such marriages. In contrast, there was no convergence of standards as regards same-sex marriage. At the time when the third-party Government filed their observations only three member States permitted same-sex marriage, and in two others proposals to this effect were under consideration. The issue of same-sex marriage concerned a sensitive area of social, political and religious controversy. In the absence of consensus, the State enjoyed a particularly wide margin of appreciation".

1. El derecho a la libertad personal en la mar.

Es clásico y tradicional en la doctrina el caso del carguero *Winner* de bandera camboyana que Francia sospechaba traficaba con drogas⁴¹⁹. Francia solicitó y obtuvo de Camboya –Estado del pabellón como se ha dicho- autorización para detener y registrar el buque. Cuando lo intentó, la tripulación no colaboró y lejos de eso comenzó a arrojar fardos de cocaína por la borda. Cuando el trozo de registro francés fue desobedecido por los tripulantes del carguero, uno de sus miembros hizo un disparo al aire de advertencia que desafortunadamente rebotó hiriendo a un tripulante que falleció a consecuencia del disparo una semana después. La Marina francesa detuvo a los tripulantes, las autoridades judiciales francesas abrieron una investigación al respecto y los tripulantes del carguero fueron entregados a las autoridades policiales galas tan pronto llegaron a territorio francés.

La secuencia de hechos vista dio lugar a un importante pronunciamiento del TEDH, que señaló que la tripulación había visto violentado su derecho a la libertad del artículo 5.1 de la CEDH, pero no el del artículo 5.3⁴²⁰.

Es necesario detenerse en la argumentación del TEDH respecto de la correcta interpretación del artículo 5.1 de la CEDH⁴²¹. El TEDH dejó claro en su resolución

⁴¹⁹ BODINI S.P. (2011), “Fighting Maritime Piracy under de European Convention of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, Vol. 22. Nº3, pp. 829-848.

⁴²⁰ STEDH, de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev and others v. France* (Application nº 3394/03) (CLI:CE:ECHR:2010:0329JUD000339403). Sorprendentemente el TEDH no pudo pronunciarse sobre una posible vulneración del derecho a la vida (Art. 2) pues los familiares del tripulante fallecido por el rebote del disparo no se personaron ante el Tribunal.

⁴²¹ El artículo 5.1, de la CEDH, se transcribe a continuación por su relevancia: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

- a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
- b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.
- c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha

que ninguna de las partes discutía que la privación de libertad fue por el supuesto previsto en el artículo 5.1.c), esto es, para hacer comparecer al privado de libertad ante la autoridad judicial competente. La disputa surgía respecto a si los hechos del caso tenían una relevancia penal suficiente para habilitar la intervención de Francia o no. O lo que es lo mismo, el TEDH tuvo que pronunciarse sobre si la CNUDM era o no base jurídica suficiente *per se* para justificar una detención por tráfico de drogas⁴²².

El debate se centró en si este tipo de delitos, como sucede con la piratería, habilitan a intervenir a cualquier buque de guerra y no solo a los del Estado del pabellón. Las dudas surgían porque, a diferencia de lo que sucede con el delito

cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”.

⁴²² Realmente el TEDH tuvo que centrar en este punto el debate por imposición de la sentencia de la Corte de Apelación francesa que señalaba que esa era la causa y justificación última de la privación de libertad de los sospechosos. Cuestión lógica si la relacionamos con lo más arriba expuesto en relación al procedimiento ante el TEDH. Si han de agotarse los recursos judiciales nacionales antes de acudir ante el TEDH, las resoluciones de estos y en particular los argumentos y razonamientos contenidos en las mismas determinan el objeto del debate que ha de sustanciarse ante el TEDH.

de piratería que esta minuciosamente regulado por la CNUDM, el del trafico de drogas está sólo perseguido de una manera genérica y mucho menos minuciosa, tal y como ha quedado expuesto en el Capítulo correspondiente de la Parte II.

El TEDH señaló que pese al menor detalle de las previsiones sobre el tráfico de drogas en la CNUDM, la propia evolución del Derecho Internacional había extendido la excepción de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón de la lucha contra la piratería a la lucha contra el tráfico de drogas⁴²³. Quedaría por tanto habilitado, al criterio del TEDH, cualquier país signatario de la CNUDM para intervenir por drogas en buques de bandera de otro Estado signatario⁴²⁴.

Realmente el TEDH hizo una interpretación extensiva de la CNUDM que resultaba innecesaria al caso que tenía delante, toda vez que Camboya, -Estado del pabellón del buque intervenido- no es signataria de la CNUDM, con lo que el TEDH pudo limitarse a señalar que no cabría buscar la justificación de la intervención en la CNUDM. No obstante, con este pronunciamiento se apuntaló una realidad que es la gravedad de las conductas de tráfico de drogas y la necesaria habilitación de mecanismos legales para que los Estados puedan luchar de una manera efectiva contra ella. Puede establecerse así un obvio paralelismo entre la extensívísima interpretación que hace el TEDH del alcance de la legitimación para intervenir en la lucha contra el tráfico de drogas, con la sentencia de nuestro Tribunal Supremo 592/2014, de 24 de julio, anteriormente analizada en relación al alcance de la jurisdicción española en aplicación del

⁴²³ A este respecto la STEDH en este asunto señala que: “85. This lacuna in Article 108 of the Montego Bay Convention vis-à-vis the fight against illicit trafficking in drugs is also reflected in the rest of the text: not only are the provisions concerning the fight against drug trafficking minimal – in comparison with those concerning piracy, for example, on which there are eight Articles, which lay down, inter alia, the principle of universal jurisdiction as an exception to the rule of the exclusive jurisdiction of the flag State – but fighting drug trafficking is not among the offences, listed in Article 110, suspicion of which gives rise to the right to board and inspect foreign vessels. Lastly, while the provisions of the Montego Bay Convention concerning illegal drug trafficking on the high seas appear to suggest that the issue was not a part of customary law when that Convention was signed, the Government have not shown that there has since been any constant practice on the part of the States capable of establishing the existence of a principle of customary international law generally authorising the intervention of any State which has reasonable grounds for believing that a ship flying the flag of another State is engaged in illicit traffic in drugs”.

⁴²⁴ Intervenir, pero no necesariamente juzgar.

Parte III. La protección internacional de los Derechos Humanos en las operaciones navales en el exterior.

artículo 23.4.d) de la LOPJ, si bien es cierto que el TEDH no alude a la capacidad de enjuiciar, que es la materia sobre la que expresamente se pronuncia nuestro Tribunal Supremo en la referida sentencia.

En el caso del *Winner* resulta que Camboya, como ya se ha dicho, no es Parte de la CNUDM, y que la autorización dada a Francia se limitaba a acceder a lo solicitado, esto es, a practicar una entrada y registro en el buque. Francia fue mucho más allá, al apresar a la tripulación sin estar autorizada para ello por las autoridades camboyanas. Esta fue la razón por la que el TEDH señaló que había habido una vulneración del artículo 5.1 de la CEDH al carecer la detención de una base legal suficiente.

La segunda cuestión sobre la que se pronunció el TEDH fue la relativa a si se habían respetado o no los derechos instrumentales que para el derecho a la libertad recoge el apartado 3 del artículo 5 de la CEDH, esto es, la rápida puesta a disposición judicial.

La CEDH exige que la persona detenida sea puesta sin dilaciones indebidas a disposición de la autoridad judicial o de otra autoridad debidamente autorizada para ejercer poderes judiciales. En el caso del *Winner*, el buque tardó 13 días en arribar a las costas francesas. Había antecedentes del propio TEDH que

señalaba que cuatro días y seis horas⁴²⁵, o que siete días⁴²⁶ eran períodos de tiempo excesivos para poner a disposición de la autoridad judicial. Pero existía un precedente importante de signo contrario, más similar que los anteriores por el medio en el que se produjo, que es el asunto *Rigopoulos v. España*⁴²⁷, en el que el TEDH señaló que 16 días no eran un plazo irrazonable si se trataba de una detención en la mar en atención a las tan excepcionales circunstancias⁴²⁸. El fallo en esta ocasión, como lo había hecho el del caso de *Rigopoulos*, señaló que resultaba materialmente imposible haber conducido en menos tiempo a la tripulación del buque abordado ante la autoridad judicial, imposibilidad real que no se daba, a juicio del Tribunal, en los casos anteriores.

Incluso el TEDH venía a señalar en el párrafo 105 de la sentencia, que pese a que hubiera sido materialmente posible haber trasladado a la tripulación al buque

⁴²⁵ STEDH de 30 de mayo de 1989, *Brogan and others v. United Kingdom* (Applications nº 11209/84 11234/84 11266/84 11386/85), (ECLI:CE:ECHR:1989:0530JUD001120984). En la que el TEDH apunta: "62. As indicated above (paragraph 59), the scope for flexibility in interpreting and applying the notion of "promptness" is very limited. In the Court's view, even the shortest of the four periods of detention, namely the four days and six hours spent in police custody by Mr McFadden (see paragraph 18 above), falls outside the strict constraints as to time permitted by the first part of Article 5 para. 3 (art. 5-3). To attach such importance to the special features of this case as to justify so lengthy a period of detention without appearance before a judge or other judicial officer would be an unacceptably wide interpretation of the plain meaning of the word "promptly". An interpretation to this effect would import into Article 5 para. 3 (art. 5-3) a serious weakening of a procedural guarantee to the detriment of the individual and would entail consequences impairing the very essence of the right protected by this provision. The Court thus has to conclude that none of the applicants was either brought "promptly" before a judicial authority or released "promptly" following his arrest. The undoubted fact that the arrest and detention of the applicants were inspired by the legitimate aim of protecting the community as a whole from terrorism is not on its own sufficient to ensure compliance with the specific requirements of Article 5 para. 3 (art. 5-3)".

⁴²⁶ STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan v. Turkey* (Application nº 46221/99), (ECLI:CE:ECHR:2005:0512JUD004622199). Que señala que: "107. The Court cannot accept the Government's argument that adverse weather conditions were largely responsible for the period of seven days it took for the applicant to be brought before a judge. No evidence has been adduced before the Court that establishes that the judge attempted to reach the island on which the applicant was being held so that the latter could be brought before him within the total statutory period of seven days allowed for police custody. The Court observes in that connection that the police custody ran its ordinary course under the domestic rules. In addition to the four days ordered by the public prosecutor's office itself, the judge granted an additional period of three days after examining the case on the basis of the file. It seems unlikely that the judge would have granted the additional time had he intended to have the applicant brought before him before it expired".

⁴²⁷ STEDH de 12 de enero de 1999, *Rigopoulos v. Spain*, cit.

⁴²⁸ Literalmente la Sentencia dice *wholly exceptional circumstances*.

de guerra –mucho más rápido que el mercante apresado- o incluso haber sido aerotransportados, esta cuestión operacional no era competencia del Tribunal. Esta postura es lógica, pues caso contrario se establecería una obligación sobre el buque que detiene que haría inasumibles las detenciones en alta mar, por los problemas logísticos, operativos e incluso económicos que supondría organizar una repatriación de urgencia.

Puede así extraerse una conclusión del citado párrafo 105 de la sentencia, y es que el buque de guerra que realiza la detención actúa dentro de las exigencias del artículo 5.3 de la CEDH si organiza una repatriación sin demoras innecesarias, de una manera lógica, aunque exista otra vía más rápida, pero operativamente menos viable, de conducir la repatriación. Bastaría con navegar en demanda del puerto del Estado del pabellón del buque que ha practicado la detención en el propio buque intervenido si esto es posible. Si por el contrario no lo fuera, por haberse producido la detención en buques que no pueden hacer ese tipo de travesías, podríamos entender que el buque de guerra cumpliría con llevar a los detenidos a bordo para su repatriación desde el puerto que operativamente resultara más viable, y sin dilaciones indebidas⁴²⁹.

Resulta llegados a este punto interesante poner un ejemplo práctico de este extremo, la captura de piratas efectuada por la Fragata *Navarra* en 2019. Tras informar a la Fiscalía de la Audiencia Nacional de la captura, la Fiscalía comunicó al Estado Mayor de la Defensa, su intención de no acusar a los piratas detenidos, activándose en ese momento los mecanismos de entrega a terceros países adoptados por la UE para la Operación *Atalanta* y anteriormente estudiados, y que culminaron en la ya vista entrega a las autoridades de Seychelles. Pero imaginemos que la Fiscalía de la Audiencia Nacional no hubiera renunciado a ejercer la acusación en este asunto⁴³⁰. La decisión operativa del buque hubiera

⁴²⁹ Escalas intermedias para descanso del personal, etc.

⁴³⁰ En el asesoramiento jurídico operativo la anticipación a los problemas resulta esencial, motivo por el que el Asesor del contingente desplegado tiene no solo que solucionar los problemas jurídicos que se le vayan planteando, sino también que evitarlos anticipándose a los mismos,

sido sustancialmente diferente, para el traslado de los detenidos a España se hubiera dirigido el buque no al puerto más próximo que en ese caso era Mogadiscio, pues no son aguas seguras para realizar este desembarco, ni resultaría lógico que detenidos somalíes cruzaran su suelo nacional para ser trasladados a otro país para ser juzgados. Tampoco hubiera sido conveniente dirigirse a Kenia, país próximo pero con el que no existe un Acuerdo para cruce de detenidos por su territorio. La única solución jurídicamente viable era dirigirse al puerto de Djibuti donde sí existe base jurídica sólida para evitar cualquier tipo de injerencia por sus autoridades en el traslado de los detenidos desde el buque a la aeronave que los hubiera trasladado a España, y desde donde años antes ya se habían realizado estas conducciones.

2. El derecho a la vida privada en el seguimiento y monitorización

Los buques de guerra, como agentes del Estado, y para el cumplimiento de las misiones que tienen encomendadas, podrían llegar a realizar actividades de vigilancia para evitar la comisión de ilícitos en alta mar.

La CEDH señala en su artículo 8 que:

- “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
- 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

motivo por que la cuestión estaba ya jurídicamente estudiada con carácter previo a que llegara a suceder el hecho que hubiera motivado la consulta jurídica.

Resulta por tanto necesario determinar si a la luz de la CEDH, los buques de guerra pueden hacer seguimiento o vigilancia de determinados buques⁴³¹. El TEDH, bien es cierto que sin referirse en ningún momento de manera específica a los buques y aeronaves, es muy restrictivo en la cuestión de los seguimientos y vigilancias, entendiendo que las grabaciones con cámaras ocultas o las intervenciones telefónicas vulnerarían *a priori* el artículo 8 de la CEDH por ser una intromisión en la vida privada y en la correspondencia. La duda de su legalidad surge en relación con la posibilidad de que estén o no cubiertas por las excepciones que el apartado segundo del artículo 8 prevé. Así las cosas, un buque de guerra, o una aeronave de Estado equipada para tal fin, podría practicar esta vigilancia si existiese un marco jurídico suficientemente claro que lo habilitase. Resulta en este sentido relevante el tenor del párrafo 27 de la sentencia del TEDH en el caso *Kahn v. Reino Unido*⁴³², de la que se deduce que dicho marco jurídico ha de estar dotado de publicidad suficiente y circunscribirse a supuestos en los que fuese necesario para la salvaguarda de una sociedad democrática. O lo que es lo mismo, ha de recogerse en una ley⁴³³, que en el caso español, y por ser una restricción de un derecho fundamental, en concreto

⁴³¹ Un buen ejemplo de la cuestión lo plantea BODINI cuando se pregunta si un buque en una operación antidroga puede o no grabar con un dron o un helicóptero a una pareja de sospechosos que está tomando el sol en la cubierta de su yate, grabar sus conversaciones telefónicas, etc. BODINI S.P. (2011), “Fighting Maritime Piracy under European Convention of Human Rights”, *op. cit.* p. 835.

⁴³² TEDH de 12 de mayo de 2000, *Kahn v. United Kingdom* (Application nº 35394/97), (ECLI:CE:ECHR:2000:0512JUD003539497), que señala que: “27. At the time of the events in the present case, there existed no statutory system to regulate the use of covert listening devices, although the Police Act 1997 now provides such a statutory framework. The Home Office Guidelines at the relevant time were neither legally binding nor were they directly publicly accessible. The Court also notes that Lord Nolan in the House of Lords commented that under English law there is, in general, nothing unlawful about a breach of privacy. There was, therefore, no domestic law regulating the use of covert listening devices at the relevant time”.

⁴³³ Señala a este respecto la sentencia que: “26. The Court recalls, with the Commission in the Govell case (see paragraphs 61 and 62 of the report cited above), that the phrase “in accordance with the law” not only requires compliance with domestic law but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law (see the *Halford v. the United Kingdom* judgment of 25 June 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III, p. 1017, § 49). In the context of covert surveillance by public authorities, in this instance the police, domestic law must provide protection against arbitrary interference with an individual’s right under Article 8. Moreover, the law must be sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are entitled to resort to such covert measures (see the *Malone v. the United Kingdom* judgment of 2 August 1984, Series A no. 82, p. 32, § 67).

el derecho a la intimidad del artículo 18 de la CE⁴³⁴, requeriría que el marco legal limitador del mismo lo determinase una Ley Orgánica. Si se actuase dentro de los límites de ese marco legal habilitante, el buque o la aeronave de monitorización podría intervenir, en el caso contrario, y aunque estuviésemos en alta mar y no en territorio nacional, la actividad del buque sería ilegal a la luz del artículo 8 de la CEDH.

Esto respecto al rango normativo del título habilitante para la interceptación de las comunicaciones o en general para la intromisión en la intimidad de las personas. La siguiente duda resulta de si la causa de actuación es jurídicamente suficiente para limitar o afectar en general al derecho a la intimidad del artículo 8 de la CEDH. La respuesta debe ser afirmativa teniendo en cuenta que el propio TEDH consideró la causa de la lucha contra el tráfico de drogas como suficiente para limitar el derecho a la libertad⁴³⁵. Si vale para las drogas, con mayor motivo para los supuestos de piratería, pues como se ha visto, para ambos supuestos el TEDH recurre a las disposiciones de la CNUDM y en ellas se es mucho más explícita en la lucha contra la piratería.

Pero incluso se puede ir un paso más allá en este análisis: ¿qué sucede con la vigilancia de grandes zonas del mar para prevenir delitos de piratería, de tráfico de drogas o de tráfico de seres humanos? ¿es esta supervisión generalizada, indiscriminada y prolongada en el tiempo razonable en los términos del artículo 8.2. de la CEDH?

⁴³⁴ Artículo 18 CE: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

⁴³⁵ STEDH, de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev and others v. France cit.*

Parte III. La protección internacional de los Derechos Humanos en las operaciones navales en el exterior.

En este sentido debe distinguirse la supervisión y vigilancia general, de aquellos supuestos en la que la misma se centra en buques en concreto. En el primero de los supuestos, y siempre y cuando la intromisión se limite al mero control del tráfico marítimo en labores de vigilancia similares a las que realiza el Centro de Operaciones y Vigilancia de Acción Marítima (en adelante COVAM)⁴³⁶ en nuestras aguas o los servicios de control aéreo con transpondedor regulados por la Organización de la Aviación Civil Internacional, interesándose por la situación y naturaleza de los buques o aeronaves no monitorizados, las tareas de seguimiento no podrían entenderse una vulneración del artículo 8 de la CEDH.

La situación cambia cuando se trata de monitorización e interceptación de las comunicaciones de determinados buques o aeronaves. En este supuesto sí hay una intromisión directa y dirigida a personas concretas que requiere de un mayor grado de supervisión por parte de las autoridades competentes. Estas intromisiones, según viene señalando el TEDH para casos que suceden en tierra, todo sea dicho, requieren la autorización o supervisión de una autoridad judicial o al menos de una autoridad independiente⁴³⁷. O lo que es lo mismo, si

⁴³⁶ El COVAM es el instrumento del que se vale la Fuerza de Acción Marítima para fusionar y analizar la información que recibe de un elevado numero de fuentes, obteniendo una imagen precisa de todo lo que sucede en los espacios marítimos de interés nacional. Esto es lo que se conoce como *Conocimiento del Entorno Marítimo* (CEM). El producto final de este proceso continuo de fusión y análisis es una representación precisa, en tiempo casi real, de la actividad en nuestras aguas, denominada *Recognized Maritime Picture* (RMP). La RMP es el producto final que el COVAM pone a disposición de todos los buques de la Armada que se encuentran en la mar, y de aquellas Agencias Civiles con competencias en ella que lo soliciten. Información de la página oficial del COVAM <https://encomar.covam.es>.

⁴³⁷ La STEDH de 6 de septiembre de 1978, *Klass and others v. Germany* (Application nº 5029/71) (ECLI:CE:ECHR:1978:0906JUD000502971). En sus párrafos 50 y 51 señala que: "50. The Court must be satisfied that, whatever system of surveillance is adopted, there exist adequate and effective guarantees against abuse. This assessment has only a relative character: it depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering such measures, the authorities competent to permit, carry out and supervise such measures, and the kind of remedy provided by the national law.

The functioning of the system of secret surveillance established by the contested legislation, as modified by the Federal Constitutional Court's judgment of 15 December 1970, must therefore be examined in the light of the Convention.

51. According to the G 10, a series of limitative conditions have to be satisfied before a surveillance measure can be imposed. Thus, the permissible restrictive measures are confined to cases in which there are factual indications for suspecting a person of planning, committing or having committed certain serious criminal acts; measures may only be ordered if the establishment of the facts by another method is without prospects of success or considerably

la intervención de comunicaciones privadas se produce desde el buque de guerra o desde la aeronave militar de vigilancia, en el caso español, esta debe ser ordenada por la autoridad judicial competente en el seno de un procedimiento judicial.

Algunos autores plantean dudas relativas a si el buque de guerra puede operar como agente de la autoridad y practicar estas intervenciones, o si por el contrario las mismas sólo pueden ser efectuadas por agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado⁴³⁸.

Estas intervenciones en nuestro Derecho sólo pueden ser practicadas por la Policía judicial, pues así lo dispone la LECrim en su artículo 588 bis c:

“1. El juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud. [...]”

3. La resolución judicial que autorice la medida concretará al menos los siguientes extremos:

- a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.
- b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.

more difficult; even then, the surveillance may cover only the specific suspect or his presumed "contact-persons" (see paragraph 17 above). Consequently, so-called exploratory or general surveillance is not permitted by the contested legislation.

Surveillance may be ordered only on written application giving reasons, and such an application may be made only by the head, or his substitute, of certain services; the decision thereon must be taken by a Federal Minister empowered for the purpose by the Chancellor or, where appropriate, by the supreme Land authority (see paragraph 18 above). Accordingly, under the law there exists an administrative procedure designed to ensure that measures are not ordered haphazardly, irregularly or without due and proper consideration. In addition, although not required by the Act, the competent Minister in practice and except in urgent cases seeks the prior consent of the G 10 Commission (see paragraph 21 above)”.

⁴³⁸ BODINI S.P. (2011) “Fighting Maritime Piracy under de European Convention of Human Rights”, *op. cit.* p. 836.

- c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a.
- d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
- e) La duración de la medida.
- f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.
- g) La finalidad perseguida con la medida.
- h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia”.

Prevé así el apartado d) que la intervención judicial sea practicada necesariamente por la Policía judicial, pudiendo considerarse que el buque de guerra entra en esta categoría por los argumentos empleados anteriormente en el Capítulo correspondiente a la piratería marítima, ya que, el Comandante del buque de guerra y su dotación, en una interpretación conjunta de las disposiciones de la CNUDM en relación a la piratería y demás actividades prohibidas en alta mar, y de las tareas de seguridad marítima ya vistas, entrarían de pleno en el supuesto 4º del artículo 283 de la LECrim al actuar como Jefes, Oficiales e individuos de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores.

Por tanto, el buque de guerra español podría actuar como agente de la Policía judicial bajo mandato judicial en alta mar para practicar intervención de comunicaciones.

Ahora bien, ¿podrían practicarse intervenciones generalizadas o indiscriminadas en aplicación del artículo 588 bis a), de la LECrim?

El tenor del artículo es bastante extenso, pero suficientemente clarificador por si mismo:

- “1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo [intervención de comunicaciones] siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.
- 2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.
- 3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.
- 4. En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:
 - a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o
 - b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.
- 5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad

de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”.

Así las cosas, y siempre y cuando la intervención fuera para la investigación de un delito en concreto, y la autoridad judicial lo hubiera ordenado en atención a los principios que el propio artículo 588.bis a) señala, podrían monitorizarse las comunicaciones de una zona de mar por el buque de guerra o incluso una aeronave militar sin con ello contravenirse el artículo 8 de la CEDH ni la normativa española al respecto.

3. La visita y registro.

3.A. Regulación general de la visita y registro.

Se estudiará en este apartado la interceptación y el abordaje de buques que no sean de Estado, y cómo ha de actuar el buque de guerra en estos casos según la doctrina del TEDH. Antes de entrar en el análisis de la CEDH y de su jurisprudencia, resulta necesario desgajar las distintas actividades que puede llegar a realizar el buque de guerra en este sentido. Estas van desde la mera aproximación para supervisión visual del buque, o lo que se denomina derecho de aproximación, hasta los abordajes no cooperativos fruto de una persecución o de una visita y registro. Veamos, aun someramente cada una de ellas.

La primera de las actividades que se acaban de señalar es el denominado derecho de aproximación, que es el derecho por el que un buque de guerra o la aeronave militar pueden aproximarse a un buque mercante, para verificar la identidad y nacionalidad de los barcos extranjeros que no gocen de inmunidad, sin llegar al examen de su documentación. Si pese a todo el buque de guerra entiende que el buque extranjero realiza actividades sospechosas, en los términos que le autoriza la CNUDM u otro tratado internacional, puede ejercer propiamente del derecho de visita.

Por derecho de visita se entiende la facultad de un buque de guerra para enviar en alta mar una lancha o aeronave al mando de un oficial, para verificar la nacionalidad de un barco extranjero que no goce de inmunidad de jurisdicción⁴³⁹, y si fuera necesario, examinar su documentación a bordo del buque.

Este derecho de visita también se prevé en otros tratados internacionales en los términos vistos en la Parte II de esta tesis.

Los buques que naveguen sin pabellón, con pabellón falso o bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia (artículo 92.2 CNUDM), podrán ser considerados como buques sin nacionalidad y, con arreglo al artículo 110.1.d) CNUDM, podrán ser visitados en los términos previstos en dicho artículo 110.

Solamente los buques de guerra o los de Estado que lleven signos claros y que hayan sido autorizados expresamente para tal fin, pueden hacer uso del derecho de visita. Durante su ejercicio, se podrá proceder a solicitar los documentos que autoricen el uso de la bandera y conducir un examen a bordo del buque sospechoso, el cual deberá llevarse a cabo con todas las atenciones posibles.

El derecho de visita regulado en el artículo 110 CNUDM supone una excepción al principio general en el Derecho Marítimo por virtud del cual un buque en alta mar se encuentra sometido exclusivamente a la jurisdicción del Estado de su pabellón, previsto en el artículo 92.1 de la misma Convención.

En último lugar está el derecho de persecución⁴⁴⁰, consistente en el derecho de un Estado ribereño de emprender la persecución de un buque extranjero cuando tenga motivos fundados para creer que ha cometido una infracción a sus leyes y reglamentos. Como señala el Manual de Derecho del Mar: “[...] este derecho,

⁴³⁹ Con anterioridad se expuso ya convenientemente en qué supuestos los buques gozan de esa inmunidad en alta mar.

⁴⁴⁰ Artículo 111 CNUDM.

por tanto, no se contrae al espacio marítimo en que se ha cometido la violación, sino que se extiende a la alta mar. Es un caso típico de restricción al principio de libertad de navegación en alta mar”⁴⁴¹.

El derecho de persecución requiere que, en el momento de iniciarse, el barco extranjero o una de sus lanchas se encuentre en las aguas interiores, mar territorial, aguas archipelágicas, zona contigua, ZEE, plataforma continental o zonas de seguridad del Estado del buque perseguidor y podrá continuar por fuera de dichos espacios marítimos con la condición de que la persecución no haya sido interrumpida. No se considera interrupción a los efectos vistos un cambio en el tipo de agente del Estado ribereño que realiza la persecución, así puede comenzar esta una aeronave y continuarla un buque de guerra o viceversa.

Huelga decir que la persecución sólo podrá iniciarse en la zona contigua, ZEE, plataforma continental o zonas de seguridad si es por la infracción de alguno de los derechos para cuya protección fueron creadas esas zonas.

El derecho de persecución sólo podrá ser ejercido por buques de guerra o aeronaves militares, o por buques o aeronaves de Estado que lleven signos claros y estén autorizados expresamente a tal fin. El derecho de persecución cesará cuando el buque perseguido entre en el mar territorial del Estado de su pabellón o en el de un tercer Estado⁴⁴².

3.B. Valor de las actuaciones si no media autorización del Estado del pabellón. Análisis especial del tráfico de drogas.

El ejercicio del derecho de visita y registro se basa, como en capítulos anteriores se ha indicado, en el consentimiento del Estado del pabellón del buque visitado,

⁴⁴¹ Vid. MINISTERIO DE DEFENSA, (2016), *Manual de Derecho del Mar*, op. cit. p. 149.

⁴⁴² Igualmente, el Estado que aprese un buque extranjero deberá notificarlo al Estado del pabellón del buque apresado.

excepción sea hecha de los supuestos en que esta queda dispensada por ministerio de la CNUDM, o por otro tratado internacional que entre los signatarios dispense de este requisito.

La materia en la que esta cuestión plantea más problemas prácticos es en la del tráfico de drogas, y la aplicación del artículo 17 de la CNUTD, y cuyas previsiones se han analizado detalladamente en capítulos anteriores, que establecen el requisito de la autorización del Estado del pabellón para la intervención.

Resulta ejemplificativo de lo apuntado el siguiente supuesto práctico que se intentará solucionar aplicando la propia Convención y nuestro Derecho interno. Es el caso de una planeadora que una noche de luna nueva transita cargada de lo que parecen ser fardos de droga a gran velocidad en aguas próximas a la zona contigua de nuestro mar territorial. Al sentirse vigilada acelera su marcha y empieza a arrojar por borda los fardos que, debidamente preparados con anterioridad se hunden rápidamente impidiendo su recogida. El factor tiempo es determinante para efectuar una intervención exitosa y aprehender a los sospechosos y a su cargamento⁴⁴³. Si se acude a los mecanismos de autorización previstos en el artículo 17 del CNUTD, por muy rápido que llegue la autorización del Estado del pabellón, esta sin duda llegará tarde, pues la tripulación de la planeadora está compuesta por avezados contrabandistas que necesitan pocos minutos para deshacerse de las pruebas de su delito. El curso normal de la autorización requiere la elevación de la misma por la cadena nacional, que se efectúe la llamada a la autoridad del Estado del pabellón designada ante el Secretario General de las Naciones Unidas⁴⁴⁴, que se produzca una respuesta, que esta sea positiva, y que esta llegue de nuevo a la

⁴⁴³ Cargamento que va a constituir la principal prueba de cargo en sede judicial, tal y como acertadamente indica FERNANDEZ FERRER, C.M. (2015), “Itinerario del Comandante ante un delito de drogas en alta mar”, *TSIJ del Curso de Derecho aplicable a las operaciones navales para miembros del Cuerpo Jurídico Militar*, Madrid.

⁴⁴⁴ Conforme al artículo 7.8 de la CNUTD.

unidad que se encuentra en plena persecución. Lo lógico es que la autorización llegue, pero que lo haga tarde.

Pero, ¿qué pasaría si entre que se cursa la petición de autorización y esta llega se intercepta la embarcación y se detiene a sus tripulantes? Ha de acudirse a nuestra jurisprudencia interna para analizar la respuesta que da España a la problemática de la ausencia de autorización del Estado del pabellón, y sobre todo a la validez de las actuaciones realizadas de cara a poder lograr una condena penal en los tribunales españoles. Así la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 28/2008 de 22 de julio⁴⁴⁵, que por su relevancia y claridad transcribimos en sus párrafos esenciales, señaló que:

“[...] en cuanto se tuvo conocimiento del pabellón del buque se remitió oficio al embajador de Guinea Bissau en España, dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo 561 LEcrim. Conviene no obstante recordar, como hace la STS 229/2008, de 15 de mayo, de plena aplicación al caso que nos ocupa, que “la conclusión respecto de la ilicitud en la obtención de la prueba, no se ve alterada por el hecho de la existencia, o no del permiso por parte de la Autoridades de la nación de abanderamiento del buque, para realizar el referido abordaje” (SSTS de 19 de septiembre de 2005 y 20 de enero de 2007) [...]. Por tanto, se trataría, en todo caso, de una materia a debatir en el ámbito de las relaciones entre Estados, sin repercusión alguna en orden al valor intraprocesal de las pruebas obtenidas(STS 229/2008, de 15 de mayo ya citada). Tal incumplimiento de las normas que prevén estas autorizaciones, sigue diciendo esta resolución, no determina vulneración del derecho de los acusados, ni constituye un defecto que pueda invalidar el proceso, ni condiciona la jurisdicción del Estado que ejerza aquella de acuerdo con su propio derecho penal internacional. En todo caso, puede constituir una

⁴⁴⁵ La sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 28/2008 de 22 de julio, [ECLI:ES:AN:2008:5676], fue ratificada por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 1004/2009, de 19 de octubre [ECLI:ES:AN:2008:5676].

irregularidad que no invalida el abordaje ni extiende sus consecuencias a la valoración de la prueba obtenida, máxime cuando las normas de derecho penal internacional contenidas en el artículo 23 LOPJ establecen, sin duda, la competencia universal de la jurisdicción española para conocer de los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes”.

De la lectura del texto transscrito de la sentencia puede extraerse una conclusión clara, y es que en caso de detectarse un delito flagrante de tráfico de drogas y no ser posible, por limitaciones de tiempo, esperar a obtener la autorización del Estado del pabellón, se podría proceder a su abordaje sobre la base de la CNUTD, que prima la cooperación entre los países que lo hayan suscrito en pro de la lucha contra el narcotráfico, resolviéndose la cuestión de la pertinente autorización, o su realización defectuosa o a autoridad distinta de la prevista, entre los Estados en cuestión, en el ámbito internacional. Pero por supuesto, esta conclusión sólo es válida entre Estados firmantes de la citada CNUTD, no pudiendo aplicarse a los buques de pabellón de Estados no signatarios de la misma.

Por supuesto, si la intervención efectuada en estas situaciones es lícita⁴⁴⁶, son igualmente lícitas a efectos procesales las pruebas que se hayan recabado como consecuencia de las mismas. Ello con absoluta independencia de las posibles responsabilidades internacionales en las que pueda incurrir el Estado que comete la irregularidad al no poder esperar a recibir la autorización del Estado del pabellón.

3.C. Procedimientos operativos de los *trozos de visita y registro*.

Antes de entrar en las exigencias del TEDH, conviene exponer, aunque sea someramente, el modo de actuar de los TVR y sus procedimientos operativos

⁴⁴⁶ Y debe entenderse que lo es, pues así lo ha señalado nuestro Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones como la propia sentencia citada pone de manifiesto.

Parte III. La protección internacional de los Derechos Humanos en las operaciones navales en el exterior.

en todo este elenco de Operaciones de Interdicción Marítima (en adelante Operaciones MIO)⁴⁴⁷.

La doctrina general sobre Operaciones MIO está recogida en la publicación OTAN ATP-71⁴⁴⁸, sancionada por España sin reservas, e incorporada a la Doctrina nacional por medio de la Directiva de Seguridad Física 71 no clasificada de la Flota D-SF-71 “PROCEDIMIENTOS DE ACTUACIÓN DE LOS TROZOS DE VISITA Y REGISTRO”⁴⁴⁹.

Las operaciones MIO se enmarcan en las medidas implantadas para interceptar el transito de personas y mercancías dentro de un área geográfica definida. Normalmente se restringen a la interceptación y si fuese necesario al abordaje y la visita y registro de buques para verificar su carga. Las unidades implicadas normalmente proceden a efectuar la interrogación del buque; a enviar un TVR y registro al mando de un oficial para ejercer el derecho de visita y registro; y a examinar la documentación y carga del buque.

Igualmente proceden a la búsqueda de evidencias de que a bordo del buque registrado se transportan cargas prohibidas; ordenan la diversión⁴⁵⁰ de los buques que no cumplen con las directrices de las autoridades que sancionan la operación; y en el caso de buques que se niegan a ser divertidos, efectúan el apresamiento o captura del buque y de su carga.

⁴⁴⁷ En terminología internacional se denominan Operaciones MIO expresión que procede de sus siglas en inglés, *Maritime Interdiction Operation*.

⁴⁴⁸ A esta publicación pueden acceder los usuarios registrados en el portal LAWFAS (*Legal Advisors Worktop Functional Area System*) donde los Asesores Jurídicos de la OTAN disponen de varias herramientas de localización de normativa. Si bien la publicación en sí no tiene grado de clasificación, se estudiará únicamente, y por razones de reserva, exclusivamente la documentación nacional que la implementa en nuestra doctrina, y sólo hasta el punto que resulte sea necesario para la comprensión de las cuestiones que aquí se abordan.

⁴⁴⁹ Esta publicación, si bien no tiene ningún grado de reserva, no ha sido objeto de difusión fuera de las Fuerzas Armadas, motivo por el cual solo se citarán aquí sus extremos más relevantes para comprender las acciones de los Trozos de visita y registro.

⁴⁵⁰ Ha de aclararse que aquí el término diversión se emplea en su poco común, fuera de los ámbitos militares, tercera acepción: “3. f. Mil. Acción de distraer o desviar la atención y fuerzas del enemigo”.

Este tipo de operaciones tienen dos objetivos, uno principal y otro secundario. El principal es determinar si un buque está cumpliendo o está violando la resolución por la cual se están llevando a cabo las operaciones de interdicción marítima, y el secundario es la recopilación de inteligencia acerca del itinerario del buque y sus intenciones futuras, y de la actividad militar y mercante en el área de operaciones MIO.

Según las publicaciones oficiales⁴⁵¹, se contemplan tres tipos de operaciones MIO:

a. Sin Oposición (*Unopposed boarding*): aquella en la cual el Capitán del buque visitado cumple con las directrices que le da el Comandante de la Escena de Acción (*On scene Commander -OSC*) y se dan los siguientes requisitos:

- Aparentemente no se emplean medidas activas o pasivas para impedir la visita y registro.
- No hay inteligencia de que el buque visitado suponga una amenaza.

b. No cooperativo (*Non-cooperative Boarding*): Es aquel en el que no hay inteligencia de que el buque a visitar suponga una amenaza y en el que se cumplen alguna o todas de las siguientes condiciones:

- El Capitán del buque a visitar no contesta a las comunicaciones, se muestra poco colaborador a justificar su presencia en ese área, o se niega continuamente a que se efectúe el abordaje de su buque.
- Se efectúan medidas pasivas con el fin de retrasar, impedir, complicar o disuadir de que se efectue el abordaje del buque sospechoso; medidas todas que pueden ser superadas con medios mecánicos.
- Se efectúan medidas de resistencia pasiva con el único fin de retrasar, impedir, complicar o disuadir de que se efectúe la visita y registro del

⁴⁵¹ Se trata de la ya citada Directiva de Seguridad Física 71 no clasificada de la Flota.

buque sospechoso; medidas todas que puedan ser superadas con medios mecánicos.

c. Con oposición (*Opposed boarding*): Es aquella en la que se dan cualquiera de estas circunstancias:

- El Capitán del buque a visitar se niega activamente a que se efectúe el abordaje.
- Las medidas de resistencia pasiva que tome el buque, están claramente orientadas a infilir daños al TVR o a que el abordaje y la visita y registro se efectúe en un ambiente muy peligroso.
- Existe inteligencia de que exista una posible amenaza en el buque a visitar o el buque es sospechoso de transportar contrabando terrorista.

También se contempla la posibilidad de las denominadas visitas consensuadas. Se define así aquella que se produce como invitación del Capitán del buque o de la persona a cargo, que no estará sujeto por lo tanto a la jurisdicción del Oficial del TVR. El consentimiento del Capitán del mercante permite la visita, pero no permiten otras medidas de imposición de la ley, tales como el arresto o apresamiento/captura del buque. Por lo tanto, una visita consensuada no forma parte del ejercicio de la imposición de la ley marítima *per se*. De cualquier forma, este tipo de visitas tienen la utilidad de permitir una verificación rápida de la legitimidad de la navegación del buque, obteniendo o confirmando los documentos del buque, carga, y registros de navegación, sin retrasar la navegación del buque visitado. Mas desde el punto de vista jurídico que aquí nos ocupa, las complejidades de visitas consensuadas no son tales.

Estas denominadas visitas consensuadas son lo que en la Operación *Atalanta* y en la terminología naval en general se conoce como *friendly approach*. Básicamente consisten, en el caso de la Operación *Atalanta*, en la aproximación física con una embarcación ligera a la embarcación de la que se quiere obtener información. En algunos supuestos es suficiente abarloarse ambas plataformas y en otras se sube a bordo con el permiso del patrón de la embarcación. A

continuación, se mantiene una conversación en la que los agentes de la Operación obtienen diversa información como el puerto base de la embarcación, el destino, el tiempo que llevan navegando, o si han instado alguna autorización administrativa de alguna autoridad somalí y en caso afirmativo de cuál⁴⁵². La información así obtenida es empleada por el Estado Mayor de la Operación para conocer el tipo de actividades que se realizan en las aguas objeto de vigilancia, y qué autoridad local está expidiendo las pertinentes autorizaciones, toda esta actividad sirve para obtener lo que se denomina el patrón de vida en esas aguas o *pattern of life* en su denominación inglesa. Con los datos obtenidos por esta vía, así como por otras fuentes abiertas y canales diplomáticos, se pueden ajustar las operaciones navales para lograr un mayor impacto en la consecución de su objetivo último que, para el caso de *Atalanta*, no es otro que la erradicación de la piratería marítima.

3.D. El posicionamiento del Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

El TEDH tuvo ocasión de pronunciarse extensamente sobre las actuaciones de los agentes de los Estados Parte en la CEDH en el ya visto asunto del *Winner*, que dio lugar a su sentencia *Medvedyev y otros v. Francia*.

⁴⁵² En el curso de mi primer despliegue en la Operación *Atalanta* a bordo del BAM *Relámpago*, tuve la ocasión de acudir personalmente con el TVR, que son quienes normalmente protagonizan estos *friendly approach*, y subir a bordo de varias embarcaciones visitadas. Las escenas en ellas vividas eran un ejemplo claro de diplomacia de proximidad, el Oficial encargado de la visita obtenía la información correspondiente mientras ilustraba al Patrón de la embarcación visitada de los fines de la Operación *Atalanta* y los medios de contacto con la misma en caso de que tuviera algún incidente -tanto por teléfono satelital como por el canal 16 de emergencias por radio-. Mientras este hacia estas averiguaciones, el Oficial enfermero del buque hacía las curas de primeros auxilios que pudieran requerir los pescadores pues era habitual algún corte o alguna patología de otro tipo, igualmente se les proveía de agua embotellada y algún alimento como podía ser galletas o similares que eran siempre bien recibidas. Todas estas acciones, que se desarrollaban a una temperatura media superior a los 35 grados y en un viciado contexto de penetrante olor a cebo podrido y *qat* -que es una droga propia de aquellas zonas que dicen tiene efectos mitigadores del hambre entre otros- lograban un doble efecto, la obtención de la información buscada, y concienciar a los visitados de que los buques de la Operación *Atalanta* estaban allí para ayudar, con lo que la colaboración en futuros encuentros era siempre más sencilla.

Esta sentencia es especialmente relevante y como tal se ha ido tratando en otros espacios de esta tesis, pero es traída aquí a colación con ocasión de determinar la aplicabilidad general de la CEDH a las intervenciones de agentes del Estado a bordo de buques de terceros países. Esta atribución de competencia la fija el párrafo 67 de la sentencia y debemos entender que se extiende sobre las acciones que a bordo sucedieran en tanto que el buque, mientras se realiza la visita y registro, está bajo el control y responsabilidad del Oficial jefe del TVR⁴⁵³.

Las implicaciones de esta atribución competencial son importantes, toda vez que de la misma se puede inferir que los agentes del Estado Parte en la CEDH que actúan en el TVR, responden por sus acciones directas igual que si actuaran en cualquier otro lugar, pero asumen también un papel de garantes del respeto a la CEDH en todas las acciones derivadas del control efectivo y directo del buque visitado y registrado. Debe entenderse así que el buque está bajo su control y que el ejercicio de ese control real del buque deben respetar, además de las reglas de su Derecho interno que regulen estas intervenciones, la propia CEDH, absteniéndose de violentar los derechos allí reconocidos de los tripulantes, o que la propia embarcación bajo su control pueda causar daño alguno por un poco cuidadoso manejo de la misma.

4. El derecho a la vida privada en la intervención a bordo.

El acceso a un buque, lugar donde la tripulación del mismo está viviendo en el momento de la navegación, conduce a poder afirmar sin margen de dudas que por la propia visita y registro se está desarrollando objetivamente una intromisión más o menos grave en la intimidad de esas personas. No es necesario a los efectos aquí abordados, entrar a determinar si los buques mercantes han de ser considerados o no domicilio de la tripulación, pues esta es una cuestión

⁴⁵³ El párrafo 67 señala que: “67. That being so, the Court considers that, as this was a case of France having exercised full and exclusive control over the Winner and its crew, at least de facto, from the time of its interception, in a continuous and uninterrupted manner until they were tried in France, the applicants were effectively within France’s jurisdiction for the purposes of Article 1 of the Convention (contrast *Banković and Others*, cited above)”.

estrictamente concerniente al Derecho interno y que ha sido reiteradamente abordada por nuestro Tribunal Supremo⁴⁵⁴.

Otra cuestión que ha de ser abordada es la de si los TVR tienen capacidad legal para registrar si con ello se puede llegar a vulnerar la intimidad de la dotación del buque visitado y registrado. Los TVR aparecen previstos en el principal instrumento de Derecho Internacional del mar como es la CNUDM, en concreto en artículo 110.2 visto. Este Tratado internacional es el resultado de largas tareas codificadoras y arroja un texto en el que, en gran medida, cristalizan o al menos se declaran una serie de costumbres del Derecho Internacional Público en materia de Derecho del Mar. España ha ratificado la indicada CNUDM y en aplicación del artículo 96 de la Carta Magna⁴⁵⁵, los TVR cuentan con habilitación legal para actuar en los términos que se señala en la propia CNUDM. No existiendo dudas al respecto.

Ahora bien, sentada claramente la habilitación legal para actuar de estos TVR, es importante matizar el cómo han de hacerlo. No se trata de un registro domiciliario, institución esta propia del Derecho interno, y que estaría fundamentado por otra serie de motivos diferentes a los vistos para el derecho de visita y que habría que llevar a cabo con los requisitos constitucional y

⁴⁵⁴ Véase al respecto la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 151/2006 de 20 febrero [ECLI:ES:TS:2006:717] que resume la consideración de los camarotes como domicilio de la tripulación: “C) Tampoco cabe hablar de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE, simplemente porque las embarcaciones no constituyen domicilio a estos efectos constitucionales, salvo en aquellas partes destinadas específicamente a los camarotes, dormitorios de la tripulación o pasajeros, u otros lugares reservados para una persona o grupo de personas. Y ello aunque se tratare de un yate o embarcación de recreo, como en el caso aquí examinado, en el que podría predominar el aspecto de lugar destinado a la vida personal o familiar, íntima en todo caso, que es lo que constituye la razón de ser de esta inviolabilidad proclamada en el art. 18.2 CE; porque en el presente caso este tipo de embarcación se estaba utilizando, no para tal finalidad de convivencia con la familia o amistades, sino sólo para el transporte de mercancía, en este caso ilícita, ya que se trataba de hachís en cantidades elevadas”.

⁴⁵⁵ Artículo 96: “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94”.

Parte III. La protección internacional de los Derechos Humanos en las operaciones navales en el exterior.

legalmente fijados para ello⁴⁵⁶. Dicho de otra manera, todo el acervo legal que las normativas nacionales internas establecen respecto de las entradas y registros en domicilios no resultan aplicables al derecho de visita. Este derecho de visita es una institución propia del Derecho Internacional, tal y como arriba hemos expuesto, y es por tanto, *a priori*, autónoma.

Y es autónoma sólo *a priori*, en la medida en que sí se ve afectada por otras Convenciones internacionales posteriores, como es la propia CEDH.

Es que, efectivamente, no puede perderse de vista que la intromisión que se hace en el espacio donde los tripulantes hacen su vida puede ser una intromisión a su intimidad, y en la medida en que sea realizada por agentes de un Estado signatario de la CEDH, dicha Convención ha de ser respetada.

Todas las actividades a desarrollar por los TVR pueden afectar, en la medida en que los buques son propiedad privada, al Derecho a la privacidad que contempla el artículo 8 de la CEDH y que señala lo siguiente:

- “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
- 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁴⁵⁶ Artículo 18.2 de la Constitución Española; artículos 545 y siguientes de la LECrim; artículo 15 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015; artículo 18.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 21 de junio, reguladora de los estados de Alarma, Excepción y Sitio –en aplicación del artículo 55 de la Constitución Española-, BOE núm. 134, de 5 de junio de 1981.

La vida privada a la que se refiere el artículo 8 es un concepto muy amplio y muy poco definido, que, tal y como ha señalado el propio TEDH, no es susceptible de una definición cerrada y concreta⁴⁵⁷.

La injerencia en la vida privada que supone la visita y registro ha de estar cubierta por el apartado segundo transrito. Obviamente la injerencia está prevista en una disposición legal, concretamente en la CNUDM, y por tanto, los supuestos en los que puede practicarse según la citada CNUDM y anteriormente expuestos, entran también dentro de esa intervención necesaria para la seguridad nacional, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. El problema surge cuando se ha de concretar a partir de qué momento podría entenderse que hay indicios suficientes que justifiquen o amparen esta injerencia.

Así puede traerse a colación el caso de *Gillian y Quinton v. Reino Unido*⁴⁵⁸. En este caso se demandó a este Estado por la violación de la intimidad que supuso parar y registrar a unos participantes en una manifestación sin que existiese indicio alguno de una conducta indebida o ni tan siquiera sospechosa. Los agentes ingleses actuaron bajo la cobertura legal que les ofrecía la *Terrorism Act 2000*, concretamente sus secciones 44 y 47⁴⁵⁹, y en el contexto de unas

⁴⁵⁷ Véase la STEDH de 25 de marzo de 1993, *Costello-Roberts v. United Kingdom* (Application nº 13134/87), (ECLI:CE:ECHR:1993:0325JUD001313487), que en su párrafo 36 señala: que: "36. The Court agrees with the Government that the notion of "private life" is a broad one, which, as it held in its recent judgment in the case of *Niemietz v. Germany* (16 December 1992, Series A no. 251-B, p. 11, para. 29), is not susceptible to exhaustive definition".

⁴⁵⁸ STEDH de 12 de enero de 2010, *Gillian and Quiton v. United Kingdom* (Application nº 4158/05), (ECLI:CE:ECHR:2010:0112JUD000415805).

⁴⁵⁹ *Terrorism Act 2000, section 44: Power to stop and search. Authorisations.*

(1) An authorisation under this subsection authorises any constable in uniform to stop a vehicle in an area or at a place specified in the authorisation and to search—

- (a) the vehicle;
- (b) the driver of the vehicle;
- (c) a passenger in the vehicle;

Parte III. La protección internacional de los Derechos Humanos en las operaciones navales en el exterior.

manifestaciones antimilitaristas practicaron dos registros que no duraron más de media hora pero sin encontrar evidencia alguna de actividad ilegal en los registrados. Estos eran personas que pretendían asistir a la manifestación y que no habían mostrado actitud sospechosa alguna. El TEDH, tras analizar detalladamente las argumentaciones de ambas partes, resuelve que existe violación del artículo 8 de la CEDH. Señala en su párrafo 87 que:

“87. In conclusion, the Court considers that the powers of authorisation and confirmation as well as those of stop and search under sections 44 and 45 of the 2000 Act are neither sufficiently circumscribed nor subject to adequate legal safeguards against abuse. They are not, therefore, “in accordance with the law” and it follows that there has been a violation of Article 8 of the Convention”.

Pero realmente, de la sentencia del TEDH se extrae la conclusión de que lo que supuso la verdadera violación del derecho a la vida privada fue la arbitrariedad en la actuación de los agentes del Estado.

(d)anything in or on the vehicle or carried by the driver or a passenger.

(2)An authorisation under this subsection authorises any constable in uniform to stop a pedestrian in an area or at a place specified in the authorisation and to search—

(a)the pedestrian;

(b)anything carried by him.

(3)An authorisation under subsection (1) or (2) may be given only if the person giving it considers it expedient for the prevention of acts of terrorism.

(4)An authorisation may be given—

(a)where the specified area or place is the whole or part of a police area outside Northern Ireland other than one mentioned in paragraph (b) or (c), by a police officer for the area who is of at least the rank of assistant chief constable;

(b)where the specified area or place is the whole or part of the metropolitan police district, by a police officer for the district who is of at least the rank of commander of the metropolitan police;

(c)where the specified area or place is the whole or part of the City of London, by a police officer for the City who is of at least the rank of commander in the City of London police force;

(d)where the specified area or place is the whole or part of Northern Ireland, by a member of the Royal Ulster Constabulary who is of at least the rank of assistant chief constable”

Difícilmente podría darse un supuesto semejante en el caso de el ejercicio del derecho de visita, pues se exige por el artículo 110 de la CNUDM la existencia de un motivo razonable para sospechar que el buque esta realizando alguna de las conductas prohibidas por dicho artículo. No obstante, si la injerencia que supone la visita y registro estuviera carente de cualquier justificación razonable, podría existir una posible violación del artículo 8 de la CEDH, y ello sin perjuicio del derecho del buque mercante visitado y registrado a solicitar una indemnización por los perjuicios que le haya podido ocasionar el ejercicio de este derecho por el buque de guerra en los términos que se establecen en el artículo 110.3 de la CNUDM: “3. Si las sospechas no resultan fundadas, y siempre que el buque visitado no haya cometido ningún acto que las justifique, dicho buque será indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido”.

5. El uso de la fuerza y el derecho a la vida y la prohibición de los tratos degradantes.

En el ejercicio del derecho de visita, y en general en toda operación de interdicción marítima (MIO), el uso de la fuerza es una variable con la que hay que contar. Precisamente en su previsión se establecen unas concretas reglas de enfrentamiento para los responsables de abordar y registrar el buque visitado que modulan y ordenan debidamente el uso de la fuerza y evitan o minimizan las posibilidades de una escalada innecesaria en la fuerza⁴⁶⁰.

No obstante, y por mucha regla de enfrentamiento con la que se cuente, y por muy instruido y adiestrado que esté el TVR, en los abordajes no cooperativos las posibilidades de la causación de daños físicos en el ejercicio de sus cometidos o incluso en los estrictos supuestos de autodefensa es una realidad. Este riesgo se ve incrementado exponencialmente en aquellos supuestos en los que se trate de una operación MIO con oposición.

⁴⁶⁰ Pueden definirse las *Reglas de Enfrentamiento* como aquellas órdenes que determinan a la unidad militar -o policial- dónde, cuándo, contra quién y con qué intensidad se puede hacer uso de la fuerza o abrir fuego. Se rigen siempre en su aplicación por los principios básicos de necesidad y proporcionalidad.

Parte III. La protección internacional de los Derechos Humanos en las operaciones navales en el exterior.

En estos casos, es posible la concurrencia del artículo 2 o del artículo 3 de la CEDH⁴⁶¹. El elemento principal en estos supuestos es el de la proporcionalidad de la fuerza. Este parámetro, que es en el que se basa igualmente nuestro Derecho interno sobre la materia, ha sido el eje de la argumentación del TEDH en el caso *McCann v. Reino Unido*⁴⁶².

En el caso *McCann*, ante una amenaza de atentado terrorista del *Irish Republican Army* en la colonia británica de Gibraltar, soldados de operaciones especiales británicos fueron enviados para combatir esta amenaza. Las fuentes de inteligencia señalaban que los terroristas iban a colocar un coche bomba para explosionarlo en algún lugar de la colonia. Esas mismas fuentes indicaban que los terroristas iban armados y provistos de dispositivos de control remoto para accionar los explosivos, y que no dudarían en abrir fuego en caso de que fueran descubiertos. Los militares destacados tenían unas claras reglas de enfrentamiento que señalaban en lo relativo al uso de la fuerza que esta estaba prácticamente limitada a la legítima defensa cuando hubiera un riesgo para la vida de alguien⁴⁶³, pero resultaban muy laxas en cuanto a las advertencias previas.

⁴⁶¹ Artículo 2. Derecho a la vida: “1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

Artículo 3. Prohibición de la tortura: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

⁴⁶² STEDH de 27 de septiembre de 1995, *McCann and others v. United Kingdom* (Application nº 18984/91), (ECLI:CE:ECHR:1995:0927JUD001898491).

⁴⁶³ Concretamente establecían que: "Use of force [...] 4. You and your men will not use force unless requested to do so by the senior police officer(s) designated by the Gibraltar Police Commissioner; or unless it is necessary to do so in order to protect life. You and your men are not then to use more force than is necessary in order to protect life [...] Opening fire

La inteligencia con la que contaban y las concretas reglas de enfrentamiento aprobadas para la operación, llevaron a los soldados británicos a abrir fuego casi inmediatamente sin dar apenas tiempo de rendirse a los sospechosos. A esto se añade que los terroristas no iban armados.

Pese que el riesgo para el equipo militar no era real, pues como señala la sentencia, los sospechosos no iban armados, el propio Tribunal entendió que toda la errónea información de inteligencia habían llevado al equipo operativo al convencimiento de que el uso de la fuerza letal era absolutamente necesario, pero que en cualquier caso, con error en la percepción o no, el uso de la fuerza no era absolutamente necesario y por tanto declaró la violación del artículo 2 de la CEDH.

“213. In sum, having regard to the decision not to prevent the suspects from travelling into Gibraltar, to the failure of the authorities to make sufficient allowances for the possibility that their intelligence assessments might, in some respects at least, be erroneous and to the automatic recourse to lethal force when the soldiers opened fire, the Court is not persuaded that the killing of the three terrorists constituted the use of force which was no more than absolutely necessary in defence of persons from unlawful violence within the meaning of Article 2 para. 2 (a) (art. 2-2-a) of the Convention.

5. You and your men may only open fire against a person if you or they have reasonable grounds for believing that he/she is currently committing, or is about to commit, an action which is likely to endanger your or their lives, or the life of any other person, and if there is no other way to prevent this.

Firing without warning

6. You and your men may fire without warning if the giving of a warning or any delay in firing could lead to death or injury to you or them or any other person, or if the giving of a warning is clearly impracticable.

Warning before firing

7. If the circumstances in paragraph 6 do not apply, a warning is necessary before firing. The warning is to be as clear as possible and is to include a direction to surrender and a clear warning that fire will be opened if the direction is not obeyed”.

214. Accordingly, the Court finds that there has been a breach of Article 2 (art. 2) of the Convention".

Así las cosas, y extrapolando esta postura del Tribunal a las operaciones MIO, cuando en la misma concurra una baja ajena o incluso una lesión que pudieran vulnerar los artículos 2 ó 3 de la CEDH, puede concluirse que el escrutinio de la operación será exhaustivo y no va a quedar circunscrito a la actuación del TVR y a la motivación de su concreta acción, sino que incluso podrá extenderse a la operación en su conjunto, como el TEDH hizo en el caso *Mc Cann*.

En cualquier caso, nada de esta sentencia afecta a la posibilidad de la legítima defensa, que en caso de operar eximirá de cualquier tipo de vulneración del artículo 2, tal y como él mismo indica en su apartado 2.2.a).

Aun más complejo resulta el supuesto en el que la operación MIO sea una operación de rescate de rehenes. Sobre este particular existe también una sentencia del TEDH que puede arrojarnos cierta luz sobre lo controvertido del artículo 2 en ese supuesto. Se trata del caso *Andronicou y Constantinou v. Chipre*⁴⁶⁴.

En este caso un secuestro resultó finalmente en la muerte del secuestrador y de una mujer secuestrada pero no a manos del secuestrador si no de la propia policía. En este caso las autoridades policiales intentaron negociar con el secuestrador⁴⁶⁵, y cuando contaron con elementos de inteligencia que les hacían temer por la vida de la rehén decidieron intervenir. Dicha intervención fue efectuada por personal altamente instruido y adiestrado para no abrir fuego salvo que temieran por la vida de la rehén o la suya propia. Durante el proceso el

⁴⁶⁴ STEDH de 9 de octubre de 1997, *Andronicou and Constantinou v. Chipre*, (Application nº 25052/94), (ECLI:CE:ECHR:1997:1009JUD002505294).

⁴⁶⁵ Quien a su vez era pareja sentimental de su rehén.

Tribunal entendió que el personal policial creía fuera de toda duda que la fuerza letal era necesaria para salvar al vida del rehén e incluso la suya propia para evitar que el secuestrador hiciera uso de un arma. Declarando por tanto que no había violación del artículo 2 de la CEDH pues el uso de la fuerza letal era necesario para defender la vida de una persona contra una agresión ilegítima en los términos del artículo 2.2.a).

Concretamente el TEDH argumenta que:

“194. Having regard to its findings in regard to the planning and control of the rescue operation and to the administration of force, the Court concludes that in the circumstances the killing of the couple resulted from the use of force which was no more than absolutely necessary in defence of persons from unlawful violence within the meaning of Article 2 § 2 (a) of the Convention and to effect a lawful arrest within the meaning of Article 2 § 2 (b)”.

Puede extraerse así de este asunto una consecuencia para el rescate de rehenes a bordo, y es que cuando exista una amenaza real para la vida del rehén o del propio equipo de intervención, quitar la vida al secuestrador, e incluso al rehén –obviamente por accidente- no supondrá una violación del artículo 2 de la CEDH.

Puede resultar ilustrativo dar una vuelta de tuerca más a la argumentación relativa a la posible vulneración del artículo 2 de la CEDH. Y es que los derechos previstos en la CEDH no son simplemente obligaciones negativas para los Estados. O dicho en otros términos, el Estado no sólo ha de respetar la prohibición del artículo 2 en el sentido de no privar a nadie de su vida intencionadamente. Los Estados tienen también la obligación de proteger la vida

Parte III. La protección internacional de los Derechos Humanos en las operaciones navales en el exterior.

de aquellos que están bajo su jurisdicción, y así se ha pronunciado el TEDH, entre otros, en el Caso *Osman v. Reino Unido*⁴⁶⁶.

En este caso, el TEDH señala que:

“115. The Court notes that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (see the L.C.B. v. the United Kingdom judgment of 9 June 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-III, p. 1403, § 36). It is common ground that the State’s obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal- law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions. It is thus accepted by those appearing before the Court that Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual. The scope of this obligation is a matter of dispute between the parties”.

Fija el TEDH su criterio al final del párrafo siguiente, estableciendo que esta obligación de los Estados de proteger la vida de los rehenes se satisfice si han tomado todas las medidas que resulten razonables para ello:

“For the Court, and having regard to the nature of the right protected by Article 2, a right fundamental in the scheme of the Convention, it is sufficient for an applicant to show that the authorities did not do all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk

⁴⁶⁶ STEDH de 28 de octubre de 1998, *Osman v. United Kingdom*, (Application nº 23452/94), (ECLI:CE:ECHR:1998:1028JUD002345294).

to life of which they have or ought to have knowledge. This is a question which can only be answered in the light of all the circumstances of any particular case".

Pronunciamientos similares de la existencia de una obligación positiva de los Estados de proteger la vida se han planteado en asuntos como *Maiorano y otros v. Italia*⁴⁶⁷, *Opuz v. Turquia*⁴⁶⁸ y *Rantsev v. Chipre y Rusia*⁴⁶⁹.

En definitiva, dejar de actuar por temor a causar un daño en el supuesto en que el rescate de rehenes no discurre como se pretende tampoco resulta una opción a la luz de la CEDH, quedando los Estados enfrentados al dilema de actuar para intentar salvar a los rehenes y que algo salga mal con lo que se vulneraría el derecho a la vida del artículo 2, o no actuar incumpliendo su obligación de garantizar la vertiente positiva del derecho, con lo que también estarían conculcando el artículo 2 de la Convención. Dicho de otro modo, los representantes del Estado en la concreta crisis de rehenes han de hacer un calculo de probabilidades y tomar la decisión que, a la vista de la información y datos de los que dispongan en ese momento, parezca más razonable y lógica para salvar la situación cumpliendo con su deber.

6 Lectura de derechos al detenido a bordo.

En aquellos supuestos en los que hecha la intervención se encuentren elementos suficientes para proceder a la detención, pueden surgir una serie de dudas respecto de los derechos del detenido.

⁴⁶⁷ STEDH de 15 de diciembre de 2009, *Maiorano and others v. Italy* (Application nº 28634/06) (ECLI:CE:ECHR:2009:1215JUD002863406).

⁴⁶⁸ STEDH de 9 de junio de 2009, *Opuz v. Turkey* (Application nº 33401/02) (ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102).

⁴⁶⁹ STEDH de 7 de enero de 2010, *Rantsev v. Cyprus and Russia* (Application nº 25965/04) (ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504).

Parte III. La protección internacional de los Derechos Humanos en las operaciones navales en el exterior.

Así la CEDH señala en su artículo 5.2 que: “2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella”.

Esto implica que cuando en el ejercicio de una operación de interdicción marítima se practique una detención, el sujeto detenido ha de ser informado de una manera simple, exenta de lenguaje técnico incomprensible para alguien de su formación, de los motivos de su detención y de los cargos existentes contra él⁴⁷⁰.

Esta obligación aparece conveniente concretada por el TEDH en el asunto *Ladent v. Polonia*⁴⁷¹. En este caso, un ciudadano francés residente en Polonia fue detenido por la policía polaca sin que le fueran debidamente explicados los motivos de su detención en un lenguaje que comprendiera, ni fue provisto de un intérprete.

El TEDH fue tajante en este supuesto:

“63. The Court reiterates that paragraph 2 of Article 5 contains the elementary safeguard that any person arrested should know why he is being deprived of his liberty. This provision is an integral part of the scheme of protection afforded by Article 5: by virtue of paragraph 2 any person arrested must be told, in simple, non-technical language that he can understand, the essential legal and factual grounds for his arrest, so as to be able, if he sees fit, to apply to a court to challenge its lawfulness in accordance with paragraph 4. Whilst this information must be conveyed “promptly” (in French: “*dans le plus court délai*”), it need not be related in

⁴⁷⁰ El derecho a esa información alcanza tanto a la base fáctica de la acusación como a la subsunción jurídica de esa conducta en algún tipo concreto.

⁴⁷¹ STEDH de 18 de marzo de 2008, *Ladent v. Poland* (Application nº 11036/03) (ECLI:CE:ECHR:2008:0318JUD001103603).

its entirety by the arresting officer at the very moment of the arrest. Whether the content and promptness of the information conveyed were sufficient is to be assessed in each case according to its special features (see, mutatis mutandis, *Murray v. the United Kingdom*, 28 October 1994, § 72, Series A no. 300-A, and *Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, § 50, ECHR 2002-I)".

Por tanto, el detenido debe ser informado de los motivos de su detención en un idioma que comprenda. Huelga decir aquí que dependiendo del tipo de operación y del idioma o dialecto que hable el detenido, las dificultades para el buque pueden ser, al menos en un primer momento, de gran importancia. En cualquier caso, siempre sería posible contactar, a la mayor brevedad posible, con algún intérprete por medios telemáticos que pudiera informar debidamente al detenido de los motivos de su detención y de sus derechos. Es lógico pensar que de ser posible, esta lectura de cargos y derechos ha de ser efectuada en el mismo momento de practicarse la detención⁴⁷². Ahora bien, aun cuando el TEDH no se ha pronunciado al respecto por no haberse dado un caso de estas características, nada obstaría a que no hubiera violación del CEDH si se efectuara tal lectura en un tiempo razonable, tan pronto se pudiera localizar por vía radio o similar a un interprete adecuado.

A favor de esta interpretación lógica del precepto existe el importante argumento de que si en el caso *Medvedyev* el TEDH permitió que transcurrieran 13 días entre la detención y la puesta a disposición judicial, sería una banalidad pensar que por el transcurso de unas horas entre la detención y la localización de un intérprete que les lea los cargos y sus derechos a los detenidos se fuera a considerar violado el CEDH.

⁴⁷² Pongamos el supuesto en el que el detenido hablara francés, inglés o incluso español, nada justificaría una demora en esta notificación si a bordo del buque se contara con quien hablara estos idiomas.

Cuando en el curso de la Operación *Atalanta* a bordo de la Fragata *Navarra* detuvimos piratas en 2019, tan pronto estos subieron a bordo de la Fragata se les informó en somalí por medio del oficial de la Marina de Djibouti embarcado como intérprete, y en castellano, inglés y francés por medio de un oficial de la dotación de la causa de la detención y de sus derechos. Ciertamente fueron unas lecturas de derechos bastante largas, pero ante la poca colaboración de los piratas detenidos, optamos por el empleo de todos los idiomas posibles para evitar defectos formales que pudieran ser alegados posteriormente por las defensas de los piratas, o que pudieran impedir que las autoridades de Seychelles donde finalmente fueron entregados, se hicieran cargo de los detenidos. Todo este proceso se documentó por escrito, donde los detenidos se negaron a firmar, y se grabó en video para dejar constancia de que se había cumplido con esta exigencia procesal en la detención, una copia de estos documentos fue facilitada a las autoridades de Seychelles al aceptarse la entrega.

7. La asistencia letrada a bordo.

La CEDH prevé entre los derechos procesales del artículo 6 el derecho a contar con la asistencia letrada⁴⁷³.

⁴⁷³ Artículo 6.3. Derecho a un proceso equitativo: “[...] 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
- b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
- c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
- d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
- e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

Resulta relevante en este sentido la sentencia del TEDH en el asunto *Salduz v. Turquía*⁴⁷⁴. En este caso, un ciudadano turco fue detenido por la policía antiterrorista por su presunta implicación en una manifestación ilegal del PKK – Partido de los Trabajadores del Kurdistán-. Durante la detención, en la que reconoció los hechos, no se le permitió el acceso a un abogado. Ante el fiscal negó los hechos que había reconocido y ahí ya se le facilitó un abogado.

El TEDH remarcó la importancia de este derecho, pero también señaló que no se trataba de un derecho absoluto al indicar que:

“50. The Court reiterates that, even if the primary purpose of Article 6 of the Convention, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a “tribunal” competent to determine “any criminal charge”, it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 – especially paragraph 3 thereof – may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions (see *Imbrioscia*, cited above, § 36). As the Court has already held in its previous judgments, the right set out in Article 6 § 3 (c) of the Convention is one element, among others, of the concept of a fair trial in criminal proceedings contained in Article 6 § 1 (see *Imbrioscia*, cited above, § 37, and *Brennan*, cited above, § 45)”.

Igualmente establece el TEDH en el párrafo siguiente que el modo en que se hace efectivo este derecho queda a criterio de los Estados, pero que en todo caso debe ser efectivo⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ STEDH de 27 de noviembre de 2008, *Salduz v. Turkey* (Application nº 36391/02) (ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102).

⁴⁷⁵ La Sentencia señala literalmente que: “51. The Court further reiterates that although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial (see *Poitrimol v. France*, 23 November 1993, § 34, Series A no. 277-A, and *Demebukov v. Bulgaria*, no. 68020/01, § 50, 28 February 2008). Nevertheless, Article 6 § 3 (c) does not specify the manner of exercising this right. It thus leaves to the Contracting States the choice of the means of ensuring that it is secured in their judicial systems, the Court’s task being only to ascertain whether the

Finalmente el TEDH señaló que sí se habían visto afectados los derechos del acusado al no haber contado con la asistencia letrada en las actuaciones policiales.

Queda claro que el derecho a la asistencia letrada es un derecho básico en un juicio justo. No obstante lo anterior, tal y como señala sentencia aquí traída, lo relevante no es tanto la asistencia letrada en sí, sino si durante los momentos en los que el detenido ha estado privado de la misma ha declarado o reconocido los hechos. En este caso, este reconocimiento no puede ser utilizado en el juicio como elemento de convicción⁴⁷⁶.

Ahora bien, la mera demora justificada en la asistencia no supondría *per se* conculcación del artículo 6.3.c) visto. Nuevamente la doctrina *Medvedyev* puede ser traída aquí a colación. Si las circunstancias excepcionales justificaron la legalidad de una privación de libertad durante 13 días, con mayor razón podrían justificar una demora en la asistencia letrada semejante. Fuera de toda duda está que lo declarado mientras tanto carecería de validez en el juicio.

Realmente el problema de la validez de lo declarado antes de contar con abogado obliga a analizar la recolección y admisibilidad de las pruebas o piezas de convicción. De nada sirve desplegar toda una operación en alta mar contra, por ejemplo, el tráfico de personas, si por una mala gestión de las pruebas

method they have chosen is consistent with the requirements of a fair trial. In this respect, it must be remembered that the Convention is designed to “guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective” and that assigning counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance he may afford an accused (see *Imbrioscia*, cited above, § 38)”.

⁴⁷⁶ Para ubicar esta postura del TEDH en las doctrinas penalistas a ambos lados del Atlántico, baste con traer a colación la teoría de los frutos de árbol envenenado de nuestro Derecho penal, o la tan conocida doctrina *Miranda* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos surgida en el asunto *Miranda Vs. Arizona*, según las cuales, cualquier prueba que directamente o indirectamente y por cualquier nexo se pudiera relacionar con una prueba nula, debe también considerarse nula.

recabadas finalmente no resulta posible una condena de los criminales capturados.

La jurisprudencia del TEDH al respecto está bien resumida en la Sentencia *Gäfgen v. Alemania*⁴⁷⁷.

Gäfgen, fue arrestado por la policía alemana cuando trataba de coger el dinero del rescate de un menor. Alegó que en la detención policial fue amenazado con torturas para que confesara. Finalmente confesó, lo que llevó a la policía a localizar el cuerpo del menor asesinado. El acusado alegó una violación de los artículos 3⁴⁷⁸ y 6 de la CEDH.

Según se desprende del proceso, si bien el acusado no fue torturado en ningún momento, sí fue reiteradamente amenazado con serlo. El TEDH señaló que la mera amenaza de la tortura es considerada tortura, y más en un supuesto como el que le ocupaba en el que la amenaza de agresión física no duró más de diez minutos pero respondía a un plan preestablecido para obtener, como de hecho se obtuvo, la confesión del acusado⁴⁷⁹. Señaló igualmente que el fin perseguido con esa amenaza de tortura, que era salvar la vida del menor secuestrado, no justifica el uso de la tortura, física o psicológica. Añade, que incluso aunque esté

⁴⁷⁷ STEDH de 1 de junio de 2010, *Gäfgen v. Germany* (Application nº 22978/05) (ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805).

⁴⁷⁸ Artículo 3. Prohibición de la tortura. “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

⁴⁷⁹ La sentencia se señala que: “88.In order for ill-treatment to fall within the scope of Article 3 it must attain a minimum level of severity. The assessment of this minimum depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 162, Series A no. 25, and *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 67, ECHR 2006-IX). Further factors include the purpose for which the treatment was inflicted together with the intention or motivation behind it (compare, inter alia, *Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, § 64, Reports 1996-VI; *Egmez v. Cyprus*, no. 30873/96, § 78, ECHR 2000-XII; and *Krastanov v. Bulgaria*, no. 50222/99, § 53, 30 September 2004), as well as its context, such as an atmosphere of heightened tension and emotions (compare, for instance, *Selmouni*, cited above, § 104, and *Egmez*, loc. cit.”).

Parte III. La protección internacional de los Derechos Humanos en las operaciones navales en el exterior.

amenazada la propia supervivencia del Estado, la tortura no puede emplearse, pues su proscripción es tajante y absoluta⁴⁸⁰.

Pero curiosamente, si bien el TEDH señaló que sí existió tortura, o al menos un trato inhumano por la amenaza de la misma, también apuntó que no había habido una conculcación del artículo 6, pues si bien la primera declaración autoincriminatoria sí fue obtenida por la amenaza de la tortura, no así la segunda, con lo que el acusado sí que tuvo un juicio justo a la luz del artículo 6 de la CEDH.

Por tanto, una vez practicada la detención por el buque de guerra, informado el detenido de los motivos de la detención y los cargos, y leídos sus derechos de modo que le sea comprensible, han de extremarse las precauciones de cara a evitar que las declaraciones o afirmaciones que en esos primeros momentos tras la detención no queden invalidadas por la mera amenaza de la tortura.

Llegado a este punto debe hacerse una reflexión. En las operaciones desarrolladas en alta mar por los buques militares que acaban realizando detenciones ha de tenerse presente que las mismas, por regla general, no son desarrolladas por personal con experiencia en la investigación o persecución de delitos. Esto aumentaría las posibilidades de incurrir en errores como los que venimos exponiendo hasta ahora. La importancia de una correcta formación del

⁴⁸⁰ En este sentido se pronuncia el párrafo 87 de la sentencia: “87. The Court reiterates that Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Unlike most of the substantive clauses of the Convention, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V, and *Labita*, cited above, § 119). The Court has confirmed that even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned (see *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 79, Reports of Judgments and Decisions 1996-V, and *Labita*, cited above, § 119). The nature of the offence allegedly committed by the applicant is therefore irrelevant for the purposes of Article 3 (see *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 69, ECHR 1999-IX; *Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, § 116, ECHR 2006-IX; and *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 127, ECHR 2008)”.

personal embarcado es evidente, incluso la posibilidad de embarcar personal militar especialmente cualificado para practicar estas actividades.

Esta reflexión alcanza tanto a aquellas operaciones judicializadas *ab initio* contra el tráfico de drogas, como las operaciones que se desarrollaran en aplicación de un mandato de una Organización internacional relativa por ejemplo a un embargo de armas, o a la represión del tráfico ilegal de personas, como por supuesto a aquellas ocasiones en las que el buque ejercita con resultado positivo el derecho de visita y registro ante una conducta sospechosa de, por ejemplo, piratería sin estar actuando bajo el paraguas de un operación internacional.

No obstante lo anterior, en mi experiencia embarcado, el personal recibe con carácter previo al despliegue una formación exhaustiva respecto de las acciones a tomar en caso de detención, y cuenta con procedimientos operativos que abarcan muchas de las situaciones que puedan producirse en estos campos, contando además con la presencia del Asesor Jurídico, bien físicamente a bordo, bien en contacto telemático casi directo e inmediato contactando por la cadena operativa.

Igualmente cabe señalar aquí que en una misión tan dilatada en el tiempo y exitosa como la Operación *Atalanta*, existen dentro de la documentación operativa de la misión unos procedimientos operativos estandarizados⁴⁸¹, que establecen de manera detallada el modo en el que se ha de proceder a la recogida de evidencias con la finalidad de que las mismas puedan tener valor como prueba de cargo en prácticamente cualquier sistema judicial que pretenda enjuiciar a los piratas. Lamentablemente, el carácter reservado de esta documentación impide que sean traídas aquí para su examen.

⁴⁸¹ SOP en sus siglas en inglés.

8. Propiedades incautadas y su custodia.

Resulta también necesario analizar a la luz de la CEDH qué sucede con los bienes materiales intervenidos como consecuencia de la operación militar.

El pacífico disfrute de la propiedad es protegido y garantizado por el Artículo 1 del Protocolo número 1 de la CEDH, que señala que:

“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

Puede por tanto verse cómo queda articulada por el propio Protocolo 1, y como más adelante se verá, precisada por el TEDH, una compleja relación entre los intereses a proteger del Estado que realiza una limitación de la propiedad, y los del sujeto propietario. Debiendo ponderarse en suma aquí también la tradicional dicotomía entre el interés general y los derechos individuales merecedores de protección.

Parece desprenderse del tenor literal del precepto transscrito más arriba, que en aquellos supuestos en los que la intervención del buque estuviera basada estrictamente en las normas del Derecho Internacional podría procederse conforme determina ese *corpus* normativo respecto de los bienes objeto de la intervención. Así, ya en apartados anteriores de esta tesis se indicó cómo la CNUDM recoge la posibilidad de indemnizar al propietario del buque que salga indemne de una visita y registro por los daños o perjuicios que dicha actividad

pueda haberle ocasionado, derivados estos fundamentalmente de retrasos en entregas con penalizaciones en los contratos de fletamento, etc.

La piedra angular de este primer supuesto de los daños sobre la propiedad causados por el propio desarrollo de la operación militar es, no podría ser de otra manera, el interés general.

Pueden traerse aquí a colación varias sentencias del TEDH en las que establece la aplicación del CEDH a determinadas acciones militares que implican el uso de la fuerza. Así por ejemplo en el caso *Akdivar y otros v. Turquía*⁴⁸² señaló la inadmisibilidad de la causación de daños indiscriminados a las propiedades particulares que no tuvieran una necesidad operativa que los justifique⁴⁸³. Este aspecto debe ser puesto en relación con el contenido del Derecho Internacional Humanitario y los principios que consagra de necesidad militar y distinción.

Por tanto, no pueden causarse daños innecesarios o superfluos en el desarrollo de las actividades de interceptación marítima, de tal suerte que toda la operación podría ser analizada por el TEDH y sólo entender justificados los daños originados como consecuencia del normal desarrollo de la Operación militar que tuvieran por tanto una cobertura operativa suficientemente acreditada.

En segundo término están los instrumentos del delito que hayan sido incautados, drogas, armamento, útiles de abordaje, etc. A estos, nada obstaría para darles

⁴⁸² STEDH de 1 de abril de 1998, *Akdivar and others v. Turkey* (Application nº 21893/93) (ECLI:CE:ECHR:1998:0401JUD002189393).

⁴⁸³ Señala la sentencia citada que: "88. The Court is of the opinion that there can be no doubt that the deliberate burning of the applicants' homes and their contents constitutes at the same time a serious interference with the right to respect for their family lives and homes and with the peaceful enjoyment of their possessions. No justification for these interferences having been proffered by the respondent Government - which have confined their response to denying involvement of the security forces in the incident -, the Court must conclude that there has been a violation of both Article 8⁴⁸³ of the Convention (art. 8) and Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)."

It does not consider that the evidence established by the Commission enables it to reach any conclusion concerning the allegation of the existence of an administrative practice in breach of these provisions (art. 8, P1-1").

el fin que prevén las leyes de procedimiento del Estado del pabellón del buque de guerra actuante, o incluso los aludidos procedimientos operativos de la Operación, que pueden llegar a su destrucción cuando siendo imposible su requisa puedan, de quedar abandonados, ser utilizados para protagonizar con ellos nuevos actos de piratería.

Puede en esta materia ponerse otro ejemplo vivido en la Operación *Atalanta*. Cuando capturamos unos piratas en 2019, aprehendimos también una pequeña embarcación con unos potentes motores que había sido usada por ellos como plataforma desde la que protagonizar sus ataques, primero en las costas somalíes y posteriormente en alta mar. Dicha embarcación, aun totalmente operativa, tenía restos de sangre en su interior e impactos del fuego recibido casi con toda seguridad procedente de los disparos de los equipos de seguridad embarcados en los buques pesqueros atacados. Se me consultó sobre la conveniencia jurídica del embarque de la misma, a lo que respondí que era una prueba de cargo más contra los piratas, y que si era operativa y logísticamente factible, podría ser interesante su captura, precintado y posterior entrega a las autoridades judiciales que se declararan competentes, cosa que así se hizo. Igualmente se consultó la posible incautación como prueba del sistema de geoposicionamiento del buque pirateado y que ubicaba espacial y temporalmente a los detenidos en las inmediaciones del lugar donde habían sido atacado los pesqueros en alta mar y podían constituir una eficaz prueba de cargo, en esa ocasión, ponderando los intereses en juego, y teniendo especialmente presente que como consecuencia de privar a esa embarcación de su sistema de geoposicionamiento podríamos estar generando una situación que terminara en un caso SOLAS, así como valorando el quebranto económico que esta pérdida, aunque fuera temporal hasta el juicio, podría producir a los pescadores que habían sido víctimas del ataque pirata, y valorando igualmente la existencia de otras pruebas de cargo suficientes, opté por asesorar en el sentido de que se documentase gráficamente los últimos recorridos de la embarcación y se hiciera constar expresamente este extremo en el atestado que

efectuó el oficial responsable del TVR de la Fragata al que se anexarían estas fotografías, y así se hizo.

Es necesario analizar también la situación de los bienes que se encuentren en poder del Estado como consecuencia de su incautación para el procedimiento judicial y que, finalizado el procedimiento abierto hubiera que restituir a sus propietarios. Sobre este asunto tenemos la sentencia *Tendam v. España*⁴⁸⁴.

En este caso, un ciudadano fue finalmente absuelto en segunda instancia de un delito de robo de unas colmenas. Finalizado el procedimiento penal solicitó que se le restituyeran los bienes decomisados en el procedimiento penal, sin que se le restituyeran todos, y algunos de los restituidos habían sufrido un importante deterioro por culpa de una mala conservación de los mismos. Tendam acudió al TEDH por una posible violación del artículo 1 del Protocolo.

En este sentido el Tribunal señaló que⁴⁸⁵:

“49. Sin embargo, el Tribunal recuerda que debe de haber una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido por las medidas eventualmente aplicadas por el Estado,

⁴⁸⁴ STEDH de 13 de julio de 2010, *Tendam v. Spain* (Application nº 25720/05) (ECLI:CE:ECHR:2010:0713JUD002572005).

⁴⁸⁵ Esta sentencia fue emitida exclusivamente en francés, que es uno de los dos idiomas oficiales del TEDH. La traducción es gentileza del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. http://www.icam.es/docs/web3/doc/RI_ASUNTOTENDAMESPANA.pdf El texto original de la sentencia señala que: “49. Toutefois, la Cour rappelle qu'il doit y avoir un rapport raisonnable de proportionnalité entre le moyen employé et le but poursuivi par les mesures éventuellement appliquées par l'État, y compris celles destinées à contrôler l'usage de la propriété individuelle. Cette exigence s'exprime dans la notion de « juste équilibre » à ménager entre les impératifs de l'intérêt général de la communauté d'une part et les exigences de la protection des droits fondamentaux de l'individu d'autre part (voir Smirnov, précité, § 57). Par ailleurs, nonobstant le silence de l'article 1 du Protocole no 1 en matière d'exigences procédurales, les procédures applicables en l'espèce doivent aussi offrir à la personne concernée une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes afin de contester effectivement les mesures portant atteinte aux droits garantis par cette disposition. Pour s'assurer du respect de cette condition, il y a lieu de considérer les procédures applicables d'un point de vue général (Zehentner c. Autriche, no 20082/02, § 73, CEDH 2009-...).”

incluidas las destinadas a controlar el uso de la propiedad individual. Esta exigencia se contiene en la noción de «justo equilibrio» que hay que encontrar entre las necesidades del interés general de la comunidad por un lado y las exigencias de la protección de los derechos fundamentales del individuo por otro lado (vid *Smirnov*, antes citado, o§ 57). Por otro lado, a pesar del silencio del artículo 1 del Protocolo n° 1 en materia de exigencias procesales, los procedimientos aplicables en este caso deben también ofrecer a la persona concernida una ocasión adecuada para que pueda exponer su causa ante las autoridades competentes a fin de que, en efecto, pueda oponerse a las medidas que vulneren los derechos garantizados por esta disposición. Para asegurarse que se respeta dicha condición, procede considerar los procedimientos aplicables desde un punto de vista general (*Zehentner c. Austria*, no 20082/02, § 73, TEDH 2009-...)”.

La duda principal que suscita esta doctrina es la situación del propio buque incautado cuando, por supuesto, este tenga envergadura suficiente como para no tener que ser destruido por necesidades operativas y pueda ser conservado y llevado a puerto. Este buque decomisado sufre un deterioro estructural por el mero transcurso del tiempo en un medio corrosivo como es la mar, necesitaría igualmente atención a los motores y requiere de un costoso mantenimiento, más si tenemos presente que por regla general no se encuentran en el mejor momento de su vida útil.

Ahora bien, lo aquí relevante son las actuaciones del buque nacional proyectado en la operación, que efectuará con el buque incautado aquellas acciones que la autoridad judicial ordene para los mismos, siempre y cuando sean posibles desde un punto de vista operativo. La responsabilidad de la unidad nacional termina, al menos *a priori*, con la puesta a disposición de la autoridad judicial que se haga cargo del procedimiento del buque en cuestión. Por lo que difícilmente podría haber un cuidado deficiente.

En cualquier caso, la justificación de la acción y del embargo radicarían en el interés legítimo derivado del interés general de la comunidad que, como anteriormente se ha expuesto, han de primar sobre los intereses individuales del sujeto afectado y que también son tenidos en cuenta por la CEDH.

CONCLUSIONES

- I. De entre los elementos clásicos del Estado destaca el territorio, que es su base física y en un sentido estricto, el espacio donde ejerce su poder, con exclusión de otros Estados. En sentido amplio o abstracto, sería el espacio sobre el que el Estado puede ejercer parte de sus funciones y de su autoridad, tal sería el caso de la alta mar, una Embajada en suelo extranjero o un buque de su pabellón.

Las competencias territoriales del Estado se extienden también a las aguas que rodean su territorio y al espacio aéreo que sobrevuela dichas zonas. Este alcance sobre aguas y espacio aéreo viene determinado por normativa nacional que desarrolla las previsiones de los Convenios internacionales sobre la materia.

Junto con los espacios antedichos en los que el Estado ejerce, en mayor o menor medida, competencias territoriales, están los buques de Estado, entre los que se encuentran los de guerra. La inclusión de un buque en esta categoría conlleva la atribución de competencias como agente del Estado. Los criterios para esta inclusión son claros, tanto en el Derecho internacional como en el nacional.

- II. Para el cumplimiento de esos elevados fines como agente del Estado, los buques de guerra han de estar jurídicamente protegidos por lo que se les atribuye inmunidad soberana. La regulación internacional actual sobre esta materia es clara y suficiente, sobre todo tras una serie de decisiones de tribunales internacionales entre las que destaca la del Tribunal Internacional de Derecho del Mar en el asunto del ARA *Libertad*. Todas estas decisiones se basan en los fines generales y públicos que cumplen los buques de guerra en nombre de su Estado del pabellón. Prueba de ello es que si un buque de Estado se destina exclusivamente para un fin

comercial -exclusivo transporte de pasajeros-, sin que cumpla ya un fin público, pierde la protección.

La comunidad internacional, tratando de evitar conflictos derivados de distintas interpretaciones de las prerrogativas que han de gozar esos peculiares agentes del Estado que se desplazan fuera de sus fronteras de origen, ha adoptado Convenios internacionales que sientan, sin género de dudas, las prerrogativas y capacidades de acción de estos buques. Estos instrumentos normativos logran eficientemente evitar escaladas en supuestos de conflictos en relación a estos buques de guerra.

- III. La protección de los buques de guerra se extiende incluso producido su hundimiento, tal y como demuestran los Convenios al respecto y la práctica internacional existente en ese sentido. Si bien la CNUDM omitió indebidamente hacer referencia a este extremo, esta laguna del Derecho del Mar se ha solventado gracias al Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático.
- IV. La capacidad de proyección de los buques de Estado y en especial los de guerra, los convierte en uno de los actores principales de la acción del Estado en la mar. La Ley Orgánica de Defensa Nacional, entre otros textos normativos, establece una serie de misiones que sólo pueden ser desarrolladas por estos agentes especiales del Estado, fundamentalmente por las capacidades operativas que aportan en un medio tan complejo como el marítimo (capacidades de vigilancia, monitorización, seguimiento, abordaje, registro, detención, entre otras).
- V. Dentro de esas misiones destaca por derecho propio la lucha contra la piratería. La misma, lejos de ser una figura jurídica superada, constituye un problema de actualidad en diversas zonas del globo.

Conclusiones

La piratería exige que sea realizada desde un buque o aeronave privados con un propósito personal del pirata. Igualmente exige que suceda en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado –se plantea la duda de si con esa expresión la CNUDM se refiere sólo a la Alta Mar o también a aguas costeras donde un Estado no puede o no quiere ejercer su jurisdicción-. Para despejar esta duda interpretativa surge internacionalmente la figura de los robos a mano armada en la mar –si suceden en las aguas territoriales de un Estado-, que tienen un tratamiento asimilado al de la piratería.

La CNUDM lucha activamente contra la piratería, habilitando a los buques y aeronaves de guerra a combatirla en alta mar. Esta configuración de la persecución internacional de la piratería es el resultado de una lenta pero constante evolución normativa de diferentes instrumentos de Derecho Internacional.

La regulación adoptada en el ordenamiento jurídico español para luchar contra ese fenómeno resulta francamente mejorable, siendo llamativa la despenalización operada entre 1995, resuelta en 2010, cuando se reintrodujo el delito, y ello a pesar de la evidencia material de la pervivencia de esas conductas que amenazan la seguridad marítima.

En la persecución de la piratería han tenido una intervención muy activa en los últimos tiempos las Organizaciones internacionales, tanto en el establecimiento de misiones militares específicas que la combatan, como en la articulación de acuerdos o convenios con los Estados próximos a las zonas donde se verifican los ataques piratas, para el encarcelamiento y enjuiciamiento de los presuntos responsables. Destaca muy especialmente en este sentido la Operación *Atalanta* de la UE en aguas del Océano Índico, que a su vez intervino en la zona en respuesta al llamamiento de NN.UU. con ocasión de la crisis humanitaria de Somalia.

El medio en el que normalmente se producen los ataques piratas, así como las detenciones de sus responsables, normalmente en alta mar, llevan a que las complicaciones jurídicas aumenten considerablemente. El Derecho español, a través de consideraciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, ha venido admitiendo cierta flexibilidad a la hora de exigir los requisitos temporales de la detención y de la puesta a disposición judicial. Resulta especialmente trascendente en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso *Archangelos*. Esta situación, inicialmente salvada por vía jurisprudencial, fue regulada en la LECrim en 2015, al introducir el artículo 520 ter que admite en estos supuestos el empleo de medios telemáticos para efectuar la puesta a disposición judicial del detenido.

- VI. Para proceder penalmente contra los piratas y en general en todos los casos de delitos de persecución universal tras la reforma de 2015 del artículo 23.6 de la LOPJ, en Derecho español se exige querella del agraviado o del Ministerio Fiscal. Para contar con elementos de juicio suficientes para decidir si se presenta o no la querella, la Fiscalía General del Estado ha firmado dos acuerdos, uno con la Armada y otro con el EMAD, para emplear los buques de la Armada como agentes de la policía judicial que elaboren un atestado.
- VII. Los delitos contra la seguridad de la navegación suponen otra de las conductas a las que se enfrenta el buque de guerra en la mar como agente del Estado. Estos delitos son definidos en el Convenio SUA y en sus Protocolos, que facultan al buque de guerra a combatirlos. Pero las facultades con que puede hacerlo no son tan eficientes como las que tiene frente a la piratería, toda vez que se requiere la autorización del Estado del pabellón del buque sospechoso para poder intervenir en él.

Para la debida punición de los responsables de estas conductas por los órganos judiciales españoles se requiere que la tipificación internacional

tenga un encaje interno en algún tipo penal nacional. Esto sucede de manera efectiva en el caso español, pues todas las conductas tipificadas en el Convenio SUA tienen encaje en algún precepto de nuestro Código Penal, siendo así extensible nuestra jurisdicción en los términos previstos en la LOPJ.

Igualmente existe cierta similitud entre las acciones de piratería y alguno de los tipos penales descritos en los convenios SUA, mas la identidad no es total, siendo más amplio el concepto cubierto por el Convenio SUA que el de piratería, llegando a abarcarla.

VIII. La piratería y los delitos contra la seguridad de la navegación son conductas que suponen en si mismas un peligro para la seguridad de los mares, junto a ellas existen otras conductas, igualmente deleznables, que desplegando fundamentalmente sus efectos en tierra, emplean la mar como lugar de transito. Se trata del trafico ilegal de seres humanos y drogas. Las mismas han sido también objeto de especial atención por el Derecho Internacional.

IX. El tráfico ilegal de seres humanos puede darse bajo distintas modalidades o subcategorías, siendo distinta la respuesta internacional a cada una de ellas, como distintas son las facultades de acción del buque de guerra en su persecución. Estas tres modalidades de tráfico son la esclavitud, la trata de personas y la tráfico de migrantes, y junto con su distinta cobertura internacional, tienen diferente tratamiento nacional.

La trata de esclavos tiene el desarrollo más completo en el Derecho Marítimo, equiparándose en la CNUDM las capacidades de acción del buque de guerra en este asunto a las de la piratería.

La trata de personas ha sido objeto de un gran desarrollo convencional, pero estos Acuerdos internacionales no han tenido reflejo en un avance

real en las facultades de acción del buque de guerra en la mar para su persecución. La razón puede ser de orden práctico, pues este tráfico se realiza fundamentalmente por vía terrestre o por aeronaves comerciales en vuelo regular, previo engaño de las víctimas con falsas ofertas de trabajo, siendo de escasa entidad la posible aportación del buque de guerra en esta lucha.

Los avances internacionales en la lucha del tráfico de migrantes sí han sido relevantes en lo que al buque de guerra se refiere, agilizándose por el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por mar -Protocolo de Palermo- el procedimiento de autorización del Estado del pabellón del buque sospechoso, lo que facilita considerablemente la intervención de los buques de guerra.

Todas estas conductas relativas al tráfico ilegal de seres humanos tienen una punición en nuestro Derecho interno, pero la competencia para conocer de los mismos cuando suceden fuera de nuestras fronteras difiere en unos casos y otros. En los delitos de tráfico de esclavos y trata de personas, la competencia de nuestros tribunales en aplicación de la LOPJ es total, por atribuírsela distintos tratados internacionales y por preverlo expresamente el artículo 23.4.d) de la LOPJ. En el caso del tráfico de migrantes sí se exige que el hecho típico se cometa en España, bien en su territorio, bien a bordo de un buque que enarbole su pabellón. En caso contrario, sólo cuando se entrara en las aguas territoriales nacionales se podría intervenir, pero aquí sería por la aplicación de las reglas de generales de extensión de nuestra jurisdicción como Estado ribereño a dichas aguas.

- X. El tráfico ilegal de drogas tiene en el espacio marítimo una importante vía de transporte. La proyección naval de este tráfico tiene su reflejo en las previsiones específicas para su persecución en la mar contenidas en diversos tratados internacionales (CNUDM y CNUTD). El buque de guerra

juega un importante papel en esa lucha, siendo en alta mar un agente esencial. Los convenios internacionales referidos no establecen la posibilidad de ejercer un derecho de visita y registro sin la autorización del Estado del pabellón del buque visitado, pero si facilitan considerablemente la obtención de esta autorización.

La extensión de la jurisdicción española a estos supuestos exige, según la LOPJ y los convenios internacionales aplicables, un vínculo específico de conexión con España. No obstante lo anterior, existe una sorprendente sentencia del Tribunal Supremo, la 592/2014, de 24 de julio, que viene a determinar una extensión universal de la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar estas conductas.

- XI. La actuación del buque de guerra como agente del Estado en la lucha contra estas conductas ha de ser realizada respetando el CEDH, y la doctrina del TEDH.

Resulta escasa la jurisprudencia del TEDH en asuntos que se refieran específicamente a los buques de guerra, siendo necesario acudir al estudio de otros supuestos de actuaciones de agentes del Estado en los que el lugar de comisión de los hechos no sea un obstáculo que impida aplicar esa interpretación a las actuaciones del buque de guerra.

- XII. Respecto del derecho a libertad personal en la mar y las garantías del detenido, el TEDH es flexible, -al igual que Tribunal Constitucional español- a la hora de exigir los tiempos máximos de detención si los mismos transcurren en alta mar, siendo suficiente la puesta a disposición judicial por medios telemáticos. La flexibilidad en la duración de los mismos, en cualquier caso, no es irracional, y queda condicionada a que no existan demoras innecesarias, más allá de las lógicas que puedan derivarse de las operaciones militares en las que se encuentren los buques de guerra actuantes.

Esta específica situación de los buques que actúan lejos de territorio nacional, y que había sido ya solucionada por vía jurisprudencial, ha tenido su reflejo normativo en la introducción de un artículo 520 ter en la LECrim que permite expresamente la puesta a disposición judicial por vía telemática.

- XIII. También la intimidad de los sujetos investigados ha de ser respetada, tanto en el seguimiento y monitorización, como sobre todo en la intervención de comunicaciones o toma de imágenes personales no autorizadas. Igualmente, para la realización de estas actividades, el buque de guerra puede actuar directamente bajo las órdenes del juez, teniendo entonces la consideración de policía judicial, sin que sea necesario que las escuchas o seguimientos sean realizados por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
- XIV. En esa lucha contra la criminalidad en el mar los buques de guerra están capacitados para ejercitar el denominado derecho de visita y registro. Esta prerrogativa está limitada a los supuestos en los que el Derecho Internacional lo autoriza. Su práctica ha de ser conforme a la normativa nacional que lo regula detalladamente, para evitar así abusos y errores en su ejercicio. Resulta especialmente útil en este sentido la existencia de unas robustas *Reglas de Enfrentamiento* que regulen el uso de la fuerza.

El ejercicio del derecho de visita y registro no es un registro domiciliario en los términos de nuestro Derecho interno, si no que es una institución autónoma y propia del Derecho Internacional que se rige por sus reglas específicas.

De la jurisprudencia del TEDH puede concluirse que la invasión de la intimidad que se produce en una visita y registro no sería contraria a la

CEDH si concurriese razón suficiente para su ejercicio de conformidad con el Derecho Internacional.

- XV. Igualmente, en el ejercicio de acciones de interdicción marítima (MIO) puede ser necesario que los agentes del Estado que operan desde los buques de guerra tengan que recurrir al uso de la fuerza. El TEDH, lógicamente no lo prohíbe, pero no existen dudas de que, llegado el caso, verificará si el ejercicio de dicha fuerza era o no proporcionado. Para minimizar estos riesgos resulta esencial dotar a las Operaciones de este tipo de un sólido catálogo de *Reglas de Enfrentamiento* que modulen adecuadamente el uso de esa fuerza.
- XVI. Practicada la detención, el detenido tiene derecho a ser informado de sus derechos y de los motivos de su detención. La disparidad de lenguas que pueden hablar estos sujetos nos lleva a hacer una interpretación adecuada de esta exigencia del CEDH, llegando a señalar que nada obstaría para que dicha lectura no fuera en el mismo momento de la detención, si no tan pronto como fuera posible contar con un intérprete adecuado para ello. Las declaraciones que los detenidos pudieran realizar antes de esta lectura de derechos no tendrían validez en el procedimiento judicial al que se podrían enfrentar.

Lo apuntado para la lectura de derechos resultaría extrapolable al derecho a la asistencia letrada, debiéndose garantizar en todo caso la privacidad de las conversaciones entre los detenidos y sus letrados.

- XVII. La custodia y conservación de las propiedades incautadas por el buque de guerra en el curso de una Operación ha de ser efectuada con diligencia. No obstante, la judicialización del proceso supone que los custodios de los bienes incautados deberán cumplir con esta diligencia debida sólo por el limitado tiempo que estos efectos estén en su poder, pues se procederá a la pronta entrega de los mismos a la correspondiente

Autoridad judicial, tan pronto ello fuera posible. Se garantizará en este proceso, en todo momento, la cadena de custodia.

XVIII. El respeto a las previsiones legales de las distintas normas que regulan todos los aspectos vistos pueden tener ciertas dificultades añadidas cuando se desarrollan en los buques de guerra a grandes distancias de España, aun así, el respeto a la legalidad internacional y a los derechos de los detenidos es muy estricto, dado el importante grado de formación de los Comandantes de los buques de la Armada y de las dotaciones, así como al pronto y adecuado asesoramiento jurídico del que suelen disponer.

BIBLIOGRAFÍA.

MONOGRAFÍAS.

- AZCÁRRAGA Y BUSTAMANTE, J. L. DE. (1970), *Derecho Internacional Marítimo*, Ediciones Ariel, Barcelona.
- AZNAR GÓMEZ, M. J. (2004), *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático: con especial referencia al caso de España*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CALDUCH, R. (1991), *Relaciones Internacionales*, Ediciones Ciencias Sociales, Madrid.
- CASTELAR, E. (1873), *Discurso pronunciado por d. Emilio Castelar en las Cámaras españolas el 21 de diciembre de 1872 al presentar al Gobierno la ley para la abolición de la esclavitud en las colonias españolas*, México, Biblioteca de El Eco de Ambos Mundos.
- CERVERA, J. (1992), *El derecho del mar: evolución, contenido, perspectivas de las Bulas Papales al Convenio de Jamaica*, Editorial Naval.
- CICERÓN, M. T. (1991), *Sobre la República, introducción, traducción, apéndice y notas de Álvaro Dòrs*, Editorial Gredos, Madrid.
- COLOMBOS, C.J. (1961), *Derecho Internacional Marítimo*, Aguilar, Madrid.
- COLOMBOS, J. C. (1967), *The International Law of the Sea*, David McKay Company, New York.
- DI TELLA, T. S. (1984), *La rebelión de esclavos de Haití*, Instituto de Desarrollo Económico y Social, Buenos Aires.
- DIÈNE DOUDOU (2001), *De la cadena al vínculo: una visión de la trata de esclavos*, Ediciones UNESCO, París.
- DIEZ DE VELASCO, M. (2007), *Instituciones de derecho internacional público*, Técnos, Madrid.
- DUBNER, B. H. (1980), *The law of International sea piracy*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya.
- DUGUIT, L. (1924), *Soberanía y libertad (Lecciones dadas en la Universidad de Columbia)*, (J. G. Acuña, Trad.), Francisco Beltrán, Madrid.
- FARIÑA, F. (1941), *El buque de guerra ante el Derecho Internacional*, Editorial Naval, Madrid.
- FARIÑA, F. (1955), *Derecho y Legislación Marítima*, Bosch, Barcelona.
- FASSBENDER, B. (2012), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- FAUCHILLE, P., & BONFILS, H. (1921), *Traité de droit international public*, Librairie Arthur Rousseau, Paris.
- FRANCO GARCÍA. M.A. (2013), *El Ministerio de Defensa y sus Competencias sobre Asuntos Marítimos*, Tesis Doctoral, Universidad de la Coruña.
- GALVÁN, E. (2014), *La abolición de la esclavitud en España. Debates Parlamentarios 1810-1886*, Dykinson, Madrid.
- GARCIA MARTINEZ, J. (2007), *Derecho Marítimo y Administración del buque*, Ed. Escuela de Especialidades Fundamentales, Estación Naval de Lagraña, Ferrol.

Bibliografía

- GARCÍA DEL CORRAL, I. (1894), *Cuerpo Del Derecho Civil Romano*, T. III Digesto, Sexta y séptima partes, Jaume Molinas Editor, Barcelona.
- GONZÁLEZ ALONSO L. (2011), *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, La relación Unión Europea-Naciones Unidas en el ámbito de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, Iustel, Madrid.
- GROCCIO, H. (1925), *Del Derecho de la guerra y de la paz*, (J. T. Ripoll, Trad.), Reus, Madrid.
- HAURIOU, A. (1966), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, París.
- JELLINEK, G. (2000), *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, Mexico D.F.
- JOHANSSON, K. (2006), *Changes in the Views on Jurisdiction over Piracy under International Law*, Master Thesis, Faculty of Law, University of Lund.
- JULIÀ BARCELÓ, M. (2013), *Las misiones de paz de la Unión Europea: fundamentos jurídicos, origen y desarrollo, sistema organizativo, procedimiento de creación y seguimiento y acuerdos internacionales de ejecución*, Universitat Oberta de Catalunya, Internet Interdisciplinary Institut. Tesis en formato digital.
- KELSEN, H. (1952), *Principles of International Law*, The Lawbook Exchange Ltd, Nueva York.
- MINISTERIO DE DEFENSA, (2016), *Manual de Derecho del Mar*, Ministerio de Defensa, Madrid.
- NOVAK, F. (2003), *Derecho diplomático: comentarios a la Convención sobre Relaciones Diplomáticas*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A. (2022), *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Grupo Anaya, Madrid.
- POLIBIO DE MEGALÓPOLIS, *Historia*, Libro III, Capítulo VI; traducción de Ambrosio Rui Bamba (Tomo I), Imprenta Real, Madrid, 1789.
- ROUSSEAU, C. (1957), *Derecho Internacional Público*, Ediciones Ariel S.L., Barcelona.
- SALINAS ALCEGA, S. (2008), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI: el proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Portal Derecho (IUSTEL), Madrid.
- SEN, B. (1988), *Diplomat's handbook of international law and practice*, 3^a Ed. Unitar Martinus Nijhoff Publishers, Boston.
- SUETONIO TRANQUILO. C., (1992), *Vida de los doce Césares*, Editorial Gredos, Madrid.
- UNITED NATIONS, (2003), *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*, Department of Peacekeeping Operations, Nueva York.
- URBINA, I (2019), *Océanos sin ley: viajes a través de la última frontera salvaje*, Capitán Swing, Madrid.
- URÍA GAVILÁN, E. (2018), *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, JM Bosch, Barcelona.

ARTÍCULOS Y COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS.

- ALESSANDRI, F. (1986). "La prensa frente al terrorismo", *Cuadernos de Información*, (3), Pontificia Universidad Católica de Chile.
- ALÍA PLANA, J.M. (2015), "Concepto de Derecho Operativo", en PÉREZ DE FRANCISCO, E. *Manual de Derecho Operativo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- ARBUET-VIGNALI, H. (2000), "La idea de soberanía en Vattel", *Revista de la Facultad de Derecho, Uruguay*, núm. 18. 11/2014.
- AZNAR-GÓMEZ, M. J. (2003), "Legal Status of Sunken Warships "Revisited"" , *Spanish Yearbook of International Law*, 2003, vol. 9.
- BARRADA FERREIRÓS, A. (2011), "El talón de Aquiles de Atalanta: el enjuiciamiento y encarcelamiento de los piratas", Madrid: IEEE, *Documento marco 01/2011*.
- BARRADA FERREIRÓS, A. (2016), "La inmunidad soberana de los buques de guerra y los buques de estado. Su regulación en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre", *Revista Paraprofesionales*, Año 13, nº 128.
- BARRADA FERREIRÓS, A. (2012), "Sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Alakrana", Documento Marco 09/2012 del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), junio de 2012.
- BAXTER. L. (1996), "NATO and regional peace support operations", *Peacekeeping and international relations*, tomo 25, núm. 6.
- BEDERMAN D. J. (2000) "Rethinking the Legal Status of Sunken Warships", *Ocean Development International Law*.
- BODINI S.P. (2011), "Fighting Maritime Piracy under de European Convention of Human Rights", *European Journal of International Law*, Vol. 22. Nº3.
- CASTILLO BELINCHÓN, R. (2008) "El patrimonio cultural subacuático", *ARQVA, Museo Nacional de Arqueología Subacuática: catálogo*. Madrid: Ministerio de Cultura - Secretaría General Técnica.
- CEBRIAN SALVAT, M. (2013), "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. Núm. 2.
- DAFAUCE. M. S. (2014), "El abatimiento de un avión secuestrado", *InDret*, p. 21.
- DÍAZ BARRADO, C. (2005), "Fundamentos Jurídicos y Condiciones para el ejercicio de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas", *Anuario de Derecho Internacional*, nº 21.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M. (2005), "Problemas relacionados con la nacionalidad del buque", *Revista de Derecho Valdivia*, vol. 18 nº 1.
- ELLEMAN, B. A. (2010), "Piracy and Maritime Crime Historical and Modern Case Studies", Newport: Center for Naval Warfare Studies, *Newport Paper Thirty-five*, Naval War College Press, Rhode Island.
- FERNANDEZ FERRER, C.M. (2015), "Itinerario del Comandante ante un delito de drogas en alta mar", *TSIJ del Curso de Derecho aplicable a las operaciones navales para miembros del Cuerpo Jurídico Militar*, Madrid.
- FERNÁNDEZ RODERA, J.A. (1998), "La mar y el Derecho Penal", *La Ley*, nº 4576.

Bibliografía

- FERNÁNDEZ RODERA, J.A. (2010), "Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal", en *Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GUTIÉRREZ DE LA CÁMARA SEÑÁN, J.M. (2011), "La Reserva y la Reserva Naval", *Cuadernos de pensamiento naval: Suplemento de la Revista General de Marina*, Nº. 13.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2011), "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*, Octubre, vol. 3, núm. 2.
- IBÁÑEZ GÓMEZ, F. (2012) "Obstáculos legales a la represión de la piratería marítima: el caso de Somalia", *Revista CIDOB d'afers internacionals*, nº 99.
- JAUDENES, J. (2016), "El buque mercante fletado por el Estado para el transporte de tropas o material bélico", *Cuadernos prácticos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos* (7).
- KENNY A. (2013), "El caso A.R.A. LIBERTAD", *Visión Conjunta*, Año 5, nº 8.
- MARÍN CASTÁN, F. (2008), "Marco Jurídico De La Seguridad Marítima", *Cuaderno de Estrategia*, nº 140, Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- MARÍN CASTÁN, F. (2011), "El tratamiento jurídico de la piratería marítima en el ordenamiento jurídico español", IEEE, *Documento Marco 02/2011* (marzo de 2011).
- MARÍN CASTÁN, F. (2013), "La piratería como crimen internacional", *La respuesta del Derecho Internacional a los problemas actuales de la seguridad global*, Cuaderno de Estrategia nº 160.
- MENDEZ SILVA R. (1971), "Pabellones de conveniencia", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.
- MIGLIORINO, L. (1985), "The Recovery of Sunken Warships in International Waters", *Essays on the New Law of the Sea*, vol. 251.
- MIRANDA R. (2017), "La protección del patrimonio cultural subacuático en la convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático de 2001", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Ensayos Año 24 - No 1.
- PEREZ DE FRANCISCO, E. (2001), "A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques o aeronaves, contra ellas o por ellas: estado de la cuestión", *Revista actualidad jurídica* nº 4, Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile.
- RADNITZKY, E. (1906), "Die rechtliche Natur des Staatsgebietes", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 20. Nº3.
- REMACHA TEJADA, J.R. (1994), "Las fronteras de Ceuta y Melilla", *Anuario de Derecho Internacional*. X.
- RODRÍGUEZ-VILASANTE Y PRIETO, J.L. (2009), "Problemas jurídico-penales e internacionales del crimen de piratería (una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional)", *REDEM*, nº 93 (In memoriam de Agustín Corrales Elizondo).

- RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2009), "La represión del crimen internacional de piratería; una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional", *Boletín Elcano*, (114).
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L (2011), "Aspectos jurídico-penales del crimen internacional de piratería", en VV.AA, *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RUIZ DIEZ DEL CORRAL, J. (2010), "De piratas, atuneros y banderas. Consideraciones sobre el abanderamiento de buques", Escuela Militar de Estudios Jurídicos, *Cuaderno Práctico* nº 4, mayo-octubre de 2010.
- RUIZ MANTECA, R. (2015), "La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático frente al expolio", *Cuadernos de Prehistoria y Arqueología de la Universidad de Granada*, núm. 25.
- SOBRINO HEREDIA, J.M. (2008), "Piratería y Terrorismo en el Mar", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Victoria-Gasteiz*, nº 1, 2008.
- WHITTEMORE BOGGS, S. W. (1937), "Problems of water-boundary definition: Median lines and international boundaries through territorial waters", *Geographical review*, Nueva York: American Geographical Society.
- ZARAGOZA SOTO. S. (2002), "La Armada y la Administración Marítima", *Ciencia, Pensamiento y Cultura*, núm. 682.

JURISPRUDENCIA.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

- STEDH de 7 de diciembre de 1976, *Handyside v. United Kingdom* (Application 5493/72), (ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372).
- STEDH de 6 de septiembre de 1978, *Klass and others v. Germany* (Application nº 5029/71), (ECLI:CE:ECHR:1978:0906JUD000502971).
- STEDH de 30 de mayo de 1989, *Brogan and others v. United Kingdom* (Applications nº 11209/84 11234/84 11266/84 11386/85), (ECLI:CE:ECHR:1989:0530JUD001120984).
- STEDH de 25 de marzo de 1993, *Costello-Roberts v. United Kingdom* (Application nº 13134/87), (ECLI:CE:ECHR:1993:0325JUD001313487).
- STEDH de 27 de septiembre de 1995, *McCann and others v. United Kingdom* (Application nº 18984/91), (ECLI:CE:ECHR:1995:0927JUD001898491).
- STEDH de 9 de octubre de 1997, *Andronicou and Constantinou v. Chipre*, (Application nº 25052/94), (ECLI:CE:ECHR:1997:1009JUD002505294).
- STEDH de 28 de octubre de 1998, *Osman v. United Kingdom*, (Application nº 23452/94), (ECLI:CE:ECHR:1998:1028JUD002345294).
- STEDH de 12 de enero de 1999, *Rigopoulos v. España* (demanda 37388/97), (ECLI:CE:ECHR:1999:0112DEC003738897).
- STEDH de 12 de mayo de 2000, *Kanh v. United Kingdom* (Application nº 35394/97), (ECLI:CE:ECHR:2000:0512JUD003539497).

Bibliografía

- STEDH de 10 de mayo de 2001, *Mata Estevez v. Spain* (Application nº 56501/00), (ECLI:CE:ECHR:2001:0510DEC005650100).
- STEDH, de 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani v. United Kingdom*, (Application nº 35763/97), [ECLI:CE:ECHR:2001:1121JUD003576397].
- STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan v. Turkey* (Application nº 46221/99), (ECLI:CE:ECHR:2005:0512JUD004622199).
- STEDH de 18 de marzo de 2008, *Ladent v. Poland* (Application nº 11036/03), (ECLI:CE:ECHR:2008:0318JUD001103603).
- STEDH de 27 de noviembre de 2008, *Salduz v. Turkey* (Application nº 36391/02), (ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102).
- STEDH de 9 de junio de 2009, *Opuz v. Turkey* (Application nº 33401/02), (ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102).
- STEDH de 15 de diciembre de 2009, *Maiorano and others v. Italy* (Application nº 28634/06), (ECLI:CE:ECHR:2009:1215JUD002863406).
- STEDH de 7 de enero de 2010, *Rantsev v Chipre and Rusia* (Application nº 25965/04), (ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504).
- STEDH de 12 de enero de 2010, *Gillian and Quiton v. United Kingdom* (Application nº 4158/05), (ECLI:CE:ECHR:2010:0112JUD000415805).
- STEDH, de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev and others v. France* (Application nº 3394/03), (CLI:CE:ECHR:2010:0329JUD000339403).
- STEDH de 1 de junio de 2010, *Gäfgen v. Germany* (Application nº 22978/05), (ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805).
- STEDH de 26 de junio de 2010, *Schalk y Kopf v. Austria* (Application nº 30141/04), (ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003014104).
- STEDH de 13 de julio de 2010, *Tendam v. Spain* (Application nº 25720/05), (ECLI:CE:ECHR:2010:0713JUD002572005).

OTROS TRIBUNALES:

- Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU, (1812), *US. v. Shooner Exchange*, Caso núm. 11 U.S. 116. Vid. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep011/usrep011116/usrep011116.pdf>
- Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2012 del. Asunto *Alemania V. Italia*. <http://www.icj-cij.org/en/case/143>
- Medidas provisionales de 15 de diciembre de 2012 del Tribunal Internacional de Derecho del Mar en el caso nº20 “ARA Libertad” (ARGENTINA v. GHANA).
- Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 28/2008, de 22 de julio, [ECLI:ES:AN:2008:5676].
- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 151/2006, de 20 febrero [ECLI:ES:TS:2006:717].
- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 1004/2009, de 19 de octubre [ECLI:ES:AN:2008:5676].
- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, núm. 592/2014, de 24 de julio, [ECLI:ES:TS:2014:3082].
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 21/1997, de 10 de febrero, Caso *Archangelos*.

OTROS DOCUMENTOS.

- ARMADA (2007), “Directiva de Seguridad Física 71 no clasificada de la Flota D-SF-71 “Procedimientos de actuación de los Trozos de visita y registro”.
- BERLINGIERI, F. (1978), “El Comité Marítimo Internacional”, *Conferencia pronunciada en Buenos Aires*, en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/58/rucv_197_6_58_9-20.pdf
- DEPARTMENT OF STATE, (1965), “Secretary of State Rusk to the U.S. Embassy, Port-of-Spam, airgram No. A-27, of 29 April 1965, MS. Department of State, file DEF 19.3 U.S., reprinted in WHITEMAN, 9 *Digest of International Law* (1986).
- FERNANDEZ FERRER, C. M. (2015), “Itinerario del Comandante ante un delito de drogas en alta mar”, *TSIJ del Curso de Derecho aplicable a las operaciones navales para miembros del Cuerpo Jurídico Militar*, Madrid.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2008), “Instrucción 1/2008”, de 7 de marzo, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial.
- INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL (1928), *Reglamento (de carácter no normativo) sobre el régimen legal de los buques y sus tripulaciones en puertos extranjeros en tiempo de paz*, Estocolmo.
- LANG, J. (2011), “Carta de fecha 24 de enero de 2011 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. Somalia-Informe del Asesor Especial del Secretario General sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la piratería frente a las costas de Somalia”, documento S/2011/30, de 25 de enero de 2011, Naciones Unidas.
- MINISTERIO DE DEFENSA, (2018). *PDC-01 Doctrina para el empleo de las FAS*, Madrid: Ministerio de Defensa.
- NACIONES UNIDAS (2011), *Informe del Asesor Especial del Secretario General sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la piratería frente a las costas de Somalia, Anexo de la carta de fecha 24 de enero de 2011 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, documento S/2011/30, de 25 de enero de 2011, Naciones Unidas.
- SUCHARITKUL, S. (1979), *Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, Nueva York, Documento A/CN.4/323, Naciones Unidas.

Anexo I

ANEXO I



Fiscalía General del Estado



Armada Española

ACTUACIÓN DE LOS BUQUES DE LA ARMADA ANTE LOS DELITOS DE PERSECUCIÓN UNIVERSAL

En virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, se han modificado los preceptos reguladores del ejercicio de la jurisdicción por los Tribunales españoles, establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), al disponer en sus artículos 23.2.b) y 23.6 (aplicable al listado de delitos de los apartados 3 y 4 del citado artículo) que, cuando se trate de delitos cometidos fuera del territorio nacional, necesitan en todo caso como presupuesto inexcusable para ser perseguidos en España –y en consecuencia para ser objeto de investigación por los órganos judiciales españoles– querella del agraviado o del Ministerio Fiscal, sin la cual no es posible incoar un procedimiento judicial para la averiguación y esclarecimiento de los mismos.

El objeto de este documento es establecer criterios de actuación para articular la forma en la que las autoridades de la Armada establecerán la relación con las Fiscalías correspondientes cuando los buques de guerra españoles intervengan en unos hechos susceptibles de ser enjuiciados por los tribunales españoles en virtud del art. 23.4.d) de la LOPJ.

Los buques de guerra, actúan en los espacios marítimos con la legitimidad que, de forma directa, les otorga del Derecho Internacional del Mar, pudiendo intervenir con facultades que abarcan –según los casos– la prevención, persecución, visita, inspección y apresamiento de los buques presuntamente dedicados a determinadas actividades ilícitas, coincidentes en gran parte con los denominados delitos de persecución universal contra la seguridad marítima enumerados en el artículo 23.4.d) de la LOPJ¹.

¹ El buque de guerra –y sólo el buque de guerra– es definido con precisión por el artículo 29 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CNUDM) como: "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 de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares".

La intervención de un buque de guerra español ante presuntos delitos cometidos en espacios marítimos no siempre implica la competencia para conocerlos y enjuiciarlos de los órganos judiciales españoles, pues, por una parte, no resultan coincidentes en los tratados internacionales las reglas que legitiman la intervención de un determinado buque de guerra con las reglas de competencia para el enjuiciamiento de dichos delitos y, por otra, muchas de estas actuaciones se realizan bajo mandato de una organización internacional de la que España es miembro (Naciones Unidas, OTAN, UE) o en virtud de colaboración con terceros Estados u otras organizaciones internacionales, ajustando su actuación, en estos casos, al correspondiente convenio, acuerdo, estatuto o resolución internacional vinculante.

Lo expuesto en los dos párrafos anteriores no impide que en determinados casos los buques de guerra españoles puedan actuar como policía judicial –entendida esta locución en sentido genérico y sin perjuicio del estatus especial del buque de guerra apuntado en los párrafos anteriores, así como del derivado de la organización militar y de las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas por el artículo 8º de la Constitución–, bien porque su intervención haya sido requerida por un órgano judicial (o por el Ministerio Fiscal), o bien porque, habiendo intervenido en virtud de su propia competencia, resulte la existencia de un delito cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción española. Y ello, tanto en espacios marítimos de jurisdicción española, como fuera de ellos.

Entre los convenios internacionales que se refieren expresamente al buque de guerra como garante de la seguridad marítima frente a sus diversas amenazas, se pueden citar los siguientes:

- Artículo 107 CNUDM para la realización de apresamientos por causa de piratería.
- Artículo 110 CNUDM para el ejercicio del derecho de visita respecto de los buques sospechosos de dedicarse a la piratería, trata de esclavos o transmisiones ilegales, o de carecer de nacionalidad u ocultarla.
- Artículo 224 CNUDM respecto al ejercicio de las facultades ejecutivas frente a los supuestos de contaminación marina.
- 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.
- 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.
- Artículo 8 bis.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.

Asimismo, son numerosas las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que, al amparo del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas (acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión), habilitan a los buques de guerra para realizar determinadas actuaciones exorbitantes o más allá de las autorizadas con carácter general por los tratados internacionales sobre Derecho del Mar en tiempo de paz.

Ha de advertirse que, en los delitos de persecución universal relacionados con la seguridad marítima, la determinación de la jurisdicción competente con arreglo a los tratados internacionales ratificados por España y los actos normativos de las Organizaciones Internacionales de las que España es parte – a los que se remite el artículo 23.4.d) de la LOPJ– no siempre es tarea sencilla, en especial cuando dichos tratados e instrumentos internacionales contemplan jurisdicciones concurrentes y alternativas.

Por otro lado, también conviene recordar aquí que es doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (por todas, STC 21/1997, de 10 de febrero, recaída en el caso del buque "ARCHANGELOS") que «*los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales... que al ejercer "ad intra" sus atribuciones*», lo que conlleva que deban ajustar su actividad, aun cuando la realicen en espacios marinos alejados del territorio y del mar territorial español, a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico y, en particular, al respeto de los derechos y libertades que nuestra Norma Fundamental reconoce y garantiza.

Con el fin, pues, de abordar de forma coordinada las actuaciones de los buques de guerra españoles en la persecución de los delitos contra la seguridad marítima contemplados en el artículo 23.4.d) de la LOPJ, para cuyo conocimiento la jurisdicción española resulte competente, bien para su enjuiciamiento, bien para la adopción de medidas cautelares y de prevención que exijan autorización judicial (p.ej. la privación de libertad por más de 72 horas de los presuntos delincuentes o el registro de camarotes privados), la Fiscalía General del Estado y la Armada Española actuarán conforme a los siguientes criterios:

Primero. La comunicación o informe que traslade la "*notitia criminis*", en cumplimiento de lo previsto en el art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), se remitirá al Fiscal en funciones de guardia de la Fiscalía de la Audiencia Nacional o al de la Fiscalía Especial Antidroga, según proceda en razón de la clase de delito investigado, el cual incoará diligencias preliminares de investigación conforme a los arts. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 773 de la LECrim.

Segundo. La dotación del buque de guerra y los medios auxiliares embarcados practicarán, bajo la Autoridad del Comandante del buque, las diligencias que estimen oportunas y cuantas les encomiende el Fiscal, remitiendo a este su resultado, así como los informes y atestados que elaboren sobre los hechos objeto de investigación al amparo de lo previsto en los arts. 287, 295 y 297 de la LECrim.

Tercero. El Fiscal, en atención a las diligencias practicadas e informes recibidos, valorará la procedencia de la interposición de querella y, cuando lo estime necesario, instará cuantas medidas de prevención o cautelares requieran resolución judicial, comunicando al Comandante del buque de guerra las resoluciones adoptadas y las actuaciones que éste deba realizar.

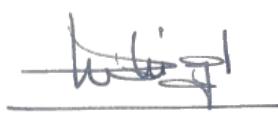
Las oportunas comunicaciones se realizarán a través del Mando español de la operación naval en la que esté incurso el buque de guerra con utilización de sus propios sistemas de comunicaciones.

Para el debido cumplimiento de estos criterios de actuación se acompaña como Anexo I el listado de los fax, teléfonos de contacto de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y cuadro con los Fiscales de guardia de la misma; y como Anexo II el cuadro de los Fiscales de la Fiscalía Especial Antidroga con sus direcciones de correo electrónico.

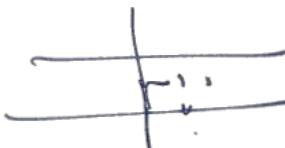
En Madrid, a 2 de julio de 2015.

LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EL ALMIRANTE
JEFE DE ESTADO MAYOR DE LA ARMADA



Consuelo Madrigal Martínez-Pereira



Jaime Muñoz-Delgado Díaz del Río