

EL DELITO DE PIRATERÍA. ANTECEDENTES Y REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 5/2010

Alicia RODRÍGUEZ NÚÑEZ¹

Resumen: El delito de piratería ha permanecido en el Código penal desde el inicio de la codificación hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995. Ante el recrudecimiento a principios del siglo XXI de los ataques piratas a embarcaciones de países occidentales, en los que se han visto involucradas naves de bandera española, la comunidad internacional insiste para que los Estados castiguen este tipo de delincuencia, arbitren herramientas para el procesamiento de los piratas apresados y firmen acuerdos con terceros Estado para que se hagan cargo de enjuiciarlos. La Ley Orgánica 5/2010 ha reintroducido el delito de piratería en el Código penal. La Ley Orgánica del Poder judicial también ha sido modificada por Ley Orgánica 1/2009 con el fin de acotar los casos en los que la jurisdicción española puede iniciar un proceso penal contra los piratas atacantes de personas y bienes españoles. La Unión Europea ha suscrito acuerdos con Kenia y la República de Seychelles para que los presuntos piratas capturados en el seno de la operación Atalanta puedan ser entregados y enjuiciados en dichos Estados.

Palabras Clave: delito de piratería – competencia jurisdiccional.

Abstract: The crime of piracy has remained in the Criminal Code since the beginning of codification until the Criminal Code of 1995 came in to force. At the beginning of the twenty first century there has been an upsurge of pirate attacks against boats of western countries that has affected Spanish vessels. In view of this situation, the

¹ Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Nacional de Educación a Distancia

international community insists on the criminal punishment of these behaviors by all the States that should also enact tools and procedures in order to indict the captive pirates and sing agreements with other States that would try them. The crime of piracy has been reenacted in the Criminal Code by virtue of Organic Law 5/2010. The Organic Law of Judicial Power has also been modified by the Organic Law 1/2009 in order to determine the competence of Spanish Courts to initiate criminal proceedings against pirates that have attacked Spanish nationals and goods. Moreover, the European Union has signed agreements with Kenya and the Seychelles Republic so that the suspected pirates captured in the Atalanta operation could be handed to and tried by those States.

Key-words: crime of piracy – jurisdictional competence.

1. Introducción

Los actos de piratería son tan antiguos como la navegación marítima. Los griegos acuñaron el término «peirates» para designar a los depredadores de los mares². En época de los Romanos el Mediterráneo estaba infectado de piratas. En la Edad Media, los piratas berberiscos asolaron las costas españolas. La conquista de América dio lugar a nuevos escenarios en el Caribe donde corsarios y piratas ingleses, holandeses, franceses y de otras nacionalidades estaban dispuestos a hacerse con el oro español en su viaje hacia la Península³. Hasta el siglo XIX no remitieron los actos de piratería que afectaban a las embarcaciones españolas.

Con la expansión de la aviación en el siglo XX, la navegación aérea comercial también se vio afectada por los secuestros y desvíos de su ruta, en definitiva por actos de piratería aérea que puso en guardia a la Comunidad internacional. La motivación para estos ataques es diversa. El primer secuestro aéreo tuvo lugar en febrero de 1931

² RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: «El delito de piratería», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º L, 1997, p. 212.

³ En 1609 Grocio publica en Leyden *De mare liberum, sive de iure quod Batavis competit ad indicaria commercia disertado*, (*De la libertad de los mares*, trad. Blanco García, V. y García Arias, L., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1979, p. 76) en el que mantiene la libertad de comercio y tránsito por los mares que se encuentran más allá del mar territorial y autoriza la utilización de todos los medios incluso las armas para su defensa. A esta libertad de navegación en alta mar se opusieron entre otros Robert Callis, Gérard de Malines, Fray Serafín de Freitas, Sir John Borough y Selden. MIAJA DE LA MUELA, A.: *Introducción al Derecho internacional público*, ed. Atlas, Madrid, 1968, pp. 413.

cuando un avión de la Pan Am fue asaltado en el aeropuerto peruano de Arequipa por unos revolucionarios que pretendían utilizar la aeronave para llevar mercenarios a otros lugares del país. En 1958, el grupo revolucionario Movimiento 26 de Julio liderado por Fidel Castro, hizo varios intentos de apoderamiento de aeronaves de Cubana de Aviación con el fin de incorporarlas a la Fuerza Aérea Rebelde contra el gobierno de Batista. Tras el triunfo de la revolución cubana los secuestros continuaron, aunque en esta ocasión, al principio, por los leales al ex-presidente General Batista y, posteriormente, por los ciudadanos que huían del nuevo régimen revolucionario obligando a las aeronaves a aterrizar en Miami. A partir de los años 60 el secuestro de aviones se generalizó por todo el mundo. Desde la postguerra de la Segunda Guerra Mundial hasta los años 70 era frecuente que personas deseosas de salir de países de régimen comunista secuestraran el avión en el que viajaban para desviarlo a otro país de régimen democrático en busca de asilo político (desde Cuba a EEUU, desde los países del Este a la Alemania Occidental, Austria, Italia o Francia). A finales de los 60 y principios de los 70 del siglo XX comenzaron los secuestros aéreos con fines propagandísticos por terroristas árabes⁴ y guerrilleros de diferentes países⁵. También se han dado casos protagonizados por desequilibrados psíquicos. La Administración Federal de Aviación de los Estados Unidos contabilizó desde 1931 a 1974 un total de 445 secuestros aéreos. Del afán propagandístico se ha pasado al afán crematístico con el cobro de rescates.

Los secuestros aéreos prácticamente han desaparecido en la actualidad debido a la firma de acuerdos entre los Estados para impedir que se produzcan. El *Convenio sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves* (en adelante *Convenio de Tokio*), concluido en Tokio el 17 de septiembre de 1963; el *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves* (en adelante *Convenio de la Haya*), suscrito en la Haya el 16 de diciembre de 1970; o el *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil* (en adelante *Convenio de Montreal*), hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, han reforzado la cooperación internacional, así como las medidas de seguridad preventivas que se

⁴ Frente Popular para la Liberación de Palestina, Hezbollah, Yihad Islámica Al Qaeda, musulmanes chechenos, chiitas libaneses, extremistas kurdos, opositores al régimen talibán afgano, etc. El Gobierno de Libia asumió su responsabilidad en el caso del avión de la Pan Am que agentes secretos libios hicieron explotar sobre la ciudad escocesa de Lockerbie el 21 de diciembre de 1988.

⁵ Banda Baader Meinhof de los anarquistas alemanes, Brigadas Rojas en Italia, Facción del Ejército Rojo Japonés, FARC en Colombia.

han ido adoptando en los aeropuertos, especialmente a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos⁶.

Sin embargo, los ataques de piratas marítimos persisten en el siglo XXI. Aún se producen casos de piratería marítima en el Golfo de Guinea, el Pacífico Sur, el Caribe así como en los Mares Índico y de la China Meridional. Las zonas más afectadas son el Golfo de Guinea, cerca de Nigeria; el Golfo de Adén, cerca de Somalia; el Estrecho de Malaca, entre Malasia e Indonesia; y el Subcontinente indio entre Sri Lanka y la India. Según informaciones estadísticas presentadas por la Organización Marítima Internacional (IMO), en el período 2004-2008 se registraron 1.027 ataques marítimos principalmente en Indonesia, Estrecho de Malasia, Filipinas, Estrecho de Singapur, Golfo de Tailandia, Lejano Oriente, China, Hong Kong y Vietnam. En 2010 se notificaron a la organización 489 actos de piratería y robos a mano armada perpetrados en todo el mundo contra buques. Gracias a la intervención de patrullas de las armadas internacionales y a las medidas de colaboración preventiva entre los países afectados, en 2012 estos ataques han bajado a 297, de los que 75 se produjeron en las costas de Somalia.

Las costas europeas quedan a salvo de estas agresiones, pero las embarcaciones de los países occidentales dedicadas al transporte, la pesca comercial y de recreo están siendo víctimas de los piratas que aprovechan la indefensión de los buques cuando navegan en alta mar y la imposibilidad de los países ribereños, con Estados fallidos, para controlar sus mares territoriales. Las motivaciones de estos nuevos piratas pueden ser económicas⁷, políticas⁸ o terroristas⁹.

⁶ Está pendiente la entrada en vigor del *Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional*, realizado en Beijing el 10 de septiembre de 2010, que en su art. 1.f) recoge como uno de estos actos utilizar una aeronave en servicio con el propósito de causar la muerte, lesiones corporales graves o daños graves a los bienes o al medio ambiente.

⁷ Casos recientes de navíos españoles y sus tripulaciones secuestrados cerca de las costas de Somalia por los que se pagaron rescate: en 2000 por el atunero *Albacora IV* se pagan 800.000 dólares en un despacho de abogados londinense. El 20 de abril de 2008 es secuestrado el pesquero *Playa de Bakio*, se sospecha que se pagaron 766.000 euros. El 3 de octubre de 2009 fue el atunero congelador español *Alakrana* por el que pidieron la cantidad de 10 millones de dólares, no se ha hecho pública la cuantía final del rescate aunque se sospecha que fueron 4 millones de dólares; la SAN (Sala de lo Penal – Sección 4.ª) de 3 de mayo de 2011 reconoce que se pagó por organismos públicos vinculados al Gobierno español.

⁸ El 13 de febrero de 1963 el buque venezolano Anzoategui es capturado por la guerrilla Fuerzas Armadas de Liberación Nacional (FALN) para denunciar la violación de Derechos Humanos por el Gobierno venezolano.

⁹ El 22 de enero de 1961 un grupo de 20 miembros del Directorio Revolucionario Ibérico de Liberación (DRIL), grupo opositor a Franco en España y a Oliveira Sa-

La piratería marítima ha subsistido hasta el siglo XXI gracias a la convergencia de varios elementos¹⁰: el enorme volumen de mercancías que transita por la mar¹¹, la existencia de pasos estrechos en las líneas marítimas de comunicación, la relajación de las medidas de seguridad marítima en los puertos y costas adyacentes, la proliferación del comercio ilegal de armas a las que acceden fácilmente los piratas, a esto hay que unir la pobreza extrema de los países de origen de los piratas y las grandes sumas de dinero que genera el negocio de la piratería en nuestros días, se pagan millones de dólares por el rescate de los buques apresados¹². La realidad es que la piratería se plantea como una forma más de delincuencia organizada. El dinero obtenido con los rescates se blanquea fácilmente en la zona y se invierte en propiedades en países fronterizos donde los dirigentes de las organizaciones llevan una vida de lujo.

Los instrumentos internacionales para luchar contra la piratería marítima son: la *Convención sobre Alta Mar* (en adelante *Convención de Ginebra*), hecha en Ginebra el 28 de abril de 1958; la *Convención sobre el Derecho del Mar* (conocida como CONVEMAR, UNCLOS, CNUDM o *Convención de Montego Bay*), hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, y el *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima* (en adelante *Convenio SUA*¹³), adoptado en Roma el 10 de marzo de 1988, y su *Protocolo*, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005.

Las *Convenciones de Ginebra* (art. 14) y CONVEMAR (art. 100) instan a todos los Estados a cooperar, en la medida de lo posible, a la represión de la piratería en alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado.

lazar en Portugal, al mando del capitán Henrique Galvão se hicieron durante unos días con el buque de pasaje Santa María que hacía la travesía entre Portugal y América Central. El 7 de octubre de 1985 cuatro miembros del Frente de Liberación de Palestina secuestraron en el Mediterráneo el crucero italiano Achille Lauro. El 11 de julio de 1988, en el Mar Egeo, el crucero griego City of Poros es atacado por un grupo terrorista que se dió a la fuga en una lancha rápida dejando 9 muertos y 60 heridos.

¹⁰ MACKINLAY, A.: «La lucha contra la piratería en aguas del Océano Índico: la necesidad de una aproximación integral», Real Instituto Elcano, Documento de Trabajo 19/2010.

¹¹ Aproximadamente el 80% del movimiento comercial de las naciones ribereñas se realiza por vía marítima.

¹² Es difícil saber exactamente a cuánto asciende el negocio de la piratería. Algunos medios de comunicación cifran en casi 300 millones de euros las ganancias obtenidas por los piratas somalíes en los dos últimos años. Se calcula que el mínimo por el rescate de una embarcación oscila entre los 250.000 y el millón de euros según el tamaño.

¹³ SUA: *Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation*

2. Concepto de piratería

Algunos autores¹⁴ distinguen entre la piratería *iuris gentium* y la piratería por analogía. La primera estaría constituida por actos calificados como piratería en las normas de Derecho internacional, mientras que serían actos de piratería por analogía los calificados como piratería en los ordenamientos internos estatales pero no sancionados como tal en las normas de derecho internacional, por ejemplo la piratería en aguas internas o en el mar y el espacio nacionales.

El concepto de «piratería» está íntimamente ligado al límite territorial donde alcanza la jurisdicción de los Estados. Se concibe como un delito contra la Comunidad Internacional y, para evitar zonas sin ley, su persecución queda asegurada por el principio de la justicia universal. Por ello, tradicionalmente, las legislaciones sólo han contemplado la piratería marítima y la aérea dando por hecho que en tierra cada Estado tiene el control efectivo sobre su territorio frente a los actos de pillaje, bandidaje o terrorismo.

Piratería y terrorismo incluyen actividades semejantes (asesinatos, secuestros, robos, etc.) que aterrorizan igualmente a la población aunque difieran en los motivos que impulsan a sus autores y en los lugares de comisión: la piratería queda circunscrita a la alta mar o al espacio aéreo que no están bajo la jurisdicción de Estado alguno mientras que el terrorismo no tiene un lugar de comisión predeterminado. Esto no descarta que la piratería pueda ejercerse con fines terroristas en cuyo caso a los efectos de la extradición habría que aplicar el *Convenio Europeo para la Represión del terrorismo* de 1977¹⁵.

Algunas normas internacionales que regulan las aguas marinas y su espacio aéreo son claras en cuanto a la definición de la piratería.

¹⁴ RONZITI, N.: «Piratería», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIII, ed. Giuffré, Milán, 1983, p. 913; en el mismo sentido se pronuncia OPPENHEIM, L.: *International Law. A treatise*, Londres, 1912, p. 347.

¹⁵ El *Convenio Europeo para la represión del terrorismo*, adoptado en Estrasburgo el 27 de enero de 1977, a los efectos de la extradición entre los Estados contratantes, en su art. 1 considera como delito político, como delito conexo con un delito político o como delito inspirado por móviles políticos: «a) Los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de la captura ilícita de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; b) Los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971;... f) La tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados o la participación como coautor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos».

Sin embargo, el término «piratería» está ausente en las normas que tratan de los actos ilícitos cometidos contra aeronaves que prefieren emplear «apoderamiento».

El art. 15 *Convención de Ginebra*¹⁶ y el art. 101 CONVEMAR¹⁷ definen la piratería como:

1. Cualquier acto ilegal de violencia, de detención o de depredación cometido con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada, y dirigido: a) Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; b) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes situados en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.
2. Cualquier acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, con el conocimiento de que se han producido hechos que dan a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata.

¹⁶ Art. 15. Convención sobre Alta mar: «Constituyen actos de piratería los enumerados a continuación:

1. Todo acto ilegal de violencia, de detención o de depredación cometido con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada, y dirigido:

a. Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos.

b. Contra un buque o una aeronave, personas o bienes situados en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

2. Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo cometa tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata.

3. Toda acción que tenga por objeto incitar o ayudar intencionadamente a cometer los actos definidos en los párrafos 1 y 2 de este artículo».

¹⁷ Art. 101. CONVEMAR: «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;

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 el apartado b) o facilitarlos intencionalmente».

3. Cualquier acción que tenga por objeto incitar o ayudar intencionadamente a cometer los actos definidos en los dos apartados anteriores.

Según estas Convenciones merecen la misma calificación los actos cometidos por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave¹⁸.

En cuanto a la piratería aérea, el art. 11.1 del *Convenio de Tokio* establece que «Cuando, mediante violencia o intimidación, una persona cometa a bordo cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia o ejercicio del control de una aeronave en vuelo, o esté a punto de cometer tales actos, los Estados Contratantes tomarán todas las medidas necesarias para que el legítimo Comandante de la aeronave recupere o conserve el control». El *Convenio de la Haya* en su art. 1.a) describe lo que podría ser un acto de piratería sin darle expresamente esta calificación¹⁹ y en el art. 4 establece las reglas de jurisdicción de los Estados respecto de estos actos. El *Convenio de Montreal* en su art. 1 también recoge actividades que podrían incluirse en la piratería²⁰. En estos textos los hechos no se califican expresamente como piratería aunque la descripción de los mismos

¹⁸ Art. 16. Convenio de Ginebra y art. 102 CONVEMAR

¹⁹ Art. 1. Convenio de La Haya:

«Comete un delito (que en adelante se denominará «el delito») toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo,

a) Ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos; b) Sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos.»

²⁰ Art. 1. Convenio de Montreal

«1. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente:

a) realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituye un peligro para la seguridad de la aeronave;

b) destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;

c) coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;

d) destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo;

e) comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo;

podría encajar en ese concepto, salvo por la ausencia de mención a que se deban producir en un lugar donde no alcanza la jurisdicción de algún Estado. Se constata una falta de claridad en la distinción de los términos «piratería aérea», «hijacking» o «desvió de aeronave» lo que dificulta la calificación de ciertas infracciones²¹. La misma técnica se sigue en el *Convenio SUA* y su *Protocolo* donde tampoco hay referencia directa a la piratería a pesar de que en el art. 3²² describe actos que encajan con las actividades que desarrollan los piratas y que el art. 4.1 dice que «El presente Convenio se aplicará si el buque está navegando, o su plan de navegación prevé navegar, hacia aguas situadas más allá del límite exterior del mar territorial

2. Igualmente comete un delito toda persona que:

- a) intente cometer cualquiera de los delitos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo;
- b) sea cómplice de la persona que los cometa o intente cometerlos.»

²¹ Cornil, R: «Avant-propos», en *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, número especial sobre «Attentats contre la navigation aérienne», Bruselas, diciembre 1971-enero 1972.

²² Art. 3. Convenio SUA

«1. Comete delito toda persona que ilícita o intencionadamente:

- a) Se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; o
- 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
- 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
- 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
- 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
- f) Difunda información a sabiendas de que es falsa, poniendo así en peligro la navegación segura de un buque; o
- g) Lesione o mate a cualquier persona, en relación con la comisión o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enunciados en los apartados a) a f).

2. También comete delito toda persona que:

- a) Intente cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1; o
- b) Induzca a cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1, perpetrados por cualquier persona, o sea de otro modo cómplice de la persona que comete tal delito; o
- c) Amenace con cometer, formulando o no una condición, de conformidad con lo dispuesto en la 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 apartados b), c) y e) del párrafo 1, si la amenaza puede poner en peligro la navegación segura del buque de que se trate».

de un solo Estado, o más allá de los límites laterales de su mar territorial con Estados adyacentes, a través de ellas o procedente de las mismas».

La Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea (LPPNA), opta por el mismo sistema de no hacer referencia explícita a la piratería si bien sus arts. 39 y 40²³ describen actos de esta clase que se producen en circunstancias de lugar y tiempo que imposibilitan la protección de un Estado.

Es necesario hacer una interpretación precisa del elemento de extraterritorialidad consustancial a la piratería dado que tanto las embarcaciones como las aeronaves se consideran territorio del Estado de matrícula²⁴. En la piratería de lo que se trata es que estos medios de transporte se encuentran desprotegidos y a la merced de los asaltantes. Cuestión diferente es la atribución de jurisdicción para procesar a los piratas²⁵.

²³ Art. 39. LPPNA:

«El que se apodere con violencia o intimidación de una aeronave, de personas o cosas que se hallen a bordo, en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado, será castigado con la pena de reclusión mayor.

La pena de reclusión mayor podrá imponerse en su grado máximo:

1.º Si el medio violento empleado para la aprehensión de la aeronave la pone en peligro de siniestro.

2.º Si se hubiere dejado a alguna persona sin medios para salvarse».

Art. 40. LPPNA:

«Serán castigados con las mismas penas señaladas en el artículo anterior [, según los casos:

1.º Los que con violencia o intimidación se apoderen de la aeronave en que vuelen o faciliten a otros su apoderamiento.

2.º Los que desde el aire, tierra o mar, y por cualquier medio, provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave, con el propósito de apoderarse de ella o de atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo».

²⁴ Art. 16. Convenio de Tokio:

«1. Las infracciones cometidas a bordo de aeronaves matriculadas en un Estado Contratante serán consideradas, a los fines de extradición, como si se hubiesen cometido no sólo en el lugar en el que hayan ocurrido sino también en el territorio del Estado de matrícula de la aeronave.

2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo anterior ninguna disposición de este Convenio se interpretará en el sentido de crear una obligación de conceder la extradición».

²⁵ Art. 23.1 LOPJ: «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.»

Existen dos situaciones en las que se puede producir legalmente la captura y retención de naves, aeronaves, personas y bienes piratas al objeto de un posterior procesamiento:

1. En alta mar, entendiéndose por tal «la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado» (art. 1 *Convención de Ginebra*).

El alta mar es la zona marítima que se encuentra más allá de las 200 millas marinas correspondientes a la zona económica exclusiva (mar patrimonial) o de las aguas archipelágicas de los países ribereños. En este alta mar todos los Estados tienen libertad de navegación, de sobrevuelo y de pesca. Sin embargo, algunos autores opinan que a los efectos de la persecución de la piratería sólo quedan excluidos las aguas interiores, el mar territorial y su zona contigua (en total 24 millas marinas).

2. En un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado (art 105 CONVEMAR). La cuestión que se plantea es si el sometimiento del lugar a la jurisdicción de un Estado ha de interpretarse como una situación de derecho concordante con la realidad jurídica internacional. Parece evidente que sí, pues no se debe dejar el menor resquicio a interpretaciones subjetivas de los Estados que posibilitarían intervenciones fuera de la legalidad.

Pero ¿qué hacer cuando el Estado ribereño es impotente para controlar el mar o el aire que le ha correspondido administrar? Los instrumentos internacionales, que instan a la cooperación en la represión de la piratería, habilitan a la Comunidad Internacional para que arbitre una ayuda eficaz a través de la firma de acuerdos con el Estado en cuestión. La ayuda se consigue mediante la cesión de competencias a terceros países para que puedan detener a los piratas en aguas jurisdiccionales e, incluso, para que puedan juzgar a los detenidos o entregarlos a terceros países interesados en juzgarles²⁶.

²⁶ La Resolución 1816 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU), exhorta a todos los Estados para que cooperen en la determinación de la jurisdicción, y en la investigación y persecución de personas responsables de actos de piratería y de robo a mano armada en las costas de Somalia. La Unión Europea ha suscrito acuerdos, mediante canje de notas, con Kenia (Decisión 2009/293 PESC del Consejo) y la República de Seychelles (Decisión 2009/877/PESC del Consejo) para que los presuntos piratas capturados en el seno de la operación ATALANTA puedan ser entregados y enjuiciados en dichos Estados.

3. El delito de piratería en la legislación española

La técnica legislativa tradicional mantenida en España desde la codificación requería que el delito de piratería se tipificase en el Código penal como una ley en blanco en tanto que no se daba un concepto legal de «piratería» y no se hacía concreta referencia al lugar en el que debían producirse los hechos. De manera que el concepto de piratería, por remisión tácita, debía determinarse a través de los instrumentos jurídicos internacionales porque las normas penales sólo hacían mención a «los piratas» o al «delito de piratería».

El delito de piratería ha existido ininterrumpidamente en el Código penal español desde 1822 y se ha mantenido con diferentes matices hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995 donde el legislador suprimió esta infracción por haber perdido su razón de ser. De hecho, no ha sido el único país que dejó de tipificar el delito de piratería. Sin embargo, los secuestros de barcos españoles en Somalia²⁷ han sido el detonante para que se reintrodujera este delito por Ley Orgánica 5/2010 estableciendo un nuevo Capítulo V en el Título XXIV con los artículos 616 ter y 616 quáter²⁸.

²⁷ El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprueba, el 27 de abril de 2010, la Resolución 1918 (2010). Reconoce estar «Gravemente preocupado todavía por la amenaza que los actos de piratería y robo a mano armada en el mar cometidos contra buques representan para la situación en Somalia y otros Estados de la región, así como para la navegación internacional y la seguridad de las rutas marítimas comerciales» y «Preocupado por los casos en que se libera a personas sospechosas de piratería sin comparecer ante la justicia, y decidido a crear las condiciones necesarias para asegurar que los piratas rindan cuentas de sus actos», por lo que «2. Exhorta a todos los Estados, incluidos los de la región, a que tipifiquen la piratería en su legislación interna y consideren la posibilidad de enjuiciar a los presuntos piratas capturados frente a las costas de Somalia, y encarcelar a los convictos, respetando las normas internacionales de derechos humanos aplicables». Preocupación y exhortación que se reiteran a los pocos meses en la Resolución 1959 (2010) del Consejo. En el mismo sentido se pronuncia la OMI en su Resolución A.1026(26), adoptada el 2 de diciembre de 2009, sobre Actos de piratería y robos a mano armada perpetrados contra los buques frente a la costa de Somalia: «5. Insta también encarecidamente a los gobiernos que todavía no lo hayan hecho a que, con prontitud: 1) adopten todas las medidas de carácter legislativo, judicial y de ejecución necesarias para, con sujeción a las leyes nacionales, poder hacerse cargo, enjuiciar o extraditar a los piratas y ladrones armados, presuntos o declarados, que sean capturados por buques de guerra o aeronaves militares, o por otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un Gobierno».

²⁸ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: «El nuevo delito de piratería. Breves reflexiones», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (coord.): *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 883 ss.

El CP 1822 castigaba en su art. 268 a «Los piratas y los que en el mar ó en las costas ó puertos robaren ó se apropiaren algunos efectos de buque extranjero que haya naufragado ó arribado con averías»²⁹. Los CP 1882, 1848, 1850 y 1870 recogían de forma muy similar el delito de piratería³⁰ entre los delitos contra la seguridad exterior del Estado. El CP 1928 dedicaba un mayor espacio, arts. 245 a 252, a los «Delitos de piratería y otros análogos» en el capítulo IV del Título Primero en el Libro Segundo. Definiéndola en el art. 245 como «Cometen delito de piratería, los que sin autorización o patente de Gobierno que tenga la facultad de expedirla, o con abuso de patente legítima o llevando patente de varios Estados, dirijan, manden o tripulen uno o más barcos armados o con tripulación armada, que recorran los mares, ejerciendo en ellos, en sus costas o en otras embarcaciones, robos o violencias». El CP 1932, en sus arts. 142 y 143, volvió a la tipificación de 1870, que se mantuvo prácticamente con la misma redacción en los arts. 138 y 139 CP 1944 donde, como efecto de la modernización de los medios de transporte, se añadió un segundo párrafo al art. 139: «Las penas señaladas en este artículo y en el anterior son aplicables a los delitos que se cometieren contra aviones, aeronaves o aparatos similares, o utilizando tales medios para la realización de aquéllos». Finalmente este delito se mantiene inalterado hasta el 24 de mayo de 1996, fecha en la que se produce la derogación del Texto refundido del Código penal de 1973 por la

²⁹ Art. 268 CP 1822: «Los piratas y los que en el mar ó en las costas ó puertos robaren ó se apropiaren algunos efectos de buque extranjero que haya naufragado ó arribado con averías, serán castigados respectivamente con arreglo al capítulo primero, título tercero de la segunda parte» [misma pena que la sedición].

³⁰ Art. 156 CP 1848: «El delito de piratería cometido contra españoles ó súbditos de otra nación que no se halle en guerra con España será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á la muerte».

Esta redacción se repite en el art. 156 CP 1850. El CP 1870 la reitera en el primer párrafo del art. 155 al que añade un segundo párrafo: «Cuando el delito se cometiere contra súbditos no beligerantes de otra nación que se halle en guerra con España, será castigado con la pena de presidio mayor» y el art. 156: «Incurrirán en la pena de cadena perpétua a muerte los que cometan los delitos de que se trata en el párrafo primero del artículo anterior, y en la pena de cadena temporal a cadena perpétua los que cometan los delitos de que habla el párrafo segundo del mismo artículo:

1.º siempre que hubieren apresado alguna embarcación al abordaje ó haciéndola fuego.

2.º Siempre que el delito fuere acompañado de asesinato ú homicidio ó de alguna de las lesiones designadas en los artículos 429 y 430 y en los números 1.º y 2.º del 431.

3.º Siempre que fuere acompañado de cualquiera de los atentados contra la honestidad señalados en el capítulo II, título IX de este libro.

4.º Siempre que los piratas hayan dejado algunas personas sin medio de salvarse.

5.º En todo caso el capitán o patrón de los piratas.»

LO 10/1995 que no tipifica el delito de piratería por considerarlo una de las «figuras delictivas que han perdido su razón de ser»³¹.

Mientras estuvo vigente la *Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante* (LPDMM), de 22 de diciembre de 1955, la mayoría de los autores consideraban que los artículos que castigaban la piratería marítima en el Texto refundido del Código penal de 1973 eran letra muerta ya que tenían aplicación preferente las leyes especiales que regulaban la materia. Tras la derogación de la LPDMM, el 24 de noviembre de 1992, la piratería marítima pasó a ser penada únicamente en el Código penal que quedaba cómo ley residual para la piratería aérea castigada en la *Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea*.

3.1. *¿Cómo se han calificado los actos de piratería marítima en el lapso transcurrido desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995 hasta la reintroducción del delito de piratería por LO 5/2010?*

Siguiendo una nueva corriente que propugna que los delitos marítimos y aeronáuticos se plasmen en la legislación especial, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992 se decía que «no se regulan los delitos de piratería, en el entendimiento de que su lugar idóneo es una Ley penal especial». En la exposición de motivos del nuevo Código Penal de 1995 no existe ninguna referencia a la desaparición de estos delitos. Por tanto, hay que entender que a partir de su entrada en vigor los actos de piratería quedaron reducidos exclusivamente a la piratería aérea tipificada en los arts. 39 y 40 LPPNA como apoderamiento ilícito de aeronave.

Por tanto, la piratería marítima dejó de estar expresamente recogida en la legislación española³² con incumplimiento del *Convenio de Ginebra* al que España se adhirió el 25 de febrero de 1971. Como consecuencia, en España ni se podía juzgar por piratería ni se podía conceder la extradición del pirata, en caso de que se refugiase en nuestro país, por no cumplirse el principio de identidad normativa o de doble incriminación. Según el mencionado convenio los buques y aeronaves de guerra españoles podían detener al pirata marítimo para juzgarlo en España, pero cuando el pirata era presentado ante

³¹ Exposición de Motivos de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³² RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «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», ARI, n.º 73, 2009.

los Tribunales españoles no podía ser acusado de piratería, lo que daba lugar a una situación absurda.

No era posible dejar sin castigo un delito tan odioso, que en la legislación anterior tenía unas penas que iban desde los 6 años a los treinta años de privación de libertad. Con independencia de la obligación adquirida por el Estado español de tipificar el delito de piratería en el ordenamiento penal, y aunque la frecuencia de los casos fuera mínima, los tribunales no debían dejar impunes estas graves infracciones consistentes en el apoderamiento y atentado violentos contra bienes y personas con la circunstancia añadida del lugar de comisión donde se producía una mayor indefensión de las víctimas. La solución que se podía adoptar era calificar los hechos, en concurso real o ideal de delitos, como detención ilegal (arts. 163 y siguientes), delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP), robo (arts. 241 o 242 CP); daños (arts. 263 a 266 CP); estragos (346 CP); asociación ilícita para delinquir (arts. 515, 518, 521 CP); tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (arts. 563 a 568 CP). Todo ello, como mínimo, con la concurrencia de la agravante de aprovechamiento de las circunstancias de lugar que debilitan la defensa del ofendido o facilitan la impunidad del delincuente (art. 22.2.^a CP) y aplicando las reglas del art. 66 CP.

El 3 de octubre de 2009 es secuestrado en las costas del sur de Somalia el buque atunero Alakrana, con sede en Bermeo, llevando 36 tripulantes a bordo. La fragata Canarias que formaba parte de la Operación Atalanta consiguió capturar a dos de los piratas somalíes que abandonaron el barco en un esquife. Los detenidos fueron traídos a España para ser juzgados. Finalmente, la Audiencia Nacional, no pudiendo juzgarles por el inexistente delito de piratería en nuestra legislación, les condenó por cada uno de los actos cometidos³³: un delito de asociación ilícita del artículo 515 CP; 36 delitos de detención ilegal previstos en los artículos 163.3 CP en relación con el 164 segundo inciso CP; 36 delitos contra la integridad moral, previstos en el artículo 173.1 CP; y un delito de robo con violencia e intimidación del artículo 242,1.º y 2.º CP. Posteriormente, el Tribunal Supremo³⁴ les absolvió de los 36 delitos contra la integridad moral y mantuvo la condena por un delito de asociación ilícita, 36 delitos de secuestro y un delito de robo con violencia e intimidación. De haber existido el delito de piratería marítima en la legislación española se les hubiera condenado también por este delito.

³³ SAN (Sala de lo Penal - Sección 4.^a) 3 de mayo de 2011

³⁴ STS (Sala de lo Penal - Sección 1.^a) 12 de diciembre de 2011

3.2. Reintroducción del delito de piratería en el Código penal por LO 5/2010³⁵

Tras la reforma del Código penal operada por LO 5/2010 se tipifican dos formas de cometer piratería³⁶:

A) **Forma directa** (art. 616 ter CP).

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.

Se describen algunos de los actos directos de piratería incluidos en los *Convenios de Ginebra* y *CONVEMAR* a los que se han añadido el engaño como método de comisión, poniéndolo al mismo nivel que la violencia o la intimidación, y como objeto material del delito las plataformas marinas. Por el contrario, el Código Penal no incluye otras actividades contempladas en las convenciones como la utilización, a sabiendas, de un buque o aeronave pirata, ni la incitación o ayuda a la piratería. El art. 616 ter CP ha tomado elementos de los Convenios que definen la piratería y del *Convenio SUA* firmado con el fin de combatir la escalada mundial de los actos de terrorismo.

No delimita el art. 616 ter CP el lugar de comisión del delito, simplemente dice que la actuación debe producirse *en el mar*. La interpretación literal sería cualquier punto del mar, esté sometido a la jurisdicción española o no. Sin embargo, combinándolo con las definiciones de la piratería que se encuentran en los instrumentos internacionales habría que restringirlo al alta mar³⁷ o a las zonas que no

³⁵ GÓMEZ RIVERO, M.^a C.: «Artículos 616 ter y 616 quáter», en GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios al Código penal*, Lex nova, 2010, p. 2026 ss.; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: «Delitos contra la Comunidad Internacional», en *Delitos y faltas. La parte especial del Código penal*, ed. Colex, 2013, pp. 911 ss.

³⁶ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: «El nuevo delito de piratería. Breves reflexiones», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (coord.): *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 883 ss.

³⁷ Además del Ártico y el Antártico, es «alta mar» la zona marítima que se encuentra más allá de las 200 millas marinas correspondientes a la zona económica exclusiva (mar patrimonial) o de las aguas archipelágicas de los países ribereños. Está abierta a todas las naciones, ribereñas o sin litoral, y ningún Estado puede pretender

se encuentren sometidas a la jurisdicción de ningún Estado³⁸. Otra interpretación posible es que el legislador español haya construido su propio concepto de «piratería»³⁹ en la línea de las recomendaciones de las Organizaciones que se ocupan de la protección y seguridad de la navegación marítima⁴⁰, sin tener en cuenta los tratados internacionales sobre piratería ratificados por España, lo que hay que descartar puesto que las actividades tipificadas, hecha abstracción del lugar de comisión, tendrían cabida en otros tipos delictivos que los tribunales españoles pueden juzgar sin condicionantes.

La referencia al «mar» ha de incluir tanto la zona acuática como la aérea. Y esto, con independencia de que el apoderamiento ilícito de aeronaves se encuentre tipificado en términos semejantes en el art. 39 LPPNA. Excluir el espacio suprayacente al alta mar tendría como consecuencia excluir como acto de piratería el apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo sobre esa zona entrando en contradicción con el art. 15 *Convención de Ginebra* y el art. 100 CONVEMAR. O bien habría que exigir que la aeronave estuviera amerizada.

Aeronave es «toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores» (art. 11 *Ley 48/1960 sobre Navegación aérea*).

El *buque* es una embarcación, que el *Convenio SUA* define como «toda nave del tipo que sea, no sujeta de manera permanente al fondo marino, incluidos vehículos de sustentación dinámica, sumergibles o cualquier otro artefacto flotante» (art. 1).

legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía (art. 2 CONVEMAR). En esta zona todos los estados tienen a) La libertad de navegación; b) La libertad de sobrevuelo; c) La libertad de tender cables y tuberías submarinos, con sujeción a las disposiciones de la Parte VI; d) La libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el derecho internacional, con sujeción a las disposiciones de la Parte VI; e) La libertad de pesca, con sujeción a las condiciones establecidas en la sección 2; f) La libertad de investigación científica, con sujeción a las disposiciones de las Partes VI y XIII (art. 87 CONVEMAR).

³⁸ Algunos autores opinan que para la persecución de la piratería sólo quedan excluidas las aguas interiores, la mar territorial, su zona contigua y las aguas archipiélagas (en total 24 millas marinas en vez de las 200 millas de mar patrimonial). Para ello se apoyan en el art. 58.2 CONVEMAR que permite aplicar en la zona económica exclusiva y, en la medida en que no sean incompatibles con la soberanía del Estado Ribereño, las normas de Derecho Internacional, entre las que están los arts. 100 y 101 referidos a la piratería.

³⁹ SOBRINO, J. M.: «La piratería marítima: un crimen internacional y un galimatías nacional», *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 17, 2009, p. 1 y ss.

⁴⁰ Organización Marítima Internacional (OMI) como organismo especializado de la ONU, Centro de Operaciones y Vigilancia de Acción Marítima (COVAM), etc.

Las *plataformas marinas* pueden ser fijas o móviles del tipo sumergibles, autopropulsada o remolcables. La «plataforma fija» es «todo artefacto o instalación susceptible de realizar operaciones de exploración o explotación de recursos marítimos o de destinarse a cualesquiera otra actividad, emplazadas sobre el lecho de la mar, anclado o apoyado en él. Se exceptúan de lo anterior aquellas instalaciones como son los oleoductos, gasoductos, cables submarinos, emisarios submarinos, y cualquier otro tipo de tuberías o instalaciones de carácter industrial o de saneamiento»⁴¹. También se define la plataforma fija como «una isla artificial, instalación o estructura sujeta de manera permanente al fondo marino con fines de exploración o explotación de los recursos u otros fines de índole económica»⁴².

El concurso real de delitos establecido en el segundo párrafo permite castigar también la comisión de la desobediencia con ocasión de la persecución de hechos de piratería contemplada en el art. 616 quáter CP, no quedando subsumidos estos en el art. 616.ter CP.

B) **Forma indirecta** (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.*

Las actividades contempladas en esta norma no se encuentran recogidas como actos de piratería en ningún instrumento jurídico internacional. Nuestro Código no dice expresamente que sean actos de piratería pero así hay que interpretarlo sin duda alguna por encontrarse bajo la rúbrica «Delito de piratería».

La *resistencia* o *desobediencia* ha de producirse con ocasión de la prevención o persecución de hechos de piratería descritos en el art. 616 ter CP. Si se trata de actos de *prevención* del delito, significa que se han iniciado claros actos necesariamente dirigidos a la

⁴¹ Art. 8.4. Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina mercante.

⁴² Art. 1.3. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

consumación de la piratería por lo que estaremos ante un delito intentado o frustrado por la intervención de las aeronaves o naves de Estado⁴³. Cuando la tentativa sea inacabada será difícil demostrar que los hechos iban encaminados a la consumación del delito y que no se trata de una simple amenaza, actividad que nuestro Código no recoge como típica de la piratería aunque sí podría calificarse como delito de amenazas (arts. 169 y 170 CP). Las tripulaciones no tienen la obligación de obedecer las órdenes de registro y detención que no estén amparadas por la legalidad internacional y si el apresamiento es infundado habrá que indemnizar al buque o aeronave por los daños y perjuicios causados⁴⁴.

Si estamos ante una *persecución* por hechos de piratería consumados, la resistencia o desobediencia tiene las características de la resistencia y desobediencia a la autoridad o sus agentes (art. 556 CP) porque los buques o aeronaves de Estado⁴⁵ actúan amparados en el mandato del servicio que el Estado español les ha encomendado y, por lo tanto, son agentes de la autoridad. Para ello se exige que estén claramente identificados. Se produce un concurso de normas con el art. 556 CP, siendo de aplicación preferente la denominada «piratería» por tener prevista mayor pena. Además se producirá un concurso real de delitos con el art. 616 ter CP pues así lo demanda su último párrafo.

Respecto del supuesto agravado por el uso de la fuerza o la violencia en la resistencia o desobediencia, la pena de diez a quince años de prisión, similar a la del delito consumado de piratería del art. 616 ter CP, parece muy desproporcionada en comparación con

⁴³ La detención por hechos de piratería está amparada por el art. 105 CONVENCIÓN DE GINEBRA: «Todo Estado puede apresarse, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata 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 deben tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe».

⁴⁴ Arts. 20, 22.3 y 23 Convención de Ginebra

⁴⁵ Art. 3. *Convención sobre Aviación Internacional*: «B) Se considerarán aeronaves del Estado las que se usen para servicios militares, aduaneros o policiales».

Art. 14 L 48/1960 *Navegación aérea*: «Se considerarán aeronaves de Estado:

Primero. Las aeronaves militares, entendiéndose por tales las que tengan como misión la defensa nacional o estén mandadas por un militar comisionado al efecto. Estas aeronaves quedan sujetas a su regulación peculiar.

Segundo. Las aeronaves no militares destinadas exclusivamente a servicios estatales no comerciales».

la pena de prisión de uno a tres años correspondiente a la simple resistencia o desobediencia. A este enorme aumento de pena habría que añadir la o las correspondientes a los delitos cometidos que puedan concurrir por la aplicación del apartado 3 del art. 616 quáter CP.

3.2.1. El caso del ataque al buque de la Armada «El Patiño»

Después de la entrada en vigor de la modificación del Código penal operada por LO 5/2010 se ha producido la primera sentencia por un delito de piratería. El 12 de enero de 2012, mientras navegaba por el Océano Índico donde formaba parte de la Operación Atalanta, el buque de la Armada española *El Patiño* sufrió un intento de abordaje por un esquiife pirata somalí que llegó a colocar escalas y disparar hacia cubierta. Los atacantes fueron repelidos y en el intercambio de disparos el buque español sufrió varios impactos en la banda de babor. Finalmente, la tripulación detuvo a los seis piratas del esquiife mientras huían. Fueron enviados a España para ser juzgados por la Audiencia Nacional.

La SAN (Sala de lo Penal – Sección 1) de 30 de octubre de 2013 resalta que actualmente se está produciendo una profesionalización de la piratería en las costas de Somalia y considera probado que se trata de «delincuencia organizada dedicada de forma estable a la comisión de hechos de esa naturaleza criminal». Organización que necesariamente cuenta con personas que tienen distribuidas las funciones: «financiación, logística (adquisición de esquiifes, armamento, captación de personas que puedan integrar las diferentes «células», cual es la denominada de «asalto», cobertura o aprovisionamiento desde tierra para permitir su desarrollo durante el tiempo preciso para gestionar el rescate, etc.), las personas de los mediadores que coordinen gestiones de cobro, etc, con el armador, y necesariamente quien coordine todo ello». Concluye que no se encuentra ante un simple grupo de personas que planificara los hechos de forma autónoma y espontánea tras valorar la prueba sobre las armas empleadas; los datos localizados en los teléfonos y las tarjetas móviles intervenidos en el esquiife, que se corresponden con otros relacionados en hechos de idéntica significación; la prueba de ADN de uno de los acusados coincidente con restos orgánicos encontrados con ocasión de otro asalto semejante; y los mensajes localizados en los terminales móviles.

La sentencia condena a los seis reos como autores de un delito de piratería en grado de tentativa del art. 616 ter CP y de un delito de tenencia y depósito de armas de guerra de los arts. 566.1.1.º, 567.1

y 2 y 570 CP. Además, es condenado por un delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis 1, 2 b) y 3 CP el pirata cuyos restos biológicos coinciden con los hallados en otra investigación de la misma naturaleza y cuyo número de teléfono está relacionado con hechos criminales semejantes.

3.2.2. Piratería aérea y apoderamiento ilícito de aeronaves

La mención explícita de la piratería aérea en el Código Penal español se produce por primera vez a raíz de la reintroducción del delito por Ley Orgánica 5/2010. Hasta entonces la remisión al medio de transporte estaba implícita en el término «piratería» desarrollado en los instrumentos jurídicos internacionales.

¿Todo apoderamiento ilícito de aeronave debe calificarse como piratería en relación a la legislación española? Según el lugar en el que ocurra será piratería o apoderamiento ilícito de aeronave.

El art. 23.4.d) y f) LOPJ hace la diferencia y permite la intervención de la jurisdicción española en los delitos de piratería y de apoderamiento ilícito de aeronaves. Se trata de dos delitos contra el Derecho de gentes: la piratería se encuentra en el Código Penal y el apoderamiento ilícito de aeronave en la LPPNA.

El *Convenio de Tokio*, que se aplica cuando la aeronave está en vuelo sobre la superficie de la alta mar o cualquier otra zona fuera del territorio de cualquier Estado, y el *Convenio de La Haya* definen el apoderamiento ilícito de aeronave como cualquier acto de injerencia, ataques o ejercicio indebido de control de la aeronave en vuelo o que esté a punto de cometerse, siempre que el acto sea ilegal y se actúe con fuerza y amenazas. Se considera que una aeronave está en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abre cualquiera de dichas puertas para el desembarque. Si es un caso de aterrizaje forzoso el final del vuelo se produce cuando las autoridades competentes se hacen cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo.

El art. 6 LNA establece: «La aeronave de Estado española se considerará territorio español, cualquiera que sea el lugar o espacio donde se encuentre.

Las demás aeronaves españolas estarán sometidas a las leyes españolas cuando vuelen por espacio libre o se hallen en territorio extranjero, o lo sobrevuelen, si a ello no se opusieran las leyes de Policía y Seguridad el país subyacente».

La *Ley penal y procesal de la navegación aérea*, en el Capítulo «Delitos contra el Derecho de gentes», incluye dos tipos que pueden coincidir con actos de piratería:

A) El art. 39 LPPNA castiga el apoderamiento ilícito de aeronave en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado con pena de reclusión mayor [prisión de quince a veinte años, con la cláusula de elevación de la misma a la pena de prisión de veinte a veinticinco años cuando concurren en el hecho dos o más circunstancias agravantes]. Se eleva la pena de prisión a la de reclusión en su grado superior [dieciocho años, cuatro meses y un día a veinte años] si la violencia empleada para el apoderamiento pone en peligro de siniestro la aeronave o si se deja a alguna persona sin medios para salvarse.

El tipo del art. 39 LPPNA especifica claramente donde deben producirse los hechos, lugar que puede coincidir con el exigido en el delito de piratería: *El que se apodere con violencia o intimidación de una aeronave, de personas o cosas que se hallen a bordo, en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado, será castigado con la pena de reclusión mayor* [prisión de quince a veinte años].

B) El art. 40 LPPNA impone las mismas penas en dos supuestos:

- a) estando dentro de la aeronave en vuelo apoderarse de ella por medios violentos o facilitar a otros su apoderamiento ilícito;
- b) desde el aire, tierra o mar, producir graves daños o el aterrizaje o amerizaje de una aeronave para apoderarse de ella o atentar contra las personas y cosas que se encuentren a bordo.

El art. 40 LPPNA nada dice del lugar de comisión del delito pero describe actividades que coinciden con las previstas en el delito de piratería. Por tanto, en la resolución del concurso de normas con el delito de piratería habrá que tener en cuenta la situación de la aeronave en el momento en el que se lleva a cabo la actividad delictiva. Si el lugar de comisión coincide con el mar, incluido el espacio aéreo suprayacente, los hechos se podrán calificar como piratería aérea del art. 616 ter CP. Si se producen en otro lugar donde no llegue la protección efectiva de un Estado se deberá aplicar el art. 39 LPPNA. Si se realizan en cualquier otro lugar, que no sea el mar o esté fuera de la protección de un Estado, se aplicará el art. 40 LPPNA.

A diferencia del delito de piratería en el Código Penal, ninguno de los dos artículos de la LPPNA determina el concurso real del apoderamiento ilícito con otros delitos que puedan cometerse con ocasión de la violencia ejercida.

Después de la modificación del Código penal por la Ley Orgánica 5/2010, en el caso de la piratería aérea, se produce un concurso de leyes entre el art. 39 LPPNA y el art. 616 ter CP siendo de aplicación preferente el primero por disponer una mayor pena a tenor de lo establecido en el art. 8.4.^a CP.

4. El principio de justicia universal y la competencia de los tribunales españoles

El nuevo delito de piratería difiere de las tipificaciones históricas en que se ha suprimido la alusión a la españolidad de las personas y bienes afectados. Esto, aparentemente, deja abierta la puerta a la jurisdicción española para juzgar actos de piratería que se produzcan contra cualquier aeronave, embarcación o plataforma esté relacionada con España o no. En apoyo de esta posición, dice el *Convenio SUA*: «Todos los Estados deberán cooperar en toda la medida de lo posible a la represión de la piratería en alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado» (art. 14), lo que reitera el CONVEMAR⁴⁶, y en parecido sentido se pronuncia el *Convenio de La Haya*⁴⁷.

⁴⁶ Art. 100. CONVEMAR: «Todos los Estados cooperaran 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».

⁴⁷ Art. 4. *Convenio de La Haya*: «1. Cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación, en relación directa con el delito, en los casos siguientes:

- a) Si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado;
- b) Si la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo;
- c) Si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente;

2. Asimismo, cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo;

3. El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales».

Art. 7. *Convenio de La Haya*: «El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Di-

El espacio de la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles viene determinado por la *Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación aérea*, la *Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos y de la Marina mercante* y la *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Como norma general se establece la competencia de España en todos los delitos cometidos a bordo de aeronaves y embarcaciones de bandera española.

La normativa española se sustenta en los Convenios de Tokio, de Ginebra, CONVEMAR y SUA. El art. 23 LOPJ, en virtud del principio de justicia universal, limita la intervención de los tribunales españoles en los casos de piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves fuera del territorio español a dos circunstancias: 1) los delitos y faltas han de ser cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales en los que España sea parte; y 2) los hechos han de estar previstos en las Leyes penales españolas como delitos de piratería o apoderamiento ilícito de aeronaves, siempre que se acredite que los presuntos responsables se encuentran en España, que existen víctimas de nacionalidad española, o que se constate algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de tales hechos punibles. Además la reforma introducida por la LO 1/2009 añadió los dos párrafos siguientes⁴⁸:

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, 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 tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proce-

chas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado».

⁴⁸ MARÍN CASTÁN, F.: «El tratamiento jurídico de la piratería en el ordenamiento jurídico español», *Documento Marco del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE) N.º 02/2011*: ensaya una sistematización de la competencia de los órganos judiciales españoles para conocer del delito de piratería marítima.

La reforma del art. 23 LOPJ operada por LO 1/2014, de 13 de marzo, no ha modificado sustancialmente la competencia de la jurisdicción española respecto de los delitos de piratería.

so sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

Quedan fuera de los tratados sobre piratería las aeronaves y los buques de guerra; las aeronaves utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía; y los buques de Estado destinados a fines no comerciales, salvo que la tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o la aeronave.

El art. 65 LOPJ en su apartado 1.º e) atribuye a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el enjuiciamiento de los «delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda a los Tribunales españoles» y a los delitos conexos; y en el apartado 3.º sobre «las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de tratados internacionales en los que España sea parte».

Con el fin de que los delitos de piratería no queden sin castigo, el *Convenio de La Haya* hace todo lo posible para que se produzca la automaticidad de la extradición lo que reiteran el *Convenio de Montreal* y el *Convenio SUA* respecto de las embarcaciones y plataformas fijas. Para solicitar y conceder la extradición de los piratas son de aplicación las normas de los arts. 824 a 833 LECrim y la *Ley 4/1985 de Extradición pasiva*.

4.1. Piratería en las costas de Somalia

La *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 disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia* autorizó la «Operación militar Atalanta» para proteger de la piratería a los Buques del Programa Mundial de Alimentos y a los buques vulnerables que naveguen frente a las costas de Somalia, así como para proceder a la disuasión, a la prevención y a la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las mismas costas. Las fuerzas desplegadas a tal fin pueden operar hasta las 500 millas marinas frente a las costas de Somalia y de los países vecinos. El art. 3.e) establece que 'Atalanta' «con vistas a un eventual ejercicio de procedimientos judiciales por los Estados competentes en las condiciones previstas en el artículo 12, podrá capturar, retener y entregar a las personas que hayan cometido o sean sospechosas de haber cometido actos de piratería o robos a mano armada en las zonas en que esté presente y embargar los buques de los piratas o de los ladrones a mano armada

o los buques capturados después de un acto de piratería o de robo a mano armada y que estén en manos de los piratas, así como los bienes que se encuentren a bordo».

El art. 12, modificado por la *Decisión 2012/174/PESC del Consejo*, respecto de la entrega de las personas capturadas y retenidas para el ejercicio de las competencias jurisdiccionales, establece:

1. «En virtud de la aceptación por parte de Somalia del ejercicio de su jurisdicción por Estados miembros o terceros Estados, por una parte, y en el artículo 105 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por otra, las personas sospechosas de tener intención de cometer, en el sentido de los artículos 101 y 103 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de estar cometiendo o de haber cometido actos de piratería o robos a mano armada en aguas territoriales o aguas interiores de Somalia o en alta mar, que sean capturadas y retenidas para el ejercicio de procedimientos judiciales, así como los bienes que hayan servido para cometer esos actos, serán entregados:

— a las autoridades competentes del Estado miembro o del tercer Estado que participe en la operación cuyo pabellón enarbole el buque que haya realizado la captura, o

— si dicho Estado no puede o no desea ejercer su jurisdicción, a un Estado miembro o a un tercer Estado que desee ejercerla sobre las personas o bienes mencionados.

2. Las personas sospechosas de tener intención, en el sentido de los artículos 101 y 103 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de cometer, de estar cometiendo o de haber cometido actos de piratería o robos a mano armada, que sean capturadas y retenidas, para el ejercicio de procedimientos judiciales, por Atalanta en aguas territoriales, aguas interiores o aguas archipelágicas de otro Estado de la región de conformidad con dicho Estado, así como los bienes que hayan servido para cometer tales actos, podrán ser entregados a las autoridades competentes del Estado en cuestión, o, con el consentimiento de dicho Estado, a las autoridades competentes de otro.

3. Ninguna de las personas a que se refieren los apartados 1 y 2 podrá ser entregada a un tercer Estado si las condiciones de dicha entrega no han sido acordadas con ese tercer Estado de manera conforme al Derecho internacional aplicable, especialmente las normas internacionales sobre derechos humanos, para garantizar en particular que nadie sea sometido a la pena de muerte, a tortura ni a ningún otro trato cruel, inhumano o degradante.»

La Unión Europea ha adoptado, mediante canje de notas, la *Decisión 2009/293/PESC del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre las condiciones y modalidades de entrega de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería, y detenidas por la fuerza naval EU-*

NAVFOR dirigida por la Unión Europea, así como de las propiedades incautadas en posesión de EUNAVFOR, de EUNAVFOR a Kenia y con vistas a su trato después de la entrega, así como la Decisión 2009/877/PESC del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la firma y aplicación provisional del Canje de Notas entre la Unión Europea 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.

Con estas Decisiones se acuerda con Kenia y la República de las Seychelles que pueden aceptar las peticiones de la Fuerza Naval Europea (EUNAVFOR) para hacerles entrega de las personas que detengan en relación con actos de piratería así como de las propiedades incautadas con la finalidad de que las pongan a disposición de sus autoridades competentes con vistas a la investigación de los hechos y la acción judicial.

Sobre la persona entregada acuerdan, entre otros, los siguientes principios:

- prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
- derecho a ser presentada rápidamente ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley a ejercer el poder judicial para que decida sin demora sobre la legalidad de su retención y ordenará su puesta en libertad si su retención no es legal.
- derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puestas en libertad.
- derecho a una audiencia justa y pública por parte de un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley.
- derecho a la presunción de inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
- asistencia gratuita de un intérprete si no pueden comprender o hablar la lengua utilizada en el tribunal.
- derecho a no ser obligada a prestar testimonio en contra de sí misma o a declararse culpable.
- derecho a que se revise su condena penal o a que esta se recurra ante un tribunal superior.
- la no entrega a otro Estado sin haber obtenido previamente el consentimiento por escrito de EUNAVFOR.
- prohibición de la pena de muerte.

