

# REVISTA *de* ESPAÑOLA DERECHO MILITAR

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

n.º 122

---

Madrid (España) • julio - diciembre 2024 • ISSN: 0034-9399

---



MINISTERIO  
DE DEFENSA

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR

Francisco Luis Pascual Sarria, general auditor.

CONSEJO EDITORIAL

Jacobo Barja de Quiroga López, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. José Luis García Castell, secretario general técnico del Ministerio de Defensa; Ángel Turienzo Veiga, asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Antonio Pulido Ortega, fiscal togado. Ángel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Margarita García Moreno, subdirectora general de Publicaciones y Patrimonio cultural. Adoración Mateos Tejada, subsecretaria del Ministerio de Defensa.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Javier Aparicio Gallego, exmagistrado del Tribunal Supremo. Fernando Pignatelli y Meca, exmagistrado del Tribunal Supremo. Fernando Marín Castán, magistrado del Tribunal Supremo. José Alberto Fernández Rodera, magistrado del Tribunal Supremo. Ricardo Cuesta del Castillo, magistrado del Tribunal Supremo. Concepción Escobar Hernández, ex catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Manuel Pérez González, catedrático emérito de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Francisco Fernández Segado, catedrático de Derecho Constitucional de la UCM. Federico Fernández de Buján Fernández, catedrático de Derecho Romano de la UNED. Antonio Millán Garrido, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz. Francisco Javier de León Villalba, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Juan Carlos Domínguez Nafria, catedrático de Historia del Derecho de la Universidad San Pablo-CEU. Carlos Pérez del Valle, catedrático de Derecho Penal Universidad San Pablo-CEU. María del Carmen Quesada Alcalá, profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la UNED. Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la UNED. Araceli Mangas Martín, catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la UCM. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, general consejero togado. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, expresidente del Tribunal Militar Central. Antonio Mozo Seoane, exasesor jurídico general. Rafael Eduardo Matamoros Martínez, expresidente del Tribunal Militar Central. Juan Manuel García Labajo, exasesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Leandro Martínez-Cardós Ruiz, letrado mayor del Consejo de Estado. Luis Rueda García, teniente fiscal del Tribunal de Cuentas. Manuel Hernández-Tejero García general auditor. Fernando García-Mercadal y García-Loygorri, general auditor. Rafael Alcalá Pérez-Flores, magistrado. Miguel Ángel Encinar del Pozo, magistrado. María Ángeles Villegas García, magistrada. María África Herrera Alonso, magistrada. Eduardo Fontán Silva magistrado, jefe del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial. María Begoña Aramendía Rodríguez de Austria, general auditor, asesora jurídica del Ejército de Tierra. Abraham Martínez Alcañiz, comandante auditor.

MIEMBROS DE HONOR DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

Miguel Sáenz Sagaseta de Ilurdoz, académico de número de la Real Academia Española de la Lengua.

SECRETARIO

Fernando de Valenzuela Cossio, coronel auditor.

SECRETARIO ADJUNTO

Manuel María Colás Gómez de Barreda, coronel auditor.

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de los Ingenieros, 6, Madrid, 28047

Teléfono: 91 364 73 93

Fax: 91 364 73 99

emej@oc.mde.es

## Catálogo de Publicaciones de Defensa

[publicaciones.defensa.gob.es/inicio/revistas](http://publicaciones.defensa.gob.es/inicio/revistas)

### Publicación de periodicidad semestral

Tarifas de suscripción anual: 12,00 €

Europa: 16,00 € Resto del mundo: 18,00 €

Precio ejemplar: 8,00 €

# REVISTA *de* ESPAÑOLA DERECHO MILITAR

**122** JULIO  
DICIEMBRE  
2024

MADRID



MINISTERIO  
DE DEFENSA



Catálogo de Publicaciones de Defensa  
[publicaciones.defensa.gob.es](http://publicaciones.defensa.gob.es)



Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado  
[cpage.mpr.gob.es](http://cpage.mpr.gob.es)

[publicaciones.defensa.gob.es](http://publicaciones.defensa.gob.es)  
[cpage.mpr.gob.es](http://cpage.mpr.gob.es)

Edita:



Paseo de la Castellana 109, 28046 Madrid

© Autores y editor, 2024

NIPO 083-15-140-0 (edición impresa)

ISSN 0034-9399 (edición impresa)

Depósito legal M 523-1958

Fecha de edición: enero de 2025

Maqueta e imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

NIPO 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN 2530-1497 (edición en línea)



Las opiniones emitidas en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores de la misma. Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del copyright ©.

En esta edición se ha utilizado papel procedente de bosques gestionados de forma sostenible y fuentes controladas.

## ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 122 JULIO-DICIEMBRE 2024

### ESTUDIOS

- José Jáudenes Piferrer. *El buque de guerra como instrumento del Estado ante el Derecho Internacional*..... 9
- Beatriz Garrigues Garrido. *El derecho de la neutralidad en el siglo XXI: un análisis a la luz de la guerra Rusia-Ucrania ...* 49
- Fernando Pignatelli y Meca. *El matrimonio forzado. Un crimen de guerra eludido por la jurisprudencia internacional* 95
- Miguel Alía Plana. *Los derechos de visita y registro y la detención en la mar por unidades de la EUNAVFOR ATALANTA ...* 197
- Mercedes Fernández Lorente. *Régimen jurídico de los pecios que son buques de Estado* ..... 253

### RESEÑA DE LIBROS

- Por Luis Rueda García. *Justicia en el campo de batalla*..... 335

### NOTICIA DE REVISTAS

- Francisco Luis Pascual Sarría. *Noticias de revistas* ..... 339

### INFORMACIÓN

- Francisco Luis Pascual Sarría. *Actividades de la sección militar de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (julio/diciembre 2024)* ..... 347

### NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN



# **ESTUDIOS**





## **EL BUQUE DE GUERRA COMO INSTRUMENTO DEL ESTADO ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL**

José Jáudenes Piferrer

*Comandante auditor*

*Doctor en Derecho*

*Premio de Defensa Nacional de 2024 en su modalidad de Premio José*

*Francisco de Querol y Lombardero, 2024*

### *Resumen:*

El buque de guerra opera como el principal agente del Estado en el mar, siendo el más eficaz instrumento de represión de los principales delitos que se comenten en el mar. Esta capacidad operativa ha de venir sustentada en un marco jurídico claro y práctico que permita al buque aprehender y poner a disposición judicial a los delincuentes. Los principales crímenes que combate son la piratería, los delitos contra la seguridad de la navegación y los tráfico ilícitos de personas y de drogas, teniendo cada uno de estos fenómenos una evolución histórica y jurídica distinta, existiendo también matices en la capacidad de acción del buque en la lucha contra cada uno de ellos, así como en el alcance de la jurisdicción española para su persecución.

### *Palabras clave:*

Derecho internacional, Derecho marítimo, Buque de guerra, Jurisdicción, Piratería, terrorismo, Tráfico de seres humanos, Tráfico de drogas.

*Abstract:*

The warship operates as the State's main agent at sea, being the most effective instrument for repressing the main crimes committed at sea. This operational capacity must be supported by a clear and practical legal framework that allows the ship to act to apprehend and bring criminals to justice. The main crimes it combats are piracy, crimes against the safety of maritime navigation and illicit trafficking of people and drugs, each of these phenomena having a different historical and legal evolution, there also being nuances in the ship's capacity to act in the fight against each of them, as well as in the scope of Spanish jurisdiction for their prosecution.

*Keywords:* International law, Maritime law, Warship, Jurisdiction, Piracy, Terrorism, Human trafficking, Drug smuggling

*Sumario*

Capítulo I. El buque de guerra y la represión de la piratería. 1 Origen y evolución de la piratería. 2 La conceptualización de la piratería y su represión internacional. La Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar. 3 La represión de la piratería en el Derecho español: tipificación, jurisdicción y detención. Capítulo II. El buque de guerra y los delitos contra la seguridad de la navegación. 1 El buque y la represión de los delitos contra la seguridad marítima. 1.A El Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. 1.B El Protocolo relativo al convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. 2 Los delitos contra la seguridad marítima en el Derecho español: tipificación, jurisdicción y detención. Capítulo III. El buque de guerra y el tráfico ilegal de seres humanos. 1 Aproximación desde el Derecho Internacional al tráfico ilegal de seres humanos: de la esclavitud al tráfico de migrantes por mar. 1.A El concepto de esclavitud. 1.B La trata de personas. 1.C El tráfico de migrantes. 2 El buque de guerra y el tráfico de seres humanos. 2.A La Convención de Naciones Unidas del Derecho del Mar. 2.B Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. 3 La represión de la esclavitud, del tráfico ilegal de seres humanos y del tráfico de migrantes en el Derecho español: punición y jurisdicción. Capítulo IV. El buque de guerra y el tráfico de drogas. 1 El buque de guerra y la represión del tráfico de drogas. 1.A La Convención de Naciones Unidas del Derecho del Mar. 1.B Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. 2 La represión del tráfico de drogas en el Derecho español: tipificación, jurisdicción y detención. Conclusiones. Bibliografía.

## CAPÍTULO I EL BUQUE DE GUERRA Y LA REPRESIÓN DE LA PIRATERÍA

### I ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA PIRATERÍA

Entre las misiones internacionales de la Armada, destaca la operación Atalanta contra la piratería. El mandato para una operación de paz, aprobado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, determina la finalidad y alcance de la misión<sup>1</sup>. Así, la UE, a petición del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas<sup>2</sup>, decidió, en 2008, establecer una misión propia de represión de la piratería marítima en el Índico, fijando sus atribuciones y competencias en su documento de creación<sup>3</sup>. Establece así el Consejo de la Unión el mandato claro de la misión, que ha ido modificándose y adaptándose a la evolución de la piratería en la zona, hasta llegar a la última, por ahora, prórroga de la operación Atalanta de 2022, que amplía, además, las capacidades de actuación de los buques integrados en la operación<sup>4</sup>.

Esa piratería parece hoy volver del pasado, de los libros de Historia, mas nunca llegó a ser erradicada, como acertadamente indican Marín Castán<sup>5</sup>, y Ruiz Diez del Corral<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> UNITED NATIONS. (2003). *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*. Department of Peacekeeping Operations. Nueva York, p. 9.

<sup>2</sup> Resolución 1816. (2008). de 2 de junio de 2008, del Consejo de Seguridad. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/484d3e0b2.html>.

<sup>3</sup> 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. *DOUE* n.º 301, de 12 de noviembre de 2008.

<sup>4</sup> 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 disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, *DOUE* n.º 319, de 13 de diciembre de 2022, no se limita a prorrogar la operación, sino que además amplía su objeto al fijarle un objetivo mucho más amplio que la lucha contra la piratería y robo a mano armada en el mar, como es: «[...] contribuir a la seguridad marítima en el océano Índico occidental y en el mar Rojo».

<sup>5</sup> Marín Castán, F. (2008). Marco Jurídico De La Seguridad Marítima. *Cuaderno de Estrategia*, n.º 140, Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, p. 189.

<sup>6</sup> Ruiz Diez del Corral, J. (2010). De piratas, atuneros y banderas. Consideraciones sobre el abanderamiento de buques. *Cuaderno Práctico*. Escuela Militar de Estudios Jurídicos. N.º 4, mayo-octubre, p. 17.

Respecto del *modus operandi* de los piratas, y por lo que al Indico se refiere<sup>7</sup>, pueden diferenciarse dos tipos de víctimas. El primero, sería una víctima mediata, constituida por los buques pesqueros de países vecinos que, con licencias expedidas por las autoridades locales, faenan cerca de las costas somalíes. Estos buques se caracterizan por su escaso porte y por contar apenas con mecanismos de defensa, más allá de algún guardia armado que las autoridades locales somalíes<sup>8</sup>, 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 el amparo de la noche. Una vez capturado piden un rescate al armador y a los familiares de los pescadores capturados, normalmente yemeníes o de otros países vecinos. En espera del 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 donde lanzan sus embarcaciones más rápidas y ligeras.

El armamento empleado en sus acciones es de fortuna, yendo desde viejos, pero operativos, fusiles de asalto AK-47, hasta alguna granada propulsada (RPG) con la que puedan hacerse en sus poblaciones locales<sup>9</sup>. Igualmente, los esquifes, o pequeñas embarcaciones que acompañan a los pesqueros capturados en la costa, son usadas para sus ataques en alta mar, junto con alguna embarcación de mayor potencia, suelen emplear 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. Igualmente suelen faenar varios buques próximos entre sí, prestándose asistencia en caso de ataque pirata. Constituyen así un rival más preparado para los piratas, pero también un botín mucho más preciado, pues pertenecen a navieras que podrían llegar a pagar un mayor rescate.

Merece igual mención el carácter reincidente de algunos piratas, como se evidenció cuando la XXXIV.<sup>a</sup> rotación de la operación Atalanta, capturó, acusando de piratería, a varios ciudadanos somalíes que habían sido

---

<sup>7</sup> 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 es una piratería costera.

<sup>8</sup> Autoridades de los Gobiernos regionales de Puntlandia o Somalilandia.

<sup>9</sup> No puede perderse de vista el contexto social donde se desarrolla la piratería. Somalia, en continuo conflicto civil, cuenta con un potente mercado negro de armamento.

liberados unos meses antes de las cárceles de Seychelles acusados del mismo delito<sup>10</sup>. La liberación fue por cuestiones procesales derivadas de la custodia de las piezas de convicción entregadas por el buque italiano que los había capturado meses antes y que, finalmente, condujeron a una declaración de nulidad de actuaciones, y su liberación. Esto evidencia además la profesionalización del pirata.

Desde el punto de vista histórico, la piratería constituye el más antiguo y genuino delito contra la navegación marítima del que se tiene referencia<sup>11</sup>. Es tan antigua como la propia navegación marítima: desde que hay comercio marítimo hay piratas<sup>12</sup>. Y siguiendo a Barrada, se podría afirmar que la lucha contra ella ha sido, probablemente el origen de la tipificación de los delitos contra el Derecho de Gentes<sup>13</sup>.

Como ha señalado Marín Castán, lo nuclear de este delito no es tanto el *modus operandi* o las víctimas 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 Mar<sup>14</sup>.

## 2 LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PIRATERÍA Y SU REPRESIÓN INTERNACIONAL. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS DE DERECHO DEL MAR

La conceptualización de la piratería no ha sido ni pacífica ni sencilla<sup>15</sup>. Las razones son varias, pero la principal es la no adecuación de la definición convencional de piratería marítima a la realidad actual<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> 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. Véase: [https://www.lespanol.com/espana/20190423/militares-espanoles-capturan-piratas-atacado-barcos-indico/393211505\\_0.html](https://www.lespanol.com/espana/20190423/militares-espanoles-capturan-piratas-atacado-barcos-indico/393211505_0.html)

<sup>11</sup> Marín Castán, F. (2011). El tratamiento jurídico de la piratería marítima en el ordenamiento jurídico español. *Documento Marco 02/2011*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Marzo, p. 1.

<sup>12</sup> Sobrino Heredia, J. F. (2011). ult el 23.05.2016))df.os: ular.on rizado por el Gobierno de dicho estado y cuyo nombre figure en el escalaf.M. (2008). Piratería y Terrorismo en el Mar. *op. cit.*, p. 84.

<sup>13</sup> Barrada Ferreirós, A. (2011). El talón de Aquiles de Atalanta: el enjuiciamiento y encarcelamiento de los piratas. *Documento marco 01/2011*. Madrid, IEEEE, p. 4. A idea de soberanía en Vattel”1996. *BOD* el

<sup>14</sup> Marín Castán, F. (2011). El tratamiento jurídico... *op. cit.* p. 2.

<sup>15</sup> Ibáñez Gómez, F. (2012). Obstáculos legales a la represión de la piratería marítima: el caso de Somalia. *Revista CIDOB d'afers internacionals*. N.º 99, p. 160.

<sup>16</sup> Sobrino Heredia, J. F. (2011). ult el 23.05.2016))df.os: “ular.on rizado por el Gobierno de dicho estado y cuyo nombre figure en el escalaf.M. (2008). Piratería y Terrorismo en el Mar, *op. cit.*, p. 98.

A principios del siglo XX, en 1926, la Sociedad de Naciones intentó la codificación progresiva del Derecho Internacional, para lo que elaboró un Informe sobre la cuestión, sobre una base consuetudinaria<sup>17</sup>. 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 apuntado proceso codificador, cuando la Universidad de Harvard preparó su famoso *Harvard Draft Convention*, que cuajó como propuesta en diversas reuniones celebradas por expertos en 1930 y 1931<sup>18</sup>.

Sobre esta propuesta de Harvard, y su importancia, se han pronunciado Johansson<sup>19</sup> y Dubner<sup>20</sup>, poniendo de relieve *cómo la propuesta contenía un preciso estado de la cuestión en el momento en el que fue redactada*.

El proyecto de Harvard se convirtió en el texto de referencia para las dos Convenciones de Derecho del Mar del siglo XX, de 1958 y 1982. Coincidiendo así sus respectivos arts. 15 y 101 en definirla como<sup>21</sup>:

«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

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>18</sup> Johansson, K. (2006). Changes in the Views on Jurisdiction over Piracy under International Law [trabajo de fin de master]. Faculty of Law, University of Lund, p. 10. El texto de la propuesta de Harvard está disponible en: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1558803&fileId=1564776>

<sup>19</sup> Johansson, K. (2006). *Changes in the Views on Jurisdiction over Piracy under International Law*, op. cit., p. 10.

<sup>20</sup> Dubner, B. H. (1980). *The law of International sea piracy*. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, p. 176.

<sup>21</sup> 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: *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 113-145.

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».

Lamentablemente, las manifestaciones contemporáneas de violencia, detención y depredación en el 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 personal, contra un buque o contra personas o bienes a bordo de ellos. En cambio, no cubrirían los casos hoy más frecuentes que tiene lugar en aguas interiores y territoriales, encauzadas en el concepto de robo a mano armada en el mar<sup>22</sup>; o los ejecutados con ánimo de desestabilizar un Gobierno, crear conflictos, sembrar el terror con el objetivo de someterlo a un chantaje, o los cometidos por motivos religiosos, étnicos, políticos<sup>23</sup>, encauzadas dentro de las previsiones del Convenio SUA.

El buque de guerra juega en la lucha contra la piratería un papel esencial por ser el principal agente del Estado para ello, como evidencia la CNUDM en su art. 107, cuestión lógica por los siguientes motivos:

Por ser el buque de guerra la principal proyección de la acción del Estado en el mar.

- Por el estatuto jurídico de inmunidad y reconocida legitimación internacional para actuar en estos espacios.
- Por la elevada preparación técnica de su dotación, pero también jurídica, tanto del comandante como de toda la cadena militar, que cuenta con asesores jurídicos especializados en estas cuestiones.
- Por el absoluto control que en todo momento el Estado tienen de la acción del buque de guerra.
- Por la experiencia acumulada en la tarea, que influye notablemente en las posibilidades de éxito, como demuestra la eficacia en la erradicación de piratas de la operación Atalanta.

---

<sup>22</sup> En 2008, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1816, 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. La Organización Marítima Internacional, asume esta equiparación de conductas en 2009 en su Resolución A1025 (26), denominada *Código de prácticas para la investigación de delitos de piratería y robo a mano armada contra barcos*.

<sup>23</sup> *Ibid.* p. 102.

No obstante, el hecho de que el agente natural para realizar estas tareas sea el buque de guerra, el aludido art. 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, o incluso los de Aduanas, podrían proceder a la captura de piratas, pero solo 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 nunca han apresado piratas, cuestión lógica por los espacios marítimos de litoral donde ordinariamente cumplen con sus tareas.

También resulta claro según la CNUDM que los buques particulares, por muy dotados y armados que estén, no pueden proceder a la búsqueda y persecución de piratas, aunque sí proceder al apresamiento de piratas *infraganti*, al repeler un ataque. Ejecutando una detención por particular prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim)<sup>24</sup>, pero la habilitación para hacerlo no viene de la CNUDM, sino de la legislación nacional<sup>25</sup>. Lo que sí está totalmente descartado es que un buque particular pueda dedicarse a buscar y perseguir piratas y abordar otro barco para detenerlos.

### 3 LA REPRESIÓN DE LA PIRATERÍA EN EL DERECHO ESPAÑOL: TIPIFICACIÓN, JURISDICCIÓN Y DETENCIÓN

El tradicional marco jurídico español de lucha contra la piratería se va degradando hasta desaparecer su tipificación en el Código Penal de 1995<sup>26</sup>. Sin embargo, internacionalmente España seguía luchando contra la piratería al apoyar su inclusión en los tratados internacionales sobre el Derecho del Mar<sup>27</sup>.

Esta destipificación, como elocuentemente indica Barrada pudo ser: «[...] bien por considerarla más propia de ficciones de Salgari [...] o pro-

<sup>24</sup> *Gaceta de Madrid*, n.º 260, de 17 de septiembre de 1882.

<sup>25</sup> Art. 490 LECrim.

<sup>26</sup> Marín Castán, F. (2008). *Marco Jurídico De La Seguridad Marítima*, op. cit. p. 189, quien pone de relieve que esta desaparición 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 1973.

<sup>27</sup> 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.



bablemente más por un mero descuido técnico»<sup>28</sup>, 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.

Diversos ataques piratas a buques españoles, así como los problemas de 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 5/2010<sup>29</sup>, tras quince años de ausencia del Derecho penal sustantivo español introduciendo los arts. 616 ter y quáter.

Según Marín Castán, el nuevo delito se inspira en el Derecho Comparado, el Derecho Histórico y el Derecho Internacional del Mar, aunque innova al extenderse a las conductas realizadas en las propias aguas españolas, obvia el propósito personal y abarca las conductas penadas en el Convenio SUA<sup>30</sup>.

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 interiores)<sup>31</sup>. Como solución, 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, conforme el art. 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,

---

<sup>28</sup> 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*, n.º 4576, del 3 de julio de 1998.

<sup>29</sup> 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* n.º 152, de 23 de junio de 2010.

<sup>30</sup> Marín Castán, F. (2011). *El tratamiento jurídico...*, *op. cit.* p. 10.

<sup>31</sup> 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*. Universidad Carlos III de Madrid. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 435 y sig.

según la ley española, como piratería. 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.

Esta necesidad de un nexo entre el delito y los intereses nacionales 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 la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>32</sup>. Resulta curioso que ninguno de los puntos de conexión mencionados coincide con los determinados en el Derecho Internacional y en el Derecho de la UE<sup>33</sup>. Así, para el art. 105 de la CNUDM, lo determinante es el pabellón del buque que haya realizado el apresamiento.

La UE, en la Acción Común 2008/851/PESC del Consejo atribuye la competencia al Estado de pabellón del buque que haya realizado la captura, sea este miembro de la UE, o un tercer Estado que, previo acuerdo con la UE, participe en la operación. Y subsidiariamente prevé su entrega a un tercer Estado que deseen ejercer su jurisdicción, siempre que las condiciones de entrega respeten el Derecho Internacional, y en especial, los derechos humanos<sup>34</sup>. No obstante, la disparidad de criterios con la LOPJ, estos dos últimos también serían de aplicación, tanto por venir determinados por un Derecho vinculante para España, como por disponerse en los tratados y convenios internacionales suscritos por España como recoge la propia LOPJ.

Para el enjuiciamiento de los piratas en España resulta necesaria también, tras la modificación operada en el art. 23.6 de la LOPJ, la querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal<sup>35</sup>. Para poder efectuar su labor adecuadamente, la Fiscalía de la Audiencia Nacional ha de contar con ele-

<sup>32</sup> BOE n.º 266, de 4 de noviembre de 2009.

<sup>33</sup> Marín Castán, F. (2011). *El tratamiento jurídico...*, op. cit. pp. 13 y sig.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> En la redacción dada al art. 23.6 de la LOPJ por la LO. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LO. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (BOE n.º 63, de 14 de marzo de 2014).

mentos probatorios suficientes y una información de primera mano de las circunstancias concurrentes en la comisión de esos delitos. Resulta aquí inestimable el apoyo que pueda prestar el buque de guerra, y para articular adecuadamente esta colaboración, la Fiscalía 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 concretar los mecanismos de cooperación en la persecución de los delitos de jurisdicción universal<sup>36</sup>. Estos acuerdos evidencian el 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 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 acuerdo se empleó también en el caso de los piratas capturados por la fragata Navarra en 2019, cuando solo después de que la Fiscalía de la Audiencia Nacional rechazara ejercer la acción penal se iniciaron oficialmente los trámites de entrega de los detenidos a Seychelles.

En relación con la captura y detención, toda medida adoptada ha de respetar los derechos fundamentales recogidos por la Constitución<sup>37</sup> y los acuerdos internacionales suscritos por España.

La LECrim, establece que cualquiera puede detener al delincuente *in fraganti*<sup>38</sup>, detención que resulta obligatoria si quien puede practicarla es autoridad o agente de la Policía judicial<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> 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 (LECrin), 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 querrela 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».

<sup>37</sup> Art. 17 CE relativo al derecho a la libertad y la seguridad, los límites de la detención y otros derechos procesales del detenido.

<sup>38</sup> Art. 490 LECrim.

<sup>39</sup> Art. 492 LECrim.

Conviene aquí aclarar que, sin perjuicio del carácter de autoridad del comandante del buque de guerra, cuando la LECrim alude a agentes de la Policía judicial, dicho término puede tener dos alcances, el estricto y el genérico. Así, en sentido genérico habría que acudir al art. 283 de la LECrim<sup>40</sup>, 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, según los tratados de Derecho del 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 judicial<sup>41</sup>.

Siguiendo con la LECrim, los arts. 496, 497 y 520 establecen garantías relativas a la duración máxima de la detención, a la puesta a disposición judicial, a la lectura de derechos, la información de la razón de la detención, el derecho a guardar silencio, a la asistencia letrada, o a comunicar la detención a persona de su elección. Estos derechos que deben respetarse no están pensados para desplegarse en un buque en alta mar a varias jornadas de la costa.

La solución a estas cuestiones fue proporcionada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1997, de 10 de febrero<sup>42</sup>, dictada al resolver el recurso de amparo interpuesto por el capitán del mercante panameño *Archangelos*, interceptado por un buque 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, detenido, el 6 de

---

<sup>40</sup> Art. 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 [...].»

<sup>41</sup> Disponible en: [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-I-2008-00001.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-I-2008-00001.pdf)

<sup>42</sup> BOE n.º 63, de 14 de marzo de 1997, pp. 18-24.

febrero de 1995, superándose aparentemente, con creces el plazo, máximo de detención establecido por la legislación española.

El Tribunal Constitucional declaró el total sometimiento de las actuaciones de los agentes españoles en aguas internacionales al Derecho español<sup>43</sup>, y en lo que respecta a la posible vulneración del plazo máximo de detención, estableció que la misma 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.

La legalidad de la expresada actuación fue también confirmada por el TEDH, en su decisión sobre admisibilidad recaída en el caso *Rigopoulos v España*<sup>44</sup>.

Estas resoluciones judiciales llevaron a aprobar la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre<sup>45</sup>, por la que se incluye en la LECrim un art. 520 ter que señala que:

«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 II EL BUQUE DE GUERRA Y LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN

El mar es la vía más importante de comercio internacional y un mar inseguro es un mar más caro, pues suben los costes navegar al tener que dotar a los buques de medios de defensa, alterar rutas haciéndolas más largas para evitar ciertas zonas, y el aumento del riesgo aumenta los seguros. Para evitarlo, la comunidad internacional vio la conveniencia de dotar al buque de guerra de ciertas capacidades de acción para aumentar la seguridad en la navegación.

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 21/1997, de 10 de febrero, F.D. I.2

<sup>44</sup> STEDH de fecha 12 de enero de 1999, *Rigopoulos v. España* (demanda 37388/97), ECLI:CE:ECHR:1999:0112DEC003738897.

<sup>45</sup> 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* n.º 239, de 6 de octubre de 2015.

## 1 EL BUQUE Y LA REPRESIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD MARÍTIMA

En esta tarea de lograr unos mares más seguros, el instrumento más capacitado del Estado es buque de guerra. Pero su carácter disuasorio, pierde eficacia si no viene acompañado de una fuerte capacidad de reacción cuando surja algún riesgo para esa navegación. Los instrumentos que le doten de esa capacidad de acción han de ser jurídicos, pues son jurídicas las principales limitaciones de acción (limitaciones derivadas del espacio marino donde pretenden actuar, la exigencia de autorizaciones del Estado de pabellón del buque sospechoso, etc.).

### 1.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 1985<sup>46</sup>, y se articuló sobre los postulados del Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970<sup>47</sup>, y el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971<sup>48</sup>.

Su aprobación, apenas tres años después la CNUDM, es negociada en la OMI, a instancias de la Asamblea General de Naciones Unidas que le urgía a estudiar posibles medidas contra el terrorismo a bordo de buques o contra los mismos<sup>49</sup>. Apenas unos años después el Convenio SUA vio la luz. Probablemente a esa rapidez ayudaran, la inercia de la exitosa negociación unos años antes la CNUDM, y el enorme impacto social y mediático de la crisis del Achille Lauro.

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 2008<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Un breve pero completo análisis del tratamiento informativo de esta noticia se encuentra en Alessandri, F. (1986). La prensa frente al terrorismo. *Cuadernos de Información*. (3), Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 57-64.

<sup>47</sup> BOE n.º 13, de 15 de enero de 1973.

<sup>48</sup> BOE n.º 9, de 10 de enero de 1974.

<sup>49</sup> Resolución 40/61 de la Asamblea General.

<sup>50</sup> BOE n.º 170, de 14 de julio de 2010.

Las conductas perseguidas por el Convenio SUA no son calificadas por la finalidad del sujeto activo, sino por la peligrosidad objetiva que implican en sí mismas contra la seguridad de la navegación<sup>51</sup>. 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 sí 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 con la piratería marítima.

Exige el convenio<sup>52</sup>, que la conducta del sujeto activo sea objetivamente ilícita, no pudiendo estar cubierta por una causa de justificación como sería una legítima defensa o un estado de necesidad.

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.

El art. 3 contempla los distintos tipos penales, y así pena la captura de un buque contra la voluntad de su capitán o comandante si la misma es realizada con violencia o intimidación. Excluyéndose los apoderamientos realizados con engaño bastante, pero sin recurrir a la violencia o intimidación

Persigue igualmente los actos de violencia contra el pasaje o la tripulación o dotación, pero requiriendo, que dichos actos resulten objetivamente peligrosos para la navegación segura del buque, y como el delito no admite el tipo imprudente, el acto de violencia ha de ser doloso. No obstante, basta con que concurra el peligro para la navegación, con independencia de que el mismo fuera o no abarcado por la intención del agresor.

Castiga también la destrucción o daños al buque o a su carga, que puedan poner en peligro la navegación segura de ese buque, bastando que concurra una situación objetiva de peligro para la navegación, sin exigir que esta desemboque en un accidente o en un naufragio.

También prevé un delito de peligro o de riesgo al resultar suficiente la colocación a bordo de un artefacto susceptible de causar daños que ha-

---

<sup>51</sup> Al menos en su redacción original, pues tras la reforma de 2005 donde si asume, como después se verá, la intención del autor un papel relevante en la figura delictiva perseguida.

<sup>52</sup> Art. 3.

gan peligrar la navegación segura del buque. No exige, como hacían los apartados anteriores, que el daño se materialice, lo que resulta lógico, pues de no ser así, quedaría impune la colocación de artefactos explosivos que fueran oportunamente desactivados, y los que fueran detonados quedarían abarcados por los apartados anteriores si se puso con ellos en peligro la navegación segura del buque.

Tipifica también los daños, sea cual sea su finalidad, producidos contra los faros, las boyas de señalización, y cualesquiera otros servicios de navegación marítima<sup>53</sup>, que generen un riesgo para la seguridad de la navegación. No se requiere un dolo específico, 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 que sí genere un peligro real, aunque sea genérico, para la navegación de un buque.

Castiga también la generación deliberada de un peligro concreto por medio de avisos falsos, como los SOS que hagan acudir a buques próximos si con ello se les pone en peligro. Igualmente entrarían dentro esta conducta los pirateos informáticos que alteraran las señales de geoposicionamiento marítimo, haciendo que el buque en cuestión crea estar en una posición que no es la correcta, con el consiguiente riesgo de colisión.

Castiga también la mera amenaza de ejercer violencia contra las personas, el buque o su carga, o la colocación de explosivos.

Marín Castán afirma que la redacción de los tipos penales del Convenio SUA y la piratería de la CNUDM tienden a confundirse, pese a 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 intencionadamente<sup>54</sup>. Resulta sin duda más acertado el recurso al dolo genérico del Convenio SUA por la dificultad de indagar en los propósitos últimos del delincuente.

Puede traerse a este respecto un ejemplo práctico que evidencia la complejidad de la distinción entre terrorismo en el mar del Convenio SUA y ataque pirata. Se trata del ataque sufrido en octubre de 2016, por el buque gasero Galicia Spirit, de pabellón español, atacado con lanzacohetes desde

---

<sup>53</sup> 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. <https://www.puertos.es/es-es/Paginas/IALA-.aspx>

<sup>54</sup> Marín Castán, F. (2013). *La piratería como crimen internacional*, op. cit. p. 133.



una embarcación ligera procedente probablemente de las costas de Yemen cuando cruzaba el estrecho de Bab al-Mandah<sup>55</sup>.

Tan pronto se reportó, se activó el Acuerdo de la Fiscalía General del Estado con el Estado Mayor de la Defensa, y se envió un equipo de investigación para recoger evidencias y redactar un atestado para la Fiscalía de la Audiencia Nacional. De la investigación efectuada *in situ*, no pudo concluirse la finalidad del asalto, de tal suerte que no pudo catalogarse de ataque pirata al ignorarse el propósito personal de los asaltantes, pero en cualquier caso sí era un delito previsto en el Convenio SUA, dado que el mismo solo requiere la existencia de un ataque, sin exigir elemento volitivo alguno.

## **1.B El Protocolo relativo al convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima**

A los tipos descritos, han de sumarse los correspondientes a la modificación operada por el Protocolo de 2005, ratificado por España en el 2008, aprobado como reacción internacional al 11-S. Se tipifica ahora también como delito, el uso del buque como plataforma de un arma, o sistema de armas, es decir, como un arma en sí, así como el transporte de material nuclear, biológico o químico<sup>56</sup>.

Esta modificación extiende la finalidad del Convenio SUA a su lucha explícita contra el terrorismo, excediendo con creces las pretensiones iniciales del Convenio de garantizar la navegación 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.

Según BARRADA, algunas, no todas, de estas nuevas conductas del Protocolo de 2005, sí exigen una determinada intención en sus autores al exigirse que el propósito del 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<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Disponible en: [https://www.lavozdegalicia.es/noticia/somosmar/2016/10/29/atacan-lanzagranadas-gasero-gallegos-bordo-yemen/0003\\_201610G29P35991.htm](https://www.lavozdegalicia.es/noticia/somosmar/2016/10/29/atacan-lanzagranadas-gasero-gallegos-bordo-yemen/0003_201610G29P35991.htm)

<sup>56</sup> 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* n.º 170, de 14 de julio de 2010. Arts 3 bis, ter y quater.

<sup>57</sup> 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.

## 2 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.

En este sentido el 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 art. 616 ter del Código Penal.

El legislador hizo una descripción típica obviando cualquier alusión a la intención del sujeto activo, bastando simplemente con que atente contra buques o contra personas a bordo de ellos.

Por su parte, la colocación de explosivos del art. 3.1.d) del convenio podría ser fácilmente reconducida al art. 574.1 del Código Penal.

El delito del art. 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 art. 263 del Código Penal.

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 del 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 arts. 115 y 116 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

La conducta del art. 3.2 tendría una clara reconducción al delito de amenazas de los arts. 169 y siguientes del Código Penal.

Finalmente, las conductas relativas a sustancias tóxicas o radiactivas podrían encajarse, sin perjuicio de una calificación más ajustada en función de las concretas circunstancias que concurran, bien en los delitos de riesgo catastrófico del capítulo I del título XVI del Código Penal<sup>58</sup>, bien en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente o relativos a la flora y la fauna.

---

<sup>58</sup> Arts. 341 y ss. 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 el mar, partiendo de la premisa de que la persecución de estas conductas no resulta universal, pues su asiento normativo no está en una norma de *ius cogens*. El art. 23.4 de la LOPJ extiende la jurisdicción española a los delitos de terrorismo y 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 expuestos, la jurisdicción española tiene la posibilidad de, con idénticas restricciones a las estudiadas 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 enunciar los tipos penales que combate, y lo acertado que ha sido el legislador patrio al incluir esas conductas en algún precepto del Código Penal.

Por supuesto, también se requiere querrela del Ministerio Fiscal o del agraviado para su persecución en España.

### CAPÍTULO III EL BUQUE DE GUERRA Y EL TRÁFICO ILEGAL DE SERES HUMANOS

El mar, como vía de comunicación, ha sido empleado para el comercio de todo tipo de mercancías, incluidos los seres humanos, contra su voluntad o aprovechándose de su situación de desamparo.

#### 1 APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL AL TRÁFICO ILEGAL DE SERES HUMANOS: DE LA ESCLAVITUD AL TRÁFICO DE MIGRANTES POR MAR

Pueden distinguirse tres fenómenos diferenciados: la esclavitud, el tráfico de seres humanos y el tráfico ilegal de migrantes.

## 1.A El concepto de esclavitud

Sorprendentemente, es necesario esperar a 1792 para que la trata de esclavos sea por primera vez abolida de manera oficial, fue en Dinamarca<sup>59</sup>, cuyo ejemplo es seguido por la Francia revolucionaria en 1794, aunque forzada por la reciente Revolución haitiana<sup>60</sup>. Así sucede, de forma paulatina, con todos los países hasta llegar a Mauritania, último país en abolirla, ya en 1980<sup>61</sup>.

En España el proceso abolicionista, que resultó especialmente tardío, comparado con los países del entorno, dio lugar a una de las páginas más brillantes del parlamentarismo<sup>62</sup>, destacando por encima de todos los protagonistas patrios Emilio Castelar<sup>63</sup>.

Desde el plano internacional, múltiples han sido los convenios, bilaterales o multilaterales, que culminaron con la abolición tanto de la trata de esclavos como de la esclavitud en sí. Los dos principales, de carácter universal, son el Convenio relativo a la esclavitud, firmado en Ginebra el 25 de septiembre de 1926<sup>64</sup>, auspiciada por la Sociedad de Naciones, 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 1956<sup>65</sup>, auspiciada ya 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 el tráfico de esclavos, de personas y de migrantes por mar.

El aludido Convenio sobre esclavitud de 1926, entró en vigor el 7 de julio de 1955, y la define como el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercen los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

---

<sup>59</sup> Bien es cierto que Dinamarca abolió la trata, pero no la posesión de esclavos. Doudou, D. (2001). *De la cadena al vínculo: una visión de la trata de esclavos*. París, Ediciones UNESCO, p. 226.

<sup>60</sup> Di Tella, T. S. (1984). *La rebelión de esclavos de Haití*. Buenos Aires, Instituto de Desarrollo Económico y Social, p. 76.

<sup>61</sup> Doudou, D. (2001). *De la cadena al vínculo...*, op. cit., p. 490.

<sup>62</sup> Resulta interesante el compendio efectuado en Galván, E. (2014). *La abolición de la esclavitud en España. Debates Parlamentarios 1810-1886*. Madrid, Dykinson.

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> *Gaceta de Madrid* n.º 356, de 22 de diciembre de 1927.

<sup>65</sup> *BOE* n.º 311, de 29 de diciembre de 1967.

El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en relación con lo difuso de los límites de los delitos relacionados contra la esclavitud, dictó una esclarecedora sentencia en el caso contra Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic de 2001<sup>66</sup>, que contiene 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 señaló que el concepto tradicional de esclavitud del Convenio de 1926 ha evolucionado, y que, para determinar su concurrencia, no hay que analizar la existencia de un título de propiedad sobre una persona, sino la situación concreta a la que se ve sometida, y estableció una serie de indicadores que facilitan esta determinación.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>67</sup>, establece que esclavitud «[...] 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».

No pueden olvidarse las situaciones asimiladas a la esclavitud, 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 explotación<sup>68</sup>.

## **1.B La trata de personas**

El primer instrumento internacional de lucha contra la trata de personas data de 1904. Se hace referencia al Acuerdo Internacional, encaminado a asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal conocido bajo el nombre de trata de blancas<sup>69</sup>. Es seguido, en 1910, por el Convenio in-

<sup>66</sup> 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. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>

<sup>67</sup> Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, *BOE* n.º 126, de 27 de mayo de 2002, art. 7.1.c..

<sup>68</sup> Art. 1 de la Convención, *BOE* n.º 311, de 29 de diciembre de 1967.

<sup>69</sup> 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 adhe-

ternacional, relativo a la represión de la trata de blancas<sup>70</sup>, y, en 1921, por un Convenio para la supresión de la trata de mujeres y de niños<sup>71</sup>, cuyas disposiciones fueron confirmadas con posterioridad en el Convenio Internacional de 1933, relativo a la represión de la trata de mujeres mayores<sup>72</sup>. 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 ya bajo los auspicios de NN. UU.<sup>73</sup>. Los avances internacionales en la represión de estas conductas han sido constantes desde principios del siglo pasado<sup>74</sup>.

Actualmente, 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<sup>75</sup>, que 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».

El más reciente y exitoso acuerdo sobre la materia 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 2000<sup>76</sup> (en adelante CNUDOT), que es uno de los Protocolos de Palermo. Según dicho protocolo, para poder hablar de trata, deben concurrir: la captación del tratante; la amenaza o coacción; y que el fin de la conducta sea la explotación. En el caso de menores no es necesario el traslado<sup>77</sup>. Esta trata abarca la de esclavos, y se extiende, como mínimo,

---

sión del Imperio austrohúngaro 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* n.º 62, de 3 de marzo de 1905, con enmienda de errores en *Gaceta de Madrid* n.º 76, de 17 de marzo de 1905.

<sup>70</sup> Convenio internacional relativo á la represión de la Trata de blancas, *Gaceta de Madrid*, n.º 262, de 18 de septiembre de 1912.

<sup>71</sup> 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* n.º 157, de 5 de junio de 1924.

<sup>72</sup> 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* n.º 180, de 28 de junio de 1936.

<sup>73</sup> 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* n.º 230, de 25 de septiembre de 1962.

<sup>74</sup> Un completo estudio de esta evolución normativa puede encontrarse en la STEDH de 7 de enero de 2010. *Rantsev v Chipre and Rusia* (*Application* n.º 25965/04) (ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504).

<sup>75</sup> *BOE* n.º 69, de 21 de marzo de 1984.

<sup>76</sup> *BOE* n.º 296, de 11 de diciembre de 2003.

<sup>77</sup> Art. 3 Protocolo contra la Trata.

a la trata de blancas y los trabajos o servicios forzados, que son prácticas análogas a la esclavitud, pero no esclavitud propiamente dicha. Dentro 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.

Otro buen ejemplo de la preocupación internacional por este fenómeno son las medidas adoptadas en el seno de la UE<sup>78</sup> 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 Ministros<sup>79</sup> como por la Asamblea Parlamentaria<sup>80</sup>.

### **1.C El tráfico de migrantes**

En el tráfico ilegal de migrantes a diferencia de en la trata, el beneficio económico se busca en el traslado con fines económicos a través de una frontera internacional, pero no en una futura explotación. Ello, aunque el *modus operandi* del tratante pueda implicar cierto grado de engaño o trato abusivo sobre los migrantes. Su regulación internacional se encuentra 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 CNUDOT<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> El Consejo de la Unión Europea adoptó la 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.

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).

<sup>79</sup> Recomendación n.º 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.

<sup>80</sup> 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».

<sup>81</sup> *BOE* n.º 295, de 10 de diciembre de 2003.

## 2 EL BUQUE DE GUERRA Y EL TRÁFICO DE SERES HUMANOS

### 2.A La Convención de Naciones Unidas del Derecho del mar

Ni la Convención sobre la alta mar, ni la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, precedentes más relevantes de la CNUDM, aluden a la esclavitud. Probablemente porque dichas convenciones no pretendían dar una respuesta general a todos los problemas planteados en el mar, sino simplemente atajar determinadas situaciones que podían desatar tensiones fronterizas entre países marítimamente limítrofes.

La CNUDM, con una vocación mucho más universal<sup>82</sup>, sí aborda en dos artículos, breves pero claros y resolutivos, la cuestión esclavista.

El art. 99, tras el genérico llamamiento a los diferentes Estados a castigar 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.

En el art. 110 regulador del derecho de visita, habilita al buque de guerra a ejercerlo con independencia del pabellón del buque visitado, si hay fundadas sospechas de que un buque es utilizado para la trata de esclavos. Esta habilitación ampara una poco habitual intromisión en un espacio sometido a su jurisdicción de otro Estado, evidenciando la importancia de la lucha contra la esclavitud.

Así el art. 99 combate la esclavitud en sí, al establecer un sistema universal de manumisión del esclavo, y el 110 lo hace facilitando su persecución y con ello su castigo.

Pero el buque no solo se puede utilizar para el comercio de esclavos, este puede ser su destino final. Esta situación, que puede parecer tan lejana y propia de 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 mercantes<sup>83</sup>. Curiosamente, esta situación podría resultar algo más difusa, pues jurídicamente debe entenderse que son hombres libres por ministerio del art. 99 de la CNUDM, pues han subido a bordo. Por otro lado, tampoco puede conside-

---

<sup>82</sup> El 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».

<sup>83</sup> 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*. Madrid, Capitán Swing, pp. 578-686.



rarse buques que se dediquen a la trata, pese a contar a bordo con personas en situación de esclavitud o asimilada, pues no comercian con esclavos, los emplean. En todo caso, si un buque de guerra se encontrara con este escenario, y al ignorar el destino último del personal retenido, podría reportarlo al Estado de pabellón, quienes en aplicación de los tratados vistos deberían adoptar alguna medida. 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? Debe entenderse que sí, pues aunque la finalidad principal del buque no es comerciar con esclavos sino explotarlos, debe tenerse presente que todo acto de transporte de esclavos puede considerarse trata, por la interpretación conjunta de los arts. 99 y 110 de la CNUDM y del art. 2 del Convenio relativo a la esclavitud, firmado en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.

Asimismo, entender que el personal hipotéticamente esclavizado a bordo de un buque mercante no está amparado por la posible aplicación en su beneficio del art. 110 de la CNUDM relativo al derecho de visita, llevaría al absurdo de que, en la visita deberían liberarse aquellos esclavos destinados a la venta, pero no aquellos exclusivamente destinados a servir en el buque, y toda interpretación que conduzca al absurdo debe evitarse, tal y como indican los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados<sup>84</sup>. Acudiendo a los medios de interpretación complementarios, aparecen las dos convenciones vistas que prohíben la esclavitud y el comercio de esclavos, así como con la Declaración Universal de Derechos Humanos que prohíbe la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas. Por tanto, el derecho de visita del art. 110 de la CNUDM se extiende a las sospechas de existencia a bordo de personal que sirve como esclavo, en cualquiera de sus manifestaciones vistas, incluso con los matices que sentó la sentencia vista del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia.

Respecto a las situaciones asimiladas a la esclavitud conforme a la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de

---

<sup>84</sup> 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».

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. *BOE* n.º 142, de 13 de junio de 1980.

esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, no puede predicarse lo mismo. Pues estas situaciones, conforme a la propia convención que las define y enumera, no son equivalentes a la esclavitud. Este extremo, unido a la expresa referencia del art. 110 al comercio de esclavos, no deja margen interpretativo para su aplicación automática, siendo necesaria la autorización previa del Estado de pabellón.

Aun es más clara la inaplicación a estos supuestos del art. 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.

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 CNUDOT, y fuera del supuesto específico de la trata de esclavos, la respuesta ha de ser idéntica a la que se acaba de postular, respecto de las situaciones asimiladas a la esclavitud por los mismos argumentos arriba expuestos, esto es, por falta de previsión de la norma para la visita, y por falta de objeto al ser ya jurídicamente libres siendo innecesario reiterar su inalienable libertad jurídica. Todo 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 límites<sup>85</sup>, requiriendo cualquier intervención en el buque sospechoso la autorización previa del Estado de pabellón.

El tráfico de migrantes no es una cuestión directamente abordada en la CNUDM, pero esta sí delimita las capacidades de acción en función del espacio donde se pretenda intervenir:

- Aguas interiores: el Estado ribereño tiene plena jurisdicción sobre un buque sospechoso de tráfico ilícito de migrantes.
- Mar territorial: el Estado ribereño tiene plena jurisdicción si el destino de los migrantes es su territorio. Si el buque transitara en el ejercicio del derecho de paso inocente con los migrantes, la capacidad de acción del sería la misma que en alta mar.

---

<sup>85</sup> Esta obligación de acción, además de en el Protocolo del 2000, fue fijada en la STE-DH de 7 de enero de 2010, *Rantsev v Chipre and Rusia* (*Application* n.º 25965/04), (ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504).

- Zona contigua: un Estado ribereño puede adoptar medidas para sancionar o prevenir infracciones de sus leyes y reglamentos fiscales, de inmigración, sanitarios o aduaneros<sup>86</sup>.
- Zona económica exclusiva: el mismo régimen que el de alta mar.
- Alta mar: no resulta aplicable el art. 110 de la CNUDM pues este no se extiende al tráfico de migrantes. La habilitación para actuar debería proceder de otro texto internacional, bien el Protocolo de Palermo que después veré, bien alguna Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

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 el mar, se debe tener en cuenta el tenor del art. 98 de la CNUDM que establece la obligación de asistencia en estos casos de riesgo para la vida humana en el mar<sup>87</sup>. Artículo que es complementado por los Convenios SOLAS<sup>88</sup> y SAR<sup>89</sup>.

## **2.B Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire**

Este protocolo es fundamental en la persecución del tráfico ilícito de migrantes por mar, al establecer una serie de mecanismos internacionales para reforzar la cooperación internacional entre los Estados Parte. Su alcance se reduce al 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 tierra<sup>90</sup>. 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, pero sí fija

---

<sup>86</sup> Art. 33.1 CNUDM.

<sup>87</sup> Art. 98.1 CNUDM.

<sup>88</sup> 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* n.º 144, de 16 de junio de 1980.

<sup>89</sup> Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo 1979, hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979, *BOE* n.º 103, de 30 de abril de 1993.

<sup>90</sup> Arts. 6, 10, 15, 16, 18, 19 y 27.

una serie de obligaciones para los Estados Parte que facilitan la rápida gestión de las peticiones de autorización de estas visitas.

También faculta al Estado de pabellón a someter a las condiciones que considere apropiadas el ejercicio de este derecho visita<sup>91</sup>, pudiendo indicar que el mismo se efectuará solo con luz diurna, fijar una duración máxima, 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 sería la existencia de un peligro para la vida en el 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 buques pueden ejercitar el derecho de visita, debe entenderse que serían los mismos del art. 110 de la CNUDM.

### 3 LA REPRESIÓN DE LA ESCLAVITUD, DEL TRÁFICO ILEGAL DE SERES HUMANOS Y DEL TRÁFICO DE MIGRANTES EN EL DERECHO ESPAÑOL: PUNICIÓN Y JURISDICCIÓN

En el Derecho interno, tanto la esclavitud y sus figuras afines, como la trata de seres humanos es tipificada en el art. 177 bis del Código Penal, mientras que el tráfico de migrantes se pena en el art. 318 bis.

El art. 177 bis, siguiendo las directrices de los textos internacionales expuestos, castiga conjuntamente, tanto las conductas propias de la esclavitud, y las figuras afines a la misma, como la trata de seres humanos. La única matización, a los efectos aquí estudiados, es que dicho artículo solo 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».

La tercera figura es la del tráfico de inmigrantes, castigando el art. 318 bis 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. 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.

---

<sup>91</sup> Art. 8.4.

Prevé este artículo una excepción para la punición cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona en peligro. Igualmente prevé un tipo agravado cuando concurra ánimo de lucro.

El art. 177 bis, protege así a la víctima de la esclavitud o trata, mientras que en el 318 bis protege el cumplimiento de las leyes de inmigración.

La extensión de la jurisdicción española sobre estos asuntos, por ministerio de la letra d) del art. 23.4 de la LOPJ, se efectúa en los términos establecidos en los tratados internacionales de los que España es parte. Esta cláusula de remisión resulta solo efectiva cuando el tratado al que se remite es suficientemente explícito respecto de la obligada persecución de estas conductas y expliciten suficientemente qué conductas prohíben<sup>92</sup>. Por fortuna, las conductas proscritas por los tratados internacionales ya mencionados son claras y taxativas, y coinciden, al menos por lo que al tráfico de seres humanos penado en el art. 177 bis del Código Penal se refiere, de manera clara, por lo que puede concluirse que España extiende su jurisdicción sobre dichas conductas, en los términos de este art. 23.4.d) de la LOPJ.

Pero el art. 23.4, en su apartado m) prevé expresamente la extensión de la jurisdicción a la trata de seres humanos, si en relación con la misma existe un vínculo de nacionalidad o ejecución con 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 un nexo claro de conexión como es la nacionalidad de alguno de los sujetos, activo o pasivo, del delito. Cuestión que carece de trascendencia práctica, ya que, como se ha expuesto, el propio tipo penal aplicable del art. 177 bis, exige ya dicha conexión.

La solución de la LOPJ para la atribución de jurisdicción a los tribunales españoles en la lucha contra los delitos del art. 177 bis del Código Penal y cometidos en el mar, parece clara y eficiente. No obstante, se debe precisar que la casuística en la lucha contra estos delitos evidencia que su combate y represión no se juega en el mar, sino más bien en territorio nacional una vez sus víctimas han sido traídas a España, lo que explicaría también por qué el Protocolo de Palermo relativo al tráfico de seres humanos no establece mecanismos facilitadores de un derecho de visita y

---

<sup>92</sup> 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 producirían de una manifiesta inseguridad jurídica que podría entrar en colisión con la necesaria predeterminación del alcance de la jurisdicción.

registro a bordo de buques sospechosos de protagonizar estas conductas<sup>93</sup> 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 de manera en España sobre población vulnerable que haya sido objeto de tráfico de migrantes.

¿Qué sucede con el tráfico de migrantes, previsto y penado en el art. 318 bis del Código Penal? ¿tiene encaje en el art. 23.4 de la LOPJ? La respuesta ha de ser afirmativa, aunque con matices.

La letra d) del art. 23.4 de la LOPJ extiende la jurisdicción a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

En este sentido, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa CNUDOT<sup>94</sup>, establece claramente la tipificación internacional de estos delitos<sup>95</sup>. No obstante, no impone una obligación internacional, necesaria conforme al 23.4.d) de la LOPJ, de persecución en el mar de estas conductas.

Según la CNUDOT, tampoco existe obligación internacional de perseguir estas conductas cuando se desarrollan en alta mar<sup>96</sup>. Por tanto, al delito del 318 bis del Código Penal, solo se enjuiciaría en España si se comete en territorio nacional, a bordo de un buque español o en las aguas territoriales nacionales, aunque en este último caso por la aplicación de las reglas de generales de extensión de jurisdicción como Estado ribereño a dichas aguas.

## CAPÍTULO IV EL BUQUE DE GUERRA Y EL TRÁFICO DE DROGAS

Según el *Informe Mundial sobre las Drogas 2022* de la Oficina de las NN. UU. contra la Droga y el Delito, el comercio mundial de cocaína realizado por vía marítima supone el 89 % del total<sup>97</sup>. Siendo el campo de lucha

---

<sup>93</sup> Así lo evidenció la Jefe de la Sección de Trata de Seres Humanos de la Guardia Civil, 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.

<sup>94</sup> Art. 1 del Protocolo.

<sup>95</sup> Art. 6 del Protocolo.

<sup>96</sup> Art. 15.

<sup>97</sup> *Informe Mundial sobre las Drogas 2022*. (2022). Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Sección 4, p. 25. [Consulta: 2025]. Disponible en: [https://www.unodc.org/res/wdr2022/MS/WDR22\\_Booklet\\_4.pdf](https://www.unodc.org/res/wdr2022/MS/WDR22_Booklet_4.pdf)

fundamental contra este tráfico la alta mar, donde el buque de guerra tiene un papel esencial como agente del Estado.

## 1 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 CNUDM y la Convención de las contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988<sup>98</sup> (en adelante CNUTD). Aunque la terminología empleada en estos textos legales es la de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, se emplea aquí, por motivos de simplicidad, el término «tráfico de drogas».

### 1.A La Convención de Naciones Unidas del Derecho del mar

A diferencia de la contundencia con la que persigue la CNUDM la esclavitud, o la piratería, respecto al tráfico de drogas se limita a establecer una genérica obligación de cooperación, sin otorgar al buque de guerra de terceros Estados ninguna capacidad de acción específica<sup>99</sup>, remitiéndose a otros tratados internacionales para la lucha contra el tráfico de drogas<sup>100</sup>. Son estos otros tratados, y especialmente la citada CNUTD<sup>101</sup>, los que determinarán las drogas susceptibles de persecución y como ha de articularse la cooperación internacional contra esta lacra, como se analizará en el apartado siguiente.

Es pues evidente que la CNUDM no prioriza la lucha contra el tráfico de drogas, pues mantiene directa e indirectamente<sup>102</sup> la restricción del de-

---

<sup>98</sup> Instrumento de ratificación 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, *BOE* n.º 270, de 10 de noviembre de 1990.

<sup>99</sup> No lo incluye en el art. 110 relativo a la visita y registro.

<sup>100</sup> Art. 108 CNUDM.

<sup>101</sup> 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* n.º 264, de 4 de noviembre de 1981 y al Convenio sobre sustancias sicotrópicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971, *BOE* n.º 218, de 10 de septiembre de 1976.

<sup>102</sup> Directamente al excluir este tráfico de los supuestos que habilitan, con carácter general, el derecho de visita y que aparecen regulados en el art. 110 CNUDM e indirectamente al aludir en este art. 108 a la solicitud de cooperación por parte del Estado de pabellón del buque sospechoso se refiere, fundamentalmente, a la petición de que un buque de un tercer Estado ejercite este derecho de visita.

recho de visita para investigar buques sospechosos de esta actividad que no pertenezcan al Estado de pabellón del buque visitante.

Pero no se puede perder de vista que el tráfico de drogas puede suponer también una actividad contrabandista, que vulnere las disposiciones aduaneras del país receptor, y supone una amenaza a las disposiciones sanitarias del Estado ribereño, por ser su finalidad última introducir en el mercado productos ilegales que suponen un riesgo contra la salud de las personas<sup>103</sup>. Conforme a la CNUDM, esto implica que las facultades del Estado ribereño aumenten considerablemente. Conviene analizarlas en función del lugar de intervención:

- Aguas interiores: tiene plena jurisdicción sobre un buque sospechoso.
- Mar territorial: tiene plena autoridad si el destino de las drogas es su territorio, si es un tercer Estado habría derecho del paso inocente del art. 21 de la CNUDM, y la capacidad de acción sería la misma que la prevista para la alta mar.
- Zona contigua: un Estado ribereño puede adoptar medidas para sancionar o prevenir infracciones de sus leyes y reglamentos fiscales, de inmigración, sanitarios o aduaneros<sup>104</sup>.
- Zona Económica Exclusiva: el régimen a aplicar sería el propio de alta mar.
- Alta mar: no resulta aplicable el derecho de visita del art. 110 de la CNUDM, y la habilitación para actuar debería venir establecida, fundamentalmente por otro tratado internacional, y mediando la autorización del Estado de pabellón.

## **1.B Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas**

La importancia de la CNUTD deriva tanto de su propio contenido, como de la relevancia que le otorga la obligación genérica de cooperación internacional del art. 108 de la CNUDM visto.

La convención define estupefaciente como 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 solo la inclu-

---

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> Art. 33.1 CNUDM.



sión de una sustancia en las referidas listas hace su tráfico susceptible de ser combatido como tráfico de drogas en aplicación de estos convenios<sup>105</sup>.

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 se podría denominar, unido al concepto de estupefaciente visto, el tipo penal internacional del tráfico de drogas.

Si bien la CNUDT contiene ciertas disposiciones relativas a la atribución de competencias sobre buques en su art. 4, y a la asistencia judicial recíproca en su art. 7, el precepto más importante a efectos de Derecho del Mar es el art. 17, que bajo la rúbrica de «Tráfico ilícito por mar», contiene las disposiciones que complementan al art. 108 de la CNUDM.

Este artículo va más allá que el 108 de la CNUDM, y establecer la obligación de prestar la cooperación que se requiera y de hacerlo «con los medios de que disponga».

Ante la sospecha fundada de que un buque se dedica a este tráfico, un buque Estado podrá pedir al Estado de pabellón que confirme la matriculación del buque, y si lo hace, solicitarle autorización para intervenir. Si el Estado requerido señala que dicho buque no está matriculado en sus registros, puede entenderse que se trata de un buque apátrida<sup>106</sup>, y, por tanto, cualquier buque de guerra podría ejercer el derecho de visita y registro sin esperar la autorización de nadie<sup>107</sup>.

Para el caso de que el Estado de pabellón confirme la matrícula, resulta de aplicación el apartado cuarto que establece la posibilidad del ejercicio del derecho de visita y registro, pudiéndose autorizar, el abordaje, la inspección, y si se descubren pruebas del tráfico ilícito, asegurar la nave, las personas o su carga.

Las acciones realizadas respecto el buque visitado y registrado bajo ningún concepto pueden suponer un riesgo para la vida de nadie; del buque; su carga, ni perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado de pabellón o de cualquier otro Estado.

Como el buque visitado está bajo la jurisdicción del Estado de pabellón, este, al conceder la autorización de visita podrá establecer las condiciones en las que la misma deba llevarse a cabo.

---

<sup>105</sup> 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.

<sup>106</sup> Art. 92.2 CNUDM.

<sup>107</sup> Art. 110 CNUDM.

En estas operaciones antidroga, el factor tiempo es determinante, pues estos buques sospechosos, si la visita tarda mucho en autorizarse, podrían, al saberse vigilados, deshacerse de la carga, hacer puerto en un tercer país donde descargar su ilícito cargamento con mayor facilidad, o 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 art. 17, como después se verá. Para evitarlo, la convención establece la obligación de dar una rápida respuesta a las solicitudes, y para garantizarlo, las partes se obligan al ratificar la convención a designar, comunicándolo al secretario general de Naciones Unidas, las autoridades nacionales responsables de recibir y resolver estas solicitudes.

Las disposiciones de este art. 17 suponen una injerencia autorizada en un espacio sometido a la jurisdicción del Estado de pabellón y, por tanto, resulta necesario informar a dicho Estado del resultado de la visita con prontitud.

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 el establecido por la CNUDM al regular la piratería. La convención prevé que aquellos Estados Parte que deseen ahondar en la lucha contra el tráfico de drogas puedan llegar a acuerdos bilaterales o multilaterales más eficaces. Destaca en este sentido, el Acuerdo firmado por el Reino de España con la República Portuguesa<sup>108</sup>, que reduce el plazo para la respuesta a las peticiones de cooperación a cuatro horas<sup>109</sup>, 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 territoriales<sup>110</sup>. Mas el Acuerdo bilateral de este tipo que resulta más eficiente es el Tratado entre el Reino de España y la República Italiana para la represión del tráfico ilícito de droga en el mar<sup>111</sup>, que además de atribuir también la recíproca representación, prevé la intervención por representación sin necesidad de instar ninguna autorización del otro Estado<sup>112</sup>. Estos son los dos únicos tratados de este tipo hasta la fecha suscritos por España.

---

<sup>108</sup> 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* n.º 18, de 20 de enero de 2001.

<sup>109</sup> Art. 5.1.

<sup>110</sup> Art. 4.1.

<sup>111</sup> 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* n.º 108, de 6 de mayo de 1994.

<sup>112</sup> Art. 5.1.

Siguiendo las premisas sentadas años antes por la CNUDM, los agentes del Estado en el mar, habilitados legalmente para la visita, son los mismos que en aquella convención<sup>113</sup>.

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 CNUTD deja claro que el Estado ribereño mantiene todas las facultades de intervención que le otorga el art. 21 de la CNUDM, siendo el único legitimado para actuar en su mar territorial.

## 2 LA REPRESIÓN DEL TRÁFICO DE DROGAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: TIPIFICACIÓN, JURISDICCIÓN Y DETENCIÓN

La punición de estas conductas se recoge en los arts. 368 a 377 del Código Penal. 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 el mar.

La jurisdicción española se extiende, en aplicación del tan analizado en capítulos anteriores art. 23.4 de la LOPJ, a conductas cometidas fuera de los espacios de soberanía si se da la conjunción de dos requisitos. El primero sería que la conducta fuera constitutiva de un delito conforme al Derecho interno, y el segundo sería que la extensión de jurisdicción se previera expresamente por el art. 23.4 de la LOPJ. Esta extensión de jurisdicción puede ser prevista de manera directa<sup>114</sup> 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 tipificada, coincidiera con un tipo penal existente en el Derecho interno. Así, la extensión de la jurisdicción de la letra d) del art. 23.4 de la LOPJ se prevé para el tráfico ilegal de drogas, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

Del análisis de esos tratados se desprende que la CNUTD, no contempla expresamente esta previsión de persecución universal, limitándose a exigir que los Estados se declaren competentes cuando exista un vínculo territorial en su comisión<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> El art. 17.10 de la de la CNUTD.

<sup>114</sup> Como el art. 23.4 hace en su letra a): «Genocidio, lesa humanidad [...]».

<sup>115</sup> Art. 4 CNUTD.

Toda vez que estos delitos suelen ser cometidos por organizaciones criminales de carácter transnacional, debe analizarse también el contenido de la CNUDOT, encontrando que la misma establece un sistema de exigencia de declaración nacional de extensión de la jurisdicción<sup>116</sup>.

La CNUDM tampoco prevé sistema alguno de persecución universal respecto del tráfico de drogas.

No existe tratado internacional del que España sea parte que expresamente justifique una extensión de la jurisdicción a estos espacios<sup>117</sup>.

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<sup>118</sup>, exclusivamente prevé, en su art. 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 Parte.

Por tanto, no podría extenderse la jurisdicción, de acuerdo con las disposiciones del art. 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, el pabellón español del buque, o que el beneficiado fuera persona jurídica establecida en España.

Ahora bien, no podría extenderse, aparentemente, porque 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 señala en su fundamento de derecho noveno que:

«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 (arts. 17.3 y 4 de la

<sup>116</sup> Arts. 15 y 22.4 de la CNUDOT.

<sup>117</sup> Excepción sea hecha de las previsiones de los tratados vistos con Portugal e Italia que sí parecen contemplar implícitamente esta posibilidad en sus arts. 3.2 y 4.2 respectivamente.

<sup>118</sup> *DOUE* n.º 335, de 11 de noviembre de 2004.

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 atribución competencial se basa en una interpretación extensiva del principio de jurisdicción universal fundamentado probablemente en la gravedad de estas conductas que justifica que lo genéricos llamamientos de persecución previstos en los tratados vistos equivalgan a la expresa extensión de la jurisdicción. En todo caso, la solución del Alto Tribunal, aunque imaginativa, resulta acertada, pues en caso contrario se trataría de la impunidad de muchas de estas conductas, llevando incluso al absurdo de la imposibilidad de castigarlas si se realizan en un buque sin pabellón, solución esta última que, como de forma acertada hace el Tribunal Supremo, debe desecharse por conducir al absurdo.

## CONCLUSIONES

El buque de guerra opera como el principal agente del Estado en el mar, especialmente en la lucha contra cuatro fenómenos, la piratería, los delitos contra la seguridad de la navegación, y el tráfico de personas y de drogas.

Resulta esencial, como se ha pretendido evidenciar en este trabajo, que el buque de guerra cuente con un marco jurídico claro en su lucha contra estos delitos, y que cuente con capacidades de acción suficientes para poder enfrentarlos con garantía de éxito.

En la medida en que el buque de guerra se enfrenta a conductas delictivas, lo hace contra fenómenos jurídicos que han de ser castigados en el mundo de Derecho. Es así esencial armarlo también de instrumentos legales que faciliten y garanticen el éxito de su misión, que no es otra que la erradicación de estas conductas y el castigo judicial de sus responsables.

En este sentido, los acuerdos internacionales suscritos por España, y sus disposiciones penales, procesales y jurisprudenciales, sientan un marco jurídico más o menos amplio y claro para afrontar estos retos. Destacan también instrumentos internos de menor rango jurídico, pero de enorme calado, como fue la firma por la Fiscalía General del Estado de 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 que sirva a la Fiscalía de la Audiencia Nacional para poder decidir con más acierto si instan o no el ejercicio de la jurisdicción española ante determinados delitos de persecución universal. Este tipo de acuerdos evidencian el carácter proactivo de la Armada y de la Fiscalía, dispuestos a explotar sinergias en la represión de estas conductas delictivas.

En general, la evolución de este marco legal ha sido constante en los últimos tiempos, pasando de la mera represión de la piratería, a la punición de los delitos contra la seguridad de la navegación y el tráfico de drogas y de seres humanos. No obstante, aun queda mucho trabajo por hacer, y debe profundizarse la cooperación internacional en la solución de fenómenos tan deshumanizadores como el tráfico de migrantes, la trata de blancas o el tráfico de drogas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, F. (1986). La prensa frente al terrorismo. *Cuadernos de Información*. (3), Pontificia Universidad Católica de Chile.
- BARRADA FERREIRÓS, A. (2011). El talón de Aquiles de Atalanta: el enjuiciamiento y encarcelamiento de los piratas. *Documento marco 01/2011*. Madrid, IIEE.
- . (2012). Sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Alakrana. *Documento Marco 09/2012 del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IIEE)*. Junio de 2012.
- 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.
- DI TELLA, T. S. (1984). *La rebelión de esclavos de Haití*. Buenos Aires, Instituto de Desarrollo Económico y Social.
- DOUDOU, D. (2001), *De la cadena al vínculo: una visión de la trata de esclavos*. París, Ediciones UNESCO.
- DUBNER, B. H. (1980). *The law of International sea piracy*. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya.
- FERNÁNDEZ RODERA, J. A. (1998), La mar y el Derecho Penal. *La Ley*. N.º 4576.
- (2010). Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal. *Conclusiones del Seminario interu-*

- niversitario sobre la reforma del Código Penal, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid. Valencia, Tirant lo Blanch.*
- GALVÁN, E. (2014). *La abolición de la esclavitud en España. Debates Parlamentarios 1810-1886*. Madrid, Dykinson.
- IBÁÑEZ GÓMEZ, F. (2012). Obstáculos legales a la represión de la piratería marítima: el caso de Somalia. *Revista CIDOB d'afers internacionals*. N.º 99.
- JOHANSSON, K. (2006). *Changes in the Views on Jurisdiction over Piracy under International Law* [Tesis de trabajo de fin de máster]. Faculty of Law, University of Lund.
- MARÍN CASTÁN, F. (2008). Marco Jurídico De La Seguridad Marítima. *Cuaderno de Estrategia*. N.º 140, Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- . (2011), El tratamiento jurídico de la piratería marítima en el ordenamiento jurídico español. *Documento Marco 02/2011* (marzo de 2011). IEEE.
- . (2013). La piratería como crimen internacional. *La respuesta del Derecho Internacional a los problemas actuales de la seguridad global, Cuaderno de Estrategia*. N.º 160.
- MINISTERIO DE DEFENSA. (2016). *Manual de Derecho del Mar*. Madrid, Ministerio de Defensa, Madrid.
- UNITED NATIONS. (2003). *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*. Nueva York, Department of Peacekeeping Operations.
- 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).
- . (2011). Aspectos jurídico-penales del crimen internacional de piratería. *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. *Cuaderno Práctico*. Escuela Militar de Estudios Jurídicos. N.º 4, mayo-octubre de 2010.
- Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. N.º 28/2008, de 22 de julio, [ECLI:ES:AN:2008:5676].
- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. N.º 151/2006, de 20 febrero [ECLI:ES:TS:2006:717].

- Sentencia del Tribunal Constitucional. N.º 21/1997, de 10 de febrero, *Caso Archangelos*.
- SOBRINO HEREDIA, J. M. (2008). Piratería y Terrorismo en el Mar. *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Victoria-Gasteiz*. N.º 1.
- STEDH de 13 de julio de 2010. *Tendam v. Spain* (Application n.º 25720/05), (ECLI:CE:ECHR:2010:0713JUD002572005).
- STEDH de 7 de enero de 2010. *Rantsev v Chipre and Rusia* (Application n.º 25965/04), (ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504).
- URBINA, I. (2019). *Océanos sin ley: viajes a través de la última frontera salvaje*. Madrid, Capitán Swing.



## **EL DERECHO DE LA NEUTRALIDAD EN EL SIGLO XXI: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA GUERRA RUSIA-UCRANIA**

Beatriz Garrigues Garrido

*Capitán auditor*

*Premio de Defensa Nacional de 2024 en su modalidad de Premio José Francisco de Querol y Lombardero, 2024*

### *Resumen:*

La guerra de agresión de Rusia contra Ucrania ha despertado un debate doctrinal acerca de cuál es la base legal que justificaría el apoyo de terceros Estados que no participan en el conflicto están prestando a Ucrania. Se plantea así la oposición entre dos paradigmas históricos: por un lado, las teorías de la guerra justa, por las que podría considerarse legítimo el apoyo al estado que tiene una «justa causa» para hacer la guerra; y por otro, el derecho de la neutralidad, que impone a los neutrales los deberes de abstención e imparcialidad frente a los beligerantes.

En este trabajo, se analizan ambos paradigmas en su formulación teórica y a través de la práctica estatal durante las dos Guerras Mundiales del siglo XX. A continuación, se estudiarán las consecuencias que la prohibición del uso de la fuerza de la Carta de NN. UU. supone para supervivencia del derecho de la neutralidad y si la misma supone un resurgimiento de las teorías de la guerra justa.

Respecto de los actos de apoyo a Ucrania por terceros Estados y sus bases legales en el derecho internacional contemporáneo, se analizará el estatuto de beligerante regulado en el derecho internacional humanitario, el derecho a la legítima defensa individual y colectiva de la Carta de

NN. UU. y las disposiciones del derecho de la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos.

*Palabras clave:*

Guerra justa, Escuela de Salamanca, Neutralidad, Uso de la fuerza, Guerra Rusia-Ucrania

*Abstract:*

The war of aggression that Russia is carrying out against Ukraine opens a doctrinal debate about the legal basis for non-participating third States to support Ukraine. This question is analyzed through the opposition of two historical paradigms: the theories of “just war”, through which the support given to a State that has a “just cause” to fight would be legitimate; and the law of neutrality, which binds neutral States to abstention and impartiality towards belligerents.

In this work, both paradigms are analyzed in their theoretical form, as well as through the practice of States mainly during the two World Wars of the XX century. Moreover, consideration will be given to the consequences that the prohibition on the use of force of the UN Charter had over the survival of the law of neutrality, and the revival of the “just war” doctrine that it entailed.

To conclude, with respect of the actions supporting Ukraine by third States and their possible legal basis in contemporary international law, we will examine the statute of belligerency, regulated in international humanitarian law; the right of self defence, individual and collective, as enshrined in the UN Charter; and the law of State responsibility for internationally wrongful acts.

*Keywords:* Just war, School of Salamanca, Neutrality, Use of force, Russia-Ukraine war

*Sumario*

1. Introducción. 2. Las teorías de la guerra justa 2.1. Los orígenes: la antigua Roma. 2.2. Teología cristiana. 2.3. Los fundadores del derecho internacional. 2.3.1. La Escuela de Salamanca. 2.3.1 a) Francisco de Vitoria. 2.3.1 b) Otros autores. 2.3.2. Hugo Grocio. 2.4. Teorías recientes sobre la guerra justa. 2.4.1. Kelsen.

2.4.2. Intervención Humanitaria 3. La neutralidad en el derecho internacional. 3.1. Introducción. 3.2. Contenido. 3.3. Aplicabilidad del derecho de la neutralidad. 3.4. Práctica estatal durante la Primera y la Segunda Guerra Mundial. 3.5. Neutralidad permanente. 3.6. Neutralidad cualificada. 4. El sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas. 4.1. Antecedentes. 4.2. La adopción de la Carta de Naciones Unidas y su efecto en el derecho de la neutralidad. 4.3. La supervivencia del derecho de la neutralidad. 4.3.1. La guerra naval. 4.3.1.A) Obligación de respetar las aguas neutrales. 4.3.1.B) Minas submarinas. 4.3.1.C) Derecho de visita, control y captura. 4.3.2. Derecho internacional humanitario. 5. El encaje legal del apoyo a Ucrania. 5.1. Contexto. 5.2. Análisis desde la perspectiva de la neutralidad clásica. 5.2.1. Responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos. 5.2.2. Co-beligerancia. 5.3. Análisis desde la perspectiva post-Naciones Unidas: la neutralidad cualificada. 5.3.1. Base legal de las actuaciones de apoyo a Ucrania. 5.3.1.A) Soberanía de los Estados. 5.3.1.B) Legítima defensa. 5.3.1.C) Contramedidas. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

## 1 INTRODUCCIÓN

La actual guerra ilegal de agresión que Rusia está llevando a cabo contra Ucrania ha despertado un intenso debate doctrinal acerca de cuál es la base legal en que se justifica el apoyo que terceros Estados que no participan en el conflicto están prestando a Ucrania.

Este debate se fundamenta en la oposición de dos paradigmas históricos: por un lado, las teorías de la guerra justa, por las que se justifica el recurso a la violencia armada entre Estados en ciertos supuestos y que, en consecuencia, considera legítimo el apoyo al estado que tiene una «justa causa» para hacer la guerra; y por otro, el paradigma del derecho de la neutralidad, que impone los deberes de abstención e imparcialidad frente a los beligerantes a aquellos Estados que no participan en el conflicto, vedando toda posibilidad de apoyo a uno de los beligerantes.

Para analizar la cuestión planteada, se expone, en una primera sección, los orígenes y desarrollo de las teorías de la guerra justa, con especial interés en la labor doctrinal de la escuela de Salamanca y sus influencias en el derecho internacional contemporáneo.

A continuación, se analiza el derecho de la neutralidad clásica, a través de su codificación en 1907, principalmente en los Convenios V y XIII de la Haya. Asimismo, se examina, con detenimiento, la práctica estatal durante las dos Guerras Mundiales del siglo XX, y cómo ello supuso una ruptura con los principios de la neutralidad que apenas se habían codificado, abriendo una puerta a la reinterpretación de los mismos.

El siguiente epígrafe se refiere al hito fundamental que supuso para la sociedad internacional la adopción de la Carta de Naciones Unidas en

1945, y se estudian las consecuencias que la prohibición del uso de la fuerza como medio de solución de controversias internacionales supone para vigencia del derecho de la neutralidad, trayendo consigo un resurgimiento de las teorías sobre la guerra justa. En base a lo anterior, se explorarán las obligaciones y derechos de la neutralidad clásica que podrían considerarse vigentes incluso tras la entrada en vigor de la Carta, centrándose en el derecho de la guerra naval y el derecho internacional humanitario.

Finalmente, se trata, de lleno, la cuestión de los actos de apoyo a Ucrania por terceros Estados y sus posibles bases legales en el derecho internacional contemporáneo. Para ello, se evalúa al derecho internacional humanitario para dilucidar si el apoyo a Ucrania convierte a los Estados que lo prestan en beligerantes; asimismo, se ahonda en el derecho a la legítima defensa, individual y colectiva, consagrado en el art. 51 de la Carta de Naciones Unidas y, finalmente, se estudian las disposiciones del derecho de la Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos y la posible aplicación de contramedidas, todo ello a la luz de la práctica estatal que las naciones están desplegando en apoyo a Ucrania.

## 2 LAS TEORÍAS DE LA GUERRA JUSTA

### 2.1 LOS ORÍGENES: LA ANTIGUA ROMA

La voluntad de limitar la potestad de hacer la guerra a través de la distinción entre los conceptos de «guerra justa» y «guerra injusta», se encuentra ya en la Antigua Roma, en una rama del derecho de carácter religioso que se conoce como *ius fetiale*, y que regulaba las relaciones diplomáticas entre Roma y los pueblos extranjeros, en especial en materia de conclusión de tratados entre naciones y asuntos de la guerra y la paz. Este derecho era aplicado por un colegio de veinte sacerdotes que se encargaban de velar por el cumplimiento de la «declaración de guerra justa», bajo el amparo de Júpiter Feretrius y a través de elaboradas ceremonias y rituales.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Bailón García, M. (2014). La conquista de Iberia y el derecho fecial. Guerra y religión en Roma. *Revista de Historia Militar*. N. 116, pp. 77-78. La autora explica que:

«En el reglamento o el Derecho de la guerra, el sacerdote fecial atendía las reclamaciones de los aliados, los delitos cometidos contra los embajadores de Roma en pueblos extranjeros, ratificaba los tratados o alianzas, vigilaba el cumplimiento de las diferentes cláusulas de paz y tratados, tenía potestad para firmar la paz o anularla

Partiendo de la concepción del *ius fetiale*, concluye Cicerón que la guerra no puede considerarse justa salvo que se dé alguna de las siguientes circunstancias: o bien, que la guerra se haya emprendido como último recurso tras buscar primero una reparación de los hechos por parte del enemigo, que ha resultado insatisfecha, o bien, que la guerra se haya «anunciado y declarado formalmente antes»<sup>2</sup>.

Así pues, aunque lo expuesto no pueda considerarse una doctrina jurídica sólida en materia de guerra justa, no hay duda de que supone el germen de conceptos que han pervivido hasta el siglo XX, como, por ejemplo, la búsqueda de una reparación previa a la acción de guerra, de la que hay ecos en el Tratado de Versalles de 1919 por el que se estableció la Sociedad de las Naciones, o la exigencia de una declaración formal de guerra, práctica que en las últimas décadas parece haber sido condenada por los Estados a la obsolescencia.

## 2.2 TEOLOGÍA CRISTIANA

La doctrina de la guerra justa continuó evolucionando a lo largo del tiempo, y a ella se dedicó especial atención por la teología cristiana, principalmente tras el Edicto de Tesalónica, promulgado por el emperador Teodosio en el año 380 d. C. y mediante el cual el cristianismo se convirtió en la religión oficial del imperio y el análisis de la cuestión del uso de la fuerza desde una perspectiva cristiana se hizo necesario<sup>3</sup>. Con anterioridad a este momento, muchos entre los primeros cristianos consideraron que hacer la guerra estaba prohibido a un buen cristiano, llegando incluso a calificar como delito el servir en los ejércitos del Emperador.

En este contexto, los grandes pensadores cristianos se vieron abocados a entrar de lleno en la cuestión de la licitud de la guerra desde el punto de vista teológico y moral, es decir, a preguntarse cuándo es legítimo el uso de la fuerza, en definitiva, si existe un *ius ad bellum* y, de ser así, cuál es su contenido.

Así, San Agustín se refería a las guerras, en su famosa obra *La Ciudad de Dios*, como un mal indeseable que genera grandes sufrimientos, no obstante lo cual, consideraba que: «El sabio [...] ha de librar guerras justas»,

---

declarando la guerra, podía juzgar delitos cometidos contra los tratados y sellaba diferentes pactos con otras potencias».

<sup>2</sup> Cicerón. (2023). *Sobre los deberes*. Ed. Alianza Editorial bolsillo, p. 71.

<sup>3</sup> En este sentido, Barcia Trelles, C. (2023). *Francisco de Vitoria. Fundador del Derecho Internacional moderno*. Ed. Maxtor, pp. 132-137.

afirmando que «la injusticia del enemigo es la causa de que el sabio declare guerras justas»<sup>4</sup>.

En el siglo XIII, y partiendo de las tesis de San Agustín, Santo Tomás de Aquino elabora y desarrolla esta idea de la «guerra justa», articulando la misma a través de tres requisitos que toda guerra debe cumplir para poder ser considerada justa.

En primer lugar, la guerra ha de ser declarada por quien ostenta la autoridad legítima —los príncipes—, puesto que «a ellos conviene defender el bien público», excluyendo la posibilidad de que personas particulares hagan la guerra. En segundo lugar, la guerra ha de tener una «justa causa», es decir «que quienes son atacados lo merezcan por alguna causa», aludiendo así a la injuria o injusticia del enemigo que postulaba San Agustín. Finalmente, la guerra ha de ajustarse a la recta intención de los contendientes, encaminada a «promover el bien o a evitar el mal»<sup>5</sup>.

El problema que plantea el análisis de estos requisitos es la subjetividad inherente a juzgar una causa como justa o injusta, o a evaluar la genuina rectitud de una intención, lo que llevó a los canonistas de la época a elaborar detalladas listas de causas que podrían considerarse justas para hacer la guerra<sup>6</sup>. No obstante lo cual, no se consiguió evitar el evidente peligro de que ambos contendientes consideren tener una justa causa para ir a la guerra, considerando a su vez injusta la del contrario.

Cabe así preguntarse, si en un contexto en el que la guerra se configuraba como una lucha entre el Bien y el Mal, el agresor y su víctima, había lugar para una posición neutral ante la misma. En general, la historia de la guerra pone de manifiesto que la teoría de la guerra justa no era compatible con una posición de neutralidad estricta, que era considerada moralmente injustificable<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> De Hipona, A. (San). (s. f.). *De Civitate Dei Contra Paganos (La Ciudad De Dios)*. Libro XIX, Cap. VII. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://archive.org/details/san-agustin-de-civitate-dei-contra-paganos-la-ciudad-de-dios/page/1385/mode/1up>

<sup>5</sup> De Aquino, T. (San). (s. f.). *Suma teológica*. Parte II-IIae - Cuestión 40 “La guerra”. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://hfg.com.ar/sumat/c/c40.html#a1>

<sup>6</sup> Dinstein, Y. (s. f.). *War, aggression and self-defence*. Cambridge University Press, pp. 68-69. 6.ª Ed.

<sup>7</sup> El profesor Schmitt puntualiza que no toda la práctica estatal de la época se adhirió sin fisuras al mandato teológico de la guerra justa, ya que en ocasiones era práctico para los Estados «evitar interferencias con sus actividades, especialmente el comercio. Por su parte, los beligerantes querían asegurarse de que el enemigo no recibiera asistencia», citando a título de ejemplo de esta práctica, no obstante minoritaria en esta época, un acuerdo de 1370 entre Inglaterra y Flandes en Schmitt, M. N. (2023). “Strict” versus “Qualified” Neutrality. *Articles of War*. Lieber Institute, West Point.

## 2.3 LOS FUNDADORES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Con el advenimiento de los Estados-nación durante los siglos XVI y XVII surge lo que se conoce como derecho internacional moderno, como consecuencia del transvase de poder de la Iglesia a los Estados y el afianzamiento del concepto de soberanía. Empieza así a conformarse un *corpus iuris* que regula las relaciones internacionales, y que supuso la creación de normas *ex novo*, pero también el mantenimiento y adaptación de teorías que ya se habían planteado con anterioridad, como es el caso de la teoría de la «guerra justa».

### 2.3.1 La Escuela de Salamanca

#### 2.3.1 a) *Francisco de Vitoria (1488-1546)*

Considerado por muchos el padre del derecho internacional moderno, fraile dominico español, jurista y teólogo, expuso sus teorías internacionales partiendo del hecho del descubrimiento y conquista de América. Siguiendo la tradición agustino-tomista y de derecho natura, Vitoria reflexionó en profundidad, entre otras cuestiones, sobre los derechos de los indios y sobre el derecho de la guerra, examinando cuestiones tanto de *jus ad bellum* (cuándo es legítimo hacer la guerra) como de *jus in bello* (qué es legítimo hacer en la guerra).

Así, al analizar cuál puede ser la causa justa de una guerra, el jurista español concluye que la única causa justa para hacer la guerra es la injuria recibida, justificando, de este modo, no solo las guerras defensivas, sino también las ofensivas siempre que se emprendan cuando haya «precedido una injuria y culpa» de suficiente gravedad<sup>9</sup>. En sentido contrario, Vitoria expone una serie de causas que en ningún caso podrán considerarse como justificación para hacer la guerra: en primer lugar, afirma tajantemente que la diferencia de religión no es causa suficiente para una guerra justa, zanjando así la cuestión de si era lícito el uso de la fuerza para dominar a los «bárbaros del Nuevo Mundo» que no quisieran recibir la fe cristiana<sup>10</sup>. En segundo lugar, el autor considera que el afán de anexión o conquista para

<sup>8</sup> No hay acuerdo entre los historiadores sobre su fecha exacta de nacimiento.

<sup>9</sup> De Vitoria, F. (2021). *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra* Ed. Tecnos, pp. 175-176.

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 173.

ampliar los dominios no será justa causa para ir a la guerra «pues de lo contrario siempre habría justa causa para las partes» y, finalmente, excluye también la posibilidad de ir a la guerra de forma legítima para obtener «la propia gloria del príncipe u otro provecho particular del mismo», pues el príncipe se debe al bien común, o de lo contrario será un tirano que se mueve por intereses particulares<sup>11</sup>.

Las perspectivas del derecho natural y de la de moral cristiana permean las tesis de Vitoria, que concibe la sociedad internacional como una sociedad universal que no comprende solo a la comunidad cristiana sino a todas las naciones, y que se basa en el principio de igualdad de derechos y obligaciones para todos sus integrantes<sup>12</sup>. Por ello, Vitoria abogaba por agotar cualesquiera otros medios al alcance de las partes como vía de solución de conflictos previa al recurso a la fuerza armada. Esta última, en caso de ser necesaria, debía tener como fin último el de conseguir la paz y la seguridad en beneficio de la sociedad internacional, por lo que no era admisible una guerra emprendida con el único objetivo de arruinar al enemigo quien, sin duda debía ser castigado, pero con el menor daño posible a la república culpable<sup>13</sup>.

### 2.3.1.b) Otros autores

Siendo Vitoria quizá el más reconocido representante de la escuela de Salamanca en materia de derecho internacional, no se puede dejar de mencionar a otros autores de gran relevancia que también teorizaron sobre la guerra y su aceptabilidad en la sociedad internacional del momento.

Así, otro representante de la escolástica española fue Francisco Suárez (1548-1617) teólogo jesuita que dedicó parte de su obra a estas cuestiones. Suárez diferenció entre guerras ofensivas y defensivas, considerando estas últimas no solo lícitas, sino a veces incluso obligatorias<sup>14</sup>. Asimismo, consideraba requisitos indispensables que la guerra fuera la respuesta a una injusticia grave o «causa justa», que se declarase por el poder legítimo, y que se observaran reglas de equidad y dignidad en la conducción de la misma<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> *Ibid.* pp. 173-174.

<sup>12</sup> Varela Quirós, L. (s. f.). Francisco de Vitoria y sus aportes al Derecho Internacional. *Revistas Universidad de Costa Rica*, p. 223. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/15300/14620>

<sup>13</sup> De Vitoria, F. (2021). *Sobre el poder civil...*, op. cit. p. 212.

<sup>14</sup> Mantovanni, M. (2017). *Algunas notas sobre la teoría de la Guerra Justa en Francisco Suárez*. Sophia., Colección de Filosofía de la Educación, n.º 23, pp. 246-248.

<sup>15</sup> *Ibid.*



Baltasar de Ayala (1548-1584), jurisconsulto y auditor general del Ejército de Flandes, que publicó en 1982 su obra *De jure et officiis bellicis et disciplina militari*, precursora del pensamiento de Grocio, quien de hecho lo citó en sus trabajos<sup>16</sup>. Ayala examina las causas de la guerra justa, y concluye que las mismas serían «la defensa de la patria, de la propia persona, de los amigos y aliados y de la propiedad»<sup>17</sup>, en definitiva, las guerras defensivas.

### 2.3.2 Hugo Grocio (1583-1645)

Fue un jurista neerlandés, notable representante del derecho natural moderno en su vertiente más racionalista. Grocio recoge así los frutos de una corriente de pensamiento de varios siglos que tuvo su primer exponente en Santo Tomás de Aquino y fue seguida y desarrollada por los juristas de la escuela de Salamanca<sup>18</sup>. El método analítico con el que estos autores examinan las cuestiones jurídicas se centra en el desarrollo de un proceso objetivo de razonamiento lógico que parte de axiomas o proposiciones.

En su influyente obra de 1625, *De iure belli ac pacis*, Grocio aborda la cuestión de la guerra en detalle, adentrándose de nuevo en cuestiones como la autoridad legítima para declarar la guerra, las causas justas y las causas injustas de la guerra o los métodos prohibidos en el curso de la misma. En relación con las causas justas, el autor afirma que serán: la defensa, la recuperación de propiedad y el castigo<sup>19</sup>. Es importante puntualizar que Grocio se refiere a la defensa en términos amplios, de manera que considera legítima la guerra en defensa propia frente a una agresión consumada, pero también incluye como justa la guerra frente a una injuria o injusticia inminente, cuando la agresión aún no se ha materializado. Respecto a la recuperación de la propiedad, se trataría de un uso de la fuerza permitido para forzar a uno de los contendientes a cumplir con una obligación que

---

<sup>16</sup> Baltasar Ayala. (s. f.). [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://filosofia.org/ave/001/a414.htm>

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Comenta Neff que, incluso aunque Grocio no pueda considerarse un innovador, ciertamente tuvo mucha influencia en los autores iusnaturalistas de los siglos posteriores «probablemente y en gran parte debido a que muchos de estos autores eran protestantes, como Grocio, y por tanto detestaban apelar demasiado abiertamente a la tradición católica medieval» en Grocio, H. (s. f.). *On the Law of War and Peace*. Ed. Cambridge University Press, p. XXVI [editado y anotado por Stephen C. Neff].

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 82.

debe al otro contendiente<sup>20</sup>. Finalmente, Grocio acepta el castigo como justa causa para emprender una guerra, entendiendo el mismo como la respuesta a un crimen<sup>21</sup>.

De especial relevancia para el tema que ocupa esta investigación es la referencia de Grocio a «aquéllos que no están en ninguno de los lados de la guerra»<sup>22</sup>, lo que supone una de las primeras referencias doctrinales a la neutralidad. En este sentido, considera Grocio que los terceros Estados tienen una doble obligación de abstención: en primer lugar, abstenerse de beneficiar al beligerante que actúa por una «causa malvada» y, en segundo lugar, abstenerse de obstaculizar las acciones del beligerante que actúa con justa causa<sup>23</sup>. Solo de modo subsidiario, en el caso de que haya duda sobre la justa causa de la guerra, admite Grocio que los terceros Estados se muestren imparciales respecto a las partes en el conflicto al permitir el tránsito, la llegada de suministros a las tropas y absteniéndose de asistir a aquellos bajo asedio<sup>24</sup>.

Sin duda, se puede ver este análisis de Grocio sobre la neutralidad un germen de lo que hoy se denomina «neutralidad cualificada» —concepto que más adelante se desarrollará— y que consiste en aquella actitud de los Estados que no es indiferente a las causas que han llevado a uno y otro beligerante a entrar en la contienda armada. Bajo esta premisa, será legítimo favorecer al que guerra con justa causa frente a su agresor, mientras que la imparcialidad estricta en el trato a los beligerantes —neutralidad clásica— quedará como opción aceptable únicamente en aquellos supuestos en los que existan dudas sobre qué beligerante actúa con justa causa<sup>25</sup>.

## 2.4 TEORÍAS RECIENTES SOBRE LA «GUERRA JUSTA»

### 2.4.1 Kelsen (1881-1973)

El jurista austríaco Hans Kelsen consuma definitivamente el traslado del concepto de guerra justa de un marco teológico y moral a un marco solo jurídico, se puede decir que se pasa así de la «guerra justa» a la «guerra

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 82.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 269.

<sup>22</sup> *Ibíd.* Comenta Neff que Grocio no utiliza el término neutral sino el latín *mediū*, en el sentido de aquellos que se encuentran «en medio» de los beligerantes.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, p. 411.

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> En este sentido, *Ibíd.*, p. 411.

legal», de modo que el foco se pone en que la guerra viole el derecho internacional vigente, en lugar de justificarla en la noción abstracta de injusticia<sup>26</sup>. Esto supone, sin duda, una ventaja respecto de los teóricos anteriores, puesto que la determinación de si un Estado hace la guerra con justa causa o no vendría determinada por el derecho internacional vigente, dejando un margen mucho menor a la utilización política del concepto de guerra justa.

Kelsen concebía la guerra como justa cuando esta se emprendiera como sanción contra una violación del derecho internacional por un Estado. En sus inicios, esta causa de licitud de la guerra como sanción podía aplicarse respecto de cualquier incumplimiento del orden jurídico internacional, pero más tarde, con la prohibición del uso de la fuerza por la Carta de las Naciones Unidas en 1945, Kelsen matizó su teoría limitando la posibilidad de «guerra como sanción legal» al supuesto de legítima defensa frente a un ataque armado, en los términos del art. 51 de la Carta<sup>27</sup>

#### **2.4.2 Intervención Humanitaria**

En las últimas décadas, la doctrina ha propuesto supuestos de excepción al uso de la fuerza no contemplados por la Carta de Naciones Unidas con argumentos que, en última instancia, tienen su base en los fundamentos de la doctrina de la guerra justa. El profesor Dinstein incluye en estos supuestos las guerras de liberación nacional y la intervención humanitaria,<sup>28</sup> aunque en este epígrafe se hace referencia solo al segundo, por su mayor actualidad.

Se puede definir la intervención humanitaria como el uso de la fuerza por uno o varios Estados en el territorio de otro, sin su consentimiento, para poner fin a graves violaciones de derechos humanos que el Estado intervenido está llevando a cabo contra su población. Este tipo de intervención podría verse justificada a la luz de la doctrina medieval sobre la guerra justa e incluso las tesis kelsenianas previas a la Carta de Naciones Unidas, concibiéndola como una sanción frente a la violación de normas de derecho internacional.

Sin embargo, gran parte de la doctrina considera que esta justificación no es jurídicamente admisible tras la promulgación de la Carta de Naciones

---

<sup>26</sup> García Pascual, C. (s. f.). Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. N.º 2-1999. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.uv.es/cefd/2/pascual.html>

<sup>27</sup> Dinstein, *op. cit.* *War, aggression and...*, p. 71.

<sup>28</sup> *Ibid.* pp. 72-77.

Unidas que establece, de modo taxativo, la prohibición del uso de la fuerza como regla general, con la única excepción de la legítima defensa. En este sentido, no parece prudente ni legalmente aceptable intentar añadir desde la doctrina otras excepciones al uso de la fuerza no contempladas en la Carta, ya que dicha técnica abre un peligroso precedente que puede dar lugar a abusos por los Estados. Esta es también la postura que expresó la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su sentencia sobre el caso relativo a las «Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua v. EE. UU.)», de 27 de junio de 1986 (en adelante, caso Nicaragua 1986), al concluir que los EE. UU. no estaban autorizados a utilizar la fuerza en el territorio de Nicaragua para asegurar el respecto a los derechos humanos<sup>29</sup>.

### 3 LA NEUTRALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

#### 3.1 INTRODUCCIÓN

El derecho de la neutralidad es la rama del derecho internacional que regula las relaciones entre los Estados beligerantes y los terceros Estados que no son parte en el conflicto, es decir, los neutrales. Así, el jurista suizo Emmer Vattel (1714-1767) definió los Estados neutrales como «aquéllos que no toman parte por ninguno, que son amigos comunes a ambas partes, y que no favorecen a los ejércitos de una de ellas para perjudicar a la otra»<sup>30</sup>.

El derecho de la neutralidad surge de la práctica de los Estados, principalmente a partir del siglo XVII, que de forma progresiva se va consolidando como derecho consuetudinario para ser codificada a principios del siglo XX en la Conferencia de la Haya de 1907. Este proceso ha sido calificado por la doctrina como un *bottom-up process* (de abajo a arriba), en el sentido de que es la práctica estatal que va consolidándose en el tiempo la

---

<sup>29</sup> «Con respecto más concretamente a las presuntas violaciones de los derechos humanos en que se basaban los Estados Unidos, la Corte consideró que el uso de la fuerza por los Estados Unidos no podía ser el método apropiado para supervisar o asegurar el respeto de esos derechos, normalmente previsto en las convenciones aplicables» en la Sentencia de la CIJ sobre el caso relativo a las «Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua v. EE. UU.)» (Fondo del Asunto), Fallo de 27 de junio de 1986, p. 217, párrafos 257-269. Disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/79.pdf>

<sup>30</sup> Novak, F. (1996). La neutralidad en el derecho internacional contemporáneo. *Agenda Internacional*. Vol. 3, n.º 7, p. 97.

que finalmente cristaliza en normas vinculantes en derecho internacional<sup>31</sup> y no al revés, como ocurre en otros procesos de formación de normas internacionales (por ejemplo, la prohibición del uso de la fuerza se consagra primero en una norma convencional —la Carta de Naciones Unidas— con el objetivo de determinar la posterior práctica de los Estados).

El origen de estas prácticas se encuentra inextricablemente ligado al crecimiento e importancia del comercio marítimo internacional, que hizo necesario el surgimiento de un conjunto de reglas que permitiera proteger este comercio del impacto de las guerras<sup>32</sup>. De especial relevancia en la conformación de esta práctica estatal fue la postura de Estados Unidos hacia finales del siglo XVIII, movida por la voluntad de mantenerse al margen de las guerras europeas de la época, y manifestada en dos proclamações presidenciales de neutralidad, de 1793 y 1794, que cristalizaron en la primera Ley de Neutralidad norteamericana de 5 de mayo de 1794, posteriormente enmendada en 1818<sup>33</sup>.

### 3.2 CONTENIDO

Un primer tratado multilateral que contenía reglas para proteger el comercio de los neutrales limitando a tal efecto algunos derechos de los beligerantes, fue la Declaración de París de 1856, surgida de la Conferencia de Paz celebrada tras la guerra de Crimea (1853-1856). Esta breve declaración, que también prohibía la piratería, fue suscrita por siete naciones<sup>34</sup>.

Sin embargo, no fue hasta medio siglo más tarde que se adoptaron tratados internacionales de carácter multilateral referidos, exclusivamente y con más detalle, al derecho de la neutralidad. En concreto, en 1907 durante la Segunda Conferencia de Paz de la Haya, se vino a codificar lo que hasta entonces era derecho consuetudinario en dos textos fundamentales: el Convenio de La Haya V relativo a los Derechos y Deberes de las Potencias y Personas Neutrales en Caso de Guerra Terrestre, y el Convenio XIII de la Haya relativo a los Derechos y Deberes de las Potencias Neutrales en la Guerra Naval. Por su parte, también contienen disposiciones relativas a la

---

<sup>31</sup> Neff, S. (2024). *Why The Law of Neutrality Applies to EVERYONE* | Professor Stephen Neff. Neutrality Studies. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=SY9ow2y-6KY>

<sup>32</sup> Schmitt en *Strict versus Qualified...*, *op. cit.*

<sup>33</sup> Novak en *La neutralidad en el derecho...*, *op. cit.*, p. 97

<sup>34</sup> "Qualified neutral, or not? The Law of Neutrality from Paris in 1856 to Ukraine in 2022. Candidate number: 577, 25 de noviembre de 2022, Faculty of Law University of Oslo, p. 15.

neutralidad: el Convenio VIII de la Haya relativo a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, el Convenio XI de la Haya relativo a ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima y el Convenio XII de la Haya relativo a la creación de un Tribunal de Presas Marítimas.

Además de estas reglas vinculantes, también está reflejado este derecho de la neutralidad en las Reglas de la Haya sobre Guerra Aérea de 1923<sup>35</sup> y en manuales doctrinales que, aunque no tienen carácter vinculante, se considera que reflejan el estado del derecho internacional y la práctica estatal sobre las materias a las que se refieren, entre los que se puede citar *el Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Internacionales en el Ma (1994)*, *el Manual sobre el Derecho Internacional aplicable a la Guerra Aérea y con Misiles (2009)* o *el Manual de Tallin sobre el Derecho Internacional aplicable a la Ciber guerra (2013)*. Asimismo, la mayoría de los manuales militares nacionales sobre derecho de la guerra también abordan el derecho de la neutralidad, como es el caso de la *Publicación Doctrinal Conjunta 02.01 sobre Derecho internacional humanitario (DIH) en las FAS* del Ministerio de Defensa del Reino de España, que dedica un capítulo entero a la institución de la neutralidad.

Las normas relativas al derecho de la neutralidad se fundamentan en dos principios esenciales: (1) abstención, en el sentido de prohibir a los Estados neutrales toda actuación que pueda suponer un beneficio a alguno de los beligerantes y, consecuentemente, la prohibición a los Estados beligerantes de violar el estatus de neutral de aquellos que no participan en el conflicto e (2) imparcialidad, que implica que los Estados neutrales deberán otorgar el mismo trato a los beligerantes, sin discriminación alguna en contra de alguno de ellos.

Sin ánimo de exhaustividad, se procede a exponer las principales obligaciones de los Estados conforme al derecho de la neutralidad:

- El territorio de los Estados neutrales es inviolable<sup>36</sup>, lo que supone que no podrán desarrollarse las hostilidades en el mismo. Así, los beligerantes no podrán utilizar territorio neutral para el tránsito de tropas, convoyes ni municiones<sup>37</sup> y sus aeronaves no podrán sobre-

---

<sup>35</sup> Las Reglas de la Haya sobre guerra aérea de 1923 fueron adoptadas por una Comisión de Juristas, pero nunca se adoptaron como tratado internacional.

<sup>36</sup> Art. 1 del Convenio de La Haya V, Relativo a los Derechos y Deberes de las Potencias y Personas Neutrales en Caso de Guerra Terrestre.

<sup>37</sup> Art. 4 Convenio V.

volar territorio neutral,<sup>38</sup> consecuentemente, los neutrales tienen el deber de impedir que estas actividades tengan lugar en su territorio. En el ámbito marítimo, está permitido el paso inocente de los buques de guerra de los beligerantes por las aguas territoriales de los neutrales<sup>39</sup>.

- Respecto a las fuerzas beligerantes, la potencia neutral no puede permitir en su territorio la formación de cuerpos de combatientes ni abrir oficinas de alistamiento en el territorio en provecho de los beligerantes<sup>40</sup>. Esta prohibición no se aplica al caso de los voluntarios que crucen aisladamente la frontera con el objeto de ofrecer sus servicios a alguno de los beligerantes<sup>41</sup>.
- En cuanto a la provisión de material militar, el art. 6 del Convenio XIII relativo a la guerra naval prohíbe todo envío, directa o indirectamente realizado por una potencia neutral a una beligerante de cualquier material de guerra. Por su parte, el Convenio V solo se refiere a la exportación o transporte de material militar realizado por actores privados, que la potencia neutral no está obligada a impedir<sup>42</sup>. No obstante, no hay duda de que la prohibición es también de aplicación en la guerra terrestre y a la aérea, puesto que es una consecuencia ineludible del deber de imparcialidad inherente al estatuto de neutralidad<sup>43</sup>.

### 3.3 APLICABILIDAD DEL DERECHO DE LA NEUTRALIDAD

El derecho de la neutralidad es de aplicación en aquellas situaciones de conflicto armado internacional que adquieran la suficiente intensidad, y no es de aplicación, en ningún caso, en los conflictos armados de carácter no-internacional.

---

<sup>38</sup> Así se contempla en las Reglas de la Haya sobre Guerra Aérea de 1923 y en las reglas 167 y 170 del *HPCR Manual on International Law applicable to Air and Missile Warfare*. (2013). Ed. Cambridge University Press.

<sup>39</sup> Art. 10 del Convenio XIII Relativo a los Derechos y Deberes de las Potencias Neutrales en la Guerra Naval.

<sup>40</sup> Arts. 4 y 5 del Convenio de la Haya V.

<sup>41</sup> Art. 6 Convenio V.

<sup>42</sup> Art. 7 Convenio V.

<sup>43</sup> Respecto de la guerra aérea, esta prohibición se recoge en el art. 44 de las Reglas de la Haya sobre Guerra Aérea de 1923 y en el *HPCR Manual on International Law applicable to Air and Missile Warfare*, en el comentario de la regla 173.

En este sentido, es pertinente la cuestión del umbral de intensidad que ha de alcanzar el conflicto armado internacional en cuestión para que se active el estatuto de neutralidad. Autores como Heinstegg, Dinstein o Fleck están de acuerdo en considerar que el conflicto habrá de ser de «una cierta duración e intensidad», y que dicha circunstancia habrá de ser evaluada en cada caso por los Estados concernidos. Como regla general, se puede afirmar que el umbral de aplicación del derecho de la neutralidad es más alto que el establecido en las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos para considerar que existe un conflicto armado internacional, lo que parece confirmarse con la alusión a «Potencias neutrales o no beligerantes»<sup>44</sup> o bien a «Estados neutrales y otros Estados que no sean Partes en conflicto»<sup>45</sup>, que hace aplicables a los Estados que no participan en el conflicto las obligaciones respecto a la conducción de hostilidades y el tratamiento de los prisioneros de guerra, incluso aunque no se haya activado el estatuto de neutralidad.

Por tanto, la aplicación del derecho de la neutralidad es automática cuando se produce un conflicto con las características expuestas, y no requiere de una declaración formal de neutralidad por los Estados que no participan en las hostilidades. Así, aunque en el pasado se dio cierta práctica de estas declaraciones<sup>46</sup>, tanto la doctrina<sup>47</sup> como la práctica estatal contemporánea llevan a concluir que dicha declaración no es un requisito necesario, ya que se trata de una práctica en desuso, pudiendo considerarse el lógico corolario al innegable declive de la práctica de realizar declaraciones de guerra<sup>48</sup>. Sin embargo, no se debe obviar que el manual militar

<sup>44</sup> Art. 4B(2) del Convenio de Ginebra III de 1949, relativo a los Prisioneros de Guerra.

<sup>45</sup> Art. 19 del Protocolo Adicional I de 1977, relativo a los Conflictos Armados de carácter Internacional.

<sup>46</sup> Bothe, M. (2009). The Law of Neutrality. En: Fleck, D. (ed.). *The Handbook of International Humanitarian Law*. Oxford University Press, p. 576, 2ND Ed.

<sup>47</sup> En este sentido, véase: Bothe en *Ibid.* o Fabela, I. (1940). Declaración de neutralidad. *Neutralidad*, pp. 75-76. Biblioteca de Estudios Internacionales, México. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2700/73.pdf>

<sup>48</sup> En este sentido, el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja de 2017 al art. 2 Común a las Convenciones de Ginebra de 1949 afirma que:

«Desde la entrada en vigor de las Convenciones de Ginebra, los Estados raramente han declarado la guerra. La adopción de la Carta de Naciones Unidas en 1945 y la institución de un régimen de *ius ad bellum* que considera ilegales las guerras de agresión ha resultado en una significativa reducción de la práctica de los Estados de declarar la guerra. No obstante, esto no significa necesariamente que la noción de guerra declarada haya caído en desuetudo. Incluso si la doctrina académica ha afirmado que el concepto de guerra ha desaparecido, la posibilidad de que un Estado emita una declaración de guerra no puede ser descartada. Sería, por tanto, prematuro concluir la desaparición del concepto de guerra declarada, aún cuando su declive progresivo no



español sobre aplicación del DIH afirma que: «se requieren los dos datos de la notificación del estado de guerra y de la declaración de neutralidad» y que «Según la regla consuetudinaria, el otro dato para el comienzo de la aplicación de las reglas de la neutralidad es el de la declaración de neutralidad de los Estados que adopten esta posición»,<sup>49</sup> lo que puede interpretarse, o bien como la adopción de una posición doctrinal minoritaria, o bien como una interpretación errónea del estado del derecho internacional contemporáneo sobre la cuestión.

### 3.4 PRÁCTICA ESTATAL DURANTE LA PRIMERA Y LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

El estallido de la Primera Guerra Mundial en 1914 puso a prueba el derecho tradicional de la neutralidad codificado tan solo siete años antes en los citados Convenios de la Haya de 1907. Esta contienda, con su naturaleza de «guerra total», y los avances tecnológicos en los métodos y medios de guerra utilizados, complicó a los Estados la posibilidad de permanecer neutrales de modo que, de los cuarenta Estados que al inicio de la guerra se declararon neutrales, solo seis, entre ellos España<sup>50</sup>, se mantuvieron en dicha categoría hasta el final<sup>51</sup>.

Durante la Gran Guerra, ciertas acciones de los beligerantes como los bloqueos navales de o la guerra submarina indiscriminada de Alemania hicieron prácticamente imposible la adopción de una neutralidad estricta por terceros Estados, como así ocurrió con los Estados Unidos que, a pesar de declararse neutrales al principio de la contienda siguiendo su tradicional postura aislacionista, terminaron declarando la guerra a Alemania y sus aliados en 1917<sup>52</sup>.

La libertad de comercio, que el estatuto de neutralidad otorga a los Estados, se vio seriamente comprometida por la búsqueda por los beligerantes

---

puede ser ignorado». Disponible en: [https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gcii-1949/article-2/commentary/2017?activeTab=undefined#\\_Toc452462846](https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gcii-1949/article-2/commentary/2017?activeTab=undefined#_Toc452462846)

<sup>49</sup> Publicación Doctrinal Conjunta -02.01 sobre Derecho internacional humanitario (DIH) en las FAS, publicada por el Ministerio de Defensa del Reino de España, enero de 2022, párrafos 1410 y 1412.

<sup>50</sup> *Declaración de neutralidad de España, nota del Ministerio de Estado, Sección de política, publicada en "La Gaceta de Madrid" del 30 de julio de 1914*. Disponible en: <https://www.dipublico.org/109716/declaracion-de-neutralidad-de-espana-nota-del-ministerio-de-estado-seccion-de-politica-publicada-en-la-gaceta-de-madrid-del-30-de-julio-de-1914/>

<sup>51</sup> Novak. *La neutralidad en el derecho...*, op. cit. p. 98.

<sup>52</sup> Kruizinga, S. (s. f.). Neutrality. En: Ute, D. et al (eds.). *1914-1918-online*. International Encyclopedia of the First World War. Freie Universität Berlin. Disponible en: <https://encyclopedia.1914-1918-online.net/article/neutrality/>

de un aislamiento económico total del contrario. Un clásico ejemplo de ello es la práctica que iniciaron durante esta guerra los beligerantes de incluir en las listas de material de contrabando numerosos artículos que hasta entonces se consideraban de comercio libre, dejando desprovista de contenido la norma según la cual «el pabellón neutral cubre la mercancía enemiga, salvo que constituya contrabando de guerra»<sup>53</sup>.

Esta crisis del derecho de neutralidad inició discusiones acerca de la vigencia de la institución<sup>54</sup>, lo que no hizo más que agravarse con el desarrollo de los acontecimientos durante la Segunda Guerra Mundial. Precisamente, el carácter total de estos conflictos hizo resurgir nociones de «guerra justa», diferenciando agresores de víctimas y llegando a plantearse la inmoralidad de permanecer neutral.

Al inicio de la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos proclamó su Ley de Neutralidad de 1939, que permitía el comercio con los beligerantes sobre la base del *cash and carry* (paga y llévatelo). Esta política permitía exportar a los beligerantes cualesquiera artículos o material siempre que el transporte no se llevara a cabo en buques con pabellón americano. Este mecanismo, aunque imparcial en su formulación, no lo era en la práctica, puesto solo Gran Bretaña tenía capacidad para hacer llegar sus buques de manera segura a las costas americanas y transportar lo comprado, produciéndose así una discriminación *de facto* hacia Alemania<sup>55</sup>.

Sin embargo, hacia 1940, Gran Bretaña ya no era capaz de pagar el material americano que necesitaba por lo que el presidente estadounidense, Franklin D. Roosevelt, propuso una legislación de préstamo y arriendo, que le permitiera seguir suministrando material a los Aliados sin contravenir formalmente la Ley de Neutralidad de 1939. En marzo de 1941 el Congreso de los Estados Unidos aprobó esta norma, conocida como el Lend and Lease Act, por la que se permitía prestar o arrendar armas y otro material militar a los países cuya defensa se considerara vital para la defensa de los Estados Unidos<sup>56</sup>. En diciembre de ese mismo año, tras el ataque a Pearl Harbor, Estados Unidos se convirtió en parte beligerante en la guerra.

---

<sup>53</sup> Art. 2 de la Declaración de París relativa a determinadas Reglas de Derecho Marítimo en tiempo de Guerra, de 1856.

<sup>54</sup> Novak. *La neutralidad en el derecho...*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>55</sup> Dinstein. *War, Aggression...*, *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>56</sup> *Lend and Lease Act, 1941*. Disponible en: <https://www.archives.gov/milestone-documents/lend-lease-act#:~:text=Passed%20on%20March%201941,defense%20of%20the%20United%20States.%22>

### 3.5 NEUTRALIDAD PERMANENTE

Es un estatus bajo el cual un Estado adquiere un compromiso legal —no meramente político— de pertenecer neutral ante cualquier conflicto armado internacional<sup>57</sup>. Así, un Estado permanentemente neutral no podrá formar parte de alianzas militares que le impidan cumplir con su obligación de neutralidad, ni acoger bases militares en su territorio<sup>58</sup>.

El ejemplo histórico más característico de neutralidad cualificada es el de Suiza, cuya neutralidad permanente se basa en declaraciones unilaterales mutuas realizadas por Suiza y los países europeos más relevantes del momento en el Congreso de Viena de 1815. En base a dicho compromiso, Suiza ha mantenido su carácter de neutral durante las dos contiendas mundiales, a menudo actuando como Estado mediador de acuerdos de paz y encuentros diplomáticos.

No obstante, en la guerra Irán-Irak de 1991 Suiza se alineó con la política de sanciones económicas contra Irak, a partir de lo cual inició una revisión del concepto, afirmando que su «neutralidad debe ser interpretada a la luz de los requerimientos de solidaridad internacional y debe ser utilizada para servir a la comunidad internacional y la paz mundial»<sup>59</sup>. Desde entonces, Suiza se ha incorporado a la Asociación para la Paz (PfP) de la OTAN y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) en 1996 y a las Naciones Unidas en 2002<sup>60</sup>.

La neutralidad de Suiza se ha visto puesta a prueba de nuevo con la guerra en Ucrania. En este contexto, Suiza ha participado en la imposición de sanciones económicas a Rusia, pero se ha negado a permitir la re-exportación de munición suiza a Ucrania por terceros países, argumentando que los Convenios de la Haya no se refieren a sanciones económicas y que, por tanto, las mismas no suponen una violación del derecho de la neutralidad mientras que, por el contrario, la transferencia de armas o munición a uno de los beligerantes supondría una violación de este derecho, así como de la legislación nacional suiza<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Bothe, M. (s. f.). The Law of Neutrality. *The Handbook of International Humanitarian Law*. 2a ed, Ed. Dieter Fleck, Oxford University Press, pp. 576-577.

<sup>58</sup> Dinstein. War, Aggression..., *op. cit.*, p. 23.

<sup>59</sup> Greminger, T. y Rickli, J. M. (2023). Neutrality After the Russian Invasion of Ukraine: The Example of Switzerland and Some Lessons for Ukraine. *PRISM*. Vol. 10, n.º 3. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://ndupress.ndu.edu/Media/News/News-Article-View/Article/3511995/neutrality-after-the-russian-invasion-of-ukraine-the-example-of-switzerland-and/>

<sup>60</sup> *Ibíd.*

<sup>61</sup> *Ibíd.*

### 3.6 NEUTRALIDAD CUALIFICADA

También conocida como no-beligerancia, se puede definir como la postura que adopta un tercer Estado frente a los beligerantes, en el sentido de que favorece a uno en detrimento del otro sin adquirir por ello la condición de beligerante. Se trata, por tanto, de un estatus intermedio entre la neutralidad estricta y la beligerancia.

Este concepto empieza a perfilarse a través de la práctica estatal durante la Primera y, más notablemente, durante la Segunda Guerra Mundial, poniendo así de manifiesto la crisis de la neutralidad estricta como institución jurídica. En este sentido, el entonces fiscal general de los Estados Unidos, R. H. Jackson, justificó en su discurso de 1941 la postura americana ante el conflicto argumentando que la neutralidad clásica se basaba en la legalidad del recurso a la guerra como método de solución de conflictos, sin embargo, tras el Pacto de Briand-Kellogg de 1928<sup>62</sup>, por el que los signatarios renuncian a la guerra como instrumento de política en sus relaciones mutuas, el recurso a la misma quedaba ilegalizado, por lo que la discriminación por terceros Estados en el trato entre Estados agresores y Estados víctimas era, no solo permisible, sino incluso exigible<sup>63</sup>.

De nuevo, se puede identificar aquí la pugna entre la neutralidad estricta o clásica y las teorías de la guerra justa, siendo objeto estas últimas de un claro renacer tras la Segunda Guerra Mundial, hasta el punto de que el propio fiscal general las utilizó en su citado discurso como base a sus tesis, refiriéndose en detalle a las ideas sobre neutralidad de Grocio<sup>64</sup>. Sin embargo, el punto álgido de este renacimiento lo aparece en el establecimiento del sistema de seguridad colectiva a través de la Carta de Naciones Unidas de 1945, que se analiza en el siguiente epígrafe.

---

<sup>62</sup> El tratado de renuncia a la guerra, conocido como Pacto Briand-Kellogg, concluido en 1928 por las potencias del momento (Francia, Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Italia, Japón, Polonia, Checoslovaquia, Bélgica y otros Estados que se adhirieron con posterioridad), con el objetivo de prohibir la guerra como instrumento de política nacional. Dicho pacto resultó ineficaz para impedir el estallido de la Segunda Guerra Mundial, lo que no le resta importancia como pionero y precedente directo del art. 2(4) de la Carta de Naciones Unidas.

<sup>63</sup> Pacto Briand-Kellogg de 1928. Disponible en: <https://www.dipublico.org/3584/tratado-de-renuncia-a-la-guerra-pacto-briand-kellogg-1928/>

<sup>64</sup> *Ibíd.*

## 4 EL SISTEMA DE SEGURIDAD COLECTIVA DE NACIONES UNIDAS

### 4.1 ANTECEDENTES

El primer intento de la comunidad internacional de establecer un sistema de seguridad colectiva fue a través de la Sociedad de las Naciones y su tratado fundacional, el Pacto de la Sociedad de las Naciones, que es parte integrante del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, por el que se puso fin a la Primera Guerra Mundial.

No puede afirmarse que el pacto contenga una prohibición absoluta del uso de la fuerza. En este sentido, el precepto más relevante es su art. 10 establece que: «Los Miembros de la Sociedad se comprometen a respetar y a preservar, contra toda agresión exterior, la integridad territorial y la independencia política existente de todos los Miembros de la Sociedad». Sin embargo, los artículos que le siguen establecen un complejo sistema de requisitos y condiciones destinados a dificultar el estallido de una contienda o, al menos, a retrasarlo. Entre otros, se puede citar la obligación de los miembros de someter primero toda controversia bien a arbitraje, bien al Consejo de la Sociedad o bien a un órgano judicial<sup>65</sup> con el compromiso de no recurrir a la guerra hasta tres meses después de la decisión sobre la controversia; y tampoco podían acudir a la guerra en ningún caso contra otro miembro que hubiera cumplido el contenido del laudo arbitral o el informe del Consejo.

Este sistema, probablemente demasiado complejo y alambicado, unido a las exigencias políticas y reparaciones de guerra que impuso el Pacto de Versalles, pronto se reveló ineficaz para evitar otra guerra mundial, lo que llevó a la disolución total de la Sociedad de las Naciones en 1946.

### 4.2 LA ADOPCIÓN DE LA CARTA DE NACIONES UNIDAS Y SU EFECTO EN EL DERECHO DE LA NEUTRALIDAD

Con la adopción de la Carta de Naciones Unidas en 1945 surge lo que se conoce como el sistema de seguridad colectiva, articulado en dicho texto. A diferencia de su predecesor, el Pacto de Briand-Kellogg de 1928, la

---

<sup>65</sup> Arts. 12, 13(1) y 15(1) del Pacto de la Liga de las Naciones, de 1919. Disponible en: <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>

carta no se limita a prohibir el uso de la fuerza como regla general, sino que diseña un sistema para implementar dicha prohibición.

Así, el art. 2 (4) de la carta establece que los Estados miembros de Naciones Unidas en sus relaciones internacionales «se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas». Partiendo de esta regla general, el capítulo VII de la Carta tiene como objetivo centralizar el uso de la fuerza bajo el control del Consejo de Seguridad<sup>66</sup>, que actuará en los casos de «amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión» y decidirá qué medidas proceden de conformidad con el art. 41 (medidas que no implican el uso de la fuerza armada) y, en su caso, con el art. 42 (medidas que implican el uso de la fuerza).

No obstante, los Estados mantienen su derecho a la legítima defensa en caso de ser víctimas de un ataque armado, tal y como establece el art. 51 de la Carta, que se configura como excepción a la prohibición contenida en el art. 2 (4). En este supuesto, el Consejo de Seguridad mantiene su papel de control sobre el uso de la fuerza puesto que se prevé el ejercicio de dicha legítima defensa como provisional «hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales»<sup>67</sup> y se establece la obligación de comunicar inmediatamente las medidas tomadas en el ejercicio de la legítima defensa al Consejo de Seguridad con la advertencia de que las mismas «no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales»<sup>68</sup>.

Aparece entonces un sistema de *jus ad bellum* que prohíbe el uso de la fuerza como regla general, considerada como costumbre internacional por la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua 1986,<sup>69</sup> y que solo admite dos excepciones: 1) el uso de la fuerza autorizado por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta; y 2) el uso de la fuerza en legítima defensa en virtud de su art. 51. Únicamente en estos supuestos

---

<sup>66</sup> Gray, C. (2008). The Charter Limitations on the Use of Force: Theory and Practice. En: Lowe, V. et al. (eds.). *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*. Oxford University Press, pp. 86-87.

<sup>67</sup> Art. 51, Carta de Naciones Unidas.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> Sentencia de la CIJ sobre el caso relativo a las «Actividades Militares y Paramilitares (...)», Fallo de 27 de junio de 1986, *op. cit.*, p. 215, párrafos 187-201.

sería justa la guerra, por utilizar los términos de las antiguas teorías expuestas y que, sin duda han influido en los preceptos de la Carta, que viene a renovarlas y adaptarlas al derecho internacional contemporáneo. De este modo, ya no resulta admisible una concepción de justicia de la guerra que provenga únicamente de principios teológicos y morales por lo que, a través de la Carta, el concepto de «guerra justa» se consagra como el de «guerra legal», con unos supuestos tasados en un tratado internacional para evitar interpretaciones políticamente convenientes o fraudulentas.

Así pues, si la vigencia de la neutralidad clásica ya había sido cuestionada por parte de la doctrina durante las primeras décadas del siglo XX<sup>70</sup> a la luz de los dos conflictos mundiales, la Carta de Naciones Unidas parecía acabar con ella totalmente. En este sentido, el art. 2(5) de la Carta establece que «Los Miembros de la Organización prestarán a esta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva» y su art. 49 lo complementa al afirmar que: «Los Miembros de las Naciones Unidas deberán prestarse ayuda mutua para llevar a cabo las medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad».

Por tanto, en un sistema cuya regla fundamental es la prohibición del uso de la fuerza y en el que, para que la misma pueda utilizarse de modo legítimo ha de existir el respaldo (o bien directamente, o bien tras el ejercicio de la legítima defensa en virtud del art. 51) de una resolución del Consejo de Seguridad dictada al amparo del capítulo VII que establezca las medidas a adoptar en cada caso concreto de amenaza para la paz, quebrantamiento de la paz o agresión; no hay lugar para una neutralidad estricta, ni para una postura de imparcialidad hacia agresor y víctima.

Además, puesto que las resoluciones del Consejo son de obligado cumplimiento para todos los miembros de Naciones Unidas (art. 25 de la Carta), acogerse al derecho de neutralidad no puede considerarse como excusa válida para su incumplimiento. En palabras del profesor Jiménez de Aréchaga:

«[...] al desaparecer el derecho ilimitado de guerra, tiene que desaparecer consiguientemente la concepción clásica de neutralidad, que es su corolario; si la agresión y la guerra configuran un delito, los demás Estados no pueden ya legítimamente asumir una posición de

---

<sup>70</sup> Por ejemplo: Graham, S. (1923). *Neutrality and the World War*. *AJIL*, p. 704, citado en Novak, *La Neutralidad en...*, p. 99 o Politis, N. mencionado en Gavouneli, M. (2012). *Neutrality: A Survivor? EJIL*. Vol. 23, N.º 1, p. 267.

neutralidad en cada conflicto, tal como en la esfera interna no se concibe una postura neutral entre el delincuente y la autoridad. [...] Por esto, la seguridad colectiva ha sido definida como aquel sistema en el que los miembros han renunciado mutuamente a la neutralidad»<sup>71</sup>.

No obstante, este sistema que sobre el papel parecía no tener fisuras, pronto reveló sus debilidades ante el bloqueo del Consejo de Seguridad a partir de los años de la Guerra Fría y con posterioridad respecto de otros conflictos, notablemente, en la actual guerra de Rusia contra Ucrania. Ante un Consejo incapaz de dictar resoluciones relativas a ciertos conflictos debido al veto (o amenaza de veto) de alguno de sus miembros permanentes<sup>72</sup>, la cuestión de si el derecho de la neutralidad resulta de aplicación y, en caso afirmativo, con qué contenido, ha vuelto a ser planteada.

Lo cierto es que el derecho de la neutralidad sigue vigente, tanto en su formulación consuetudinaria como en su formulación convencional, ya que los Convenios de la Haya de 1907 que lo codifican siguen siendo de aplicación en tanto en cuanto no han sido objeto de denuncia por sus signatarios. En consecuencia, no parece que pueda declararse la derogación total del derecho de la neutralidad tras la entrada en vigor de la Carta de Naciones Unidas sino que más bien, sería correcto hablar de una reinterpretación de este derecho a la luz de la Carta y la práctica de los Estados<sup>73</sup>.

Un análisis contemporáneo de estos elementos conduce a la admisibilidad de la figura de la neutralidad cualificada que como se ha visto, empieza su configuración práctica y doctrinal durante la Segunda Guerra Mundial y está en la actualidad incorporada a los manuales militares de varios países, como el de Estados Unidos, en el que se toma la posición de que «ciertos deberes de los Estados neutrales pueden ser inaplicables bajo la doctrina de la neutralidad cualificada»<sup>74</sup> ya que, tras la prohibición del uso de la fuerza por vía de tratados «los estados neutrales podrían discriminar en favor de los estados víctima de guerras de agresión»<sup>75</sup>. Por su parte, el

---

<sup>71</sup> Jiménez De Aréchaga, E. (s. f.). *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, p. 55 citado en Novak. *La Neutralidad en...*, p. 100.

<sup>72</sup> Los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas con poder de veto son: China, Francia, la Federación de Rusia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos.

<sup>73</sup> Schmitt, M. N. (2022). Providing Arms and Materiel to Ukraine: Neutrality, Co-belligerency, and the Use of Force. *Articles of War*. Lieber Institute. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://lieber.westpoint.edu/ukraine-neutrality-co-belligerency-use-of-force/>

<sup>74</sup> *Department of Defense Law of War Manual*. (2015). Párrafo 15.2.2. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.onlinelibrary.iihl.org/wp-content/uploads/2023/08/DOD-LAW-OF-WAR-MANUAL-JUNE-2015-UPDATED-JULY-2023-1.pdf>

<sup>75</sup> *Ibid.*



manual del Reino Unido también se refiere a la neutralidad cualificada o no beligerancia, que considera una postura válida y respaldada por tratados internacionales, y va incluso más allá al afirmar que: «el establecimiento de las Naciones Unidas, el derecho tradicional de la neutralidad se ha visto afectado, y en gran medida reemplazado, por la Carta de Naciones Unidas»<sup>76</sup>. El manual alemán, más comedido en su redacción, afirma que en base a la Carta de Naciones Unidas pueden «surgir peculiaridades en ciertas situaciones» en relación con la aplicación de la neutralidad clásica, admitiendo la asistencia a un estado víctima de agresión en virtud de la legítima defensa colectiva, para la que no se exige previa resolución del Consejo (art. 51 Carta)<sup>77</sup>.

La principal objeción que se argumenta en contra de la figura de la neutralidad colectiva es la misma que ya se aducía frente a las teorías de la guerra justa. Esto es, si los Estados, en ausencia de una resolución del Consejo de Seguridad, pueden decidir eximirse del deber de imparcialidad que les impone el derecho de la neutralidad, favoreciendo a uno u otro beligerante por considerar que este actúa en legítima defensa frente al otro, agresor, se abre una vía a una interpretación políticamente interesada de la Carta, ya que en la mayoría de conflictos armados internacionales todos los beligerantes afirman actuar conforme a derecho, acusando a sus enemigos de actos de agresión<sup>78</sup>.

#### 4.3 LA SUPERVIVENCIA DEL DERECHO DE LA NEUTRALIDAD

En ausencia de una resolución del Consejo de Seguridad, nada obsta para que terceros Estados que no participan en el conflicto adopten la postura de neutralidad estricta, lo que impide declarar la obsolescencia del corpus del derecho de la neutralidad clásica que, al menos en estos supuestos, mantendrá su vigencia. Por su parte, la adopción de una postura de neutralidad cualificada será siempre una opción para los Estados, manifes-

---

<sup>76</sup> JSP 383: *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*. (2004). Párrafos 1.42.1, 1.42.2 y 1.42.3. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.onlinelibrary.iihl.org/wp-content/uploads/2021/05/UK-Manual-Law-of-Armed-Conflict.pdf>

<sup>77</sup> *Joint Service Regulation (ZDv) 15/2 Law of Armed Conflict Manual*. (2013). Ministerio Federal de la Defensa de Alemania, párrafo 1204. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.onlinelibrary.iihl.org/wp-content/uploads/2021/05/GER-Manual-Law-of-Armed-Conflict.pdf>

<sup>78</sup> Heintschel Von Heinegg, W. (2022). Neutrality in the War against Ukraine. *Articles of War*. Lieber Institute. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://lieber.westpoint.edu/neutrality-in-the-war-against-ukraine/> y *Dinstein War, Aggression...*, *op. cit.* p. 69.

tada mediante declaraciones al efecto o bien demostrándolo a través de sus acciones, pero en ningún caso puede considerarse una obligación<sup>79</sup>.

No obstante, incluso en el caso de los Estados que adopten una postura de neutralidad calificada, no puede afirmarse que ello signifique la suspensión del derecho de la neutralidad en su conjunto. A continuación se analizan dos áreas del derecho cuyas reglas pueden considerarse vigentes en un conflicto armado internacional, también respecto de los Estados que adoptan la postura de neutralidad calificada.

### 4.3.1 Guerra naval

Las disposiciones de la neutralidad relativas a la guerra naval fueron, ya desde los inicios de la conformación de este derecho, el núcleo más importante para los Estados de la época. Quizá por ello, parecen ser estas las normas que mejor han resistido el desarrollo del derecho internacional y sus efectos sobre el derecho de la neutralidad<sup>80</sup>.

#### 4.3.1.a) *Obligación de respetar las aguas neutrales*

Una de estas obligaciones es la restricción a las operaciones navales de los beligerantes en el sentido de que solo podrán llevarlas a cabo en sus aguas internas, mares territoriales y en otras zonas marítimas fuera de la soberanía de los neutrales<sup>81</sup>. Así lo dispone el art. 1 del Convenio XIII de la Haya, según el cual los beligerantes deben abstenerse «en aguas neutrales» de todo acto que constituya «por parte de la potencia que lo tolere, una falta a su neutralidad» y el art. 2, que lo complementa: «Todos los actos de hostilidad cometidos por buques de guerra beligerantes en las aguas territoriales de una potencia neutral, inclusive la captura y el ejercicio del derecho de visita, constituyen una violación de la neutralidad y son estrictamente prohibidos». A título de ejemplo de posible violación de estos deberes de los beligerantes en la actual guerra de Ucrania, se puede citar el

<sup>79</sup> Biggerstaff, W. C. (2023). Are Methods of Naval Warfare at Risk Under “Qualified” Neutrality? *Just War*. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.justsecurity.org/85419/are-methods-of-naval-warfare-at-risk-under-qualified-neutrality-expert-qa-from-stockton-centers-russia-ukraine-conference/>

<sup>80</sup> Gavouneli. *Neutrality: A survivor?*, *op. cit.*, p. 272.

<sup>81</sup> Letts, D. (2022). Ukraine Symposium: Maritime Neutrality in the Russia-Ukraine Conflict. *Articles of War*. Lieber Institute. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://lieber.westpoint.edu/maritime-neutrality-russia-ukraine-conflict/>

incidente reportado en febrero de 2022, por el que las fuerzas navales rusas habrían capturado dos buques con pabellón ucraniano en el mar territorial de Rumanía,<sup>82</sup> zona que se habría de considerar como neutral a los efectos de los preceptos transcritos, con independencia del apoyo que este estado ribereño presta a Ucrania en la guerra.

#### *4.3.1.b) Minas submarinas*

El uso de las mismas por los beligerantes durante un conflicto armado internacional no está, como regla general, prohibido. Sin embargo, el Convenio VIII de la Haya establece ciertas restricciones al respecto así, su art. 1 prohíbe la colocación de «minas automáticas de contacto no fondeadas» y de «minas automáticas de contacto fondeadas, que no sean inofensivas desde el mismo instante en que rompan sus amarras», además, el art. 4 proscribire la colocación de minas automáticas de contacto «delante de las costas y puestos del enemigo, sin más objeto que interceptar la navegación mercante». Estas reglas son de aplicación en el conflicto entre Rusia y Ucrania, en cuyo contexto se ha informado en varias ocasiones de la presencia de minas en el mar Negro, que habrían sido colocadas por Rusia en la costa ucraniana en los primeros meses del conflicto y ahora se encuentran a la deriva, poniendo en peligro el comercio marítimo de la zona<sup>83</sup>.

#### *4.3.1.c) Derecho de visita, control y captura*

Los beligerantes en un conflicto armado internacional tienen derecho de visita sobre los buques mercantes bajo pabellón neutral en alta mar para controlar el contenido y destino de su cargamento. Este derecho se configura en la Declaración de Londres de 1909 que nunca llegó a ratificarse pero que es, al menos en lo que concierne a la existencia del citado derecho, considerada costumbre internacional<sup>84</sup>. A ello puede añadirse el contenido de los arts. 2 y 3 de la Declaración de París de 1856, según los cuales el pabellón neutral cubre la mercancía enemiga, que no podrá ser apresada,

---

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> Disponible en: <https://www.dailysabah.com/politics/turkiye-romania-bulgaria-launch-action-against-black-sea-mines/news>

<sup>84</sup> Bothe. The Law of Neutrality. *The Handbook of International Humanitarian Law*, *op. cit.* pp. 595-596.

salvo que se trate de contrabando de guerra. Sin embargo, ninguna de las dos Declaraciones detalla qué ha de considerarse contrabando.

La práctica estatal brinda un ejemplo de ello durante la guerra Irán-Irak, en la que Irán ejerció este derecho de visita y control sobre los buques neutrales que pudieran ser sospechosos de llevar armas a Irak a través del golfo, considerando que esta conducta estaba «de acuerdo con las reglas establecidas de derecho internacional relativas a los derechos y deberes de los poderes neutrales en la guerra naval»<sup>85</sup>.

También se han registrado incidentes de este tipo en el contexto de la guerra en Ucrania, por ejemplo, el ocurrido el 13 de agosto de 2023, en el que un buque de guerra ruso efectuó varios disparos hacia el carguero Sukru Okan con bandera de Palau y perteneciente a una compañía turca, que se dirigía al puerto ucraniano de Izmail<sup>86</sup>.

Según el informe del ministerio ruso de Defensa, el capitán del Sukru Okan no acató el requerimiento de detenerse para someterse a una «inspección de transporte de materias prohibidas»<sup>87</sup>. Desde el punto de vista del derecho de visita y control de los beligerantes sobre buques mercantes con bandera neutral, la actuación del buque de guerra ruso estaría permitida<sup>88</sup>, no obstante, tanto las autoridades turcas como las ucranianas protestaron enérgicamente tras el suceso, denunciando que podría suponer una escalada de tensiones<sup>89</sup>.

### 4.3.2 Derecho internacional humanitario

También conocido como *jus in bello*, es una rama del derecho internacional distinta al *jus ad bellum* y al derecho de la neutralidad. Se trata de un *corpus* que regula los medios y métodos de guerra y la conducción de las hostilidades con el objetivo primordial de proteger a aquellos que no participan activamente en las hostilidades.

---

<sup>85</sup> Gavouneli. *Neutrality: A survivor?*, op. cit, p. 271.

<sup>86</sup> Turquía advierte a Rusia tras incidente en el mar Negro. (2023). *DW.com* [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.dw.com/es/turqu%C3%ADa-advierte-a-rusia-tras-incidente-en-el-mar-negro/a-66565236>

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Pedrozo, R.(Pete). (2023). *Russia-Ukraine War at Sea: Naval Blockades, Visit and Search, and Targeting War-Sustaining Objects. Atricles of War*. Lieber Institute.

<sup>89</sup> *Statement of the MFA of Ukraine on the provocative actions of the Russian Federation in the Black Sea*. (2023). [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://mfa.gov.ua/en/news/zayava-mzs-ukrayini-shchodo-provokativnih-dij-rf-v-chornomu-mori>

Los principales tratados que conforman esta rama del derecho internacional son los Cuatro Convenios de Ginebra (CG) de 1949 y sus Protocolos Adicionales (PA):

- CG I, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.
- CG II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar.
- CG III, relativo al trato de los prisioneros de guerra.
- CG IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.
- PA I de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los Conflictos Armados Internacionales.
- PA II de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.
- PA III de 2005, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional.

En estos tratados contienen obligaciones específicas para los Estados neutrales lo cual, teniendo en cuenta que fueron codificados con posterioridad a la Carta de Naciones Unidas, viene a poner de manifiesto la supervivencia de la institución de la neutralidad. No cabe duda de que estas obligaciones de los neutrales en el ámbito de los conflictos armados internacionales continúan vigentes en la actualidad.

Así, el art. 4 B (2) de la CG III establece que se beneficiarán del estatuto de prisionero de guerra las personas que pertenezcan a las categorías enumeradas en el art. 4 A, y que «hayan sido recibidas en su territorio por Potencias neutrales o no beligerantes, y a quienes estas tengan obligación de internar en virtud del derecho internacional [...]». Por su parte, el art. 122 de la CG III establece que la obligación de constituir «una oficina oficial de información por lo que respecta a los prisioneros de guerra que estén en su poder», tanto para las partes en conflicto como para «las Potencias neutrales o no beligerantes que hayan recibido en su territorio a personas pertenecientes a una de las categorías mencionadas en el artículo 4 harán otro tanto con respecto a estas personas».

Además, el art. 19 del PA I, que lleva como título «Estados neutrales y otros Estados que no sean Partes en conflicto», establece lo siguiente:

«Los Estados neutrales y otros Estados que no sean Partes en conflicto observarán las disposiciones pertinentes del presente Protocolo respecto de las personas protegidas por este Título que pudieran ser

recibidas o internadas en sus territorios, así como de los muertos de las partes en conflicto que recogieren».

Este protocolo también establece derechos y obligaciones para los «neutrales y otros Estados que no sean parte en el conflicto» en relación con el sobrevuelo de aeronaves sanitarias (art. 31, apartados 1 y 5) y utiliza esta misma terminología al definir la prohibición de la perfidia (art. 37), al referirse a los signos de nacionalidad prohibidos (art. 39), y en relación con los organismos de protección civil (art. 64).

Finalmente, no se debe pasar por alto la terminología utilizada en estos tratados internacionales al referirse o bien a «Potencias neutrales o no beligerantes» o bien a «Estados neutrales y otros Estados que no sean Partes en conflicto», abriendo así la puerta a la existencia de un tercer estatuto, a medio camino entre la neutralidad estricta y el estatuto de beligerancia que respondería a la postura que se viene denominando neutralidad cualificada<sup>90</sup>. Resulta lógico pensar que los Estados, al redactar estos tratados con el objetivo de ofrecer la protección más amplia posible a las personas que no participan en las hostilidades, quisieran incorporar todos los supuestos posibles para no dejar lagunas en dicha protección, añadiendo así esta referencia a los no beligerantes u otros que no sean parte en el conflicto a la vista de la práctica estatal que se venía desarrollando desde la Segunda Guerra Mundial<sup>91</sup>.

## 5 EL ENCAJE LEGAL DEL APOYO A UCRANIA

### 5.1 CONTEXTO

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, el conflicto armado internacional entre Rusia y Ucrania tiene su inicio en la invasión rusa de la península de Crimea, oficializada por el gobierno ruso tras unas elecciones severamente cuestionadas por la comunidad internacional el 18 de marzo de 2014<sup>92</sup>. El conflicto fue creciendo en el terreno y se extendió a

---

<sup>90</sup> Esta es la postura que adopta el Manual del Reino Unido *JSP 383: The Joint Service Manual of ...*, *op. cit.* y, entre otros autores, Gavouneli. *Neutrality: A survivor?*, *op. cit.*, p. 271.

<sup>91</sup> No obstante, esta postura no es compartida por todos los autores, véase, por ejemplo, Boothby W. H. y Heintschel Von Heinegg, W. (2019). *The Law of War. A detailed assessment of the US Department of Defense Law of War Manual*. Cambridge University Press, p. 374.

<sup>92</sup> Diez años de la anexión de Crimea: la acción rusa que prendió la mecha de la guerra en Ucrania. (2024). *France24*. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.france24.com/es/>

la región ucraniana del Donbass, donde a principios de 2022 se celebraron otras elecciones fraudulentas que sirvieron a Moscú como justificación para anexionarse dichos territorios. La escalada total se produjo el 24 de febrero de 2022, cuando el presidente Putin comunicó el inicio de su «operación militar especial» para a continuación comenzar los bombardeos de diversas ciudades ucranianas<sup>93</sup>.

La reacción internacional no se hizo esperar y el 2 de marzo de 2022, ante la inacción del Consejo de Seguridad, provocada por el veto de Rusia, la Asamblea General aprobó en sesión extraordinaria la resolución ES 11/1, con 141 votos a favor, 5 en contra (Rusia, Bielorrusia, Siria, Corea del Norte y Eritrea) y 35 abstenciones<sup>94</sup>. En esta resolución, la Asamblea General «deplora en los términos más enérgicos la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania, en contravención del Artículo 2 4) de la Carta» y «exige que la Federación de Rusia ponga fin de inmediato al uso de la fuerza contra Ucrania y se abstenga de recurrir a cualquier otra forma ilícita de amenaza o uso de la fuerza contra cualquier otro Estado Miembro». Los Jefes de Estado y de Gobierno de la OTAN se expresaron en términos similares en la Declaración de la Cumbre de Madrid de junio de 2022<sup>95</sup>, y también se sucedieron declaraciones unilaterales de numerosos gobiernos condenando la agresión rusa<sup>96</sup>.

A continuación, un gran número de Estados empezaron a enviar apoyo a Ucrania en forma de armamento, munición y otros tipos de material militar no letal, entrenamiento a tropas ucranianas, ayuda humanitaria, ayuda económica o cooperación policial y judicial en la persecución de delitos, entre otros. Según el Kiel Institute for World Economy, al menos 41 países son donantes de ayuda a Ucrania, incluyendo todos los países del G7 y los

---

europa/20240317-diez-a%C3%B1os-de-la-anexi%C3%B3n-de-crimea-la-acci%C3%B3n-rusa-que-prendi%C3%B3-la-mecha-de-la-guerra-en-ucrania

<sup>93</sup> Invasión a Ucrania: cómo atacó Rusia y qué pasa ahora. (2022). *The New York Times*. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2022/02/24/espanol/rusia-ucrania-ataque.html>

<sup>94</sup> *Rusia y Ucrania: la Asamblea General de la ONU aprueba una resolución de condena a la invasión rusa*. (2022). *BBC News Mundo*. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-60594995>

<sup>95</sup> *Madrid Summit Declaration Issued by NATO Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Madrid 29 June 2022*. (s. f.). Párrafo 3. [Consulta: 2025]. Disponible en: [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2022/300622\\_NATO\\_Madrid\\_Summit\\_Declaration.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2022/300622_NATO_Madrid_Summit_Declaration.pdf)

<sup>96</sup> *El Gobierno de España condena enérgicamente la invasión militar de Ucrania por parte de la Federación Rusa* (2022). [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia/Paginas/2022/240222-comunicacion-ucrania.aspx>

miembros de la Unión Europea, además de Australia, Nueva Zelanda, Noruega, Corea del Sur, Suiza, Turquía, India, China y Taiwán.

La base legal aducida por las naciones y organizaciones internacionales para justificar dicho apoyo, —principalmente en lo que se refiere al suministro de armamento— se articula en base a la necesidad de poner fin a la agresión rusa en favor del derecho a la legítima defensa individual de Ucrania en la defensa de su integridad territorial. En este sentido, la Decisión (PESC) 2022/338 del Consejo de la Unión Europea de 28 de febrero de 2022 establece en su art. 1 (2) que «El objetivo de la medida de asistencia es contribuir al refuerzo de las capacidades y la resiliencia de las Fuerzas Armadas ucranianas para defender la integridad territorial y la soberanía de Ucrania y proteger a la población civil de la agresión militar en curso»<sup>97</sup>. Asimismo, se han sucedido declaraciones de distintos países como Estados Unidos<sup>98</sup>, Francia<sup>99</sup> o España en términos similares, esta última haciendo alusión expresa a este derecho a la legítima defensa de Ucrania en el Memorando de Entendimiento para la cooperación en materia de seguridad firmado recientemente entre los presidentes español y ucraniano, en el que «Ucrania conviene en que el apoyo militar prestado por España solo se utilizará en cumplimiento de la Carta de Naciones Unidas y en estricta conformidad con todas las obligaciones pertinentes de Derecho Internacional de ambos participantes»<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> DECISIÓN (PESC) 2022/338 DEL CONSEJO de 28 de febrero de 2022 relativa a una medida de asistencia en el marco del Fondo Europeo de Apoyo a la Paz para el suministro a las fuerzas armadas ucranianas de equipos y plataformas militares diseñados para producir efectos letales. (2022). [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0338>

<sup>98</sup> «El derecho inherente a la legítima defensa individual y colectiva se refleja en el artículo 51 de la Carta... La asistencia en materia de seguridad, incluyendo armas... es para la legítima defensa de Ucrania... Ucrania está utilizando estas armas para repeler a las fuerzas invasoras rusas», citado en Bartolini, G. (2023). *The Law of Neutrality and the Russian/Ukrainian Conflict: Looking at State Practice*. *EJIL Talk*. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-law-of-neutrality-and-the-russian-ukrainian-conflict-looking-at-state-practice/>

<sup>99</sup> «Francia provee y proveerá al pueblo ucraniano con todo el apoyo que necesiten para el ejercicio de su legítima defensa... Esto incluye apoyo militar», citado en Bartolini. *The Law of Neutrality... Ibid.*

<sup>100</sup> Acuerdo de cooperación en materia de seguridad entre España y Ucrania, de 27 de mayo de 2024, se trata de un acuerdo de carácter político, no vinculante en derecho internacional, en virtud de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2024/270524-Mou-Ucrania-Esp.pdf>



## 5.2 ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA NEUTRALIDAD CLÁSICA

La neutralidad clásica o estricta se empieza a aplicar desde el momento en el que existe un conflicto armado internacional de suficiente intensidad, sin que sea requisito *sine qua non* una declaración de neutralidad. En el contexto de la guerra Rusia-Ucrania, podría decirse que dicho conflicto alcanza la intensidad requerida desde la invasión rusa de Crimea en 2014, y sin duda desde la agresión a gran escala de febrero de 2022. Al cumplirse este requisito, el derecho de la neutralidad es de aplicación, convirtiendo *ipso iure* a los terceros Estados en neutrales, y sujetos a los derechos y obligaciones que emanan de esta institución.

Como se ha expuesto, numerosos Estados vienen proporcionando apoyo de diversos tipos a Ucrania, incluyendo la transferencia de armamento letal y el entrenamiento en suelo nacional de tropas pertenecientes a las Fuerzas Armadas ucranianas, lo que siguiendo la lógica de la neutralidad estricta supondría la violación de una serie de sus preceptos:

### 5.2.1 Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

De la presunta violación de los citados deberes que la neutralidad estricta impone, podría derivarse para los Estados una responsabilidad por comisión de hechos internacionalmente ilícitos. Esta responsabilidad viene regulada en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado (ARE) por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional y anexoado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001. Este proyecto nunca se adoptó como tratado internacional, sin embargo, su contenido es ampliamente considerado como costumbre internacional.

El art. 2 del citado documento establece que: «Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado».

Siguiendo este razonamiento, Rusia podría argumentar que las actuaciones de apoyo a Ucrania suponen hechos internacionalmente ilícitos por violar el derecho de la neutralidad y, en consecuencia, considerase parte lesionada con derecho a tomar contramedidas contra los Estados infractores.

Las contramedidas son acciones tomadas por un Estado contra otro en respuesta a un acto internacionalmente ilícito con el objeto de inducir al Estado que ha actuado ilícitamente a restaurar la legalidad internacional<sup>101</sup>.

Sin embargo, este argumento no sería válido, ya que, el art. 22 del citado proyecto de ARE establece que: «La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida contra ese otro Estado [...]». Es decir, según este precepto, los actos de los terceros Estados en apoyo a Ucrania no serían hechos ilícitos al poder configurarse como contramedidas tomadas frente a un ilícito previo de Rusia, este es, la flagrante violación del art. 2(4) de la Carta de Naciones Unidas. Así, aunque estos terceros Estados no son la víctima directa de los hechos ilícitos de Rusia, el art. 48.1 b) de los ARE permite invocar la responsabilidad a los Estados distintos al lesionado si «la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto».

### 5.2.2 Co-beligerancia

Otra cuestión que surge al respecto del apoyo a Ucrania es la de si las citadas acciones convertirían a los terceros Estados en co-beligerantes. La adquisición del estatuto de beligerancia viene regulada por el derecho internacional de los conflictos armados, también conocido como derecho internacional humanitario, y para analizar cuándo se adquiere el mismo hay que acudir al art. 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 cuyo primer párrafo establece que: «[...] el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra».

En el caso que ocupa este análisis, resulta evidente que no se trata de una guerra declarada, puesto que ninguno de los Estados que apoyan a Ucrania ha emitido una declaración de guerra a Rusia. Por otro lado, el precepto transcrito se refiere a «cualquier otro conflicto armado» que surja entre dos o más Estados. En este sentido, el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) de 2016 al art. 2 común cita la sentencia

---

<sup>101</sup> Hathaway, O., Mills, M. y Poston, T. (2023). The Emergence of Collective Countermeasures. *Articles of War*. Lieber Institute. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://lieber.westpoint.edu/emergence-collective-countermeasures/>

del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso *Tadic* según la cual «un conflicto armado existe cuando hay un recurso a la fuerza armada entre estados», y considera dicha definición como la «referencia contemporánea para cualquier interpretación de la noción de conflicto armado bajo el derecho humanitario» y concluye que «la noción de conflicto armado del artículo 2(1) requiere el recurso hostil a la fuerza armada que involucre a dos o más estados»<sup>102</sup>.

No puede afirmarse, *stricto sensu*, que ninguno de los Estados que apoyan a Ucrania en el ejercicio de su legítima defensa haya recurrido a la fuerza armada contra Rusia. De hecho, este es uno de los ejes bajo los que se ha articulado dicho apoyo, poniendo los terceros Estados extrema precaución en que ninguna de sus acciones pueda cruzar este límite de la beligerancia. En este sentido, se puede citar la negativa de la OTAN a imponer una *no-fly zone* sobre el espacio aéreo ucraniano, a pesar de las peticiones ucranianas<sup>103</sup>. Esto es así, porque la ejecución de una zona de exclusión aérea implica que aeronaves militares, previsiblemente de países OTAN, tengan que usar la fuerza armada, de ser necesario, para evitar el sobrevuelo de aviones militares rusos, lo que daría inicio a un conflicto armado entre los implicados.

### 5.3 ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA POST-NACIONES UNIDAS: LA NEUTRALIDAD CUALIFICADA

Como se ha venido argumentando a lo largo de este trabajo, el panorama jurídico internacional sufrió un cambio esencial con la aprobación de la Carta de Naciones Unidas, por la que se proscribió el recurso a la fuerza armada como medio de solución de disputas internacionales. Este cambio, obligaba a una nueva interpretación de la institución de la neutralidad, lo que se ha reflejado en la práctica de los Estados y numerosos escritos doctrinales. Además, también la CIJ ha introducido este elemento reinterpretativo de la neutralidad en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad del Uso de las Armas Nucleares de 1996, al resolver que:

«[...] el derecho internacional no permite dudar de que el principio de neutralidad, cualquiera que sea su contenido, que tiene un ca-

<sup>102</sup> CICR, “*Commentary of 2016*” a los Convenios de Ginebra de 1949. Article 2 -Application of the Convention. Disponible en: [International Humanitarian Law Databases - ICRC](#)

<sup>103</sup> *No-fly zone: What it means and why the West won't act.* (2022). *BBC News*. 1 de marzo de 2022. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-europe-60576443>

rácter fundamental similar al de los principios y normas del derecho humanitario, es aplicable (con sujeción a las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas) a todos los conflictos armados internacionales»<sup>104</sup>.

Además, la situación en la guerra Rusia-Ucrania obliga a un examen de las circunstancias concretas, no pudiendo obviar que es el propio Estado agresor el que mantiene al Consejo de Seguridad en un estado de parálisis en ejercicio de su derecho al veto. Ante esta circunstancia excepcional, no parece admisible que el sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas, núcleo fundamental de la sociedad internacional actual, quede inoperante por el uso interesado de uno de sus miembros, a pesar de que la gran mayoría de naciones han expresado su condena sin ambages a los actos de agresión de Rusia. En este contexto, los Estados que apoyan a Ucrania lo hacen en base a la Carta de Naciones Unidas y sus actos no pueden considerarse ilícitos, ni como violaciones derecho de la neutralidad clásica, ni como hechos internacionalmente ilícitos según los ARE<sup>105</sup>.

### 5.3.1 Base legal de las actuaciones de apoyo a Ucrania

#### 5.3.1.a) Soberanía de los Estados

El respeto a la soberanía de los Estados puede considerarse en la base de la justificación legal de los actos de apoyo a Ucrania por terceros. De este modo, si el derecho internacional permite a los Estados proveer de armamento y otro tipo de apoyo a otros Estados soberanos, en tiempo de paz y siempre para fines legítimos, nada obsta para que un Estado, en ejercicio de sus potestades soberanas, siga prestando dicho apoyo en tiempo de guerra para el fin legítimo del ejercicio de su legítima defensa.

---

<sup>104</sup> Opinión Consultiva de la CIJ de 8 de julio de 1996 sobre la *Legalidad de la Amenaza o Empleo de Armas Nucleares*, p. 115, párrafos 88-89.

<sup>105</sup> En este sentido, autores como Heintschel Von Heinegg, tradicionalmente reticentes a admitir la figura de la neutralidad cualificada, han considerado admisible la misma en el contexto de la guerra Rusia-Ucrania en base a la excepcionalidad de las circunstancias que se dan en este caso. Ver Heintschel Von Heinegg, *Neutrality in the War against Ukraine*, *Op.cit.*

*5.3.1.b) Legítima defensa*

El hecho de que Ucrania se halle en un estado de conflicto armado internacional, ejerciendo su derecho inherente a la legítima defensa frente a un ataque ilegal de Rusia, en base al art. 51 de la Carta y al derecho internacional consuetudinario, como así ha sido reconocido por la CIJ en su sentencia del caso Nicaragua 1986, conlleva que una potencial justificación para los terceros Estados en su apoyo a Ucrania aparece en el ejercicio de la legítima defensa colectiva, al que se refiere el citado precepto.

En las declaraciones políticas de los gobiernos que apoyan activamente a Kiev, aparecen constantes menciones al ejercicio de la legítima defensa por Ucrania, si bien es cierto que no hasta el punto de manifestar que actúan bajo el amparo de la legítima defensa colectiva, y, de hecho, no se conoce que ninguno de ellos haya cumplido con el requisito formal de «comunicación inmediata al Consejo de Seguridad» al que se refiere el art. 51 de la Carta. Los motivos que justificarían esta reticencia a invocar la legítima defensa colectiva pueden ser, a juicio de los autores, los siguientes:

- El hecho de que el art. 51 autoriza el uso de la fuerza en legítima defensa colectiva y, como las actuaciones en apoyo de Ucrania no alcanzan la intensidad necesaria para ser calificadas de uso de la fuerza, los Estados no consideran que se den las circunstancias para su aplicación.
- La irrelevancia práctica de cumplir con el requisito formal de comunicación al Consejo. Así, según la redacción del art. 51, esta comunicación sería un paso previo a la adopción de medidas por el Consejo respecto al conflicto en cuestión. Sin embargo, el estado actual de bloqueo del Consejo por parte de Rusia haría de todo punto ineficaz dicha comunicación.

No obstante, como acertadamente observa SCHMITT, si el art. 51 de la carta y la costumbre internacional autorizan el uso de la fuerza en legítima defensa colectiva para apoyar a Ucrania contra la agresión rusa, con más razón este precepto autoriza cualquier apoyo que se califique como «inferior al uso de la fuerza»,<sup>106</sup> en aplicación del principio general del derecho según el cual «quien puede lo más, puede lo menos».

---

<sup>106</sup> Schmitt. *Providing arms and materiel...*, *op. cit.*

### *5.3.1.c) Contramedidas*

Como ya se ha sugerido en un epígrafe anterior, los Estados que apoyan a Ucrania podrían justificar sus actos como el ejercicio de contramedidas frente a un hecho internacionalmente ilícito cometido por Rusia que afecta a la comunidad internacional en su conjunto, máxime cuando el art. 21 del proyecto de ARE establece que: «La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas».

Las contramedidas suponen la adopción de una medida que, en circunstancias normales sería considerada ilícita a la luz del derecho internacional, pero que sin embargo deviene lícita al configurarse como una respuesta destinada a poner fin a un ilícito internacional previo cometido por el Estado al que se dirigen. Como se ha visto, las naciones no han incorporado a su discurso la justificación a través las contramedidas, a juicio de los autores, esto podría deberse a que no están dispuestas a admitir que sus actos de apoyo a Ucrania sean ilícitos internacionales de origen, que devienen lícitos por la aplicación del derecho de la responsabilidad de los Estados.

## 6 CONCLUSIONES

El análisis histórico de los fundamentos de las teorías de la guerra justa que se ha realizado en este trabajo pretende poner de manifiesto la gran importancia que las mismas siguen teniendo en el derecho internacional contemporáneo, ya que sus bases teológicas y de derecho natural informan los principios en que se basa la Carta de Naciones Unidas.

En especial, se ha querido poner en valor la relevancia de los intelectuales de la escolástica española de los siglos XVI y XVII y su gran aportación al derecho internacional.

Las teorías de la guerra justa y el derecho de la neutralidad clásica son dos sistemas en apariencia excluyentes, sin embargo, la realidad internacional contemporánea demuestra que están abocados a coexistir, cada uno con los matices que el estado actual del derecho internacional impone.

La discusión acerca de la pervivencia del derecho de la neutralidad en su formulación clásica de 1907 ha sido tema de amplio debate por la doctrina desde la adopción de la Carta de Naciones Unidas. De este estudio resulta que, la ruptura del trato imparcial entre beligerantes no solo es legítima, sino obligatoria en el caso de que exista una resolución del Consejo

de Seguridad que determine la adopción de medidas en favor de un Estado que ha sido víctima de un ataque armado.

La cuestión de la admisibilidad de una neutralidad cualificada no es pacífica, sin embargo, en aquellos conflictos armados internacionales sobre los que no se haya pronunciado el Consejo de Seguridad. De este estudio resulta que existe cierta práctica estatal y *opinio iuris* que apuntan, cuanto menos, a la existencia de un proceso de conformación de una costumbre internacional en este sentido.

La postura de neutralidad cualificada, para que sea congruente con la Carta de Naciones Unidas, solo será admisible si la ruptura de la imparcialidad requerida por el derecho de la neutralidad se hace en favor del Estado víctima, y, en ningún caso, del Estado que con su actuación ha violado el principio fundamental de prohibición del uso de la fuerza consagrado en el art. 2(4) de la Carta. Por ello, el apoyo prestado por un tercer Estado al agresor, como es el caso de Bielorrusia, no podría considerarse amparado por la figura de la neutralidad cualificada.

El ejercicio de una neutralidad cualificada por los Estados no implica la irrelevancia automática de todos los preceptos de la neutralidad clásica. Su vigencia habrá de ser analizada caso por caso, siendo las aéreas en las que mayormente se ha podido identificar su aplicabilidad las del derecho internacional humanitario y la guerra naval.

Solo el tiempo permitirá afirmar si, efectivamente, ha cristalizado una costumbre internacional sobre la legitimidad de la postura de la neutralidad cualificada, pero es innegable que las actuaciones de los terceros Estados en apoyo inequívoco a Ucrania han supuesto un importante avance en la conformación de la misma.

El análisis del derecho aplicable y de las circunstancias concretas de la guerra Rusia-Ucrania —a saber, ausencia de resolución del Consejo de Seguridad por el veto de Rusia frente a una agresión de esta contra Ucrania condenada por la práctica totalidad de la comunidad internacional— llevan a concluir que las actuaciones de terceros Estados en apoyo de Ucrania están plenamente justificadas en derecho internacional.

Además, estos actos de apoyo no convierten a los terceros Estados en beligerantes, como se desprende de las disposiciones relevantes del derecho internacional humanitario. Asimismo, tampoco hace surgir su responsabilidad por hechos internacionalmente ilícito puesto que, como se ha dicho, los actos de apoyo son conforme al derecho internacional.

Finalmente, no se debe obviar que la postura de neutralidad cualificada resulta más que justificada en el contexto de la agresión de Rusia a Ucrania en parte debido a las circunstancias concretas de la misma, que no dejan

lugar a dudas acerca de quién es el agresor y quién la víctima. No obstante, parece prudente admitir que, otros conflictos armados internacionales, podrían tratarse de hechos más confusos que pudieran ser objeto de interpretaciones interesadas por los Estados.

En base a lo anterior, sería conveniente que se dotara de mayor concreción al concepto de neutralidad cualificada, incluyéndolo en los manuales militares de los Estados y detallando su contenido, supuestos de aplicación y límites.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAILÓN GARCÍA, M. (2014). La conquista de Iberia y el derecho feodal. Guerra y religión en Roma. *Revista de Historia Militar*. N. 116.
- Baltasar Ayala [en línea]. (s. f.). *filosofía.org*. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://filosofia.org/ave/001/a414.htm>
- BARCIA TRELLES, C. (2023). *Francisco de Vitoria. Fundador del Derecho Internacional moderno*. Ed. Maxtor, 2023.
- BARTOLINI, G. (2023). The Law of Neutrality and the Russian/Ukrainian Conflict: Looking at State Practice. *EJIL Talk*. 11 de abril. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-law-of-neutrality-and-the-russian-ukrainian-conflict-looking-at-state-practice/>
- BBC News*. (2022). No-fly zone: What it means and why the West won't act. 1 de marzo. [Consulta: 21 de marzo de 2025]. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-europe-60576443>
- BBC News Mundo*. (2022). Rusia y Ucrania: la Asamblea General de la ONU aprueba una resolución de condena a la invasión rusa. 2 de marzo. [Consulta: 21 de marzo de 2025]. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-60594995>.
- BIGGERSTAFF, W. C. (2023). Are Methods of Naval Warfare at Risk Under «Qualified» Neutrality? *Just War*. 10 marzo. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.justsecurity.org/85419/are-methods-of-naval-warfare-at-risk-under-qualified-neutrality-expert-qa-from-stockton-centers-russia-ukraine-conference/>
- BOOTHBY W .H. y HEINTSCHEL VON HEINEGG, W. (2019). *The Law of War. A detailed assessment of the US Department of Defense Law of War Manual*. Cambridge University Press.
- CICERÓN. (2023). *Sobre los deberes*. Ed. Alianza Editorial bolsillo.



- Comisión de Derecho Internacional. (2001). *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001.
- Comisión de Juristas. (1923). *Reglas de La Haya sobre guerra aérea*. La Haya (no adoptadas oficialmente).
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2017). *Comentario al artículo 2 común de las Convenciones de Ginebra de 1949*. [Consulta: 21 de marzo de 2025]. Disponible en: [https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gcii-1949/article-2/commentary/2017?activeTab=undefined#\\_Toc452462846](https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gcii-1949/article-2/commentary/2017?activeTab=undefined#_Toc452462846)
- Conferencia de París. (1856). *Declaración de París relativa a determinadas reglas de derecho marítimo en tiempo de guerra*. 16 de abril.
- Conferencia de Paz de La Haya. (1907a). *Convenio (V) relativo a los derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre*. 18 de octubre.
- . (1907b). *Convenio (XIII) relativo a los derechos y deberes de las potencias neutrales en la guerra naval*. 18 de octubre de 1907.
- Congreso de los Estados Unidos. (1941). *Lend and Lease Act*. Public Law 77-11. 11 de marzo.
- Consejo de la Unión Europea. (2022). *Decisión (PESC) 2022/338 del Consejo, de 28 de febrero de 2022*, relativa a una medida de asistencia en el marco del Fondo Europeo de Apoyo a la Paz. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0338> [Accedido el 21 de marzo de 2025].
- Convención de Ginebra. (1949). *Convenio (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*. 12 de agosto.
- Daily Sabah*. (s. f.) Turkey, Romania and Bulgaria launch action against Russian Black Sea mines. [Consulta: 21 de marzo de 2025]. Disponible en: <https://www.dailysabah.com/politics/turkiye-romania-bulgaria-launch-action-against-black-sea-mines/news>
- Department of Defense Law of War Manual*. (2015). Párrafo 15.2.2. Junio 2015 [actualizado en julio 2023]. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.onlinelibrary.iihl.org/wp-content/uploads/2023/08/DOD-LAW-OF-WAR-MANUAL-JUNE-2015-UPDATED-JULY-2023-1.pdf>
- DE AQUINO, T. (s. f.). Suma teológica. *La Guerra*. Parte II-IIae - Cuestión 40. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://hjpg.com.ar/sumat/c/c40.html#a1>

- DE HIPONA, A. (s. f.). *De Civitate Dei Contra Paganos (La Ciudad De Dios)*. Libro XIX, Cap. VII. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://archive.org/details/san-agustin-de-civitate-dei-contra-paganos-la-ciudad-de-dios/page/1385/mode/1up>
- DE VITORIA, F. (2021). *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*. Ed. Tecnos.
- DINSTEIN, Y. (s. f.). *War, aggression and self-defence*. 6.<sup>a</sup> Ed. Cambridge University Press.
- DW. (2023). Turquía advierte a Rusia tras incidente en el mar Negro. 17 de agosto. [Consulta: 21 de marzo de 2025]. Disponible en: <https://www.dw.com/es/turqu%C3%ADa-advierte-a-rusia-tras-incidente-en-el-mar-negro/a-66565236>
- FABELA, I. (1940). Declaración de neutralidad. *Neutralidad*. México, Biblioteca de Estudios Internacionales, pp. 75 y 76. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2700/73.pdf>
- FLECK, D. (ed.). (2009). *The Handbook of International Humanitarian Law*. (2009). 2<sup>ND</sup> Ed., Oxford University Press.
- France24. (2024). Diez años de la anexión de Crimea: la acción rusa que prendió la mecha de la guerra en Ucrania. 17 de marzo. [Consulta: 21 de marzo de 2025]. Disponible en: <https://www.france24.com/es/europa/20240317-diez-a%C3%B1os-de-la-anexi%C3%B3n-de-crimea-la-acci%C3%B3n-rusa-que-prendi%C3%B3-la-mecha-de-la-guerra-en-ucrania>
- GARCÍA PASCUAL, C. (1999). Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. N.º 2-1999. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.uv.es/cefd/2/pascual.html>
- GAVOUNELI, M. (2012). Neutrality: A Survivor? *EJIL*. Vol. 23, n.º 1.
- Gobierno de España y Gobierno de Ucrania. (2024). *Acuerdo de cooperación en materia de seguridad entre España y Ucrania*, firmado el 27 de mayo de 2024 por los presidentes Pedro Sánchez y Volodímir Zelenski.
- GRAY, C. (2008). The Charter Limitations on the Use of Force: Theory and Practice. En: Lowe, V. *et al.* (eds.). *The United Nations Security Council and War: The Evolution of Thought and Practice since 1945*. Oxford University Press.
- GREMINGER, T. y RICKLI, J. M. (2023). Neutrality After the Russian Invasion of Ukraine: The Example of Switzerland and Some Lessons for Ukraine. *PRISM*. Vol. 10, n.º 3. [Consulta: 2025]. Disponi-

- ble en: <https://ndupress.ndu.edu/Media/News/News-Article-View/Article/3511995/neutrality-after-the-russian-invasion-of-ukraine-the-example-of-switzerland-and/>
- GROCIO, H. (s. f.). *On the Law of War and Peace*. Ed. Cambridge University Press [editado y anotado por Stephen C. Neff.].
- HATHAWAY, O., MILLS, M. Y POSTON, T. (2023). The Emergence of Collective Countermeasures. *Articles of War*, Lieber Institute. 1 de noviembre de 2023. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://lieber.westpoint.edu/emergence-collective-countermeasures/>
- HEINTSCHEL VON HEINEGG, W. (2022). Neutrality in the War against Ukraine. *Articles of War*. Lieber Institute. 1 de marzo. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://lieber.westpoint.edu/neutrality-in-the-war-against-ukraine/>
- HPCR Manual on International Law applicable to Air and Missile Warfare*. (2013). Ed. Cambridge University Press.
- Joint Service Regulation (ZDv) 15/2 Law of Armed Conflict Manual*. (2013). Ministerio Federal de la Defensa de Alemania. Párrafo 1204, mayo 2013. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.onlinelibrary.iihl.org/wp-content/uploads/2021/05/GER-Manual-Law-of-Armed-Conflict.pdf>
- JSP 383: The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*. (2004). Ed. 2004, párrafos 1.42.1, 1.42.2 y 1.42.3. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.onlinelibrary.iihl.org/wp-content/uploads/2021/05/UK-Manual-Law-of-Armed-Conflict.pdf>
- KRUIZINGA, S. (2016). Neutrality and Total War, 1914-1918 [en línea]. En: Ute, D. et al. (eds.). *Neutrality. International Encyclopedia of the First World War*. Freie Universität Berlin. 26 de febrero. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://encyclopedia.1914-1918-online.net/article/neutrality/>
- LETTS, D. (2022). Ukraine Symposium: Maritime Neutrality in the Russia-Ukraine Conflict. *Articles of War*, Lieber Institute. 18 de abril. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://lieber.westpoint.edu/maritime-neutrality-russia-ukraine-conflict/>
- Liga de las Naciones. (1919). *Pacto de la Liga de las Naciones*. Anejo al Tratado de Versalles de 28 de junio.
- MANTOVANNI, M. (2017). Algunas notas sobre la teoría de la Guerra Justa en Francisco Suárez. *Sophia: Colección de Filosofía de la Educación*. N.º. 23.
- Ministerio de Asuntos Exteriores. (1928). Pacto Briand-Kellogg. *Tratado de París para la renuncia a la guerra*. 27 de agosto.

- Ministerio de Asuntos Exteriores de Ucrania. (2023). *Statement of the MFA of Ukraine on the provocative actions of the Russian Federation in the Black Sea*. 14 de agosto. [Consulta: 21 de marzo de 2025]. Disponible en: <https://mfa.gov.ua/en/news/zayava-mzs-ukrayini-shchodo-provokativnih-dij-rf-v-chornomu-mori>
- Ministerio de Estado de España. (1914). *Declaración de neutralidad de España*, nota publicada en *La Gaceta de Madrid*. 30 de julio de 1914. [Consulta: 21 de marzo de 2025]. Disponible en: <https://www.dipublico.org/109716/declaracion-de-neutralidad-de-espana-nota-del-ministerio-de-estado-seccion-de-politica-publicada-en-la-gaceta-de-madrid-del-30-de-julio-de-1914/>
- Naciones Unidas. (1945.) *Carta de las Naciones Unidas*, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, en vigor desde el 24 de octubre de 1945.
- NEFF, S. (2023). *Why The Law of Neutrality Applies to EVERYONE | Professor Stephen Neff*. Neutrality Studies. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=SY9ow2y-6KY>
- NOVAK, F. (1996). La neutralidad en el derecho internacional contemporáneo. *Agenda Internacional*. Vol. 3, n.º 7.
- Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 sobre la «Legalidad de la Amenaza o Empleo de Armas Nucleares».
- OTAN. (2022). *Madrid Summit Declaration issued by NATO Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Madrid 29 June 2022*. Párrafo 3. [Consulta: 21 de marzo de 2025]. Disponible en: [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2022/300622\\_NATO\\_Madrid\\_Summit\\_Declaration.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2022/300622_NATO_Madrid_Summit_Declaration.pdf)
- PEDROZO, R. (2023). Russia-Ukraine War at Sea: Naval Blockades, Visit and Search, and Targeting War-Sustaining Objects. *Atricles of War*, Lieber Institute. 25 de agosto.
- Presidencia del Gobierno de España. (2022). *Comunicado ante la invasión militar de Ucrania*. 24 de febrero. [Consulta: 21 de marzo de 2025]. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/servicios-deprensa/notasprensa/presidencia/Paginas/2022/240222-comunicadoucraania.aspx>
- Protocolo Adicional I. (1977) Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. 8 de junio.

- Publicación Doctrinal Conjunta -02.01 sobre Derecho internacional humanitario (DIH) en las FAS.* (2022). Ministerio de Defensa del Reino de España, enero de 2022.
- Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre las «Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua v. EE. UU.)» (Fondo del Asunto), Fallo de 27 de junio de 1986, p. 217, párrafos 257-269. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/79.pdf>
- SCHMITT, M. N. (2022). Providing Arms and Materiel to Ukraine: Neutrality, Co-belligerency, and the Use of Force. *Articles of War*. Lieber Institute. 7 de marzo. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://lieber.westpoint.edu/ukraine-neutrality-co-belligerency-use-of-force/>
- . (2023). «Strict» versus «Qualified» Neutrality». *Articles of War*. Lieber Institute, West Point, de 22 de marzo.
- The New York Times*. (2022). Invasión a Ucrania: cómo atacó Rusia y qué pasa ahora. 24 de febrero. [Consulta: 21 de marzo de 2025]. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2022/02/24/espanol/rusia-ucrania-ataque.html>
- VARELA QUIRÓS, L. (s. f.). Francisco de Vitoria y sus aportes al Derecho Internacional. *Revistas Universidad de Costa Rica*. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/15300/14620>



## **EL MATRIMONIO FORZADO. UN CRIMEN DE GUERRA ELUDIDO POR LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

Fernando Pignatelli y Meca

*Doctor en Derecho*

*General consejero togado retirado*

*Magistrado del Tribunal Supremo jubilado*

### *Resumen:*

El matrimonio forzado es una práctica delictiva que, a pesar de su gravedad y de su frecuente comisión en el contexto de conflictos armados que tienen lugar en la actualidad en el seno de sociedades, donde el papel de la mujer resulta ser de sumisión, más o menos institucionalizada, al hombre, y del que son víctimas mujeres y niñas atribuidas como «esposas» a combatientes, no goza de reconocimiento como crimen internacional con individualidad propia en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, internacionalizados, mixtos o híbridos ni en el de Roma, por lo que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona, las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya y la Corte Penal Internacional la que lo ha calificado como crimen de lesa humanidad, y no también como crimen de guerra cual (dejando a un lado el peculiar asunto camboyano) su habitual comisión con ocasión de conflictos armados y sobre personas protegidas exige, incardinándolo en los crímenes de esclavitud sexual o de otros actos inhumanos. Un análisis de las sentencias internacionales sobre la cuestión permite observar la dubitativa postura adoptada al efecto por la jurisprudencia y la afección al principio de legalidad que la calificación otorgada a estos hechos comporta, lo que posi-

bilita formular ciertas conclusiones de *lege ferenda* para tratar de tipificar debidamente esta conducta tanto en el ámbito internacional como *in foro domestico*.

*Palabras clave:*

Matrimonio forzado, Crimen de lesa humanidad, Crimen de guerra, Esclavitud sexual, Otros actos inhumanos.

*Abstract:*

Forced marriage is a criminal practice that, despite its seriousness and its frequent commission in the context of armed conflicts currently taking place in societies where the role of women is one of submission, more or less institutionalized, to men, and of which women and girls are victims, attributed as “wives” to combatants, is not recognized as an international crime with its own individuality in the Statutes of the ad hoc International Criminal Tribunals, It has therefore been the jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone, the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia and the International Criminal Court that has qualified it as a crime against humanity, and not also as a war crime which (leaving aside the peculiar Cambodian case) its habitual commission on the occasion of armed conflicts and on protected persons requires, incardinating it in the crimes of sexual slavery or other inhumane acts. An analysis of the international judgments on the matter allows us to observe the hesitant position adopted by the jurisprudence on the matter and the effect on the principle of legality that the qualification given to these acts entails, which makes it possible to formulate certain conclusions de lege ferenda in order to try to duly typify this conduct both in the international sphere and in foro domestico.

*Keywords:* Forced marriage, Crime against humanity, War crime, Sexual slavery, Other inhumane acts.

*Sumario*

Capítulo I. El matrimonio forzado. 1 Determinaciones previas; una visión amplia del fenómeno. 2 Tratamiento por el Derecho internacional convencional. Capítulo II. Consideración como delito del matrimonio forzado en el ámbito interno. Capítulo III. El matrimonio forzado y su caracterización como crimen internacional. 1 La



introducción del matrimonio forzado entre las formas de violencia sexual en el marco del Derecho penal internacional; su inocultable relación con el conflicto armado. 2 La labor de la jurisprudencia internacional a partir de la última década del siglo XX. 2.1 La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*. 2.2 La jurisprudencia de los Tribunales Penales internacionalizados, mixtos o híbridos. 2.2.1 El Tribunal Especial para Sierra Leona. 2.2.1.1 Asunto de ciertos altos mandos del AFRC o Brima *et al.* 2.2.1.2 Asunto del RUF o Sesay *et al.* 2.2.1.3 Asunto de Charles Ghankay Taylor. 2.2.2 Las Cámaras o Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya; el asunto 002/02 (el fiscal contra Nuon Chea y Khieu Samphan). 2.3 El matrimonio forzado en el Estatuto y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. 2.3.1 El fallido proceso de incriminación del matrimonio forzado como crimen de la competencia de la Corte. 2.3.2 La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. 2.3.2.1 El asunto de Dominic Ongwen. 2.3.2.2 El asunto Al Hassan Ag Abdoul Aziz. Capítulo IV. La consideración del matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos por la Corte Penal Internacional. Capítulo V. La posible calificación del matrimonio forzado como crimen de guerra. 1 Consideraciones preliminares. 2 La violencia sexual como crimen de guerra y la actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. 2.1 Antecedentes. 2.2 La posición del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. 3 La conceptualización del matrimonio forzado como crimen internacional de guerra. Conclusión. Una propuesta de *lege ferenda*

## CAPÍTULO I EL MATRIMONIO FORZADO

### 1 DETERMINACIONES PREVIAS: UNA VISIÓN AMPLIA DEL FENÓMENO

En el asunto Akayesu, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR) define la violencia sexual como «cualquier acto de naturaleza sexual cometido en una persona en circunstancias coercitivas» que «no se limita a una invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no impliquen penetración ni siquiera contacto físico»<sup>1</sup>, definición seguida por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (en lo sucesivo, TPIY) en el asunto Mucic *et al.*<sup>2</sup>, lo que comporta que el elenco de actos que pueden llegar a ser considerados como integrantes de violencia sexual resulta ser muy amplio, pues comprende desde la violación a meros comentarios de índole sexual, debiendo ponerse de relieve que el

<sup>1</sup> Cfr. TPIR, *el Fiscal contra Jean Paul Akayesu*, asunto ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998; cfr. Cebada Romero, A. (2022) La contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda a la lucha contra la violencia sexual en conflictos armados: el legado de la sentencia Akayesu. En: Martínez Jiménez, A. (dir.). *Derecho Penal Internacional. Evolución histórica, régimen jurídico y estudio de casos*. Capítulo 26. Thomsom Reuters Aranzadi, pp. 953-973.

<sup>2</sup> Cfr. TPIY, *el Fiscal contra Zdravko Mucic et al. ("Celebici")*, asunto IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998.

TPIR sostiene que el elemento consistente en la coacción debe ser entendido también de forma amplia, incluyendo amenazas, intimidación, extorsión y otras formas de coerción basadas en el miedo o la desesperación<sup>3</sup>, por lo que cabe concluir que los delitos de violencia sexual exceden de la dimensión meramente física de los actos en que puedan consistir, pues tienen notables implicaciones psicológicas que, al igual que la valoración del efecto o daño que causan, resultan relevantes para la conformación del delito sexual como tal.

No obstante, la falta de una definición consensuada del matrimonio forzado a nivel internacional, este se conceptúa, entendiéndolo en un *sentido amplio*, como aquel que se celebra sin contar con el consentimiento (libre o genuino) de uno o ambos contrayentes<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. Mazurana, D., Marshak, A. y Spears, K. (2019). Child Marriage in Armed Conflict. *International Review of the Red Cross*, 101(911), p. 581.

<sup>4</sup> Cfr. García Romero, M. (2022). Persecución por motivos de género: protección internacional para mujeres y niñas. *Diario La Ley*, n.º 9997, p. 6. «El ACNUR establece como concepto jurídico de matrimonio forzado aquel en el que una de las dos partes se casa en contra de su voluntad o a la fuerza. En el 26º informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) sobre prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado, se define como “aquel que se celebra sin el consentimiento pleno y libre de al menos uno de los contratantes”»; cfr. Villacampa Estiarte, C. y Torres Rosell, N. (2019). *Aproximación cuantitativa al matrimonio forzado en España*. En: Villacampa Estiarte, C. (coord.). *Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica*. Valencia, Tirant lo blanch, p. 99; cfr. Villacampa Estiarte, C. y Torres Rosell, N. (2019). El matrimonio forzado en España. Una aproximación empírica. *Revista Española de Investigación Criminológica*. 17, p. 4; cfr. Recomendación general n.º 31 de 14 de noviembre de 2014 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general n.º 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, p. 23.

«Los matrimonios forzosos son matrimonios en los que uno o ambos contrayentes no han expresado personalmente su consentimiento pleno y libre a la unión. Pueden manifestarse en diversas formas, entre ellas el matrimonio infantil, como se ha indicado anteriormente, los matrimonios de intercambio o compensación (a saber, baad y baadal), formas serviles de matrimonio y el levirato (obligación de una viuda de casarse con un familiar de su difunto marido). En algunos contextos, se puede producir un matrimonio forzado cuando se permite a un violador eludir las sanciones penales casándose con la víctima, normalmente con el consentimiento de la familia de ella. Los matrimonios forzosos pueden tener lugar en el contexto de la migración a fin de asegurar que una niña se case dentro de la comunidad de origen de la familia o de proporcionar a miembros de la familia extensa u otras personas documentos para migrar a un determinado país de destino o vivir en él. Los grupos armados también están utilizando cada vez más los matrimonios forzosos durante los conflictos y, alternativamente, dichos matrimonios pueden ser un medio para que una niña escape de la pobreza posterior a un conflicto. El matrimonio forzado se puede definir asimismo como aquel en que a uno de los cónyuges no se le permite poner fin a la unión o abandonarla. Los matrimonios forzosos a menudo provocan que las niñas carezcan de autonomía personal y económica e intenten huir, se inmolen o se suiciden para evitar o eludir el matrimonio».

En 2017 más de 750 000 000 de mujeres de todo el mundo se habían casado antes de los dieciocho años, en especial en el África Occidental y Central (y, de manera destacada, en Níger, la República Centroafricana y la República del Chad), donde más de cuatro de cada diez mujeres habían contraído matrimonio o vivían en pareja antes de esa edad y una de cada siete antes de cumplir quince años, estimándose que este tipo de uniones podría llegar a los 1 000 000 000 en 2030<sup>5</sup>.

A pesar de las dificultades que implica la labor de cuantificación del matrimonio forzado, derivadas de la frecuencia con que, en el primer mundo, en la práctica se perpetra subrepticamente en el ámbito doméstico o familiar de grupos culturales minoritarios<sup>6</sup>, la atención que, tanto a nivel convencional como interno, se dispensa hoy a este fenómeno en un contexto de visibilización consecuente a la globalización y multiculturalidad que comporta la, no siempre legal y deseablemente regulada, migración masiva en que se hallan inmersas las sociedades occidentales, revela una práctica actual y no inhabitual tanto en Europa como en el Norte de América, que, si bien en los Estados de Europa occidental (entre otros España, aunque, a diferencia de Estados Unidos, Dinamarca, el Reino Unido y los Estados que elaboran periódicamente estadísticas de género en el ámbito del matrimonio infantil, no hay, más allá de meritorios, aunque deslavazados, estudios sectoriales<sup>7</sup>, datos estadísticos generales, en especial sobre los niveles numéricos que puede alcanzar este fenómeno en el país, si bien se concluye que tiene lugar, tanto entre inmigrantes procedentes del Magreb, el Sahel y África subsahariana y el Asia central como, en menor porcentaje, entre mujeres de etnia gitana<sup>8</sup>) se lleva a cabo casi en su totalidad entre inmigrantes y la primera generación de sus descendientes, ya de nacionalidad española, aunque profesando mayoritariamente la religión mu-

---

<sup>5</sup> Cfr. Camps Mirabet. *Los matrimonios forzados: marco jurídico internacional*, en *Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica*, op. cit., p. 154; cfr. Díez Peralta, E. (2019). *El matrimonio infantil y forzado en el Derecho Internacional. Un enfoque de género y de derechos humanos*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 36-42.

<sup>6</sup> Sobre la detección y cuantificación del matrimonio forzado en Estados Unidos y algunos Estados de Europa occidental, cfr. Torres Rosell, N. Aproximación a la realidad fenomenológica del matrimonio forzado en el mundo occidental y a la respuesta jurídica a nivel internacional. *Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica*, op. cit., pp. 44 a 49.

<sup>7</sup> Proyecto Esperanza Adoratrices, Asociación para la Integración del Menor Paidea, red de trabajos sobre los matrimonios forzados en España No Acepto de la Federación de Mujeres Progresistas y estudios atinentes a Cataluña y Madrid.

<sup>8</sup> Cfr. Villacampa Estiarte, C. y Torres Rosell, N. *Aproximación cuantitativa al matrimonio forzado en España*, op. cit., pp. 100-123; cfr. Camps Mirabet, N., op. cit., pp. 154-156; cfr. Díez Peralta, E., op. cit., pp. 36-39.

sulmana<sup>9</sup>, tratándose de una costumbre en declive entre ellos (aun cuando porcentualmente el incremento exponencial de inmigrantes recientes con bajas tasas de integración haga que se eleve continuamente la cifra total final), se realiza, en cambio, en tasas porcentualmente elevadas, en Estados pertenecientes al África subsahariana, Asia, incluyendo las Repúblicas ex-soviéticas y América Latina y el Caribe<sup>10</sup>, además del Sahel.

Este fenómeno sigue siendo una realidad actual, incluso en las sociedades occidentales europeas, en el seno de algunas de cuyas comunidades de inmigrantes se sigue practicando, siendo difícil deslindarlo del matrimonio pactado, concertado o arreglado (y, con mucha frecuencia, desigual, en cuanto que existe una gran diferencia de edad entre el marido y la esposa —que, generalmente, es una niña incluso menor de quince años al momento de ser entregada al marido—) y el infantil, pues si bien no todos los matrimonios pactados son forzados, todos los matrimonios forzados son, a su vez, arreglados<sup>11</sup>, razón por la cual se parte de un concepto amplio de esta práctica.

---

<sup>9</sup> Cfr. Villacampa Estiarte, C. y Torres Rosell, N. *Aproximación cuantitativa al matrimonio forzado en España*, op. cit., pp. 121 y 122. Entre otros extremos, vienen a concluir las autoras que:

«[...] la evidencia de que existen víctimas de nacionalidad española y con residencia legal en España aproxima los resultados aquí obtenidos a los de las investigaciones que relativizan la influencia de factores étnicos o religiosos y que, por el contrario, subrayan la vinculación entre el matrimonio forzado y estructuras familiares patriarcales o situaciones de pobreza. Con todo, las variables con más peso en punto a explicar la victimización son, en nuestro trabajo, la nacionalidad, la religión y la comunidad/etnia de la víctima»

Que «esta es una práctica consentida cuando no impulsada por las familias de las víctimas» y que, frente al solo recurso al Derecho penal para abordar el problema,

«[...] un abordaje más interseccional de la respuesta jurídica al matrimonio forzado debería tomar en consideración todas las variables que pueden explicar los procesos de victimización y discriminación a que pueden verse sometidas estas mujeres. Tal aproximación debería conducir a incidir en estrategias de prevención secundaria de la victimización orientadas a los grupos de riesgo, así como a la formación de profesionales capacitados para detectar estas situaciones. Paralelamente, el diseño de mecanismos jurídicos de protección de las víctimas debería ensayar soluciones que no pasasen necesariamente por el empleo del sistema de justicia, por ejemplo, implementando órdenes de protección de naturaleza civil. Incluso en los casos en que el recurso al sistema de justicia penal se estimase preciso, sería deseable otorgar preferencia al empleo de mecanismos de justicia restaurativa que no obligasen a las víctimas a dirigir procesos penales contra familiares en ocasiones muy próximos para obtener tutela penal».

<sup>10</sup> Cfr. Camps Mirabet, N., op. cit., pp. 153-156.

<sup>11</sup> Cfr. Torres Rosell, N. *Aproximación a la realidad fenomenológica del matrimonio forzado en el mundo occidental y a la respuesta jurídica a nivel internacional*, op. cit., pp. 31-34.

Una cuestión importante a tener en cuenta respecto al matrimonio forzado, habida cuenta de la frecuencia con que en conflictos armados tiene por sujetos pasivos a niñas menores de quince años (edad esta determinante de la minoridad en el Derecho internacional humanitario convencional, en cuanto que los mayores de ella pueden ser reclutados o alistados en las fuerzas armadas para participar activamente en las hostilidades), es el matrimonio infantil en cuanto subtipo del mismo.

Esta práctica, consistente en un matrimonio en el que uno o ambos cónyuges son menores de dieciocho años, y generalmente menores de quince, se considera una forma de matrimonio forzado, entendido en el sentido amplio al que se hace referencia. En estos casos no se trata de demostrar que ha existido consentimiento entre las partes, sino que se entiende que, por la edad de al menos uno de los cónyuges no existe el consentimiento dada su falta de madurez para poder prestarlo de forma libre<sup>12</sup>, si bien resulta obligado cuestionar qué se entiende por un menor de edad, dada la disparidad de conceptos existentes en las diferentes legislaciones a nivel internacional, pero sin dejar de tener presente el hecho de que el matrimonio infantil continúa siendo un grave problema en numerosos Estados<sup>13</sup>.

Aunque cabe partir de la premisa de que, de forma general, toda clase de matrimonio infantil es un matrimonio forzado, dado que los menores de dieciocho años carecen de la capacidad de consentir libre y genuinamente para contraer matrimonio, es lo cierto que en el ámbito convencional relativo a los derechos del niño no es posible identificar una postura clara y uniforme al respecto, en tanto que, con frecuencia, los instrumentos sobre la materia eluden el establecimiento o fijación de una edad específica para ello, limitándose a formular referencias generales, como es el caso de los arts. 16.1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, 2 de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas

---

<sup>12</sup> Cfr. Sabbe, A. et al. (2014). *Forced marriage: an analysis of legislation and political measures in Europe. Crime, Law and Social Change*. Vol. 62, p. 173.

<sup>13</sup> Cfr. Recomendación general n.º 31 de 14 de noviembre de 2014 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general n.º 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, p. 20.

«El matrimonio infantil, también denominado matrimonio a edad temprana, es cualquier matrimonio en el que al menos uno de los contrayentes sea menor de 18 años. La inmensa mayoría de los matrimonios infantiles, tanto de derecho como de hecho, afectan a las niñas, aunque a veces sus cónyuges también son menores de 18 años. El matrimonio infantil se considera una forma de matrimonio forzoso, ya que no se cuenta con el consentimiento pleno, libre e informado de una de las partes o de ninguna de ellas».

análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956, 16.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 18 de diciembre de 1979 y 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y, ya más concreta y recientemente (aun cuando sin valor normativo), la Recomendación general n.º 31, de 14 de noviembre de 2014, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general n.º 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta<sup>14</sup>, que, en su párrafo 55 f), recomienda:

«[...] que la edad mínima legal para contraer matrimonio para niñas y niños, con o sin el consentimiento de los padres, se fije en los 18 años. Cuando se permita un matrimonio a una edad más temprana en circunstancias excepcionales, la edad mínima absoluta no debe ser inferior a 16 años, los motivos para obtener el permiso deben ser legítimos y estar rigurosamente definidos por la legislación, y el matrimonio solo lo debe permitir un tribunal de justicia con el consentimiento pleno, libre e informado del niño o de ambos niños, que deben comparecer ante el tribunal».

La falta de consentimiento libre para contraer nupcias es solo una faceta de lo que supone el matrimonio infantil (muy frecuentemente entrelazado con el matrimonio forzado llevado a cabo en situación de conflicto armado, pues este suele tener por sujetos pasivos a niñas menores de dieciocho e incluso de quince años —edad esta que, *a contrario sensu*, fija el art. 8.2 b) xxvi) y e) vii) del Estatuto de Roma para participar en las hostilidades—), es preciso tener en cuenta otros aspectos del mismo que afectan directamente al respeto de los derechos humanos de los menores de dieciocho años, como el derecho a la libre elección del cónyuge y a la igualdad entre hombres y mujeres en el matrimonio y en las relaciones familiares.

Esta práctica se relaciona con un peor estado de salud, un menor nivel de educación, una situación de dependencia económica y una mayor probabilidad de sufrir abusos sexuales y violencia doméstica<sup>15</sup>. Por otra parte, resulta importante la diferenciación entre el matrimonio concertado o arreglado en tiempos de paz y el matrimonio forzado en tiempo de con-

<sup>14</sup> Cfr. Doc. CEDAW/C/GC31/CRC/C/GC/18, de 14 de noviembre de 2014; cfr. Zaganelli, M. V. *et al.* (2021). Matrimonio Infantil: una violación de Derechos Humanos. *Derecho y Cambio Social*. N.º 63, pp. 11-33.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pp. 22 a 26.

flicto armado, pues tal y como se ha indicado<sup>16</sup>, en el segundo hay una falta de implicación de las familias en la concertación del matrimonio, una ausencia de ceremonias oficiales y la carencia del consentimiento a la unión por parte de los padres de la «esposa», difiriendo la situación en uno y otro supuesto, puesto que en el segundo, a menudo, las mujeres o niñas son secuestradas y simplemente informadas de que se han convertido en «esposas» de combatientes rebeldes que se las han atribuido sin testigos ni familia que puedan actuar como sistema de protección, tal y como es el caso de los matrimonios concertados o arreglados, supuesto este que si bien puede calificarse como una violación de derechos humanos, no puede llegar a constituir, a diferencia de lo que acaece con el matrimonio forzado en contexto de conflicto armado, un crimen internacional.

## 2 TRATAMIENTO POR EL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

En el ámbito universal, desde la inmediata posguerra mundial se centró el derecho a contraer matrimonio en la libre expresión del consentimiento pleno o genuino para ello por ambos cónyuges.

Así, el art. 16.1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1948 estipula que:

«1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio».

Y los arts. 23.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966<sup>17</sup> estipula que: «2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes»; a su vez, en sus arts. 1.1 y 2 la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio,

---

<sup>16</sup> Cfr: Special Court for Sierra Leone, *the Prosecutor against Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu*, case N.º SCSL-2004-16-T. 21 de agosto de 2006. Expert Report on Forced Marriages by Dr. Dorte Thorsen, Uppsala. 26 de julio de 2006.

<sup>17</sup> Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977 (BOE n.º 103, de 30 de abril de 1977).

edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos abierta a la firma en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962<sup>18</sup> previene que:

«[...] no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por estos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos de acuerdo con la ley»

Y que:

«[...] los Estados parte en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad».

Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979<sup>19</sup>, dispone, en sus arts. 5 a) y 16, que:

«[...] los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres»

Y que:

«1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio. b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre

---

<sup>18</sup> Instrumento de Adhesión de 23 de abril de 1969 (*BOE* n.º 128, de 29 de mayo de 1969).

<sup>19</sup> Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 (*BOE* n.º 69, de 21 de marzo de 1984).



albedrío y su pleno consentimiento ... 2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un Registro Oficial».

Ya en el ámbito regional europeo, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011<sup>20</sup>, tras reconocer en su Preámbulo, en lo que ahora interesa, que:

«Las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzoso, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del “honor” y las mutilaciones genitales, que constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres».

Establece, en sus arts. 37.1, 42.1 y 43, que «1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio», además:

«1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que, en los procedimientos penales abiertos por la comisión de uno de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, no se considere a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto “honor” como justificación de dichos actos. Ello abarca, en especial, las alegaciones según las cuales la víctima habría transgredido las normas o costumbres culturales, religiosas, sociales o tradicionales relativas a un comportamiento apropiado».

Asimismo, «los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito».

---

<sup>20</sup> Instrumento de Ratificación de 18 de marzo de 2014 (BOE n.º 137, de 6 de junio de 2014).

El matrimonio forzado, entendido no solo como todo aquel que se celebra sin el consentimiento pleno y libre a la unión de al menos uno de los contrayentes<sup>21</sup>, sino como aquel en el cual uno de los cónyuges o ambos carecen de la capacidad de separarse, de poner fin a la unión o disolver el vínculo, entre otros motivos debido a coacciones o a una intensa presión social o familiar<sup>22</sup>, constituye una grave violación de los derechos humanos, a la dignidad, la igualdad, la educación, la integridad física y moral, e incluso, en muchos casos, el propio derecho a la vida, que mayoritaria, aunque no exclusivamente, afecta a mujeres y niñas y que se conceptualiza como una manifestación de la violencia de género de carácter estructural, pues deriva de una situación de infravaloración y sometimiento de la mujer propia de una secular cultura patriarcal<sup>23</sup>.

Adopta el matrimonio forzado, entendido en sentido amplio, diversas formas o tipologías como, en primer lugar, el matrimonio infantil o matrimonio a edad temprana, precoz o prematuro, en el que, como se ha señalado, al menos uno de los contrayentes es menor de dieciocho años o en el que aunque ambos contrayentes tienen por lo menos esa edad otros factores (como su nivel de desarrollo físico, emocional, sexual o psicosocial, la falta de información respecto a las opciones de vida para una persona, etc.) determinan que no están preparados para consentir en contraerlo, considerándose como una manifestación del matrimonio forzado en cuanto que no se cuenta con el consentimiento pleno, libre e informado de una o de ambas partes<sup>24</sup> y, en segundo término, el matrimonio contractual, que

---

<sup>21</sup> *Cfr.* Recomendación general n.º 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general n.º 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta (Doc. CEDAW/C/GC31/CRC/C/GC/18, de 14 de noviembre de 2014), p. 23. «Los matrimonios forzosos son matrimonios en los que uno o ambos contrayentes no han expresado personalmente su consentimiento pleno y libre a la unión».

<sup>22</sup> *Cfr.* Camps Mirabet, N. *op. cit.*, p. 156. «Es decir, el matrimonio forzado se puede definir igualmente como aquel en que a uno de los cónyuges no se le permite poner fin a la unión o abandonarla»; *cf.* Díez Peralta, E., *op. cit.*, pp. 27-28. «En el último de estos supuestos quedarían englobados, por ende, los denominados matrimonios forzados sobrevenidos. Hay que tener en cuenta, asimismo, que en algunos entornos puede tener lugar un matrimonio forzado cuando se permite a un violador eludir las sanciones penales a cambio de casarse con la víctima, habitualmente con el consentimiento de la familia de ella».

<sup>23</sup> *Cfr.* Camps Mirabet, N., *op. cit.*, p. 153.

<sup>24</sup> Se ha señalado, no obstante, en la Recomendación general n.º 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general n.º 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta (*cf.* CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, de 14 de noviembre de 2014, p. 20), que:

«[...] como una cuestión de respeto a las capacidades en evolución del niño y a su autonomía a la hora de tomar decisiones que afectan a su vida, en circunstancias excepcionales se puede permitir el matrimonio de un niño maduro y capaz menor de

es aquel en que la familia acuerda o arregla el matrimonio temporal de una hija a cambio de un beneficio financiero (lo que constituye una forma de trata de personas, mientras que el pago de una dote o de un precio por la novia constituye una venta de niños de acuerdo con el art. 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000<sup>25</sup>, a cuyo tenor «a los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución»), los matrimonios de intercambio o compensación, el levirato<sup>26</sup> y el sororato<sup>27</sup>.

En definitiva, y a tenor de lo expuesto, ha de concluirse que en situaciones de paz el matrimonio forzado suele fraguarse en el seno de la familia de la víctima, en el contexto de un proceso de sometimiento de la mujer o la niña, que queda subyugada, antes de contraer matrimonio y durante este, al poder decisorio ejercido por miembros de la propia familia (incluidas mujeres, que frecuentemente desarrollan un papel muy activo y decisivo en el proceso de coaccionar a la víctima para que contraiga matrimonio) o de la comunidad de pertenencia (cuyos líderes ejercen formas de supervisión y control informal relevante en el ámbito doméstico), poder que comporta el ejercicio de violencia en distintos momentos y de intensidades diversas

---

18 años, siempre y cuando el niño tenga como mínimo 16 años de edad y tales decisiones las adopte un juez basándose en motivos excepcionales legítimos definidos por la legislación y en pruebas de madurez, sin dejarse influir por la cultura ni la tradición».

<sup>25</sup> Instrumento de Ratificación de 5 de diciembre de 2001 (BOE n.º 27, de 31 de enero de 2002).

<sup>26</sup> Cfr. Recomendación general n.º 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general n.º 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta (CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, de 14 de noviembre de 2014), p. 23. Además del matrimonio infantil, el matrimonio forzoso puede manifestarse en diversas formas como:

«[...] los matrimonios de intercambio o compensación (a saber, baad y baadal), formas serviles de matrimonio y el levirato (obligación de una viuda de casarse con un familiar de su difunto marido) ... Los grupos armados también están utilizando cada vez más los matrimonios forzosos durante los conflictos y, alternativamente, dichos matrimonios pueden ser un medio para que una niña escape de la pobreza posterior a un conflicto».

Sobre el levirato, *cfr.*, en extenso, Ruiz Morell, O. (2008). *El Levirato: del mundo bíblico al judaísmo clásico*. Editorial Universidad de Granada, Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos (MEAH), Sección Hebreo, 57, pp. 213-246.

<sup>27</sup> Cfr. García Romero, M., *op. cit.*, p. 6. Esta práctica «obliga a la hermana de la fallecida o de la mujer infértil a casarse con el viudo o mantener relaciones sexuales con el marido (su cuñado) [...]».

(desde la presión emocional, la coacción y las amenazas hasta el secuestro, los malos tratos, la violación y la violencia sexual, antes y durante el matrimonio)<sup>28</sup>.

A este respecto, debe distinguirse, al menos en las sociedades occidentales (en las que, superada la actitud de tolerancia hacia prácticas que no afectaban a la comunidad mayoritaria, sino a individuos procedentes de sociedades necesitadas de modernización, a las que era preciso culturizar para que las abandonaran, integrándose o asimilándose a la cultura mayoritaria, se ha optado, dado el patente fracaso de tal pretensión, por la vía de su directa criminalización), entre el matrimonio forzado al que se hace referencia y el matrimonio servil, entendido como una forma de esclavitud, en cuanto que en el uno de los cónyuges es reducido a la condición de un bien sobre el que se puede ejercer una parte o la totalidad de los poderes o atributos que confiere la propiedad, lo que viene a configurarlo como una modalidad de esclavitud o de práctica análoga a la esta<sup>29</sup>, en los términos que, en la Sección dedicada a las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, prescribe el art. 1 c) de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, el comercio de esclavos y las instituciones y prácticas similares a la esclavitud hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956 (que tiene por objeto, en lo que ahora interesa, que el Convenio sobre la Esclavitud, hecho en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 —cuyo art. 1.1 reza 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»—, «que continúa en vigor, debe ser ampliado ahora por una convención suplementaria destinada a intensificar los esfuerzos nacionales e internacionales encaminados a abolir la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud»)<sup>30</sup>, a cuyo tenor:

«[...] cada uno de los Estados Partes en la Convención adoptará todas aquellas medidas, legislativas o de cualquier otra índole, que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de las instituciones y prácticas que se indican a continuación, dondequiera que subsistan, les

---

<sup>28</sup> Cfr. Torres Rosell, N. *Aproximación a la realidad fenomenológica del matrimonio forzado en el mundo occidental y a la respuesta jurídica a nivel internacional*, op. cit., pp. 38-40.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 40-42.

<sup>30</sup> Instrumento de Adhesión de 21 de noviembre de 1967 (BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1967).

sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud, firmado en Ginebra en 25 de septiembre de 1926: ... c) Toda institución o práctica en virtud de la cual: i) Una mujer, sin que le asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o cualquier otra persona o grupo de personas; ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona».

Aun cuando resulta innegable que estas tres formas de imposición coactiva del matrimonio a que la Convención de 1956 hace referencia se identifican con la esclavitud, también otras formas de imposición coactiva del matrimonio en que se ejercitan los atributos del derecho de propiedad sobre el cónyuge (restricción de su libertad ambulatoria, reducción a la condición de siervo doméstico y sexual en favor del otro cónyuge o sus familiares, el control e incluso desposesión de sus pertenencias) pueden también considerarse formas de esclavitud o servidumbre en cuanto manifestaciones de un matrimonio servil y una esclavización del individuo por la vía matrimonial<sup>31</sup>.

En los párrafos 9 a 70 (pp. 4-15) del Informe temático sobre el matrimonio servil de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian, presentado de conformidad con la Resolución 15/7 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>32</sup>, se trata, entre otros extremos, esta suerte de matrimonio (respecto al que se afirma, párrafo 17, que:

«[...] otras prácticas análogas a la esclavitud se instauran después, durante el matrimonio servil, ya que es común que la esposa termine en la servidumbre doméstica —véase A/HRC/15/20— y la esclavitud sexual —en que se la explota sexualmente mediante el uso o la amenaza del uso de la fuerza—. Aunque se la suele considerar un fenómeno de los tiempos de conflicto, la esclavitud sexual puede darse en todo momento y viola la Carta Internacional de Derechos Humanos. Los tribunales nacionales han reconocido este concepto»).

---

<sup>31</sup> Cfr. Torres Rosell, N. *Aproximación a la realidad fenomenológica del matrimonio forzado en el mundo occidental y a la respuesta jurídica a nivel internacional*, op. cit., pp. 43-44.

<sup>32</sup> Cfr. Doc. A/HRC/21/41, de 10 de julio de 2012.

El marco jurídico internacional sobre el mismo y sus causas básicas, entre las que se señalan los conflictos armados (párrafos 54 y 55, en los que se afirma que:

«[...] los conflictos y las situaciones posteriores a los conflictos han contribuido también a aumentar los matrimonios serviles, ya que las niñas y mujeres reclutadas o secuestradas por los grupos armados han sido forzadas a casarse con los combatientes. Se sabe de grupos armados, tales como el Ejército de Resistencia del Señor, que han obligado a niñas a contraer matrimonios serviles en la República Centroafricana, la República Democrática del Congo y Sudán del Sur (S/2012/365)».

Y que:

«[...] como se mencionó anteriormente, la cuestión del matrimonio servil en el contexto de los conflictos adquirió recientemente cierta notoriedad al adoptar el Tribunal Especial para Sierra Leona un fallo histórico en la causa *Prosecutor v. Brima et al.*, en que por primera vez se reconoció que el matrimonio forzoso es un crimen contra la humanidad en virtud del derecho penal internacional».

Lo que conduce al concepto estricto de matrimonio forzado en cuanto crimen internacional, generalmente (aunque no siempre) relacionado con el conflicto armado; finalmente, en sus conclusiones y recomendaciones (párrafos 95 a 104), la Relatora Especial, tras señalar que «el Consejo de Derechos Humanos debería adoptar un enfoque más integral para hacer posibles las intervenciones estratégicas, amplias y mejor fundamentadas que se necesitan para poner fin a esta práctica», propone que «la legislación debería prever que los matrimonios contraídos por la fuerza no sean válidos, se anulen o se disuelvan sin que recaiga en las víctimas de esos matrimonios una carga indebida» y que «las violaciones relacionadas con el matrimonio servil, como la servidumbre doméstica y la esclavitud sexual, deberían tipificarse como delitos [...]».

Desde el punto de vista de la consideración del matrimonio forzado en sentido estricto como parte de los *delicta iuris gentium* que integran hoy, *ratione materiae*, el Derecho penal internacional, se ha de tener en cuenta, a falta de una tipificación expresa en los instrumentos convencionales en que se concreta esta rama del Derecho internacional público, que una de las principales características de la misma radica en el hecho de que, a diferencia de lo que acaece en el Derecho penal continental, los delitos

que aquella incrimina no constituyen un *numerus clausus* con arreglo a las prescripciones del principio de legalidad en sus vertientes de garantía criminal y taxatividad, concretado en la fórmula *nullum crimen sine lege praevia*, y más en concreto en las exigencias de ley *scripta, praevia, certa* y *stricta*, siendo buena prueba de ello el hecho de que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) deja espacio a una aplicación extensiva de las figuras delictivas que tipifica no del todo acorde con el indicado principio, al no definirse de manera acabada y exhaustiva en él las conductas delictivas sujetas a la competencia de la Corte (y, más aún, como se muestra, aquellas en que se ha venido a incardinar jurisprudencialmente el matrimonio forzado), por lo que, en la esfera internacional, la aplicación del principio de legalidad es, a diferencia de lo que acontece *in foro domestico*, compleja, abierta o amplia, por no decir no estricta<sup>33</sup>.

Así las cosas, en lo que atañe al matrimonio forzado, se trata de una conducta respecto a la que, si bien existe hoy un amplio consenso, en cuanto a su consideración como crimen internacional, su naturaleza resulta jurisprudencialmente controvertida, como se verá, por una desidiosa actuación de las acusaciones en algunos asuntos emblemáticos, pues se ha tratado, y logrado, por estas evitar su calificación como delito de guerra no obstante la estrecha relación que en casi todos los supuestos las conductas enjuiciadas y declaradas acreditadas presentan con el conflicto armado en cuyo contexto se llevan a cabo, relación sin la cual resulta inimaginable su comisión.

## CAPÍTULO II CONSIDERACIÓN COMO DELITO DEL MATRIMONIO FORZADO EN EL ÁMBITO INTERNO

El delito de matrimonio forzado no aparece en el Derecho, sino con ocasión de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo<sup>34</sup>, y lo hace como una modalidad de las coacciones, previstas, entre los «delitos contra la libertad» del título VI del Libro Segundo de dicho cuerpo legal, en el capítulo III del mismo, ello al castigar, en el apartado 1 de su art. 172 bis, al que «con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio», dependien-

---

<sup>33</sup> Cfr. Etcheberry, A. (2004). The Principles of Legality and Non Bis in Idem. *International Criminal Law: Quo Vadis?* Nouvelles études pénales, N.º 19, Association Internationale de Droit Penal (ed.). Ramonville Saint Agne, Éditions Érès, p. 337.

<sup>34</sup> Cfr. BOE n.º 77, de 31 de marzo de 2015.

do la entidad de la pena a imponer de «la gravedad de la coacción o de los medios empleados».

El matrimonio forzado como tal aparece previsto, tan solo, como una de las finalidades que, a tenor del artículo único 94 de dicho texto legal, el delito de trata de seres humanos que se incrimina en el art. 177 bis, único de que consta el título VII BIS del Libro Segundo de dicho Código, ha de perseguir para integrarse (la letra e) del apartado 1 del art. 177 bis, en la redacción conferida por la disposición final sexta.Diecisiete de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia<sup>35</sup>, reza que:

«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: [...] e) La celebración de matrimonios forzados».

Hay que reseñar, como muestra del escaso conocimiento del legislador penal patrio del deber de cumplimentar, en observancia del principio *pacta sunt servanda*, las obligaciones no autoejecutivas (*not self-executing*) de manera convencional asumidas por España, a través del dictado de la pertinente normativa interna o Derecho interno internacionalmente indispensable, que, en su extenso Preámbulo, la Ley Orgánica 1/2015 no hace alusión alguna a la obligación asumida por el país al ratificar el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, en vigor desde el 1 de agosto de 2014, cuyo art. 37.1 obliga, como se ha visto, a los Estados Partes en dicho instrumento a adoptar las medidas, legislativas o de otro tipo, necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa de forma intencional, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio, prescripción que es la que justifica la introducción,

---

<sup>35</sup> Cfr: BOE n.º 134, de 5 de junio de 2021; cfr: García Sedano, T. (2020). *El delito de trata de seres humanos: el artículo 177 bis del Código Penal*. Madrid, Reus Editorial, p. 172.



de nuevo cuño, en el Código Penal, de esta figura delictiva (y no, como se hace constar en el Preámbulo de mérito, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas -en la que si bien se incluye el matrimonio forzado entre las conductas que pueden dar lugar a la explotación de personas, presentándolo como una forma de explotación característica del delito de trata de seres humanos, en ningún momento se propone la tipificación específica del matrimonio forzado como delito, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, CEDAW*))<sup>36</sup>.

Aunque no es objeto de este trabajo analizar en profundidad los distintos elementos típicos que conforman el delito configurado en el art. 172 bis.1 y 2 del Código Penal (en el que el matrimonio forzado se lleva a cabo, en el primer caso, a través del empleo de los dos medios comisivos de la violencia o intimidación grave —este último de difícil apreciación en la práctica— y en el segundo, además de tales medios comisivos, del de engaño para dar respuesta a la práctica, habitual en los matrimonios forzados, de celebrarlos en un tercer país —generalmente el de origen de los contratantes o sus familiares—, para lo que, a fin de trasladar a este a la víctima, se recurre al engaño —y en menor medida, en su caso, a la violencia o intimidación—)<sup>37</sup>, se ha de significar que se trata de un delito que lesiona el bien jurídico de la libertad, aunque, atendiendo a los medios comisivos que se mencionan en la oración descriptiva (la violencia y la intimidación, grave, y el engaño), pueda resultar cuestionable su ubicación en el capítulo relativo a los delitos de coacciones (habida cuenta de la previsión como eventual medio comisivo del engaño —que no puede equipararse a la violencia o a la intimidación—), por lo que no se puede sino compartir la opinión de que tal vez hubiera sido más adecuado un tratamiento autónomo con un capítulo específico, distinto del de las coacciones (que se reducen a la violencia —que abarca violencia física, fuerza en las cosas, intimidación próxima o inmediata— y a la intimidación), ubicación que facilitaría su interpretación autónoma, sin necesidad de ajustarse al delito de coacciones<sup>38</sup>.

La ignorancia que el legislador penal español de 2015 pone de manifiesto hacia el Convenio hecho en Estambul, el 11 de mayo de 2011, que

---

<sup>36</sup> Cfr. Trapero Barreales, M. A. La respuesta jurídico-penal a los matrimonios forzados. *Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica*, op. cit., pp. 221-222.

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 233-249.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 226-228.

forma parte de el ordenamiento interno desde el 6 de junio de 2014 *ex arts. 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil*, se concreta, además, en la ausencia de previsión específica de las circunstancias agravantes que enuncia el art. 46 de dicho instrumento, no existiendo ni en el art. 172 bis ni en el capítulo III del título VI del Libro Segundo del Código Penal referencia alguna al respecto, por lo que habrá de recurrirse a las agravantes genéricas del art. 22 del meritado cuerpo legal<sup>39</sup> para tratar de subsumir en las en él previstas (sin atentar al principio de legalidad, lo que no parece fácil) algunas de las mencionadas en aquel art. 46 del Convenio de Estambul.

En cualquier caso, y como prueba de su desconocimiento de aquellas obligaciones convencionalmente asumidas por el país, el legislador penal de 2015 omitió tipificar el matrimonio forzado como delito contra la comunidad internacional, ora entre los de lesa humanidad ora entre los contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, en los capítulos II BIS y III del título XXIV del Libro Segundo del Código Penal.

### CAPÍTULO III EL MATRIMONIO FORZADO Y SU CARACTERIZACIÓN COMO CRIMEN INTERNACIONAL

#### 1 LA INTRODUCCIÓN DEL MATRIMONIO FORZADO ENTRE LAS FORMAS DE VIOLENCIA SEXUAL EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: SU INOCULTABLE RELACIÓN CON EL CONFLICTO ARMADO

Se trata de una figura delictiva que, según demuestra la praxis, afecta en mayor medida, en sus diferentes manifestaciones, a las mujeres y niñas que a los hombres, sin que, por otro lado y en contra de lo que se ha aseverado<sup>40</sup>, pueda afirmarse que su perpetración no aparezca, tanto en tiempos de paz como en situaciones de conflicto armado, encuadrada o delimitada por parámetros geográficos, étnicos o de otra índole, en especial culturales o religiosos, de manera que su relación con el conflicto armado, además de ocasional o contextual es, casi siempre por no decir exclusivamente, geográfica y, en ocasiones, causal o funcional a aquel.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 263-265.

<sup>40</sup> *Cf.*: Donnelly, P. y Myers, E. (2023). *Forced Marriage by Non-state Armed Groups: Frequency, Forms, and Impact*. International Peace Institute, pp. 2 a 6.

Definida la violencia sexual usada en cuanto método o táctica de guerra como la que «se refiere a actos de violencia sexual que están relacionados con objetivos militares/políticos y que sirven (o pretenden servir) a un objetivo estratégico relacionado con el conflicto armado»<sup>41</sup>, el secretario general de las Naciones Unidas en su informe de 20 de abril de 2016 sobre la cuestión<sup>42</sup> afirma que:

«[...] la expresión “violencia sexual relacionada con los conflictos” incluye la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, el aborto forzado, la esterilización forzada, el matrimonio forzado y todas las demás formas de violencia sexual de gravedad comparable perpetradas contra mujeres, hombres, niñas o niños, que tienen una vinculación directa o indirecta (temporal, geográfica o causal) con un conflicto. Este vínculo con los conflictos puede manifestarse en el perfil del perpetrador (a menudo afiliado a un Estado o un grupo armado no estatal), el perfil de la víctima (que con frecuencia es integrante de una minoría objeto de persecución política, étnica o religiosa), el clima de impunidad (asociado generalmente con el colapso del Estado), las consecuencias transfronterizas (como el desplazamiento o la trata de personas) o las violaciones de los términos de un acuerdo de alto el fuego»<sup>43</sup>.

La práctica del matrimonio forzado como crimen de guerra, a la que clara, aunque no expresamente, hace referencia el secretario general de las Naciones Unidas, en su citado informe de 20 de abril de 2016, al afirmar que:

«[...] la expresión “violencia sexual relacionada con los conflictos” incluye... el matrimonio forzado y todas las demás formas de violencia sexual de gravedad comparable perpetradas contra mujeres, hombres, niñas o niños, que tienen una vinculación directa o indirecta (temporal, geográfica o causal) con un conflicto».

---

<sup>41</sup> Cfr: Doc. *UN Action Against Sexual Violence in Conflict, Analytical and Conceptual Framing of Conflict-Related Sexual Violence*. Office of the Special Representative of the Secretary-General on Sexual Violence in Conflict, diciembre de 2010.

<sup>42</sup> Cfr: Doc. S/2016/361, de 20 de abril de 2016. *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos [armados]*, referido al periodo comprendido entre enero y diciembre de 2015 (punto 2).

<sup>43</sup> Cfr: Pignatelli y Meca, F. (2023). *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español*. Valencia, Tirant lo blanch, p. 1540.

Es, junto a la del matrimonio precoz o infantil y el concertado o arreglado, un fenómeno no solo ancestral y propio de conflictos armados que afligen a sociedades del llamado tercer mundo, sino actual, además de complejo, que no es siempre ajeno a conflictos armados en que toman parte actores del primer mundo y que afecta fundamental, aun cuando no exclusivamente (como destacadamente ocurrió, según se verá, en el caso camboyano), a las mujeres y a las niñas.

Se debe tener en cuenta un aspecto clave en cuanto afectante al bien jurídico secundariamente protegido en este crimen internacional (el primordialmente tutelado es la comunidad internacional, y, más concretamente, la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad a tenor del Preámbulo del Estatuto de Roma), pues el matrimonio forzado es un delito pluriofensivo, en tanto que no consiste únicamente en un crimen de naturaleza sexual en que se proteja la libre determinación en el ámbito sexual, sino que también tiene fuertes implicaciones sobre otras áreas de la vida del sujeto pasivo (al igual que ocurre con otros crímenes de violencia sexual de los que se incriminan en el Estatuto de la CPI), como puede ser su libertad ambulatoria, dignidad e integridad física y psíquica, que, además, se extienden o surten efectos en la víctima durante un periodo prolongado de tiempo.

El matrimonio forzado es una imposición, en un contexto de matrimonios basados sobre los roles tradicionales del hombre y la mujer en el que se espera que esta adopte una posición de sumisión, cabiendo, por último, resaltar la naturaleza específica de las combinaciones existentes dentro del matrimonio forzado, del que existen tres clases o especies, dependiendo de la naturaleza de los cónyuges, a saber, la primera caracterizada por estar formado el matrimonio por dos miembros de un grupo armado, en el que los miembros que ocupan altos puestos en la organización fuerzan a miembros de menor rango a contraer matrimonio con ellos, la segunda, la más común, en que un miembro de un grupo armado obliga, con la anuencia de los jefes del mismo, a uno o varios civiles (a menudo, mujeres jóvenes o niñas, *overwhelmingly women*) a casarse con él, como ha sido el caso de las zonas dominadas por la organización terrorista Harakat ash-Shabaab al-Muyahidin en Somalia y por grupos armados insurgentes en Sierra Leona, Uganda, la República Democrática del Congo, etc., y, por último, el matrimonio forzado entre dos civiles (el caso camboyano es un supuesto de matrimonio forzado entre civiles, siendo un buen ejemplo de ese tercer tipo *civilian-civilian* del matrimonio forzado), que no tiene relación, al menos directa, con el conflicto armado, y a partir del cual la jurisprudencia se ha adaptado a la realidad

sociológica al admitir que los hombres también pueden ser víctimas de matrimonio forzado<sup>44</sup>.

Desde el punto de vista jurídico el matrimonio forzado se ha de considerar, en situación o contexto de conflicto armado, y junto al aborto forzado, como «cualquier otra forma de violencia sexual» que «también constituya» ora «una infracción grave de los Convenios de Ginebra» de 12 de agosto de 1949 ora «una violación grave del artículo 3 común» a tales convenios, en cuanto que sea, desde el punto de vista de su antijuridicidad material, desvalor o lesividad, comparable a las formas de violencia sexual que se incriminan como crímenes de guerra en el art. 8.2 b) xxii) y e) vi) del Estatuto de Roma o, a tenor del último inciso del ordinal 9º del art. 611 del Código Penal español, como «cualquier otra forma de agresión sexual» distinta de las que se enuncian con anterioridad (violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado o esterilización forzada), lo que comporta que la antijuridicidad material, lesividad o desvalor de la acción afecte a la esfera de la libertad personal del ser humano cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación en, entre otros, el ámbito sexual, actual o *in fieri* (cuando, como es harto frecuente en el matrimonio forzado, se refiere a menores).

A tenor de lo expuesto, si en el ámbito del Derecho penal internacional convencional, y, en concreto, en el Estatuto de Roma, se echa en falta la incriminación como crimen de guerra específico (y como crimen de lesa humanidad, a tenor del art. 7.1 del citado tratado) del matrimonio forzado, en el de la justicia penal internacional la consideración como crimen internacional de esta práctica ha sido bastante reciente y no pacífica y se ha producido como un *desarrollo* en el ámbito jurisprudencial de las previsiones del art. 7.1 del Estatuto de la CPI, en cuanto delito de lesa humanidad y no de guerra, no del todo conforme al principio de legalidad.

No obstante esa calificación, es cierto, en cualquier caso, que aunque el matrimonio forzado no figura como tipo penal autónomo en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales, que establecen una sólida jurisprudencia sobre la violencia sexual en general (aunque vacilante, en cuanto al matrimonio forzado), tanto del informe del secretario general de las Naciones Unidas de 20 de abril de 2016 como de la temprana jurisprudencia

---

<sup>44</sup> *Cfr.* Donnelly, P. y Myers, E., *op. cit.*, pp. 4-12. Las autoras citan como ejemplos de matrimonios forzados entre civiles los propiciados, a escala masiva, por el Frente Polisario en el Sahara Occidental («[...] has forced both underage boys and girls living in the Sahrawi refugee camps it administers to get married on a mass scale») y el Ejército del Mahdi en Irak («forced Christian families living in its territory who could not pay taxes to the group to marry their daughters to Muslim men in the community»).

del TPIY en el asunto Kunarac *et al.*<sup>45</sup> (en que entiende que las especiales circunstancias que rodean al conflicto armado impiden que pueda considerarse que la víctima ha prestado libremente su consentimiento), y, sobre todo, del examen de los distintos asuntos en que diversos Tribunales Penales Internacionales han calificado como delito internacional de lesa humanidad la unión conyugal forzada, no puede ocultarse que el fenómeno del delito de matrimonio forzado aparece muy unido, de forma directa o no (como, sin duda, es el caso camboyano), al conflicto armado, de cuya violencia estructural no es posible dissociar el comportamiento tanto de los autores como de las víctimas, sus familias y comunidades al someterse a los deseos de aquellos.

Este fundamental enfoque que requiere el examen del fenómeno del matrimonio forzado como figura delictiva internacional a los efectos de su calificación jurídica en función de su comisión en el contexto del conflicto armado no puede escindirse de una no menos importante perspectiva de género que debe inspirar transversalmente todo análisis de los delitos de violencia sexual, percepción en la que ha de valorarse el entorno geográfico, sociocultural y religioso en que los hechos se llevan a cabo, aunque solo con el fin de determinar si el matrimonio se atuvo o no a los requisitos que aquel entorno exige para el que se considere concertado o arreglado.

A tal efecto, resulta preciso, con carácter previo a toda profundización en los elementos y morfología de esta suerte de delitos, tener presente que los mismos se producen o tienen lugar masivamente, por lo general, según resulta no ya de la experiencia histórica sino de la más reciente jurisprudencia penal internacional y el propio informe del secretario general de las Naciones Unidas de 20 de abril de 2016, en un contexto específico, que es el de la violencia bélica o en relación con ella, ora en situaciones de conflictos armados internacionales ora, sobre todo en la actualidad, en situaciones de conflictos armados no internacionales y, en concreto, que en ese contexto el uso de la violencia sexual se produce, en ocasiones, contra la población civil del adversario pero, ante todo, sobre la propia (en el marco de los conflictos armados sin carácter internacional, aunque aquí suele tener trascendencia el factor étnico, que, a menudo, impregna esta suerte de conflictos), ora tanto como medio, o arma, o como método de combate, ora como una mera consecuencia de la propia violencia bélica, que lleva aparejado, como uno más de sus efectos, la distribución, el reparto o la

---

<sup>45</sup> Cfr: TPIY, *el Fiscal contra Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, asunto N.º IT-96-23-T & IT-96-23/1-T. Trial Judgment. 22 de febrero de 2001.

apropiación de mujeres entre los combatientes para entablar con ellas una suerte de relación sexual permanente asimilada a la conyugal.

Esta utilización de la violencia sexual sobre la población civil se lleva a cabo más como método que como medio de combate, en cuanto que con la misma se busca la obtención de dos efectos principales, que la jurisprudencia internacional ha podido documentar en conflictos armados como los habidos en la ex-Yugoslavia o en la República Democrática del Congo, a saber, la desmoralización del enemigo y causar en este miedo y humillación, pues a estos fines la violencia sexual se entiende, y ejerce, desde una visión de supremacía del hombre sobre la mujer, desde una visión posesiva bajo la cual la mujer es propiedad de un hombre y, por tanto, forma parte del botín a reclamar o distribuir, habiendo sido, asimismo, ampliamente documentado su uso como herramienta de limpieza étnica, al dirigirse, junto con otras tácticas de terror, sometimiento y humillación, sobre un grupo étnico en particular<sup>46</sup>.

El matrimonio forzado debe ser catalogado como un crimen con un fundamental componente de violencia de género, y ello, en primer lugar, por cuanto que, cuando tiene lugar en contexto de conflicto armado, no solo afecta, en una mayor proporción, a mujeres y niñas en comparación con los hombres, siendo las violencias sexuales contra aquellas en situaciones de conflicto armado objeto, cada vez en mayor medida, de reconocimiento desde principios de este milenio por parte de Tribunales internacionales, resultando ser el matrimonio forzado uno de los crímenes objeto de dicho reconocimiento, en el que si bien su funcionamiento es simple (pues, fundamentalmente, en el una mujer es obligada a unirse en conyugalmente o casarse con un hombre sin su consentimiento), sus vicisitudes van más allá.

En segundo término (y esta es una de las vicisitudes a las que se ha hecho referencia), los actos que siguen al matrimonio forzado exponen a las mujeres víctimas del mismo a otras formas de violencia subsecuentes al propio matrimonio forzado, como violaciones, esclavitud sexual o abusos físicos y psíquicos.

En tercer lugar, el matrimonio forzado tiene en común con otros delitos de naturaleza sexual la percepción de posesión del hombre sobre la mujer, que con frecuencia puede ser forzada a casarse por acuerdos económicos o incluso como instrumento para el cónyuge, bien sea para proporcionarle

---

<sup>46</sup> Cfr: Gil Gil, A. (2010). *La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional*. En: Arroyo Zapatero, L., Nieto Martín, A. (dirs.), Muñoz de Morales Romero, M. y Bailone, M. (coords). *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 123-125.

estatus u obtener descendencia, pues este fenómeno tiene su origen en un constructo social en el que la mujer es un objeto de solaz y reproductivo que debe servidumbre al hombre, del que se convierte en propiedad, lo que pone de relieve una desigualdad sistémica en estos contextos, siempre en perjuicio de las mujeres<sup>47</sup>, que se acentúa e incluso eclosiona en aquellas situaciones, como las de conflicto armado, en las que en ciertas sociedades o entidades nacionales frágil o débilmente estructuradas la desaparición o el colapso del tejido institucional (ya de por sí endeble en tiempo de normalidad) y su sustitución por quienes se encuentran vestidos de medios de ejercer la violencia armada da lugar a que se relajen o incluso desaparezcan las normas, incluso consuetudinarias, que, en situación de normalidad, evitaban o ponían freno, al menos formal, a aquella desigualdad sistémica ancestralmente enraizada en el sentir mayoritario de tales sociedades.

## 2 LA LABOR DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL A PARTIR DE LA ÚLTIMA DÉCADA DEL SIGLO XX

A efectos de concebir el matrimonio forzado como crimen internacional resulta indispensable observar la evolución habida en la concepción que del mismo han venido ofreciendo distintos Tribunales Penales Internacionales en las hasta ahora no muy numerosas resoluciones en que se aborda este fenómeno y que culmina, por de pronto, con las sentencias de la CPI que han puesto un controvertido final a dos asuntos en que, entre otros delitos de la competencia de la Corte, se aborda el matrimonio forzado.

En cualquier caso, esta labor jurisprudencial no ha llegado, como resulta lógico a tenor del mantenimiento de un mínimo respeto al principio de legalidad, a configurar el matrimonio forzado como un nuevo crimen de lesa humanidad o de guerra, sino que se ha limitado a subsumirlo en algunos de los tipos delictivos vigentes<sup>48</sup>, aunque al considerarlo como un crimen de lesa humanidad de «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente

---

<sup>47</sup> Cfr: Grey, R. (2017). *The ICC's First 'Forced Pregnancy' Case in Historical Perspective*. *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 15, p. 906; cfr: Barcons Campmajó, M. (2019). Los matrimonios forzados como violencia de género: aspectos controvertidos desde los feminismos. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. N.º 41, p. 29; cfr: O'Brien, M. (2022). Gender Dimensions of Forced Marriage in International Criminal Law. En: Rosenthal, I., Oosterveld, V. y SáCouto, S. (eds.). *Gender and International Criminal Law*. OUP. Capítulo 8, pp. 207-230.

<sup>48</sup> Cfr: Haenen, I. (2014). *Force & Marriage. The criminalisation of forced marriage in Dutch, English and international criminal law*. Cambridge, Intersentia Ltd., p. 158.



contra la integridad física o la salud mental o física» del art. 7.1 k) del Estatuto de Roma, ha procedido a extender o ampliar un precepto ya de por sí abierto mediante una interpretación que pudiera ser calificada de *in malam partem* (o, incluso, de aplicación analógica del precepto), pero que, siguiendo la estela del TPIR cuando en el asunto Akayesu<sup>49</sup> aplicó el art. 3 i) de su Estatuto (precepto aún más abierto que el del art. 7.1 k) del Estatuto de la CPI, pues su oración típica se limita a «otros actos inhumanos») a la desnudez forzada, comporta un *desarrollo* del tipo que abre nuevas posibilidades (por ejemplo, respecto al aborto forzado).

En el marco del Estatuto de Roma, tratado que será en lo sucesivo el aplicable a la mayor parte de hechos calificados como crímenes internacionales de matrimonio forzado, en cuanto al principio de legalidad en su aspecto de garantía criminal consagrado en su art. 22 y sin perjuicio de constatar el gran paso adelante que significan los arts. 7 y 8 del Estatuto en cuanto al respeto de dicho principio en relación con los preceptos homólogos de los Estatutos del TPIY y el TPIR, dicho principio (fundamental de cualquier sistema de justicia penal que pretenda apoyarse en el imperio de la ley) excluye la posibilidad de que la CPI pueda ejercer competencia sobre delitos consuetudinarios así como la imposibilidad de que determinados principios generales del Derecho (ora del Derecho internacional — incluidos los del Derecho internacional de los conflictos armados o Derecho internacional humanitario—, ora de los derivados del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo) o la propia jurisprudencia de la Corte enumerados en el art. 21.1 y 2 del Estatuto puedan ser normas creadoras de delitos, de manera que ni tales principios, la jurisprudencia o la costumbre pueden tener efecto creador, limitándose a ser normas aplicables para la interpretación o, todo lo más, la integración de las normas escritas, pudiendo llegar a ser relevante para la jurisprudencia de la Corte como parte del Derecho aplicable según el art. 21 del Estatuto<sup>50</sup>.

El art. 7.1 k) del Estatuto de la CPI suscita graves dudas sobre su conformidad con los principios generales del Derecho penal proclamados en dicho instrumento, pues, como se ha dicho<sup>51</sup>, su redacción contiene la descripción

<sup>49</sup> Cfr. TPIR, *el Fiscal contra Jean Paul Akayesu*, asunto ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998.

<sup>50</sup> Cfr. Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. (2000). Los principios generales de Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Revista Española de Derecho Militar*. N.º 75, pp. 389-391.

<sup>51</sup> Cfr. Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. (2021). *Protección penal de la mujer contra la violencia sexual en el Estatuto de Roma y prohibición de la analogía in malam partem. A propósito de la condena del ex niño soldado Dominic Ongwen por la Corte Penal Internacional*. *Revista Española de Derecho Militar*. N.º 116, pp. 88-89.

de una acción típica que incurre en la prohibición estatutaria de la analogía en contra del reo, ya que si bien no ofrece este reparo el resultado típico (causar «intencionalmente grandes sufrimientos» o atentar «gravemente contra la integridad física o la salud mental o física»), integrado por elementos valorativos que describen las consecuencias intencionales (dolosas *-mens rea-*, en definitiva) de la acción típica, en cambio los términos de esta acción, que deberían describir acabada y exactamente la conducta punible, se definen, de forma imprecisa, como «otros actos inhumanos de carácter similar», en clara referencia a los precedentes crímenes de lesa humanidad del art. 7.1 a) a j), lo que dio lugar a la postura negativa a este precepto mantenida en la Conferencia Diplomática de Roma por la Delegación española<sup>52</sup>.

En todo caso, el matrimonio forzado constituye uno de los mayores ejemplos de la importancia de la jurisprudencia, entendida como fuente del Derecho en el ámbito del Derecho penal internacional, pues ha sido precisamente a través de esta función, no creadora pero sí integradora, como, desde la sentencia de apelación del Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante, TESL) recaída en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o asunto *Brima et al.*<sup>53</sup>, se ha podido llegar a concebir aquella práctica como un crimen internacional con sustantividad propia, aun cuando no se puede negar que para ello se bordea por la CPI, muy peligrosamente, un entendimiento estricto del principio de legalidad y de prohibición de la analogía, en los términos del Estatuto de Roma que antes se señalaron.

## 2.1 La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*

En los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* no aparece el matrimonio forzado ni como crimen de lesa humanidad ni como crimen de guerra.

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 89.

«[...] no perdió la ocasión de poner de manifiesto la extensión analógica que presentaba el precepto, sin que las razones para mantenerlo resultaran convincentes desde el punto de vista del derecho penal y de la propia redacción del ER. La concreta redacción típica se debe considerar un caso de analogía legis (norma extraída de la propia ley), pero no un tipo abierto que pueda ser complementado por elementos normativos o valorativos. Por el contrario, sus resultados lesivos (causar “intencionalmente grandes sufrimientos” o atentar “gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”) pueden satisfacer la exigencia de certeza al remitirse a elementos valorativos».

<sup>53</sup> *Cfr.* Special Court for Sierra Leone, in the Appeals Chamber, case N.º SCSL-2004-16-A, *Prosecutor Against Alex Tamba Brima, Brima Bazzy KAMARA y Santigie Borbor KANU*. Judgment. 22 de febrero de 2008.

En efecto, el art. 5 g) del Estatuto del TPIY incrimina «la violación» entre los crímenes de lesa humanidad, sin que en los arts. 2 y 3 del mismo se haga mención de la violencia sexual entre las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y la violación de las leyes o usos de la guerra, es decir como crimen de guerra en un contexto de conflicto armado de carácter internacional; por su parte, en el art. 3 g) del Estatuto del TPIR se castiga también «la violación» entre los crímenes de lesa humanidad y en el art. 4 e) se incluye, muy novedosamente, «la violación» entre los crímenes de guerra que comportan violaciones del art. 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios, junto a «la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente», conminando en el art. 4 h) «la amenaza de perpetración de cualquiera de los actos precedentes».

En cualquier caso, en la jurisprudencia del TPIY y el TPIR no hay referencias al matrimonio forzado como crimen de la competencia de ninguno de ambos.

## **2.2 La jurisprudencia de los Tribunales Penales internacionalizados, mixtos o híbridos**

Ha sido en el ámbito jurisdiccional de estos tribunales, puestos en funcionamiento, tras el agotamiento del sistema de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* e incluso con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de la CPI, de un modo consensuado entre determinados gobiernos y las Naciones Unidas o alguna organización regional (como la Unión Africana) con el fin de evitar que crímenes atroces cometidos en un contexto espaciotemporal determinado quedaran impunes<sup>54</sup>, donde ha germinado, adquiriendo sustantividad propia y evolucionado, en orden a su calificación, el crimen internacional de matrimonio forzado.

En cualquier caso, el matrimonio forzado no fue contemplado como crimen de guerra por estos Tribunales internacionalizados, a pesar de que los actos constitutivos de dicha práctica se llevaron a cabo en muchos supuestos con ocasión o en el contexto de un conflicto armado, en concreto en el creado para Sierra Leona, y en relación con dicho conflicto y ello por cuanto que la Fiscalía no acusó por tal género delictivo (tal vez para ahorrarse tener que acreditar —de manera que el Tribunal lo pudiera declarar

---

<sup>54</sup> Cfr: Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español*, op. cit., pp. 458-500.

probado más allá de toda duda razonable— la relación de los hechos con el conflicto armado y la condición de personas protegidas ex Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o, mejor, art. 3 común a aquellos cuatro Convenios —en cuanto «personas que no participen directamente en las hostilidades»—, de los sujetos pasivos de los hechos).

### 2.2.1 El Tribunal Especial para Sierra Leona

Se ha de comenzar señalando que el principal problema que, desde el punto de vista dogmático, hubo de solventar el TESL a la hora de calificar jurídicamente la frecuente práctica del matrimonio forzado llevada a cabo en el seno del conflicto armado que asoló a ese país desde 1991, por los miembros de los grupos armados combatientes, fue el de compatibilizar dicha calificación con el principio de legalidad en su aspecto de garantía criminal, aunque encontró fundamento suficiente para justificar la existencia del matrimonio forzado como crimen en el Derecho internacional consuetudinario, lo que comportó las más acerbas críticas frente a la sentencia recaída en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o *Brima et al.*, que abrió esta vía<sup>55</sup>, aunque no se puede obviar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado con respecto al principio de legalidad en el asunto *Jorgic c. Alemania*<sup>56</sup>, aseverando que aquel principio no

---

<sup>55</sup> Cfr: Azadi Goodfellow, N. (2011). The Miscategorization of ‘Forced Marriage’ as a Crime against Humanity by the Special Court for Sierra Leone. *International Criminal Law Review*. 11(5), p. 840; cfr: Haenen, I., *op. cit.*, pp. 80 y ss.

<sup>56</sup> Cfr: sentencia de 12 de octubre de 2007 (Demanda n.º 74613/01), Sección Quinta. En el p. 100 de su resolución el TEDH afirma que:

«[...] la garantía que consagra el artículo 7 del Convenio es un elemento esencial de la preeminencia del derecho. No se limita, por tanto, a prohibir la aplicación retroactiva de la legislación penal en perjuicio del acusado: consagra igualmente, de manera más general, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el que exige no aplicar la Ley penal de manera extensiva en perjuicio del acusado, principalmente por analogía. Resulta que un delito debe estar claramente definido por la Ley. Esta condición se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y si es necesaria con la ayuda de la interpretación realizada por los Tribunales, qué acciones y omisiones suponen su responsabilidad penal. La noción de “derecho” (“law”) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de “Ley” que figura en otros artículos del Convenio, noción que engloba tanto el derecho escrito como no escrito e implica condiciones cualitativas, entre otras las de accesibilidad y de previsión»

Y en las pp. 113 y 114 que:

“[...] el Tribunal concluye que aunque, en el momento de los hechos, buen número de autoridades interpretarían de manera limitada la noción de genocidio, otras

puede impedir el avance del Derecho penal internacional siempre que este desarrollo sea coherente con la esencia del principio y pueda ser razonablemente previsto<sup>57</sup>.

### 2.2.1.1 Asunto de ciertos altos mandos del AFRC o Brima et al.

Aunque entre las formas de violencia sexual que se incriminan expresamente como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en los arts. 7.1 g) y 8.2 b) xxii) y e) vi) del Estatuto de la CPI no aparece el matrimonio forzado, el texto del art. 2 del Estatuto del TESL de 4 de octubre de 2000<sup>58</sup>, primero en constituirse de los Tribunales Penales internacionalizados, mixtos o híbridos, básicamente se remite al Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 (en octubre de 2000 este tratado no había entrado aún en vigor con carácter general) junto a los Estatutos del TPIY y el TPIR (en los que tampoco se incriminaba esta práctica), por lo que la Fiscalía llegó, en un primer momento, a calificarla como crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos de gravedad similar del art. 2 i) del Estatuto del TESL<sup>59</sup>, la decisión en apelación de este Tribunal en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC (Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas —Armed Forces Revolutionary Council o fuerzas armadas responsables del golpe de Estado en Sierra Leona en 1991 y la posterior guerra civil que asoló el país durante once años—) o Brima *et al.*<sup>60</sup>, ha sido, como se ha adelantado, clave a la hora de fijar la dirección en que la jurisprudencia internacional

---

harían una interpretación más amplia como la realizada por los Jueces alemanes en este caso. En estas condiciones, el Tribunal considera que el demandante podía razonablemente haber previsto, si lo necesitaba tras consultarlo con un abogado, que corría el riesgo de ser acusado y reconocido culpable de genocidio por los actos cometidos en 1992 [...] En consecuencia, se podría razonablemente considerar que la interpretación realizada por las jurisdicciones nacionales de la noción de genocidio es coherente con la sustancia de este delito y era razonablemente previsible en el momento de los hechos. Reunidas estas condiciones, corresponde a los Jueces alemanes decidir la interpretación de la noción de genocidio que desean adoptar en derecho interno. Por tanto, la condena del demandante por genocidio no vulneró el artículo 7.1 del Convenio».

<sup>57</sup> Cfr. Dumbryte, A. (2013). “Till Death Do Us Part”: Forced Marriage as an International Crime. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Vol. 13, n.º 13, pp. 18-19.

<sup>58</sup> Cfr. Doc. S/2000/915, de 4 de octubre de 2000.

<sup>59</sup> Cfr. Bou Franch, V. (2015). El crimen internacional de esclavitud sexual y la práctica de los “matrimonios forzados”. *Anuario Español de Derecho Internacional*. Vol. 31, pp. 85-86.

<sup>60</sup> Cfr. Haenen, I., *op. cit.*, pp. 265 y ss.

se conduciría en lo sucesivo a la hora de calificar el matrimonio forzado como delito internacional<sup>61</sup>.

Si bien la Sala Segunda de Primera Instancia del TESL en su sentencia de 20 de junio de 2007<sup>62</sup>, incardina, por mayoría, el matrimonio forzado en la categoría residual de crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual<sup>63</sup> (la magistrada Julia Sebutinde, presidenta de la Sala, en su voto particular concurrente<sup>64</sup> reconoce que existe una falta de atención específica al matri-

---

<sup>61</sup> Sobre la constitución del TESL, *cfr.* Palmer, A. (2009). An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of “Forced Marriage”. *Northwestern Journal of International Human Rights*. Vol. 7, issue 1, pp. 143-147.

<sup>62</sup> *Cfr.* Special Court for Sierra Leone, Trial Chamber II, case N.º SCSL-04-16-T, *Prosecutor Against Alex Tamba BRIMA, Brima Bazzy KAMARA y Santigie Borbor KANU*.

<sup>63</sup> *Cfr.* Azadi Goodfellow, N., *op. cit.*, p. 832; *cfr.* Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. *Protección penal de la mujer contra la violencia sexual en el Estatuto de Roma y prohibición de la analogía in malam partem. A propósito de la condena del ex niño soldado Dominic Ongwen por la Corte Penal Internacional, op. cit.*, pp. 78-79. En relación con el crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual del art. 7.1 g) del Estatuto de la CPI, el autor significa que en el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas del Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud, violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas de esclavitud semejantes durante los conflictos armados (UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1998/13, de 22 de junio de 1998):

«[...] se alude a que prácticas tales como la detención de mujeres en campos de violación o estaciones de confort, los “matrimonios temporales” con soldados y otras prácticas que tratan a las mujeres como enseres (bienes muebles), constituyen de hecho y de derecho formas de esclavitud ... la situación de los llamados “matrimonios forzosos” ha sido perseguida por los tribunales penales internacionales, acusando a sus autores por los crímenes de lesa humanidad de esclavitud, esclavitud sexual y otros actos inhumanos».

<sup>64</sup> *Cfr.* Special Court for Sierra Leone, Trial Chamber II, case N.º SCSL-04-16-T, *Prosecutor Against Alex Tamba BRIMA, Brima Bazzy KAMARA y Santigie Borbor KANU. Separate Concurring Opinion of the Hon. Justice Julia Sebutinde Appended to Judgement Pursuant to Rule 88 (C)*, pp. 574-581, p. 18.

«I would conclude this Separate Concurring Opinion by reiterating that I fully endorse the Trial Chamber’s finding that the crime of “forced marriage” is completely subsumed in the crime against humanity of Sexual Slavery and that there is no lacuna in the law which would necessitate a separate crime of “forced marriage” as an “other inhumane act”. I further endorse the Trial Chamber’s decision, in the interests of justice, to consider the overwhelming body of evidence of sexual slavery under Count 9 (Outrages upon Personal Dignity). Although it would ideally have been more appropriate to consider the evidence of forced marriage under a count of Sexual Slavery, See the elements of the crime of Sexual Slavery as stated by the Trial Chamber in the Applicable Law Chapter of the Judgement.

The Parties respective submissions on “forced marriage” are outlined in the Applicable Law Chapter of the Judgement. Case No. SCSL-2004-16-T 581 20 June 2007 that option does not arise in this case as Count 7 of the Indictment was dismissed as bad for duplicity. To throw out the overwhelming body of evidence of ‘forced marriage’ as a consequence of the Prosecution’s procedural error would, in my opinion,

monio forzado, en tanto que siempre se había subsumido en los crímenes de esclavitud sexual o violación), alcanzando tal conclusión la sentencia al aseverar que el matrimonio forzado cumple todos los elementos de la esclavitud sexual (a saber, que el «marido» ejerza la propiedad de su «esposa», la cual es forzada a ejercer «deberes conyugales» tales como cocinar, limpiar o lavar la ropa y que obligue a esta a mantener relaciones sexuales sin su consentimiento), posteriormente la Sala de Apelaciones en su sentencia de 22 de febrero de 2008<sup>65</sup> concluye que el matrimonio forzado se subsume en

---

be doing a great injustice to the hundreds of victims of ‘forced marriage’ who look to this Court for redress».

<sup>65</sup> *Cf.*: Special Court for Sierra Leone, in the Appeals Chamber, case N.º SCSL-2004-16-A, *Prosecutor Against Alex Tamba BRIMA, Brima Bazy KAMARA y Santigie Borbor KANU*. Judgment. 22 de febrero de 2008. La Sala de Apelaciones dedica los pp. 175-203 de su sentencia al matrimonio forzado, estableciendo (pp. 195 y 196) que: [...] based on the evidence on record, the Appeals Chamber finds that no tribunal could reasonably have found that forced marriage was subsumed in the crime against humanity of sexual slavery. While forced marriage shares certain elements with sexual slavery such as non-consensual sex and deprivation of liberty, there are also distinguishing factors. First, forced marriage involves a perpetrator compelling a person by force or threat of force, through the words or conduct of the perpetrator or those associated with him, into a forced conjugal association with another person resulting in great suffering, or serious physical or mental injury on the part of the victim. Second, unlike sexual slavery, forced marriage implies a relationship of exclusivity between the “husband” and “wife”, which could lead to disciplinary consequences for breach of this exclusive arrangement. These distinctions imply that forced marriage is not predominantly a sexual crime. The Trial Chamber, therefore, erred in holding that the evidence of forced marriage is subsumed in the elements of sexual slavery».

que:

«[...] in light of the distinctions between forced marriage and sexual slavery, the Appeals Chamber finds that in the context of the Sierra Leone conflict, forced marriage describes a situation in which the perpetrator through his words or conduct, or those of someone for whose actions he is responsible, compels a person by force, threat of force, or coercion to serve as a conjugal partner resulting in severe suffering, or physical, mental or psychological injury to the victim».

Concluyendo (pp. 199-202) que:

«the Appeals Chamber finds that the evidence before the Trial Chamber established that victims of forced marriage endured physical injury by being subjected to repeated acts of rape and sexual violence, forced labour, corporal punishment, and deprivation of liberty. Many were psychologically traumatised by being forced to watch the killing or mutilation of close family members, before becoming “wives” to those who committed these atrocities and from being labelled rebel “wives” which resulted in them being ostracised from their communities. In cases where they became pregnant from the forced marriage, both they and their children suffered long-term social stigmatisation», que “in assessing the gravity of forced marriage in the Sierra Leone conflict, the Appeals Chamber has taken into account the nature of the perpetrators’ conduct especially the atmosphere of violence in which victims were abducted and the vulnerability of the women and girls especially those of a very young age. Many of the victims of forced marriage were children themselves. Similarly, the Appeals Chamber has considered the effects of

el crimen residual de lesa humanidad de «otros actos inhumanos» de gravedad similar del art. 2 i) del citado estatuto (calificación que había dado a los hechos la Fiscalía, entendiendo el matrimonio forzado como:

«[...] palabras u otras conductas destinadas a conferir la condición de matrimonio mediante la fuerza o la amenaza de fuerza o coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la coerción, la reclusión, la opresión psicológica o el abuso de poder contra la víctima, o aprovechándose de un entorno coercitivo, con la intención de conferir la condición de matrimonio».

Se aceptaba en el voto particular parcialmente disidente en primera instancia de la magistrada Teresa Doherty<sup>66</sup>, que vino a justificar la con-

---

the perpetrators' conduct on the physical, moral, and psychological health of the victims. The Appeals Chamber is firmly of the view that acts of forced marriage were of similar gravity to several enumerated crimes against humanity including enslavement, imprisonment, torture, rape, sexual slavery and sexual violence».

«[...] the Appeals Chamber is also satisfied that in each case, the perpetrators intended to force a conjugal partnership upon the victims, and were aware that their conduct would cause serious suffering or physical, mental or psychological injury to the victims. Considering the systematic and forcible abduction of the victims of forced marriage, and the prevailing environment of coercion and intimidation, the Appeals Chamber finds that the perpetrators of these acts could not have been under any illusion that their conduct was not criminal. This conclusion is fortified by the fact that the acts described as forced marriage may have involved the commission of one or more international crimes such as enslavement, imprisonment, rape, sexual slavery, abduction among others».

Y que:

«[...] the Appeals Chamber has carefully given consideration to whether or not it would enter fresh convictions for “Other Inhumane Acts” (forced marriage). The Appeals Chamber is fully aware of the Prosecution’s submission that entering such convictions would reflect the full culpability of the Appellant. The Appeals Chamber is also aware that the Trial Chamber relied upon the evidence led in support of sexual slavery and forced marriage to enter convictions against the Appellants for “Outrages upon Personal Dignity” under Count 9 of the Indictment. Since “Outrages upon Personal Dignity” and “Other Inhumane Acts” have materially distinct elements (in the least, the former is a war crime, and the latter a crime against humanity) there is no bar to entering cumulative convictions for both offences on the basis of the same facts. However, in this case the Appeals Chamber is inclined against entering such cumulative convictions. The Appeals Chamber is convinced that society’s disapproval of the forceful abduction and use of women and girls as forced conjugal partners as part of a widespread or systematic attack against the civilian population, is adequately reflected by recognising that such conduct is criminal and that it constitutes an “Other Inhumane Act” capable of incurring individual criminal responsibility in international law».

<sup>66</sup> Cfr: Special Court for Sierra Leone, Trial Chamber II, case N.º SCSL-04-16-T, *Prosecutor Against Alex Tamba BRIMA, Brima Bazzy KAMARA y Santigie Borbor KANU*. Part-



sideración del matrimonio forzado como delito de lesa humanidad en las diferencias entre los posibles matrimonios concertados y los forzados llevados a cabo en Sierra Leona, así como resaltando tres consecuencias de estos últimos.

Siendo, el trauma generado a las víctimas al entrar en un acuerdo matrimonial sin su consentimiento, el estigma social asociado a ser etiquetada como la esposa de un rebelde y el rechazo de la comunidad por este motivo, el cual, unido a la obligación de cuidar de los hijos nacidos de la unión, provocó que algunas de las mujeres permanecieran en los matrimonios tras finalizar el conflicto.

La diferencia entre el delito de otros actos inhumanos y el de esclavitud sexual en que en el primero la naturaleza de la relación entre «marido» y «esposa» se distingue de la esclavitud sexual donde existe una relación casi transaccional, pues mientras que esta última ha de cuidar de aquel, satisfacer sus necesidades sexuales, tener sus hijos y serle fiel, el «marido» debe otorgar a la «esposa» protección ante posibles violaciones de otros combatientes, alimento cuando estuviese disponible e incluso un cierto estatus entre los rebeldes, dependiendo de su propio rango, por lo que es, ante todo, el sufrimiento mental y moral lo que configura el delito de matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad de «otros actos inhumanos» de gravedad similar, siendo el elemento clave la imposición de la unión marital por la fuerza o amenaza de la misma).

---

*ly Dissenting Opinion of Justice Doherty on Count 7 (sexual slavery) and Count 8 ('forced marriages')*, pp. 582-596. Tras indicar, en el p. 46, que:

«[...] the evidence shows “forced marriage” in the context of the armed conflict of Sierra Leone involved the forceful abduction of girls and women from their homes or other places of refuge and their detention with the AFRC troops as they moved through the various Districts. The girls and women, without their consent, were taken as ‘wives’ by individual rebels. Some girls and women forced into marriage benefited from their “marriage” insofar as their ownership by a particular rebel may have offered them some protection from rape and other forms of abuse by the other rebels. However, given the overwhelming environment of coercion [...]».

Asevera, en la p. 71, que:

«[...] by vitiating the will of one party and forcing him or her to enter into and remain in a marital union the victim is subject to physical and mental suffering the phenomenon of forced marriage transgresses the internationally accepted conventions that both parties must consent to a marriage. It is contrary to principles of criminal law shared by common law and civil law systems alike, as well as Islamic law and the legal systems of some Asian and African states. I consider, on the evidence before me, that the act of forced marriage is of similar gravity and nature to the other enumerated crimes against humanity and that the act causes serious bodily or mental harm. Accordingly, I consider and hold that forced marriage constitutes a crime against humanity».

Considerando tanto que la Fiscalía no había logrado probar que alguna de las mujeres o niñas víctimas del matrimonio forzado hubieran sufrido daños, físicos o psíquicos, específicamente por el hecho de que uno de los rebeldes la hubiese declarado su esposa como que el art. 2 g) del Estatuto del TESL, equivalente al art. 7.1 g) del Estatuto de Roma, contiene un listado exhaustivo de delitos que conllevan violencia sexual, y que, por lo tanto, el cajón desastre que supone el art. 2 i) de aquel, equivalente al 7.1 k) del Estatuto de la CPI, de «otros actos inhumanos» no hace referencia exclusiva a crímenes no sexuales<sup>67</sup> tipificados en el art. 2 g) que resulten equivalentes a una afrenta a la dignidad humana<sup>68</sup>, es decir, no los excluye, si bien el de matrimonio forzado no es un crimen predominantemente sexual, al afirmarse, en concreto, que en los autos del proceso se contienen pruebas abundantes de que los autores de matrimonios forzados tenían la intención de imponer una «asociación conyugal forzada» a las víctimas en lugar de ejercer un derecho de propiedad y

---

<sup>67</sup> La Sala en las pp. 198-201 de la sentencia afirma, entre otros extremos, que:

«[...] the Appeals Chamber agrees with the Prosecution that the notion of “Other Inhumane Acts” contained in Article 2.i of the Statute forms part of customary international law. As noted above, it serves as a residual category designed to punish acts or omissions not specifically listed as crimes against humanity provided these acts or omissions meet the following requirements: (i) inflict great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health; (ii) are sufficiently similar in gravity to the acts referred to in Article 2.a to Article 2.h of the Statute; and (iii) the perpetrator was aware of the factual circumstances that established the character of the gravity of the act. The acts must also satisfy the general chapeau requirements of crimes against humanity”, que “finds that the evidence before the Trial Chamber established that victims of forced marriage endured physical injury by being subjected to repeated acts of rape and sexual violence, forced labour, corporal punishment, and deprivation of liberty. Many were psychologically traumatised by being forced to watch the killing or mutilation of close family members, before becoming “wives” to those who committed these atrocities and from being labelled rebel “wives” which resulted in them being ostracised from their communities. In cases where they became pregnant from the forced marriage, both they and their children suffered long-term social stigmatisation».

Y que:

«[...] is also satisfied that in each case, the perpetrators intended to force a conjugal partnership upon the victims, and were aware that their conduct would cause serious suffering or physical, mental or psychological injury to the victims. Considering the systematic and forcible abduction of the victims of forced marriage, and the prevailing environment of coercion and intimidation, the Appeals Chamber finds that the perpetrators of these acts could not have been under any illusion that their conduct was not criminal. This conclusion is fortified by the fact that the acts described as forced marriage may have involved the commission of one or more international crimes such as enslavement, imprisonment, rape, sexual slavery, abduction among others».

<sup>68</sup> *Cfr.* Bou Franch, V., *op. cit.*, p. 86.

de que el matrimonio forzado no es predominantemente un delito sexual, habiendo pruebas sustanciales en la sentencia que demuestran que durante todo el conflicto armado en Sierra Leona las mujeres y las niñas fueron secuestradas sistemáticamente de sus hogares y comunidades por tropas pertenecientes al AFRC y obligadas a servir como compañeras conyugales de los soldados del AFRC, habiendo sido a menudo secuestradas en circunstancias de extrema violencia, obligadas a trasladarse junto con las fuerzas combatientes de un lugar a otro, y coaccionadas a realizar una variedad de deberes conyugales, incluyendo relaciones sexuales regulares, trabajo doméstico forzado como limpiar y cocinar para el «marido», soportar embarazos forzados y cuidar y criar a los hijos del «matrimonio», esperándose, a cambio, que el «marido» rebelde proporcionara comida, ropa y protección a su «esposa», incluida la protección contra la violación por parte de otros hombres, actos que no realizaba cuando usaba a una mujer solo con fines sexuales, si bien, como determinó la Sala de Primera Instancia, los beneficios relativos que las víctimas de matrimonio forzado recibieron de los perpetradores no significan consentimiento a la asociación conyugal forzada ni excluyen o descartan la naturaleza criminal de la conducta del actor dado el entorno de violencia y coerción en el que tuvieron lugar estos hechos<sup>69</sup>.

En base a la jurisprudencia recaída en casos similares que habían sido considerados como crímenes de lesa humanidad de otros actos inhumanos, se concluye que la existencia del art. 2 g) del Estatuto del TESL, relativo a crímenes sexuales, no excluye la posibilidad de incluir en el art. 2 i) del mismo crímenes que contengan un componente sexual<sup>70</sup>, teniendo en consideración la Sala de Apelaciones para este cambio de calificación no solo la gravedad inmanente de los hechos, es decir su antijuridicidad material, lesividad o desvalor, sino la naturaleza pluriofensiva del delito y los duraderos efectos que este dejó en las víctimas, a menudo únicamente niñas cuando lo sufrieron<sup>71</sup>, parámetro este último que no es sino un aspecto del primero.

La Sala de Apelaciones, en definitiva, muta la valoración realizada al respecto por la de Primera Instancia y, por ende, el sentido de la sentencia; aunque la sentencia de instancia afirma que los crímenes de

---

<sup>69</sup> Cfr. Special Court for Sierra Leone, in the Appeals Chamber, case N.º SCSL-2004-16-A, *Prosecutor Against Alex Tamba Brima, Brima Bazy KAMARA y Santigie Borbor KANU*. Judgment, 22 de febrero de 2008, p. 190.

<sup>70</sup> Cfr. Azadi Goodfellow, N., *op. cit.*, p. 837.

<sup>71</sup> Cfr. ICC-02/04-01/15, *the Prosecutor v. Dominic Ongwen*, sentencia de la Sala IX de Primera Instancia de 4 de febrero de 2021.

lesa humanidad de otros actos inhumanos excluyen los crímenes de naturaleza sexual, en tanto que, a estos efectos, el art. 2 g) del Estatuto del TESL incriminaba «cualquier otra forma de violencia sexual», la Sala de Apelaciones recuerda que existe un amplio abanico de delitos sexuales que han sido reconocidos como otros actos inhumanos en la jurisprudencia, y que la interpretación restrictiva de dicha disposición es errónea, procediendo igualmente la sentencia de apelación a analizar la diferencia entre el matrimonio forzado y la esclavitud sexual, determinando que la prueba declarada acreditada por la Sala de Primera Instancia demuestra la existencia de elementos distintivos entre ambos crímenes, mostrando su acuerdo con lo expuesto en la opinión disidente de la magistrada Doherty con respecto a la diferenciación entre los dos tipos delictivos como la diferenciación entre matrimonio forzado y concertado, para, finalmente, concretando los elementos distintivos en la amenaza o coerción para constituir una asociación conyugal, con las implicaciones exclusivas de una relación entre «marido» y «esposa», y las consecuencias físicas y psicológicas que ello conlleva, concluir que la conducta de los acusados no pudo ser en ninguno de los casos accidental ni podían alegar desconocimiento de su criminalidad (es decir, el error de Derecho del Estatuto —o de prohibición o permisión—), teniendo además en cuenta que la comisión del delito de matrimonio forzado (en cuanto paradigmático supuesto de crimen complejo) comportó, en numerosas ocasiones, delitos, entre otros, de violación o secuestro (en un claro ejemplo de lo que en el Derecho se considera un concurso real de delitos).

Si bien la calificación del matrimonio forzado no habría de mantenerse en el tiempo por el propio TESL, pues, como se verá, vino a ser corregida en el asunto de Charles Ghankay Taylor, se trata, en todo caso, de la primera resolución judicial que reconoce el matrimonio forzado como un crimen internacional con sustantividad y morfología propias (aunque, sin incardinar los hechos en la violencia o la esclavitud sexuales), lo que, sin duda, comportó un hito en el Derecho penal internacional.

No obstante, aun cuando la Sala de Apelaciones opta por considerar el matrimonio forzado como un crimen de lesa humanidad de «otros actos inhumanos», al tener en consideración que concurren los elementos característicos del mismo (ataque generalizado y sistemático contra la población civil con conocimiento o a sabiendas de cometer dicho ataque), no se puede dejar de significar que los hechos podrían ser considerados crímenes de guerra como «ultrajes

a la dignidad personal»<sup>72</sup>, compartiendo la tesis<sup>73</sup> según la cual a diferencia de lo que ocurre cuando el matrimonio forzado se califica como crimen de lesa humanidad (en realidad, un doble crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual —para dar respuesta a los elementos criminales de naturaleza sexual latentes en la conducta— y de otros actos inhumanos —para cubrir la respuesta a los elementos criminales de naturaleza no sexual latentes en tan aborrecible práctica—), el crimen de guerra de ultrajes contra la dignidad personal abarca, en una interpretación no tan extensiva como la que lleva a cabo el TESL, todos los elementos del crimen, de naturaleza sexual o no, apreciables en la práctica del matrimonio forzado.

En conclusión, frente a la tesis de la Sala de Primera Instancia del TESL, que consideró el matrimonio forzado como integrante de la categoría residual de crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual, la Sala de Apelaciones de dicho órgano considera aquel como subsumible en la modalidad residual de «otros actos inhumanos» del art. 2 i) del Estatuto del citado Tribunal, en cuanto que si bien el matrimonio forzado comparte con la esclavitud sexual ciertos elementos como el sexo no consentido y la privación de la libertad hay en él ciertos elementos distintivos de una y otra figura<sup>74</sup>, lo que comporta

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 202. Afirma la Sala a este respecto que:

«[...] is also aware that the Trial Chamber relied upon the evidence led in support of sexual slavery and forced marriage to enter convictions against the Appellants for “Outrages upon Personal Dignity” under Count 9 of the Indictment. Since “Outrages upon Personal Dignity” and “Other Inhumane Acts” have materially distinct elements (in the least, the former is a war crime, and the latter a crime against humanity) there is no bar to entering cumulative convictions for both offences based on the same facts. However, in this case the Appeals Chamber is inclined against entering such cumulative convictions. The Appeals Chamber is convinced that society’s disapproval of the forceful abduction and use of women and girls as forced conjugal partners as part of a widespread or systematic attack against the civilian population, is adequately reflected by recognising that such conduct is criminal and that it constitutes an “Other Inhumane Act” capable of incurring individual criminal responsibility in international law».

De las pp. 205 a 207 se desprende que las cinco víctimas de los cargos de matrimonio forzado por los que Ongwen resulta condenado fueron capturadas por *combatientes* en el contexto o con ocasión del conflicto armado en el norte de Uganda y atribuidas a Ongwen; *cfr.* Díez Peralta, E., *op. cit.*, pp. 232 y 233.

<sup>73</sup> *Cfr.* Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 92 y 93.

<sup>74</sup> *Cfr.* Díez Peralta, E., *op. cit.*, p. 234. Tales elementos son, en primer lugar, que: «[...] el matrimonio forzado implica que un perpetrador somete a una persona por la fuerza o amenaza de fuerza, a través de las palabras o conducta del perpetrador o los asociados con él, a una asociación conyugal forzada con otra persona que genera un gran sufrimiento, o lesión física o mental grave a la víctima, y en el marco de un ataque sistemático contra la población civil» y, en segundo término, que «a diferencia de la esclavitud sexual, el matrimonio forzado implica una relación de exclusividad entre el “marido” y la “esposa”, lo que podría conducir a consecuencias disciplinarias por el incumplimiento de este acuerdo exclusivo».

que el matrimonio forzado no es predominantemente un delito sexual, por lo que no puede incardinarse en la esclavitud sexual dada la falta de apreciabilidad de los elementos de esta figura típica, considerándose los hechos como otros actos inhumanos en cuanto crimen de lesa humanidad.

De este razonamiento cabe discrepar, sin perjuicio de que se hubiera podido calificar los hechos como una modalidad de los ultrajes a la dignidad personal en cuanto crimen de guerra, habida cuenta del contexto en que, a tenor del pormenorizado relato fáctico, se dan por perpetrados, la afirmación de que el matrimonio forzado no es predominantemente un delito sexual no impide considerarlo constitutivo de un crimen internacional de violencia sexual, pues varios de los que como tales se configuran en los arts 7.1 g) y 8.2 b) xxii) y e) vi) del Estatuto de la CPI, en cuanto crímenes de lesa humanidad y de guerra, respectivamente, no son exclusiva, ni siquiera predominantemente, delitos sexuales (el embarazo forzado o la esterilización forzada), sino crímenes complejos y pluriofensivos en los que, además de la comunidad internacional (la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad), se protege no solo la libre determinación en el ámbito sexual sino la libertad ambulatoria, la integridad física y mental y la dignidad<sup>75</sup>.

#### 2.2.1.2 Asunto del RUF o Sesay *et al.*

En esta línea fijada por la Sala de Apelaciones, en el asunto del Frente Revolucionario Unido (RUF, *Revolutionary United Front*, uno de los grupos armados que participó en el conflicto que tuvo lugar en Sierra Leona) o asunto Sesay *et al.*<sup>76</sup>, la Sala Primera de Primera Instancia del TESL califica, entre otros hechos, los matrimonios forzados llevados a cabo por los combatientes de este grupo como crímenes de lesa humanidad de otros actos inhumanos punibles con arreglo al art. 2 i) de su Estatuto, señalando que la distinción entre la violación, la esclavitud sexual y el matrimonio forzado radica en el elemento que ineludiblemente ha de concurrir en este último de una asociación conyugal forzada exclusiva entre el perpetrador y

<sup>75</sup> Cfr: Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español*, *op. cit.*, pp. 1558 y 1597.

<sup>76</sup> Cfr: Special Court for Sierra Leone. Trial Chamber I. *The Prosecutor against Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, case N.º SCSL-04-15-T (sentencia de instancia de 2 de marzo de 2009 —por la que los acusados resultaron condenados a penas de prisión de cincuenta y dos años, cuarenta años y veinticinco años, respectivamente—, confirmada por la de apelación de 26 de octubre de 2009); *cf.*: Haenen, I., *op. cit.*, pp. 275 y ss.

la víctima<sup>77</sup>, basando la confluencia entre el crimen de esclavitud sexual y el de matrimonio forzado en que era una práctica habitual de los miembros de las fuerzas del RUF capturar a las mujeres y mantenerlas bajo su control como esclavas sexuales y forzar relaciones conyugales con ellas, que, de manera involuntaria, se convertían en «sus esposas»<sup>78</sup>.

Si bien la Sala añade, sin solución de continuidad, que no es posible el consentimiento libre o genuino de mujeres y niñas en las circunstancias hostiles y coercitivas que comporta el contexto de conflicto armado en que se producen los hechos (lo que introduce, explícitamente, en un elemento sustancial del crimen que califica de lesa humanidad, la relación nuclear de los hechos con el conflicto armado y su comisión con ocasión del mismo) y que cuando los rebeldes tomaron por la fuerza como «esposas» a las víctimas tenían la intención de privarlas de libertad<sup>79</sup>, confirmando que el consentimiento de estas prestado por la fuerza, bajo la amenaza de la fuerza o en circunstancias coercitivas para obligarlas a actuar como «socio conyugal» no puede considerarse como tal y carece de relevancia.

En el asunto del RUF la Sala Primera de Primera Instancia del TESL da un paso en pro de otorgar la mayor gravedad al matrimonio forzado, al calificarlo desde el principio (siguiendo la decisión al respecto de la Sala de Apelaciones en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o *Brima et al.*) como crimen de

---

<sup>77</sup> Cfr. Special Court for Sierra Leone. Trial Chamber I. *The Prosecutor against Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, case N.º SCSL-04-15-T, pp. 2306 y 2307. La Sala I de Primera Instancia afirma que:

«[...] the Chamber considers that the crime charged under Count 8 (“forced marriage”) as an other inhumane act requires a distinct element from the crime of rape (Count 6), and vice versa. The offence of rape requires sexual penetration, whereas “forced marriage” requires a forced conjugal association based on exclusivity between the perpetrator and victim... The Chamber considers that the conduct charged under Count 8 is distinct from the charges of sexual slavery under Count 7 (sexual slavery). The Appeals Chamber has explicitly held that ‘forced marriage’ is not subsumed by sexual slavery».

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 1465. «The Chamber has found that RUF rebels forcefully captured and abducted an unknown number of women and girls from locations throughout Sierra Leone and took them to Kailahun District. The Chamber concludes that it was common practice for rebels to keep captured women subject to their control as sex slaves and to force conjugal relationships on women who unwillingly became their “wives”».

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 1466.

«The Chamber finds that acts of sexual violence were intentionally committed against women and girls in the context of a hostile and coercive war environment in which genuine consent was not possible. The Chamber also finds that when the rebels forcefully took victims as ‘wives’ they intended to deprive them of their liberty. The Chamber finds that the use of the term ‘wife’ by the rebels was deliberate and strategic, with the aim of enslaving and psychologically manipulating the women and with the purpose of treating them like possessions».

lesa humanidad de «otros actos inhumanos», concluyendo que existe un patrón comisivo que se concreta tanto en que las mujeres eran casadas en contra de su voluntad y obligadas a realizar las tareas típicas dentro del matrimonio así contraído bajo la amenaza de violencia por parte de sus «maridos» si intentaban escapar, como en el conocimiento o consciencia de aquellos (elemento intencional del tipo o *mens rea*) acerca de la coerción que ejercían sobre sus «esposas», al saber que estas no consentían libremente el matrimonio y todo lo que este conllevaba *a posteriori*, todo lo cual no solo tuvo fuertes repercusiones a nivel individual sobre las víctimas, sino que desvirtuó el núcleo familiar de la sociedad, dañando así los valores culturales tradicionales de las comunidades afectadas y recayendo el estigma sobre todo en las mujeres obligadas a casarse con los combatientes que las secuestraban.

Ya en apelación, Issa Hassan Sesay planteó que la Sala Primera de Primera Instancia no había analizado el hecho de si las uniones continuadas llegaron a ser consensuales durante el periodo analizado, así como que se valorasen las condiciones dentro del matrimonio a la hora de determinar si existió consentimiento para contraerlo, confirmando la Sala de Apelaciones<sup>80</sup> las conclusiones alcanzadas en la instancia, pues las circunstancias hostiles y coercitivas (íntimamente relacionadas con el contexto de conflicto armado) en las que tenían lugar y se desarrollaban las uniones

---

<sup>80</sup> *Cfr.* Special Court for Sierra Leone, in the Appeals Chamber. *The Prosecutor against Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, case N.º SCSL-04-15-A. Judgment. 26 de octubre de 2009. La Sala de Apelaciones afirma, entre otras cosas (pp. 736, 737 y 740), que:

«[...] the Appeals Chamber considers that where the Prosecution has proved the legal requirements of the offence, that is, that an accused, by force, threat of force, or coercion, or by taking advantage of coercive circumstances, causes one or more persons to serve as a conjugal partner, and the perpetrator's acts are knowingly part of a widespread or systematic attack against a civilian population and amount to the infliction of great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health sufficiently similar in gravity to the enumerated crimes against humanity, then consent is impossible and therefore is not a relevant consideration. As found by the Trial Chamber, "given the violent, hostile and coercive environment in which these women suddenly found themselves ... the sexual relations with the rebels [...] could not [be], and was, in [the] circumstances, not consensual because of the state of uncertainty and subjugation in which they lived in captivity" [...] After finding the absence of consent, the Trial Chamber went on to opine generally that, in circumstances such as the ones it had just found, "there should be a presumption of absence of genuine consent to having sexual relations or contracting marriages with the said RUF fighters" [...] The Trial Chamber's findings were sufficient to establish the actus reus of sexual slavery and forced marriage. Having thus found, inter alia, that the victims were subject to enslavement, force and coercion, the Trial Chamber did not have to examine the issue of consent, and in particular to have assessed whether every victim did not consent. Sesay's argument is thus without merit. The Appeals Chamber also rejects Sesay's speculative contention that the coercive circumstances were created in part by "outside forces" rather than by the RUF/AFRC forces that perpetrated the crimes».



hacían imposible la existencia de un consentimiento libre, pleno o genuino al matrimonio, viciando así la unión desde el principio; y respecto a Morris Kallon se confirma su responsabilidad como superior de los autores en los matrimonios forzados de ciertas víctimas con miembros del RUF bajo su mando, al concurrir cuantos requisitos se exigen al efecto<sup>81</sup> (conclusión que resultará relevante en el asunto Al Hassan, ventilado ante la CPI).

### 2.2.1.3 Asunto de Charles Ghankay Taylor

Por último, en marzo de 2003 el Fiscal del TESL acusó formalmente al presidente de Liberia, Charles Ghankay Taylor, que en agosto siguiente renunció a su cargo y se refugió en Nigeria; entregado por este país al Tribunal. El 26 de abril de 2012 la Sala Segunda de Primera Instancia lo declaró culpable de once cargos por crímenes de guerra (aterrorizar a la población civil, asesinatos, ultrajes a la dignidad personal y reclutamiento y utilización en las hostilidades de menores de quince años) y lesa humanidad (asesinato, violación, esclavitud sexual, mutilación y maltrato y servidumbre) cometidos en su país y en Sierra Leona. El 30 de mayo siguiente lo condenó a cincuenta años de reclusión<sup>82</sup>, sentencia confirmada en apelación el 26 de septiembre de 2013<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, pp. 838-862.

<sup>82</sup> *Cfr.* Special Court for Sierra Leone, Trial Chamber II. *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, case SCSL-03-01-T, de 18 de mayo de 2012 (sentencia de apelación de 26 de septiembre de 2013 -case SCSL-03-01-A-).

<sup>83</sup> *Cfr.* Special Court for Sierra Leone, in the Appeals Chamber. *Prosecutor Against Charles Ghankay Taylor*, case N.º SCSL-03-01-A). Judgment. 26 de septiembre de 2013, p. 260.

«The Trial Chamber found that the commission of crimes charged in all Counts of the Indictment, including rapes, sexual slavery, abductions, forced labour and conscription of child soldiers, was part of the RUF/AFRC's Operational Strategy. It made numerous findings linking the RUF/AFRC's Operational Strategy to crimes committed to support and sustain the RUF/AFRC's activities. It found that the RUF/AFRC established a criminal system of abducting and controlling civilians in the forms of sexual slavery, forced marriage, forced mining, forced farming, domestic labour, forced recruitment and other forced labour. It further found that these crimes against civilians formed part of a continuous campaign directed against civilians in communities that the RUF/AFRC controlled, and that civilians continued to be intentionally targeted as sources of labour and fighters. Likewise, as a specific subset of such crimes against civilians, the Trial Chamber found a consistent, institutionalised pattern of the RUF/AFRC abducting children, conscripting them into the RUF/AFRC and using them to actively participate in hostilities. The Trial Chamber concluded that the commission of these crimes was part of the RUF/AFRC's Operational Strategy».

En su parte dispositiva, la Sala de Apelaciones (con los votos particulares concurrentes de los magistrados Renate Winter y Shireen Avis Fisher) *AFFIRMS the sentence of fifty (50) years imprisonment imposed by the Trial Chamber*; el reo extingue la condena en la prisión de Frankland, en el Reino Unido.

Desde el fallo de Nüremberg en que se condenó a veinte años de prisión al Almirante Karl Doenitz, que fue brevemente (entre el 30 de abril y el 23 de mayo de 1945) jefe de Estado de Alemania tras el suicidio de Hitler, Taylor fue el primer jefe de Estado condenado en firme por un Tribunal penal internacionalizado o mixto por esta clase de delitos<sup>84</sup>.

En el asunto Taylor (en que se reconoce, tanto en la instancia como en la apelación, que el crimen de matrimonio forzado, entre otros, y la violencia sexual en sus diversas manifestaciones formaban parte de una «estrategia operacional» del RUF de secuestro y control de civiles de comunidades controladas por el grupo armado rebelde, con la finalidad de producir sensación de inseguridad en la población civil e infundir un mensaje de terror en esta y en el «enemigo» —lo que claramente sitúa los hechos en el contexto de un conflicto armado, como crímenes de guerra—)<sup>85</sup> se produce lo que se ha calificado de drástica alteración de la jurisprudencia del TESL que calificaba la práctica del matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad ora de esclavitud sexual ora de otros actos inhumanos y ello tanto por el cambio en la jefatura de la Fiscalía del Tribunal (que desde febrero de 2010 pasó a ocupar la norteamericana Brenda J. Hollis) como porque la competencia para conocer el asunto recayó en la Sala Segunda de Primera Instancia, que en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o Brima *et*

---

<sup>84</sup> Cfr. Haenen, I., *op. cit.*, pp. 279 y ss.; cfr. Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español, op. cit.*, p. 467.

<sup>85</sup> Cfr. Special Court for Sierra Leone, in the Appeals Chamber. *Prosecutor Against Charles Ghankay Taylor*, case N.º SCSL-03-01-A. Judgment. 26 de septiembre de 2013, pp. 265-266.

«[...] This sexual violence was deliberately aimed at destroying the traditional family nucleus, thus undermining the cultural values and relationships which held society together. Victims of sexual slavery were further humiliated and degraded, and the widespread and systematic use of women as sex slaves instilled fear and a sense of insecurity among the civilian population. The public nature of these crimes of sexual violence was a deliberate tactic to send a message to the enemy and to instil fear and terror among civilians. The RUF/AFRC committed a campaign of sexual violence and sexual slavery against the women of Sierra Leone in order to spread terror among the civilian population [...] The RUF/AFRC leadership not only endorsed and perpetrated sexual violence and slavery, but also set up an organised system for the commission of these crimes. The RUF/AFRC leadership promoted sexual violence and slavery by promulgating “Operation Pay Yourself”, where fighters were encouraged to take anything they wanted from the civilians, including “wives”, who were perceived as chattel. Many captured young women lived with RUF/AFRC commanders, in conjugal servitude, and commanders perpetrated rapes. There was a recognised system of ownership and hierarchy among captured women in the rebel forces, demonstrated by the fact that commanders’ “wives” were accorded “special treatment”. RUF/AFRC commanders also screened civilians captured by fighters, after which women and girls were allowed to be taken by fighters, who then said they had “married” the women».

al. afirmó que las pruebas aportadas por el fiscal en relación con los matrimonios forzados se subsumían plenamente en el crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual, por lo que no existía la laguna jurídica que justificara apreciar la existencia de un crimen de matrimonio forzado distinto del de lesa humanidad de otros actos inhumanos de gravedad similar, en tanto que la Sala Primera de Primera Instancia aplicó, en el asunto del RUF o Sesay *et al.* la doctrina fijada por la Sala de Apelaciones en el primero de tales asuntos; dicho cambio copernicano vino propiciado por la modificación de la estrategia de la Fiscalía, que respecto a los matrimonios forzados solo presentó cargos por crímenes de lesa humanidad de esclavitud sexual y *de guerra* de ultrajes contra la dignidad personal, desapareciendo la acusación de que el matrimonio forzado también constituía un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos de gravedad similar<sup>86</sup>.

En este asunto, y dada la actitud de la Fiscalía (a la que la Sala atribuye que su sentencia en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o Brima *et al.* vino condicionada por la errónea argumentación del escrito de acusación relativa a las diversas formas de violencia sexual, al distinguir entre los crímenes de violencia sexual y de esclavitud sexual, por lo que hubo de desestimar en su totalidad este cargo al considerarlo reiterativo) no hay un pronunciamiento expreso de la Sala Segunda de Primera Instancia del TESL sobre la figura del matrimonio forzado ni como crimen de lesa humanidad ni como crimen de guerra, y ello por cuanto que, a diferencia de lo ocurrido en los asuntos de ciertos altos mandos del AFRC o asunto Brima *et al.* y RUF o Sesay *et al.*, en el escrito de acusación<sup>87</sup> no figuraba

<sup>86</sup> Cfr: Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 94-95.

<sup>87</sup> Cfr: Special Court for Sierra Leone, *the Prosecutor of the Special Court v. Charles Ghankay Taylor*. Trial Chamber II, *Prosecution Opening Statement*, case N.º SCSL-2003-01-T. Lunes. 4 de junio de 2007, pp. 422, 426 y 427.

«The Trial Chamber notes that in this case, unlike the AFRC case and the RUF case, “forced marriage” is not charged in the Indictment. Nevertheless, the evidence adduced by the Prosecution under the charges related to Sexual Violence includes extensive testimony by women and girls regarding forced conjugal association to which they were subjected. In the absence of the charge of “forced marriage”, the Trial Chamber has considered this evidence with regard to the charges in the Indictment, as well as the past jurisprudence of the SCSL with regard to this issue [...] The Trial Chamber notes that in the absence of any specific charge relating to forced conjugal association, which was extensively testified to in this case, the elements of sexual slavery are satisfied, that is the deprivation of liberty and the imposition of non-consensual sex. The Appeals Chamber decision in the AFRC case noted other elements that go beyond sexual slavery as the basis for its decision, namely the “forced conjugal association with another person resulting in great suffering, or serious physical or mental injury on the part of the victim” and “a relationship of exclusivity between the ‘husband’ and ‘wife’” [...] What happened to the girls and women abducted in Sierra Leone and forced into

el crimen de matrimonio forzado, lo que por respeto al principio acusatorio vedó cualquier referencia al mismo en la sentencia aunque en la misma la sala en relación con los cargos de violencia sexual menciona testimonios de mujeres y niñas sometidas a una «asociación conyugal forzada».

A lo que sí hace mención la Fiscalía en su escrito de acusación<sup>88</sup> y concluye que el matrimonio forzado es un tipo específico de esclavitud sexual al que confiere la novedosa denominación de «esclavitud conyugal», que considera que describe mucho mejor estas conductas que si bien pueden constituir algo más que esclavitud sexual satisfacen, no obstante, los elementos característicos de este delito<sup>89</sup>.

La Sala, en suma, dando un vuelco a la doctrina sentada por la Sala de Apelaciones en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o Brima *et al.*, concluye que el matrimonio forzado, esclavitud conyugal o asociación

---

this conjugal association was not marriage in the universally understood sense of a consensual and sacrosanct union, and should rather, in the Trial Chamber's view, be considered a conjugal form of enslavement. While noting that all forms of forced marriage violate human rights under international law, the abuses perpetrated on women and girls in this context is clearly criminal in nature, and of sufficient gravity as to constitute a crime against humanity. It constitutes a form of enslavement in that the perpetrator exercised the powers attaching to the right of ownership over their "bush wives" and imposed on them a deprivation of liberty, causing them to engage in sexual acts as well as other acts. The Trial Chamber notes that conjugal relations involve both sexual and non-sexual acts. All of these forced acts, both sexual and non-sexual acts, fall within the definition of enslavement in the view of the Trial Chamber. As noted by the Appeals Chamber, "bush wives" were "coerced to perform a variety of conjugal duties including regular sexual intercourse, forced domestic labour such as cleaning and cooking for the 'husband', endure forced pregnancy, and to care for and bring up children of the 'marriage'».

<sup>88</sup> *Cfr.*: Bou Franch, V. *op. cit.*, pp. 95-97; *cfr.*: Díez Peralta, E., *op. cit.*, p. 238.

«[...] en su escrito de prueba final, la Fiscalía sostuvo que "la esclavitud sexual implicó el secuestro de mujeres y niñas con objeto de mantenerlas en cautiverio como esclavas sexuales. A estas mujeres a menudo se las llamaba 'esposas', 'esposas de la selva' (jungle wives) o 'esposas rebeldes' (rebel wives). Se esperaba que las víctimas llevaran a cabo las funciones tradicionales de una esposa y algunas más. Una esposa llevaba cargas sobre su cabeza, complacía los deseos sexuales de su 'esposo' sin cuestionarlos, cocinaba y lavaba la ropa. Además, sería severamente castigada por negarse a realizar sus deberes conyugales o si se descubriera que le era infiel. En la gran mayoría de los casos, las víctimas no tenían opción de rechazar el 'matrimonio': todo lo contrario, generalmente prevalecía una atmósfera de coacción caracterizada por el uso de la violencia o la amenaza de violencia por parte de los autores [...] para obligar a sus víctimas a someterse».

<sup>89</sup> *Cfr.*: Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 97-98; *cfr.*: Díez Peralta, E., *op. cit.*, pp. 238-239. «De ahí que, concluyera, que la esclavitud conyugal no se puede conceptualizar como un crimen nuevo, sino que contiene elementos adicionales que se relacionan con aspectos conyugales de la relación entre el perpetrador y la víctima, como el reclamo del perpetrador a una eventual víctima como "su esposa", y la compulsión de la víctima para realizar trabajo doméstico como cocinar o limpiar».

conyugal forzada constituye un crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual, sin que, por su parte, la Sala de Apelaciones, al confirmar el fallo de instancia, formulara pronunciamiento alguno al respecto, tratando de restablecer su efímera doctrina, fijada en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o *Brima et al.* (posteriormente confirmada, tanto en la instancia como en sede de recurso, por las sentencias recaídas en el asunto del RUF o *Sesay et al.*), a tenor de la cual el matrimonio forzado o asociación conyugal forzada constituye un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos de carácter o gravedad similar, al quedar incardinado en el crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual<sup>90</sup>.

### *2.2.2 Las Cámaras o Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya; el asunto 002/02 (el fiscal contra Nuon Chea y Khieu Samphan)*

Las Cámaras o Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya (en lo sucesivo, ECCC), cuya competencia *ratione materiae*, además de determinados crímenes del Derecho penal interno camboyano abarca otros propios del Derecho penal internacional<sup>91</sup>, han enjuiciado la práctica del matrimonio forzado de que entre 1975 y 1979, mientras se mantuvo el régimen de la Kampuchea Democrática del jemer rojo (integrado en el CPK o Partido Comunista de Kampuchea), fueron víctimas tanto hombres como mujeres a quienes, masivamente, en todo el territorio camboyano.

Como parte de una política de matrimonios grupales desarrollada al más alto nivel y organizada por representantes de la autoridad gubernamental del régimen del jemer rojo, se obligó a contraer matrimonio y mantener relaciones sexuales, a veces públicamente, con la finalidad de implementar y extender la revolución socialista, mediante la regulación del matrimonio (fuera del cual se prohibían las relaciones sexuales) por cualquier medio

---

<sup>90</sup> Cfr. Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 98 a 100.

<sup>91</sup> Cfr. Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español*, *op. cit.*, p. 469.

«[...] los crímenes de competencia de las ECCC según el Derecho penal interno camboyano son el asesinato, la tortura y la persecución religiosa; según el Derecho penal internacional son el genocidio (definido conforme al artículo 2 de la Convención de 9 de diciembre de 1948), los crímenes de lesa humanidad, las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, la destrucción de la propiedad cultural y los crímenes contra personas internacionalmente protegidas. A tal efecto, las leyes sustantivas aplicables son el Código Penal de Camboya, el Derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario y los instrumentos internacionales en que Camboya es Parte que definen los crímenes mencionados».

necesario, garantizando el crecimiento de la población (que, por otro lado, fue eliminada, víctima de un brutal genocidio, en hasta una cuarta parte), para hacer una Camboya más productiva económicamente, y, por otro lado, disponer en el futuro de más soldados que luchasen por la causa y de individuos de quien pudiera lograrse una fiel sumisión al régimen, siendo la consumación del matrimonio supervisada por miembros de las milicias gubernamentales<sup>92</sup>.

Todo ello en un contexto de subordinación de los individuos, las familias y los sentimientos a lo que la cúpula dirigente consideraba el interés del pueblo y la nación.

A tenor de la sentencia de la Cámara Extraordinaria de Primera Instancia de 16 de noviembre de 2018, recaída en el asunto 002/02 (el fiscal contra Nuon Chea y Khieu Samphan), que enjuició hechos consistentes en

---

<sup>92</sup> Cfr. Díez Peralta, E., *op. cit.*, p. 241; cfr. sentencia de la Cámara de Primera Instancia de 16 de noviembre de 2018 (case file N.º 002/02, Dossier N.º 002/19-09-2007/ECCC/TC), dictada contra los encausados Nuon Chea y Khieu Samphan (alias camarada número 2 e ideólogo del régimen de los jemereros rojos, el primero y ex-jefe del Estado, el segundo), en la que ambos fueron condenados a la pena de reclusión a perpetuidad. Por lo que concierne al cargo de crimen de lesa humanidad «[...] of Rape outside the Context of “Forced Marriage”», afirma la Cámara en el p. 3539 que:

«[...] the CPK considered family and marriage as crucial to building a new society which would accord with the ideological standards of its socialist revolution. In this regard, marriage and family had to be seen from the perspective of a collectivist approach aimed at eliminating private ownership and advancing the class struggle, including through the dictatorship of the proletariat. This implied a radical departure from Khmer traditions based on respect owed by children to their parents and on religious beliefs, as the new society intended to oppose all “reactionary religions”. Further, the interest of the collective, as represented by Angkar, was to prevail over the interests of the individuals or of their biological families. In this new social scheme, in which children were considered the best source for the revolution and more trustworthy than their parents, Angkar was placed above the parents or was even intended to replace them. The ideological values promoted by the CPK had a strong impact not only on the significance of family and on the purpose of marriage, but also on the organisation and monitoring of marriages, on spouse selection, on the consummation of marriage and on the prohibition of sexual intercourse outside marriage. All these various aspects are considered in turn below».

Concluyendo en el p. 3548 que:

«[...] while the individual’s consent was part of the marriage principles of the Party, in practice, the agreement of both parties was less important than the adherence by future spouses to Angkar’s directives because, as a principle, the latter was considered to be the expression of the collective interests of the nation, the worker-peasant class, the people and the revolution, to which personal and family interest were to be subordinated. This is illustrated by the commitment that spouses were instructed to make during wedding ceremonies. The CPK required individuals to be fully committed to building the nation and to abolish private possession including sentiment».

obligar a casarse, a menudo en ceremonias masivas que llegaban a involucrar a más de un centenar de parejas, a hombres y mujeres que, ante el temor de ser encarceladas o asesinadas, consentían en unirse y mantenían relaciones sexuales ante sus ultramarxistas victimarios.

Tales hechos eran legalmente constitutivos de un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos, incardinándose en dicho tipo criminal, a través de conductas caracterizadas como violación en el contexto del matrimonio forzado, pues las víctimas se hubieron de casar en un clima generalizado de miedo sin que el consentimiento otorgado antes o durante las ceremonias de boda fuera libre o genuino.

Tras tales ceremonias, los recién casados, a quienes se hacía yacer en un lugar asignado, controlado por los miembros de las milicias jemer, eran obligados a mantener, en contra o prescindiendo de su voluntad (por lo que el consentimiento o aquiescencia prestado era meramente aparente, dadas las circunstancias coercitivas que rodeaban los hechos), relaciones sexuales, que incluían el coito, con sus nuevos (y, frecuentemente, desconocidos) cónyuges, siendo las parejas que no mantenían relaciones sexuales reeducadas o amenazadas con ser castigadas o incluso asesinadas<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> *Ibid.*. Tras señalar (pp. 3686 y 3693 y 3694) que:

«[...] the Closing Order charges the following acts as the crime against humanity of other inhumane acts through conduct characterised as forced marriage: victims were forced to enter into conjugal relationships in coercive circumstances; in “the majority of cases of forced marriage death threats were made, violence was used and people were even executed if they refused to marry”; weddings “took place devoid of traditional involvement of the parents” with no respect of traditional rituals. Marriages were performed at the same time involving between 20 and 60 couples; and sexual relations aimed at enforced procreation were imposed ... In assessing the intent of the authorities to engage in the above conduct, the Chamber has found that instructions on the regulation of marriage originated from the upper level. The lower level was involved in the matching of couples, for which authorisation was required from the upper level (district, sector or ministry level, depending on the spouse’s rank). Authorities used threats to force individuals to marry and were involved in wedding ceremonies and in implementing the monitoring process. The Chamber finds on this basis that this conduct was performed intentionally by the authorities. The mens rea of the crime against humanity of other inhumane acts through conduct characterised as forced marriage is therefore established [...] Accordingly, the Chamber finds that the crime against humanity of other inhumane acts was committed nationwide through conduct characterised as forced marriage»

Y en relación al cargo consistente en «other Inhumane Acts through Conduct Characterised as Rape in the Context of Forced Marriage», la Cámara afirma (pp. 3695-3701) que:

«[...] As relevant to Case 002/02, the Closing Order charges the Accused with the crime against humanity of other inhumane acts through conduct characterised as rape in the context of forced marriage. Specifically, it alleges that “by imposing the consummation of forced marriages, the perpetrators committed a physical invasion of a sexual nature against

a victim in coercive circumstances in which the consent of the victim was absent” and that “perpetrators intended the physical invasion of a sexual nature, with the knowledge that it occurred in coercive circumstances or otherwise without the consent of the victim” [...] The Chamber has found that after wedding ceremonies, arrangements were usually made by the local authorities for newly wedded couples to sleep in an assigned location specifically in order to have sexual intercourse. Militiamen were commonly ordered to monitor the couples at night to make sure that they had sexual intercourse. Both men and women felt compelled to have sexual intercourse with their new spouse. Couples who were found to have not had sexual intercourse were re-educated or threatened with being killed or receiving punishment [...] The Chamber finds that in the described circumstances a woman’s lack of physical resistance does not indicate consent but a mere appearance of acquiescence due to coercion or coercive circumstances. The Chamber further notes that while the in-court statements were not always necessarily explicit in describing the penetration of the vagina by the penis of the husband, the circumstances such as the pain, the bleeding for a long time thereafter, or the explicit reference to forced penetration allow the Chamber to conclude that such penetration occurred. The Chamber further finds that in view of the establishment of conditions specifically to force the consummation of marriages, the conduct was performed intentionally. The Chamber accordingly finds that this conduct constitutes rape. The Chamber further finds that this conduct cumulatively caused serious mental and physical suffering or injury and constituted a serious attack on the human dignity of the victims [...] In assessing the gravity of these acts, the Chamber considers in particular the mental and physical suffering inflicted upon those individuals who were raped as part of the requirement that marriage would be consummated, and that such acts were performed intentionally. Considered holistically, the Chamber finds that this conduct is of similar gravity to other enumerated crimes against humanity. The *actus reus* of the crime against humanity of other inhumane acts through conduct characterised as rape in the context of forced marriage is therefore established [...] Noting that these acts were conducted in a framework established to force the consummation of marriages, the Chamber finds that such conduct was performed intentionally. The *mens rea* of the crime against humanity of other inhumane acts through conduct characterised as rape in the context of forced marriage is therefore established [...] Accordingly, the Chamber finds that the crime against humanity of other inhumane acts was committed through conduct characterised as rape in the context of forced marriage [...] The Chamber recalls its finding that, having regard to the definition of rape adopted by the Chamber, men could not be the victims of rape in the context of forced marriage. The Chamber will nonetheless consider whether men were subjected to sexual violence of such gravity that it amounts to other inhumane acts. The Chamber understands sexual violence to entail “any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances that are coercive”. The Chamber understands sexual violence to not be limited to physical invasion of the human body and may include acts that do not involve penetration or even physical contact. The Chamber has found that men also could not refuse to consummate marriage. On one occasion, a husband had sexual intercourse with his wife following Angkar’s instructions and out of fear for the lives of him and his wife. One Civil Party suffered greatly because he was not able to marry his fiancée. However, in the absence of clear evidence concerning the level of seriousness of this kind of conduct and of its impact on males, the Chamber, while acknowledging that men were subjected to sexual violence that was contrary to human dignity, is unable to reach a finding on the seriousness of the mental and physical suffering suffered by these men. Accordingly, the Chamber is unable to reach a conclusion to the requisite standard in relation to these incidents and does not consider that they constitute the crime against humanity of other inhumane acts through sexual violence»; *cf.*: Haenen, I., *op. cit.*, pp. 88-110 y 282-283.



Se declara por la Cámara Extraordinaria de Primera Instancia que las uniones se llevaron a cabo sin respetar las tradiciones de las bodas concertadas de Camboya, sin involucrar a las familias y oficiando múltiples bodas a la vez, lo que causaba un grave sufrimiento físico y psíquico a las víctimas, que tras los hechos sufrieron consecuencias a largo plazo, originándoles un daño mental severo debido al contexto coercitivo en el que se les obligaba a contraer matrimonio y consumarlo, incluyendo la violación por otros miembros del CPK, si bien se valoró de forma diferente el sufrimiento de las mujeres y de los hombres víctimas de este crimen.

A este respecto, se plantea si es posible entender como crímenes distintos el de matrimonio forzado y el de violación dentro de los hechos o el contexto del matrimonio forzado, como crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos.

Para entender a qué se refiere la violación en el contexto del matrimonio forzado es preciso tener en cuenta los hechos específicos acaecidos en el caso camboyano, pues si bien la imagen general del matrimonio forzado suele ser la ofrecida en el contexto de Sierra Leona, en el que un hombre, generalmente un combatiente, obliga a una mujer a casarse con él y ser su «esposa», en el matrimonio forzado practicado en el seno del régimen comunista jemer se obligaba a un hombre y una mujer, a menudo civiles ambos, a casarse y consumir el matrimonio delante de una audiencia como forma de asegurar la procreación e incrementar la población.

La Cámara no hizo referencia a si la violación forma parte de la realidad de las víctimas del matrimonio forzado, considerando que no tenía la obligación de pronunciarse acerca de si esta conducta suponía un crimen de lesa humanidad independiente, al estimar este último de «otros actos inhumanos» forma parte de la costumbre internacional desde 1975, de manera que no procedía entrar a resolver la cuestión planteada, sino establecer si la conducta calificada como matrimonio forzado se había llegado a producir, y, en tal caso, analizar si alcanzaba el umbral de gravedad de otros actos inhumanos, concluyendo que se había logrado colmar dicho umbral.

En cuanto a la violación, la Cámara afirma, con un razonamiento que parece difícil de cohonestar con la novedosa concepción que de la criminalidad de violencia sexual ha ofrecido el estatuto de la CPI (en la que el sexo o género de la víctima resulta irrelevante)<sup>94</sup>, que, tradicionalmente, son las mujeres las que han sufrido la violencia sexual, siendo los hombres los vic-

---

<sup>94</sup> Cfr. Pignatelli y Meca, F. (2000). El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra. *Revista Española de Derecho Militar*. N.º 75, enero-junio, pp. 330-331; cfr. Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español, op. cit.*, p. 1531.

timarios de la misma, por lo que, partiendo de dicha premisa conceptual, la definición de violación utilizada se basaba en que en Camboya las mujeres eran las víctimas y los hombres, en términos jurídicos, no habían sido víctimas de violación, sino de otra forma de violencia sexual equivalente a otros actos inhumanos (y ello porque la violación exige la penetración, por leve que sea, de la vagina o el ano de la víctima por el pene del autor o por cualquier otro objeto utilizado por el autor o de la boca de la víctima por el pene del autor, siempre que dicha penetración ocurra sin el consentimiento de la víctima).

Por su parte, la Cámara Extraordinaria en la Corte Suprema de Camboya en su sentencia de apelación de 23 de diciembre de 2022<sup>95</sup>, confirmando la de instancia, califica el matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos, en la línea de la jurisprudencia del TESL en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o Brima *et al.*; la Cámara corrobora la sentencia de instancia en el muy discutible extremo de que en Camboya los hombres, en términos jurídicos, no habían sido víctimas de violación, sino de otra forma de violencia sexual equivalente a otros actos inhumanos.

Frente a las alegaciones de la defensa de Khieu Samphan, la sentencia de apelación explica que la de instancia no se basó en la jurisprudencia del TESL a la hora de probar que se trataba de una conducta ilegal, sino que tomó dicha jurisprudencia como contexto relevante a la hora de analizar la situación específica de Camboya, lo que resulta de suma trascendencia puesto que toda la jurisprudencia sobre el matrimonio forzado se basaba hasta entonces en unos roles asentados en que el varón era el victimario y la mujer la víctima.

En este sentido, la Cámara conviene en la existencia de un consenso generalizado acerca de la naturaleza y la esencia del matrimonio forzado como una «asociación conyugal forzada», además de poner de relieve, como novedad importante en el caso, que si bien el matrimonio forzado es un crimen que afecta principalmente a mujeres y niñas, en Camboya los hombres también fueron víctimas tanto de violencia sexual como de matrimonio forzado, de manera que el marido no puede ser considerado como el victimario y la esposa como la víctima, pues unos y otras resultaron ser víctimas de los jemes rojos, que forzaban a los individuos a casarse y mantener relaciones sexuales a punta de pistola<sup>96</sup>, lo que comporta un cam-

---

<sup>95</sup> Cfr: sentencia de la Cámara en la Corte Suprema de 23 de diciembre de 2022 (case file N.º 002/02, Dossier N.º 002/19-09-2007/ECCC/TC).

<sup>96</sup> Cfr: Rémond Tiedrez, J. (2023). On the rape of men in the context of forced marriages at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. *EJIL: Talk. Blog of the European Journal of International Law*.

bio de paradigma, en tanto que el hombre ya no es únicamente visto como victimario en este hecho, sino que se da un avance en el reconocimiento de las víctimas del mismo con independencia de su sexo, en línea con lo que ha venido siendo la concepción de la violencia sexual a partir del Estatuto de la CPI<sup>97</sup>, lo que también es relevante respecto a la alegación atinente a la falta de previsión por la legislación camboyana al momento de perpetrarse los hechos de la violación en un contexto conyugal, aseverando la Cámara que aunque no existía jurisprudencia *ad hoc* en el supuesto de terceros forzando a una pareja a mantener relaciones sexuales en el ámbito del matrimonio forzado, el elemento clave es la coerción en las relaciones, por lo que la Cámara de Primera Instancia había errado al tratar de establecer si concurrían los elementos precisos para integrar los crímenes de violación u otras formas de violencia sexual de gravedad comparable en términos del art. 7.1 g) del Estatuto de Roma, pues las actuaciones enjuiciadas eran suficientes para poder serlo como otros actos inhumanos del art. 7.1 k) del aludido tratado, al cumplir con los requisitos de daño establecidos.

En este caso, lo más relevante es el pronunciamiento de la Cámara Extraordinaria en la Corte Suprema acerca de si los hechos a que fueron sometidos los hombres únicamente constituían un sufrimiento físico grave o si, como interesaba la Fiscalía, implicaban un grave ataque a la dignidad humana de las víctimas (cuestión esencial a la hora de determinar si también se cometieron crímenes de lesa humanidad de otros actos inhumanos contra los varones obligados a casarse), concluyendo la Cámara, en contra de la valoración del sufrimiento de los varones realizada en la instancia, que considerando la jurisprudencia del TPIY en los asuntos *Aleksovski*<sup>98</sup> (en que se señala que la valoración del ataque a la dignidad humana debe constar de un elemento objetivo —a cuyo tenor los actos deben causar una humillación o degradación grave a la víctima— y subjetivo —que valore el daño causado a la víctima y si hubo una intensa humillación de esta bajo estándares razonables—) y *Kunarac* (donde se indica, en relación con la valoración de las afrentas a la dignidad personal, que la humillación de la víctima debe ser tal que cualquier persona razonable estaría indignada), alegada al respecto por la defensa de *Khieu Samphan*, la valoración acerca de si se ha violado la dignidad humana en el crimen de otros actos inhumanos es una ponderación fáctica y no legal, y que, en el caso, los elementos factuales de prueba acreditan que, efectivamente, los hombres

<sup>97</sup> Cfr: Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español*, op. cit., p. 1536.

<sup>98</sup> Cfr: TPIY, *el Fiscal contra Zlatko Aleksovski*, asunto IT-95-14/1-T. Sentencia de la Sala Primera-bis de Primera Instancia de 25 de junio de 1999.

también sufrieron un grave ataque a su dignidad, alcanzando los hechos el umbral necesario de gravedad o intensidad para integrar crímenes de lesa humanidad, al haber sido los varones forzados a actuar como herramienta, y, al mismo tiempo, como víctimas, de violencia sexual.

En conclusión, el caso camboyano es un ejemplo de matrimonio forzado entre civiles<sup>99</sup>, siendo un buen ejemplo de esa tercera especie (*civilian-civilian*) del matrimonio forzado (las otras dos serían el matrimonio que se lleva a cabo entre miembros de los grupos armados, la primera y entre miembros de tales grupos y civiles, la segunda) que no tiene relación, al menos directa, con el conflicto armado, y a partir del cual la jurisprudencia se ha adaptado a la realidad sociológica al admitir que los hombres también pueden ser víctimas del matrimonio forzado (aunque no de la violación en su seno).

En efecto, si bien el supuesto paradigmático de matrimonio forzado es aquel en que un hombre miembro de un grupo armado fuerza a una mujer miembro de la población civil a contraer matrimonio en un clima de coacción, Camboya ofrece el ejemplo del caso en que, como parte de una política gubernamental generalizada y sistemática contra la población civil y con independencia o sin relación directa con el conflicto armado, es decir, en el claro marco de un crimen de lesa humanidad, tanto las mujeres como también los hombres son forzados a contraer matrimonio, y a consumarlo, lo que supone una novedad importante dado que, hasta el momento y tal vez por la relación inescindible de los hechos con el conflicto armado de Sierra Leona (solo inapreciable para la Fiscalía), el de matrimonio forzado venía siendo calificado como un crimen sexual o de género, en el que el sujeto pasivo era, siempre, una mujer.

## **2.3 El matrimonio forzado en el Estatuto y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional**

### *2.3.1 El fallido proceso de incriminación del matrimonio forzado como crimen de la competencia de la Corte*

El tratamiento de que el matrimonio forzado fue objeto en el seno de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, celebrada en Roma que el 17 de julio de 1998, alumbró el estatuto de la CPI no puede decirse que

---

<sup>99</sup> Cfr: Donnelly, P. y Myers, E., *op. cit.*, pp. 4-12.

alcanzara la importancia que merecía en orden a su tipificación individualizada o específica, tal vez porque, aparte del caso camboyano, tan extremadamente peculiar, la práctica no ofrecía aún al conocimiento público las cifras que su comisión alcanzó (aunque tal vez ya estuviera gestándose) en los conflictos africanos de la última década del pasado siglo y la primera del actual, y porque, además, las Delegaciones de los Estados presentes en la conferencia fueron ciertamente cautelosas a la hora de introducir, en los arts. 6 a 8 del estatuto, desarrollos del Derecho penal internacional que fueran más allá del Derecho internacional convencional vigente.

Por ello, el debate sobre este crimen en la conferencia fue promovido esencialmente, a diferencia de otros delitos relacionados con la violencia sexual, como fue el caso de la violación como crimen de guerra, por el *Women's Caucus for Gender Justice* en la quinta sesión del Comité Preparatorio para el Establecimiento de una CPI<sup>100</sup>, partiendo del preacuerdo de que los crímenes de lesa humanidad debían contener una suerte de delito de esclavitud, si bien la discusión versaba acerca de lo que se entendía como parte de la definición del mismo, proponiendo, a tal efecto, el *Caucus* la inclusión, entre los crímenes de lesa humanidad y de guerra, de los de violación, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, del de una y otra naturaleza de esclavitud sexual, lo que se plasmó en el Estatuto de Roma en base a los tratados relativos a la esclavitud aprobados hasta la fecha y como cristalización de la costumbre internacional<sup>101</sup>.

Sin embargo, en el Comité Preparatorio se puso de manifiesto que dicha ONG entendía la violencia sexual como una forma de violencia de género estructural contra las mujeres, aportando como ejemplo la esclavización de estas a través del matrimonio forzado o de otra forma de servidumbre doméstica y sexual, incluyendo el matrimonio forzado en situación de conflicto armado, en que las mujeres son secuestradas y forzadas a casarse con combatientes, generalmente miembros de grupos armados rebeldes, en un contexto coercitivo, por lo que el derecho de propiedad ejercido sobre las mujeres bajo amenazas, incluso de muerte, supone una situación análoga a la esclavitud, proponiendo la inclusión, entre los crímenes de guerra, de

---

<sup>100</sup> *Cfr. Women's Caucus for Gender Justice. Women's Caucus Advocacy in ICC Negotiations. Recommendations & Commentary to the Elements Annex and Rules of Procedure and Evidence. Submitted to the Preparatory Commission for the International Criminal Court. 12-30 de junio de 2000.*

<sup>101</sup> *Cfr. Baumeister, H. (2018). Sexualised crimes, armed conflict and the law. The International Criminal Court and the definitions of rape and forced marriage. Routledge, Nueva York, pp. 148-150.*

«todas las formas de esclavitud, incluida la esclavitud sexual o doméstica y el matrimonio forzado, por venta, engaño, coacción o amenaza», cabiendo destacar a este efecto tanto que la terminología empleada resulta neutra en cuanto al sexo del sujeto pasivo o el autor como que la incriminación de la práctica del matrimonio forzado se lleva a cabo, muy atinadamente, como crimen de guerra, así como la falta de referencia al secuestro como forma de sometimiento de las víctimas a esta forma de esclavitud que es el matrimonio forzado, si bien se hace mención de la coacción y la amenaza como medios comisivos<sup>102</sup> alternativos, aunque finalmente se optó por la fórmula «esclavitud o cualquier otro tipo de servidumbre involuntaria que surja del escenario de la guerra o un conflicto armado», dejando de lado, tras un intenso debate con respecto a la sensibilidad de género del futuro Estatuto, toda referencia expresa al matrimonio forzado en el contexto de conflicto armado.

Ya en la fase de plenarias de la Conferencia Diplomática, aunque hubo referencias a la violencia sexual sufrida por los menores de edad, especialmente las niñas, en contexto de conflicto armado, el debate se centró en los delitos de esclavitud sexual, esclavitud y tráfico de personas, dejando de lado el matrimonio forzado, que no se consideró digno de constituir un tipo delictivo con individualidad o sustantividad propia al considerarlo como una forma de esclavitud sexual<sup>103</sup>.

### 2.3.2 *La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*

El atinado juicio que el resultado que la presencia del crimen de esclavitud sexual en los asuntos del fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo, Mathieu Ngudjolo Chui y Germain Katanga, todos ellos relacionados con la situación en la República Democrática del Congo, mereció a la doctrina resultó ser más bien lamentable<sup>104</sup>, debido a que, en el primer caso, la Fiscalía redujo la acusación a los crímenes de guerra relacionados con el reclutamiento de menores de quince años o niños-soldados, sin incluir acusación en relación con los crímenes de naturaleza sexual, incluido el de esclavitud sexual, a pesar de la sólida prueba existente al efecto, por lo que la Sala Primera de Primera Instancia, constreñida por el principio acusa-

---

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 152. La Santa Sede, por su parte, formuló una propuesta que, evitando incluir entre los de violencia sexual los crímenes de esclavitud sexual, prostitución forzada y embarazo forzado.

<sup>103</sup> *Ibid.*, pp. 155 y 216.

<sup>104</sup> *Cfr.* Bou Franch, V., *op. cit.*, p. 101.

torio recogido en el art. 74.2 del Estatuto de Roma<sup>105</sup>, hubo de limitarse a señalar que «las alegaciones de las niñas soldados de haber sido utilizadas como esclavas sexuales, con el resultado de numerosos embarazos forzados», escapaba de su jurisdicción<sup>106</sup> (si bien no cabe centrar toda la crítica en la Fiscalía, pues bien pudo la Sala de Cuestiones Preliminares, en el trámite de confirmación de los cargos antes del juicio, acudir al expediente —similar al planteamiento de la tesis del art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— que autoriza el art. 61.7 c) ii) del Estatuto de la CPI, levantando la audiencia y pidiendo al fiscal que considerara «la posibilidad de: [...] ii) Modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto [...]»), aunque tampoco hubiera resultado extraño que la Fiscalía, cuya falta de calidad en sus actuaciones ha sido puesta expresamente de relieve por la Salas de la CPI en varias ocasiones<sup>107</sup>, hubiera persistido en su empecinada postura de obviar

---

<sup>105</sup> Cfr. Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. *Protección penal de la mujer contra la violencia sexual en el Estatuto de Roma y prohibición de la analogía in malam partem. A propósito de la condena del ex niño soldado Dominic Ongwen por la Corte Penal Internacional*, op. cit., p. 63.

«[...] el principio acusatorio es básico en el procedimiento penal ante la CPI (art. 74.2 ER). No cabe condenar a un sujeto sometido a un proceso por hechos distintos de los que han sido objeto de acusación. Y, como es sabido, el Fiscal de la CPI tiene el monopolio de la acción penal, ante la inexistencia de la acusación particular y de la acción popular. Las víctimas no son titulares de la acción penal y no son partes en el procedimiento. Si el fiscal estima que debe modificar los cargos, debe pedir nueva audiencia de confirmación de cargos, para que pueda ser rectificada la anterior de la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 61.9 del ER). Este defecto procesal ha significado algunas consecuencias indeseables, como la proliferación de cargos por parte del fiscal (caso Bemba) o el abigarrado muestrario de acusaciones en el caso Ongwen».

<sup>106</sup> Cfr. Bou Franch, V., op. cit., p. 102.

<sup>107</sup> Cfr. Pignatelli y Meca, F. (2021). *Corte Penal Internacional y otros crímenes no incluidos en el Estatuto*. En: Salinas de Frías, A. y Petit de Gabriel, E. W. (dirs.) y García Andrade, P. y Álvarez Arcá, I. (coords.). *La Corte Penal Internacional 20 años después*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 347-355. Tras señalar:

«[...] la reiteradamente insatisfactoria actuación de la Fiscalía en su labor de investigación o instrucción ya prácticamente desde los primeros casos que se tramitaron ante aquella (el caso Lubanga fue motivo de críticas por la limitación de los hechos objeto de acusación, por causa de una muy mejorable instrucción) y que ha culminado en el asunto de Kenia, con la retirada de cargos por insuficiencia de las pruebas contra el electo Presidente Uhuru Muigai Kenyatta, terminando oficialmente el caso el 13 de marzo de 2015, habiendo reconocido la CPI tanto la falta de cooperación de Kenia como la falta de calidad de la investigación de la acusación; en el asunto de la República Centroafricana, con la absolución por la Sala de Apelaciones de Jean Pierre Bemba Gombo, al estimar que su capacidad para investigar y evitar los crímenes de sus subordinados era limitada, habiendo, una vez que conoció que se estaban perpetrando tales crímenes, realizado esfuerzos para detenerlos, intentando frenar tanto los asesinatos como las violaciones, reprochando a la Sala de Primera Instancia los “graves errores

el ejercicio de la acción acusatoria por tales hechos), no pudiendo entrar en la cuestión de la esclavitud sexual.

En el segundo asunto, en su decisión de 30 de septiembre de 2008 (posterior a la sentencia de apelación del TESL en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o Brima *et al.*) la Sala Primera de Cuestiones Preliminares autorizó al fiscal a acusar a Chui y Katanga por, entre otros, los crímenes de guerra y lesa humanidad de esclavitud sexual de los arts. 8.2 b) xxii) y 7.1 g) del Estatuto de Roma<sup>108</sup>, considerando que la práctica del matrimonio forzado queda totalmente subsumida en el crimen de esclavitud sexual<sup>109</sup>, aunque, una vez disociados los hechos imputados a cada uno de ellos (y rota la continencia de la causa), la Sala Segunda de Primera Instancia absolvió<sup>110</sup> al acusado Chui de todos los cargos imputados (incluidos los de crímenes de guerra y lesa humanidad de esclavitud sexual), sentencia confirmada en apelación<sup>111</sup>.

---

en su conclusión de que Bemba no había tomado todas las medidas necesarias y razonables para prevenir los crímenes” de sus subordinados y estimando que la Fiscalía se excedió en su acusación al considerar la violación como un crimen de guerra aunque el acusado no participara en el hecho y tan solo porque ostentaba el mando a distancia; y finalmente, en el asunto de Costa de Marfil, con la absolución en primera instancia, tras siete años en prisión preventiva, del ex Presidente de la República Laurent Gbagbo y su ex Ministro de la Juventud Charles Blé Goudé, acusados por la Fiscalía por crímenes de guerra y lesa humanidad [...]».

Se concluye que «en definitiva, en más de veinte años la Fiscalía solo ha logrado tres condenas firmes, las de Thomas Lubanga y Germain Katanga, en el asunto de la República Democrática del Congo y la de Ahmad al-Faqi al-Mahdi por crímenes de guerra contra bienes culturales en Tombocú en 2012, en el asunto de Malí, y en este último caso gracias a que el acusado reconoció los hechos y se llegó a una sentencia de conformidad»; cfr. Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español*, op. cit., p. 545.

<sup>108</sup> Cfr. ICC 01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I. 30 de septiembre de 2008. *Situation in the Democratic Republic of the Congo. The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the confirmation of charges*, pp. 576 («the majority of the Chamber, Judge Anita Usacka dissenting, finds that there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that on 24 February 2003, Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui jointly committed through other persons, within the meaning of article 25(3) (a) of the Statute, the war crimes of sexual slavery and rape, under article 8(2)(b)(xxii) of the Statute [...]») y 580.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 431. «[...] sexual slavery also encompasses situations where women and girls are forced into “marriage”, domestic servitude or other forced labour involving compulsory sexual activity, including rape, by their captors [...]».

<sup>110</sup> Cfr. ICC 01/04-02/12, Trial Chamber II. 18 de diciembre de 2012. *Situation in the Democratic Republic of the Congo. The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui. Judgment pursuant to article 74 of the Statute*.

<sup>111</sup> Cfr. ICC 01/04-02/12 A, The Appeals Chamber. 7 de abril de 2015. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui. Judgment on the Prosecutor’s appeal against of the decision of Trial Chamber II entitled “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”*.



Por su parte, en el asunto de Katanga la Sala Segunda de Primera Instancia, en su sentencia de 7 de marzo de 2014<sup>112</sup>, examina los elementos definitorios de la esclavitud sexual como crimen de guerra y de lesa humanidad conforme a los elementos objetivos de los crímenes (que el autor «haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad, o cualquiera de dichos atributos» y que «haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual»)<sup>113</sup>, siguiendo la jurisprudencia del TPIY y el TESL, aunque en lo relativo al tipo subjetivo entendió que el autor debería haber sido consciente de la realización de los elementos objetivos del tipo (a título de dolo genérico o neutro o incluso eventual, se diría, en el primero y tendencial en el segundo) tanto del ejercicio individual o colectivo de uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona como de haberla forzado a realizar uno o más actos de naturaleza sexual<sup>114</sup>, siendo la práctica del matrimonio forzado o lo que el TESL denominó «unión conyugal forzada» lo que justificó la imputación y condena en la instancia de Katanga a título de copartícipe en la comisión del crimen de guerra y de lesa humanidad de esclavitud sexual, aunque la Sala Segunda de Primera Instancia, en su excelente análisis del crimen de esclavitud sexual, si bien califica este como constitutivo no solo de un crimen de lesa humanidad sino de guerra, elude calificar la práctica de los combatientes de tomar como esposa a una niña o mujer tras un ataque armado como matrimonios forzados o asociaciones conyugales forzadas por considerarlo irrelevante, si bien en el fallo aunque condenó a Katanga por un cargo de crimen de lesa humanidad y cuatro de guerra en el ataque a Bogoro, en Ituri, el 24 de febrero de 2003, lo consideró, por unanimidad, no culpable del resto de los cargos, entre los que se encontraban el crimen de lesa humanidad y el de guerra de esclavitud sexual<sup>115</sup>.

En cualquier caso, la pena de doce años de prisión impuesta por la sentencia de instancia, que no fue apelada, por lo que sus pronunciamientos

---

<sup>112</sup> Cfr. Sentencia de la Sala Segunda de Primera Instancia de la CPI (n.º ICC-01/04-01/07; Trial Chamber II. 7 de marzo de 2014), recaída en el caso Katanga (*situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Germain Katanga. Judgment pursuant to article 74 of the Statute*).

<sup>113</sup> Cfr. Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S.03.V.2 y corrección), segunda parte.

<sup>114</sup> Cfr. Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 102-106.

<sup>115</sup> *Ibid.*, pp. 107-109.

devinieron firmes, fue revisada por la Sala de Apelaciones y reducida en 2015 en tres años y ocho meses de acuerdo con lo previsto en el art. 110 del estatuto.

### 2.3.2.1 El asunto de Dominic Ongwen

En la sentencia dictada por la Sala Novena de Primera Instancia de la CPI en el asunto del fiscal contra Dominic Ongwen, dirigente del Ejército de Resistencia del Señor (LRA) ugandés<sup>116</sup>, el reconocimiento por la Corte del matrimonio forzado como crimen trae causa principalmente de la jurisprudencia del TESL, al concluir que constituye un delito de lesa humanidad de otros actos inhumanos del art. 7.1 k) del Estatuto de Roma, para lo que precisa que, en orden a diferenciar este ilícito y el de esclavitud sexual, al valorar los aspectos clave de la naturaleza de los hechos, el daño sufrido y los intereses protegidos no ha de existir identidad entre estos factores.

La sentencia de instancia califica el matrimonio forzado como un crimen muy grave, siendo los hechos similares a los ocurridos en Sierra Leona y en el asunto Katanga, a saber, mujeres y niñas secuestradas por soldados del LRA, siendo posteriormente distribuidas a los mismos para convertirse en las conocidas como *bush wives*, o esposas de campaña/de la selva, encontrándose las víctimas en un contexto muy coercitivo (que no puede separarse del de conflicto armado), en el que eran amenazadas con la muerte (siendo este el destino de algunas que trataron de escapar), además de permanecer bajo una estrecha e intensa vigilancia, relatando algunas cómo eran obligadas a infligir daño o incluso matar a otras mujeres secuestradas por intentar evadirse; en la sentencia se define esta práctica como parte de un sistema elaborado de abuso a mujeres, mantenido de forma coordinada, en el que la dirección del LRA, incluyendo a Ongwen, daba las órdenes, sin que, al igual que en los casos anteriormente analizados, las escasas ce-

---

<sup>116</sup> Cfr. ICC-02/04-01/15, Trial Chamber IX. 4 de febrero de 2021. *Situation in Uganda in the case of the Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Trial Judgment, pp. 1-14 y 121-225. Por esta sentencia se condena a Dominic Ongwen, ex alto mando del Ejército de Resistencia del Señor (LRA) de Uganda (en cuanto miembro del Altar de Control de dicho grupo armado y Comandante de la Brigada Sinia), comandado por Joseph Kony, y antiguo niño soldado (al haber sido secuestrado a los catorce años de edad por el LRA, extremo este que se tuvo en consideración a la hora de fijar la pena única total en veinticinco años de prisión —por mayoría, pues el magistrado Raúl Cano Pangalangan propuso, en un voto particular parcialmente discrepante, la imposición de la pena en la extensión de treinta años de reclusión—), por hasta 61 delitos cometidos entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2005, atribuyéndosele su intervención criminal en 60 de tales delitos como autor ex art. 25.3 a) del Estatuto de la CPI.

remonias de matrimonio se realizaran con respeto a las tradiciones locales, siendo las nuevas esposas obligadas a mantener relaciones sexuales.

Ongwen resultó condenado por cinco matrimonios forzados —entendidos como otros tantos crímenes de lesa humanidad de otros actos inhumanos del art. 7.1 k) del Estatuto de la CPI—, al acreditarse que llegó a tener cinco esposas de esta manera, *she had been forced to become Dominic Ongwen's so-called "wife"*<sup>117</sup>.

La Sala define el matrimonio forzado como la conducta consistente en forzar a una persona, independientemente de su voluntad, a entrar en una unión conyugal con otra mediante el uso de la fuerza física o psicológica, la amenaza de la fuerza o el aprovechando un entorno coercitivo, caracterizándolo como un delito continuado (en puridad, un delito permanente) que se consuma durante todo el tiempo en el que existe el matrimonio y que cesa solo cuando la víctima es liberada de dicha unión<sup>118</sup> (lo que resulta contradictorio con la posterior condena de Ongwen como autor de cinco crímenes de lesa humanidad de otros actos inhumanos, pues lo que existe es un concurso real de delitos y no continuidad delictiva), además de establecer que es posible acusar bajo la calificación de otros actos inhumanos por una conducta que, si bien puede abarcar otros actos a tenor del art. 7.1 a) a j) del Estatuto de Roma, sea similar pero no idéntica en términos de la naturaleza del matrimonio forzado, siempre que el acto inhumano así calificado cause un sufrimiento o un daño físico o psicológico graves (serios o intensos), interpretación que explica que el hecho de que el matrimonio forzado, en cuanto crimen complejo, contenga elementos de la violación y de la grave privación de libertad, entre otros, no empece formular una acusación por esta

---

<sup>117</sup> *Ibid.*, pp. 3021-3026.

«The Chamber makes reference to its discussion of the applicable law in relation to forced marriage as qualifying within other inhumane acts under Article 7(1)(k) of the Statute. In the present circumstances, as concerns P-0099, P-0101, P-0214, P-0226 and P-0227 at the relevant times during the period of the charges going from 1 July 2002 to 31 December 2005, the Chamber finds that Dominic Ongwen executed the specific legal elements of forced marriage as an other inhumane act, pursuant to Article 7(1)(k) of the Statute».

<sup>118</sup> *Ibid.*, pp. 2751-2752.

«The Chamber thus interprets Article 7(1)(k) of the Statute and its elements to include the inhumane act of forced marriage, namely forcing a person, regardless of his or her will, into a conjugal union with another person by using physical or psychological force, threat of force or taking advantage of a coercive environment. Such an act does not fall under any of the acts enumerated in Article 7(1)(a)-(j) of the Statute, but is similar in character to them. Whether the conduct charged in this case constitutes forced marriage under this definition is assessed on the facts ... It follows that forced marriage is a continuing crime, in the sense that it covers the entire period of the forced conjugal relationship, and only ends when the individual is freed from it».

conducta como tipo penal independiente<sup>119</sup>, valorándose las consecuencias del hecho sobre la base de los parámetros referenciados por la magistrada Doherty en su opinión disidente en la sentencia del TESL en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o Brima *et al.*, es decir, la vulnerabilidad de las cinco víctimas (con edades que variaban entre los once y los veintiún años), el estigma social y el rechazo de la comunidad sufridos por estas, además de la presión psicológica asociada a los hijos fruto del matrimonio con Ongwen y el vínculo que esto supone con el victimario<sup>120</sup> (la cuestión de los hijos habidos por Ongwen en aquellos matrimonios forzados se tuvo en cuenta como factor de unión entre las víctimas y el acusado, ya que, si bien se encontraban fuera del ámbito temporal examinado por la Sala, suponían un parámetro relevante a la hora de evaluar el sufrimiento de las víctimas).

La calificación del matrimonio forzado en base al art. 7.1 k) del Estatuto de la CPI ha sido objeto de justificadas críticas, ya que en ella se realiza una interpretación no estricta, analógica e innecesaria de aquel precepto. En efecto, no solo se infringe la prohibición de la analogía por aplicar este tipo residual, sino que resulta superfluo acudir al mismo (que viola el principio de legalidad en su aspecto de garantía criminal y taxatividad) cuando los hechos declarados probados como matrimonios forzados e imputados a Ongwen pueden ser calificados, sin retorcer los tipos penales, como diversos delitos de violación, esclavitud sexual, embarazo forzado u otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, previstos específicamente como

---

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 2750.

*«The conduct underlying forced marriage -as well as the impact it has on victims- are not fully captured by other crimes against humanity. To focus on sexual slavery and rape in particular, these crimes and forced marriage exist independently of each other. While the crime of sexual enslavement penalises the perpetrator's restriction or control of the victim's sexual autonomy while held in a state of enslavement, the "other inhumane act [...]"».*

<sup>120</sup> *Ibid.*, pp. 2748-2749.

«[...] The central element, and underlying act of forced marriage is the imposition of this status on the victim, i.e. the imposition, regardless of the will of the victim, of duties that are associated with marriage —including in terms of exclusivity of the (forced) conjugal union imposed on the victim— as well as the consequent social stigma. Such a state, beyond its illegality, has also social, ethical and even religious effects which have a serious impact on the victim's physical and psychological well-being. The victim may see themselves as being bonded or united to another person despite the lack of consent. Additionally, a given social group may see the victim as being a 'legitimate' spouse. To the extent forced marriage results in the birth of children, this creates even more complex emotional and psychological effects on the victim and their children beyond the obvious physical effects of pregnancy and childbearing [...] Accordingly, the harm suffered from forced marriage can consist of being ostracised from the community, mental trauma, the serious attack on the victim's dignity, and the deprivation of the victim's fundamental rights to choose his or her spouse».

violencias sexuales en el art. 7.1 g) (y 8.2 b) xxii) y e) vi)) del Estatuto, ello sin perjuicio, por otra parte, de que la sentencia no respeta el criterio de evitar duplicidades, incurre en la acumulación de cargos e incide en una proliferación de tipicidades al presentar un abigarrado muestrario de crímenes que, aun teniendo en cuenta las indeseables relaciones de alternatividad de que adolece el Estatuto, puede afectar al derecho de defensa<sup>121</sup>.

Por último, y en relación con lo que acaba de ponerse de manifiesto, respecto a la alegación de la defensa de Ongwen de que muchos de los hechos son crímenes tanto de lesa humanidad como de guerra, la Sala concluye que está permitido el concurso de crímenes de guerra y de lesa humanidad de naturaleza análoga, en razón de los elementos contextuales concurrentes<sup>122</sup>, lo que no explica satisfactoriamente la calificación del matrimonio forzado solo como crimen de lesa humanidad, habida cuenta de que de los hechos acreditados que permiten condenar a Ongwen como autor de cinco de tales crímenes fluye o se desprende naturalmente la relación de los mismos con el

---

<sup>121</sup> Cfr. Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. *Protección penal de la mujer contra la violencia sexual en el Estatuto de Roma y prohibición de la analogía in malam partem. A propósito de la condena del ex niño soldado Dominic Ongwen por la Corte Penal Internacional*, op. cit., pp. 90 y 91.

<sup>122</sup> Cfr. ICC-02/04-01/15, Trial Chamber IX. 4 de febrero de 2021. *Situation in Uganda in the case of the Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Trial Judgment, pp. 2820-2821.

«[...] la Chambre ne considère pas que les éléments contextuels soient différents des éléments spécifiques des crimes sur le plan qualitatif et qu'ils devraient pour cette raison être écartés lors de l'examen de la question de savoir s'il convient d'autoriser ou non le concours de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre de caractère analogue. Chaque ensemble d'éléments contextuels (celui des crimes contre l'humanité d'une part, et celui des crimes de guerre d'autre part) exige la preuve de faits que l'autre n'exige pas. En outre, contrairement à l'essence de l'argument de la Défense, les éléments contextuels de crimes relevant de la compétence de la Cour ne sont pas neutres pour ce qui est de l'évaluation juridique qualitative du comportement reproché. En effet, au-delà de leur fonction unitaire visant à distinguer les crimes relevant de la compétence matérielle de la Cour des crimes de droit commun qui n'en relèvent pas, les éléments contextuels des crimes prévus par le Statut, examinés individuellement, présentent de façon concise des intérêts distincts protégés par les dispositions incriminantes correspondantes du Statut. En effet, en ce qui concerne les charges en l'espèce, la Chambre observe que pour les crimes de guerre, une protection est accordée en droit pénal aux personnes en temps de conflit armé, alors que pour les crimes contre l'humanité, les personnes sont protégées en cas d'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile. Ainsi, les deux ensembles de crimes reflètent (partiellement) des formes différentes de criminalité, en ce qu'ils viennent compléter, pour ce qui est des intérêts protégés, l'incrimination des crimes "spécifiques" individuels -qui sont donc de ce fait distincts en fonction (également) des éléments contextuels pertinents[-]. Dans ces circonstances, il ne peut donc être dit d'aucun de ces deux ensembles de crimes qu'il est subsumé sous l'autre ou consommé par l'autre d'une quelconque façon [...] La Chambre conclut donc que le concours de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre de caractère analogue est permis».

contexto de conflicto armado en que se llevaron a cabo así como el carácter de personas protegidas de las víctimas en cuanto miembros de la población civil, extremo sobre el que la Sala, constreñida por el principio acusatorio habida cuenta del tenor de la imputación de la Fiscalía, pudo hacer algún pronunciamiento *obiter dicta* y reprochar a esta su más que cómoda postura.

### 2.3.2.2 El asunto Al Hassan Ag Abdoul Aziz

Poco antes de dar fin a la redacción de estas líneas, por la Sala Décima de Primera Instancia de la CPI se dictó una sentencia relevante respecto al entendimiento judicial del matrimonio forzado, en el asunto que implicaba a Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, miembro de la tribu tuareg Kel Ansar y el clan Zorho, por hechos cometidos en la ciudad y región de Tombuctú, en el norte de Mali, entre el 2 de abril de 2012 y el 29 de enero de 2013, en el contexto de una rebelión armada contra las autoridades estatales con base en una ideología extremista en cuanto integrante del grupo islámico Ansar Dine/AQIM (Al Queda en el Magreb Islámico) y líder en la policía y el tribunal religiosos establecidos en aquella localidad<sup>123</sup>, por los

---

<sup>123</sup> Cfr. ICC-01/12-01/18. Trial Chamber X. 26 de junio de 2024. *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*. Trial Judgment, pp. 1415-1419.

«[...] the Chamber recalls its findings that prior to 2012, marriages in Timbuktu were arranged between families, and in practice, the consent of the woman getting married was not always sought, and also that some such marriages involved AQIM members. However, having regard to the Chamber legal findings described below, particularly the threats, harassment and fear used against the victims in most cases, and in some cases their families, to get agreement for the “marriage” and the ensuing sexual violence committed against the victims, the Chamber, in relation to P-0602, P-0610, P-0520, and P-0538, and the Majority, Judge Akane dissenting, in relation to P-1162, concludes that members of Ansar Dine/AQIM forced these victims to enter into a conjugal union with their Ansar Dine/AQIM “husbands”. In the circumstances of each case, and considering that the victims were forced to enter into these conjugal unions through the use of physical and psychological force, by threat of force, and/or by taking advantage of the coercive environment of Ansar Dine/AQIM’s control of Timbuktu, the fact that for example a dowry was provided in the “marriages” of P-0602, P-0610, P-0538 and that a religious marriage ceremony was conducted in the “marriages” of P-0602, P-0520 and P-0610 does not in any way, in the Chamber’s view, diminish the coercive nature of the ‘marriages’ in those instances. To the contrary in fact, in the context, the Chamber considers that the provision of the dowries and conducting of marriage ceremonies were steps taken by Ansar Dine/AQIM to give the forced marriages the appearance of a traditional marriage, notably in order to validate the sexual violence that followed».

que fue condenado a diez años de prisión<sup>124</sup>, si bien resultando absuelto del cargo de crimen de lesa humanidad de matrimonio forzado por decisión no coincidente de dos de los tres magistrados integrantes de la Sala.

Los hechos integrantes del crimen de matrimonio forzado imputados por la Fiscalía a Al Hassan se refieren al matrimonio yihadista impuesto en Tombuctú durante la ocupación por parte del grupo armado Ansar Dine<sup>125</sup>, práctica apoyada por los líderes del grupo armado, que incluso proporcionaban recompensas como dinero y alojamiento a los miembros de este que se casaban. Aunque se reconoce la existencia de matrimonios concertados en la región con anterioridad al control de la misma por el grupo armado<sup>126</sup>, se tiene por acreditada la existencia de un clima de coerción y amenaza y por lo que atañe a la causación de grandes sufrimientos a las víctimas como elemento del crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos, la Sala establece que la experiencia de aquellas evidencia el uso de la amenaza de la fuerza y de la propia fuerza, tanto física como psicológica, de manera previa y posterior al matrimonio (desde la amenaza con armas de fuego a violaciones en el contexto del matrimonio), por lo que la Sala da por colmados estos requisitos<sup>127</sup>.

La razón por la que en la sentencia se declara no culpable a Al Hassan del crimen de matrimonio forzado resulta confusa, por lo enrevesado de su contenido (en algunos aspectos muy criticable desde el punto de vista jurídico), ya que la decisión adoptada se debió a opiniones, en el fondo

---

<sup>124</sup> Cfr. ICC-01/12-01/18. Trial Chamber X. 20 de noviembre de 2024. *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*. Sentencing Judgment. Al Hassan llevaba en prisión desde el 18 de marzo de 2018.

<sup>125</sup> Cfr. Quackelbeen, L. (2024). In Search of the Prototype of Forced Marriage: The Ongwen Case and the Bush Wives Phenomenon. *Journal of International Criminal Justice*, pp. 3 y 4. «In the context of the Al Hassan case, judges are again using the residual category to label a fact pattern not like any we have seen before. The judges need to decide upon imposed Islamic marriage during the occupation of Timbuktu by the armed group Ansar Dine. In these marriages, the AQIM members tried to involve the family and, in many cases, either the girl or the family was asked for their hand in marriage».

<sup>126</sup> Cfr. ICC-01/12-01/18. Trial Chamber X. 26 de junio de 2024. *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Trial Judgment, p. 1417.

«The Chamber notes the Defence argument that a distinction must be drawn between traditional or arranged marriages on the one hand, and forced marriages on the other, and notably its submission that “[t]he evidence demonstrates that members of the groups concluded marriages following traditional practices. Either the woman or her guardian consented, a dowry was negotiated and provided, and there was a religious ceremony with witnesses [...] Women also continued to possess the ability to seek a divorce”».

<sup>127</sup> *Ibid.*, pp. 1420-1438.

distintas, de dos (el presidente de la Sala, Antoine Kesia-Mbe Mindua, y la magistrada, Tomoko Akane —presidenta de la CPI desde marzo de 2024—) de los tres miembros del Tribunal (la magistrada Kimberly Prost expresó su opinión discrepante con la absolución).

Kesia-Mbe Mindua y Akane absuelven por este delito al acusado, en base a razones diferentes<sup>128</sup>, ya que en tanto la nipona Akane considera que no se llegó a integrar el crimen por entender que no concurre el nexo preciso entre las acciones de Al Hassan y los delitos cometidos, debido a que el matrimonio forzado no existía como parte de un plan premeditado por el acusado, los magistrados Prost y Kesia-Mbe Mindua encuentran a este culpable al haber contribuido de manera consciente a la facilitación de los matrimonios forzados, sabiendo que iban en contra de la ley y que no se ajustaban a los tradicionales matrimonios concertados culturalmente aceptados en la región<sup>129</sup>, si bien el congoleño Kesia-Mbe Mindua aprecia la concurrencia en la actuación del acusado tanto de la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal de estado de necesidad (dado que considera que su vida hubiera corrido peligro de haber rechazado su posición dentro de los altos mandos de la organización islamista en el poder en Tombuctú durante el periodo en que acontecieron los hechos) como del error de Derecho (en la terminología del Estatuto de Roma, a este respecto dogmáticamente arcaizante) o de prohibición, pues Al Hassan creía que la ley que aplicaba era legítima<sup>130</sup>, aun cuando la mayoría discrepa de esta

---

<sup>128</sup> Cfr. O'Brien, M., Maloney, K. M. y Osterveld, V. (2024). *Forced Marriage in the Al Hassan Trial Judgment. Opinio Juris*. The University of Western Australia. UWA Law School.

<sup>129</sup> Cfr. ICC-01/12-01/18. Trial Chamber X. 26 de junio de 2024. *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*. Trial Judgment, p. 1716.

«[...] He knew that the practice of “jihadi marriage” was conducted in an overwhelmingly coercive context where women and their families were “pressured” by the totality of the circumstances, including Ansar Dine/AQIM members who were armed, intermediaries who were influential, and the fear of consequences for refusing a “jihadi marriage”. Thus, the Majority finds that Mr Al Hassan knew that the practice of “jihadi marriages” would necessarily involve instances of forced marriage. Further, Mr Al Hassan as a member of the Islamic Police knew of the prohibition against sexual relations outside of marriage in the group’s interpretation of Sharia. Considering this, and the active role he played in facilitating “marriages”, the only possible conclusion is that he understood that this practice of “jihadi marriage” was designed to allow members of Ansar Dine/AQIM to have sexual intercourse in a “permissible” manner and that once women were “married” it would be impossible for them to refuse to have sexual intercourse with their “husbands” who had control over everything».

<sup>130</sup> Cfr. Gaynor, L. (2024). Is the ICC Al Hassan judgment a mess or the future? *Justice Info*. La autora se muestra, con razón, muy crítica con esta singularísima opinión, al afirmar, entre otros extremos, que:



opinión por entender que no es posible aplicar el error de permisión exculpante al tratarse de una situación provocada por el propio Al Hassan.

En el mismo sentido que la misma mayoría, en base a este argumento, debió estimar no solo que Al Hassan debía ser consciente, dada su formación, de la ilegalidad de los matrimonios celebrados con violencia, sino que tampoco es posible aplicar el estado de necesidad exculpante, en tanto que el acusado había provocado intencionadamente la situación de necesidad al formar parte de la dirigencia policial y judicial del grupo armado islámico Ansar Dine/AQIM.

No obstante, la conjunción de las dos posturas discrepantes en los términos en que cada una se formula aboca, necesariamente, a la declaración de Al Hassan como no culpable del crimen de matrimonio forzado, siendo digno de destacar que el 17 de diciembre de 2024 tanto la defensa del condenado (que llevaba en prisión desde el 18 de marzo de 2018, por lo que la revisión de su pena y previsible liberación hacían tal vez inútil, desde la salvaguarda de sus legítimos intereses, dada la pena solicitada por la Fiscalía y la prohibición de la *reformatio in peius*, una eventual impugnación) como la Fiscalía (incomprensiblemente, aunque en su inveterada línea de considerarse satisfecha con cualquier condena, prescindiendo de su deber de ofrecer justicia y reparación a las víctimas, aunque ello comportara dejar de lado el planteamiento en apelación de la apreciación de hechos tan graves como el matrimonio forzado) manifestaron su voluntad de no recurrir la sentencia, a pesar, por lo que respecta a la acusación, del llamativo grado de desacuerdo entre los tres magistrados que resolvieron el asunto en primera instancia y las febles razones de fondo aducidas por el magistrado Kesia-Mbe Mindua en lo atinente al error de Derecho que no solo resultan ser más que discutibles desde el punto de vista jurídico (dada la formación del acusado, resulta contrario a la más elemental lógica que se concluya que pudiera entender que la ley aplicable era la sharía rigoristamente interpretada y que la celebración de los matrimonios en las condiciones en que

---

«Judge Mindua’s dissent is a 52 page document that seems—in terms of the jurisprudence of the Court—to be provocative, if not downright heretical. There appears to be a deep disagreement among the judges about gender rules under Ansar Dine’s interpretation of Sharia law. The judgement—with its quiet dropping of the word gender—was clearly unwilling to raise the issue in the chamber. Mindua, on the other hand, did not hold back: “Many people in the West have asked themselves whether Sharia law is compatible with human rights? It is a practical question that needs to be answered”, he wrote. Finding that flogging and amputations could amount to torture, but the death penalty did not constitute, technically, an illegal sanction under international law, Mindua came to the conclusion that Al Hassan believed he was implementing a correct and just law».

lo fueron con arreglo a esta era legal) sino que, sobre todo, introducen un factor de valoración o ponderación de carácter racial, cultural y religioso en la apreciación de la concepción del matrimonio forzado absolutamente perturbador, por incompatible con el Derecho convencional universalmente admitido (en cuanto que poco tiene que ver con lo prescrito, según se ha visto, tanto en los arts. 5 a) y 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW- de 1979, a cuyo tenor:

«[...] los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres».

Como en el art. 42.1 del Convenio de Estambul de 2011, de acuerdo con el cual:

«[...] las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que, en los procedimientos penales abiertos por la comisión de uno de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, no se considere a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto “honor” como justificación de dichos actos».

Que, de consolidarse, permitiría, en lo sucesivo, una suerte de valoración a la carta no ya de la antijuridicidad material sino, sobre todo, de la culpabilidad de los autores (pues, a tenor de este razonamiento, nada impediría admitir que su capacidad para sentirse motivados por la normativa convencional pudiera venir matizada por esos parámetros valorativos raciales, culturales y/o religiosos) de actos de violencia contra la mujer entre los que no solo se encontraría el matrimonio forzado.

Desde luego, la opinión, impregnada de cierto casticismo y merecedora de considerarse parte destacada del folklore jurídico del que, no infrecuentemente, viene haciendo gala la CPI, del magistrado Kesia-Mbe Mindua ni parece partir de la convicción de la necesidad de modificar a través de la aplicación del Derecho los patrones socioculturales de conducta con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea patriarcal de la inferioridad

de la mujer frente al varón o en la asignación de funciones estereotipadas a hombres y mujeres a que, según se ha visto, se refiere la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979, ni se cree que contribuya a garantizar que, en lo sucesivo, en los procedimientos penales seguidos ante la CPI por actos constitutivos de matrimonio forzado no se considere a la cultura, la costumbre o la tradición o a la religión como elementos de justificación de dichos actos, en contra de lo que prescribe el Convenio hecho en Estambul en 2011.

#### CAPÍTULO IV LA CONSIDERACIÓN DEL MATRIMONIO FORZADO COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD DE OTROS ACTOS INHUMANOS POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Como se ha señalado, la Sala de Apelaciones del TESL en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o Brima *et al.* califica el matrimonio forzado como un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos mientras que la Sala de Apelaciones de la CPI en el asunto de Dominic Ongwen<sup>131</sup> considera, tras una detallada motivación, y entre otros

---

<sup>131</sup> Cfr. ICC-02/04-01/15 AA2. The Appeals Chamber. *Situation in Uganda in the Case of the Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Judgment. 15 de diciembre de 2021. En efecto, la Sala (pp. 2-4), tras afirmar que:

«[...] forced marriage is not a “new” crime, contrary to the Defence assertion on appeal [...] As this section will illustrate, forced marriage has been recognized as the crime against humanity of ‘other inhumane acts’ by the Special Court for Sierra Leone (“SCSL”), the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (“ECCC”), and the International Criminal Court (“ICC”), convicting multiple defendants relating to factual circumstances dating back more than four decades. Moreover, this jurisprudence comports with statutory and customary international criminal law expressly prohibiting ‘other inhumane acts’ for more than 75 years [...] “Other inhumane acts” were recognized as a crime against humanity in international legal instruments governing the Nuremberg and Tokyo trials and in Control Council Law No. 10 governing prosecutions of Axis perpetrators. In 1950, the UN International Law Commission adopted the Nuremberg Principles, further codifying the crime against humanity of “other inhuman acts done against any civilian population”. In the early 1990s, the UN Security Council established international ad hoc criminal tribunals through resolutions classifying ‘other inhumane acts’ as a crime against humanity in the statutes of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (“ICTY”) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (“ICTR”). In 1996, the International Law Commission (“ILC”) adopted the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind prohibiting “[o]ther inhumane acts which severely damage physical or mental integrity, health or human dignity, such as mutilation and severe bodily harm”, and recognized the impossibility of establishing “an exhaustive list of the inhumane acts which might constitute crimes against humanity”. Two years later, the Rome Stat-

ute of the ICC (“Statute”) enshrined ‘other inhumane acts’ as a distinct crime against humanity, as did the subsequent SCSL and ECCC statutes. The ILC’s Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity similarly recognize ‘other inhumane acts’ as a crime against humanity [...] “Other inhumane acts” have also formed the basis for convictions by international and national tribunals for myriad sexual, non-sexual, and gender-based offenses. These include, *inter alia*, forced sterilization or experimentation with reproductive functioning, forced public nudity, sexual and physical mutilation of corpses, serious physical and mental injuries, beatings and inhumane treatment, forcible transfer, “forced disappearance, beatings, torture, sexual violence, humiliation, harassment, psychological abuse, and confinement in inhumane conditions”, and “mutilation and other types of severe bodily harm, beatings and other acts of violence”. Such jurisprudence substantiates that “other inhumane acts” was deliberately designed to be a residual and non-exhaustive category, like the opened war crime classification of ‘outrages upon personal dignity’, because “[a]n exhaustive categorization would merely create opportunities for evasion of the letter of the prohibition”».

Pone de relieve (pp. 10-20) que el matrimonio forzado puede subsumirse en los otros actos inhumanos a que se refiere el art. 7.1 k) del Estatuto de Roma, aseverando que:

«[...] forced marriage is a particular type of ‘other inhumane act’ that can be distinguished from the enumerated acts recognized in Article 7(1) of the Statute. In the Ongwen Trial Judgment, the Trial Chamber noted -correctly, in the view of the amici- that forced marriage is similar in nature and gravity to the enumerated acts listed in Article 7(1) of the Statute, but also reflects a course of conduct which differs from those acts [...] As recognized by the SCSL Appeals Chamber, that distinct course of conduct is composed of two types of harm: (1) the violation by the accused of the victim’s relational autonomy (including resulting social ostracization); and (2) a constellation of rights violations [...] The first type of harm caused by forced marriage, the violation of relational autonomy, has been described in various ways under international law. Under international human rights law, the crux of forced marriage is the denial of the right to freely and consensually enter into marriage. In other words, the focus is on consent to marriage. For example, the International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”) states that “[n]o marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses”. Similarly, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (“CEDAW”) requires States Parties to ensure, “on a basis of equality of men and women: [...] (b) The same right freely to choose a spouse and to enter into marriage only with their free and full consent”. International human rights law bodies have recognized that forced marriage, as defined under international human rights law, can take place both in peacetime and in armed conflict ... International criminal law similarly recognizes the deprivation of relational autonomy through the imposition of a “conjugal union” on a victim. This union need not be marriage as recognized under domestic law, as it also includes relationships in which the victim is forcibly attached to a particular person outside of the context of domestic marriage law. These forced conjugal unions can take place during armed conflict or ‘peacetime’ mass atrocity, and under oppressive regimes, and can occur regardless of the victim’s existing marriage status ... In the Ongwen Trial Judgment, the Trial Chamber correctly described this deprivation of relational autonomy as “the imposition, regardless of the will of the victim” of a forced conjugal union in which the victim is exclusively attached to the other member of the union, resulting in “consequent social stigma”. The SCSL Appeals Chamber similarly described the deprivation of relational autonomy [...] The particular and enduring harms that stem from this aspect of forced marriage are numerous. As acknowledged by the SCSL and the Trial Chamber, these include stigmatization, social and cultural ostracism,

extremos, que condenar a una persona acusada por matrimonio forzado como autora de un crimen de lesa humanidad en su forma de otros actos inhumanos con arreglo al art. 7.1 k) del Estatuto de Roma<sup>132</sup> no es *ultra vires* ni vulnera tampoco el principio de legalidad *nullum crimen sine lege*<sup>133</sup>, observando al respecto que el apartado k) del art. 7.1 antedicho

---

mental trauma, a serious attack on the victim's dignity, and the deprivation of the victim's fundamental rights to choose a spouse and/or a conjugal relationship, all in a context of extreme coercion [...] The second type of harm caused by forced marriage stems from a constellation of rights violations, in addition to deprivation of relational autonomy. These rights violations may differ from situation to situation. For example, the SCSL identified numerous acts perpetrated against forced marriage victims: abduction, rape, sexual slavery, enforced exclusivity in the sexual relationship, inability to leave the conjugal union for fear of violent retribution, non-consent to being coerced into a polygamous conjugal situation, forced pregnancy, forced childbearing and childrearing, physical violence, forced domestic labour such as cooking and cleaning, and forced portering. Further, the Ongwen Decision on the Confirmation of Charges and the Ongwen Trial Judgment also identified restrictions on the freedom of movement, psychological violence, psychological and physical effects on children born of forced marriage, and constant threat of death [...] As an 'other inhumane act', forced marriage differs from the other enumerated acts in Article 7(1) of the Statute in two ways. First, the forced ascription of the status of 'spouse' is not reflected in the other enumerated acts, and, second, while certain of the constellation of rights violations may overlap with the enumerated acts (such as rape, sexual slavery, and enslavement), some may not. 19. International tribunals have identified specific distinctions between forced marriage and the enumerated crimes against humanity. For example, sexual slavery addresses "the perpetrator's restriction or control of the victim's sexual autonomy while held in a state of enslavement", including "the exercise of ownership over a person". In contrast, "the other inhumane act of forced marriage penalizes the perpetrator's imposition of 'conjugal association' with the victim", the associated forced "relationship of exclusivity", and "disciplinary consequences for breach of this exclusive relationship". As well, "[t]he offence of rape requires sexual penetration, whereas 'forced marriage' requires a forced conjugal association based on exclusivity between the perpetrator and victim". Additionally, some forms of trauma and stigma suffered by forced marriage victims differ from those suffered by victims of sexual slavery and rape [...] Therefore, the Trial Chamber correctly concluded that forced marriage is distinct from, and not subsumed by, the enumerated acts in Article 7(1) of the Statute».

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 1040.

<sup>133</sup> *Ibid.*, pp. 1017-1018.

«The Appeals Chamber notes that the category of "other inhumane acts" serves as a "residual category" of crimes against humanity, designed to criminalise an act that does not specifically qualify as any of the other crimes under article 7(1) of the Statute, based on the understanding that an exhaustive enumeration of inhumane acts is impossible [...] However, as noted above, both the Statute and the Elements of the Crimes make it clear that not any act will amount to "an other inhumane act" within the meaning of article 7(1)(k) of the Statute. Indeed, article 7(1)(k) of the Statute and the Elements of the Crimes require the following criteria to be met: (i) the act must be of a similar nature and gravity to any other act referred to in article 7(1); (ii) the act must have resulted in great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health; and (iii) the act must have been part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population».

contempla la categoría de crímenes denominados «otros actos inhumanos», destinada a tipificar aquellos actos que no se puedan calificar específicamente como cualquiera de los crímenes configurados en el párrafo 1, letras a) a j), del precepto de mérito y concluyendo que el alcance de los «otros actos inhumanos» referidos en el apartado k) del art. 7.1 del Estatuto y los correspondientes Elementos de los Crímenes<sup>134</sup> es suficientemente claro y preciso para satisfacer el aludido principio de legalidad en su vertiente de garantía criminal (y taxatividad); por otra parte, dado que se trata de un tipo penal abierto, esto es, puesto que distintas modalidades de conducta pueden constituir otros actos inhumanos siempre y cuando satisfagan los elementos del crimen cuya comisión se amenaza en el art. 7.1 k) del Estatuto de la CPI, la Sala considera que para determinar si un comportamiento específico se puede calificar como una forma de otros actos inhumanos es posible recurrir a cualquier instrumento internacional pertinente, en particular convenciones o tratados.

Asimismo en el asunto Ongwen la Sala de Apelaciones coincide con la conclusión de la Sala Novena de Primera Instancia, a efectos de que el elemento nuclear del matrimonio forzado es la imposición de una unión conyugal y de la consiguiente condición de cónyuge sobre la víctima, señalando en este sentido que el concepto de unión conyugal está asociado con la imposición de deberes y expectativas que generalmente van asociadas al matrimonio, lo que se puede determinar a tenor de los hechos acreditados en la causa.

En definitiva, tras un cuidadoso examen de las conclusiones de la Sala Novena de Primera Instancia y de las pruebas en las que esta se basó, la Sala de Apelaciones de la CPI concluye que la sentencia de instancia no erró al dictar condena contra Ongwen por matrimonio forzado como delito de lesa humanidad bajo la forma de otros actos inhumanos con arreglo al apartado k) del art. 7.1 del Estatuto de Roma, inferencia que, en tanto por parte de la Fiscalía se continúe calificando este tipo de actuación como crimen de lesa humanidad, es de suponer que, de estimarse acreditados los hechos, seguirá siendo mantenida por la Corte.

---

<sup>134</sup> *Cfr.* Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, art. 7.1 k), elementos 1 («que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física») y 2 («que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto» —a este respecto, la Nota a pie de p. 30 dispone que «se entiende que “carácter” se refiere a la naturaleza y la gravedad del acto»—).

## CAPÍTULO V LA POSIBLE CALIFICACIÓN DEL MATRIMONIO FORZADO COMO CRIMEN DE GUERRA

### 1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En los conflictos armados actuales, frente a aquellos cuya base es el Estado o *state-based conflicts*, que engloban los internacionales (en que han de ser incluidos los internacionales no interestatales consecuentes o concomitantes a las situaciones de ocupación militar de un territorio ajeno por un Estado) y los intraestatales, aparecen los no estatales o *non-state conflicts*, en los que, a diferencia de aquellos, se usa la fuerza entre grupos armados organizados, ninguno de los cuales es el gobierno de un Estado, siendo hoy los intraestatales, incluidos los más importantes o *major armed conflicts*, calificables técnicamente como guerras (por producirse en ellos muertes directamente relacionadas con los combates de, al menos, mil personas en un año), los más numerosos, siendo de destacar la tendencia de los últimos años a su internacionalización (al recibir una de las partes enfrentadas, o ambas, apoyo de potencias extranjeras), convirtiéndose así en *internationalized intrastate conflicts*.

Si bien se ha de comenzar conviniendo con la afirmación<sup>135</sup> de que cuando se analiza la vulnerabilidad de las mujeres y las niñas desde la perspectiva de género y en los conflictos armados contemporáneos, tanto durante los mismos como con posterioridad a la finalización de las hostilidades, las condiciones de género y las relaciones entre ellos se alteran, por lo que al hablar de género o perspectiva de género en relación con tales contextos no debe hacerse referencia exclusiva a la mujer sino que debe abarcarse a ambos sexos, habida cuenta que la utilización de un prisma de este tipo hace que la cuestión no resulte ajena al hombre, debiendo añadirse que en los actuales conflictos armados las mujeres no resultan ser más vulnerables a la violencia que los hombres por el hecho de ser mujeres en cuanto resultan ser víctimas especialmente indefensas en tal situación, pues el grado de vulnerabilidad depende de factores tales como las características físicas, los sociales, económicos y culturales y los específicamente asociados al conflicto, demostrando las mujeres incluso una gran fortaleza en el contex-

---

<sup>135</sup> Cfr. Abad Castelos, M. (2012). Las mujeres y las niñas en los conflictos armados y en la construcción de la paz: ¿hay perspectivas esperanzadoras en el horizonte? En: Cardona Llorens, J. et al. (eds.) y Aznar Gómez, M. J. (coord.). *Estudios de Derecho internacional y Derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. Tomo I. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 29 a 32.

to de las hostilidades, como ponen de relieve sus papeles de combatientes, promotoras de paz o las funciones que asumen para proteger y mantener a sus familias en tiempo de guerra, por lo que la vulnerabilidad no se deriva del género en sí mismo (concebido como grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde el punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico, lo que ha permitido tachar de desafortunada la definición que del género se contiene en el art. 7.3 del Estatuto de Roma, basada en el criterio de las características biológicas, obviando la posición de las Naciones Unidas, ya centrada en 1998 en un concepto de género construido socialmente —diferencias entre el hombre y la mujer basadas en la asignación de papeles o roles sociales, es decir, en un constructo social<sup>136</sup>—), sino que es un concepto relativo para cuya ponderación, determinación o mensuración habrá de calibrarse, además, el grado de exposición a los riesgos y los problemas concretos presentes en cada conflicto armado, es lo cierto que en la práctica de los conflictos armados del presente (sobre todo, intraestatales e internacionales no interestatales consecuentes o concomitantes a las situaciones de ocupación militar) la vulnerabilidad de mujeres y niñas a la violencia sexual es un presupuesto relevante y complejo del que ha de partirse, pues la población civil sigue siendo la principal víctima cuantitativa de los enfrentamientos dada la tendencia de algunas de las partes contendientes en el marco de los hoy en día muy frecuentes conflictos armados asimétricos a escudarse tras ella para eludir en lo posible el empleo masivo y selectivo de la fuerza por un enemigo generalmente más poderoso desde el punto de vista de la calidad y cantidad de sus medios de combate y la tentación de la otra u otras partes de castigar en dicha población civil los ataques e incluso el empleo de métodos de combate ilícitos de que sus combatientes son objeto por el adversario militarmente más débil, todo ello en el desarrollo de una confrontación en que, además, le resulta muy difícil, si no imposible, a la parte militarmente más fuerte por la precisión, sofisticación tecnológica y logística y, en definitiva, poder destructivo de los sistemas de armas de que dispone aplicar debidamente, sobre todo cuando los enfrentamientos tienen lugar en entornos urbanos masificados, el principio de distinción entre combatientes y objetivos militares y personas y bienes civiles y, por ende, los de precaución y proporcionalidad.

---

<sup>136</sup> Cfr. Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. *Protección penal de la mujer contra la violencia sexual en el Estatuto de Roma y prohibición de la analogía in malam partem. A propósito de la condena del ex niño soldado Dominic Ongwen por la Corte Penal Internacional*, op. cit., pp. 70-71.



Es un hecho contrastado que, como acaece desde tiempo inmemorial, los atentados contra la libertad sexual, a través de la violación y otras formas de violencia sexual, fundamentalmente contra las mujeres y las niñas, se continúan utilizando a finales del siglo XX y en estas primeras décadas del XXI como método de guerra<sup>137</sup>, inserto, a veces, sin ambages, en órdenes operacionales<sup>138</sup> y, en otras ocasiones, como consecuencia o efecto asociado, de forma natural, a las hostilidades, por lo que, en función directa de la naturaleza y caracteres del conflicto armado, del tipo de combatientes que participan en el mismo (actores estatales o no estatales), del ámbito geográfico, y, por ende, cultural y/o religioso, en que tenga lugar el empleo de la violencia bélica y de otros parámetros, esencialmente socioeconómicos y de fortaleza o debilidad de las instituciones estatales, las mujeres y las niñas pueden sufrir durante y, sobre todo, tras las hostilidades, una vez bajo el poder del adversario o el ocupante, en mayor medida que el resto de la población civil una serie de padecimientos que se extreman o acentúan por razón de su género y que se suelen enmarcar en contextos preexistentes y socialmente asentados y aceptados de discriminación hacia la mujer.

## 2 LA VIOLENCIA SEXUAL COMO CRIMEN DE GUERRA Y LA ACTUACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS

### 2.1 Antecedentes

Con independencia de que la realidad actual demuestra, de modo incontrovertible (y buena prueba de ello es la jurisprudencia del TESL y, sobre todo, de la CPI), que es habitualmente en los contextos de conflictos armados no internacionales y en relación o con ocasión de ellos donde se han llevado a cabo numerosos atentados contra la libertad sexual, sobre todo de mujeres y niñas, la comisión masiva y sistemática de actos de violencia sexual habida en el pasado siglo en el marco de la Segunda guerra chino-japonesa en relación con la población civil china a manos de combatiente

---

<sup>137</sup> Cfr. Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español*, op. cit., pp. 1530-1531.

<sup>138</sup> La Operational Strategy del RUF a que hace mención el TESL en el asunto Taylor (cfr. Special Court for Sierra Leone, in the Appeals Chamber. *Prosecutor Against Charles Ghankay Taylor*, case N.º SCSL-03-01-A. Judgment. 26 de septiembre de 2013, p. 260).

nipones y de la Segunda Guerra Mundial por todos los beligerantes<sup>139</sup>, que en las postrimerías de esta última culminaron en las zonas progresivamente ocupadas en la Europa central por parte de las fuerzas soviéticas (finalizando, en una horrenda orgía de asesinatos, mutilaciones y lesiones, torturas, pillaje y saqueo masivos, en la violación de casi 2 000 000 de mujeres alemanas, de las que casi un cuarto de millón fueron asesinadas tras el acceso carnal, muy frecuentemente grupal, con las consecuencias de embarazos no deseados y subsecuentes abortos, contagios de enfermedades de transmisión sexual, etc.), se reprodujo en las últimas tres décadas del pasado siglo en múltiples conflictos armados como los habidos en Pakistán Oriental (con casi dos centenares de miles de agresiones sexuales contra mujeres bangladesíes protagonizadas por miembros de las fuerzas armadas pakistaníes), la ex-Yugoslavia (principalmente en Bosnia y Herzegovina en relación, sobre todo, a la población civil bosniaca y bosnio-croata por parte de combatientes serbios y serbo-bosnios, y donde, además, se llevó a efecto la atroz práctica del embarazo forzado) y Ruanda (por parte de miembros de las milicias de etnia hutu en relación, casi en exclusiva, a la población civil ruandesa de etnia tutsi), en cuyo transcurso se recurrió sistemáticamente a la violencia sexual contra las mujeres como un método de guerra, incluso con el objetivo de realizar la depuración o limpieza étnica de una zona<sup>140</sup> y de amedrentar o humillar a la comunidad enemiga, ya que estos actos llevados a cabo en conflicto armado, conectados con la discriminación que la mujer sufre previamente en tiempo de paz en el seno

---

<sup>139</sup> Resultan paradigmáticas de la consideración de la mujer como premio del vencedor las cincuenta horas de libertad que el futuro mariscal Alphonse Juin dio a las tropas coloniales marroquíes (*les goumiers*) bajo su mando, integrantes del CEF (Cuerpo Expedicionario Francés), tras los duros enfrentamientos en Monte Cassino («durante cincuenta horas seréis dueños absolutos de lo que encontréis más allá del enemigo; nadie os castigará por lo que hagáis, nadie os preguntará por lo que hacéis»), que comportaron unas 7000 violaciones de mujeres y niñas de entre 11 y 86 años y de unos 600 hombres (algunos de los cuales fueron castrados) italianos, siendo asesinadas unas 800 personas, hechos (denominados las «marroccinate» o «marroquinadas») que nunca fueron enjuiciados; *cfr.* Senado italiano, Acta 1081, de 25 de julio de 1996 (*Norme in favore delle vittime di violenze carnali in tempo di guerra*).

<sup>140</sup> *Cfr.* Abad Castelos, M., *op. cit.*, pp. 34-37. Pone la autora de relieve que:

«[...] elaborar estadísticas sobre el alcance de la violencia sexual cometida con ocasión de conflictos armados o con posterioridad a ellos es una tarea muy complicada. E incluso las estadísticas que existen no tienen por qué ser fidedignas. Muchas mujeres que son víctimas (también) de violencia sexual no sobreviven. En los contextos de muchos conflictos, existen además atávicos obstáculos culturales y sociales como telón de fondo que dificultan, si no imposibilitan, la obtención de una información cercana a la realidad, dada la estigmatización y marginación que puede llegar a provocar el ser mujer víctima de un acto de violencia sexual».

de sociedades sujetas a un fuerte control patriarcal, provocan, además de los daños físicos y psicológicos que para la víctima conlleva cualquier acto de violencia sexual y el ostracismo para las mujeres víctimas directas de tal violencia un frecuentísimo efecto de deshonra que no solo las socava a ellas, marginándolas socialmente, sino que también daña el honor de los varones de su entorno, alcanzando una innegable dimensión de estigmatización colectiva o comunitaria<sup>141</sup>.

En el ámbito internacional hasta 1998 la regulación del Derecho internacional humanitario convencional sobre la cuestión, concretada en los arts. 27.2 del Convenio IV de Ginebra de 1949 (que caracteriza la violación y otras formas de violencia sexual como ataques contra el honor y no como vulneración de la libre determinación en el ámbito sexual o, en todo caso, de la integridad corporal), 76 del Protocolo I (en que persiste la referencia al pudor) y 4.2 del Protocolo II (que no menciona la protección contra la violencia sexual entre los ataques contra la salud y la integridad física o mental sino entre los atentados contra la dignidad personal), ambos de 8 de junio de 1977, Adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra, solo podía ser calificada como deficiente y desafortunada, carencia normativa que aun cuando trató de ser salvada por la jurisprudencia del TPIY<sup>142</sup> y el TPIR, deja al descubierto el anacronismo y la inadecuación de aquellas reglas jurídicas a la realidad actual<sup>143</sup>, no contemplándose la violencia sexual entre las infracciones graves o crímenes de guerra de primer grado o en sentido estricto que, para los conflictos armados de carácter internacional (incluida la ocupación), se enuncian en los arts. 50 del Convenio I de Ginebra de 1949, 51 del II, 130 del III y 147 del IV y 11.4 y 85.2 a 4 del Protocolo I Adicional de 1977 y que los Estados Partes en tales tratados se comprometen a tipificar y sancionar penalmente *in foro domestico*, tomando para ello todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones

<sup>141</sup> *Ibid.*, pp. 38-39.

<sup>142</sup> *Cfr.* Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español, op. cit.*, p. 1536.

«[...] ya desde la década final del siglo XX el TPIY afirmó que la prohibición de la violación y la agresión sexual en conflicto armado constituía entonces una norma universalmente aceptada con carácter de Derecho internacional consuetudinario y que resultaba aplicable en toda clase de conflicto armado, internacional o sin tal carácter, así como que la violación, junto a la tortura y los ataques contra la dignidad personal constituían violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949».

<sup>143</sup> *Cfr.* Abad Castelos, M., *op. cit.*, pp. 41-45. Destaca la autora que tanto los Convenios de 1949 como los Protocolos Adicionales de 1977 «han sido objeto de críticas todavía mucho más implacables, que se fijan, sobre todo, en el carácter inherentemente discriminatorio de sus disposiciones con respecto a la mujer».

penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de tales infracciones graves (párrafos primeros de los arts. 49 del Convenio I de Ginebra de 1949, 50 del II, 129 del III y 146 del IV y 85.1 *in fine* del Protocolo I Adicional de 1977).

Esta deplorable situación convencional, vino a ser reparada en 1998, con vocación de universalidad y por lo que respecta no solo a los hechos llevados a cabo con ocasión de conflictos armados, tanto de carácter internacional como sin tal carácter (que han venido, y vienen, siendo los más numerosos y frecuentes en la actualidad), sino a los perpetrados en situaciones de ataque masivo y sistemático contra la población civil, por el Estatuto de la CPI<sup>144</sup>, que tipifica como crímenes de guerra en su art. 8.2 b) xxii), para caso de comisión del hecho en contexto de conflicto armado de carácter internacional:

«[...] cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra».

Y e) vi), para el supuesto de perpetración en contexto de conflicto armado de carácter no internacional:

«[...] cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra»

Y como crímenes de lesa humanidad en el art. 7.1 g) de dicho tratado la «violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable»; los crímenes de lesa humanidad de violencia sexual del art. 7.1 g) son idénticos a los de guerra del art. 8.2 b) xxii) y e) vi) salvo

---

<sup>144</sup> Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional (BOE n.º 239, de 5 de octubre de 2000); Instrumento de Ratificación de 19 de octubre de 2000 (BOE n.º 126, de 27 de mayo de 2002); *cfr.* Ojinaga Ruiz, M. R. (2017). La protección de la mujer en el Derecho internacional humanitario. *Derecho internacional humanitario*. Valencia, Tirant lo blanch y Cruz Roja Española, pp. 861-862.

el último, es decir el consistente en «cualquier otra forma de violencia sexual», ya que, a tenor de los respectivos elementos de cada crimen, su morfología resulta ser diferente, pues aunque es preciso tener en cuenta que en los últimos han de concurrir las circunstancias o particularismos especificantes del contexto de conflicto armado en el cual y en relación con el cual se han de ejecutar los hechos constitutivos del tipo y de la condición jurídica de persona protegida que ha de ostentar la víctima o sujeto pasivo de tales delitos de guerra, lo que no es preciso para colmar el crimen de lesa humanidad, la diferencia radica, sobre todo, en que la fórmula que utiliza el art. 7.1 g), referida a «cualquier otra forma de violencia sexual», en cuanto que distinta de las que se referencian con anterioridad en el indicado precepto (siempre que dicha violencia sexual resulte ser, materialmente, «de gravedad comparable», es decir, de acuerdo a los elementos del crimen, equiparable, parangonable, similar o análoga tanto a las cinco modalidades típicas de violencias sexuales que, según se ha visto, expresamente enuncia el art. 7.1 g) —violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada<sup>145</sup>— o a los tipos incriminados en las letras a) a f) del tan nombrado art. 7.1), resulta ser sustancial o inherentemente distinta que las empleadas por el art. 8.2 b) xxii) («que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra») y e) vi) («que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra») del estatuto.

Si los tipos delictivos de guerra cobijados en el art. 8.2 b) xxii) y e) vi) del Estatuto de Roma, pese a exigir para su conformación la concurrencia, entre otros, del elemento de carácter objetivo normativo consistente en que la conducta haya tenido una gravedad tal que constituya también ora «una infracción grave de los Convenios de Ginebra» ora «una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra», han sido objeto de crítica, ya que tal elemento se ha estimado poco acorde al respeto del principio de legalidad en su aspecto de garantía criminal y taxatividad, pues aunque la conducta típica puede ser equiparable (en el sentido de comparable, homologable, igual, semejante o equivalente) a las infracciones graves de causar intencionalmente la muerte o lesiones graves a una persona fuera de combate, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, infligir o causar deliberada o intencionalmente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud de las personas pro-

---

<sup>145</sup> Cfr. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, art. 7.1 g)-6, elemento I («que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7.1 g) del Estatuto»).

tegidas (entre las que se encuentran las personas civiles) previstas en los arts. 50 del Convenio I de Ginebra de 1949, 51 del II, 130 del III y 147 del IV (y en el art. 8.2 a) ii) y iii) del Estatuto de la CPI) en el supuesto de conflictos armados de carácter internacional<sup>146</sup>, o a los atentados a la vida y a la integridad corporal (en especial el homicidio en todas sus formas —aun cuando, según se cree, siempre intencional o adrede, es decir, doloso—), las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios respecto a las personas que no participen de forma directa en las hostilidades previstas en el

---

<sup>146</sup> Cfr. Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. *Protección penal de la mujer contra la violencia sexual en el Estatuto de Roma y prohibición de la analogía in malam partem. A propósito de la condena del ex niño soldado Dominic Ongwen por la Corte Penal Internacional*, op. cit., pp. 102 y 103.

Afirma el autor que:

«[...] al tratarse de un tipo residual, para la medición de la gravedad se exige que sea comparable a las otras cinco conductas que se incriminan (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada) y, por otra parte, que alcance una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra. Realmente no se trata de dos requisitos diferentes, sino de dos criterios para excluir las violaciones sexuales no graves o menores, que no puedan alcanzar la gravedad de la descripción típica de los crímenes sexuales específicos que las anteceden y que tampoco constituyen una infracción grave de los Convenios de Ginebra. Se trata, en consecuencia, de un elemento normativo del tipo penal».

Puesto que, para algunos autores (en una «interpretación que resulta conforme con el principio de legalidad penal»),

«[...] cualquier otra forma de violencia sexual exige un mínimo umbral de gravedad comparable a una infracción grave de los Convenios de Ginebra, como la tortura, tratos inhumanos, experimentos biológicos, causar intencionadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud; o, probablemente cualquiera de las cinco formas específicas de violencia sexual tipificadas en el artículo 8.2 b) xxii del ER, en la medida en que sean consideradas per se como infracciones graves».

Habiéndose cuidado la doctrina de presentar ejemplos de estas otras formas de violencia sexual,

«como obligar a una mujer a realizar ejercicios de gimnasia desnuda en público, las mutilaciones genitales (cercenar los pechos de las mujeres), los matrimonios forzados cuando no constituyan esclavitud sexual, los abortos forzados, la circuncisión forzada, la amputación del pene y las agresiones sexuales. Los Tribunales Penales Internacionales añaden desnudez pública forzada, secuestro de mujeres y niñas como esposas de la selva, verse obligadas a aliviar funciones corporales en la propia ropa o soportar el miedo constante a ser sometidas a violencia sexual».

art. 3.1 a) común a aquellos cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (y en el art. 8.2 c) i) del Estatuto de Roma) en el supuesto de conflictos armados sin carácter internacional<sup>147</sup>, es lo cierto que la equiparación de la gravedad, en cuanto concepto jurídico relativamente indeterminado, aun cuando solo sea en función de los resultados objetivamente determinables o apreciables, a efectos de producir la integración del crimen de guerra, resultará excesivamente ligada a criterios subjetivos y casuísticos (o, peor, de oportunidad) del órgano jurisdiccional<sup>148</sup>, la frase «otros actos inhumanos de carácter similar» a los enunciados en las letras a) a j) del art. 7.1 del Estatuto que utiliza la oración descriptiva del tipo delictivo de lesa humanidad cobijado en la letra k) del citado precepto, que ha venido siendo utilizado por la CPI para incardinar en él el matrimonio forzado como crimen de dicha naturaleza, presenta todavía mayor relativismo o indefinición, a pesar de exigir que tales actos «causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física», pues abre, aún más que los tipos de guerra antedichos y que la fórmula que utiliza el art. 7.1 g), referida a «cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable», entendida en los términos anteexpuestos, el tipo, permitiendo al operador jurídico bordear, más desahogadamente aún, el principio de legalidad que proclama el art. 22 (*nullum crimen sine lege*) del Estatuto, especialmente en el primer párrafo de su apartado 2 («la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía»).

Ello es lo que ha conducido a la Fiscalía de la Corte, a fin de ahorrarse engorrosos problemas, no ya de prueba (dejando aparte el caso camboyan, claro exponente de un crimen de lesa humanidad en cuanto que el matrimonio forzado formó parte de un ataque generalizado y sistemático, en cuanto obediente a una política dirigida por el gobierno de los jemes rojos, contra la población civil de Camboya) del contexto de conflicto

---

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 107.

«[...] la incriminación del tipo residual que considera crímenes de guerra en los CANI cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, como elemento normativo, nos remite a los crímenes (tipificados en el mismo apartado del precepto penal) de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada, así como a las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los tratos humillantes y degradantes. Abarca asimismo, los atentados contra la dignidad que hayan sido tan graves que estén reconocidos generalmente como ultrajes contra la dignidad personal. En este último crimen se incorpora un elemento valorativo».

<sup>148</sup> Cfr. Pignatelli y Meca, F. *El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*, op. cit., pp. 340-341.

armado en el cual y en relación con el que se han ejecutado los hechos de la República Democrática del Congo, Uganda y Mali (al igual que los de Sierra Leona) y de la condición jurídica de personas protegidas que, en cuanto personas civiles ex arts. 4 del Convenio IV de Ginebra de 1949 y 50.2 del Protocolo I Adicional de 1977 y, sobre todo, 3.1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ostentaban las mujeres y niñas sujetos pasivos de los hechos, en cuanto que no participaban directamente en las hostilidades (lo que, como se ha señalado, es evidente a tenor del relato factual de las sentencias del TESL y, sobre todo, la CPI que se han examinado), sino de la acreditación de una gravedad comparable o equiparable a las infracciones graves o crímenes de guerra en sentido estricto o de primer grado antedichos, a calificar el matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos y no como crimen de guerra, sin tratar de que, en los hechos debatidos, la Corte se pronuncie sobre esta cuestión, que resulta ser de gran calado a la vista de la posición adoptada desde el año 2000 por las Naciones Unidas en relación con un tema tan esencial como es la violencia contra la mujer en los conflictos armados.

A este respecto, aunque en su Preámbulo el Convenio de Estambul hace referencia a que, a efectos de dar fundamento a sus prescripciones, considera «el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002)» y recuerda «los principios básicos del derecho humanitario internacional, y en particular el Convenio (IV) de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (1949) y sus Protocolos adicionales I y II (1977)», es lo cierto que ni en los Estatutos del TPIY y el TPIR ni en el de Roma de la CPI y, menos aún en alguno de los instrumentos en los que se contiene el Derecho internacional humanitario (en especial en el Convenio IV de Ginebra de 1949, el art. 3 común a los cuatro Convenios y los dos Protocolos adicionales de 1977) se tipifica expresamente como infracción grave o crimen de guerra en sentido estricto o de primer grado el matrimonio forzado, al que ni siquiera se hace alusión en tales tratados, y tampoco se prevé en el Estatuto del TESL, habiendo sido su consideración como figura delictiva con entidad propia una creación jurisprudencial de este último Tribunal.

Como se ha visto, es tan solo a partir de 1998 que la violencia sexual en los conflictos armados, tanto de carácter internacional como no internacional, se incrimina específicamente por primera vez en el ámbito convencional, como crimen de guerra en diversas formas o modalidades en el art. 8.2 b) xxii) y e) vi) del Estatuto de Roma<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> Cfr. Pignatelli Y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español*, op. cit., pp. 1532-1536.



## **2.2 La posición del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas**

Es en el rumbo que marca esta línea convencionalmente adoptada desde 1998, y en el marco de la cuarta ola del feminismo que surge en 2000 con la concurrencia del fenómeno de la globalización y las tecnologías de la información y las comunicaciones, cuando se viene a considerar el enfoque feminista, que hasta entonces se había centrado en cuestiones que se consideraban de especial importancia para las mujeres de todo el mundo (como la violencia doméstica, la discriminación en el lugar de trabajo y las violaciones de los derechos humanos de las mujeres), como demasiado estrecho tanto en lo que respecta a las cuestiones específicas que aborda como a su enfoque metodológico, sosteniendo que incluso los problemas mundiales aparentemente neutros en lo que respecta al género cuentan con una dimensión de tal naturaleza (cual es, entre otras cuestiones tales como la gobernanza mundial, la migración, la deuda de los países del sur, la maldición de los recursos y el cambio climático, la de la violencia bélica)<sup>150</sup>.

Ha de destacarse la importancia en esta materia de la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1325, de 31 de octubre de 2000, aprobada en su 4213.<sup>a</sup> sesión<sup>151</sup>, que comporta un punto de inflexión en aquella y que puede calificarse de histórica en cuanto supone un antes y un después en el tema, al menos en un plano teórico, tanto por ser la primera resolución que trató específicamente la cuestión del impacto que los conflictos armados tienen en las mujeres y las niñas como porque comenzó a promover la participación de la mujer en diversos frentes, sobre todo en la toma de decisiones y en los procesos de paz además de instar a la inclusión de la formación de género en las operaciones de paz<sup>152</sup>; esta resolución, entre otros extremos, en sus puntos dispositivos 9 a 11:

«[...] exhorta a todas las partes en un conflicto armado a que respeten plenamente el derecho internacional aplicable a los derechos y a la protección de las mujeres y niñas, especialmente en tanto que civiles, en particular las obligaciones correspondientes en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discrimina-

---

<sup>150</sup> Cfr. Parekh, S. y Shelley, W. (2020). *Feminist Perspectives on Globalization*. En: Zalta, E. N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*; cfr. Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español*, op. cit., p. 1540.

<sup>151</sup> Cfr. S/RES/1325 (2000), de 31 de octubre de 2000.

<sup>152</sup> Cfr. Abad Castelos, M., op. cit., pp. 49-50.

ción contra la mujer de 1979 y su Protocolo Facultativo de 1999 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y sus dos Protocolos Facultativos de 25 de mayo de 2000, y a que tengan presentes las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional» (obviamente, a tenor de lo anterior, relativas a los crímenes de guerra).

«[...] insta a todas las partes en un conflicto armado a que adopten medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género, particularmente la violación y otras formas de abusos sexuales, y todas las demás formas de violencia en situaciones de conflicto armado» (para lo que, en el ámbito represivo, no existe otra vía que la de la sanción de los crímenes de guerra de violación y otros abusos, agresiones, sexuales).

Y

«[...] subraya la responsabilidad de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y las niñas y, a este respecto, destaca la necesidad de excluir esos crímenes, siempre que sea viable, de las disposiciones de amnistía».

La Resolución 1325 se califica de temática y no vinculante en cuanto adoptada al amparo del capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas<sup>153</sup>, y en ella lo más novedoso es que, aunque permanece el llamamiento a la protección y la conceptualización de las mujeres como grupo vulnerable, la noción de víctimas coexiste con el derecho a ser reconocidas como sujetos con voz y agenda propia, reconocimiento como agentes activos necesario en la toma de decisiones que supone una reafirmación del derecho a la igualdad, siendo considerada la piedra angular sobre la que se ha desarrollado la Agenda sobre Mujer, Paz y Seguridad de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, Agenda MPS), entendida como un amplio marco político-

---

<sup>153</sup> Cfr: O'rouke, C. (2018). Feminist Strategy in International Law: Understanding Its Legal, Normative and Political Dimensions. *European Journal of International Law*. Vol. 28, n.º 4, p. 1028. «The resolution's legal authority has been accentuated by the fact that it was passed unanimously and that the resolution uses the language of obligation in parts. The question persists, nevertheless, as to the wisdom of investing feminist energies in legal strategies that do not give rise to clearly legally binding obligations».

legislativo no vinculante, que reconoce que las mujeres deben ser actores fundamentales en todos los esfuerzos por lograr el mantenimiento de una paz y seguridad internacionales sostenibles<sup>154</sup>.

Se ha dicho<sup>155</sup> que la importancia de la Resolución 1325 reside en el hecho de que, a través de ella, el Consejo de Seguridad reconoció, por primera vez, el desproporcionado impacto que la naturaleza cambiante de la guerra está teniendo sobre las mujeres y niñas.

Aparece así en las últimas décadas ante conflictos armados en los que se ataca intencionadamente a civiles, con los especiales matices que ello conlleva para las mujeres tanto en relación con las tácticas operativas utilizadas como a las consecuencias de estas (en este sentido, la resolución destaca el papel esencial que han de jugar las propias mujeres en la solución de los conflictos y la consecución de una paz sostenible), pudiendo afirmarse que dicha resolución contiene una visión internacional que trasciende el ámbito temporal y geográfico de un conflicto armado en concreto y pretende sentar las bases para una solución duradera a los problemas que se plantean en relación con la mujer y el conflicto armado, comportando el inicio de lo que se conoce como la Agenda MPS del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y que ha sido desarrollada en los últimos años mediante las Resoluciones 1820 (2008), de 19 de junio (aprobada por el Consejo en su 5916.<sup>a</sup> sesión el 19 de junio de 2008 y que presenta ciertas características pioneras, ya que se centra específicamente en la violencia sexual en conflictos armados<sup>156</sup>, exigiendo, en sus puntos dispositivos 2 a 4, que todas las partes en los mismos «pongan fin sin dilación y por completo a todos los actos de violencia sexual contra civiles, con efecto inmediato» y que:

«[...] adopten de inmediato medidas apropiadas para proteger a los civiles, incluidas las mujeres y las niñas, de todas las formas de violencia sexual, lo que podría incluir, entre otras cosas, la aplicación de medidas apropiadas de disciplina militar y el cumplimiento del princi-

---

<sup>154</sup> Cfr. Abad Castelos, M., *op. cit.*, p. 51; cfr. Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español, op. cit.*, p. 1541.

<sup>155</sup> Cfr. Garrigues Garrido, B. (2016). Violencia sexual y conflictos armados: la respuesta de la comunidad internacional. *Revista Española de Derecho Militar*. N.º 105, enero-junio, pp. 156-158. «Partiendo así de esta Resolución 1325 se han tomado una serie de medidas en los ámbitos internacional, regional y nacional para dar aplicación a los principios y directrices que inspiran el conjunto de la Agenda sobre Mujeres, Paz y Seguridad. En el ámbito de las Naciones Unidas cabe destacar el nombramiento de un Representante Especial del Secretario General en materia de Violencia Sexual en Conflicto Armado».

<sup>156</sup> Cfr. Abad Castelos, M., *op. cit.*, pp. 53-55.

pio de responsabilidad del mando, el adiestramiento de las tropas bajo la prohibición categórica de todas las formas de violencia sexual contra los civiles, la refutación de mitos que alimenten la violencia sexual, la verificación de antecedentes de las fuerzas armadas y de seguridad para tener en cuenta su historial de violaciones y otras formas de violencia sexual y la evacuación hacia un lugar seguro de las mujeres y los niños que estén bajo amenaza inminente de violencia sexual [...]».

Señalando, finalmente, que «la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir un crimen de guerra, un crimen de lesa humanidad o un acto constitutivo con respecto al genocidio [...]» y «la necesidad de que los crímenes de violencia sexual queden excluidos de las disposiciones de amnistía en el contexto de los procesos de solución de conflictos», haciendo un llamamiento a los Estados Miembros de la organización para que:

«[...] cumplan con su obligación de enjuiciar a las personas responsables de tales actos, y garanticen que todas las víctimas de la violencia sexual, particularmente las mujeres y las niñas, disfruten en pie de igualdad de la protección de la ley y del acceso a la justicia»

Subrayando «la importancia de poner fin a la impunidad por esos actos como parte de un enfoque amplio para alcanzar la paz sostenible, la justicia, la verdad y la reconciliación nacional»), 1888 (2009), de 30 de septiembre, 1889 (2009), de 5 de octubre, 1960 (2010), de 16 de diciembre, 2106 (2013), de 24 de junio, 2122 (2013), de 18 de octubre, 2242 (2015), de 13 de octubre, 2467 (2019), de 23 de abril y 2493 (2019), de 29 de octubre, la última, por ahora, en el marco de la Agenda MPS<sup>157</sup>.

En suma, la Resolución 1325 aborda, por primera vez en el seno del Consejo de Seguridad, el problema de la violencia sexual en tiempo de conflicto armado, articulándolo como un asunto de gran importancia en materia de paz y seguridad internacionales y tras ella el Consejo ha aprobado en los últimos años y hasta 2020 las diez resoluciones antedichas que conforman el marco instrumental de la Agenda MPS de Naciones Unidas, en las que se introducen numerosas cuestiones relevantes en la materia, como pueden ser la necesidad de que los Estados emprendan reformas legislativas y judiciales para incriminar la violencia sexual y acabar con la impunidad, el establecimiento de sistemas de recopilación de datos e

---

<sup>157</sup> Cfr. Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español*, op. cit., pp. 1541-1542.

información relativa a la violencia sexual en conflicto armado o la incorporación de la mujer en los procesos desde la prevención hasta la consolidación de la paz (*gender mainstreaming*)<sup>158</sup>, enfrentándose, no obstante, la implementación de esta resolución y las que la siguen a importantes obstáculos, algunos de los cuales se identificaron desde muy pronto<sup>159</sup> con las características propias del conflicto armado (que crean inestabilidad social, económica y política y alteran las redes sociales existentes, la infraestructura y las actividades económicas y sociales), lo que, unido al peligro de violencia después del conflicto (que entorpece la participación de la mujer en las actividades de consolidación de la paz y de reconciliación) y a la falta de colaboración de las partes en el conflicto, la ausencia de instituciones judiciales y de seguridad para impedir la violencia y luchar contra la impunidad y los obstáculos culturales derivados de lo que se entiende debe ser el papel femenino en la sociedad vienen a ser barreras que contribuyen a obstruir la participación de la mujer en estos procesos<sup>160</sup>.

La implementación de las prioridades de la Agenda MPS de las Naciones Unidas es un compromiso político innegociable de la Iniciativa para el Mantenimiento de la Paz (A4P) del secretario general de la organización universal, que afirma que la participación plena, igualitaria y significativa de las mujeres en los procesos de paz y en las soluciones políticas es esencial para mantener la paz de forma eficaz y sostenible<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 1542.

<sup>159</sup> *Cfr.* Abad Castelos, M., *op. cit.*, pp. 56-57.

<sup>160</sup> *Cfr.* Doc. S/2009/465, de 16 de septiembre de 2009, informe del secretario general de las Naciones Unidas sobre la mujer y la paz y la seguridad. En su p. 75 se dice que:

«[...] un obstáculo importante a la participación de la mujer en la prevención de conflictos, la solución de conflictos y la consolidación de la paz es la falta de colaboración de las partes en el conflicto armado. Es sumamente limitada la información sobre las medidas adoptadas durante el año transcurrido por las partes en conflictos armados. Es evidente que en esa esfera la aplicación de la resolución 1325 (2000) es todavía muy deficiente. Las milicias armadas siguen haciendo caso omiso del derecho internacional aplicable a la protección de la mujer y la niña. Los grupos armados cometen constantemente actos de violación sexual y otras formas de violencia sexual con impunidad y esa violencia e intimidación mantiene a la mujer fuera de los procesos de paz».

<sup>161</sup> En este marco, el Departamento de Asuntos políticos y Consolidación de la Paz (DAPCP) de las Naciones Unidas creó, en 2016, una Dependencia de Género, Paz y Seguridad independiente, que supervisa la implementación de la Agenda sobre Mujeres, Paz y Seguridad. La Dependencia es responsable de desarrollar políticas, crear la capacidad del personal del DAPCP que participa en la labor de establecimiento de la paz y apoyar al personal de las misiones y de la sede del DAPCP en la implementación de las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas a las mujeres y la paz y la seguridad y a la violencia sexual relacionada con los conflictos. La política del DAPCP sobre las mujeres y la paz y la seguridad se publicó en junio de 2019, con el objetivo de velar por que las cuestiones y perspectivas relevantes para el género se integrasen en todas las actividades del Departamento.

Coincidiendo con el decimoquinto aniversario de la adopción de la Resolución 1325 (2000), el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 7533.<sup>a</sup> sesión adoptó la anteañuda Resolución 2242 (2015), de 13 de octubre de 2015, que vino a introducir una serie de novedades que el contexto cambiante de paz y seguridad ha hecho necesarias.

Así, en dicha resolución se amplía el ámbito de aplicación de la citada Agenda MPS para incluir en ella tanto el auge del extremismo violento (que puede desembocar en terrorismo) como el problema de los refugiados y desplazados internos, el cambio climático y el alcance mundial de las pandemias; se fomenta una mayor participación y liderazgo de las mujeres en las estrategias de desarrollo para contrarrestar el extremismo violento y el terrorismo; se reconoce que los actos de violencia sexual y por razón de género son «parte de los objetivos estratégicos y la ideología de ciertos grupos terroristas, que los utilizan como táctica de terrorismo y como instrumento para aumentar su poder», de modo que se expande el ámbito de posibles perpetradores de violencia sexual como táctica, bien sea de guerra, bien de terrorismo; se reitera la política de tolerancia cero respecto a la violencia sexual y se hace expresa referencia a las preocupantes noticias de actos de explotación y abusos sexuales cometidos por personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas<sup>162</sup>.

No obstante, más de veinte años después de adoptarse por el Consejo de Seguridad la Resolución 1325, se detecta que las mujeres siguen estando, de forma predominante, al margen de los procesos de paz, incluso en aquellos casos en que han sido signatarias de los mismos (como en Sudán del Sur y la República Centroafricana).

### 3 LA CONCEPTUACIÓN DEL MATRIMONIO FORZADO COMO CRIMEN INTERNACIONAL DE GUERRA

La carencia, en el marco convencional, de una tipificación del matrimonio forzado como delito autónomo de violencia sexual relacionada con

---

mento. En esa política se esbozan cinco prioridades para la implementación de la *Agenda MPS*: a) el análisis político y de los conflictos que tiene en cuenta las cuestiones de género; b) la promoción de la inclusión y la participación significativa de las mujeres en todas las actividades de establecimiento y consolidación de la paz; c) la participación de las mujeres en los procesos electorales y políticos; d) la prevención de la violencia sexual relacionada con los conflictos y la respuesta a ella como prioridad para la paz; y e) la prioridad programática de asegurar la incorporación de la perspectiva de género en todos los proyectos mediante la asignación de recursos, los marcadores de género y el seguimiento.

<sup>162</sup> Cfr. Garrigues Garrido, B., *op. cit.*, pp. 161-163; cfr. Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español, op. cit.*, p. 1543.

los conflictos armados, puesta de manifiesto por el secretario general de las Naciones Unidas en su informe de 20 de abril de 2016 no puede ser suplida por la línea jurisprudencial que, según se ha visto, incardina estos hechos, a pesar de su comisión en contextos de conflicto armado y en clara conexión o relación con la violencia bélica, entre los delitos de lesa humanidad a pesar de que tampoco en la configuración de este género delictivo en los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y para el Lejano Oriente, de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, internacionalizados, mixtos o híbridos y de la CPI aparezca el matrimonio forzado previsto como delito específico y de que resulte sumamente forzado entender, más allá de una aseveración apodíctica, que en supuestos como los ventilados ante el TESL y la CPI los hechos constitutivos de esta figura delictiva se han llevado a cabo como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil y no como una consecuencia del conflicto armado.

Aunque no cabe sino compartir la idea<sup>163</sup> de que, con independencia de las características o necesidades físicas de la mujer, los brutales cambios que en su frágil entorno y en las precarias condiciones de vida en que suele hallarse en el seno de las sociedades periféricas y en desarrollo a que en su mayoría afectan los conflictos armados contemporáneos (y más aún cuando pertenece a un grupo socioeconómicamente vulnerable o resulta culturalmente susceptible de estigmatización), estos ocasionan, unidos a los factores de vulnerabilidad asociados de forma directa a las hostilidades (que han involucrado de tal modo que la población civil se encuentra, cada vez más, en medio de estas, convirtiéndose en blanco, unas veces deliberado y otras incidental, de ataques), dan lugar a que durante un conflicto armado las mujeres y las niñas experimentan todas las formas de violencia física y psicológica llevadas a cabo por actores estatales y no estatales, que suelen estar enmarcadas, por lo demás, en un contexto amplio de discriminación socialmente admitida contra la mujer.

Se ha de matizar añadiendo que en estas situaciones de hostilidades activas esa violencia que sufre la mujer no tiene porqué formar parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, pues, por el contrario, y salvo casos muy puntuales, cual el camboyano, puede, y suele, como se desprende de los hechos analizados por la jurisprudencia del TESL y la CPI, ser esporádica y no sistemática, dirigida en específico contra la mujer y unida, de forma a veces inextricable, a otras formas de criminalidad de guerra, en general, pero no exclusiva, constitutivas de

---

<sup>163</sup> Cfr. Abad Castelos, M., *op. cit.*, pp. 30-31.

modalidades de violencia sexual, de manera que, no obstante la particular protección que, en una muestra de discriminación positiva, el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos les tratan de conferir desde 1949, las mujeres y las niñas continúan siendo blanco principal de violaciones y otras agresiones sexuales que, en el marco de planes y estrategias de guerra deliberadamente diseñados para humillar (la estrategia operacional del RUF de secuestro y control de civiles de comunidades controladas por este grupo armado puesta de relieve por el TESL en el asunto Taylor), desestabilizar familias y comunidades y desmoralizar al adversario, se ha llegado a afirmar que se cometen de manera sistemática y generalizada<sup>164</sup>.

Si bien esto último ha de encuadrarse en el ámbito de los actuales conflictos armados en los que habitualmente la violencia sexual, salvo en algunas de sus manifestaciones, como es el caso del embarazo forzado, no puede decirse, con fundamento, que constituya lo que viene denominándose arma de guerra o método de combate, pues, más que a otra finalidad, obedece a un comportamiento no sistemático ni generalizado, sino a un dolo tendencial propio de combatientes o grupos de combatientes más o menos aislados en conflictos armados de carácter no internacional y no infrecuentemente interétnico que tiene por objeto la satisfacción de primarios instintos sexuales de aquellos a la vez que busca otorgarles una suerte de premio o reconocimiento con el reparto o distribución entre ellos tras los combates de quienes pueden saciar su libido y contribuir a cubrir con su esfuerzo sus necesidades doméstico-logísticas básicas o elementales (limpiar, cocinar, atender a la alimentación y crianza de los hijos, comunes o no, transportar forzosamente impedimenta, etc.), otorgándoles un cierto estatus, comportamiento culturalmente basado en una consideración de la mujer, con independencia de su etnia y de que pertenezca al bando o grupo enemigo, como mero objeto, siempre bajo la premisa de su innata inferioridad frente al varón y su situación natural de subordinación y cosificación al servicio de este.

Las situaciones de conflicto armado y el inmediato postconflicto han demostrado ser el caldo de cultivo propicio para los matrimonios forzados o serviles, ya que las mujeres o las niñas reclutadas o secuestradas por los grupos armados son obligadas a casarse con los combatientes que las han capturado<sup>165</sup> o con los que conviven e interaccionan en el seno de sociedades en que el débil entramado institucional preexistente al estallido de las

---

<sup>164</sup> Cfr. Díez Peralta, E., *op. cit.*, p. 204.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 158.



hostilidades ha desaparecido o se encuentra en manos de los dirigentes y superiores de aquellos combatientes, con la consecuente desestructuración de todo tejido normativo en favor de la voluntad o el capricho de aquellos; el aludido Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, reconoce en su Preámbulo, en lo que ahora interesa, la realidad de:

«[...] las violaciones constantes de los derechos humanos en situación de conflictos armados que afectan a la población civil, y en particular a las mujeres, en forma de violaciones y de violencias sexuales generalizadas o sistemáticas y el aumento potencial de la violencia basada en el género tanto durante como después de los conflictos».

En el crimen internacional de matrimonio forzado, y en tanto este se tipifique como crimen de guerra de «cualquier otra forma de violencia sexual» que «también constituya» ora «una infracción grave de los Convenios de Ginebra» de 1949 ora «una violación grave del artículo 3 común» a tales Convenios, conforme al art. 8.2 b) xxii) y e) vi) del Estatuto de la CPI, y como resultaría de la eventual ubicación del delito de matrimonio forzado en el tipo integrado por «cualquier otra forma de agresión sexual» del ordinal 9º del art. 611 del Código Penal español, a la hora de determinar el bien jurídico objeto de tuición se ha de concluir que el subsidiariamente protegido (el que, a tenor del Preámbulo del Estatuto de Roma, lo sería de manera primordial radica en «la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad» —en definitiva, la comunidad internacional, a que se refiere el título XXIV del Libro Segundo del Código Penal y cuya estabilidad es puesta en riesgo por los crímenes internacionales más importantes o *core crimes*, entre los que los de naturaleza sexual han de incardinarse habida cuenta tanto del gran número de seres humanos a que afectan como de la gravedad y duración de sus efectos no solo en las propias víctimas sino en las sociedades y grupos, familiares, étnicos, religiosos y de otra índole, de que aquellas forman parte—) es la libre determinación, tanto ambulatoria como sexual, del ser humano, ello sin perjuicio de que otros bienes jurídicos, como la integridad o la salud física o mental y la integridad moral y, en definitiva, la dignidad, puedan verse afectados por el comportamiento antijurídico.

A este respecto, cabe señalar que una de las características del matrimonio forzado como crimen internacional es que se trata de un delito permanente y pluriofensivo, en cuanto que con el mismo, y durante todo el lapso temporal en que el mismo se comete, se lesionan diversos bienes jurídicos, siendo la comunidad internacional el principal, pero además, y a

la vista de lo que acaba de exponerse, y, tras haber establecido que se trata de un delito con un importante componente de género, se ve, sin duda, muy afectado por el mismo, subsidiariamente, además de los bienes jurídicos antedichos, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres<sup>166</sup>.

No obstante, si bien es posible observar en ciertos casos una afectación física o mental de las víctimas como consecuencia del matrimonio forzado, este no es el efecto determinante de la antijuridicidad material, lesividad o desvalor del injusto, en el que lo principal es la coacción de la voluntad del sujeto pasivo.

En efecto, entendido el matrimonio forzado como una unión conyugal en la que una o ambas partes son obligadas a contraer matrimonio contra su voluntad y bajo coacción<sup>167</sup> (por lo que se diría que se trata de una unión *pseudo o sedicentemente* conyugal), dicho elemento de coacción, en la mayor parte de los casos en que los hechos se producen con ocasión de un conflicto armado puede ser de carácter físico, aunque no resulta infrecuente que lo sea psicológico, sociofamiliar, económico, sexual e incluso emocional, con las consecuencias o efectos que tales circunstancias comisivas pueden comportar, pues el consentimiento libre, pleno o genuino como elemento clave del matrimonio se ve sustancialmente afectado por aquel contexto de violencia bélica y la libertad de la persona, más allá de las consecuencias de este acto, las cuales pueden ser tanto físicas como psíquicas<sup>168</sup>, resulta claramente afectada (además de que, con frecuencia, son sujetos pasivos de este comportamiento antijurídico niñas menores de quince años, que se hallan en una etapa clave del proceso de formación o desarrollo de su personalidad).

Dejando a un lado el caso camboyano, paradigmático ejemplo, este sí, de crimen de lesa humanidad, el contexto de extrema coacción en el que, según las Salas de Primera Instancia y de Apelaciones en el asunto Ongwen, tiene lugar el matrimonio o unión conyugal forzados en los asuntos resueltos por el TESL y la CPI no es otro, a tenor de los hechos enjuiciados y acreditados, sino que la atribución o emparejamiento de las víctimas se produce, en todos los casos, con rebeldes o combatientes (inmediatamente después o con motivo de actos de hostilidad en las regiones o localidades

---

<sup>166</sup> Cfr. Igareda González, N. (2024). Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el derecho penal simbólico?. *Revista para el Análisis del Derecho*. N.º 4, p. 5. InDret Penal.

<sup>167</sup> Cfr. Sabbe, A. *et al.*, *op. cit.*, p. 173. *A union where one or both parties are coerced into a marriage against their will and under duress.*

<sup>168</sup> Cfr. Gangoli, G. *et al.* (2011). Definitions context and theoretical concepts. En: Gill, A. K. y Sundhari, A. (eds.). *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*. London, Zed Books Ltd. 1.<sup>a</sup> ed., p. 26.

en que aquellas residían) y siempre con la constelación de violaciones de derechos de las mismas que ello conlleva y los consiguientes delitos que contra tales sujetos pasivos se producen en concurso (ideal o, generalmente, real) con el de matrimonio forzado (secuestro, violación, esclavitud sexual, exclusividad forzada en la relación sexual, imposibilidad de abandonar o poner fin a la relación conyugal por miedo a una reacción violenta del marido, imposibilidad de negar el consentimiento a una situación conyugal polígama, embarazo forzado, natalidad y crianza forzadas, padecimiento de violencia física y psíquica, imposición de la realización de labores domésticas —como cocinar y limpiar—, restricción de la libertad de movimientos —y consecuentes castigos, incluso con la muerte, a quienes trataran de escapar—, constantes amenazas de muerte, etc.), debiendo tenerse en cuenta, a mayor abundamiento, los efectos de esas violaciones de derechos sobre los niños habidos de esa relación o unión conyugal forzada; resulta, pues, evidente tanto que la compulsión de la víctima a la unión y su mantenimiento en ella se lleva a cabo mediante el empleo de la violencia (fuerza) o intimidación (amenaza de la fuerza o coacción, ya se ocasionen, con carácter ejemplificativo, por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder sobre la víctima o terceros —es decir, ora contra la propia mujer o niña sujeto pasivo de la conducta del agente, ora contra otra u otras personas, generalmente la familia y entorno más cercanos de la víctima—) o por el prevalimiento o aprovechamiento de un entorno coercitivo o situación de superioridad manifiesta del agente (consecuentes a la situación o contexto de enfrentamientos propios del conflicto armado con ocasión, durante o inmediatamente después de los cuales se produce la imposición de la unión, situación en la que concurre una incapacidad del sujeto pasivo de dar su libre consentimiento a esta), sirviéndose el actor de tales circunstancias concurrentes para obtener un consentimiento viciado de la víctima.

Las circunstancias en que, según se infiere de la jurisprudencia del TESL y la CPI, se viene perpetrando, en el contexto de conflictos armados habidos en el continente africano (uno de los ámbitos geográficos en que, como se puso de manifiesto, el matrimonio forzado, en el sentido de concertado o arreglado e infantil constituye una práctica actual y no inhabitual, cultural y religiosamente admitida), el matrimonio forzado por parte de grupos armados permitirían concurrir los requisitos, cualitativo y cuantitativo, que, con carácter alternativo o disyuntivo, exige la introducción o el *chapeau* del art. 8.1 del Estatuto de la CPI («en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes»), desprendiéndose el primero de la planificación

operacional de los matrimonios forzados y de la si no sistemática sí habitual y para nada infrecuente perpetración de esta práctica y el segundo de la gran cantidad de mujeres y niñas que se ven afectadas por ella, no pudiendo colegirse de los hechos la excepcionalidad o singularidad de los mismos sino su intencionada o planificada perpetración de forma numerosa, extensa o vasta), calificarlo como crimen de guerra de la competencia de la Corte e incardinarlo en el art. 8.2 b) xxii) y e) vi) del Estatuto de Roma, y ello por cuanto que, además, por consecuencia del conjunto o variedad de violaciones de derechos de las víctimas que, en cuanto delito pluriofensivo y de carácter permanente (circunstancia, esta, que, sin duda, añade un plus de gravedad al sufrimiento que, de por sí, aquellas violaciones ocasionan), comporta, puede ser equiparable (en el sentido de igual, similar o equivalente) a las infracciones graves de causar intencionalmente la muerte o lesiones graves a una persona fuera de combate, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, infligir o causar deliberada o intencionalmente grandes sufrimientos o atacar gravemente a la integridad física o a la salud de las personas protegidas (entre las que se encuentran las personas civiles) previstas en los arts. 50 del Convenio I de Ginebra de 1949, 51 del II, 130 del III y 147 del IV (y en el art. 8.2 a) ii) y iii) del Estatuto de la CPI) en el supuesto de conflictos armados de carácter internacional, o a los atentados a la vida y a la integridad corporal (especialmente el homicidio en todas sus formas —aun cuando, según se señaló, siempre intencional o adrede, es decir, doloso—), las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios respecto a las personas que no participan directamente en las hostilidades previstas en el art. 3.1 a) común a aquellos cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (y en el art. 8.2 c) i) del Estatuto de Roma) en el supuesto de conflictos armados sin carácter internacional.

## CONCLUSIÓN. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

El matrimonio forzado tiene, por su entidad y características, las condiciones para integrar una figura delictiva con individualidad o especificidad propias en el ámbito del Derecho penal internacional convencional contemporáneo, ubicable, especialmente desde la óptica del marco instrumental de la Agenda MPS de las Naciones Unidas, tanto entre los crímenes de lesa humanidad y de guerra de violencia sexual que se enuncian en los arts. 7.1 g) y 8.2 b) xxii) y e) vi) del Estatuto de la CPI como, en el ámbito interno, en el art. 607 bis.2.2º y en el ordinal 9º del art. 611 del Código Penal.

Dicho esto, es, ante todo, el texto del informe del secretario general de las Naciones Unidas de 20 de abril de 2016 sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos armados lo que permite sostener esta postura, de manera que junto con la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y todas las demás formas de violencia sexual de gravedad comparable perpetradas contra mujeres, niñas, hombres o niños, que tienen una vinculación directa o indirecta (temporal, geográfica o causal) con un conflicto armado habría de incluirse el matrimonio forzado.

Ciertamente, tal inserción de la figura delictiva de que se trata entre las modalidades de violencia sexual en los conflictos armados podría considerarse que no es acorde a la calificación que esta práctica ha merecido a la jurisprudencia de la CPI en el asunto Ongwen, en primer lugar al calificarla de crimen de lesa humanidad y, sobre todo, en segundo término, al incardinarla en el delito de tal naturaleza de otros actos inhumanos de carácter similar a los enunciados en las letras a) a j) y no en el de violencia sexual del art. 7.1 g) como cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable a la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado y la esterilización forzada. Pero, además de que ya se han señalado las razones que, derivadas de la propia jurisprudencia del TESL y la CPI, llevan a considerar que los hechos enjuiciados en las sentencias de tales órganos jurisdiccionales analizados y que se consideran como matrimonios o uniones conyugales forzadas son, realmente, crímenes de guerra, el aludido informe del secretario general de 20 de abril de 2016 se cree definitivo, a la hora de fijar la calificación jurídica de que estos hechos merecen ser acreedores.

A tal efecto, parece incontrovertible la naturaleza de delito de violencia sexual del matrimonio forzado, dada su íntima relación con aspectos de la violación (que resulta consustancial a la unión pseudo conyugal de que se trata) y la esclavitud sexual.

En efecto, en el contexto de la génesis de los delitos de violencia sexual en el Derecho penal internacional el matrimonio forzado ha sido considerado subsumible dentro del crimen de esclavitud sexual, aun cuando en uno y otro se encuentra, dentro de esa constelación de graves violaciones de derechos de las víctimas que resultan ser concomitantes a tales prácticas, y ya se trata de crímenes de lesa humanidad o de guerra, con violaciones u otras formas de violencia sexual de gravedad comparable a las enunciadas en el art. 7.1 g), en el primer caso, o que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra de 1949 o una violación grave del art. 3 común a tales Convenios, en el segundo.

Se ha discutido por la jurisprudencia la similitud entre la esclavitud sexual y el matrimonio forzado y la existencia de elementos bastantes para justificar la escisión de estas dos actuaciones antijurídicas. Sin embargo, se cree que, de acuerdo con la teoría expresivista de la norma, los procesos judiciales trasladan a la sociedad un mensaje, concretado en la serie de valores socioculturales que se plasman en las sentencias y que, a su vez, dan forma a la sociedad, por lo que es en este punto en el que una concepción evolutiva del Derecho penal internacional debe centrar la importancia de la determinación de la naturaleza del matrimonio forzado como figura delictiva con individualidad propia, dado que ello ofrece una imagen del punto alcanzado por el proceso de cambio que en la actualidad afecta a la comunidad internacional y cómo se entienden por esta ciertos delitos<sup>169</sup>.

El matrimonio forzado fue reconocido como crimen con entidad propia a partir de la sentencia de la Sala de Apelaciones del TESL recaída en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o Brima *et al.*<sup>170</sup>, habiendo sido subsumido en el delito de esclavitud sexual por la Sala de Primera Instancia.

No obstante, la diferencia morfológica entre el matrimonio forzado y la esclavitud sexual, permite conferir al primero una entidad o individualidad como crimen internacional diferente de la segunda, radica en sus elementos conformadores, por cuanto que mientras el de esclavitud sexual se fundamenta principalmente en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, a la que se despoja de su libertad de determinación, de su autonomía, en definitiva, en el ámbito sexual, a través del ejercicio del control y la negación de la propia libertad, eliminando su posibilidad de decidir acerca de cualquier tipo de actividad sexual (siendo los parámetros o elementos que permiten determinar la existencia de esta situación el control sobre los desplazamientos y el entorno físico de la víctima, el ejercicio de control psicológico o sexual sobre ella, las medidas para prevenir que escape o se evada, la capacidad de comprar, vender o heredar a una persona o sus servicios —en definitiva, el ejercicio sobre ella de todos o algunos de los atributos del derecho de

---

<sup>169</sup> Cfr. Bunting, A. y Kehinde Ikimiukor, I. (2018). The Expressive Nature of Law: What We Learn from Conjugal Slavery to Forced Marriage in International Criminal Law. *International Criminal Review*. Vol. 18, issue 2, pp. 331-353.

<sup>170</sup> Cfr. Special Court for Sierra Leone, in the Appeals Chamber, case N.º SCSL-2004-16-A, *Prosecutor Against Alex Tamba BRIMA, Brima Bazy KAMARA y Santigie Borbor KANU*. Judgment. 22 de febrero de 2008.

propiedad tal y como los definen los Elementos de los Crímenes<sup>171</sup>— y el tratamiento cruel y el abuso de la persona)<sup>172</sup>, el delito de matrimonio forzado, según el TESL en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o Brima *et al.*, siguiendo las alegaciones de la Fiscalía, es diferente del de esclavitud sexual, dado que en este no existe necesariamente la obligación de la víctima de pretender o simular que es la esposa del sujeto activo y, en lo que a la violencia sexual respecta, la esclava sexual no tiene por qué verse obligada a realizar todas aquellas tareas vinculadas al matrimonio, por lo que si bien es posible (en realidad, seguro) que una víctima de matrimonio forzado también sufra violencia sexual, generalmente en su modalidad de violación o esclavitud sexual, existen elementos distintivos únicos del matrimonio forzado, entre ellos la violación, en cuanto que la penetración o acceso carnal resulta ser un aspecto consustancial, si no principal, al entendimiento del matrimonio o unión conyugal que se impone a la víctima.

Es, sin embargo, lo cierto que en la sentencia de instancia del TESL recaída en el asunto Taylor, se da marcha atrás en el reconocimiento del matrimonio forzado como un crimen internacional de otros actos inhumanos al estimar la Sala que los hechos perpetrados en Sierra Leona no podían considerarse matrimonio, en el sentido universalmente entendido de una unión sagrada, sino que se trataba en su lugar de una forma conyugal de esclavitud<sup>173</sup>.

En definitiva, esta línea dubitativa de la jurisprudencia internacional, unida a las razones expuestas, permite concluir que el matrimonio forzado puede constituir un crimen internacional de violencia sexual con individualidad, especificidad, identidad o mismidad propia, ya en su forma de crimen de lesa humanidad, cual ha sido el caso, sin duda, de lo acontecido en Camboya, ya en la de crimen de guerra, como, a pesar de la calificación del TESL y la CPI, se cree que es el caso de los asuntos que han dado lugar a las sentencias de uno y otro órgano jurisdiccional examinado.

---

<sup>171</sup> *Cfr.* Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, art. 7.1 g)-2, elemento 1 («que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad»).

<sup>172</sup> *Cfr.* Haenen, I., *op. cit.*, pp. 336-339. «Summarising: (forced) marriages may very well result in (sexual) enslavement or slaverylike practices and they may be used as a means to enslave, but the act of forcing someone to enter into a marriage does not in itself amount to an exercise of a power attached to the right of ownership and therefore does not constitute enslavement».

<sup>173</sup> *Cfr.* Dumbryte, A., *op. cit.*, p. 15.

Hasta la fecha, las fiscalías de los dos tribunales internacionales citados han decidido (en el caso de la CPI por las prosaicas razones que se han adelantado de mera comodidad procesal en orden a obtener, a todo trance, una condena segura) formular las acusaciones por hechos constitutivos de matrimonio forzado desde la calificación de los mismos como crímenes de lesa humanidad, pero esto no impide la posibilidad de que los hechos que han merecido tal calificación se puedan considerar desde un punto de vista dogmático (y quizá jurisprudencial en el futuro) como crímenes de guerra, abriendo así una vía menos tortuosa, por alambicada, a la hora de incardinar tales hechos en el Estatuto de Roma de una forma más acorde al contexto en que, según el repetido tenor de la fundamentación fáctica de los asuntos analizados del TESL y la CPI, los mismos han tenido lugar.

La consideración del matrimonio forzado como un crimen de lesa humanidad ha sido posible solo gracias a la formulación del mismo como cargo en abril de 2004 por parte del fiscal del TESL en el asunto de ciertos altos mandos del AFRC o Brima *et al.*<sup>174</sup>, lo que ha dado lugar a que no se haya llegado ni a plantear en sede judicial la necesaria discusión de fondo acerca de su posible naturaleza de crimen de guerra, y ello aun cuando desde un principio la acusación introduce la concurrencia en la conducta de los elementos del crimen de que el hecho se haya realizado por la fuerza (violencia) o la coacción, como la causada por el miedo a la violencia, intimidación, detención, opresión psicológica o el abuso de poder contra la víctima o aprovechando un entorno de coacción, con la intención de conferir el estatus de matrimonio a una unión en la que el consentimiento de la víctima se encuentra viciado por aquellas circunstancias en que se otorga, lo que conduce, derechamente, no al crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos (entre cuyos elementos no aparecen los expuestos) del art. 7.1 k) del Estatuto de la CPI<sup>175</sup>, sino al crimen de guerra de cualquier otra forma de violencia sexual en sus modalidades configuradas en el

---

<sup>174</sup> Cfr. Palmer, A., *op. cit.*, pp. 148-150.

«The Prosecution submitted the crime of forced marriage to qualify as the crime of other inhumane acts, as well. The Prosecution argued that this crime: consists of words or other conduct intended to confer a status of marriage by force or threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power against the victim, or by taking advantage of a coercive environment, with the intention of conferring the status of marriage [...] Using this argument, the Prosecution submitted that sexual slavery does not amount to forced marriage. Rather, even if forced marriage involves sex, it has its own distinctive features qualifying it as a distinct, inhumane act».

<sup>175</sup> Cfr. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, art. 7.1 k), elementos 1 a 5.



art. 8.2 b) xxii)<sup>176</sup> y e) vi)<sup>177</sup> de dicho tratado, en las que aquellos elementos, pertenecientes o concomitantes al contexto de conflicto armado o ámbito ocasional o temporal de aplicación o entrada en juego de los crímenes de guerra de la competencia de la Corte incriminados en el Estatuto han de concurrir, por lo que de la acusación se desprendería la existencia de este elemento objetivo normativo del tipo criminal de guerra del conflicto armado con ocasión y en relación con la cual se llevaron a cabo los hechos<sup>178</sup>, concurriendo, en consecuencia, mal que pese a las Fiscalías, tanto el elemento objetivo normativo del tipo ocasional, temporal o de contexto de que la conducta tuviera lugar con motivo de un conflicto armado internacional o no internacional y estuviera relacionada con él<sup>179</sup> como el tipo subjetivo o elemento intencional (*mens rea*) de que el victimario o sujeto activo fuera consciente no solo de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta sino de las que establecían la existencia de un conflicto armado y de la índole internacional, o no, del mismo<sup>180</sup>.

<sup>176</sup> *Ibid.*, art. 8.2 b) xxii)-6, elementos 1:

«[...] que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento».

2 («que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra»).

<sup>177</sup> *Ibid.*, art. 8.2 e) vi)-6, elemento 1:

«[...] que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento».

2 («que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra»). El elemento 2 debería rezar «[...] que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra» para resultar conforme a la oración descriptiva de la modalidad comisiva de «cualquier otra forma de violencia sexual» configurada en el último inciso del art. 8.2 e) vi) del Estatuto de la CPI y no haberse limitado a reproducir *ad pedem litterae* el texto del elemento 2 del art. 8.2 b) xxii)-6.

<sup>178</sup> *Cfr.* Pignatelli y Meca, F. *El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*, op. cit., pp. 240-247.

<sup>179</sup> *Cfr.* Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, art. 8.2 b) xxii)-6, elemento 4 y e) vi)-6, elemento 4.

<sup>180</sup> *Ibid.*, art. 8.2 b) xxii)-6, elementos 3 y 5 y e) vi)-6, elementos 3 y 5.

A la hora de ubicar el matrimonio forzado en el art. 8 del Estatuto de Roma, y, en concreto, en qué modalidad típica de las en el mismo específicamente enunciadas cabría incluirlo, el análisis de la jurisprudencia internacional en relación con dicha figura delictiva aboca a optar bien, como sería lo deseable, por crear un crimen o modalidad comisiva específica (caso que la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto decidiera añadir esta figura delictiva a las que, como crímenes de lesa humanidad y de guerra, se enuncian en los arts. 7.1 g) y 8.2 b) xxii) y e) vi) de dicho tratado), bien por subsumirla en cualquier otra forma de violencia sexual distinta de la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada el embarazo forzado o la esterilización forzada en cuanto que también constituye una infracción grave de los Convenios de Ginebra de 1949, caso de perpetrarse en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional (art. 8.2 b) xxii)) o una violación grave del art. 3 común a tales Convenios, caso de cometerse en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional (art. 8.2 e) vi)), habida cuenta de los hechos, además de la violación, de que suelen ser víctimas las mujeres y niñas sobre las que se comete este delito como de las graves y duraderas consecuencias que, a tenor de las conclusiones alcanzadas por los Tribunales que han tratado la cuestión, el matrimonio forzado ocasiona a las víctimas y a sus familias y comunidades de pertenencia, en tanto que, a semejanza de lo que acontece con el de embarazo forzado, se trata de un crimen que produce efectos no solo físicos y psíquicos sino sociológicos, lo que, en definitiva, comporta cometer una infracción grave del Derecho internacional general que se concreta, como se ha visto, en las infracciones graves de causar intencionalmente la muerte o lesiones graves a una persona fuera de combate, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, infligir o causar deliberada o intencionalmente grandes sufrimientos o atentarse gravemente a la integridad física o a la salud de las personas protegidas en el supuesto de conflictos armados de carácter internacional, o en los atentados a la vida y a la integridad corporal (en especial el homicidio doloso), las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios respecto a las personas que no participen de forma directa en las hostilidades en el supuesto de conflictos armados sin carácter internacional.

Esta solución, no obstante, comporta ignorar que la acción típica en el crimen de guerra de cualquier otra forma de violencia sexual del art. 8.2 b) xxii) y e) vi) del Estatuto de la CPI resulta prácticamente idéntica a la del de violación del aludido precepto, salvo en la exigencia de la penetración, ya sea vaginal, anal o bucal, que no puede concurrir

en la primera<sup>181</sup>, y, como resulta de la jurisprudencia del TESL y la CPI, la violación de las esposas por sus maridos es una de las características conformadoras o connaturales del matrimonio forzado<sup>182</sup>, por lo que esta figura delictiva habría, en puridad, de sancionarse junto a la violación, en una suerte de concurso real.

En el ámbito del Derecho penal patrio, la solución sería, obviamente, legislativa, tipificando el matrimonio forzado *in foro domestico*, en cuanto delito contra la comunidad internacional y como figura delictiva autónoma, en el título XXIV del Libro Segundo del Código Penal, ora como delito de lesa humanidad en el capítulo II BIS, ora como delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en el capítulo III, ambos del citado título.

Tratar de obviar esta solución a través del expediente de incardinar un eventual supuesto de matrimonio forzado cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella en el art. 607 bis.2.2º, 7º o 10º del Código Penal, como delito de lesa humanidad, comportaría no solo desconocer la morfología del comportamiento típico (bien se califique como violación o cualquier otra agresión sexual, como detención o como sometimiento a esclavitud o mantenimiento en ella) sino, además, forzar una clamorosa conculcación del principio de legalidad en su vertiente de garantía criminal y taxatividad; por consiguiente, el matrimonio forzado debería, para respetar tanto su morfología como el marco penológico, incardinarse, junto a la violación, en el primer inciso del art. 607 bis.2.2º del Código Penal.

---

<sup>181</sup> Cfr. Pignatelli y Meca, F. “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra, *op. cit.*, pp. 340-341 y 372.

<sup>182</sup> Cfr. ICC-02/04-01/15 AA2. The Appeals Chamber. *Situation in Uganda in the Case of the Prosecutor v. Dominic Ongwen*. Judgment, 15 de diciembre de 2021, pp. 10 a 20.

«[...] the SCSL identified numerous acts perpetrated against forced marriage victims: abduction, rape, sexual slavery, enforced exclusivity in the sexual relationship, inability to leave the conjugal union for fear of violent retribution, non-consent to being coerced into a polygamous conjugal situation, forced pregnancy, forced childbearing and childrearing, physical violence, forced domestic labour such as cooking and cleaning, and forced portering. Further, the Ongwen Decision on the Confirmation of Charges and the Ongwen Trial Judgment also identified restrictions on the freedom of movement, psychological violence, psychological and physical effects on children born of forced marriage, and constant threat of death [...] As an “other inhumane act”, forced marriage differs from the other enumerated acts in Article 7(1) of the Statute in two ways. First, the forced ascription of the status of ‘spouse’ is not reflected in the other enumerated acts, and, second, while certain of the constellation of rights violations may overlap with the enumerated acts (such as rape, sexual slavery, and enslavement) [...]».

Desde luego, en el habitual supuesto de que el matrimonio forzado se haya llevado a cabo con ocasión de un conflicto armado, de carácter internacional o sin tal carácter, subsumirlo, en cuanto delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, en el ordinal 9º del art. 611 del Código Penal como «cualquier otra forma de agresión sexual» además de limitar la aplicación del tipo a los supuestos de realización por el agente de actos sexuales que no puedan incardinarse en ninguna de las cinco concretas conductas que en dicho ordinal se enuncian con anterioridad o de actos consistentes en obligar a la víctima a llevar a cabo un acto de naturaleza sexual siempre que, en ningún caso, haya penetración o acceso carnal y que, por su antijuridicidad material, desvalor o lesividad, o por sus efectos, la actuación pueda equipararse a una infracción grave de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>183</sup> o del art. 3 común a tales Convenios, no solo rebasaría los límites del principio de legalidad sino que desconocería el comportamiento típico definitorio del matrimonio forzado en el que la relación conyugal forzada implica, como se ha adelantado, la violación de la víctima por el sujeto activo.

En definitiva, el matrimonio forzado, como nueva modalidad típica, habría de situarse en el ordinal 9º del art. 611 del Código Penal entre los tipos consistentes en la «esterilización forzada» y en «cualquier otra forma de agresión sexual».

---

<sup>183</sup> *Cfr.* Pignatelli y Meca, F. *Tratado sobre los crímenes de guerra en el Derecho español*, *op. cit.*, pp. 1550-1557.

## **LOS DERECHOS DE VISITA Y REGISTRO Y LA DETENCIÓN EN LA MAR POR UNIDADES DE LA EUNAVFOR ATALANTA**

Miguel Alía Plana

*Coronel auditor*

*Doctor en Derecho y Ciencias Políticas*

### *Resumen:*

Este artículo es una aproximación jurídica y operativa al ejercicio de los derechos de visita, registro y, en su caso, detención, de sospechosos de piratería y robo armado en el mar, llevado a cabo por unidades de la EUNAVFOR Atalanta. Se examinan sus causas típicas, delitos que justifican la medida, personas y unidades navales implicadas, constitución en detención bajo la responsabilidad del comandante del buque actuante; y también la articulación de un *legal finish* para su sometimiento a juicio.

### *Palabras clave:*

Visita y registro, Detención, piratería y robo a mano armada en el mar, Asalto, *Legal finish*.

### *Abstract:*

This article is a legal and operational approach to the exercise of the rights of visit and search, and detention of suspects of piracy and armed

robbery at sea, carried out by units of EUNAVFOR Atalanta. Its typical causes, crimes that justify the measure, people and naval units involved, and constitution in detention under the responsibility of the commander of the acting ship are examined, and the articulation of a “legal finish” as well, for their submission to trial, as well.

*Keywords:* Visit and search, Arrest, Piracy and armed robbery at sea, Assault, Legal finish.

### Sumario

1 Introducción. 1.1 Mandato de Atalanta. 1.2 El *legal finish*. 2 Contenido del derecho de visita y registro. 3 Activación del supuesto fáctico. 3.1 Encuentros en la mar: «Hail at Sea», «Nautical Shout», o «Sailor’s call for attention». 3.2 Recepción de llamada de socorro o detección de un acto de piratería o robo a mano armada en la mar. 3.3 ¿Quién puede llevar a cabo la visita y registro? 3.4 Delitos por los que actuar. 3.4.1 Piratería y robo a mano armada en la mar. 3.4.2 Ampliación del foco: narcotráfico y comercio ilegal de armas. 4 Personal involucrado. 4.1 Trozo de Visita y Registro (TVR). 4.2 Equipos Operativos de Seguridad (EOS). 4.3 Unidad de Guerra Naval Especial (UGNE). 5 Maniobra y posicionamiento del buque inspector para el abordaje. 5.1 Primeras disposiciones. 5.2 Tránsito y abordaje. 6 Pie en cubierta y posible uso de la fuerza: las Reglas de Enfrentamiento. 7 Análisis de la situación. 7.1 Control de la documentación. 7.2 Existencia de indicios delictivos: la parafernalia pirata. 7.2.1 Origen: la represión del tráfico de esclavos del siglo XIX. 7.2.2 Jurisprudencia seychelliana y española. 7.3 La retención y la Sentencia 341/1993, del Tribunal Constitucional. 7.3.1 Ejemplos en el Derecho Español. 7.3.2 Momento de la retención. 8 Comunicación del comandante del buque con autoridad nacional y constitución en detención. 9 Renuncia al ejercicio de la jurisdicción y entrega a terceros Estados. Conclusión. Bibliografía.

## 1 INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objeto exponer cómo se llevan a cabo las acciones de visita, registro, apresamiento de buques y embarcaciones y detención de personas a bordo en el mar, en el seno de EUNAVFOR Atalanta, constituida para reprimir la piratería en el Cuerno de África. Esta operación de la Unión Europea actúa en aguas del mar Rojo, el Adén, el océano Índico y el Banco Somalí desde 2008. España ha participado en esta con buques desplegados en el mar, medios aéreos con base en Yibuti y con diverso personal militar destinado o comisionado en su cuartel general, localizado en Rota (Cádiz) desde 2019, y antes en Northwood, Gran Bretaña, hasta el *brex*it en 2019.

Según informa la EUNAVFOR Atalanta en su página web<sup>1</sup>, desde su constitución ha prestado apoyo a 139 buques comunes, a 2444 fletados por el Programa Mundial de Alimentación (*World Food Program, WFP*), a 707 fletados por la AMISOM (*African Union Misión in Somalia*); ha asegurado el transporte de 3 287 183 t de alimentos; y ha detenido a 177 sospechosos de piratería y robo armado en el mar, de los que han sido juzgados y condenados 145.

Las fuentes utilizadas para la redacción de este artículo tienen orígenes muy variados: manuales navales, artículos de prensa especializada, artículos y noticias de Internet, etc. También se han usado datos y otro tipo de conocimiento, basado en la experiencia profesional: el autor embarcó en el buque de asalto anfibio Galicia (L-51) como asesor jurídico del cuartel general de la EUNAVFOR Atalanta en el mar (océano Índico) en 2017; y fue asesor jurídico del comandante de la operación en tierra, en el cuartel general de la Unión Europea en Northwood (Gran Bretaña), en 2018. Se significa que, como consecuencia de lo anterior, mantuvo contacto y participó en juntas, células, presentaciones, conferencias, etc., que se desarrollaron bajo la Chatham House Rule, según la cual los participantes en reuniones tienen el derecho de utilizar la información que reciben, pero no se puede revelar la identidad ni la afiliación del orador, ni de ningún otro participante, por lo que parte de la información que contiene este artículo no puede tener el respaldo de una bibliografía al uso.

## 1.1 MANDATO DE ATALANTA

La operación se creó por la Acción Común 2008/851/PESC, modificada por la Decisión (PESC) 2022/2441 del Consejo de la UE, de 12 de diciembre de 2022, y su mandato quedó definido de la siguiente forma:

- Tareas ejecutivas
  - Proteger los buques pertenecientes al Programa Mundial de Alimentos y otros buques vulnerables.
  - Detectar, prevenir y reprimir la piratería y el robo a mano armada en el mar en la zona de operaciones.
  - Contribuir a la disrupción del narcotráfico y del tráfico de armas.
- Tareas no ejecutivas

---

<sup>1</sup> Véase en: <https://eunavfor.eu/key-facts-and-figures>

- Contribuir a la vigilancia del tráfico de estupefacientes y armas, las sospechas de pesca ilegal y no declarada y el comercio ilícito de carbón vegetal en la zona de operaciones dentro de los medios y capacidades existentes.
- Colaborar al enfoque integrado de la UE en Somalia y a las actividades pertinentes de la comunidad internacional, ayudando a abordar las causas profundas de la piratería y su red, previa solicitud y dentro de los medios y capacidades existentes.
- Asistir otras misiones, programas e instrumentos de la UE en Somalia dentro de los medios y capacidades existentes. En particular, en estrecha coordinación con EUTM Somalia, EUCAP Somalia y las Presencias Marítimas Coordinadas en el océano Índico Noroccidental.
- Apoyar la promoción de la arquitectura global de seguridad marítima regional, los programas pertinentes aplicados por la Comisión dentro de los medios y capacidades existentes y reforzar los vínculos ya desarrollados con el Centro Regional de Fusión de Información Marítima de Madagascar y el Centro Regional de Coordinación Operativa de Seychelles.

## 1.2 EL *LEGAL FINISH*

Una de las características de Atalanta es el establecimiento de un sistema de consecuencias jurídicas para los piratas apresados: su sometimiento a juicio, posible condena e ingreso en prisión. Ello se ha denominado *legal finish*.

El marco legal de *legal finish* ha de buscarse en tres instrumentos internacionales de primer orden: la Carta de Naciones Unidas, la Convención de Jamaica de Derecho del Mar y el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988 (conocido como Convenio SUA, por su abreviatura en inglés, *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation*). La clave del concepto es la posibilidad de detener y de enjuiciar al pirata, de donde se deducen sus tres líneas discursivas:

- Aceptación de la definición de piratería de la Convención de Jamaica de Derecho del Mar (arts. 100 y 101), con el correlativo del derecho de apresamiento (su art. 105). Ello exige un esfuerzo nacional para adecuar, alinear y adaptar las legislaciones internas a tal Convención.



- Determinación de procedimientos estandarizados de detención en el mar y consolidación de órganos de cooperación creados *ad hoc*. Tales procedimientos deben establecerse en dos marcos que se diferencian y que convergen en un mismo fin, como se muestra en el caso de Atalanta: por un lado, está el plano nacional, y en él corresponde al Derecho nacional de los Estados partícipes regularlos; y, por otro, el plano multinacional de la operación, que establece un procedimiento supletorio. Todo ello será examinado más adelante.
- Formalización de acuerdos entre los Estados partícipes de la operación o con terceros Estados sobre ejercicio de jurisdicción, leyes penales, procesales y penitencias aplicables a los reos de piratería, así como la determinación de los puertos y demás lugares donde se deba disponer el aseguramiento de los objetos del delito, si los hubiera. Así se hizo con Kenia, Mauricio y Seychelles, aunque solo se mantiene vigente con Seychelles.

El *legal finish* aparece en la escena operacional occidental, en principio asociado a la operación Atalanta<sup>2</sup> y solo a ella, sin otros antecedentes y es su gran aportación operacional. Es muy interesante el esfuerzo definitorio llevado a cabo por Zarina Riva García<sup>3</sup>, de quien se ha tomado precisamente la traducción «solución jurídica»<sup>4</sup>. Lo anterior ha tenido una plasmación positiva en el mandato de la operación, cuyo art. 2.bis establece lo siguiente:

«Artículo 2.bis:

Entrega de personas capturadas y detenidas para su enjuiciamiento.

1. En virtud de la aceptación por parte de Somalia del ejercicio de la jurisdicción por parte de los Estados miembros o de terceros Estados, por un lado, y, por otro, en virtud del artículo 105 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, las personas de quienes se sospeche que tienen la intención de cometer, que están cometiendo o que han cometido actos de piratería, en el sentido de los artículos 101 y 103 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, o robos a mano armada en aguas territoriales o aguas interiores de Somalia o en alta mar, que sean capturadas y detenidas para su enjuiciamiento, así como los bienes utilizados para cometer esos actos, serán entregados:

---

<sup>2</sup> VV. AA. (2017), Alía Plana, M. (2021).

<sup>3</sup> Riva García, Z.. (2018), p. 2.

<sup>4</sup> Alía Plana, M. (2021).

— 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 ejercer su jurisdicción sobre las personas y bienes antes mencionados.

2. Las personas de quienes se sospeche que tienen la intención de cometer, que están cometiendo o que han cometido actos de piratería, en el sentido de los artículos 101 y 103 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, o robos a mano armada, capturadas y detenidas por Atalanta, para su enjuiciamiento, en aguas territoriales, aguas interiores o aguas archipelágicas de otros Estados de la región con el acuerdo de dichos Estados, así como los bienes utilizados 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 Estado.

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 no se aplique a nadie pena de muerte, torturas ni ningún otro trato cruel, inhumano o degradante».

Además, el art. 2.ter.2,a) establece que, en el marco de la lucha de Atalanta contra el tráfico de estupefacientes frente a las costas de Somalia...

«Los Estados miembros que lo deseen podrán emprender, dentro de sus competencias nacionales y de conformidad con su Derecho nacional, otras medidas, como la incautación de drogas y el desvío de dichos buques, así como la captura, la detención, la entrega a un tercer Estado y el enjuiciamiento de personas implicadas en el tráfico de estupefacientes».

Por último, el art. 2.ter.5) establece lo siguiente:

«Podrán celebrarse acuerdos con terceros Estados, sobre la base de autorizaciones concedidas caso por caso por el Consejo, para facilitar la entrega por un Estado miembro de personas capturadas y detenidas con

arreglo al Derecho nacional por participar en violaciones del embargo de armas impuesto a Somalia por las Naciones Unidas o en el tráfico de estupefacientes frente a las costas de Somalia, para el enjuiciamiento de dichas personas. Tales acuerdos contendrán condiciones para la entrega de dichas personas conforme al Derecho internacional aplicable, especialmente a las normas internacionales sobre derechos humanos, para garantizar, en particular, que no se apliquen a las personas afectadas penas de muerte, torturas ni ningún otro trato cruel, inhumano o degradante».

## 2 CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITA Y REGISTRO

Las unidades navales de EUNAVFOR Atalanta son titulares, de acuerdo con la legalidad internacional y nacional, y con el mandato de la operación, de los derechos de visita, registro, retención y detención de los buques, embarcaciones y personas sospechosas de piratería y robo a mano armada en el mar. Estas acciones se llevan a cabo mediante la consumación de una serie de hitos cuya suma determinaría la consecución final de todo un procedimiento, que sería como sigue<sup>5</sup>:

- Realización de encuentros y visitas en el mar e interrogación del buque.
- Envío de un equipo operativo para ejercer el derecho de visita y registro.
- Examen de la documentación y carga del buque.
- Búsqueda de evidencias a bordo del buque registrado de la comisión de actos delictivos.
- Apresamiento o captura del buque y de su carga, si fueran ilegales.
- Correlativa detención del capitán o patrón de la embarcación, y de otras personas que se encontraran a bordo; y puesta a disposición de autoridades judiciales.

## 3 ACTIVACIÓN DEL SUPUESTO FÁCTICO

El proceso de visita, registro, abordaje, etc., puede iniciarse de diversas formas, como son las siguientes<sup>6</sup>:

---

<sup>5</sup> Documento ATP-71, Armada Española. (2010); MARCOM. (2017).

<sup>6</sup> *Ibid.*

Con ocasión de un encuentro neutro en el mar, después de realizar un *Hail at Sea*, un *Friendly Approach* o una visita de asistencia.

Por ser el buque de guerra concernido testigo de los hechos o por haber recibido los avisos correspondientes de los oportunos sistemas de alerta.

### 3.1 ENCUENTROS EN LA MAR: «HAIL AT SEA», «NAUTICAL SHOUT», «SAILOR'S CALL FOR ATTENTION» Y «ASSIST AND APPROACH VISITS»

Estos saludos<sup>7</sup> son una «costumbre de los mares» informal, basada en la mutua confianza de los navegantes, en virtud de la cual un buque se comunica con otro a distancia, para saludarse y recabar información. Históricamente, este tipo de saludos se realizaba mediante banderas o a la voz, con expresiones tales como «¡Ah del barco!» o el inglés *Ship ahoy!* o *Ahoy there!* Actualmente se usan equipos de comunicación del sistema global de transmisión de radio bidireccional en muy alta frecuencia (*Very High Frequency, VHF*), para comunicaciones marítimas a corta distancia<sup>8</sup>, que trabajan en un rango de frecuencias entre las bandas 156 MHz y 174 MHz. La señal transmitida puede ser escuchada por otros barcos y las estaciones costeras dentro de un radio de entre 20 y 30 millas náuticas. Los canales VHF utilizados habitualmente para la comunicación marítima son los siguientes<sup>9</sup>:

- Canal 16: llamadas de emergencia, señales de socorro y comunicaciones de navegación.
- Canal 6: comunicaciones locales, para la información sobre condiciones meteorológicas o para realizar consultas de carácter general.
- Canal 70: comunicación entre embarcaciones, estableciendo previamente una conversación en el canal 16.
- Canal 13: control de tráfico marítimo.

Para llamar a otro buque o embarcación, se menciona su nombre dos o tres veces, seguido del nombre del propio buque y la identificación de la estación, si corresponde; se espera una respuesta y se cambia a un canal para continuar la conversación. Por ejemplo: «Seascope, Seascope, Seascope, aquí Espresso WDA9048 en el canal 16, cambio». Una respuesta podría ser: «Espresso, aquí Seascope. Cambia al canal 68, cambio». Espresso respondería: «Espresso cambiando 68». Ambas embarcaciones cambiarían

<sup>7</sup> Armada Española. (2010).

<sup>8</sup> Louzan, F. y Iglesias Baniela, S. (2015).

<sup>9</sup> *Ibid.*

el dial al canal 68, se saludarían y conversarían con normalidad. Al final de la conversación se diría: «Espresso vuelve al stand por canal 16» o «Seascape out», lo cual significa que se pone fin a la conversación.

En cuanto a la forma en que se lleva a cabo la comunicación, el tono general del saludo y del interrogatorio subsiguiente debe ser firme y no conflictivo<sup>10</sup>. En el caso de la operación Atalanta, dado su Teatro de Operaciones (TO), que cubre el mar Rojo, el golfo de Adén, el Banco Somalí, y parte del océano Índico, con altísima presencia de embarcaciones locales, es perfectamente posible que la guardia de puente del buque sospechoso (caso de que exista y se comporte como debería hacer según los estándares de navegación comúnmente aceptados) no domine el inglés, por lo que deba localizar a bordo a alguien que lo domine o al menos, comprenda, y esta persona no tiene por qué ser necesariamente el capitán. Ahora bien, como el interpelado será el capitán, es necesario comprobar que está presente durante la llamada y el interrogatorio, incluso si no habla inglés.

Evidentemente, si el resultado de este saludo en el mar es neutro, no producirá el inicio de ninguna actividad relativa a la visita, registro, detención, etc., de sospechoso alguno, pero también puede producir el efecto contrario y funcionar de detonante de las actuaciones correspondientes.

De igual modo, otros encuentros en el mar que pueden determinar el inicio de las actuaciones, como por ejemplo el *friendly approach*, las visitas de asistencia y la mera aproximación. El *friendly approach* y las *assist and approach visits* son una actividad pacífica y consuetudinaria propia de las leyes del mar, basada en la mutua confianza, en virtud de la cual un buque guerra puede aproximarse a un pesquero, mercante o embarcación de poco porte para tomar contacto con las comunidades locales y recolectar información, cara a la confección de inteligencia<sup>11</sup>.

Por último, se mencionan las visitas consensuadas entre el buque inspector y el inspeccionado, que se llevan a cabo por invitación del capitán, que permite la visita, pero no otras medidas, como el registro o apresamiento, la captura y o su detención, junto con la de la tripulación, en su caso. Mediante esta acción, se comprueba de forma somera y rápida la legalidad aparente de la plataforma, carga, navegación, registros y documentación, sin retrasar la navegación del buque visitado<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Armada Española. (2010).

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> United Nations. (2015), p. 19.

### 3.2 RECEPCIÓN DE LLAMADA DE SOCORRO O DETECCIÓN DE UN ACTO DE PIRATERÍA O ROBO A MANO ARMADA EN LA MAR

La recepción de una llamada de socorro, directamente o a través de los sistemas de control establecidos en beneficio del tráfico marítimo en el área de operaciones de Atalanta; o el conocimiento directo de la comisión de un acto de piratería, determina la activación del procedimiento. La llamada de socorro por excelencia es la «MAYDAY», que se repite tres veces, por peligro grave e inminente para la embarcación y su tripulación y pasaje, a través del canal VHF 16. Su origen viene de la expresión francesa *venez m'aider!*, es decir, «¡venid a ayudarme!», que tiene parecido fonético con la locución «mayday», sin que la combinación de las palabras inglesas mayo y día signifiquen nada en este contexto. Se regula en el art. 32 del Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, adoptado por la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones (Ginebra, 1995)<sup>13</sup>.

### 3.3 ¿QUIÉN PUEDE LLEVAR A CABO LA VISITA Y REGISTRO?

De acuerdo con el art. 110 de la Convención de Montego Bay, solo la puede llevar a cabo un buque de guerra que se encuentre en alta mar respecto a otro buque o embarcación del que sospeche que se dedica a la piratería, a la trata de esclavos, a las transmisiones no autorizadas, no tenga nacionalidad o, aunque arbore pabellón extranjero, tenga realmente la misma nacionalidad que la del buque de guerra actuante. En cuanto al procedimiento, esta convención es muy parca, y solo determina que el buque de guerra puede proceder a verificar el derecho del buque a arbolarse su pabellón, y «para ello podrá enviar una lancha, al mando de un oficial, al buque sospechoso. Si aun después de examinar los documentos persisten las sospechas, podrá proseguir el examen a bordo del buque [...]».

Estas previsiones generales han sido desarrolladas por otros instrumentos internacionales concretos para otros delitos distintos de la piratería, que se deberán tener en cuenta por la EUNAVFOR Atalanta cuando active el nuevo *legal finish* que se estableció en la última modificación de su mandato, por el que se permite la persecución y detención de personas sospechosas de narcotráfico y tráfico de armas. Tales son:

---

<sup>13</sup> Louzan, F. y Iglesias Baniela, S. (2015).

- Protocolo de Palermo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de 2000. En su art. 8 establece el derecho de visita, registro y detención de sospechosos de la comisión del delito de tráfico de personas, con previa autorización del Estado de pabellón, o sin ella, si careciera del mismo.
- Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cuyo art. 3 declara ilícito el narcotráfico. En cuanto a las reglas de la visita, registro y detención de sospechosos de narcotráfico, se contienen en su art. 17 y son iguales que las señaladas en el apartado anterior.
- Convenio SUA y el Protocolo sobre plataformas, reformados por los Protocolos, de 14 de octubre de 2005 (referidos especialmente al terrorismo), sobre actos ilícitos en el mar. El elenco de delitos perseguibles es muy amplio: apoderamiento y secuestro de un buque en el mar, actos de violencia contra las personas que se encuentren a bordo, la destrucción del buque y su carga, colocación de artefactos explosivos a bordo, la destrucción de instalaciones marítimas, la difusión dolosa de noticias falsas que supongan un peligro para la navegación, las coacciones para que ejecute un acto o se abstenga de hacerlo, en relación con los delitos enumerados. El art. 8 bis del Convenio SUA regula la visita, registro y detención, en su caso, con una regulación igual a las vistas, en las que se incluye la solicitud de autorización a la OMI, que puede ser tácita transcurridas 48 horas desde su petición.
- El mandato de la EUNAVFOR Atalanta, que permite actuar no solo en aguas internacionales, sino también en aguas territoriales somalíes y en su territorio continental, para el cumplimiento de sus fines. Recuérdese que la Convención de Jamaica solo se refiere aguas internacionales.

### 3.4 DELITOS POR LOS QUE ACTUAR

#### 3.4.1 Piratería y robo a mano armada en la mar

Atalanta, hasta 2022 solo era competente para la detención de sospechosos de haber cometido actos de piratería en el mar, pero una vez modifi-

cado el mandato original, Atalanta actuará contra el narcotráfico y el tráfico de armas en la zona de operaciones.

El art. 101 de la Convención de Montego Bay define la piratería como sigue:

«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».

La práctica añade a la piratería el robo a mano armada en el mar, como una subespecie, consiste en violencia ilícita, detención, depredación o amenaza de depredación cometidas en las aguas soberanas de una Estado. El factor espacial (fuera o dentro de las aguas territoriales) es determinante al respecto. La Resolución A.1025 (26) (anexo, párrafo 2.2) de la OMI define el robo a mano armada en el mar como sigue:

«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 éste, 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».

Ha quedado extramuros del mandato de la operación Atalanta la persecución otro tipo de actividades ilícitas marítimas que podrían tener una cierta semejanza o proximidad con las dos expuestas.

La primera es el terrorismo en el mar. El Convenio SUA contiene un listado de delitos que, vistos desde un mero punto de vista literal, coinciden con las definiciones de piratería de la Convención de Montego Bay, lo cual



podría dificultar la persecución y sanción de ambos crímenes. Este tratado fue elaborado como consecuencia del secuestro del Achille Lauro, por el Frente para la Liberación de Palestina, el 7 de octubre de 1985, sobre la base de los postulados establecidos para la represión de actos ilícitos contra la navegación aérea regulados en el Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970; y en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971. La redacción imperfecta de los tipos penales del Convenio SUA hace que tales delitos y la piratería de la Convención de Montego Bay tiendan a confundirse, si bien la identidad no es plena<sup>14</sup>.

«La tipificación de los delitos en la Convención SUA y su Protocolo es, por tanto, muy amplia y muchas de las conductas que contemplan podrían ser también constitutivas del delito de piratería. Normalmente los autores se esfuerzan en argumentar que la diferencia radica en el “propósito personal” propio de la piratería, al que se refiere el artículo 101 del Convenio de Jamaica de 1982, frente al propósito terrorista propio de los delitos tipificados en la Convención y el Protocolo SUA. Sin embargo, cuando la Convención y el Protocolo SUA definen los delitos contra la seguridad marítima, ni los califican de terrorismo ni exigen, a mi juicio con acierto, un dolo específico en su comisión sino el dolo genérico de que se realicen “intencionadamente”, por lo que si bien teóricamente sí podrían existir problemas para calificar como actos de piratería aquellas conductas tipificadas en el artículo 101 de la Convención de 1982 cuando se realizaran por motivos políticos o religiosos, no existirían problemas para calificar como delitos contra la seguridad de la navegación marítima las conductas definidas en el artículo 3.1 de la Convención SUA, aun cuando se realizaran con “propósitos personales”.

Desde el punto de vista práctico, de protección de la víctima y ante la dificultad de indagar y llegar a la certeza de los propósitos últimos perseguidos por los delincuentes al cometer actos de piratería o de terrorismo, resulta más acertada, a nuestro juicio, la referencia al dolo genérico que realizan la Convención y el Protocolo SUA, por lo que propugnamos que en el futuro se produzca una aproximación y unificación en la descripción

---

<sup>14</sup> Castán, M. (2013), p. 133.

del elemento subjetivo en ambos tipos de delitos, otorgándoseles también un tratamiento similar».

También se tipifican como delitos (arts. 3 bis, 3 ter y 3 quáter) el uso del buque como plataforma de un arma, sistema de armas, es decir, como un arma en sí, 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 descritas. Según Barrada, algunas —no todas— de estas nuevas conductas tipificadas como delito por los Protocolos de 2005, sí se exige 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»<sup>15</sup>. Es decir, el dolo específico diferenciaría a ambos delitos.

La segunda acción ilícita que ha quedado fuera del mandato de la operación Atalanta y que se debe deslindar de la piratería es el terrorismo, delimitación necesaria porque la práctica sitúa a los actores en una zona gris<sup>16</sup>. La delimitación típica ha sido propuesta por una doctrina centrada en la dimensión teleológica, es decir, en los fines buscados por los actores de los actos piratería o terrorismo en el mar, lo cual incidiría correlativamente sobre la naturaleza de la intencionalidad y del dolo exigido en cada caso.

En el supuesto de la piratería y los robos a mano armada en el mar, históricamente, ya desde el cuestionario de la Sociedad de Naciones de 1926<sup>17</sup>, estos principalmente se han definido como los *propósitos personales* (*private ends*) que serían recogidos en la Convención de Montego Bay. Los *private ends* subsumirían el concepto de «ánimo de lucro»<sup>18</sup>, de donde se infiere que tales fines requerirían, en el plano psicológico de la acción, una *intention to rob*, es decir, un dolo específico de saqueo, rapiña o robo en el mar<sup>19</sup>, centrado en el enriquecimiento ilícito y solo en él. Tal dolo sería ajeno a toda consideración distinta al puro expolio, como podrían ser las intenciones políticas o revolucionarias, propias del terrorismo<sup>20</sup>. Y es que los *private ends* pueden ser interpretados de dos formas: por un lado, la

<sup>15</sup> Barrada Ferrirós. (2012), p. 13.

<sup>16</sup> Honniball. (2015), p. 2.

<sup>17</sup> *League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law*. (1926).

<sup>18</sup> Lauterpacht, H. (1989), p. 223; Fernández Roderá. (2009), p. 110.

<sup>19</sup> Guilfoyle. (2014), p. 52.

<sup>20</sup> Honniball. (2015), p. 1.

exclusión de toda finalidad política; por otro, que se refiera a todo acto de violencia en el mar, llevado a cabo sin sanción ni autorización estatal<sup>21</sup>.

«La relevancia del asunto es que, llegado el caso, los implicados políticos, incluso aquellos que cometan actos de violencia en el mar que pongan en peligro la vida, pueden tener una defensa eficaz en caso de ser acusados de piratería. Por el contrario, una persona que, prima facie, se presume culpable de los actos extremos de violencia que constituyen piratería, puede alegar como impedimento para su enjuiciamiento que tuvo motivos políticos subyacentes (como devolver el golpe a una comunidad internacional que ha saqueado sus caladeros)»<sup>22</sup>.

La dicotomía entre fines no debe discriminar entre privados/políticos, sino entre privados/públicos<sup>23</sup>. De esta manera, se conseguiría que actos de insurgencia, guerra civil y terrorismo no fueran tipificados como piratería<sup>24</sup> con lo cual su represión estaría sujeta a otras normas. En resumen, la introducción de los *private ends* en la definición de la piratería tendría por objeto, pues, excluir tales movimientos, cuyos intereses particulares podrían llevar al planeamiento y conducción de acciones violentas en el mar, semejantes a las propias de la piratería<sup>25</sup> pero que no se ejecutarían con la misma intencionalidad, aunque la acción positiva consistiera, en ambos casos, en actos de expolio, depredación y violencia. Naciones Unidas ha seguido esta senda cuando en 2011 concretó los elementos de diferenciación entre ambas familias de delitos, en su documento «LEg\98\8.doc, Piracy: elements of National legislation pursuant to the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982».

### **3.4.2 Ampliación del foco: narcotráfico y comercio ilegal de armas**

Visto lo anterior, se ha de significar que, para algunos teóricos, centrar el foco solo en el paradigma jurídico, en el delito como constructo legal (y consiguientemente, en su tenor literal, es decir, en su tipicidad) es una visión reduccionista del fenómeno. En primer lugar, se aduce que cede a los perjudicados, especialmente a los Estados y, por ende, a Naciones Unidas,

<sup>21</sup> Tanaka. (2016), p. 380.

<sup>22</sup> Guilfoyle, D. y McLaughlin, R. (2019), p. 404.

<sup>23</sup> Guilfoyle. (2010), p. 143; Guilfoyle, D. y McLaughlin, R. (2019), p. 407.

<sup>24</sup> Guilfoyle. (2009), pp. 38-40.

<sup>25</sup> Honniball. (2015), p. 3.

la definición de qué es piratería, como si correspondiera a la mujer violada determinar qué es una violación o a la persona asesinada, qué es el asesinato. Además, para mayor confusión, los Estados pueden sostener definiciones diversas de la piratería en distintos ámbitos, por la vía de suscribir y sancionar la Convención de Mondego Bay y el Convenio SUA, en la arena internacional; mientras que tipifican la piratería en sus leyes penales internas de forma diversa. En el caso español, si se compara, por ejemplo, la tipificación de la piratería de la Convención de 1983, el Convenio SUA y los arts. 616 ter y 616 quáter del Código Penal, se muestra que los tipos no tienen el mismo tenor literal, de hecho, el tipo penal descrito en el art. 616 ter ha sido criticado, tanto por apartarse de la definición de piratería del Convenio de Jamaica, como por su excesiva amplitud<sup>26</sup>.

Mientras que la gestión exclusivamente estatal del delito incluye determinar qué es y qué implica el acto de piratería, quién es un pirata y cómo debe prevenirse, reprimirse y erradicarse<sup>27</sup>, algunos teóricos jurídicos<sup>28</sup> sostienen que la primacía de la estatalidad de la tipificación, con sus correlativas disquisiciones teóricas, es un obstáculo para su represión y erradicación real. En concreto, Lisa Otto sostiene que la definición de la Convención de Mondego Bay ha quedado obsoleta, porque responde a una tradición jurídica que se remonta a la antigüedad; y propone la eliminación de las dos distinciones apuntadas hasta ahora: debería desaparecer, a su entender, la dicotomía piratería/robo en el mar; y también toda referencia a los *private ends*, para que la piratería absorbiera los ilícitos de asalto y expolio en el mar cometidos por fines políticos e incluso el propio terrorismo marítimo<sup>29</sup>. Afirma que, a mayor simplificación en el tipo, mayor facilidad en la represión para los tribunales competentes.

El horizonte se complica con la última modificación del mandato de Atalanta, que ha ampliado su foco operacional, para incluir la represión del narcotráfico y el embargo de armas, acciones que no se han activado y que requieren, de forma correlativa, una ampliación del *legal finish* que todavía no se ha llevado a cabo, sobre todo en lo relativo a la firma de acuerdos de reconocimiento de jurisdicción y entrega de sospechoso para su enjuiciamiento.

---

<sup>26</sup> Castán, M. (2011).

<sup>27</sup> Struett, M. J., Carlson, J. D. y Nance, M. (2014).

<sup>28</sup> Campanelli. (2012); Otto. L. (2018).

<sup>29</sup> Otto, L. (2018).

## 4 PERSONAL INVOLUCRADO

Se analiza qué personas del buque inspector participan en la interdicción del buque sospechoso. Para comprender a qué realidades hacen referencia estas palabras, se deben tener en cuenta las Ordenanzas de la Armada del siglo XVIII, concretamente las de 1748 y 1793 y a la forma en que se organizaba el personal a bordo de los buques de guerra españoles, cuya denominación original se ha mantenido como una de las tradiciones de la Armada. Las personas embarcadas se dividían en dotación (conjunto de personas dedicadas a la navegación) y guarnición (personal dedicado únicamente a combatir, en origen infantes de marina y artilleros). La suma de ambos daba lugar a la tripulación. Pues bien, con estos conceptos como referencia, se muestra que la inspección, diversión, detención, etc., de un buque o embarcación, a los efectos de este trabajo, se puede llevar a cabo por las unidades expuestas a continuación, pertenecientes a la dotación o a la guarnición del buque.

### 4.1 TROZO DE VISITA Y REGISTRO (TVR)

Está formado por la marinería, la suboficialidad y la oficialidad de la dotación del buque. En las Ordenanzas del siglo XVIII, mencionadas arriba, la marinería se dividía en unas unidades con unas denominaciones particulares, que han pervivido. En primer lugar, la brigada, equivalente a la compañía de infantería; en segundo lugar, el rancho, equivalente a la sección; y en tercer lugar el trozo, equivalente al pelotón. Un trozo, originariamente, era un pequeño grupo que podía detraerse de sus obligaciones a bordo para dedicarse a la visita e inspección llegado el caso.

Por lo general, su composición es la siguiente: está compuesto por el oficial al mando, que el responsable de la visita y registro del buque. Retiene bajo control al buque abordado hasta que sea relevado o hasta que se le ordene devolverlo a su capitán o patrón; y será responsable de examinar la documentación del buque, de la tripulación y de la carga. Permanecerá de manera prioritaria con el capitán del buque mientras se lleva a cabo el registro, por si es necesario realizar alguna acción para facilitar el trabajo del equipo de inspección<sup>30</sup>. Bajo su mando se encuentran tres elementos<sup>31</sup>:

---

<sup>30</sup> Armada Española. (2010).

<sup>31</sup> *Ibíd.*

- La dotación de la embarcación, tipo RHIB<sup>32</sup>, que transporta el TVR al buque sospechoso.
- El equipo de seguridad, armado y para defensa del TVR, formado generalmente por infantes de marina.
- El equipo de inspección y registro, responsable de efectuar en actividades de inspección:
  - De interiores, camarotes, cámaras de máquinas para comprobar que todo el personal se encuentra controlado en un lugar destacable del buque.
  - De los compartimentos de estiba de la carga del buque para comprobar que figura el material indicado en su documentación.

Formarán también parte del TVR los intérpretes, un fotógrafo-cámara, el médico y el enfermero del buque asaltante<sup>33</sup>. Asimismo, se nombrará testigo principal y testigo secundario a dos miembros del equipo, que más tarde describirán la acción, cara a su documentación por escrito. Los miembros del equipo están también dotados de *combat-cameras* o *comcam*, que portarán generalmente en su casco o pecho, y que grabarán la acción en que participa su portador en tiempo real y plano subjetivo. Estas cámaras son herramientas fundamentales para los operadores y sus comandantes, y proporcionan un registro visual de la acción grabada para su posterior análisis, investigación penal, entrenamiento, información pública, creación de una «capacidad de imágenes» dirigidas en apoyo de las operaciones, fotoperiodismo y archivo histórico.

#### 4.2 EQUIPOS OPERATIVOS DE SEGURIDAD (EOS)

Aunque en la actualidad los buques de la Armada pueden formar sus TVR con personal de su dotación, la tendencia es que cuando un buque vaya a realizar operaciones de seguridad marítima, embarque un «Equipo Operativo de Seguridad» (EOS), formado por elementos de las unidades de la Fuerza de Infantería de Marina (Tercio Norte, Tercio Sur, Tercio de Levante). Son unidades especialmente adiestradas en la interceptación de buques sospechosos, mediante el empleo de embarcaciones y helicópteros; y cuentan con formación especial en defensa personal, técnicas de cacheo, conducción de personal y primeros auxilios. Cada EOS se certifica antes

---

<sup>32</sup> *Rigid-hulled inflatable boat*, bote inflable de casco rígido.

<sup>33</sup> *Ibid.*

de una salida de misión, como garantía de que han recibido el entrenamiento adecuado y la formación específica en el cumplimiento de la legalidad vigente en el mar<sup>34</sup>. En cuanto a su composición, está formado por un mínimo de seis y un máximo de once infantes de marina, agrupados en los siguientes elementos: un jefe del elemento de seguridad, dos equipos de seguridad, y, en su caso, de francotiradores<sup>35</sup>. Está armado y dotado de *comcams*.

#### 4.3 UNIDAD DE GUERRA NAVAL ESPECIAL (UGNE)

Es la unidad de operaciones especiales que embarca ocasionalmente y cuyas funciones quedan referidas a la intervención directa cuando fuera necesario en situaciones de especial riesgo. Su denominación en inglés «SOMTU» es el acrónimo de la expresión *Special Operation Maritime Team Unit*, es decir, «Unidad-Equipo de Operaciones Especiales». Está formada por la unidad básica de operaciones especiales, denominada «estol». Esta palabra tiene su origen, según el *Diccionario de la Lengua*<sup>36</sup>, en el griego *stellein*, es decir, vestir, armar, equipar; del que habría derivado el catalán «estol», que en tal idioma español quiere decir escuadra, la unidad mandada por un cabo. En catalán actual, además, quiere decir «banda», «partida», es decir, grupo armado.

Las primeras unidades de operaciones especiales navales se crearon en España, dentro del Cuerpo de Infantería de Marina a mediados de los años sesenta del siglo XX, con la Compañía de Escaladores Anfibios, fundada en 1952, como antecedente y base, gracias al esfuerzo del entonces capitán Julio Yáñez Golf, que eligió la palabra estol porque se suponía que los almogávares del reino de Aragón, de los que los modernos infantes de marina-boinas verdes querían descender (los almogávares fueron las primeras unidades de operaciones especiales navales del mundo), se agrupaban militarmente en estoles.

Su prenda distintiva, la boina verde (*green beret*), que les fue concedida por la Orden Ministerial de 30 de octubre de 1972, tiene su origen en la boina escocesa usada por los primeros *british commandos* de la Segunda Guerra Mundial, y que Lord Mountbatten declaró reglamentaria en octubre de 1942. A su vez, la palabra «commando» deriva del modelo de mando de

<sup>34</sup> Armada Española. (2016).

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Véase: <http://www.rae.es>

las unidades irregulares formadas por los bóeres sudafricanos, en las Guerras Bóeres, que elegían a sus jefes por votación y decidían conjuntamente sus acciones y gobierno interno<sup>37</sup>. Portan los mejores equipos tácticos disponibles y armamento de última generación.

## 5 MANIOBRA Y POSICIONAMIENTO DEL BUQUE INSPECTOR PARA EL ABORDAJE

### 5.1 PRIMERAS DISPOSICIONES

Una vez comprobada la existencia, o sospecha racional, de una actuación pirata, el buque de Atalanta navegará hacia el punto donde se hubiera cometido la misma y, llegado el caso, iniciará la maniobra de aproximación al buque sospechoso, que se llevará a cabo de tal forma que se compatibilicen las disposiciones básicas de una navegación segura con las medidas que impidan que el buque inspector sufra un acto hostil. Por ejemplo, no deberá colocarse a popa del buque a abordar, para impedir posibles daños si se arrojaran objetos peligrosos o se abriera fuego; se mantendrá la proximidad necesaria para vigilar visualmente al buque; la distancia, en relación con el estado de el mar, no será mucha, para facilitar a las RHIB el tránsito. La mejor posición es situarse por las aletas del buque a abordar y con el sol por la espalda<sup>38</sup>.

Se ordenará al buque a inspeccionar que adopte un rumbo y andar adecuados para el trasbordo de personal, dando resguardo a la escala de práctico. Si esta operación fuera a efectuarse mediante helicóptero, se dispondrá un rumbo adecuado para el vuelo. Se ordenará al capitán del buque abordado que reúna a toda su tripulación, desarmada, excepto los que deban permanecer en el puente y máquinas para el gobierno del buque, en el castillo o la toldilla, que deberá estar a la vista y ser fácilmente controlable desde el propio buque, o desde el helicóptero.

Se ordenará al capitán abrir todos los compartimentos y encender todas las luces interiores y las de cubierta, si fuera un abordaje nocturno. Además, deberá reunir toda la documentación, incluyendo pasaportes, en

---

<sup>37</sup> Romero, J. (2005).

<sup>38</sup> Documento ATP-71; Armada Española. (2010); y MARCOM. (2017).



el puente para su inspección<sup>39</sup>. Se enumera la posible documentación en el punto siguiente.

## 5.2 TRÁNSITO Y ABORDAJE

Una vez que el buque sospechoso haya adoptado las medidas indicadas y se encuentre a rumbo y velocidad ordenados, el buque inspector procederá a arriar la RHIB, siempre que sea posible por la banda contraria, de manera que el barco a abordar no pueda observar la operación de embarque del TVR. El tránsito deberá ser lo más rápido posible y la RHIB se dirigirá directamente a la escala. Durante el tránsito, deberá vigilar la cubierta del buque a abordar, al tiempo que se extremará la vigilancia desde el propio (con todos los medios disponibles) y el helicóptero, si operara, ya que el abordaje es el momento más delicado de la operación. Asimismo, se mantendrá una comunicación fluida con el buque sospechoso. La posición adecuada del buque inspector será por la aleta del abordado a una distancia no mayor de 500 yardas, de manera que pueda apoyar y proteger el embarque del TVR. Durante toda esta fase, tanto el buque como la RHIB evitarán cortar la estela del abordado<sup>40</sup>.

Ya se ha apuntado que existen, básicamente, tres tipos de abordajes, dependiendo de la voluntad de cooperar del barco o de su oposición, más o menos violenta. Tales son:

- a) Abordaje sin oposición (o cooperativo).
- b) Abordaje no cooperativo.
- c) Abordaje con oposición.

Estas opciones difieren en términos de resistencia pasiva y del grado de fuerza utilizada (no letal y letal)<sup>41</sup>. Se presume que el abordaje no es colaborativo cuando el capitán o patrón del buque no contesta o rehuye los intentos de comunicación, no justifica su presencia en el área del mar donde se encuentra; o se niega que se efectúe el abordaje de su buque. También si se toman medidas con el fin de retrasar, impedir, complicar o disuadir de que se efectúe el abordaje del buque sospechoso.

---

<sup>39</sup> Documento ATP-71; MARCOM. (2017).

<sup>40</sup> Armada Española. (2010).

<sup>41</sup> Allen. (2019), p. 410.

## 6 PIE EN CUBIERTA Y POSIBLE USO DE LA FUERZA: LAS REGLAS DE ENFRENTAMIENTO

El primer grupo en efectuar el abordaje, es decir, en poner pie en cubierta, será el Elemento de Seguridad del TVR, que será responsable de asegurar una zona alrededor de la escala, antes de hacer una indicación a su jefe para que embarque el resto del personal.

En caso de abordaje no colaborativo, el primer elemento en poner pie en cubierta podrá ser el EOS o, en circunstancias extremas de peligrosidad, el SOMTU. Tanto en la generalidad de los casos como en este en particular, el abordaje con posible uso de la fuerza, incluida la letal, refiere tal fuerza a las oportunas Reglas de Enfrentamiento (*Rules of Engagement, ROE*), seleccionadas de los oportunos catálogos de ROE en vigor, que son los siguientes:

- a) Unión Europea: documentos EUMC Mtg Doc 67/1/05 REV1, de 20 de febrero de 2006; y también EU Concept for the Use of Force in EU-led Military Operations, OPS 13569/1/08 REV 1, de 10 de octubre de 2008.
- b) En España, está en vigor el catálogo del jefe de Estado Mayor de la Defensa aprobado en 2013.

Las ROE se recogen en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, cuyo art. 6.1, apartado sexto, establece que: «[...] en el empleo legítimo de la fuerza, hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe».

El art. 6.23 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, considera falta leve: «[...] La inexactitud en el cumplimiento de las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe».

El art. 7.23 de la misma ley castiga como falta grave: «[...] El incumplimiento de las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe o la inobservancia por imprudencia de los deberes establecidos por el derecho internacional aplicable en los conflictos armados».

El art. 8.10 la norma castiga como falta muy grave: «[...] Incumplir grave o reiteradamente las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe o la inobservancia por imprudencia grave de los deberes establecidos por el derecho internacional aplicable en los conflictos armados».

Por último, el Código Penal Militar castiga el incumplimiento de las ROE como delito en el art. 44, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 44.

1. El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratase de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

2. Cuando la desobediencia tenga lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión.

3. No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados.

4. A los efectos del presente artículo se entenderá por superior a quien lo sea en la estructura orgánica u operativa, o a quien ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria».

## 7 ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

Una vez tomado el control del buque o la embarcación, y previo análisis del caso, se pueden adoptar diversas disposiciones:

### 7.1 CONTROL DE LA DOCUMENTACIÓN

Al respecto, se distingue entre dos supuestos<sup>42</sup>:

- Buques de alto porte, mercantes, transatlánticos, petroleros, cargueros, etc. Normalmente, se tendrá a disposición los siguientes documentos:
  - Documentación del buque
    - Certificado de registro (*Certificate of Registry/Flag Certificate*), identifica la nacionalidad del buque, los datos relativos

---

<sup>42</sup> Armada Española. (2010).

- al puerto de matrícula o registro, el distintivo radiotelefónico internacional (IRCS), el desplazamiento, la eslora y el nombre del propietario.
- Certificado de gestión de la seguridad (*Safety Management Certificate*, SMC), identifica al armador del buque.
  - Registro Sinóptico Continuo (*Continuos Synopsis Record*, CSR), en el que constan la bandera y propietarios del buque. Si cambia de bandera o de propietario, debe reflejarse en el documento con la fecha correspondiente (SOLAS 1974. Enmiendas de 2002. Cap. XI-1 regla 5).
  - Documentación de la navegación
    - Registro de Mensajes-Radio (Radio Log Book, RLB), en el que constan las comunicaciones realizadas (télex, INMAR-SAT, etc.) con la compañía del buque, y los mensajes de socorro, urgencia y seguridad recibidos.
    - Cuaderno de Bitácora (Log Book, LB), en el que se registra todo lo acontecido de relevancia en cada guardia, en tanto es un registro detallado de eventos, observaciones, etc. Pueden ser analógicas o digitales (weblogs) en red, pero en cualquier caso debe seguir un modelo oficial determinado por la Autoridad Marítima, en el que se irán anotando rumbos distancias en millas, observaciones meteorológicas durante la navegación, etc.
  - Documentación de la carga
    - Manifiesto de Carga (*Cargo Manifest*, CM): descripción de la carga del buque, incluyendo los contenedores vacíos, con indicación del nombre del buque y del puerto de carga.
    - Conocimiento de embarque (Bill of Lading, BL), o recibo de las mercancías puestas a bordo, firmado por el sobrecargo, con descripción de la carga, número de contenedores, sellos de aduanas, nombre y dirección del armador y consignatario.
    - Manifiesto de Cargas Peligrosas (*Dangerous Cargo Manifest*, DCM), con indicación del «código del peligro» (clase y número ONU, que son asignadas por el código internacional de mercancías peligrosas/ IMDG Code) así como la ubicación de las mercancías.
    - Planes de carga y estiba (Cargo Load Plan, CLP), con expresión de la localización y puerto de embarque para toda la carga. Pueden ser varios planes, uno por cada de los puertos de descarga. El plan de carga se obtiene de los planes de

estiba, los cuales traen la localización de la carga, puertos de carga y descarga. Si la carga está estibada en contenedores, indica el número de estos. La carga identificada en el manifiesto debe coincidir con la de los planes de carga, y también se debe contrastar la coincidencia en cuanto al puerto de descarga. Cada carga, además de contener su peso, debe contemplar el puerto de descarga.

- Documentación de dotación y pasaje
  - Lista de tripulación (rol) y pasaje (*Crew List*, CL, *Passenger List*, PL), identifica a las personas embarcadas por su nombre, nacionalidad, pasaporte y fecha de nacimiento y condición de tripulante pasajero.
  - Libretas de Embarque (*Seamen's Book*, SB), que sirven para identificar profesionalmente a los tripulantes de un barco, con su foto. Es de carácter oficial, emitida por las autoridades marítimas del Estado de nacionalidad del marino.
- Buques de porte pequeño y embarcaciones locales. Evidentemente, este será el caso más común en el Índico. Se debe tener presente que las embarcaciones utilizadas por los navegantes somalíes son en su mayoría de dos tipos: esquifes o balleneras, y «dhows», que con frecuencia son utilizados como nodrizas.

Por descontado, este tipo de embarcaciones carecen absolutamente de pabellón y de la documentación enumerada antes y sería ilusorio pensar que así podría ser en la realidad. En estos casos, operarían una serie de presunciones que son el eje central de una institución propia de las leyes punitivas de el mar, denominada «parafernalia pirata».

## 7.2 EXISTENCIA DE INDICIOS DELICTIVOS: LA PARAFERNALIA PIRATA

El TVR, EOS o SOMTU que opere, según el caso, puede presumir que el buque inspeccionado se dedica a la piratería si constata la presencia a bordo de lo que se ha denominado «pirate paraphernalia». Es una forma de aludir a ciertos elementos preordenados al crimen que no habría en una embarcación común. La mera presencia de armas puede no ser relevante, dado el ambiente de violencia de Somalia, pero sí la de otro armamento de mayor entidad que un subfusil, como lanzagranadas; o de material necesario para alcanzar las cubiertas de buques de gran porte, como escalas y garfios; así como de bidones para transportar grandes cantidades de

combustible (que sugieren largas navegaciones en mar abierta, muy lejanas de la costa), móviles de alta potencia con varias baterías de carga, GPS, etc. Todo ello en ausencia, además, de cualquier arte de pesca<sup>43</sup>. La lógica de la presunción que sugiere la parafernalia pirata es que, si se hallaran estos elementos en una embarcación que, puestos en común, formasen una equipación necesariamente encaminada a sostener o cometer una acción pirata, su tripulación se presumiría pirata, aunque no lo fuera en acto, sino en potencia. Evidentemente, en España tal presunción debería sostenerse y motivarse con datos más rigurosos, como se verá a continuación.

### 7.2.1 Origen: la represión del tráfico de esclavos del siglo XIX

La idea de la *pirate paraphernalia* está tomada de la tradición jurídica anglosajona, y tiene como antecedentes las doctrinas sobre tratamiento de las pruebas en los procesos británicos del siglo XIX contra el tráfico de esclavos y negreros, tras prohibición de la trata acordada por la «Declaración de las potencias para la abolición del comercio de negros», firmada en Viena el 8 de febrero de 1815.

En efecto, los juristas británicos encontraban problemática la incriminación y condena de los negreros que apresaban navegando en mercantes alistados para la trata, pero sin esclavos a bordo, bien porque los hubieran vendido ya, bien porque los hubieran arrojado por la borda al verse perseguidos, bien porque se dedicaran al comercio de bienes lícitos en el tornaviaje de América: de ida cargaban esclavos, de vuelta, mercancías americanas con destino a los mercados europeos, para rentabilizar al máximo sus expediciones. Para ello se creó el concepto *equipment laws*, gracias al cual se construía una presunción de culpabilidad contra de quienes fueran apresados navegando en un barco preparado o con equipo (de ahí la alusión al *equipment*) para cargar personas, a modo de ganado (espacios reducidos, cadenas, argollas, cepos, hierros de marcar, collares, grilletes), aunque fallara la primera evidencia de su actividad delictiva, es decir, la presencia de africanos esclavizados a bordo.

Las *equipment laws* se concretaron en los denominados *equipment articles* y *equipment clauses*<sup>44</sup> que aparecieron como consecuencia directa de la abolición de la esclavitud, por el Tratado de Viena, mediante el que, además, Gran Bretaña se convirtió en la potencia naval que lideraba la

<sup>43</sup> VV. AA. (2015), p. 853.

<sup>44</sup> Kontorovich. (2017).

lucha armada contra la trata, por lo que suscribió acuerdos bilaterales con Portugal, Holanda, Francia y España.

En concreto, el acuerdo entre España y Gran Bretaña se firmó el 23 de septiembre de 1817, garantizaba el cese del comercio y transporte negrero a cambio de 400 000 libras y contenía los correspondientes *equipment articles/equipment clauses* que permitían sostener la acción penal contra los armadores y tripulantes de aquellos buques españoles en que se hallaran los instrumentos necesarios para aherrojar africanos contra su voluntad, cara a su venta en América. A pesar de este acuerdo internacional, la trata continuó *de facto*. Como se ha señalado:

«Cierto es que, durante el Trienio Liberal (1820-1823), se volvieron a impulsar algunas iniciativas al estilo de las promovidas bajo las Cortes de Cádiz, pero apenas tuvieron incidencia. [...] Y el conde de Toreno propuso en las Cortes la constitución de una Comisión especial que tratara la limitación del tráfico de esclavos. Esta comisión llegó a elaborar un proyecto de ley sobre el comercio negrero, con sus sanciones y todo. Incluso, se introdujo en el Código penal de 1822 “el tipo penal de la trata de esclavos”. Poco más [...]»<sup>45</sup>

El sistema previsto en los tratados internacionales derivados del tratado de Viena, establecían una estrecha colaboración entre las autoridades judiciales y navales de las partes, de tal manera que las unidades desplegadas en el mar formaban estructuras combinadas (Armada-Royal Navy), al tiempo que se constituían tribunales mixtos (hispano-británicos) con competencias para enjuiciar y castigar a los negreros declarados culpables. En concreto, se formaron dos *mixed commissions courts* hispano-británicas, en 1819, con sede en La Habana (con 51 casos sentenciados) y Freetown (con 241)<sup>46</sup>. Otros autores afirman que las primeras *equipment clauses* se incluyeron en el acuerdo derivado angloholandés, suscrito en 1823, y que pronto de se extendieron a otros acuerdos bilaterales como una norma común, un uso internacional de general aceptación, un apartado que se integraría, a modo de minuta o cláusula de estilo, de ahí en adelante, en todo acuerdo bilateral encaminado a la represión del tráfico de esclavos<sup>47</sup>.

Sea como fuera, los tratados recogían en estas cláusulas una lista estandarizada de categorías de equipos que, si se encontraban a bordo, podrían

<sup>45</sup> Martínez de Pisón. (2017), p. 112.

<sup>46</sup> Lloyd. (1949); Bethell. (1966); Ward. (1969).

<sup>47</sup> Kontorovich. (2017), p. 3.

suponer la condena del capitán o patrón y de la tripulación por tráfico de personas, aunque en sí mismos no estuvieran prohibidos. Por ejemplo, se autorizaba la incautación del buque si se encontraban a bordo escotillas con rejillas abiertas en bodegas (permitían respirar), en lugar de las escotillas cerradas propias de los buques mercantes; mamparos (a modo de celdas) en la bodega o en cubierta, en número superior al necesario para un buque dedicado al comercio lícito; tablas de repuesto preparadas para ser colocadas como segunda cubierta o cubierta auxiliar, para alojar a los esclavos en un espacio mínimo, literalmente, como sardinas de lata; grilletes, pernos o esposas, algo incongruente con la declaración oficial del cargo del buque, que, en teoría, se dedicaba al comercio de grano o de telas, por ejemplo; una cantidad de agua superior a la necesaria para el consumo de la tripulación; un número extraordinario de barriles u otros recipientes para contener líquidos; una caldera, u otro aparato de cocina, de tamaño inusual para la comida que podría consumir la tripulación; una cantidad extraordinaria de arroz, harina o cualquier otro artículo alimenticio de bajo precio que excediera de las necesidades probables de la tripulación; una cantidad de colchonetas o esteras superior a la normal, etc.

La misma lógica de las leyes represivas de la trata, hace mucho tiempo promulgadas y, también, olvidadas, ha vuelto a la arena diplomática, jurídica y judicial recientemente, ya que varias leyes de seguridad marítima emplean una lógica similar. Así, por ejemplo, el Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental (1988) (Protocolo SUA) tipifica como delito el transporte o posesión en alta mar de determinados equipos de doble uso que, si bien tienen usos legítimos, también podrían utilizarse para la comisión de delitos graves, como sería el caso de una persona que cometiera un delito cuando transporta a bordo de un buque cualquier equipo que pudiera utilizarse para diseñar o fabricar armas no convencionales. El tratado limita, no obstante, su alcance al exigir que el acusado tenga un dolo específico, una intención de uso del equipo como arma no convencional, lo cual es asunto de difícil prueba<sup>48</sup>.

El legislador español ha empleado también esta misma lógica con las *go-fast* o embarcaciones neumáticas y semirrígidas de alta velocidad, usadas generalmente para la rápida introducción en aguas y costas españolas de géneros de contrabando, fundamentalmente hachís, cocaína y cigarrillos, mediante el transbordo y alijo en playa; e incluso para el transporte de inmigrantes, generalmente africanos. Estas embarcaciones son muy peli-

---

<sup>48</sup> Kontorovich. (2017), p. 3.



grosas, porque navegan a alta velocidad, a menudo en la oscuridad, sin dispositivos de localización ni señalización, y en sus huidas de las autoridades gubernativas (Guardia Civil y Servicio de Vigilancia Aduanera) llevan a cabo peligrosas maniobras evasivas. Estas embarcaciones se consideran bienes prohibidos en España, prohibición que se refiere a su fabricación, tenencia, uso, etc., hasta el punto de considerarse tal posesión como delito de contrabando, de acuerdo con el Real Decreto Ley 16/2008 de 26 de octubre, por el que se adoptan determinadas medidas de lucha contra el tráfico ilícito de personas y mercancías en relación con las embarcaciones utilizadas.

### **7.2.2 Jurisprudencia seychelliana y española**

La idea de la parafernalia pirata fue rescatada del pasado a principios del siglo XX. Así, por ejemplo sirvió para que el juez Gaswaga (del Tribunal Supremo seychelliano) creara una corriente jurisprudencial que se inició con una sentencia condenatoria basada en tal suposición, publicada en 2012<sup>49</sup>, según la cual si se hallasen elementos en una embarcación pirata que, puestos en común, formasen una equipación necesariamente encaminada a sostener o cometer una acción pirata, su tripulación debía ser pirata, aunque no hubiera sido sorprendida ni detenida en el momento de cometer el delito. Esta idea también late, de forma matizada, en varias resoluciones judiciales españolas. Así, por ejemplo, la Audiencia Nacional en su Sentencia 1/2015, de 2 de febrero de 2015, establece el equipamiento como uno de los rasgos definidores de un grupo pirata puesto bajo su jurisdicción, y así declaraba que:

«[...] El grupo estaba dotado de equipamiento que le aportaba la capacidad necesaria para el logro de sus fines, tecnología (armas de alto poder destructivo y capacidad de alcance, gasolina, telecomunicaciones) y operativa (empleo de un esquiife, medios de escalo para el abordaje, uso de motores fuera borda) y gozaba de una organización interna (jerarquía y reparto de papeles) y profesional (uso de armas de fuego, ataque por la zona ciega del pesquero, elusión de la intervención de las armas que repelían la agresión, munición, armas y escalas arrojadas al mar, testimonio concertado en caso de ser detenidos, cohesión

---

<sup>49</sup> Seychelles Nation. (2012); Shnider. (2013).

interna, actuación por cuenta de tercero, aportación de identidades ficticias, conocimiento de procedimientos paramilitares)».

La Audiencia Nacional declaró, en la misma sentencia, como hechos probados que sostuvieron la condena, entre otras cosas, la posesión de determinados elementos u objetos, en sí mismos no ilegales, al modo de las antiguas leyes de represión de la trata de esclavos, como garrafas de combustible, bidones de agua, paquetes de comida, motores... La Sentencia 1/2015, de 2 de febrero de 2015 tiene el siguiente tenor:

«En la embarcación tipo esquife, además de la detención de los ahora acusados, fueron ocupadas 21 garrafas de 60 litros cada una de combustible; 13 bidones de agua de 20 litros cada uno; 148 baterías de 1,5 voltios; aceite para los motores; comida en forma de 223 paquetes de 500 kilocalorías cada uno; más de 30 metros de cuerda; siete mantas; dos motores fuera borda marca “Yamaha”; y herramientas diversas, entre las que se incluían dos cuchillos. No fueron ocupadas armas algunas, sin embargo, tal y como consta en el reportaje fotográfico llevado a cabo por el barco de guerra holandés “HNLMS Rotterdam”, en las fotografías numeradas como DSC. 002, y DSC.003 se observa cómo arrojan al mar las armas y una escala. Dicho reportaje se acompaña como Anexo 5 del Informe pericial de 8 de mayo de 2013, formando parte del CD-ROM de 11 de octubre de 2013 (debería decir 2012) denominado “Pictures Izurdiá”.

Al acusado Tomás, en el momento de su detención, entre otros efectos, le fueron intervenidos un teléfono móvil marca Samsung GT-C6112, con las siguientes tarjetas: UFED SIM Card 2G 3G SIM 2012 11 06 (001) con IMSI NUM006, que contenía mensajes comprendidos entre las fechas 16 de agosto de 2012 y 27 de septiembre de 2012; y UFED SIM Card 2G 3G SIM 2012 11 06 (002) con IMSI NUM007 que contenía mensajes de texto comprendidos entre las fechas 26 de julio de 2012 y 7 de agosto de 2012. Al acusado Argimiro, se le intervino un teléfono móvil marca Samsung GT-C5212i, con las siguientes tarjetas: UFED Samsung GSM GT-C5212Fizz 359892040879770 2012 1106 (001) con IMSI NUM008, que contenía mensajes de texto comprendidos entre las fechas 23 de julio de 2012 y 6 de octubre de 2012; UFED SIM Card 2G 3G SIM 2012 11 06 (001) con IMSI NUM008, que contenía mensajes de texto comprendidos entre las fechas 19 de agosto de 2012 y 26 de septiembre de 2012; y UFED SIM Card 2G 3G SIM 2012 11 06 (002) con IMEI NUM009, que contenía

mensajes de texto comprendidos entre las fechas 24 de julio de 2012 y 29 de septiembre de 2012».

En concreto, respecto a la labor de investigación de los móviles, se destaca lo siguiente:

«Del estudio de los datos obrantes en las tarjetas SIM incautadas a los ahora acusados al margen de recoger diversas transferencias de dinero, aparecen conversaciones conteniendo los preparativos de su salida al mar; y contrastada la información obtenida, con la que consta en las bases de Interpol y Europol ponen de manifiesto la existencia de conexiones con otras actuaciones similares de piratería en el océano Índico, en especial el contenido de la información almacenada en las tarjetas telefónicas SIM intervenidas por las fuerzas militares desplegadas en esa aérea y los datos que constan en las tarjetas SIM incautadas por la marina holandesa. Así la tarjeta SIM n.º NUM008 perteneciente al detenido Argimiro, se encontraba asimismo vinculada al secuestro del barco “Hansa Stavanger”, habiendo sido llamado el teléfono somalí NUM010 cuatro veces los días 2, 3, y 4 de julio de 2009, con el teléfono vía satélite del barco secuestrado (folio 508). La tarjeta SIM n.º NUM008 perteneciente al detenido Argimiro, se encontraba asimismo vinculada al secuestro del barco holandés “Dhow Feddah”, ya que almacenado en la tarjeta SIM intervenida n.º NUM011 se encontró el número de teléfono somalí n.º NUM012 (folio 508)».

En relación con el informe de inteligencia, la sentencia comentada señalaba lo siguiente:

«Ya la STS 870/2012, de 5 de diciembre, aludía a la naturaleza y validez de la llamada “prueba pericial de inteligencia” y decía que: “tal prueba pericial de inteligencia policial” cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, está reconocida en nuestro sistema penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto los artículos. 456 LECrim., como el 335 LEC, cuya finalidad no es otra que la de suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La prueba pericial es una variante de

las pruebas personales integrada por los testimonios de conocimiento emitidos con tal carácter por especialistas del ramo correspondiente de más o menos alta calificación científica, a valorar por el Tribunal de instancia conforme a los artículos 741 y 632 de la LECrim. y 117.3 de la Constitución (STS 970/1998, de 17 de julio). Dicho de otro modo: la prueba pericial es una prueba personal, pues el medio de prueba se integra por la opinión o dictamen de una persona y al mismo tiempo, una prueba indirecta en tanto proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos. Y su valoración por el Tribunal, es libre, de modo que puede analizarlos racional y libremente: los informes policiales de inteligencia, aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el Tribunal y por su naturaleza no podrán ser considerados como documentos a efectos casacionales».

La aproximación que hace la jurisprudencia española a los principios y presunciones lógicas derivados de los históricos conceptos británicos mencionados (*pirate paraphernalia*), pasa por no considerar que solo basta con constatar su entrada en juego en un caso concreto para su activación automática, sino que debe ser relacionada, como prueba indiciaria, con otra actividad probatoria. Para el Derecho Español, la mera posesión de determinados elementos o instrumentos de doble uso que, en principio, parecen preordenados a la comisión de un delito de piratería, por sí sola no determina la condena automática de sus poseedores, porque la mera posesión de bienes, instrumentos, etc., lícitos no puede ser ilícita ni derivar, sin más, en responsabilidad penal; ni se puede admitir una suerte de responsabilidad objetiva que permita una condena de piratería por poseer un subfusil, un GPS y una escala en una de las zonas más violentas del mundo. Así, en la práctica (de la que el autor ha sido testigo en su condición de asesor jurídico embarcado de la operación Atalanta), cuando se detectaba en el Índico una embarcación con parafernalia pirata a bordo, pero no constaba que hubiera cometido actos de piratería, ni tampoco la fuerza naval desplegada había sido testigo de la acción delictiva (actuación *in fraganti*), la práctica era confiscar o destruir la parafernalia, generalmente arrojándola al agua, dejando continuar la navegación a la embarcación. Esta práctica se ha denominado *catch and release*.

De acuerdo con la Sentencia 64/2013, de 30 de octubre de 2013, de la Audiencia Nacional, la prueba indiciaria debe reunir ciertos requisitos para tener una eficacia enervadora de la presunción de inocencia, como son los siguientes:

- Los hechos integrantes de los indicios han de estar suficientemente demostrados en la causa a través de una prueba legítima, practicada con todas las garantías procesales, y directa, descartando las simples hipótesis o probabilidades.
- El indicio no puede ser aislado sino plural, debiendo darse en concurso con otros. Es decir, la presencia de *pirate paraphernalia* no debe ser el único material probatorio disponible ni alegado ante un tribunal.
- Entre los hechos que sirven de base a la prueba indiciaria debe existir, pues, conexión o armonía relevante, a fin de que la convicción del juzgador se forme carente de toda duda razonable. Así, por ejemplo, que el equipamiento encontrado a bordo sea utilizable o necesario para un asalto pirata, en unión de la presencia de armas y, además, de una persona secuestrada en la embarcación intervenida.
- Tales datos o elementos indiciados han de guardar una relación directa y material con la acción delictiva y el sujeto.
- Debe explicitarse por el juzgador el razonamiento lógico o deductivo en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se llega a una conclusión de culpabilidad.

También el Tribunal Constitucional ha seguido esta senda, por ejemplo, en las Sentencias de 18 junio 1990, 15 septiembre 1994 y 14 octubre 1997, entre otras. Así, los indicios deben ser consistentes y plurales; se deben acreditar los hechos-base (al asalto, el ataque, la toma de control del buque pirateado, el secuestro de tripulación o pasaje), de manera que la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; y es necesario motivar o explicitar el razonamiento del correlato existente entre los indicios y la consecuencia de culpabilidad.

### 7.3 LA RETENCIÓN Y LA SENTENCIA 341/1993, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Siguiendo con el proceso de visita y registro. El TVR, EOS o SOMTU se encuentra a bordo de un buque en funciones legales de inspección. Vista la situación, puede optar por llevar a cabo determinadas acciones: la retención y la detención.

Se define la primera como una medida cautelar de carácter personal consistente en la privación provisionalísima de la libertad como forma de asegurar la realización de una diligencia concreta, mientras que la segunda sería la aprehensión de una persona que aparezca como responsable de un delito, en los casos determinados por la ley, a fin de que el juez o

tribunal competente resuelva sobre su constitución en prisión o decreto su libertad.

La primera consideración que hay que hacer es la admisión de ambos conceptos y su diferenciación, viene, en principio, determinada por el propio mandato de Atalanta, es decir, la Resolución 2008/851/PESC. Pues bien, entre las acciones que contempla su mandato, después de la entrada en vigor de la Decisión 2010/766/PESC del Consejo, de 7 de diciembre de 2010, se cuentan las de:

«[...] detener, retener y entregar, con vistas a un posible ejercicio de acciones judiciales, a los sospechosos cometer o tener intención de cometer o haber cometido actos de piratería y robos armados en la mar. Estas personas deberían ser entregados a autoridades competentes de un Estado miembro de la Operación o de un tercer Estado que acepte ejercer su jurisdicción».

El uso de los tres verbos «detener, retener y entregar» no es gratuito, antes bien, en opinión del autor, la UE ha tratado de coordinar en la medida de lo posible los distintos Derechos de sus miembros, que no poseen un sistema jurídico común ni unas normas totalmente alineadas en materia de privación de libertad justificada por la comisión (o sospecha de comisión) de un delito o por la constatación de elementos e indicios racionales de criminalidad.

Desde el punto de vista del Derecho español, el Tribunal Constitucional destacó en los años ochenta del siglo pasado que entre la libertad y la detención no existían figuras intermedias, de modo que toda privación de la libertad que no cumpliera los requisitos formales sería ilegal, e incluso delictiva. Toda la doctrina del Tribunal Constitucional se resumía en su Sentencia 98/1986 según la cual «la retención es una detención en sí misma». Sin embargo, hoy en día, tal afirmación no se corresponde con la realidad legal positiva por dos motivos. El primero, porque la interpretación del Tribunal Constitucional se centraba en el ámbito penal nacional, exclusivamente, sin tener en cuenta el carácter poliédrico del Derecho, sobre todo en aquellas áreas en las que concurren los ordenamientos internos e internacional. En segundo lugar, porque el propio Tribunal Constitucional cambió su doctrina con la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, en la que admitió legítimo que la ley estableciera limitaciones o privaciones de libertad a las que no se aplicasen todas las garantías previstas en la Constitución para la detención, por razón de los fines o circunstancias especiales que podrían justificarlas, sino solamente algunas de ellas. Y ello era debido

a la propia redacción del art. 17 de la Constitución. La doctrina del Tribunal Constitucional se levanta, con tal sentencia, sobre las siguientes bases:

- Sometimiento de la limitación de la libertad al principio de legalidad

El art. 17.1 de la Constitución establece que «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». Este precepto remite a la ley, en efecto, la determinación de los casos en los que se podría disponer, formalmente, una privación de libertad, sea total (detención judicial) o parcial (una retención no judicial), sin que ello suponga que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas.

La ley no podría configurar supuestos que no correspondieran a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que, por su grado de indeterminación, crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva; y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad. Vale aquí recordar los principios establecidos por el tribunal Constitucional en su Sentencia 178/1985 y, en especial, el de proporcionalidad exigible «entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan —aun previstas en la ley— privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación» (fundamento jurídico 3). Además, el art. 10.2 de la Constitución impone acudir a los tratados y acuerdos internacionales en la materia y, en particular, al «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», cuyo art. 5.1 establece que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», si bien esta afirmación también se matiza en su precepto 5.1.b), que permite la limitación o restricción de la libertad individual «para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley», sin que se establezca si la limitación/restricción consiste en detención judicial o una retención gubernativa.

- La consideración de la libertad individual como un derecho relativo y sometido a restricciones

La Sentencia 178/1985 (fundamento jurídico 3º), establece que «el art. 17.1 C.E. no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no desprovisto de restricciones».

– Duración

En principio, no debería ser mayor que el tiempo máximo que exige la detención, si bien el legislador ha matizado esta idea para los supuestos marítimos. En efecto, no hay que olvidar que el art. 530 ter. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece lo siguiente:

«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».

– Información

La referida Sentencia 178/1985 establece que «los agentes actuantes han de informar debidamente al requerido» del motivo de la retención.

– No aplicación de las garantías generales de la detención

La mencionada sentencia afirma que las garantías dispuestas en el art. 17.3 de la Constitución (exclusión de toda obligación de declarar y aseguramiento de la asistencia de abogado en las diligencias policiales «en los términos que la ley establezca») se refieren a la detención preventiva, pero que no son necesariamente obligatorias en otras restricciones de libertad, según su propia naturaleza.

El reconocimiento de la retención como institución jurídica con entidad propia podría ser un ejemplo de cómo el Derecho anglosajón ha influido en



el Derecho continental en general, y en el español en particular. De hecho, la diferencia entre detención y retención sería, en origen, anglosajona, y permitiría distinguir la *detention*, que consiste en *the act o condition of being officially forced to stay in a place*, y el *arrest*, que implica la imputación de un delito. La cuestión adquirió trascendencia en Estados Unidos (y pronto en todo el mundo) con el «Caso Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968)», en los años sesenta del siglo XX. En defensa de la Cuarta Enmienda se limitó la práctica *stop and frisk* («parar y registrar») de la policía norteamericana, según la cual se podía retener en la vía pública, registrar y cachear a cualquier persona que razonablemente hubiera podido participar en la comisión de un delito. Se sentó la doctrina de la legalidad de la práctica solo si se acreditaba la concurrencia, caso por caso, de una «razonable sospecha». Pues bien, la retención, como institución jurídica, en origen policial, recibió la sanción legal y, por tanto, carta de legitimidad, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2015 de Protección de Seguridad Ciudadana.

Esta norma habilita legalmente a los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para realizar intervenciones policiales con el fin de identificar personas (art. 16 y siguientes) cuando los agentes lleven a cabo funciones de indagación y prevención del delito. En tal caso, podrán requerir la identificación de aquellas personas respecto a las cuales existan indicios racionales de que hayan podido participar en la comisión de una infracción o cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que se identifiquen para prevenir la comisión de un delito. Tal acción puede llevarse a cabo en la vía pública o en dependencias policiales, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas. Por tanto, que la doctrina Terry ha impregnado también el Derecho español.

### **7.3.1 Ejemplos en el Derecho español**

La retención supone que, durante un periodo corto de tiempo, un ciudadano permanece sometido a una autoridad gubernativa que limita su libertad, «toda su libertad en bloque», porque la libertad no un concepto fragmentable o deconstruible en segmentos o parcelas concretas. Cualquier afectación a uno de sus aspectos es una limitación a la libertad como un todo.

La Ley Orgánica 4/2015 de Protección de Seguridad Ciudadana, permite, como se ha visto, realizar intervenciones policiales (art. 16 y ss.) con

requerimiento de identificación de aquellas personas respecto a las cuales existan indicios racionales de que hayan podido participar en la comisión de una infracción; pero no es el único ejemplo que se puede citar. Se recuerdan los casos siguientes:

– El cacheo policial

Amparado en el art. 1.1 f) y g) de la Ley Orgánica 2/86 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; en el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en los arts. 18, 19 y 20, de la mencionada Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, de 2015. Para el Tribunal Supremo, implica una inmovilización transitoria de la persona que lo sufre, y consiste en su registro para averiguar si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito, según su Sentencias de la Sala de lo Penal (Sala II), n.º 560/99, de 9 de abril; y la n.º 1052/10, de 9 de diciembre. Puede referirse tanto a la búsqueda de los efectos del delito como de aquellos elementos que pudieran ser potencialmente peligrosos, para la persona a la que se lleva a cabo o para terceros.

– Las intervenciones corporales policiales

Toma de huellas dactilares, extracción de sangre, obtención de saliva, corte de cabello, examen de la cavidad vaginal o anal, exploración corporal superficial, extracción de orina o examen radiológico, el listado no es exhaustivo. Están previstas y amparadas por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia n.º 35/96, de 11 de marzo; y la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana. Es una actuación particularmente intrusiva, por lo que se deben extremar los principios recogidos en los arts. 16.1 y 20.3 de la ley y por ello, a fin de permitir un control posterior de las causas y el modo en que se ha practicado, debe dejarse constancia de los motivos e identidad de los agentes que la adoptaron. A este respecto, tiene especial importancia procedimental la Instrucción 13/2018, de 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de seguridad, sobre la práctica de los registros corporales externos, la interpretación de determinadas infracciones y cuestiones procedimentales en relación con la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Según su disposición Segunda:

«1- De conformidad con lo previsto en el artículo 20 de la LOPSC, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado practicarán el registro

corporal externo y superficial de la persona únicamente cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que tienen encomendadas.

2- En estos registros corporales se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el de injerencia mínima (entendido como la aplicación durante el registro de la mínima intervención corporal posible) y se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato, comprensible y adaptado a sus necesidades de las razones de su realización.

3- Salvo ante una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes, en el caso específico de que el registro corporal exija dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros, que garantice la dignidad de la persona sometida a la intervención.

4- En estos supuestos, se dejará en todo caso constancia escrita de su motivación, de la identidad del agente que la adoptó y de las incidencias acaecidas, en las minutas o papeletas de servicio que entregarán a sus superiores a la finalización de los correspondientes servicios. En el supuesto de iniciarse actuaciones penales o un procedimiento administrativo sancionador derivados de la práctica de tal diligencia, esta información deberá hacerse constar en los mismos.

5- Asimismo, salvo en las circunstancias previamente referidas de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes, los registros corporales externos se llevarán a cabo por personal del mismo sexo que la persona registrada, siguiendo el criterio del máximo respeto a la identidad sexual de la misma, especialmente en el caso de personas transexuales, transgénero o intersexuales, y se realizarán preferiblemente provistos del material de protección adecuado, especialmente cuando pueda valorarse un riesgo de contagio de enfermedades infecto-contagiosas».

– Retenciones por causas sanitarias

Se destaca el internamiento psiquiátrico regulado por el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (avalado por la Sentencia 132/2010 del

Tribunal Constitucional, de 2 de diciembre de 2010), previa autorización judicial, «salvo que por razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida», quedando el enfermo retenido en el centro hospitalario bajo la autoridad de su director o responsable hasta un máximo de 72 horas, debiendo en el plazo de 24 solicitar la ratificación judicial de la medida. Es posible citar, también, la hospitalización forzosa prevista en el art. 2 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que puede ser acordada por las autoridades sanitarias «cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolla una actividad». También, por supuesto, los confinamientos sanitarios acordados por la normativa derivada del estado de alarma, decretado por la pandemia del Covid-19 mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (y sus posteriores modificaciones) con confinamiento domiciliario, toques de queda, prohibición de salir del municipio y de la comunidad autónoma, limitación del derecho de libre circulación, reunión, cierre de lugares de culto y ocio, velatorios, ceremonias fúnebres, etc. Esta legalidad de emergencia fue declarada en parte inconstitucional por la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021, del Tribunal Constitucional, en lo atinente a la prohibición de la libre circulación por territorio nacional y a la regulación de tal limitación hecha por autoridades sanitarias al amparo de un mero estado de alarma.

- Inmovilización de vehículo automóvil por resultado positivo en prueba de alcoholemia.

Acordada por aplicación del art. 25 Código de la Circulación.

- Aterrizaje obligatorio de aeronaves

De acuerdo con lo previsto en la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (arts. 146 y 147), toda aeronave seguirá en su vuelo los canales o zonas de navegación que le sean impuestas y respetará las zonas prohibidas o reservadas; y cualquier aeronave en vuelo dentro del espacio aéreo español queda obligada a aterrizar, inmediatamente, en el aeropuerto que se le indique por la autoridad aeronáutica que vigile la circulación aérea, así como a variar la ruta primitivamente elegida, a requerimiento de dicha autoridad.

– Internamientos de prisioneros de guerra y arrestos militares

El primer caso es el prisionero de guerra, sometido a retenciones e internamientos por el Derecho de los Conflictos Armados, sin que ello se deba a la comisión (o sospecha de comisión) de ningún delito. La normativa internacional concede un estatuto jurídico al personal capturado y, por tanto, privado de la libertad por el enemigo, en concreto, por el «Convenio (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Ginebra, 12 de agosto de 1949»<sup>50</sup>. También se puede mencionar el arresto previsto en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Se distinguen tres tipos: por falta leve, por falta grave y muy grave; y como medida cautelar, en sus arts. 15, 16 y 31.

– Policía marítima

En el plano internacional, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar reconoce al buque de guerra y a las aeronaves militares el derecho de visita y verificación de la nacionalidad de los buques (art. 110); el ejercicio del derecho de persecución (art. 111.5); el apresamiento de buques piratas (arts. 105 y 107), así como el ejercicio de las facultades de ejecución para la protección y preservación del medio marino sobre buques extranjeros (arts. 224). A tales materias habría que añadir las que se atribuyen al buque de guerra y a las aeronaves militares, por convenios internacionales especiales, como se ha visto: el art. 9.4 del Protocolo de Palermo; el art. 17.10 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; y el art. 8 bis.10.d del Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.

En el plano nacional, se destacan las acciones previstas en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, cuyo art. 48, regula el ejercicio del derecho de persecución y de visita desde el punto de vista español, con lo cual se cierra el círculo iniciado más arriba. Este precepto se completa con el art. 49 de la misma ley, según el cual:

«De conformidad con las disposiciones de este capítulo, el buque, embarcación o artefacto detenido podrá ser conducido al puerto español más próximo, a los efectos de realizar la pertinente instrucción para la averiguación de los hechos, imposición de la sanción y exigencia de las responsabilidades que, en su caso, correspondan».

<sup>50</sup> Ministerio de Defensa. (2016), pp. 125-126.

### 7.3.2 Momento de la retención

¿Cuándo se produce la retención en la visita y registro en el mar? Se pueden señalar los siguientes casos, sin ánimo de agotar las posibilidades:

- Cuando el equipo de abordaje toma el control y el mando del buque o embarcación, somete a su autoridad al capitán o patrón de la embarcación y le obligan a tomar determinadas disposiciones, en cuanto a la navegación, ruta, diversión, etc., del buque inspeccionado o controlado, incluso por la fuerza.
- Cuando la tripulación del buque intervenido es puesta bajo control del equipo de intervención y, desarmada, es concentrada en un punto concreto del buque.
- Cuando la embarcación sospechosa de piratería es inspeccionada, *manu militari*, por el equipo correspondiente, especialmente si se trata de un bote o esquife sin superestructura, para comprobar si carga secuestrados o parafernalia pirata.

Evidentemente, la retención exige el respeto a los derechos humanos básicos del retenido, con salvedad de lo que la medida afecte a su libertad, sin que pueda ser sometido a tratos indignos o vejatorios.

## 8 COMUNICACIÓN DEL COMANDANTE DEL BUQUE CON AUTORIDAD NACIONAL Y CONSTITUCIÓN EN DETENCIÓN

Una vez evaluada la situación, e informado por el equipo de intervención, sea cual sea su modalidad, el comandante del buque da la oportuna novedad tanto a la autoridad nacional como al Cuartel General de la operación Atalanta (radicado en Rota, Cádiz). A partir de ese momento será preferente la decisión nacional respecto a qué acciones vayan a adoptarse en adelante. En el caso de España, la decisión se tomará por el comandante del Mando de Operaciones, con conocimiento y aprobación del ministro de Defensa y del jefe del Estado Mayor de la Defensa. La autoridad nacional, a la vista de los criterios objetivos establecidos por la ley española para la persecución de la piratería, en relación con los tratados internacionales suscritos por España, decidirá ejercer la jurisdicción contra el personal retenido, lo cual implicará su traslado a bordo y su detención formal:

«La “detención formal” de un pirata por un buque de guerra español solo puede ser llevada a cabo en caso de flagrante comisión de delito de

piratería, o cuando se tiene la certeza de que se ha intentado cometer piratería de forma efectiva y hay pruebas de que así lo sustenten»<sup>51</sup>.

En tal caso, se procede a su embarque en el buque español designado al efecto (lo cual equivale a la entrada de un extranjero en territorio nacional, ya que el buque de guerra español tiene tal naturaleza), y su constitución en detenido, con las derivaciones jurídicas que implica el cambio, que se señalan a continuación:

- El posible delito cometido imputado, de momento, es el previsto exclusivamente en el art. 616 ter. y siguientes del Código Penal, sobre piratería.
- España ejercerá su jurisdicción sobre el detenido de acuerdo con el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), a instancia de particulares o del Ministerio Fiscal. Su art. 23.4, d) permite la persecución de la piratería y el 23.4.p) los robos a mano armada en el mar. Esta norma general se limita por la entrada en juego del art. 23.5 de la LOPJ, que veta la acción de la justicia si se ha iniciado procedimiento para su enjuiciamiento por las autoridades del Estado donde se hubieran cometido los hechos (apreciación totalmente irreal en Somalia) o en el Estado de nacionalidad del presunto delincuente (lo mismo), siempre que no se encuentre en territorio español (el buque de la Armada lo es) o se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición. En el caso en que el Ministerio Fiscal no sostenga la acción, se remitirán los detenidos a la autoridad judicial que se haya establecido por un tratado internacional o al Estado de bandera del buque pirateado.
- Los militares españoles actúan como agentes de la autoridad en virtud de un bloque de legalidad formado por cuatro elementos:
  - La normativa de la UE por la que se constituye Atalanta (Acción Común 2008/851/PES, derivada de la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1816/2008, y demás normativa de desarrollo), que concede a la fuerza naval competencias para capturar, retener y detener a los sospechosos de piratería en su TO.
  - El art. 24 del Código Penal, según el cual el comandante del buque es autoridad a efectos legales, y sus subordinados, agentes de la autoridad cuando ejecuten sus órdenes. Esta materia ha sido regulada por la Disposición Adicional primera, apartado

---

<sup>51</sup> VV. AA. (2016).

4, del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas. Si significa que el art. 490 de la LECrim permite la detención por «autoridad o agente», sin que deban necesaria y exclusivamente referirse ambos conceptos a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

- La detención se lleva a cabo con el respaldo del art. 490 de la LECrim, que permite la detención del delincuente *in fraganti*, a quien intentara cometer un delito en el momento de ir a cometerlo.
- El art. 530 ter de la LECrim, que establece 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».

- La detención se anotará con precisión en el diario de navegación y se documentará en la forma que establezcan los oportunos procedimientos operativos del buque.
- Conlleva la lectura de derechos, que de acuerdo con el art. 520 de la LECrim, son los siguientes, matizados por lo señalado en el apartado anterior por razón del escenario marítimo y su enorme extensión<sup>52</sup>:
  - 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 solo declarará ante el juez.

---

<sup>52</sup> Oehiling de los Reyes. (2007).



- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- Derecho a designar abogado, y a ser asistido por él sin demora injustificada. Si el detenido no lo designara, se procederá a la designación de oficio. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquel, salvo que dicha comunicación sea imposible.
- Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para recurrir la detención o privación de libertad.
- Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar, persona que desee y autoridades locales su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento.
- Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un miembro de la dotación o, en su caso, del que designen el juez o el fiscal, todo ello sin perjuicio de que la autoridad judicial decrete la incomunicación del detenido.
- Derecho a ser visitado por las autoridades de su país, si se supiese, y a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.
- Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando no comprenda o no hable el español, o se trate de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.
- Derecho a ser reconocido por el médico forense, cuyas funciones ejercerá el médico del Cuerpo Militar de Sanidad de la dotación. El reconocimiento médico será documentado.
- Se le informará del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial será de 72 horas, y que, una vez hecha tal actuación, por videoconferencia, permanecerá a bordo hasta su traslado a España o a donde designe el juez.
- Se le informará que, si entiende que su detención es ilegal, puede instar el ejercicio de su derecho al habeas corpus, en que expondrá claramente los motivos por los cuales considera ilegal su detención.
- Se cumplimentará la oportuna ficha de detención, con fotografías, mediadas antropométricas, huellas dactilares e incluso muestras biológicas a efectos de identificación mediante ADN. De ser posible, se consignará la edad del detenido, pero puede ser difícil de

determinar. En Somalia no hay registros civiles ni documentos fiables de identidad, los piratas detenidos no facilitan ese tipo de información a las autoridades policiales y judiciales y su mero aspecto físico (personas anoréxicas, a veces con síndrome de abstinencia del consumo de drogas) no ayuda a su fijación. Lo lógico es que sean jóvenes, dado que el ejercicio de la piratería implica esfuerzos físicos, como la precaria vida en el mar que llevan, sin equipo apropiado, alimentación suficiente, etc. En el caso de los piratas detenidos y condenados en España por el secuestro del atunero «Alakrana», fue necesario ejecutar el peritaje oportuno (que afirmó la mayoría de edad del pirata), consistente en la realización de radiografías de la mano izquierda, la pelvis y la boca y en el estudio de los correspondientes cartílagos de crecimiento. Ello se denomina «estudio de la edad ósea», y permite a un forense determinar la madurez esquelética de una persona, mediante la comparación de las citadas radiografías con un atlas de desarrollo óseo estándar. La determinación de la edad de los piratas capturados, asunto que tiene trascendencia jurídica en tanto que fija su imputabilidad, no ha sido un asunto espinoso solo para los tribunales españoles. En el caso del asalto y secuestro del mercante Maersk Alabama, el abogado del pirata somalí Abduwali Abdulkadir Muse alegó, ante la United States District Court for the Southern District of New York, que su representado era menor, pero finalmente su edad se fijó como mínimo en dieciocho años, si no más, por el mismo tipo de pruebas que las señaladas más arriba<sup>53</sup>. Sea como fuera, durante el tiempo que el autori fue asesor jurídico del Cuartel General de la EUNAVFORCE Atalanta en Northwood (2018), tuvo acceso a diversos informes en los que se ponía en conocimiento del mando la muy probable participación de menores en los asaltos piratas. En esta senda, la Armada India informó en su día que unos treinta piratas detenidos en la liberación del Vega eran menores<sup>54</sup>. Debbie Calitz, que fue secuestrada junto con su marido Bruno Pelizzari en 2010, en el mar, y retenida por la fuerza en Mogadiscio durante casi dos años, subrayaba la juventud de sus raptos, de los que decía que eran tan jóvenes que podían ser sus hijos<sup>55</sup>. Se ha señalado, no

---

<sup>53</sup> *The Associated Press*. (2009).

<sup>54</sup> SatSInt. (2011), p. 15.

<sup>55</sup> IOL. (2012).

obstante, que la horquilla de edad más común va desde los 17 hasta los 32 años, con excepciones, ya que ocasionalmente se han encontrado sujetos menores e incluso ancianos<sup>56</sup>.

- El detenido es ingresado en una celda dispuesta a bordo, digna e higiénica, o permanecerá en el botiquín si fuera necesario, bajo custodia. Su régimen de vida, horarios, alimentación, etc., se regulará por las normas que dicte el comandante del buque, con respeto a su libertad religiosa en materia de culto y alimentación, si fuera necesario. Los detenidos deben permanecer separados, por edad y sexo, si hubiera mujeres y menores entre los supuestos delincuentes.
- La puesta a disposición judicial se hará ante el juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional al que se asigne el caso por reparto. La puesta a disposición se lleva a cabo por videoconferencia, de acuerdo con los protocolos de colaboración suscritos por la Fiscalía General del Estado, el Estado Mayor de la Armada (EMAD) y el Estado Mayor de la Armada (EMA) al efecto.
- Los objetos, armas, cayucos y demás instrumentos del delito, pueden ser transportados a bordo o, una vez inventariados y oportunamente documentados, destruidos. La documentación que se produzca al respecto será enviada por conducto reglamentario al Mando de Operaciones (MOPs, dependiente del EMAD), para que la haga llegar a las autoridades judiciales y a la Fiscalía General del Estado para su conocimiento y efectos.
- Si se hubieran liberado rehenes, las personas secuestradas deben ser reconocidas por los servicios médicos del buque, que informarán especialmente si han sido víctimas de delitos sexuales, torturas o lesiones. El papel del personal facultativo femenino a bordo es, al respecto, de primera importancia, y el *gender approach*, casi imprescindible. Serán alojados y tratados con dignidad y respeto, evitándose la victimización secundaria en la medida de lo posible. Asimismo, se tomará testimonio de las circunstancias en que se produjo el secuestro y su desarrollo, y demás vicisitudes sufridas en el cautiverio, con respeto a sus derechos y estado. Su presencia a bordo será puesta en conocimiento de las autoridades españolas, a las que se pedirán instrucciones sobre su traslado y entrega a sus propias autoridades, si los rehenes no fueran españoles.

---

<sup>56</sup> Ibáñez Gómez. (2011), p. 218.

## 9 RENUNCIA AL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN Y ENTREGA A TERCEROS ESTADOS

Puede darse el caso de que las autoridades nacionales decidan no ejercer su jurisdicción sobre los detenidos, ni considerarles siquiera sospechosos de haber delinquido, con lo cual se ordenará al comandante del buque su puesta en libertad, en condiciones que su vida no se ponga en peligro en el mar. También puede ocurrir que, considerando los hechos como constitutivos de un posible delito de piratería, no se asuma el ejercicio de la jurisdicción, lo cual determinará la entrada en eficacia el procedimiento operativo diseñado al efecto por el Cuartel General de Atalanta. Este consiste en una primera decisión sobre la detención o liberación de los detenidos. Caso de no liberarles, se activarán los sistemas establecidos mediante tratados internacionales, que en última instancia adjudican la jurisdicción supletoria a la nacional seychelliana<sup>57</sup>. A partir de la aceptación por Seychelles el asunto se regula por sus leyes domésticas.

## CONCLUSIONES

El derecho de visita, registro, apresamiento y detención en el mar se regula en tratados internacionales generalistas, como la Convención de Montego Bay; o especiales, como el Tratado SUA o el Protocolo de Palermo sobre migración.

En el caso concreto de la EUNAVFOR Atalanta, su ejercicio está directamente relacionado con las competencias asignadas para la Resolución 2008/851/PESC, modificada por la Decisión 2010/766/PESC del Consejo, de 7 de diciembre de 2010, según las cuales la operación puede, expresamente, «[...] detener, retener y entregar, con vistas a un posible ejercicio de acciones judiciales, a los sospechosos cometer o tener intención de cometer o haber cometido actos de piratería y robos armados en la mar».

El derecho de visita, registro, apresamiento y detención en el mar se lleva a cabo por procedimientos operativos reglados, en los que los elementos de intervención (TVR, EOS, SOMTU, formados por militares españoles)

---

<sup>57</sup> 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. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/exch LET/2009/877/oj>

se someten a la legalidad internacional y nacional, en lo relativo a ROE, causas habilitantes, aproximación, control de documentación, formas de retención y detención, recopilación de material probatorio, y cumplimiento de las previsiones de la LOPJ, la LECrim y los protocolos de colaboración suscritos con la Fiscalía General del Estado.

Es posible actuar contra sospechosos de forma indiciaria, de acuerdo con el concepto de la parafernalia pirata.

Si las autoridades españolas aceptan ejercer la jurisdicción, los sospechosos serán juzgados en España y, si son condenados, cumplirán su condena en establecimientos penitenciarios españoles con sometimiento total a la legislación española.

La renuncia de las autoridades españolas al ejercicio de la jurisdicción sobre los sospechosos de comisión del delito de piratería abre un procedimiento subsidiario, propio de la EUNAVFOR Atalanta, que supone una segunda serie de decisiones, que puede consistir en la liberación de los detenidos o en la entrega a terceros países para su enjuiciamiento, de acuerdo con su *legal finish*, o, finalmente, a Seychelles como última autoridad nacional posible.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALÍA PLANA, M. (2021). El “*legal finish*” de la Operación Atalanta. Madrid, Ministerio de Defensa. [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2021/DIEEE008\\_2021\\_MIGALI\\_LegalFinish.pdf](http://www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs_opinion/2021/DIEEE008_2021_MIGALI_LegalFinish.pdf).
- ALLEN, C. H. (2019). The Peacetime Right of Approach and Visit and Effective Security Council Sanctions Enforcement at Sea. *International Law Studies*. Vol. 95. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2912&context=ils>
- Armada Española. (2010). Procedimientos de actuación de los trozos de visita y registro, documento D-SF-71 (A) (sin clasificar). En: García Perdomo, C. (2016). *Seguridad y Protección Marítima en Buques Mercantes* [trabajo fin de grado de grado]. Náutica y Transporte Marítimo, curso 2015-2016. La Laguna, Universidad de la Laguna, Escuela Politécnica.
- . (2016). Los Equipos Operativos de Seguridad (EOS) de Infantería de Marina realizan de forma constante operaciones en la vida real,

- que combinan con un intenso adiestramiento. *Noticias de la Armada*. [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.armada.defensa.gob.es](http://www.armada.defensa.gob.es).
- Aspectos médicos y legales de la atención a piratas. La experiencia española en la operación Atalanta. (2016). *Sanidad Militar*. Vol. 72, n.º 4. [Consulta: 2025]. Disponible en: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1887-85712016000400006](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1887-85712016000400006)
- AZCÁRAGA Y BUSTAMENTE, J. (1950). *El corso marítimo*. Madrid, CSIC.
- BARNES, R. Y ROSELLÓ, M. (2020). Fisheries and Maritime Security; Understanding and Enhancing the Connection. En: Evans, M y Galani, S. *Maritime Security and the Law of the Sea. Help or Hindrance*. Cheltenham, Edward Elgar.
- BARRADA FERREIRÓS, A. (2011). *El talón de Aquiles de Atalanta: el enjuiciamiento y encarcelamiento de los piratas*. Madrid, Ministerio de Defensa. [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_marco/2011/DIEEEM01-2011Atalanta.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2011/DIEEEM01-2011Atalanta.pdf)
- . (2012). *Sentencia de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo sobre el caso Alakrana*. Madrid, Ministerio de Defensa. [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs\\_marco/2012/DIEEEM09-2012\\_CasoAlakrana\\_AlfonsoBarrada.pdf](http://www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs_marco/2012/DIEEEM09-2012_CasoAlakrana_AlfonsoBarrada.pdf)
- BETHELL, L. (1966). The Mixed Commissions for the suppression of the transatlantic slave trade in the nineteenth century. *Journal of African History*. Vol. VII, n.º 1.
- BRIDGER, J. (2013). The Rise and Fall of Somalia's Pirate King. *Foreign Policy*, 4 de noviembre. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://foreignpolicy.com/2013/11/04/the-rise-and-fall-of-somalias-pirate-king/>.
- CAMPANELLI, O. (2012). The global governance of maritime piracy. *Journal of Global Policy Governance*. Vol. 1, n.º 73. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s40320-012-0006-z>.
- CHUENPAGDEE, R. (2018). Transdisciplinary Perspectives on Ocean Governance. *The Future of Ocean Governance and Capacity Development. Essays in Honor of Elisabeth Mann Borgese (1918-2002)*. Leiden, Boston, Brill Nijhoff.
- CORRALES ELIZONDO, A. (2004). La regulación legal del corso y la piratería marítimas. *La piratería y el corso en la Edad Moderna*. Madrid, Instituto de Historia y Cultura Naval.
- CRUZ BARNEY, O. (2013). El corso marítimo. México, UNAM.
- DÁVALOS, J. (2015). La gobernanza de los espacios marítimos del Ecuador. Quito, Universidad de las Fuerzas Armadas-ESPE.

- DUNCAN, J. (1999). The Commander's Role in Developing Rules of Engagement. *Naval War College Review* (Summer). [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://digital-commons.usnwc.edu/nwc-review/vol52/iss3/4/>
- El uso de la edad ósea en la práctica clínica. (2014). *Anales de Pediatría Continuada*. Vol. 12, n.º 6. [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.elsevier.es/es-revista-anales-pediatria-continuada-51-pdf-S1696281814702045](http://www.elsevier.es/es-revista-anales-pediatria-continuada-51-pdf-S1696281814702045).
- FERNÁNDEZ RODERA, J. A. (2009). Terrorism at Sea. The International Law Response. En: Fernández-Sánchez, P. A. *International Legal Dimension of Terrorism*. Leiden-Boston, Martin Nijhoff Publisher.
- GARCÍA PERDOMO, C. (2016). Seguridad y Protección Marítima en Buques Mercantes [trabajo fin de grado de grado]. Náutica y Transporte Marítimo, curso 2015-2016. La Laguna, Universidad de la Laguna, Escuela Politécnica Superior de Ingeniería, Sección de Náutica, Máquinas y Radioelectrónica Naval.
- GÓMEZ, H. (2015). *El mar equinoccial*. Guayaquil, Armada del Ecuador, Academia de Guerra Naval.
- GUILFOYE, D. (2010). Counter-Piracy Law Enforcement and Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*.
- . (2009). *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*. Cambridge, Cambridge University Press.
- . (2014). Piracy and Terrorism. En: Koutrakos, P. y P. *The Law and Practice of Piracy at Sea: European and International Perspectives*. Oxford-Portland, Hart Publishing.
- GUILFOYLE, D. y MCLAUGHLIN, R. (2019). The Crime of Piracy. *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context*. Cambridge, Cambridge University Press.
- HOEGE, H. (2002). Roe... also a Matter of Doctrine. *The Army Lawyer, Department of the Army Pamphlet* (june). [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.loc.gov/tr/frd/Military\\_Law/pdf/06-2002.pdf](http://www.loc.gov/tr/frd/Military_Law/pdf/06-2002.pdf)
- HONNIBALL, A. N. (2015). The 'Private Ends' of International Piracy: the Necessity of Legal Clarity in Relation to Violent Political Activists. *International Crimes Database, ICD Brief 13*. [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20151102T100953-Honniball%20ICD%20Brief.pdf](http://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20151102T100953-Honniball%20ICD%20Brief.pdf)

- IBÁÑEZ GÓMEZ, F. (2011). *La amenaza de la piratería marítima a la seguridad internacional: el caso de Somalia*. Madrid, Ministerio de Defensa.
- IOL. (2012). I was raped by Somali captors. *IOL*, 13 de julio. [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.iol.co.za/news/africa/i-was-raped-by-somali-captors-134061](http://www.iol.co.za/news/africa/i-was-raped-by-somali-captors-134061).
- KONTOROVICH, E. (2017). Equipment Articles for the Prosecution of Maritime Piracy. *One Earth Future Foundation Discussion Paper*. [Consulta: 2025]. Disponible en: [https://oneearthfuture.org/sites/default/files/documents/publications/equipment\\_articles\\_for\\_the\\_prosecution\\_of\\_maritime\\_piracy.pdf](https://oneearthfuture.org/sites/default/files/documents/publications/equipment_articles_for_the_prosecution_of_maritime_piracy.pdf).
- La coordinación de elementos militares, policiales y judiciales en las misiones de reconstrucción de los Estados. (2017). En: Martínez, R. E. *Dinámica del componente de justicia en las operaciones de paz*. Madrid, Ministerio de Defensa. [Consulta: 2025]. Disponible en: [https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/p/d/pdf\\_t117-17\\_monograf\\_a\\_151.pdf](https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/p/d/pdf_t117-17_monograf_a_151.pdf)
- LAUTERPACHT, H. (1989). *Annual Digest and Reports of Public International Law (1933-1934)*. Cambridge, Grotius Publications.
- League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law. (1926). Questionnaire No. 6: Piracy. *The American Journal of International Law*. Vol. 20, n.º 3, AJIL Special Supplement. [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.jstor.org/stable/2213211](http://www.jstor.org/stable/2213211).
- LLOYD, C. (1949). *The Navy and the Slave Trade: the suppression of the African Slave Trade in the Nineteenth century*. Londres, Longmans, Green and Co.
- LOUZAN, F. e IGLESIAS BANIOLA, S. (2015). *Manual de comunicaciones marítimas*. Coruña, Ediciones Cartamar.
- MARCOM. (2017). Anatomy of a Naval Ship Boarding. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://mc.nato.int/media-centre/news/2017/anatomy-of-a-naval-ship-boarding>
- MARÍN CASTÁN, F. (2011). El tratamiento jurídico de la piratería marítima en el Ordenamiento Jurídico Español. Madrid, Ministerio de Defensa. [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_marco/2011/DIEEEM02-2011TratamientoJuridicoPirateria.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2011/DIEEEM02-2011TratamientoJuridicoPirateria.pdf)
- . (2013). *La piratería como crimen internacional*. Madrid, Ministerio de Defensa.



- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2017). El debate abolicionista en el primer liberalismo español. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*. N.º 35. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/9434/pdf>
- Ministerio de Defensa. (2016). *Manual de Derecho del Mar*. Madrid, Ministerio de Defensa. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://publicaciones.defensa.gob.es/manual-de-derecho-del-mar-i.html>
- MORENO LAX, V. y PAPASTAVRIDIS, E. (2017). Boat Refugees and Migrants at Sea: a Comprehensive Approach: Integrating Maritime Security with Human Rights. En: Guilfoyle, D. *Transnational Crime and the Rule of Law at Sea*. Leiden/Boston, Brill/Nijhoff.
- NATO. (2003). NATO Rules of Engagement. *Documento MC 362/1*. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://nmiotc.nato.int/>
- . (2005). Allied Maritime Interdiction Operations. *Documento ATP-71*. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://nmiotc.nato.int/>
- OEHLING DE LOS REYES, A. (2007). Los derechos del detenido en caso de apresamiento de buque pirata en alta mar. *Revista General de Marina*. Marzo, 2009. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://armada.defensa.gob.es/archivo/rgm/2009/03/cap04.pdf>
- Operational Law Handbook 2002*. Charlottesville: *The Judge Advocate General's Legal Center & School, US Army* [en línea]. (2002). [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.jagcnet.army.mil](http://www.jagcnet.army.mil)
- OTTO, L. (2018). Defining Maritime Piracy: The Problem with the Law. ACTA Criminological. *Southern African Journal*. Vol. 31, n.º 2.
- PÉRON-DOISE, M. (2018). *Governing the Ocean: An EU Perspective*. In J. Schöttli, *Maritime Governance and South Asia*. Trade, Security and Sustainable Development in the Indian Ocean. New Jersey,: World Scientific.
- PIERINI, J. (2007). Rules of Engagement, Status of forces agreements and Criminal Law: different approaches as to the legal base of the use of force in military operations and conflicts of jurisdiction in respect of foreign friendly fire. *XVème Congrès International de Défense Sociale*. Toledo, September 2007. Le Droit Pénal entre la guerre et la paix: Justice et coopération pénale dans les interventions militaires internationales. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://defensesociale.org/eventos/xvi-congreso-internacional-de-la-sociedad-internacional-de-defensa-social/>
- PRADA PARDAL, J. (2023). *El futuro de la operación Atalanta como proveedor de seguridad marítima en el Océano Índico noroccidental*. Madrid, Ministerio de Defensa. [Consulta: 2025].

- Disponible en: [www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_marco/2023/DIEEEM03\\_2023\\_JUAPRA\\_Atalanta.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2023/DIEEEM03_2023_JUAPRA_Atalanta.pdf)
- RIVA GARCÍA, Z. (2018). La traducción del legal finish. Punto y Coma. *Boletín de los traductores españoles de las Instituciones de la Unión Europea (Bruselas y Luxemburgo)*. N.º 156 (enero-febrero). [Consulta: 2025]. Disponible en: [https://ec.europa.eu/translation/spanish/magazine/documents/pyc\\_156\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/translation/spanish/magazine/documents/pyc_156_es.pdf)
- ROMERO, J. (2005). *Cuerpos de élite, misión imposible*. Madrid, Círculo Digital.
- SatSInt. (2011). Indian Navy nets dozens of pirates. *Safety at Sea International*. Mayo.
- SCHILDKNECHT, J. et al. (2020). *Operational Law in International Straits and Current Maritim Security Challenges*. Cham, Springer.
- Seychelles Nation. (2012). Seychelles sets new global rule for pirates' cases- Judge suggests sealing of legal loopholes. 31 de julio. [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.nation.sc/archive/235335/seychelles-sets-new-global-rule-for-pirates-cases-?-judge-suggests-sealing-of-legal](http://www.nation.sc/archive/235335/seychelles-sets-new-global-rule-for-pirates-cases-?-judge-suggests-sealing-of-legal).
- SHNIDER, S. (2013). Universal Jurisdiction over Operation of a Pirate Ship: The Legality of the Evolving Piracy Definition in Regional Prosecutions. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. Vol. 38, n.º 2. [Consulta: 2025]. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/151516541.pdf>.
- STRUETT, M. J., CARLSON, J. D. y NANCE, M. (2014). *Maritime Piracy and The Construction of Global Governance*. Nueva York, Routledge.
- TANAKA, Y. (2016). *The International Law of the Sea*. Cambridge, Cambridge University Press.
- TEOCHARIDIS, G. (2015). *Maritime Governance/Ocean Governance*. Malmo, World Maritime University.
- The Associated Press. (20 de abril de 2009). Somali pirate suspect arrives in New York to be tried in U.S. court. [Consulta: 2025]. Disponible en: [www.cbc.ca/news/world/somalian-pirate-suspect-arrives-in-new-york-to-be-tried-in-u-s-court-1.777441](http://www.cbc.ca/news/world/somalian-pirate-suspect-arrives-in-new-york-to-be-tried-in-u-s-court-1.777441)
- The Oxford Handbook of the Law of the Sea. (2015). Oxford, Oxford University Press.
- United Nations. (2015). *United Nations Peacekeeping Missions Military Maritime Task Force Manual*. Nueva York, United Nations. [Consulta: 2025]. Disponible en: [https://resourcehub01.blob.core.windows.net/\\$web/Policy%20and%20Guidance/corepeacekeepin](https://resourcehub01.blob.core.windows.net/$web/Policy%20and%20Guidance/corepeacekeepin)

*Los derechos de visita y registro y la detención en la mar por unidades de la...*

gguidance/Thematic%20Operational%20Activities/Military/United%20Nations%20Peacekeeping%20Missions%20Maritime%20Manual.pdf

WARD, W. (1969). *The Royal Navy and the Slavers: the Suppression of the Atlantic Slave Trade*. Londres, George Allen and Unwin Ltd.



# RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PECIOS QUE SON BUQUES DE ESTADO

Mercedes Fernández Lorente  
*Teniente auditor del Cuerpo Jurídico Militar<sup>1</sup>*

## *Sumario*

I. Introducción. II. Principio de Inmunidad. 1 Aproximación al Concepto de Buque. 2 La Inmunidad en el Derecho Consuetudinario. 2.1 La Inmunidad de los buques de Estado. 2.2 La Inmunidad de los pecios que son buques de Estado. 2.3 Posiciones Intermedias. 3 Derecho Convencional. Especial Referencia al Convenio Unesco 2001. III. Práctica Española. 1 Primer periodo (antes de 1985). 1.1 Nuestra Señora de Atocha. 1.2 La Flota de la Plata de 1715. 1.3 Santa Rosaela, San Lorenzo del Escorial y Santa Clara. 1.4 Nao San Diego. 1.5 Buques de la Gran Armada: La Lavia, La Juliana y Santa María de Visón. 2 Periodo intermedio (1985-1998). 2.1 El Guadalupe y La Tolosa. 2.2 Otros pecios hundidos en aguas dominicanas. 2.3 Proyecto de convenio. 3 Tercer periodo (1998 en adelante). 3.1 Juno y la Galga. 3.2 San Salvador. 3.3 Nuestra Señora de las Mercedes. IV. Retos Actuales: El Galeón San José. 1 Hundimiento y Hallazgo. 2 Posibles Soluciones. V. Conclusiones.

## *Resumen:*

En el presente trabajo se analiza el régimen jurídico de los pecios que son buques de Estado. Se tendrán en cuenta los convenios internacionales

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha realizado en el contexto del Máster Universitario en Formación Jurídico Militar, impartido conjuntamente por la Escuela Militar de Estudios Jurídicos y por la Universidad de Alcalá, durante el curso académico 2023/2024, dentro de la asignatura Trabajo Fin de Máster. Ha estado dirigido por el Dr. Carlos Jiménez Piernas.

aplicables (Convenio de Naciones Unidas de Derecho del Mar de 1982 y Convenio UNESCO de 2001, entre otros), así como la costumbre internacional existente en la materia. El estudio se centrará, tras un análisis del principio de inmunidad, vinculado al concepto de buque, en supuestos prácticos que han tenido gran incidencia en el interés nacional de España. Ello se verificará con una aproximación a distintos periodos históricos. El trabajo culmina con el conocido caso del galeón San José, sugiriendo las posibles soluciones jurídicas al efecto.

*Palabras clave:*

Patrimonio cultural subacuático, Buque de Estado, Pecio, inmunidad, Estado de pabellón, Convenio, Costumbre.

*Abstract:*

This paper analyses the legal status of sunken State vessels. International law Conventions will be applied throughout this article (United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 and UNESCO Convention of 2001, among others). The paper will also utilise existing customary international law. The study will focus on the analysis of the principle of immunity which is linked to the concept of a ship. Similar cases that have had a great impact on the national interest to Spain have also been explored. This will be justified with similar examples in different time periods. The work culminates with the well-known case of the San José galleone, which will provide the possible legal solutions.

*Keywords:* Underwater cultural heritage, State ship, wreck, Immunity, Pavilion condition, Convention, Customary law.

## **INTRODUCCIÓN**

Los pecios de los buques de Estado tienen un valor incalculable para los pueblos, no solo desde el punto de vista económico, cuestión que en pleno siglo XXI debiera estar completamente superada, sino desde el paradigma histórico y cultural, por suponer la herencia y legado de los mismos. A esto ha de sumarse un aspecto de especial relevancia: son considerados cementerios marinos en los que yacen aquellos que murieron cumpliendo

con su deber y sus acompañantes. Su protección es de vital importancia para el Reino de España puesto que en su momento fue una potencia naval de primerísimo orden y, en consecuencia, existen restos de buques españoles por todos los mares del mundo.

En esta materia, la respuesta del Derecho Internacional convencional no siempre solventa con facilidad todos los problemas y controversias suscitados. Sea por la dicción de los preceptos convencionales, muchas veces en gran medida fruto de equilibrios y consensos entre los Estados interesados, dando lugar a problemas interpretativos, sea por falta de ratificación por alguna de las partes implicadas en el posible conflicto. No obstante, la costumbre internacional ha de ser tomada en consideración para solventar los problemas.

Se analizará el problema desde un prisma empírico inductivo, analizando la práctica seguida tanto por otras potencias como por la propia, estudiando los criterios aplicados y la evolución en la defensa del patrimonio cultural subacuático. Se tendrá en consideración como fuentes de conocimiento la jurisprudencia, los Convenios de Jamaica y de París y la posición de los Estados en la materia. Se comienza analizando el principio de inmunidad, pasando por la práctica española, y concluyendo con el supuesto del galeón San José, tratando de ofrecer una solución al efecto.

## **PRINCIPIO DE INMUNIDAD**

### **1 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BUQUE**

El buque de guerra se define en el art. 29 de la Convención de las Naciones Unidas de Derecho del Mar, de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982, también conocida como Convenio de Jamaica (en adelante CNUDM):

«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».

Dicha definición no difiere en absoluto de la enunciada con anterioridad por otros convenios como el de Ginebra de 1958, sobre alta mar, con la salvedad de sustituir el término «marina de guerra» por «fuerzas armadas», y de dicha forma incluir los buques pertenecientes al Ejército de Tierra y al Ejército del Aire. Tampoco dista en absoluto de la definición que hace la LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España<sup>2</sup>. Con la salvedad de que en esta ley se añade el concepto de «buques auxiliares», incluyendo dentro de este concepto tanto aquellos que hacen funciones complementarias al combate (buques de salvamento, hidrográficos, talleres, etc.) como aquellos que componen la Marina Auxiliar, es decir, los buques mercantes convertidos en buques de guerra, siempre que cumplan los requisitos enunciados en la definición<sup>3</sup>.

No obstante, se ha de poner de manifiesto que la primera definición de buque de guerra no aparece en el Derecho Internacional Bélico sino en una obra de índole doctrinal, el Manual de Leyes de la Guerra Marítima en las Relaciones entre Beligerantes, de 9 de agosto de 1913, conocido como el Manual de Oxford. Se refería en su artículo segundo a los mismos determinando que:

«[...] son buques de guerra a) los buques pertenecientes a un Estado que, bajo la dirección de un comandante militar y manejados/guardados por una tripulación militar, enarbolan legalmente el pabellón y la insignia de la marina de guerra. Y b), los buques transformados por el Estado en buques de guerra de conformidad con los artículos 3 a 6»<sup>4</sup>.

Años más tarde, en 1955, en la séptima sesión de la Comisión de Derecho Internacional que preparaba las convenciones de Ginebra de 1958, se definió el buque de guerra como «navío perteneciente a las fuerzas navales de un Estado, que está bajo el mando de un oficial debidamente comisionado por el Gobierno y cuyo nombre figura en la lista de oficiales de la flota

---

<sup>2</sup> LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España. *BOE* n.º 258, de 28 de octubre de 2015. *BOE-A-2015-11545*.

<sup>3</sup> Barrada Ferreirós, A. (2016). La inmunidad soberana de los buques de guerra y los buques de Estado. *Revista Jurídica Militar*. N.º 128, p. 32.

<sup>4</sup> *Manual of the Laws of Naval War*. (1913). Oxford, 9 de Agosto. [Consulta: 28 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/pt/ihl-treaties/oxford-manual-1913/article-2?activeTab=historical>



militar, y cuya tripulación está sometida a la disciplina naval regular»<sup>5</sup>. La octava sesión de la Comisión añadió que el buque de guerra debiera llevar signos distintivos externos de su nacionalidad<sup>6</sup>.

Ahora bien, la dogmática internacionalista y las normas internacionales han ido ampliando la noción, de tal suerte que el término prevalente, de naturaleza lata o extensiva, es el de «buques de Estado». A tal efecto, no está de más recordar que la Ley de Navegación Marítima 14/2014, de 24 de julio<sup>7</sup> en su art. 3.2 establece 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», concretando su apartado 3 que:

«[...] 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».

Según estos parámetros, serán buques de Estado españoles los siguientes:

- Los buques de la Armada<sup>8</sup>.
- Los buques del Servicio de Vigilancia Aduanera (dependiente de la Agencia Tributaria).
- Los buques y embarcaciones del Servicio Marítimo de la Guardia Civil.
- Los buques y embarcaciones de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima.
- Los buques sanitarios del Instituto Social de la Marina.
- Los buques oceanográficos del Instituto Español de Oceanografía.

---

<sup>5</sup> Report of the International Law Commission to the General Assembly. Report of the International Law Commission covering the work of its seventh session, 2 May-8 July 1955. Document A/2934, p. 23. [Consulta: 3 de abril de 2024]. Disponible en: [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1955\\_v2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1955_v2.pdf)

<sup>6</sup> Report of the International Law Commission to the General Assembly. Report of the International Law Commission covering the work of its eighth session, 23 April-4 July 1955. Document A/3159, p. 260. [Consulta: 3 de abril de 2024]. Disponible en: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/8\\_1\\_8\\_2\\_1956.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/8_1_8_2_1956.pdf)

<sup>7</sup> Ley 14/2014, de Navegación Marítima, de 24 de julio. *BOE* n.º 180, de 25 de julio de 2014. *BOE-A-2014-7877*.

<sup>8</sup> Se publica anualmente por la Armada en la Lista Oficial de Buques de la Armada (LOBA). [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://armada.defensa.gob.es/archivo/mardigitaldocinstituc/00docu-institucional-armada/04lista-oficial-buques-armada/documentos/loba2023.pdf>

- Los buques de investigación pesquera y oceanográfica de la Secretaría General de Pesca.

Sintetizando al máximo, puede afirmarse que, al margen del arquetipo tradicional de buque de Estado, que sería el buque de guerra, también existen otras categorías de buques no de guerra que, siempre que estén destinados a un fin público no comercial, gozan del mismo régimen jurídico. Quede todo lo dicho a modo de proemio sobre una cuestión que resulta esencial en este trabajo, esto es, la inmunidad soberana de todos ellos.

## 2 LA INMUNIDAD EN EL DERECHO CONSUECUDINARIO

### 2.1 LA INMUNIDAD DE LOS BUQUES DE ESTADO

La complejidad de la materia a examinar radica en la pluralidad de normas que entran en juego, y en ocasiones en colisión, por un lado, el Derecho consuetudinario y, por otro, el Derecho convencional.

Ahora bien, ha de ponerse de manifiesto que las normas que integran el ordenamiento son fruto muchas veces de los usos que de forma constante y uniforme fueran moneda de curso en el contexto internacional, incluso con aceptación por el Estado concernido o un conjunto significativo de Estados. Es decir, los usos o costumbres internacionales muy a menudo se transforman en normas de naturaleza escrita, recogida en instrumentos jurídicos tales como los Convenios Internacionales. También hay que precisar que, a menudo, lo establecido en un tratado puede llegar a integrar una costumbre aceptada internacionalmente. Pues bien, un claro ejemplo de la decantación escrita de un uso internacional es la cuestión de la inmunidad de los buques de Estado, un uso inveterado que ha obtenido reconocimiento en distintos convenios internacionales, *ad exemplum*, el CNUDM, con el precedente de los dos Convenios de Ginebra de 1958, sobre mar territorial y zona contigua y sobre alta mar, ambos de 29 de abril.

Ahora bien, lo expresado pudiera integrar una aproximación limitada o parcial. Así, el profesor Jiménez Piernas<sup>9</sup> afirma que existen tres supuestos de interacción entre costumbre y tratado: a) el de una costumbre preexistente que es declarada o enunciada en un tratado (efecto declarativo); b) el de una costumbre en formación que cristaliza en norma consuetudinaria

---

<sup>9</sup> Jiménez Piernas, C. (2011). *Introducción al Derecho Internacional Público: práctica de España y de la Unión Europea*. Madrid, pp. 107 y ss.

mediante la adopción de un tratado (efecto cristalizador); c) el de la formación de una costumbre a partir de la disposición de un tratado como consecuencia de una práctica posterior constante y uniforme de los estados con arreglo a dicha disposición (efecto constitutivo o generador). El referido autor ofrece tres ejemplos correlativos a los mismos. Respecto del primero, aun cuando la Convención de Jamaica entró en vigor el 16 de noviembre de 1994, gran parte de sus reglas son declarativas de normas consuetudinarias que entraron en vigor en 1982, (sentencia de 3 de junio de 1985 de la Corte Internacional de Justicia, en adelante CIJ, Caso de la Plataforma Continental Libia/Malta).

En relación con el segundo efecto, el caso de la sentencia de 20 de febrero de 1969 (Plataforma Continental del Mar del Norte), que consideró que determinados artículos del Convenio de Ginebra de 1958 sobre plataforma continental eran cristalización escrita de normas del derecho internacional general existentes o en proceso de formación. Y, en tercer lugar, en cuanto al último efecto, la afirmación de la CIJ de que determinadas disposiciones de derecho de la guerra se habían transformado en reglas consuetudinarias que obligaban a todos los Estados. Por lo tanto, a la luz de estas nociones expresadas por Jiménez Piernas, se debe entender que el principio de inmunidad soberana del Estado de pabellón responde al efecto declarativo, pues tal y como se estudia en las consideraciones que siguen, se trata de una costumbre plenamente aceptada desde tiempo inmemorial.

Uno de los principios básicos de Derecho Internacional es el de la inmunidad que gozan los Estados frente a los demás, que a su vez se desglosa en dos conceptos: la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución. La primera de ellas, *par in parem imperium non habet*, consagra la inmunidad del Estado frente a la jurisdicción de otros, en otras palabras, la imposibilidad de intervenir un tribunal de determinado Estado en litigios en los que sea demandado otro Estado. Ese principio, que inicialmente se planteaba en términos muy absolutos, paulatinamente fue matizándose, distinguiendo entre actos *iure imperii* (los realizados por un Estado extranjero soberano) y los actos *iure gestionis* (los de naturaleza comercial o privada), diferenciación que ofrece muchas dificultades en la práctica. En cuanto a la inmunidad de ejecución, se refiere a la imposibilidad de que los bienes de un Estado puedan ser sometidos a medidas de ejecución por los tribunales u órganos de otro<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Pastor Ridruejo, J. A. (2019). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid, pp. 561 y ss.

En cuanto al Derecho consuetudinario, es reconocido el principio de Inmunidad de los buques de Estado. Este principio tiene su origen en el principio de inmunidad de los Estados, por el cual, ningún Estado puede ser sometido a otro, al ser entidades independientes, iguales y soberanas, y, el buque de guerra, y más tarde el resto de los buques de Estado, sería el reflejo de dicha soberanía del Estado de su pabellón. No obstante, algunos autores justifican dicha inmunidad de los buques de guerra en que estos constituyen<sup>11</sup> un símbolo elemental para la defensa nacional, y, por ende, para la existencia del Estado. Es preciso subrayar, que la inmunidad de jurisdicción y ejecución en ningún caso equivale a impunidad, y en los mismos textos en la aquella se reconoce se determinan los supuestos en los que el buque incurriría en responsabilidad.

La primera vez que se proclamó este principio a los buques de guerra en el Derecho moderno fue en 1812, en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América *The Schooner Exchange v. McFaddon & Others*<sup>12</sup>. Este litigio se produjo cuando el buque de guerra francés *Balou*, tras haber arribado forzosamente a la costa de Pensilvania, en EE. UU., para hacer las consecuentes reparaciones y proveerse de víveres tras un fuerte temporal, fue demandado ante los tribunales estadounidenses por tratarse realmente de la goleta mercante *Exchange*, capturada en tiempos de Napoleón Bonaparte. El alto tribunal reconoció el principio de inmunidad soberana<sup>13</sup>. En este caso, el juez Marshal, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció:

«Esta perfecta igualdad y absoluta independencia de los soberanos, y este interés común que les induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos, ha dado lugar a una categoría de situaciones en las que se entiende que cada soberano renuncia al ejercicio de una parte de esa jurisdicción territorial plena y exclusiva de la que se ha dicho que es un atributo de todas las naciones»<sup>14</sup>. Como bien expresa Cervera Pery<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Azcárraga y Bustamante, J. L. (1983). *Derecho del Mar*. Vol. I, Madrid, p. 43.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 24 de febrero de 1812 en el caso *The Schooner Exchange v. McFaddon and others*.

<sup>13</sup> *Manual de Derecho del Mar*. (2016). Ministerio de Defensa. Vol. 1, p. 77.

<sup>14</sup> «This perfect equality and absolute independence of sovereigns, and this common interest impelling them to mutual intercourse, and an interchange of good offices with each other, have given rise to a class of cases in which every sovereign is understood to waive the exercise of a part of that complete exclusive territorial jurisdiction which has been stated to be the attribute of every nation».

<sup>15</sup> Cervera Pery, J. (1992). *El Derecho del Mar: Evolución, contenido, perspectivas*. Madrid, p. 172.

Coincidiendo con Azcárraga y Bustamante<sup>16</sup>, históricamente ha existido controversia sobre si un buque de Estado destinado a un fin comercial tuviera la misma consideración que la otorgada a los destinados a servicios oficiales no comerciales, en otras palabras, si gozarían de inmunidad de jurisdicción. La opinión mayoritaria en la doctrina, coincidente con la práctica internacional, se ha inclinado a la tesis de que el régimen de las inmunidades solo debe alcanzar a los buques de Estado que no desarrollan actividades comerciales, tesis que obtuvo espaldarazo definitivo en el Convenio de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar.

La decantación definitiva del principio de inmunidad en el derecho convencional se produjo con la CNUDM<sup>17</sup>.

Concretamente, en su art. 2 se proclaman las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales, con las excepciones previstas en los dos artículos precedentes: el incumplimiento por buques de guerra de las leyes y reglamentos del Estado ribereño (art. 30) y la responsabilidad del Estado de pabellón por daños causados por un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales (art. 31). El art. 95 establece la inmunidad de los buques de guerra en alta mar, mientras que el 96 la extiende a los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial.

Además, la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobada en 2004 y ratificada por España en 2011, dedica a los buques su art. 16:

«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.

3. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal

<sup>16</sup> Azcárraga y Bustamante, J. L., *op. cit.*, p. 48.

<sup>17</sup> Fernández Roderá, J. A. (1998). *La Mar y el Derecho Penal. La Ley*. N.º 4576, p. 3.

de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo al transporte de un cargamento a bordo de un buque de propiedad de ese Estado o explotado por él si, en el momento de producirse el hecho que haya dado lugar a la acción, el buque fuere utilizado para fines distintos de un servicio público no comercial.

4. Lo dispuesto en el párrafo 3 no se aplica ni a un cargamento transportado a bordo de los buques a que se refiere el párrafo 2, ni a un cargamento de propiedad de un Estado y utilizado o destinado a ser utilizado exclusivamente para un servicio público no comercial.

5. Los Estados podrán alegar la prescripción y todas las demás exoneraciones y limitaciones de responsabilidad a que puedan acogerse los buques y cargamentos de propiedad privada y sus propietarios.

6. Si en un proceso se suscita la cuestión del carácter público y no comercial de un buque de propiedad de un Estado o explotado por él, o de un cargamento de propiedad de un Estado, la presentación al tribunal de un certificado firmado por un representante diplomático a otra autoridad competente de ese Estado hará prueba del carácter del buque o el cargamento».

Por tanto, y de acuerdo con dicho precepto, gozan de inmunidad de jurisdicción y ejecución, tanto en alta mar como en mar territorial (y, por ende, en la zona económica exclusiva, en adelante ZEE): a) Los buques de guerra y los buques de las armadas b) Los buques propiedad del Estado o explotados por él, siempre y cuando que en el momento de la producción del hecho que da lugar a la acción se encontraran ejecutando un servicio público no comercial c) El cargamento de dichos buques.

En el ordenamiento jurídico interno, ni la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español<sup>18</sup>, que desarrolla el art. 46 de la Constitución Española<sup>19</sup> ni la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas<sup>20</sup> han realizado una regulación exhaustiva del patrimonio cultural subacuático, y, por tanto, no se hace mención alguna a la inmunidad de jurisdicción y ejecución. No obstante, esta protección sí se hace en el Código Penal, concretamente en los arts. 323 y 324, que tipifican el expolio. La inmunidad, sí se ha visto plasmada tanto

<sup>18</sup> Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español. *BOE* n.º 155, de 29 de junio de 1985. *BOE-A-1985-12534*.

<sup>19</sup> *Constitución Española* de 29 de diciembre de 1978. *BOE* n.º 311, de 29 de diciembre de 1978. *BOE-A-1978-31229*.

<sup>20</sup> Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. *BOE* n.º 264, de 4 de noviembre de 2003. *BOE-A-2003-20254*.

en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima como en la LO 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 o reuniones internacionales celebradas en España.

La Ley 14/2014, con carácter genérico, reconoce en su art. 50 la inmunidad de los buques de Estado extranjeros, con las excepciones del Derecho Internacional y dicha ley. En cuanto a las peculiaridades del régimen jurídico de los buques extranjeros, el deber de enarbolar, junto al suyo, el pabellón español (art. 22.2), especialidades en cuanto a la navegación por aguas interiores marítimas y entrada en puerto (art. 51) y medidas y responsabilidad respecto a violaciones de la ley (art. 54). La referida ley se refiere especialmente a los pecios en su art. 382.

La LO 16/2015, por su parte, reconoce la inmunidad en sus arts. 30 a 32. Concretamente, el art. 30 se refiere a los buques de guerra y buques de Estado, determinando que dicha inmunidad de jurisdicción y ejecución existe, aunque estos se encuentren en aguas interiores o en mar territorial español. El art. 32 la extiende a las aeronaves de Estado y el 32 prevé el consentimiento del Estado extranjero al ejercicio de la jurisdicción a la adopción de medidas de ejecución.

Este principio sirvió al Tribunal Internacional de Derecho del Mar, sito en Hamburgo, para fundamentar y justificar por unanimidad el fallo de la sentencia en el caso ARA Libertad<sup>21</sup>, el 15 de diciembre de 2012. La república de Ghana había inmovilizado la fragata argentina ARA Libertad, no autorizando el abastecimiento de combustible y adoptando diversas medidas judiciales en contra.<sup>22</sup> El fallo del tribunal dictó como medida cautelar, la liberación de la fragata sin condiciones. Esto supuso un antes y un después debido no solo a la unanimidad de los jueces al respecto, incluido el *ad hoc* de la República de Ghana, si no por el reconocimiento absoluto de la inmunidad soberana del buque.

---

<sup>21</sup> Buque escuela de la Armada argentina, detenido el 2 de octubre de 2012 por un juez de Ghana, cuando llevaba a bordo a los cadetes de la Escuela Naval durante el último año de instrucción. Kenny, A. (2013). El caso A.R.A. Libertad. *Revista de Visión Conjunta*. N.º 8, pp. 3-4.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar del 15 de diciembre de 2012 en el caso de la Fragata ARA Libertad (Argentina v. Ghana). [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Traducción del fallo de la sentencia disponible en: [https://www.iri.edu.ar/revistas/revista\\_dvd/revistas/cd%20revista%2045/jurisprudencia/Tribunal%20Internacional%20del%20Derecho%20Del%20Mar.pdf](https://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/cd%20revista%2045/jurisprudencia/Tribunal%20Internacional%20del%20Derecho%20Del%20Mar.pdf)

## 2.2 LA INMUNIDAD DE LOS PECIOS QUE SON BUQUES DE ESTADO

La inmunidad de los pecios es un tema complejo que se ha debatido durante años y no ha dado lugar a una convención internacional donde se reconozca con claridad. El problema radica en el debate acerca de si un buque hundido ha de considerarse abandonado por el Estado de pabellón, en cuyo caso no cabría alegar inmunidad alguna, o si por el contrario continúa siendo parte del Estado de pabellón, al no haberse producido ni una declaración expresa en contrario ni la transmisión a un tercero.

Pese a las presiones de algunas naciones, como la Unión Soviética, no se logró alcanzar ningún acuerdo en la Convención de Jamaica ni en la Convención de Nairobi, de 2007, sobre la remoción de restos de naufragios. No se dice nada al respecto. No obstante, sí se ha regulado expresamente en el ordenamiento interno, cuestión que es fácil de explicar echando la vista atrás, ya que la Armada Española ha sido una de las más significativas del mundo durante siglos, lo que acarrea un total de 1580 naufragios a sus espaldas<sup>23</sup>. Concretamente, se regula en el art. 382 de la LO 14/2014 de Navegación Marítima:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 358.4 y 359, cualquiera que sea el momento en que se produjo su pérdida y el lugar en que se encuentren, los buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos, sus restos y los de sus equipos y carga, son bienes de dominio público estatal, inalienables, imprescriptibles e inembargables y gozan de inmunidad de jurisdicción.

2. Las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos requerirán autorización de la Armada, que ostenta competencias plenas para su protección, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación sobre patrimonio histórico y cultural, en su caso.

3. Los restos de buques de guerra extranjeros hundidos o naufragados en espacios marítimos españoles gozan de inmunidad de jurisdicción conforme a lo previsto en el artículo 50. No obstante, las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de los mismos deberán ser acordadas entre los órganos competentes del Estado de su

---

<sup>23</sup> La Armada documenta en sus archivos 1580 naufragios. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://armada.defensa.gob.es/ArmadaPortal/page/Portal/ArmadaEspañola/cienciaorgano/prefLang-es/01cienciamuseo--02museo--06prensa-museo-naval--01noticias--2013--01--NT-014-Informe-naufragios-es?\\_selectedNodeID=1116007&\\_pageAction=selectItem&\\_pageNum=46&paramNo=000000](https://armada.defensa.gob.es/ArmadaPortal/page/Portal/ArmadaEspañola/cienciaorgano/prefLang-es/01cienciamuseo--02museo--06prensa-museo-naval--01noticias--2013--01--NT-014-Informe-naufragios-es?_selectedNodeID=1116007&_pageAction=selectItem&_pageNum=46&paramNo=000000)



pabellón y el Ministerio de Defensa. En su caso, tales operaciones quedarán sujetas a lo establecido en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2 de noviembre de 2001».

Las grandes potencias marítimas han mostrado su especial interés en hacer valer el principio de inmunidad en lo que a los pecios se refiere, debido a los cientos de buques de su pabellón hundidos en el que hoy en día es el mar territorial de otros Estados. Así, muchas de ellas lograron defender y probar dicha inmunidad de jurisdicción y ejecución: en 1937, Estados Unidos a favor del USS Panay<sup>24</sup>, hundido en el río Yang Tse a causa de un bombardeo japonés. En 1938 Japón pagó a Estados Unidos como resarcimiento de daños una indemnización de aproximadamente 2 000 000 \$, lo que el Gobierno japonés interpretó como una llave para poder rescatar el pecio, entendiendo que de aquella forma había adquirido su propiedad, y solicitando permiso al Estado de pabellón para ello. La respuesta de los Estados Unidos fue tajante: no había ninguna autoridad legal para ello, *it finds no authority in law for acceding in any case to such request*<sup>25</sup>; en 1970 el Reino Unido a favor del portaviones Ark Royal<sup>26</sup> hundido en las aguas territoriales españolas; en 1975 la URSS a favor del submarino nuclear K129.<sup>27</sup> perdido

---

<sup>24</sup> Cañonero fluvial estadounidense hundido el 12 de diciembre de 1937 a causa de un bombardeo japonés en un río de la República de China. El caso enturbió las relaciones entre Estados Unidos y Japón, puesto que estos países no estaban todavía en guerra. Además, se considera un preludio de lo que acontecería tan sólo cuatro años más tarde en Pearl Harbour, por su carácter sorpresivo y las bajas humanas causadas. *The Panay incident*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.history.navy.mil/browse-by-topic/wars-conflicts-and-operations/world-war-ii/1941/prelude/panay-incident.html>

<sup>25</sup> Telegrama del secretario de Estado en funciones al embajador de los Estados Unidos en Japón, reproducido en: Whiteman, M. (1986). *Digest of International Law*. Vol. 9, Washington, pp. 221-222.

<sup>26</sup> El Ark Royal HMS fue un portaviones con un peculiar diseño, que algunos determinaron como la causa de su hundimiento, encuadrado en la Fuerza H de la Royal Navy. En febrero de 1941 despegaron desde él distintos aviones destinados a participar en la defensa de Malta. Tras ser avistado en un reconocimiento aéreo italiano en las costas de Gibraltar, fue torpedeado por el submarino alemán U 81. *El hundimiento del Ark Royal*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.u-historia.com/uhistoria/historia/articulos/arkroyal/arkroyal.htm>

<sup>27</sup> Submarino soviético de la flota del pacífico hundido en 1968 por causas todavía desconocidas. Años más tarde, en plena guerra fría, dio lugar a grandes tensiones entre la Unión Soviética y Los Estados Unidos debido al interés de estos últimos en su rescate e investigación, en lo que se denominó como Proyecto Azorian. De hecho, debido al carácter secreto de esta operación, fue diseñada e implementada por la CIA y no por la Armada Americana. La increíble historia del barco construido por EE. UU. para reflotar un submarino ruso hundido a 5000 m de profundidad. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en; <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46263203>

en alta mar frente a Hawai; en 1981 Reino Unido a favor del crucero Edinburgh<sup>28</sup> hundido en aguas soviéticas; España en 2012 a favor de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes, que se estudiará más tarde. Todo ello sin perjuicio de las fragatas Juno y La Galga, respecto a las cuales España sostuvo la propiedad de los buques y no la inmunidad. No obstante, en 1980 la URSS fracasó en el intento de probar la inmunidad respecto al acorazado Admiral Nakhimov<sup>29</sup> hundido en 1905 en las aguas territoriales de Japón puesto que este pecio gozaba de una peculiaridad: había sido capturado en combate antes del hundimiento<sup>30</sup>.

EE. UU., por su parte, ha adoptado distintas declaraciones en las que defiende esta posición. Ya en 1965 su Departamento de Estado en respuesta a la consulta efectuada por su Embajada en Trinidad, determinó la titularidad del Estado de pabellón no solo en el momento del hundimiento, si no con posterioridad al mismo, únicamente exceptuando dos supuestos: el abandono explícito y la transferencia a un tercero<sup>31</sup>.

Cabe destacar que Estados Unidos es uno de los pocos países del mundo que cuenta con una normativa sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados, la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1972 (en adelante, FSIA)<sup>32</sup>. En 1987 redactó el *Abandoned Shipwreck Act*<sup>33</sup>, en la que hace referencia a este principio de derecho consuetudinario del abandono de los buques, no plasmado hasta el momento en ningún Convenio Internacional. Según este razonamiento, tan solo se consideraría abandonado un buque de guerra cuando al rendirse o capitular, arría la bandera de su

---

<sup>28</sup> El crucero británico HMS fue hundido en 1942 en plena Segunda Guerra Mundial por el torpedero alemán U456 en aguas soviéticas, cerca de la base de Murmansk. En 1957 fue declarado tumba de guerra, ya que hubo 57 bajas. Además, es considerado uno de los pecios más preciados de la historia, estimado en un valor de más de 100 000 000 €. *El hundimiento del HMS Courageous*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.u-historia.com/uhistoria/historia/articulos/courageous/courageous.htm>

<sup>29</sup> Crucero blindado ruso, hundido en 1905 en la batalla de *Tsushima*, en la guerra ruso-japonesa. Koenig, W. (1977). *Grandes Batallas Navales*. Barcelona, pp. 121 y ss.

<sup>30</sup> Ruiz Manteca, R. (2012). *El Régimen jurídico del Patrimonio Cultural Subacuático: aspectos de derecho interno y de derecho internacional, público y privado*. Ministerio de Defensa, p. 423.

<sup>31</sup> Secretary of State Rusk to the U.S. Embassy, Port-of-Spain, airgram N.º A-27. 29 de abril de 1965, MS. Department of State, file DEF 19.3 U.S., reproducido en Whiteman, M., *op. cit.*, p. 221 y ss.

<sup>32</sup> *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1972.

<sup>33</sup> *Abandoned Shipwreck Act* de 1987. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en <https://www.nps.gov/articles/abandoned-shipwreck-act-guidelines.htm>

pabellón e iza la de la potencia enemiga<sup>34</sup>. El ex presidente de los Estados Unidos Bill Clinton, cuando aún estaba cumpliendo su mandato el 19 de enero 2001, publicó una nota en este sentido<sup>35</sup>, que concluye con una auténtica declaración de intenciones:

«Los Estados Unidos harán uso de su autoridad para proteger y preservar cualquier embarcación del Estado hundida, ya pertenezca a los Estados Unidos, o a cualquier otra nación, ya esté localizada en

---

<sup>34</sup> Razón por la cual no se reconoció la inmunidad del acorazado Admiral Nakhimov, mencionado en el párrafo anterior.

<sup>35</sup> *Weekly Compilation of Presidential Documents*. (2021). Department of State, Office of Ocean Affairs. Vol. 37, n.º 3, pp. 195-196. [Consulta: 29 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/WCPD-2001-09-17/pdf/WCPD-2001-09-17.pdf>

«Thousands of United States Government vessels, aircraft, and spacecraft (“State craft”), as well as similar State craft of foreign nations, lie within, and in waters beyond, the territorial sea and contiguous zone. Because of recent advances in science and technology, many of these sunken Government vessels, aircraft, and spacecraft have become accessible to salvors, treasure hunters, and others. The unauthorized disturbance or recovery of these sunken State craft and any remains of their crews and passengers is a growing concern both within the United States and internationally. In addition to deserving treatment as gravesites, these sunken State craft may contain objects of a sensitive national security, archeological, or historical nature. They often also contain unexploded ordnance that could pose a danger to human health and the marine environment if disturbed, or other substances, including fuel oil and other hazardous liquids, that likewise pose a serious threat to human health and the marine environment if released.

I believe that United States policy should be clearly stated to meet this growing concern.

Pursuant to the property clause of Article IV of the Constitution, the United States retains title indefinitely to its sunken State craft unless title has been abandoned or transferred in the manner Congress authorized or directed. The United States recognizes the rule of international law that title to foreign sunken State craft may be transferred or abandoned only in accordance with the law of the foreign flag State.

Further, the United States recognizes that title to a United States or foreign sunken State craft, wherever located, is not extinguished by passage of time, regardless of when such sunken State craft was lost at sea. International law encourages nations to preserve objects of maritime heritage wherever located for the benefit of the public. Those who would engage in unauthorized activities directed at sunken State craft are advised that disturbance or recovery of such craft should not occur without the express permission of the sovereign and should only be conducted in accordance with professional scientific standards and with the utmost respect for any human remains.

The United States will use its authority to protect and preserve sunken State craft of the United States and other nations, whether located in the waters of the United States, a foreign nation, or in international waters».

las aguas de Estados Unidos, una nación extranjera, o aguas internacionales».

En 2004 también se adoptó el Sulken Military Craft Act, que confirmaba la postura seguida anteriormente y prohibía radicalmente el *Salvage Law* y el *Law of Finds*<sup>3637</sup>.

La reacción del resto de las antiguas grandes potencias marítimas a la postura defendida por Clinton no se hizo esperar. Y así se hizo público mediante otra nota pública en 2004<sup>38</sup> en la que se publicaban las respuestas que había obtenido: España el 19 de diciembre de 2002 a través de nota diplomática de la embajada en Washington<sup>39</sup>, Reino Unido el 4 de julio de 2003, Japón el 13 de septiembre de 2003, la Federación Rusa el 3 de octubre de 2003 y Alemania el 30 de octubre de 2003. Estos países se basaron en tres máximas que, sin duda alguna, fundamentan el principio de inmunidad: a) se requiere la autorización del Estado soberano para realizar cualquier actividad relacionada con el pecio b) ha de guiarse por estándares

---

<sup>36</sup> Ambas figuras conforman lo que en derecho anglosajón se denomina como derecho del almirantazgo (*admiralty law*). *Salvage Law* sería el principio de derecho marítimo, por el cual aquel que participa en el salvamento de un barco o su cargamento, tendría derecho a una recompensa proporcional al bien en cuestión. En cambio, el *Law of finds*, institución propia del Derecho Común, tiene por objeto recompensar a aquel que encuentra el patrimonio abandonado. Wilder, M. A. (2000). Application of Salvage Law and the Law of Finds. *Defense Counsel Journal*. N.º 67, pp. 92-105.

<sup>37</sup> Dromgoole, S. (2013). *Underwater Cultural Heritage and International Law*. Cambridge University Press, p. 167 ss.

<sup>38</sup> Department of State, Office of Ocean Affairs; Protection of Sunken Warships, Military Aircraft and Other Sunken Government Property. Public Notice 4614. *Weekly Compilation of Presidential Documents*. Vol. 69, pp. 5647-5648. [Consulta: 29 de mayo de 2024]. Disponible en <https://www.federalregister.gov/documents/2004/02/05/04-2488/office-of-ocean-affairs-protection-of-sunken-warships-military-aircraft-and-other-sunken-government>

<sup>39</sup>

«The Embassy of Spain presents its compliments to the Department of State and has the honor to address the matter of Spanish laws and policy regarding the remains of sunken vessels that were lost while in the service of the Kingdom of Spain and/or were transporting property of the Kingdom of Spain. In accordance with Spanish and international law, Spain has not abandoned or otherwise relinquished its ownership or other interests with respect to such vessels and/or its contents, except by specific action pertaining to particular vessels or property taken by Royal Decree or Act of Parliament in accordance with Spanish law. Many such vessels also are the resting place of military and/or civilian casualties. The Embassy of Spain accordingly wishes to give notice that salvage or other disturbance of sunken vessels or their contents in which Spain has such interests is not authorized and may not be conducted without express consent by an authorized representative of the Kingdom of Spain».

científicos y profesionales c) ha de garantizarse el máximo respeto a los restos mortales<sup>40</sup>.

En dichas declaraciones, los Estados no se limitan a mostrar su gran preocupación por el valor histórico y cultural que albergan los pecios si no que ponen de manifiesto que muchos de ellos pueden resultar un gran peligro para la vida humana y marina, especialmente debido al material de guerra sin explotar u otras sustancias, incluyendo combustible y otros líquidos dañinos. Cobran especial relevancia, en este sentido, los pecios nucleares americanos y rusos tras la Segunda Guerra Mundial.

Por añadidura, los pecios pueden albergar documentos que pueden poner en entredicho la seguridad y defensa nacional, muchos de ellos clasificados y de enorme importancia en el ámbito operativo militar (misión del buque, organigrama militar, investigación científica de armamento, actividades de espionaje, órdenes del comandante, etc.). Estas informaciones, incluso aquellas que, por el tiempo transcurrido, no pongan en peligro directamente la defensa y seguridad del Estado, podrían dar lugar a auténticos conflictos diplomáticos.

Conviene, también, traer a colación la inquietud por garantizar al máximo el respeto a los cuerpos de los marinos y demás personas a bordo del buque, que fallecieron en acto de servicio en el cumplimiento del deber. Esta consideración de último descanso, de reposo y memoria se apoya en los siguientes fundamentos: a) el fallecimiento se produjo en cumplimiento del deber y, en la mayoría de las ocasiones, con heroísmo b) la imposibilidad de recuperación de los cadáveres con posterioridad al hundimiento c) las gentes de mar tienen la firme creencia de que la mejor tumba de un marino muerto en acto de servicio es su barco<sup>41</sup>. De hecho, tras las dos guerras mundiales, algunas naciones han prohibido o regulado el buceo en sus pecios buques de guerra, y, han establecido memoriales, cuando las circunstancias geográficas no lo han impedido<sup>42</sup>.

El Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sobre heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, no se refiere a estos cementerios marinos expresamente. No obstante, el Protocolo Adicional I de 1977 sí lo contempla en su art. 34, no en lo referente a los restos de

---

<sup>40</sup> Ruiz Manteca, R., *op. cit.*, p. 420.

<sup>41</sup> Conferencia de la entonces fiscal general del Estado, Consuelo Madrigal. Madrigal, C. (2016). Protección jurídica del Patrimonio Cultural Subacuático. *Cuadernos de Pensamiento Naval*. N.º 21, pp. 65 y ss.

<sup>42</sup> Ejemplo de ello serían el USS Arizona Memorial, en Pearl Harbour o las boyas con banderas británicas que señalan los pecios Prince of Wales y Repulse, hundidos tres días después del ataque anterior por la aviación japonesa, cerca de Singapur.

marinos, pero sí respecto a los que se encuentran en tierra firme, con lo cual se podría entender que con carácter supletorio aquellos podrían estar sometidos a esta misma regulación. En el apartado primero se establece el pleno respeto de los restos y las sepulturas, así como la conservación y marcación de las mismas. El apartado segundo prevé acuerdos «entre las Altas Partes contratantes en cuyos territorios se encuentren las tumbas y, en su caso, otros lugares donde se hallen los restos de las personas fallecidas como consecuencia de las hostilidades, durante la ocupación o mientras se hallaban detenidas». Por tanto, el término «lugar» puede considerarse predicable a los espacios analizados.

Por otro lado, los Estados de reciente independencia no tienen interés en que se aplique el principio de inmunidad a los pecios que sí tienen las pasadas y presentes potencias marítimas. Aquellos no poseen pecios, pero sí podrían aparecer bajo su soberanía. Sus teorías, como se ha venido desgranando, se fundamentan en que los pecios no han de estar sometidos al mismo régimen jurídico de los buques pues a) no pueden navegar b) no cumplen los requisitos establecidos en la CNUDM para ser considerados, respectivamente, buques de guerra o buques de Estado<sup>43</sup> c) existe un abandono por parte del Estado de pabellón.

### 2.3 POSICIONES INTERMEDIAS

También se han llegado hoy en día a posiciones intermedias: se reconoce la inmunidad, pero se firman acuerdos con los Estados ribereños, para poder concretar la extracción y la exposición de los buques o los tesoros: los buques Batavia, Vergulde Draek, Zuytdorp y Zeewik, CSS Alabama, HMS Birkenhead, HMS Erebus, HMS Terror y el buque La Belle<sup>44</sup>. En cuanto a los cuatro primeros<sup>45</sup>, el acuerdo realizado entre Holanda y Aus-

---

<sup>43</sup> Respecto a los buques de guerra, ya no se encuentran 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 su dotación no está sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares. Respecto a los buques de Estado, ya no se puede considerar que estén afectos a un servicio público no comercial.

<sup>44</sup> Ruiz Manteca, R., *op. cit.*, pp. 435-436.

<sup>45</sup> Buques de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales naufragados en 1629, 1656, 1712 y 1727, respectivamente, en costas australianas. El deber de colaboración culminó con el acuerdo entre Holanda y Australia sobre antiguos naufragios holandeses firmado en la Haya el 6 de noviembre de 1972. *Agreement between Australia and the Netherlands Concerning Old Dutch Shipwrecks*. (1976). [Consulta: 29 de mayo de 2024]. Disponible en [https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/historic-shipwrecks-act-1976\\_html/Historic\\_Shipwrecks\\_Act\\_1976\\_Australia.pdf](https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/historic-shipwrecks-act-1976_html/Historic_Shipwrecks_Act_1976_Australia.pdf)

tralia en la Haya en 1972<sup>46</sup> es uno de los más relevantes en la materia. Tiene por objeto los pecios de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (*Verenigde Oostindische Compagnie*, en adelante VOC), que se hallen en costas australianas. Por un lado, comienza estableciendo que Holanda es sucesor legal de la VOC, continúa transfiriendo a Australia los derechos, títulos e intereses de los pecios holandeses, pero siempre reconociendo el «interés continuado» de Holanda. Las actividades de recuperación serán financiadas por Australia, con la intervención de una Comisión mixta paritaria, para decidir acerca de su destino. Se proclama la no división del patrimonio, pero también el reparto entre museos de Holanda y Australia.

El caso del CSS Alabama<sup>47</sup> es un supuesto que merece atención especial, ya que este buque de guerra estadounidense hundido en costas francesas ha sido protagonista de distintos litigios. El primero de ellos se produjo a causa del descubrimiento por un submarinista en 1936 de una campana de bronce. Tras varios cambios de propietario, iba a ser vendida en 1990 en una subasta. Días antes de que esto ocurriera, Estados Unidos reclamó judicialmente su propiedad. Se debatía si el derecho de propiedad de los Estados Unidos había prescrito por no haber realizado reclamación alguna sobre el pecio. No obstante, la Corte fundamentó el fallo en el art. IV, sección 3, cláusula 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América<sup>48</sup>, proclamando que los Estados solo pueden perder la propiedad por medio de una renuncia expresa. No obstante, el litigio en lo referente a las soluciones intermedias alcanzadas por los Estados surgió en 1984 con el descubrimiento de su localización exacta, concretamente en el mar territorial francés, lo que llevó a que este Estado reclamara su propiedad. Se

---

<sup>46</sup> En virtud del acuerdo anterior, se creó la ANCODS (*The Australian Netherlands Committee on Old Dutch Shipwreck*).

<sup>47</sup> Corbeta de guerra construida por astilleros británicos, en secreto, para la Armada de los Estados Confederados de América y que sirvió como asaltante comercial durante la Guerra Civil estadounidense. Fue hundido por la balandra de guerra USS Kearsarge frente a Cherburgo, Francia. La primera controversia que surgió respecto al buque nada tuvo que ver con la inmunidad. Y es que al fin de la guerra Estados Unidos reclamó a Gran Bretaña la mitad del costo de la misma por haber construido el CSS Alabama y alentado a los Estados Confederados. No obstante, estas reclamaciones no llegaron a puerto hasta que, en 1871, Alemania derrotó a Francia, esto dio lugar a una situación de incertidumbre mundial que ocasionó que Gran Bretaña pactara con Estados Unidos y las partes el Tratado de Washington, por el que se formó un tribunal de arbitraje en Ginebra, que supone un ejemplo paradigmático en cuanto a la solución pacífica de controversias se refiere. Robinson, C. M. (1995). *El tiburón de la Confederación: La historia del CSS Alabama*. Leo Cooper Publishers, London.

<sup>48</sup> *The Constitution of the United States* de 1787. «The Congress shall have Power to dispose of and make all needful Rules and regulations respecting the Territory or Other Property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State».

produjo el intercambio de distintas notas diplomáticas<sup>49</sup> con el objeto de llegar a un acuerdo: Francia reconocía la propiedad de los Estados Unidos, mientras que estos reconocían los intereses legítimos de Francia sobre los restos del pecio.

El 3 de octubre de 1989, se firma entre las dos naciones un Acuerdo sobre los despojos del naufragio del buque CSS Alabama<sup>50</sup> en el que no se hace referencia alguna a la propiedad. Se fundamenta en la importancia histórica y arqueológica del pecio, se crea un Comité Científico de composición mixta y paritaria dedicada a la adopción de medidas de índole científica, que se someterán al ministro de Cultura francés, que aplicará el derecho francés teniendo siempre en cuenta la protección de los restos del pecio<sup>51</sup>.

También se llegó a un acuerdo bilateral entre Reino Unido y Sudáfrica en 1989<sup>52</sup>, en cuanto al salvamento del pecio HMS Birkenhead<sup>53</sup> que tuvo los siguientes objetivos: pleno respeto a los restos humanos, reparto equitativo de los restos del pecio entre ambas naciones y tratamiento diferenciado entre bienes manufacturados identificables, que serían entregados a Reino Unido, y las monedas de oro, que se repartirían en equidad. Lo mismo ocurrió con los buques de Estado británicos hundidos en aguas canadienses, HMS Erebus y HMS Terror<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Sroach, J. A. (1991). France Concedes United States Has Title to CSS Alabama. *Ajil*, 85, pp. 381-383.

<sup>50</sup> *CMS Alabama Wreck Protection Agreement*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en [https://coast.noaa.gov/data/Documents/OceanLawSearch/CSS%20Alabama%20Wreck%20Protection%20Agreement,%20between%20the%20United%20States%20and%20France%20\(March%208,%201995\).pdf](https://coast.noaa.gov/data/Documents/OceanLawSearch/CSS%20Alabama%20Wreck%20Protection%20Agreement,%20between%20the%20United%20States%20and%20France%20(March%208,%201995).pdf)

<sup>51</sup> Bou Franch, V. (2005). *La flota imperial española y su protección como Patrimonio Cultural Subacuático*. Valencia, pp. 18-21.

<sup>52</sup> *Exchange of letters constituting an agreement concerning the regulation of the terms of settlement of the salvaging of the wreck of HMS Birkenhead*. Pretoria, 22 September 1989. [18 de mayo de 2024]. Disponible en <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201584/volume-1584-I-27662-English.pdf>

<sup>53</sup> Buque a vapor de la Royal Navy destinado al transporte de tropas, conocido por el «mujeres y niños primero». En el invierno de 1852 se dirigía a África del Sur para el traslado de distintos regimientos destinados a reforzar a las tropas coloniales que luchaban contra los nativos Xhosa. Iban a bordo más de 630 personas, puesto que los oficiales que prevenían una estancia más larga iban acompañados de sus familias. El 27 de febrero chocaron con un arrecife y se cumplió la orden de evacuar primero a las mujeres y a los niños, lo que sirvió de precedente y se instauró como un protocolo para la posteridad. Muchos de los tripulantes fallecieron ahogados, otros se estrellaron contra las rocas y muchos de ellos devorados por los tiburones. Todos los oficiales de marina, incluido el capitán del barco fallecieron y sólo sobrevivieron 193 personas. *Women and children first*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.nam.ac.uk/explore/birkenhead-sinking>

<sup>54</sup> Buques de la Royal Navy que quedaron atrapados por el hielo, tratando de cruzar el paso del Ártico, entre los océanos Atlántico y Pacífico, en 1845. Las causas exactas se desconocen, no obstante, el Erebus fue hallado en 2014 y el Terror en 2016 y están siendo



El 8 de agosto de 1997<sup>55</sup> las naciones implicadas llegaron a un acuerdo con el objeto de exploración científica, recuperación y disposición de los pecios y todo lo que hubiera en su interior. Se distinguían dos momentos: antes<sup>56</sup> y después<sup>57</sup> de la localización. Mientras esta no se produjera, Reino Unido conservaría la inmunidad de los pecios y su plena propiedad, por la que Canadá velaría. Si se hubieran localizado los restos, se procedería al consiguiente reparto de la propiedad de los mismos.

Para concluir con los ejemplos de soluciones intermedias alcanzadas entre el Estado de pabellón y el Estado en cuyo territorio se encuentra el pecio, se puede citar el caso del buque francés La Belle<sup>58</sup>, hundido

---

objeto de investigaciones por parte de científicos. Toda la tripulación falleció a causa de enfermedades e intoxicaciones, recurriendo incluso al canibalismo. *El pecio del H.M.S. Terror, «congelado en el tiempo», sorprende a los arqueólogos.* (2019). [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.nationalgeographic.es/historia/2019/08/pecio-hms-terror-congelado-en-el-tiempo-sorprende-arqueologos>

<sup>55</sup> *Memorandum of Understanding between the Governments of Great Britain and Canada pertaining to the shipwrecks HMS Erebus and HMS Terror.* [Consulta: 28 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://w3.ric.edu/faculty/rpotter/mou.pdf>

<sup>56</sup>

«2. Britain, as owner of the wrecks, hereby assigns custody and control of the wrecks and their contents to the Government of Canada, and acknowledges Canada as its agent for purposes of this Understanding. In so doing, Britain does not waive ownership or sovereign immunity with respect to the wrecks or their contents while they are on the seabed, but accepts that any site investigation, excavation or recovery of either of the wrecks or their contents will be under Canada's control.

3. In exercising custody and control, Canada has the discretion to take any actions with respect to the wrecks and their contents that it considers appropriate. Canada may accordingly deny at any time permission for investigation, excavation or recovery of the wrecks or their contents, and will seek to ensure that any such permission will only be granted to approved organizations or persons in accordance with an approved plan and procedure».

<sup>57</sup>

«4. Once either of the wrecks has been positively located and identified, Britain will assign to Canada ownership of everything recovered from that wreck and its contents, except that:

any gold recovered from the wrecks, apart from coins considered to have been in private ownership, will after deduction of any share which may by law be due to any third party be shared equally between Canada and Britain, and

any recovered artifacts identified by Britain as being of outstanding significance of the Royal Navy will assume responsibility for all reasonable costs associated with the recovery, conservation and transportation of such artifacts».

<sup>58</sup> Buque que junto a otros tres constituía la flota del explorador francés Robert La Salle. Partieron de Francia el 24 de julio de 1684 con el objeto de establecer una colonia en las orillas del Misisipi. No obstante, la misión se complicó: uno de los buques fue apresado por corsarios españoles en las Indias Occidentales, otro encalló y otro se amotinó y regresó a Francia. Solo quedaba La Belle, que sobrepasó por error las orillas del Misisipi, llegando a la bahía de Matagorda (hoy Texas). La Salle fue asesinado por su propia tripulación. Carlos II fue informado y, años más tarde, expedicionarios españoles arribaron al lugar y en-

en aguas estadounidenses y cuyo acuerdo se firmó en 2003<sup>59</sup>. En este se determina que Francia mantiene la propiedad y que en ningún caso este acuerdo ha de entenderse como una renuncia, que los restos quedan bajo el control de la Comisión por 99 años prorrogables y que el Museo Nacional de la Marina, dependiente del Ministerio de Defensa Francés junto con la Comisión, acordarán un acuerdo administrativo sobre la conservación, investigación, documentación y exposición del buque. De hecho, en virtud del mismo hoy en día está expuesto en el Bullock Texas State History Museum, a través de la Comisión Histórica de Texas.

Por último, se concluye, subrayando la heterogeneidad de los casos expuestos, tanto por la singularidad de los pecios, o de los espacios donde se hallan, como por las circunstancias en las que tanto el hundimiento como el hallazgo se ha producido. Es por ello, que hay que estudiar caso a caso y sería complejo, y a la vista, un tanto inútil, predeterminedar una regla genérica para todos ellos.

### 3 DERECHO CONVENCIONAL: ESPECIAL REFERENCIA AL CONVENIO UNESCO DE 2001

La CNUDM en sus arts. 149 y 303<sup>60</sup> establece la necesidad de proteger el patrimonio cultural subacuático. Ambos preceptos contemplan una pri-

---

contraron restos del pecio, que les sirvieron para fabricar remos. A partir de este momento y con el temor de una política expansionista francesa, España reforzó la presencia en la zona.

Joric, C. (2023). La Belle, la fragata de Luis XIV hundida en la costa de Texas. *La Vanguardia*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/historiayvida/edad-moderna/20231217/9450721/belle-fragata-luis-xiv-hundida-costa-texas.html>

<sup>59</sup> *Agreement between the government of the United States of America and the government of the French Republic regarding the wreck of La Belle*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://www.gc.noaa.gov/documents/gcil\\_la\\_belle\\_agmt.pdf](https://www.gc.noaa.gov/documents/gcil_la_belle_agmt.pdf)

<sup>60</sup> Art. 149. Objetos arqueológicos e históricos

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 del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico y arqueológico.

Art. 303. Objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar

1. Los Estados tienen la obligación de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y cooperarán a tal efecto.

2. A fin de fiscalizar el tráfico de tales objetos, el Estado ribereño, al aplicar el art. 33, podrá presumir que la remoción de aquellos de los fondos marinos de la zona a que se refiere ese artículo sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos mencionados en dicho artículo.

mera aproximación, consagrando un principio general de protección, con una suerte de prioridad a favor del ribereño, sin perjuicio de los derechos que pudiera ostentar un tercer Estado o propietario del bien sumergido, restricción que se enuncia implícitamente en el apartado 3 del art. 303. En su apartado 4 se alude a cuantos acuerdos internacionales pudieran establecerse al efecto.

No obstante, tal y como se ha mencionado con anterioridad, si bien la Convención de Nairobi de 2007, sobre la remoción de los restos de naufragios, excluye de su ámbito de aplicación a los buques de guerra y de Estado, precisamente es este el principal argumento para considerar que, *sensu contrario*, se reconoce la inmunidad de los mismos.

El problema de los buques de Estado hundidos supuso una de las cuestiones más controvertidas y un auténtico reto durante las negociaciones de la Convención de París sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, de 2 de noviembre de 2001, especialmente en dos aspectos: la definición y el régimen jurídico de los mismos.

El Convenio trata el patrimonio cultural subacuático desde el prisma de la ciencia, la cooperación, la investigación y la educación. Define este patrimonio en términos amplios como «todos los rastros de existencia humana, de valor cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado sumergidos, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, al menos durante cien años».

Ya en su preámbulo se expresa la preocupación por la creciente explotación comercial del mismo, quedando patente que la proliferación de las empresas conocidas como «cazatesoros» es uno de los grandes problemas. De hecho, se determina que la conservación *in situ* del patrimonio subacuático habrá de primar ante la autorización o realización de actividades dirigidas al mismo, se prohíbe expresamente la explotación comercial del patrimonio cultural subacuático, se establece el deber de velar por el pleno respeto a los restos humanos que se encontraran en el fondo del mar (art. 2). Se pretende un trabajo conjunto por los Estados en aras a alcanzar un fin común, fomentando no solo los acuerdos bilaterales o regionales si no también de índole multilateral (art. 6).

---

3. Nada de lo dispuesto en este artículo afectará a los derechos de los propietarios identificables, a las normas sobre salvamento u otras normas del derecho marítimo o a las leyes y prácticas en materia de intercambios culturales.

4. Este artículo se entenderá sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de derecho internacional relativos a la protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico.

Respecto a la definición de los buques de Estado y de guerra, por un lado, las grandes potencias marítimas pretendían incluir una definición más lata del precepto, en contraposición con las naciones en vías de desarrollo que pretendían una más estricta. De hecho, en el proyecto de Buenos Aires de 1994 de la International Law Association (ILA) se excluyeron de su alcance los buques de guerra, los buques auxiliares, las naves o aeronaves pertenecientes o que han sido utilizadas por un Estado y usadas durante un tiempo exclusivamente para un servicio público no comercial y sus cargamentos. El presidente de la Comisión, el danés Carsten Lund, propuso tratar esta cuestión en el *Texto Único de Negociación*. Ya en la primera reunión de expertos se determinó la necesidad de incluir los buques de guerra y de Estado que llevaran más de cien años sumergidos, pero nada se acordó acerca de la posible inmunidad del Estado de pabellón<sup>61</sup>, si bien en la definición finalmente adoptada se eliminó toda referencia a los buques auxiliares. El art. 1.8 finalmente determinó:

«Por “buques y aeronaves de Estado” se entiende los buques de guerra y otros navíos o aeronaves pertenecientes a un Estado o utilizados por él y que, en el momento de su hundimiento, fueran utilizados únicamente para un servicio público no comercial, que sean identificados como tales y que correspondan a la definición de patrimonio cultural subacuático».

En cuanto al régimen jurídico de los mismos, tampoco se trató de una cuestión pacífica. Finalmente, se resolvió mediante la inclusión del art. 2.8, que reza así:

«De conformidad con la práctica de los Estados y con el derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, nada de lo dispuesto en esta Convención se interpretará en el sentido de modificar las normas de derecho internacional y la práctica de los Estados relativas a las inmunidades soberanas o cualquiera de los derechos de un Estado respecto de sus buques y aeronaves de Estado».

---

<sup>61</sup> *Report of the meeting on governmental experts on the draft convention for the protection of the underwater cultural heritage*. (1998). Document CLT-98/CONF.202/7. UNESCO Headquarters, Paris, France. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114695>

Este precepto, en apariencia, acabó con un gran vacío normativo en el ámbito del derecho convencional, en cuanto contribuye a reforzar un criterio favorecedor de la inmunidad de los pecios.

No obstante, otra cuestión a dilucidar es la del alcance del convenio según los diferentes espacios marítimos, que parece difícil de conciliar con lo enunciado previamente. En lo relativo a las aguas interiores, archipelágicas y el mar territorial, el art. 7 de la Convención establece un principio de plena soberanía del Estado ribereño, pero siempre con respeto a otros acuerdos y normas de Derecho Internacional. Su apartado 3 establece que:

«En sus aguas archipelágicas y mar territorial, en el ejercicio de su soberanía y de conformidad con la práctica general observada entre los Estados, con miras a cooperar sobre los mejores métodos de protección de los buques y aeronaves de Estado, los Estados Partes deberían informar al Estado del pabellón Parte en la presente Convención y, si procede, a los demás Estados con un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica, del descubrimiento de tales buques y aeronaves de Estado que sean identificables».

El precepto indica que los Estados deberían (en el texto en inglés se emplea el término *should*<sup>62</sup>, lo que entraña una expresión no suficientemente taxativa y que no ahorrará problemas en la práctica) informar a los Estados del pabellón u otros que pudieran estar interesados, siempre y cuando los pecios encontrados fueran buques de Estado. Es evidente, según indica la doctrina<sup>63</sup>, que la redacción del art. 7.3 en principio otorga al Estado ribereño unas competencias que exceden de las reconocidas por la práctica internacional, si bien se puede apostillar a esta consideración el que, precisamente, esa «práctica general observada entre los Estados», es expresión que avalaría la tesis más favorable a los intereses de los Estados

---

<sup>62</sup> Este término supuso uno de los grandes desafíos de la convención. Las naciones en vía de desarrollo se negaron a emplear cualquier término que pudiera suponer una obligación para el Estado ribereño. Se propusieron distintas fórmulas, como la de que el Estado ribereño y el Estado de pabellón *shall consult and coordinate*. España propuso que el Estado ribereño no pudiera actuar sin la colaboración del Estado de pabellón. Italia sugirió que se utilizara simplemente el verbo *inform*, sin que fuera precedido de ninguna fórmula verbal como *will, may, should or shall*. Algunos países, incluso España, finalmente aceptaron esta fórmula, con la intención de llegar a un consenso. Sin embargo, la oposición de Reino Unido, Canadá y EE. UU. dio lugar a que se dilataran las discusiones más allá de las 23:00 del 7 de julio, lo que llevó al presidente de la comisión a proponer el término *should inform*, complaciendo así a los países en vía de desarrollo. Esta es la fórmula que finalmente se adoptó. Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 555-556.

<sup>63</sup> Bou Franch, V., *Ibid.*, p. 556 y ss.

del pabellón. Y, además, al margen de la práctica internacional, también hay que tener en cuenta el art. 3 de la Convención:

«Nada de lo dispuesto en esta Convención menoscabará 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».

Ese tenor contempla una remisión al resto de la legislación internacional, en particular a la CNUDM, que como ya se ha visto previamente, su art. 303.1 contiene una proclamación explícita de la obligación de cooperar que tienen los Estados en la protección de los objetos de carácter arqueológico e históricos hallados en el mar.

Respecto de la zona contigua, el art. 8 de la Convención guarda silencio en relación con cuál sea el régimen jurídico aplicable a los buques y aeronaves hundidos en este espacio, pero el precepto reenvía a los arts. 9 y 10.7 del mismo texto, por lo que la dogmática<sup>64</sup> considera que el régimen especial de estos será el mismo que el previsto para la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

En la zona económica exclusiva y en la plataforma continental se establece la obligación de información por parte del capitán del buque que efectúe el descubrimiento a los Estados que estuvieren interesados en el hallazgo y al director general de la UNESCO, previéndose también que los Estados parte nombren un Estado coordinador de consultas, en orden al establecimiento de las medidas de protección a adoptar (arts. 9 y 10). Si bien, el apartado 7 del art. 19 determina que, «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 de pabellón y la colaboración del Estado Coordinador». La redacción es taxativa respecto de la obligación de obtener el acuerdo del Estado de pabellón, aunque ello no resta protagonismo al llamado «Estado Coordinador»<sup>65</sup>.

Por último, en lo atinente a la Zona Internacional de los Fondos Marinos, el art. 12 de la convención recoge una regulación análoga a la anterior.

<sup>64</sup> Bou Franch, V., *Ibid.*, p. 560; Ruiz Manteca, R., *op. cit.*, p. 449.

<sup>65</sup> Previsión criticada por Bou al considerar que se trata de una suerte de enmascaramiento del Estado ribereño («Enmascarado Estado Ribereño»). Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 561-565.

El apartado 7 del artículo establece que «ningún Estado Parte emprenderá ni autorizará actividades dirigidas a un buque o aeronave de Estado en la Zona sin el consentimiento del Estado del pabellón». En conclusión, es palmaria la necesidad del consentimiento del Estado de pabellón en este espacio sin que exista cortapisa alguna a la inmunidad soberana del mismo. La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos participará en las consultas correspondientes. Además, conviene precisar que el art. 149 de la CNUDM, ya citado anteriormente, dispone 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 del Estado o país de origen, del Estado de origen cultural o del Estado de origen histórico o arqueológico».

Conviene insistir en que todas estas disposiciones han de interpretarse, con arreglo al art. 3, a la luz del Derecho Internacional, y especialmente el CNUDM. En conclusión, esta previsión contribuye a reforzar la tesis favorable la ley del pabellón, con todas las consecuencias que ello comporta.

Cabe mencionar que el art. 13 del Convenio bajo la rúbrica «Inmunidad Soberana» no tiene como objeto la regulación de esta, si bien supone un reconocimiento de la misma al referirse a «los buques de guerra y otros buques gubernamentales o aeronaves militares que gocen de inmunidad soberana y sean utilizados con fines no comerciales». El fin último del precepto es asegurar la confidencialidad y el carácter reservado de las misiones de los buques de guerra y de Estado, mediante la exención a los mismos del deber de comunicar descubrimientos de patrimonio subacuático, siempre y cuando se encuentren en el curso normal de las operaciones y no participen en actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático.

Ha de convenirse con Jáudenes Piferrer<sup>66</sup> en que la Convención de París tiene dos características esenciales. La primera es que se trata de una convención de consenso en la que hubo que armonizar los intereses de antiguas y actuales potencias navales (como se ha visto anteriormente, España, Francia, Gran Bretaña, Rusia y Estados Unidos), que defendieron la inmunidad de los buques de Estado hundidos, y, por otro lado, los de los Estados ribereños que defendían su soberanía sobre las aguas. En segundo

---

<sup>66</sup> Jáudenes Piferrer, J. (2023). *El Estatuto Jurídico Internacional Del Buque De Guerra. Análisis De Su Doble Condición, Como Objeto De Regulación E Instrumento Del Estado* [Tesis doctoral]. Zaragoza.

término, la convención no contradice la costumbre internacional existente hasta el momento, suponiendo en gran medida, un espaldarazo a la misma. En otras palabras, la práctica internacional sobre buques de Estado hundidos supone una consagración muy anfibológica de la inmunidad del Estado de pabellón.

## **PRÁCTICA ESPAÑOLA**

La preocupación por el patrimonio subacuático es de candente actualidad, tanto por el incremento de la conciencia social al respecto como por la proliferación de los medios técnicos destinados a su detección, extracción e investigación, lo que justifica la evolución de la práctica española al respecto. Se observan en ella tres periodos bien diferenciados: comenzando por uno temprano, caracterizado por una cierta indiferencia, continuando con una época de transición, marcada por la negociación y, finalizando con una caracterizada por una postura mucho más activa en la defensa y reclamación de los pecios españoles hundidos.

La primera de ellas, se sitúa con anterioridad a 1985, y, por tanto, a la aprobación de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español. En esta fase España se caracterizó por una fuerte inactividad, ya que no solo no inició ninguna reclamación, sino que, ni siquiera, se personó en los procedimientos que se incoaron. No obstante, esto se justificaría por una escasa sensibilidad social al respecto, como ya se ha apuntado.

A continuación, se abre una fase de transición con motivo del hallazgo de numerosos pecios españoles en costas dominicanas. Especialmente, a partir del descubrimiento de los galeones hundidos de la Flota de Azogue, Nuestra Señora de Guadalupe (conocida como La Guadalupe) y San Antonio y San Joshep (La Tolosa), España inicia una intensa actividad diplomática, que tiene su máxima expresión en un Proyecto de Convenio Bilateral entre ambas naciones para la protección del patrimonio cultural subacuático común.

La tercera fase, se caracteriza por un mayor interés en la reclamación de los pecios españoles hundidos en aguas internacionales, que tras años de arduas batallas judiciales ha dado su fruto en subsiguientes éxitos ante tribunales estadounidenses. Los galeones Juno y La Galga supusieron un antes y un después en el devenir de la política española en la materia, de la que fue continuadora la fragata Nuestra Señora de las Mercedes.

No obstante, se podría hablar de una cuarta etapa dotada de una suerte de involución en la materia, dada la inactividad e indiferencia del Estado



español ante el descubrimiento del galeón San José en aguas colombianas, como se estudiará en la parte tercera del trabajo.

A continuación, se procederá al examen de la política española relativa a la defensa de los pecios en el orden cronológico en el que se sucedieron los conflictos, y, en ocasiones, los litigios.

## 1 PRIMER PERIODO (ANTES DE 1985)

Tal y como se ha expresado anteriormente, la primera fase a estudiar de la política española en materia de defensa del patrimonio cultural subacuático se caracteriza, precisamente, por una ausencia de la misma. Se procede a analizar el que es considerado como el ejemplo paradigmático de este periodo, es decir el pecio del galeón Nuestra Señora de Atocha, continuando con los pecios de la Flota de la Plata de 1715, los de los buques Santa Rosaela, San Lorenzo del Escorial y Santa Clara, de la Nao San Diego, y de los buques de la Gran Armada, La Lavia, La Juliana y Santa María de Visón. En todos ellos se observa la pasividad de las autoridades españolas. Si bien existen ciertos patrones comunes en estos descubrimientos, sus soluciones son fruto de un caos regulatorio a nivel internacional que se materializa en fallos de sentencias con soluciones a todas luces imaginativas y que no coinciden en sus argumentos jurídicos.

### 1.1 NUESTRA SEÑORA DE ATOCHA

Probablemente el supuesto más representativo de la política española en materia de pecios de esta época es el del galeón español Nuestra Señora de Atocha. Dicho buque fue construido en la Habana en 1620 y pasó a formar parte de la conocida como Flota de Tierra Firme. Esta escuadra, constituida por veintiocho barcos y comandada por el marqués de Cade-reita emprendió su navegación desde la Habana rumbo a Cádiz el 4 de septiembre de 1622. La suerte no corrió a su favor y en costas de Florida les sorprendió un huracán que haría que ocho de los buques se hundieran, entre los que se encontraba el Nuestra Señora de Atocha<sup>67</sup>. El galeón

---

<sup>67</sup> Este suceso fue relatado de la siguiente forma en la Sentencia de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida de 24 de julio de 1980 en el asunto «Treasure Salvors, Inc. v. Abandoned Sailing Vessel».

«This case dates back to the early 17th century, when Spain was using the riches of the New World to finance her European military adventures. On September 4, 1622,

iba cargado de lingotes de oro, plata y bronce, monedas, índigo y tabaco, valorados en lo que hoy equivaldría a 250 000 000 \$ (teniendo en cuenta que todos estos barcos solían llevar a bordo cargamento no declarado para eludir los impuestos reales propios de aquel momento, con lo cual la cantidad podría ser mucho mayor)<sup>68</sup>. También se estima que fallecieron unas quinientas personas.

El pecio fue localizado en 1971 en lo que sería la plataforma continental de los Estados Unidos, en las costas de Florida, por dos empresas americanas de salvamento marítimo Treasure Salvors, Inc., y Armada Research Corporation pertenecientes al millonario Mel Fisher, quién habría pagado a un historiador para que investigara en el Archivo de Indias de Sevilla y descubriera la localización exacta del pecio.

Pronto comenzaron los problemas sobre la titularidad de los bienes hallados. No obstante, España no se personó en el proceso judicial originado, con lo cual, la cuestión tan solo se debatió entre el Estado ribereño y las compañías de cazatesoros. Estas alegaban que habían celebrado un contrato con el Estado de Florida en cuanto al reparto del cargamento (75 % para las mismas y 25 % para el Estado de Florida), puesto que habían invertido un importante capital y tiempo en el rescate del pecio. Sin embargo, en otro litigio, la Corte Suprema de los Estados Unidos descartó que el rescate se hubiera producido en aguas de Florida, con lo cual el curso del litigio cambió por completo, al devenir dicho acuerdo nulo, lo que propiciaría que en adelante interviniera en el proceso el Gobierno Federal y no el Estado de Florida<sup>69</sup>. Las dos empresas exigieron judicialmente que se reconociera su exclusiva propiedad. Cabe subrayar que la inacción de España dio lugar a que en ningún momento se planteara cuestión alguna acerca de la inmuni-

---

a fleet of 28 ships, known as the Terra Firme Flota, commanded by the Marquis of Cadereita, set sail from Havana for Cadiz laden with bullion, spices and tobacco for King Philip IV. As the ships entered the Florida Straits in search of the favourable Gulf Stream currents, bad weather set in, and the vessels soon found themselves in the midst of a hurricane. The destructive winds from the northeast stripped the vessels of their masts, sails, and standing rigging. The winds then shifted to the south and eight of the ships were driven towards the dangerous waters of the lower Florida Keys, where they were soon lost. The remaining vessels limped back to Havana. One of the eight ships that went down was the Nuestra Señora de Atocha. When the Atocha set sail from Havana, she was carrying in excess of one million pesos of registered bullion and species. Her hold contained a treasure worthy of Midas: 160 gold bullion pieces, 900 silver ingots, over 250.000 silver coins, 600 copper planks, 350 chests of indigo and 25 tons of tobacco».

<sup>68</sup> Royo Ortin, M. L. (2008). El tesoro del Nuestra Señora de Atocha. *El Eco Filatélico y Numismático*. N.º 1167, p. 5.

<sup>69</sup> Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 17 de marzo de 1975 en el caso United States v. Florida.

dad y que la controversia se ciñera a la posible «prerrogativa soberana»<sup>70</sup> del Gobierno Federal y a los derechos de propiedad correspondientes a los «salvadores».

El 28 de abril de 1976, la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida, en el asunto *Treasure Salvors, Inc. v. Abandoned Sailing Vessel*, atribuyó la propiedad a las empresas halladoras mediante la aplicación del mencionado *law of finds*.

## 1.2 LA FLOTA DE LA PLATA DE 1715

Este caso guarda ciertas similitudes con el anterior, tanto por el desinterés de España para reclamar sus derechos como por las circunstancias del hundimiento y el hallazgo. Al igual que el Nuestra Señora de Atocha, estos barcos naufragaron en costas de Florida, llevaban a bordo objetos de incalculable valor, fallecieron miles de marinos y fueron descubiertos por el millonario Mel Fisher.

Esta flota navegaba desde la Habana rumbo a España bajo el mando del capitán general Juan Esteban de Ubilla, y a causa de las adversas condiciones climatológicas, concretamente por un huracán, naufragó en lo que vulgarmente se ha conocido como la Costa del Tesoro de Florida. Esto provocó el hundimiento de once navíos, el fallecimiento de mil personas y la pérdida de bienes tasados en 14 000 000 de pesos (sin tener en cuenta aquellos que no se habían declarado).

En 1979 la empresa de salvamento Cobb Coin Company Inc., perteneciente al repetido Mel Fisher, descubrió el pecio del buque almirante Nuestra Señora de la Concepción, perteneciente a esta flota, y solicitó judicialmente que se le declarara propietaria de los objetos hallados. El Estado de Florida, por su parte, adujo que por la Ley 1967 Archives and History Act<sup>71</sup>, los buques hundidos de su mar territorial eran de su propiedad y exigió la devolución de todos los objetos extraídos de los mismos. Fracasó en dicha pretensión, pues la Corte resolvió que, en su lugar, funcionarios del Estado de Florida participaran en el catálogo y autenticación de dichos objetos. Guardacostas del Estado abordaron el buque y se citó penalmente a su capitán por carecer de autorización administrativa para las actividades que desarrollaba. No obstante, Cobb Coin solicitó que se prohibiera al

---

<sup>70</sup> Vieja doctrina del *common law* anglosajón que atribuye la propiedad al Estado de los pecios encontrados por sus nacionales.

<sup>71</sup> Archives and History Act de 1967.

Estado de Florida la intromisión en sus operaciones, pretensión a la que la Corte accedió.

A pesar de la falta de personación de España en el litigio, la Corte de Florida negó los derechos que el país pudiera tener sobre el pecio, alegando que, si bien España trató de recuperar sus barcos hundidos, abandonó este propósito en 1716<sup>72</sup>. No se abordó en ningún momento el principio de inmunidad. Se calificó tanto al Reino de España como al Estado de Florida como *unsuccessful salvor* (a pesar de que a este Estado se le reconocieron poderes de policía). De hecho, esta resolución ha dado lugar a que académicos como Tullio Scovazzi afirmen que fue constitutiva de un absoluto triunfo de quienes sostenían que el mejor uso del patrimonio cultural subacuático era el del beneficio comercial privado<sup>73</sup>.

La Corte adoptó su decisión final en 1982: atribuyó a Cobb Coin los objetos hallados desde el inicio desde el procedimiento como «recompensa por los esfuerzos de salvamento»<sup>74</sup>.

### 1.3 SANTA ROSAELA, SAN LORENZO DEL ESCORIAL Y SANTA CLARA

Estos galeones se hundieron a causa de un huracán cuando navegaban de La Habana rumbo a Cádiz en el ecuador dieciochesco, en las costas de lo que hoy en día es el Estado de Maryland. Si bien, nuevamente el hallazgo se produjo por empresas privadas y el litigio se limitó a dos actores (estas y el Estado ribereño, sin que España nuevamente tomara acción alguna), la sentencia de 1983 de la Corte de Distrito del Estado de Maryland<sup>75</sup> tuvo varias peculiaridades que cabe remarcar<sup>76</sup>.

En primer lugar, se proclamó la necesidad del Estado de velar por la protección del patrimonio subacuático, por constituir un interés público,

---

<sup>72</sup> Orden dictada por la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida el 2 de octubre de 1981 en el asunto «Cobb Coin Company, Inc. v. The Unidentified Wrecked and Abandoned Sailing Vessel», 525 FS, p. 198.

<sup>73</sup> Scovazzi, T. (2003). *The Application of Salvage Law and Other Rules of Admiralty to the Underwater Cultural Heritage: Some Relevant Cases*. En: Garabello, R. y Scovazzi, T. (ed.). *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: Before and After the 2001 UNESCO Convention*. Leiden, p. 45.

<sup>74</sup> Sentencia de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida de 31 de agosto de 1982 en el asunto «Cobb Coin Company, Inc. v. The Unidentified, Wrecked and Abandoned Sailing Vessel».

<sup>75</sup> Sentencia de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para Maryland de 21 de diciembre de 1983 en el asunto «Subaqueous Exploration & Archaeology, Ltd. and Atlantic Ship Historical Society, Inc., v. The Unidentified, Wrecked and Abandoned Vessels, Etc. et al».

<sup>76</sup> Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 365-374.

así como subrayar el valor histórico del mismo. En segundo término, declaró completamente inaplicables al caso tanto el *salvage law* como el *law of finds*, al considerar que las leyes del almirantazgo tan solo se pueden aplicar cuando exista un peligro inminente para los bienes marítimos, que en este caso no existía (no obstante, este peligro sí que se ha apreciado por los tribunales norteamericanos en la mayoría de ocasiones). Y, en tercer lugar, la cuestión se resolvió a favor del Estado, a través de una interpretación del ordenamiento interno, por considerarse que estos pecios constituían recursos naturales de lecho y subsuelo y encajaban en la protección ofrecida por la ley federal Submerged Lands Act de 1953<sup>77</sup>.

#### 1.4 NAO SAN DIEGO

Este buque fue hundido en 1600 en la costa filipina, frente a la isla de Fortuna, en las proximidades de la bahía de Manila, tras un combate librado contra cuatro buques holandeses<sup>78</sup>. Casi cuatro siglos después, en 1991, fue descubierto por el arqueólogo subacuático Frank Goddio. A través de un acuerdo privado con la entidad Caja Madrid se consiguió que España recuperara las tres cuartas partes de lo hallado (una cuarta parte se exhibe en Manila). Los objetos se exhiben en el Museo Naval de Madrid. Lo cierto es que estos hechos son vivo ejemplo de que todavía España no había adoptado una posición beligerante o activa a efectos de recuperar del enorme patrimonio subacuático diseminado por todo el orbe, pues la recuperación es fruto de un acuerdo oneroso de naturaleza privada.

#### 1.5 BUQUES DE LA GRAN ARMADA: LA LAVIA, LA JULIANA Y SANTA MARÍA DE VISÓN

La Lavia, La Juliana y La Santa María de Visón fueron antiguos buques mercantes reconvertidos en buques de guerra que sirvieron en la Gran Armada<sup>79</sup>, en el Escuadrón de Levante, y se hundieron en costas irlandesas en 1588. Estos pecios fueron descubiertos en 1985 por la empresa privada irlandesa Streedagh Strand Armada Group. Este supuesto constituye un

<sup>77</sup> Submerged Lands Act de 1953.

<sup>78</sup> Fish, S. (2012). *The Manila-Acapulco galleons: the treasure ships of the Pacific: with an annotated list of the transpacific galleons 1565-1815*. Milton Keynes, pp. 219-246.

<sup>79</sup> También conocida como La Armada Invencible.

reflejo más de la dejadez de España en la defensa de su patrimonio subacuático dado que, nuevamente, este litigio se desarrolló a dos bandas entre la empresa privada y el Estado Irlandés.

No obstante, resulta curioso que, si bien Irlanda se mantuvo firme en todo momento para rechazar otorgar cualquier licencia de exploración y explotación de estos pecios y se esforzó por endurecer su normativa en pro de la protección del patrimonio subacuático, en ningún caso informó a España del descubrimiento. De hecho, en la sentencia de la High Court, de 26 de julio de 1994, en el asunto *Re La Lavia*<sup>80</sup>, el juez Barr J., además de determinar los derechos de propiedad del Estado Irlandés sobre los pecios y acordar ciertas indemnizaciones para la empresa cazatesoros, negó todo derecho del Reino de España sobre los mismos.

El ponente de la sentencia fundamentó dicha decisión en que realmente no se trataba de buques de guerra sino de buques mercantes «embargados» por Felipe II y, al resultar imposible encontrar a los sucesores de los que habían sido legítimos propietarios<sup>81</sup> y de acuerdo con la normativa interna irlandesa el Estado se convertiría automáticamente en propietario. Argumento que resulta de toda vez contradictorio con el propio contenido de los hechos probados en la sentencia, en los que se determina que por órdenes de Felipe II, estos buques fueron requisados e incorporados a la Armada Española, lo cual a todas luces los convertía en buques de guerra en el momento del naufragio. Esta sentencia fue recurrida y el Tribunal Supremo Irlandés resolvió en sentencia de 29 de junio de 1995<sup>82</sup>, confirmando la propiedad del Estado, rechazando la aplicación del Derecho Marítimo, negando la indemnización por daños a la empresa cazatesoros, y, contemplando una indemnización en concepto de descubridores, si bien se determinaba que esta no era obligatoria jurídicamente, se ofrecía la posibilidad de determinar su cuantía a la Oficina de Obras Públicas<sup>83</sup>.

Afirma Bou Franch, que España debiera reclamar diplomáticamente a Irlanda, en tanto que jamás ha renunciado a los derechos de propiedad sobre estos pecios y que ambas naciones son parte del CNUDM (Irlanda desde 1996), encontrando fundamento jurídico suficiente en el art. 301 de

---

<sup>80</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Irlanda de 26 de julio de 1994 en el asunto «King v. La Lavia».

<sup>81</sup> «[...] probable impossibility of tracing the successors in title of the owners and/or indemnifiers at the time of loss».

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda de 29 de junio de 1995 en el asunto «King v. La Lavia».

<sup>83</sup> Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 377-382.

dicho texto, estudiado en la primera parte del presente trabajo. De hecho, esto reafirmaría su compromiso en la protección del patrimonio cultural subacuático<sup>84</sup>.

## 2 PERIODO INTERMEDIO (1985-1998)

Desde 1492, las costas de La Española han sido testigo de cientos de naufragios. Santo Domingo fue vital en el comercio marítimo durante los primeros años de la llegada hispana, siendo un punto de escala obligatorio para las flotas que recorrían las rutas transatlánticas. Aunque hacia mediados del siglo XVI perdió su importancia comercial, muchas flotas continuaron navegando cerca de sus costas. La falta de buenas cartas de navegación, la dificultad para determinar la posición precisa de los barcos en el mar y la amenaza de piratas y huracanes llevaron a numerosos naufragios en los arrecifes y bajos alrededor de la isla. Estos naufragios, principalmente de galeones españoles, han convertido a la República Dominicana en un importante poseedor de un rico patrimonio cultural submarino.

El cambio en la política exterior española en materia de pecios se produjo con el descubrimiento de los pecios de los barcos de la Flota de Azogue, Nuestra Señora de Guadalupe (alias El Guadalupe) y San Antonio y San Joshep (conocida como La Tolosa) en costas de la República Dominicana. El hundimiento en dichas aguas de innumerables buques españoles hizo necesario entablar negociaciones entre ambas naciones, que se desembocó incluso en un intento de convenio que se examina a continuación<sup>85</sup>.

### 2.1 EL GUADALUPE Y LA TOLOSA

Los citados buques naufragaron en 1724 cargados de 368 t de mercurio (azogue) destinados a la extracción de oro y plata en el Virreinato de Nueva España. No obstante, no fue hasta 1975 cuando El Guadalupe fue encontrado por unos pescadores dominicanos. Un año más tarde, la Marina de Guerra de la República Dominicana procedió a la extracción y recuperación de objetos y se concedió una licencia a la empresa privada Caribe

---

<sup>84</sup> Bou Franch, V., *Ibid.*, p. 383.

<sup>85</sup> Bou Franch, V., *Ibid.*, pp. 381-401.

Salvage, del empresario cazatesoros norteamericano Tracy Bowden, con cuya cobertura se extrajeron 50 000 objetos del pecio<sup>86</sup>.

En 1979 se crea la Comisión de Rescate Aqueológico Submarino (CRAS) para la protección del patrimonio subacuático de aguas dominicanas, bajo cuyo nombre se agrupan representantes de las diferentes instituciones interesadas. Se nombró secretario ejecutivo al arquitecto Pedro J. Borrell. La CRAS trabajó de la mano de las empresas Caribe Salvage y la Seaquest International, Inc. en la exploración del Guadalupe y más tarde comenzaron la búsqueda de La Tolosa. En 1992 la CRAS entabló relaciones con España a efectos de la documentación de los objetos hallados y durante los años siguientes se trabajó en su catalogación. En 1994 se creó un proyecto destinado a su protección, denominado Galeones de Azogue.

## 2.2 OTROS PECIOS HUNDIDOS EN AGUAS DOMINICANAS

No obstante, se pueden citar otros ejemplos de pecios hallados en las costas dominicanas<sup>87</sup>, como el galeón español Nuestra Señora de la Pura y Limpia Concepción, que era la nao almirante de la Flota de 1641, que naufragó debido a un huracán en el Estrecho de Florida. A pesar de su lucha contra los elementos encalló en arrecifes al norte de La Española. Después de varios intentos fallidos de rescate, el capitán Williams Phips recuperó parte de sus objetos en 1687. En 1978, Burt Webber de la empresa privada Seaquest International Inc., contratado por el Gobierno dominicano, encontró los restos del galeón y de otros trece buques.

Otro ejemplo podría ser el de la Flota de Bobadilla, que, compuesta por veintisiete galeones, en el año 1502 partió de Santo Domingo hacia España. Sin embargo, un huracán en el Canal de la Mona causó el hundimiento de algunos barcos en alta mar y arrastró a otros hacia el litoral sudeste de La Española. En 1982, la CRAS, en colaboración con Seaquest International Inc., liderada por Burt Webber, exploró las costas y arrecifes cercanos a la isla Saona, descubriendo los restos de tres naufragios por la presencia de diversos objetos como anclas, cañones y cerámica que datan de principios del siglo XVI.

En 1983, un grupo de arqueólogos del Instituto Náutico de Arqueología y la Universidad East Carolina investigaron la bahía de La Isabela.

---

<sup>86</sup> León Amores, C. (2021). El naufragio del navío Nuestra Señora de Guadalupe y el transporte del azogue en el siglo XVIII. *Cuadernos De Prehistoria Y Arqueología De La Universidad Autónoma De Madrid*. N.º 47, pp. 301-334.

<sup>87</sup> Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 398-401.



Este lugar, fundado por Colón en su segundo viaje a América en 1494, fue el segundo asentamiento español en el Nuevo Mundo después de la villa o fuerte Navidad. Durante varios años, fue un punto crucial para las embarcaciones y flotas que exploraban o regresaban a España desde América. Documentos de la época relatan que en junio de 1494 un huracán afectó a la isla, destruyendo las carabelas Mariagalante y La Gallega, ancladas en la ensenada mientras Colón exploraba los alrededores. En octubre de 1495, otros barcos, incluyendo los navíos Cordera y San Juan, junto con cuatro de la Flota de Juan de Aguado, fueron sorprendidos por otra tormenta y se hundieron frente al poblado de La Isabela. En 1985 se otorgó una licencia a la empresa privada North Caribbean Research, que localizó treinta pecios, muchos de ellos fueron saqueados y sus cañones de bronce se fundieron para otros fines.

### 2.3 PROYECTO DE CONVENIO

Tal y como se ha adelantado, el Reino de España y la República Dominicana llevaron a cabo negociaciones diplomáticas para proteger el «patrimonio cultural subacuático común», que dieron lugar a la redacción de un proyecto de convenio y más tarde un proyecto definitivo, «Convenio para la protección del patrimonio cultural subacuático común, entre el Reino de España y la República Dominicana»<sup>88</sup>. Sin embargo, su entrada en vigor se vio truncada por un cambio de gobierno en el país antillano.

El convenio buscaba excluir actividades comerciales sobre este patrimonio y priorizaba los intereses históricos y culturales sobre otras consideraciones. Establecía medidas de protección y cooperación bilateral, incluyendo un Comité Mixto de Coordinación y Seguimiento para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático Común. Se establecía que, si una de las partes no mostraba interés en participar en la intervención y conservación del patrimonio cultural subacuático Común, la otra parte podría actuar unilateralmente, según las normas internas y del convenio. Esto significa que, aunque el convenio buscaba la cooperación, permitía la acción unilateral si una parte no participaba. A pesar de eso, la parte que actuaba unilateralmente debería informar a la otra sobre sus acciones.

---

<sup>88</sup> Dicha documentación fue facilitada por Autoridades españolas a Bou Franch, quien hace un estudio exhaustivo de la misma.

Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 377-382.

Además, la no participante podría unirse al proceso en cualquier momento mediante notificación.

En todo caso, de acuerdo con el Acta de la IX Reunión de la Comisión Mixta Hispano-Dominicana de Cooperación, hecha en Santo Domingo el 29 de enero de 2019<sup>89</sup>, y alcanzada en el marco del Acuerdo complementario general de cooperación del Convenio básico de cooperación científica y técnica de 8 de marzo de 1988<sup>90</sup>, se establece como una de las principales metas la protección del patrimonio cultural y natural, no haciendo referencia expresa alguna al patrimonio cultural subacuático.

En conclusión, los numerosos casos de pecios españoles que pueden existir en aguas de la República Dominicana, unido al hecho, como quedó demostrado con el proyecto arqueológico Galeones de Azogue respecto del pecio de El Guadalupe, de que la práctica seguida por el Gobierno dominicano de contratar con empresas privadas especializadas en el rescate de pecios antiguos, aunque tengan un éxito parcial en la recuperación de objetos, produce daños permanentes, desde el punto de vista arqueológico, son razones de peso que avalan la conveniencia y la urgencia de que el Reino de España reactive de nuevo y con mayor intensidad las negociaciones bilaterales con la República Dominicana sobre este particular.

### 3 TERCER PERIODO (1998 EN ADELANTE)

Con el descubrimiento de los pecios Juno y La Galga se inicia un tercer periodo, caracterizado por reclamaciones activas del Estado español (tanto judiciales como, en ocasiones, de índole diplomática, por ejemplo, en el supuesto del San Salvador) y triunfos ante los tribunales norteamericanos, que se han visto reforzados con el fallo del litigio originado a raíz del descubrimiento del pecio de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes. En esta etapa la fuerza motriz será el principio de inmunidad, defendido a ultranza por España y otras grandes potencias marítimas como los Estados Unidos. Prima la protección, respeto y conservación del patrimonio cultu-

---

<sup>89</sup> Acta de la IX Reunión de la Comisión Mixta Hispano-Dominicana de Cooperación, hecha en Santo Domingo el 29 de enero de 2019. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-15308](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-15308)

<sup>90</sup> Acuerdo Complementario General de Cooperación del Convenio Básico de Cooperación Científica y Técnica entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Santo Domingo el 8 de marzo de 1988. BOE n.º 229, de 24 de septiembre de 1991. BOE-A-1991-23847. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-23847](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-23847)

ral subacuático frente al saqueo, el expolio y la explotación comercial del mismo.

### 3.1 JUNO Y LA GALGA

La fragata de cincuenta cañones La Galga<sup>91</sup> se unió a la Armada española en 1732. Al principio, sirvió en la Flota del Mediterráneo, pero en 1736 partió hacia América para unirse a la flota que protegía las rutas marítimas en el Atlántico y el Caribe. Durante catorce años, La Galga escoltó convoyes entre puertos como Veracruz, La Habana y Cádiz.

Bajo el mando del irlandés Daniel Houny, La Galga partió en su último viaje el 7 de agosto de 1750, con la tarea de proteger un convoy que se dirigía a Cádiz. Sin embargo, una violenta tormenta cerca de las Bermudas el 18 de agosto del mismo año causó daños graves al buque, que finalmente naufragó días después cerca de la costa este de América del Norte, entre los que ahora son los Estados de Maryland y Virginia. La mayoría de la tripulación y los pasajeros lograron llegar a tierra.

Después del naufragio, el capitán Houny intentó recuperar los objetos del barco, pero fue obstaculizado por el saqueo local. Aunque buscó del entonces gobernador Ogle de Maryland ayuda para proteger los restos del naufragio, otra tormenta acabó con cualquier posibilidad de salvamento. Durante casi 250 años, los restos de La Galga permanecieron en el fondo del mar hasta que la empresa norteamericana Sea Hunt, del millonario cazatesoros Ben Benson, los halló. No obstante, existían anteriormente evidencias documentales sobre su localización.

El Juno<sup>92</sup> fue un galeón construido en 1789, que, equipado con 35 cañones, se sumó a la flota de la Armada española en 1790, partiendo de Cádiz acompañada de una escuadra de buques que navegaban hacia Cartagena de Indias. Durante una década, Juno surcó los mares bajo el pabellón de la Armada Real Española, tal y como La Galga había hecho anteriormente.

El 15 de enero de 1802, Juno se hizo a el mar rumbo a Cádiz desde Veracruz, bajo el mando de Juan Ignacio Bustillo. Sin embargo, una feroz tormenta azotó al navío, obligándolo a refugiarse en San Juan, Puerto Rico, donde se llevó a cabo una extensa labor de reparación que se prolongó durante siete meses. El 1 de octubre de ese mismo año, Juno partió de San Juan en compañía de la fragata Anfiriza, con la misión de transportar al 3.<sup>er</sup>

<sup>91</sup> Ruiz Manteca, R., *op. cit.*, pp. 84-85; Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 404-405.

<sup>92</sup> Ruiz Manteca, R., *op. cit.*, pp. 85-87; Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 405-406.

Batallón del Regimiento de África, junto con las familias de los soldados y diversos funcionarios civiles, de regreso a España tras un largo servicio en el extranjero.

El 19 de octubre de 1802, una violenta tormenta separó ambos buques. A medida que la tormenta aumentaba en intensidad, Juno hacía cada vez más agua, por lo que se arrojaron los cañones por la borda para aligerar peso. Días más tarde, el maltrecho Juno se encontró con el *schooner* estadounidense La Favorita. Ambos buques, desesperados por encontrar resguardo, navegaron juntos hacia el oeste, buscando refugio en algún puerto mientras luchaban contra los embates de el mar. Sin embargo, Juno seguía inundándose y, durante una encalmada en medio de la tormenta, se intentó, infructuosamente, un traslado de la dotación del Juno a La Favorita, pero tan solo siete personas lo lograron. Otra tormenta arreció nuevamente y separó los barcos.

El 28 de octubre, en medio de una densa niebla Juno desapareció sin dejar rastro. Un total de 432 personas, entre marineros, soldados y civiles, perecieron en su naufragio, en aguas de lo que hoy en día es el Estado de Virginia. Aunque las autoridades españolas iniciaron una investigación sobre su pérdida, no se logró conocer su ubicación exacta hasta que así lo hizo la antes citada Sea Hunt.

Los problemas sobre la titularidad de los pecios no tardaron en llegar<sup>93</sup>. El Estado de Virginia reclamó los derechos de propiedad de los pecios, alegando que le correspondían en virtud del Abandoned Shipwreck Act de 1987<sup>94</sup>. Por su parte, Sea Hunt, Inc., tras haber obtenido licencias para ello, invirtió ingentes sumas de dinero en la exploración de estos buques y el 11 de marzo de 1998 presentó una acción procesal marítima destinada a negar todo derecho del Reino de España y reafirmar la ley del Almirantazgo. Al día siguiente, la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Oriental de Virginia (División de Norfolk)<sup>95</sup> determinó, por un lado, el derecho exclusivo de Sea Hunt sobre la exploración de los pecios, y, por otro, el deber de notificación de esta tanto al Estado de Florida como al Reino de España, circunstancia de notoria relevancia, pues supone un cambio de calado en el modo de atender este tipo de supuestos.

<sup>93</sup> Ruiz Manteca, R., *op. cit.*, pp. 88-106; Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 406-437.

<sup>94</sup> En virtud de este, corresponderían al Estado ribereño los pecios de los buques abandonados por el Estado de pabellón.

<sup>95</sup> Orden dictada por la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Oriental de Virginia (División de Norfolk) el 12 de marzo de 1998 en el asunto «Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels».

El 18 de mayo del mismo año, el Gobierno de los Estados Unidos se persona en el procedimiento, interponiendo una moción en la que se reclama representar los intereses de España en el litigio. En agosto presentó otra moción para que el National Park Service regulara el salvamento y protección de los restos del pecio, que fue rechazada por Sea Hunt que presentó distintas mociones oponiéndose a todas las anteriores. La Corte de Distrito rechazó distintas mociones: negó el derecho de los Estados Unidos de intervenir personalmente y de actuar en representación del Gobierno de España, por lo cual se dio a este un plazo de noventa días para designar abogados y comparecer. El 23 de diciembre España intervino en el proceso, designando como abogados al bufete Convington & Burling, en colaboración con el Servicio Jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores y el consejero de Asuntos Legales de la embajada española en Washington.

El Reino de España aducía que, en el momento del hundimiento, Juno y La Galga se trataban de buques de la Armada Real<sup>96</sup> y que, en ningún caso, se produjo ningún abandono. Los Estados Unidos llevaron a cabo una declaración de interés de los Departamentos de Defensa y de Estado de los Estados Unidos. La primera fue redactada por el contralmirante John D. Hutson, juez abogado general de la Armada de los Estados Unidos y representante del departamento de Defensa para los Asuntos de Política Oceánica<sup>97</sup>, que, proclamaba los derechos del Estado de pabellón sobre los pecios, fruto de la costumbre y la cortesía internacional, así como el propio interés de los Estados Unidos de la aplicación de este principio en defensa de sus propios pecios. La segunda declaración, la del Departamento de Estado de los Estados Unidos, fue redactada por Mary Beth West, segunda ayudante del Secretario de Estado para los Océanos, las Pesquerías y el Espacio, y declaraba también los derechos soberanos del Estado de pabellón sobre los buques de guerra con las excepciones de haber sido capturados o abandonados.

El litigio se centró en determinar si el Reino de España había abandonado dichos buques o no. La Corte resolvió en sentencia de 22 de abril de 1999<sup>98</sup>, estableciendo que el Reino de España había abandonado los restos

---

<sup>96</sup> La certificación como buques de guerra se produjo a finales de mayo de 1998 por el almirante director del Instituto de Historia y Cultura Naval, José Ignacio González Aller-Hierro. De Leste Contreras, T. (2013). La Fragata de guerra Mercedes: ¿El último caso? *Revista General de Marina*. Vol. 265.

<sup>97</sup> Perteneciente al JAG (*Judge Advocate General's Corps*), lo que en España equivaldría al extinto Cuerpo Jurídico de la Armada, hoy Cuerpo Jurídico Militar.

<sup>98</sup> Sentencia del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Virginia (División de Norfolk) de 22 de abril de 1999 en el asunto «Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels».

de La Galga, pero no los de Juno. Por tanto, los derechos de la primera corresponderían a la empresa privada Sea Hunt, mientras que los de la segunda a España. La decisión sobre *La Galga* se fundamentó en el art. XX del Tratado de Paz de 1763 firmado tras la guerra de los siete años<sup>99</sup>, entre Francia, España y Gran Bretaña por el que se transmitían ciertos territorios del Reino de España al Reino Unido. No obstante, en el artículo que justificó la decisión no se hacía mención alguna a los pecios de los buques naufragados en las costas de dichos territorios. La resolución sobre Juno se fundamentó en el artículo segundo del Tratado de Paz de 1819<sup>100</sup>, entre Estados Unidos y el Reino de España por el que se ponía fin a la guerra de 1812. Se considera por la Corte que la cesión de territorios de España a Estados Unidos que se produjo en su virtud era mucho más explícita que el antes mentado, y que no se extendía en este caso al ámbito cuestionado.

Respecto a la interpretación de la Corte del art. XX del Tratado de Paz de 1763, tanto Gran Bretaña como el Reino de España remitieron notas diplomáticas manifestando su oposición a la misma y expresando que en ningún caso se debería entender el naufragio de La Galga como un abandono<sup>101</sup>. Dichas notas constituyeron anexos a la moción presentada por España respecto a la sentencia citada. No obstante, esta fue rechazada.

---

<sup>99</sup> Tratado de Paz entre Francia, el Reino Unido y España, firmado en París el 10 de febrero de 1763.

«Su Majestad Católica cede [...] toda propiedad a Su Majestad Británica, la Florida con el fuerte de San Agustín y la Bahía de Panzacola, como también todo lo que la España posee en el continente de la América setentrional al este ó al sudeste del rio Misisipi; y generalmente de todo lo que depende de los dichos Países y Tierras con la soberanía, propiedad, posesión y todos los derechos adquiridos por tratados ó de otra manera, que el rei católico y la corona de España han tenido hasta ahora á los dichos Países, Tierras, Lugares y sus habitantes, así como el rei católico cede y transfiere el todo al dicho rei y á la corona de la Gran Bretaña; y esto de la manera y la forma más amplia [...] que Su Majestad Católica tendrá la facultad de hacer transportar todos los efectos que puedan pertenecerle, ya sea artillería ó ya otros».

<sup>100</sup> Tratado de Amistad, Solución y Límites entre los Estados Unidos de América y su Católica Majestad (el Reino de España), firmado el 22 de febrero de 1819.

«His Catholic Majesty cedes to the United States, in full property and sovereignty, all the territories which belong to him, situated to the Eastward of the Mississippi, known by the name of East and West Florida. The adjacent Islands dependant on said Provinces, all public lots and squares, vacant Lands, public Edifices, Fortifications, Barracks and other Buildings, which are not private property [...]».

<sup>101</sup> Reino Unido determinaba que, en ningún caso, esta fue la intención del art. XX, mientras que España, además, hacía referencia a un Tratado de 1667 entre ambas naciones por el que se comprometían, respectivamente, a no tomar posesión de los buques de la otra nación.

Inmediatamente la Embajada española en Washington elevó un informe<sup>102</sup>, recomendando apelar la sentencia recaída, basándose en tres argumentos. En primer término, cuestionando la interpretación del Tratado de 1763 verificado por la sentencia. En segundo lugar, impugnando la sentencia en el sentido de que no era más que una resolución salomónica que no respondía a las alegaciones jurídicas que España había formulado. Y, por último, en tercer término, por cuanto la sentencia no había abordado el núcleo esencial de la controversia, esto es la total inmunidad de los buques de guerra con independencia de la fecha y lugar de su hundimiento. El informe surtió efecto y el Reino de España impugnó la sentencia. A su vez, el gobierno estadounidense también formuló alegaciones en su condición de *amicus curiae*, reforzando la posición española.

Por fin, el 21 de julio del 2000, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Cuarto Circuito dictó una decisión<sup>103</sup>, acogiendo la tesis española, basándose en dos extremos: la interpretación del término «abandono» y la determinación de si La Galga y Juno fueran abandonadas por el Reino de España, en términos jurídicos. Lo esencial del razonamiento de la Corte se basa en la recta interpretación del art. XX del Tratado de 1763, ya que en ningún caso se podría entender del sentido literal del artículo que entre las cesiones expresadas en el mismo se incluya a La Galga. También entendió que España cedió a Gran Bretaña solo lo que se encontrara en tierra firme, no en el mar ni en el fondo marino. Además, sobre la disposición final del referido artículo («Su Majestad Católica tendrá la facultad de hacer transportar todos los efectos que puedan pertenecerle, ya sea artillería ó ya otros»), se llega a la conclusión de que el ejercicio del derecho para efectuar el transporte de todo cuanto fuese de su propiedad, estaba previsto sin límite temporal alguno.

Finalmente, se concluye que La Galga no fue abandonada en modo expreso por el Reino de España. En síntesis, esta resolución revoca la sentencia impugnada en lo que respecta a La Galga y confirma lo que a ella resolvió respecto de Juno, disponiendo que ambos buques eran propiedad del Reino de España y que a la empresa privada Sea Hunt no le correspondería ningún premio. La sentencia adquirió firmeza, pues el recurso de casación que contra ella dedujeron las partes perdedoras fue inadmitido a trámite.

---

<sup>102</sup> Toda la documentación a la que se hace referencia en este punto fue facilitada a Bou Franch por autoridades españolas. Es por ello por lo que su obra es una de las más fiables y detalladas sobre la materia.

<sup>103</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Cuarto Circuito de 21 de julio del 2000 en el asunto «Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels».

No puede ocultarse que este proceso supone un antes y un después, confirmando las tesis jurídicas favorables al Reino de España, en línea con una recta interpretación del CNUDM y, en cierta forma coherentes con lo que lo que vino a regularse en el Convenio de París, con los matices sugeridos en la parte inicial de este trabajo. Por otra parte, esta controversia mostró el apoyo de otras potencias con intereses en el ámbito marítimo, como Estados Unidos y el Reino Unido de la Gran Bretaña.

### 3.2 SAN SALVADOR

En este periodo, España no solo participó activamente en los litigios que se originaron frente a tribunales estadounidenses, sino que también llevó a cabo una fuerte actividad diplomática con el objeto de defender los pecios de su pabellón. Claro ejemplo de ello es el supuesto del buque San Salvador<sup>104</sup>, hundido en aguas de Uruguay.

Este buque tenía como misión el transporte de tropas desde Cádiz y estaba destinado en El Callao (hoy Perú). En 1812, tras la revolución del Río de la Plata (hoy Uruguay) cambió su rumbo hacia Montevideo para llevar refuerzos. Fue sorprendido por una fuerte tormenta que provocó su naufragio.

En 1993 dos buceadores que contaban con autorización para ello, de Uruguay, encontraron el pecio. Años más tarde, contrataron al arqueólogo Mensun Bound para que colaborara con ellos y elaboraron un proyecto de investigación que contó con el visto bueno de las autoridades uruguayas. En el marco de esto se realizaron todas las actividades relacionadas con el pecio hasta que encontraron restos humanos de la tripulación del buque, lo que provocó que el director del proyecto, el citado arqueólogo, desistiera del mismo. En este momento, el Reino de España tuvo conocimiento del descubrimiento del pecio a través de una publicación en un periódico local.

En este caso, no se llegó a la vía judicial y se optó por el desarrollo de negociaciones entre los dos países, con respeto a lo previsto en el art. 303 párrafos 1 y 3, de la CNUDM, declarándose por Uruguay que paralizaría cualquier actividad de recuperación de buques españoles hundidos en sus aguas, con subordinación a las negociaciones correspondientes.

---

<sup>104</sup> Bou Franch, V., *op. cit.*, pp. 438-458.



### 3.3 NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES

También conocido como Caso Odyssey, ha supuesto una controversia decisiva para los intereses de España, especialmente por constituir una rotunda confirmación del apoyo estadounidense a la protección del patrimonio cultural subacuático. Este asunto se caracterizó por una gran indecisión por parte de las autoridades españolas, por la complicidad del Reino Unido con la empresa cazatesoros y por la picaresca e intentos de engaño de esta. Tanto es así que este caso trascendió a la opinión pública, llegando incluso a la pequeña pantalla<sup>105</sup>.

La fragata Nuestra Señora de las Mercedes<sup>106</sup>, en 1804, tras haber navegado, junto a otras tres fragatas españolas, desde el Río de la Plata hasta Cádiz cargada de monedas y de joyas, sufrió una explosión y fue hundida en un enfrentamiento con una escuadra inglesa, en la costa gaditana frente al Algarve portugués. Sin embargo, la empresa cazatesoros<sup>107</sup>, tal y como se verá a continuación, ha negado que el pecio hallado se correspondiera con esta y siempre se ha referido a ella bajo el pseudónimo Black Swan.

El origen del conflicto se puede situar en el momento en el que Odyssey solicitó autorización al gobierno español a través del gobierno estadounidense, para investigar y explorar el pecio del buque británico HMS Sussex,

---

<sup>105</sup> Con la serie española *La Fortuna* dirigida por Alejandro Amenabar. Si bien constituye un buen reflejo de la problemática de las empresas cazatesoros y la importancia de una coordinación interministerial en materia de protección del Patrimonio Cultural Subacuático, la serie ha sido criticada por no mostrar fielmente los entresijos de los trabajos para la identificación y localización del pecio. En esta tuvieron un papel determinante la UCO de la Guardia Civil, con Antonio Cortés, el Servicio Marítimo, el historiador y militar Hugo O'Donnell y Duque de Estrada, Duque de Tetuán y conde de Lucena, el almirante Teodoro de Leste y su sucesor en la dirección del Museo Naval el también almirante Gonzalo Rodríguez González-Aller, el abogado español *Jose María Lancho*, el arqueólogo Javier Noriega, el ecologista algecireño Antonio Muñoz y el abogado maritimista Lorenzo Sarmiento, entre otros. García Calero, J. (2012). *Los auténticos héroes del caso Odyssey*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://www.abc.es/cultura/abci-heroes-odyssey-sociedad-civil-201202260000\\_noticia.html](https://www.abc.es/cultura/abci-heroes-odyssey-sociedad-civil-201202260000_noticia.html); *El mapa de la Armada que desveló cuál era el expolio del caso Odyssey*. [Consulta: de mayo de 2024]. Disponible en: [https://www.abc.es/cultura/abci-mapa-armada-desvelo-cual-expolio-caso-odyssey-202111020037\\_noticia.html](https://www.abc.es/cultura/abci-mapa-armada-desvelo-cual-expolio-caso-odyssey-202111020037_noticia.html)

<sup>106</sup> Ruiz Manteca, R., *op. cit.*, pp. 89-106; Carrera Hernandez, J. (2009). El asunto de Nuestra Señora de las Mercedes (Odyssey). *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. N.º 17; O'donnell y Duque De Estrada, H. (2013). *El litigio por el pecio de la fragata Mercedes. Razones históricas de España*. Real Academia de Historia. Madrid.

<sup>107</sup> La compañía privada Odyssey Marine Exploration, con sede en Tampa, se autodefine en su página web <https://www.odysseymarine.com> como «líder de exploración, validación y desarrollo de minerales submarinos». Menciona su colaboración con gobiernos interesados en el desarrollo y exploración de su ZEE y, lo que es más curioso, se refiere en la misma al compromiso con el medioambiente y el desarrollo sostenible.

navío de línea hundido en 1964 en la costa gibraltareña, a causa de un fuerte temporal. La autorización se otorgó<sup>108</sup> en 2005 por medio de nota diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación bajo tres condiciones: a) sujeción absoluta al principio de legalidad, b) las tareas deberían únicamente estar dirigidas a la identificación del pecio, c) deberían realizarse bajo la supervisión de un arqueólogo seleccionado por la Junta de Andalucía. Al incumplirse estas, se ordenó la paralización de los trabajos, pero se desoyó la misma. Razón por la cual la Guardia Civil acordó la busca y captura del capitán de uno de los barcos de la empresa, el *Odyssey Explorer*.

Las sospechas no tardaron en llegar, concretamente en 2007 cuando la empresa cazatesoros anunció que fruto de dicha actividad se habían obtenido un total de 17 t de monedas de plata y oro, con un valor de 500 000 000 \$, y que dichos bienes habían llegado a Florida a través de Gibraltar (con la consiguiente aquiescencia de las autoridades británicas, que en ningún momento informaron al Reino de España). El área de Patrimonio Sumergido del Instituto de Historia y Cultura Naval llevaba tiempo haciendo seguimiento de todas aquellas noticias o casos que pudieran tener relación con el patrimonio subacuático y, en junio de 2007 informó al almirante jefe de Estado Mayor de la Armada de que existía un convencimiento de que el pecio hallado se correspondía con el buque español Nuestra Señora de las Mercedes. La Armada comenzó, en aquel momento, un arduo trabajo de investigación, que fue determinante para la identificación y localización del pecio<sup>109</sup>. Como consecuencia de este devenir de los acontecimientos se produjeron distintas reuniones con representantes de la Armada, la Dirección General de la Guardia Civil, el Consejo General del Poder Judicial, la Abogacía del Estado y los ministerios de Asuntos Exteriores, Cultura y Justicia<sup>110</sup>, a raíz de las cuales se decidió pleitear ante los tribunales de Florida. A partir de este momento, la compañía se refirió al pecio hallado con el pseudónimo *Black Swan*, negando que se tratara del HMS *Sussex*. El Juzgado de la Línea de la Concepción acordó el apresamiento de dos de los

---

<sup>108</sup> Al amparo del Real Decreto 799/1981, de 27 de febrero, sobre normas aplicables a la realización de actividades de investigación científica-marina en zonas sometidas a jurisdicción española. *BOE* n.º 110, de 8 de mayo de 1981. *BOE-A-1981-10394*.

<sup>109</sup> Se constituyeron dos grupos de trabajo: uno en el Cuartel General de la Armada, donde se encuentra el Museo Naval, y otro en el Archivo General de la Armada Don Álvaro de Bazán. De hecho, la Armada ya en 1981 creó el Centro de Estudios Histórico-Navales Subacuáticos, ubicado en el Museo Naval y especializado en la promoción y asesoramiento de estudios y trabajos relacionados con la documentación histórica de los restos. De Leste Contreras, T., *op. cit.*

<sup>110</sup> Sobre estas reuniones dirigidas por Luis Lafuente Batanero se puede consultar en el artículo citado. De Leste Contreras, *Ibid.*

buques del Odyssey: el Odyssey Explorer y el Ocean Alert. Sin embargo, estos hicieron llegar un tercer barco, el Swift Secure, para transferir a este el material que aquellos transportaban.

España, ante estas evidencias, se personó en los tres procedimientos que se sustanciaron ante la Corte de Distrito Centro de Florida como consecuencia de las demandas de Odyssey para que se reconocieran sus derechos de propiedad sobre tres buques (uno en el canal de Inglaterra<sup>111</sup>, otro en el Estrecho de Gibraltar<sup>112</sup> y otro al sur de Cerdeña<sup>113</sup>). El Reino de España exigió la identificación de los pecios, la intervención de expertos nacionales a efectos de determinar si las monedas eran españolas, y, la entrega de los vídeos y fotografías. Sin embargo, la compañía privada se negó en rotundo, argumentando que esta información podría ser aprovechada por sus rivales en el sector. En auto de 12 de marzo de 2008 se exige a Odyssey que en el plazo de treinta días ponga en conocimiento judicial la información acerca de la localización de los pecios, su número e identificación, y, a España que en el plazo de otros diez días contados desde que la empresa proporcionara la información, para presentar pruebas y determinar qué buques habría hundidos cerca de la localización.

No obstante, el análisis se centra en el segundo asunto, referente al pecio hallado en las proximidades del Estrecho de Gibraltar. El Juzgado concedió a España un plazo para que presentara pruebas acerca de si dicho pecio se correspondía con el Nuestra Señora de las Mercedes, y, a Odyssey otro de igual duración para rebatirlas. Sin embargo, la compañía privada, sin negar categóricamente que se tratara del buque español, determinó que no había pruebas suficientes para declarar rotundamente que sí lo fuera, ofreciendo el nombre de otros buques hundidos en la misma zona. En este punto, la compañía privada ofrece un acuerdo al Reino de España, que es rechazado.

Cabe recordar que en este litigio también se personaron tanto el Estado de Perú (puesto que las monedas transportadas habían sido acuñadas en su país) como descendientes de los titulares de los bienes de los efectos transportados. La participación de los últimos en el litigio fue una estrategia de Odyssey para demostrar el origen privado de los bienes y, ya de paso, dilatar el procedimiento. No obstante, algunos de estos descendientes se

---

<sup>111</sup> *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. The Unidentified, Shipwrecked Vessel or Vessels*, Case Number 8:2006cv01685.

<sup>112</sup> *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. The Unidentified, Shipwrecked Vessel or Vessels*, Case no 8:2007cv00614.

<sup>113</sup> *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. The Unidentified, Shipwrecked Vessel or Vessels*, Case no 8:2007cv00616.

negaron a participar, ya que consideraban que sus antepasados ya habían sido indemnizados años atrás por el Reino de España.

En junio de 2009, el juez Mark Pizzo emitió un informe, asumiendo todas las alegaciones del Reino de España: el buque hallado se correspondía al Nuestra Señora de las Mercedes, era un buque de guerra español, y, por tanto, este y sus bienes estarían sujetos al principio de inmunidad (de acuerdo con la costumbre internacional, la línea determinada por el gobierno estadounidense, la FSIA y el Sunken Military Craft Act), declarándose incompetente para conocer del asunto.

El juez de Tampa, Steven D. Merryday, competente para resolver, aceptó todas estas tesis y dio un plazo a Odyssey para la devolución de los efectos extraídos, constituyendo a la compañía privada como depositaria de estos hasta la resolución de la apelación. La sentencia fue recurrida a la Court of Appeals for the Eleventh Circuit<sup>114</sup> y el Tribunal de Atlanta ratificó la decisión del Juzgado de Tampa, dando un plazo de diez días a Odyssey para devolver los bienes extraídos a España o interponer un recurso ante el Tribunal Supremo. Este fue interpuesto y rechazado. Los bienes llegaron a España en febrero de 2012, la mayor parte de efectos se encuentra en el Museo Nacional de Arqueología Subacuática de Cartagena (ARQUA) y una pequeña parte en el Museo Naval de Madrid.

Una de las lecciones del supuesto que se ha expuesto pudiera ser la necesidad de una coordinación nacional entre diferentes ministerios, coordinación que parece, dadas las resultas, de la controversia, ofreció frutos más que evidentes. Puede considerarse que el Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático de 2007<sup>115</sup>, supuso un esfuerzo muy positivo al efecto. Además, en la Estrategia de Seguridad Marítima 2024<sup>116</sup> se articula la preservación del patrimonio cultural subacuático como uno de los intereses primordiales en el ámbito marítimo. Se establece la necesidad de avanzar en las medidas del Plan Nacional, expresamente se determina en relación con los pecios la defensa de los mismos en aguas de terceros e internacionales a la luz del Convenio UNESCO con los estados que lo hayan firmado y alternativamente, para los que no, la elaboración de acuerdos *ad hoc*.

---

<sup>114</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones del Undécimo Circuito de 21 de septiembre de 2011 dictada en el asunto «Odyssey Marine Exploration v. Kingdom of Spain».

<sup>115</sup> *Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático*. (2007). [Consulta: 28 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.cultura.gob.es/dam/jcr:f39c5725-7fa9-4144-b43c-cae9b5f5eb3a/plan-nacional-proteccion-pcs.pdf>

<sup>116</sup> Orden PJC/501/2024, de 27 de mayo, por la que se publica la Estrategia Nacional de Seguridad Marítima 2024, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional. *BOE* n.º 130, de 29 de mayo de 2024. BOE-A-2024-10762.

## **RETOS ACTUALES: EL GALEÓN SAN JOSÉ**

Una vez analizada la normativa aplicable y la práctica española del último siglo, se examina qué está ocurriendo hoy en día y a qué se enfrenta España.

### **1 HUNDIMIENTO Y HALLAZGO**

El mayor reto en la materia que se presenta a España es el supuesto del Galeón San José, descubierto en 2015 en aguas colombianas. Este buque era la nave capitana de la Flota de Tierra Firme, que partió el 28 de mayo de 1798, de Portobelo, donde había recogido el millonario cargamento que transportaba, hacia Cartagena de Indias.

Esta feria del puerto panameño era un enclave estratégico del intercambio comercial entre España y sus territorios ultramarinos. La idea era poner rumbo a la Habana para hacer las consiguientes reparaciones y avituallarse antes de dirigirse a la península. Sin embargo, el 8 de junio, en las inmediaciones de la península de Barú, es atacado por buques ingleses que trataron de hacerse con cuanto iba a bordo. No obstante, ocurrió el desastre y tras dos arduos días de combate, el buque inglés Expedition alcanzó la santabárbara del San José, provocando su naufragio y la muerte de casi seiscientas personas. Los demás buques de la flota llegaron a Cartagena de Indias<sup>117</sup>.

Si bien el hallazgo del pecio se produjo en 2015, es importarse remontar años atrás para poder comprender la magnitud y entresijos del problema. Desde su naufragio, han rodeado al San José conspiraciones, leyendas y teorías acerca de su ubicación exacta. Ya en los años ochenta, con autorización por parte de la Dirección General Marítima de Colombia, la empresa Glocca Morra Company comenzó a buscar el galeón en aguas colombianas y en diciembre de 1981 encontró el San José. El gobierno colombiano y la empresa acordaron mantener en secreto su localización y, poco después, se acordó retribuir a dicha entidad con el 35 % del cargamento. Años más tarde, esta compañía cedió sus derechos sobre el mismo a la empresa Sea Search Armada (en adelante, SSA). Sin embargo, Colombia no quiso celebrar un acuerdo por escrito y el parlamento aprobó la Ley de Confiscación, que daría lugar a la nulidad del contrato<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> Raboso Pantoja, E. (2018). El Galeón San José: la batalla jurídica. *Revista de Historia Naval*, n.º 142.

<sup>118</sup> Porras Ferreira, J. W. (2018). Breve reseña histórica del Galeón San José. *ResearchGate*.

La República de Colombia mantuvo firmemente que las coordenadas proporcionadas por la empresa no se correspondían a la ubicación del galeón y se produjeron distintos intercambios y notas de prensa en las que ambas partes defendieron firmemente sus posturas y que darían lugar a décadas de litigios. Al no llegar a ningún acuerdo, SSA interpuso una demanda en 1989 ante la jurisdicción civil colombiana que desembocó, en 2007, en sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que decidió que cada una de las partes tendrían derecho a la mitad del cargamento. No obstante, dicha resolución contiene dos votos particulares en los que se hace hincapié en que la cuestión debió haberse sustanciado en el ámbito administrativo y no civil, al tratarse de patrimonio cultural subacuático, y, por ende, debiendo primar la conservación del mismo. El Consejo de Estado de Colombia defendió que la diferencia entre «tesoro» y «patrimonio cultural» es que este último debería llevar alguna marca o signo distintivo, tal y como ocurre con el cargamento del pecio. En 2011 una Corte en Washington declaró que el cargamento pertenecía al Estado Colombiano<sup>119</sup>.

En 2013, durante el mandato del presidente colombiano José Manuel Santos, se aprueba la Ley 1675 de Patrimonio Cultural Sumergido<sup>120</sup> con el objeto aparente de protegerlo, constituyendo, sin embargo, un gran desamparo de aquel al dejar la vía abierta a las empresas cazatesoros, y permitir la comercialización de los objetos extraídos de los pecios. Curiosamente, tan solo dos años más tarde, en diciembre de 2015, el referido presidente anunció el descubrimiento del galeón San José. Mostró fotografías y vídeos, pero mantuvo que su localización sería de máximo secreto. La respuesta del entonces ministro español de Asuntos Exteriores y Cooperación, José Manuel García-Margallo, no se hizo esperar y expresó que el pecio era español, al tratarse de un buque de guerra, y, por tanto, de Estado, que gozaba de inmunidad soberana y que España tomaría medidas «desde el minuto uno» para reclamarlo. Sin embargo, esto no llegó a materializarse. Mientras tanto, en Colombia se sucedieron distintas polémicas sobre irregularidades vinculadas a la licitación para la extracción del pecio, que trascendieron a la opinión pública. Tanto es así, que el expresidente colombiano se vería años más tarde investigado por el «saqueo» del galeón. La lucha por la protección del patrimonio se ha realizado de la mano de académicos, arqueólogos e historiadores que se han opuesto rotundamente al expolio y comercialización del buque.

---

<sup>119</sup> Porras Ferreira, J. W., *Ibid.*

<sup>120</sup> Ley 1675 de Patrimonio Cultural Sumergido de 2013.

Durante la siguiente presidencia, de Iván Duque, se ratificó en 2022 la tesis de que el galeón era colombiano e indivisible, a pesar de que, en diciembre de 2018, el ministro de Asuntos Exteriores español, Josep Borrell, aludió a un pretendido principio de acuerdo entre Colombia y España para rescatar el buque y llegar a una solución amistosa sobre el reparto de su cargamento, afirmación reiteradamente desmentida por las autoridades colombianas<sup>121</sup>. En 2019 tras una reunión entre el referido ministro y el de cultura y deporte, José Guirao, con la vicepresidenta de la República Colombiana, Marta Lucía Ramírez, se emitió un comunicado<sup>122</sup> que rezaba así:

«1. El gobierno de Colombia y España coinciden en el principio de preservación indivisible del patrimonio cultural subacuático. Coinciden a su vez en rechazar la explotación comercial que conlleve que objetos patrimoniales que hayan estado sumergidos sean objeto de transacciones, pago en especie, u operaciones de compra, venta, o trueque por actividades de extracción o conservación *de dicho patrimonio sumergido*.

2. Ambos gobiernos acuerdan explorar y considerar mecanismos que permitan materializar la oferta de cooperación científica y cultural del Reino de España al gobierno de Colombia en torno al proyecto del galeón San José, según la estructura institucional de dirección que la República de Colombia articule para adelantar el proyecto.

3. En torno al conocimiento, la cultura y la amistad, ambos gobiernos declaran su interés en fortalecer sus relaciones en materia de patrimonio cultural subacuático».

Si bien parecía ofrecer una solución, a la vista de los acontecimientos se deduce que se trató del punto de partida, con la República de Colombia manteniendo su tesis de exclusividad. Sin embargo, como ejemplo del posible logro de una solución intermedia que concilie las posiciones de las partes (aunque España muestra cierta inacción ante el problema, quizá para no ser tachada de neocolonialista), en febrero de 2024, bajo el mandato del actual presidente colombiano Gustavo Petro, se celebró el simposio «Desafíos y perspectivas en la investigación del galeón San José». Tuvo lugar en Cartagena de Indias, donde el ministro de Culturas colombiano, Juan David Correa, anunció que las tareas de extracción se iniciarían en abril

<sup>121</sup> Porras Ferreira, J. W., *Ibíd.*

<sup>122</sup> Comunicado de 18 de octubre de 2019 sobre el Galeón San José. (2019). [Consulta: 28 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/Comunicados/Paginas/2019\\_COMUNICADOS/20191018\\_COMU157.aspx](https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/Comunicados/Paginas/2019_COMUNICADOS/20191018_COMU157.aspx)

de 2024. La directora del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Alhena Caicedo, afirmó que «hay una disposición tanto del Gobierno colombiano como del Gobierno español para pensar en el galeón San José en términos de un patrimonio compartido». Añadiendo que:

«[...] podemos traducirlo en un escenario de cooperación, de intercambio, que nos permita entre ambos Estados gestionar, pensar en el galeón San José como parte del patrimonio no solamente de España, no solamente de Colombia y de otros pueblos».

Por su parte, el embajador español en Colombia, Joaquín de Arístegui Laborde, manifestó:

«[...] tengo instrucciones de mi Gobierno para ofrecer hoy la posibilidad de seguir trabajando en la elaboración de un acuerdo bilateral de cooperación en esta materia que permita que Colombia y España den un paso histórico, porque están capacitados para ello, para crear un paradigma de cooperación bilateral».

Proponiendo la intervención de «las organizaciones internacionales especializadas en la materia, como la Unesco, para crear un nuevo referente, un nuevo paradigma en materia de protección del patrimonio subacuático»<sup>123</sup>.

## 2 POSIBLES SOLUCIONES

Este buque, que ya había inspirado literariamente a Gabriel García Márquez treinta años antes de su hallazgo, en *El amor en tiempos del Cólera*, continúa dando de qué hablar. Se reúnen distintas circunstancias comunes a todos los pecios examinados hasta ahora: un cargamento millonario, un trágico naufragio y un espectacular valor histórico y cultural. Todo ello salpicado por intereses económicos, políticos e incluso ligados a la corrupción.

Se puede observar una pequeña peculiaridad, y es que, las controversias estudiadas previamente se desarrollaron a dos o tres bandas, pero en

---

<sup>123</sup> España y Colombia, cerca de una solución para el tesoro del barco con 20.000 millones. (2024). [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.huffingtonpost.es/politica/espana-colombia-cerca-solucion-tesoro-barco-20000-millones.html>



esta aparecen múltiples sujetos. Esto se debe a que el cargamento provenía del Virreinato del Perú, la plata se obtenía en las minas de Potosí (Bolivia), se trasladaba a Lima (Perú) y en su ceca, se acuñaban las monedas de oro y plata que luego irían a Portobelo (Panamá).

Por tanto, se trata de un asunto en el que tienen intereses el Estado colombiano (en cuyas aguas se halló el pecio), la nación española (ya que se trata de un buque de guerra de la Real Armada española y sujeto al principio de inmunidad), la empresa estadounidense cazatesoros Sea Search Armada (que asegura haber aportado sus propios medios en 1981 para localizar el pecio y que entregó las coordenadas al gobierno colombiano a cambio de una compensación económica), la nación indígena Qhara Qhara de Bolivia (que asegura que el cargamento del buque les pertenece porque les había sido arrebatado por los españoles) y otros Estados como Ecuador o Perú (por ser el origen de los bienes) y Panamá (por ser el origen del viaje). Una compleja encrucijada de intereses y de posiciones cuando menos discutibles.

Antes de plantear una propuesta al conflicto, se ha de poner de manifiesto que, en 2015, año en el que se efectuó el descubrimiento del pecio, España se encontraba en una aventajada posición en cuanto a la defensa de su patrimonio cultural subacuático y el principio de inmunidad soberana de los pecios buques de Estado. Ello a resultas de los éxitos obtenidos en el foro norteamericano en los pleitos derivados de Juno y La Galga y, finalmente, de Nuestra Señora de las Mercedes, lo que implicaba una consagración del reseñado principio. Sin embargo, tras una década de inacción, silencio y falta de política nacional sólida, España se encuentra en una posición en la que tiene un escaso margen de maniobra.

En virtud de todo lo expuesto hasta este momento, es evidente que la política española en la materia debiera guiarse por dos principios inamovibles: la incolumidad del patrimonio cultural subacuático y la inmunidad soberana, principios íntimamente interrelacionados y que derivan tanto del CNUDM como del Convenio UNESCO. A estos dos axiomas, habría que añadir un tercero: la posibilidad de llevar a cabo acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales en determinados supuestos.

El primer principio, el de la protección del patrimonio cultural subacuático, es un óbice a la mercantilización de los restos concernidos, entorpeciendo las políticas depredadoras en ese ámbito, que no solo destruyen los fondos marinos, sino la posibilidad de estudiar la historia y la herencia cultural, así como mancillar los cementerios marinos.

Si bien es cierto que Colombia no ha firmado ninguno de los citados convenios, el principio de inmunidad soberana de los pecios buques de

Estado le es de aplicación como regla de Derecho consuetudinario. Se trata de una costumbre general, de aplicación universal a todos los Estados, que solo no le sería de aplicación si hubiera hecho uso en el momento de su formación de la llamada regla de objeción persistente. Además, la carga de la prueba corresponde a la parte que se opone a su oposición<sup>124</sup>. En este caso, correspondería a Colombia probar que ha realizado dicha oposición, que, sin embargo, no se ha producido desde la fecha de su creación como Estado a principios del siglo XIX, por lo que se entiende que le es de aplicación el reseñado principio de inmunidad soberana.

Por otro lado, es necesaria la elaboración de un acuerdo internacional, ya sea bilateral entre España y Colombia, o multilateral, supeditado al principio de inmunidad soberana que para España ha de ser primordial y teniendo como base la protección del patrimonio cultural subacuático, que nunca se podría ver afectado por ninguna actuación que se adoptara a resultas del acuerdo. Así, se reconoce en el art. 6 párrafo segundo del Convenio UNESCO la posibilidad de adherirse a los Estados que presenten un vínculo verificable, especialmente de índole histórico, cultural o arqueológico.

En este sentido cabría la posibilidad de incluir en el acuerdo a algunos de los terceros interesados antes mencionados (Perú, Ecuador, Panamá, la nación indígena Qhara Qhara...), si bien de forma matizada, habida cuenta de los vínculos más o menos tenues que con el pecio pudieran considerarse. Una interpretación extensiva o excesivamente generosa de la incorporación de terceros pudiera dar lugar a soluciones *ad absurdum*, tales como atender al origen, por ejemplo, de la vajilla encontrada a bordo, de origen chino y probablemente transportada a territorio americano por el galeón de Manila.

En suma, un arduo problema a solventar, en el que España parece que no cuenta con suficientes cartas para hacer prevalecer los consolidados principios de Derecho Internacional que ampararían su posición. Una cuadratura del círculo que quizá solo pudiera verse desatascada a través de un acuerdo satisfactorio para las partes. Probablemente, un mal menor para los intereses.

## CONCLUSIONES

PRIMERA: los pecios de los buques de Estado, y, por tanto, de los buques de guerra, gozan de un valor histórico, arqueológico y cultural incalculable. Representan la historia y el legado de los pueblos, proporcionando claves cruciales para comprender el pasado y, por tanto, el presente.

---

<sup>124</sup> Jimenez Piernas, C., *op. cit.*, p. 106.

Constituyen auténticos cementerios marinos y resguardan la memoria de aquellos que perecieron en el mar, y, en la mayoría de ocasiones, cumpliendo con su deber. La proliferación de empresas cazatesoros hace necesaria una lucha activa contra el expolio del patrimonio cultural subacuático, no solo para preservarlo, si no, también, para evitar la destrucción de los ecosistemas submarinos con las técnicas empleadas.

SEGUNDA: los buques de Estado gozan de inmunidad soberana, quedando sujetos únicamente a la jurisdicción del Estado de pabellón. Este principio es reconocido tanto por el Derecho convencional como por el consuetudinario. Se reconoce en textos internacionales como la Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar de 1982 y la Convención UNESCO sobre la protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001. Estas disposiciones son de obligado cumplimiento para los Estados que las han ratificado. No obstante, los que no formen parte de las mismas están sujetos al principio de inmunidad por la vía de la costumbre internacional. Se reconocen dos excepciones al principio: el abandono expreso del buque y la transferencia a un tercero. Las antiguas y actuales potencias navales como España, Estados Unidos, Reino Unido, Francia o Rusia tienen especial interés en su defensa dado el gran número de buques de su pabellón hundidos por el mundo.

TERCERA: la preocupación por el patrimonio cultural subacuático ha aumentado debido a una mayor conciencia social y a los avances técnicos para su detección y estudio, lo que ha influido en la evolución de la práctica española en este campo. Se observan tres periodos distintos en relación con la defensa de los pecios hundidos en aguas no nacionales: el primero de ellos, con anterioridad a 1985, y, por tanto, a la aprobación de la Ley de Patrimonio Histórico Español, caracterizado por la inactividad e incluso falta de personación en los litigios originados, siendo el ejemplo paradigmático de esta época el del galeón Nuestra Señora de Atocha; el segundo, de transición, entre 1985 y 1998, marcado por negociaciones diplomáticas, a raíz del hallazgo de numerosos pecios en costas dominicanas; y una tercera etapa, de 1998 en adelante, mucho más activa en la defensa y reclamación de pecios en aguas internacionales, culminando en éxitos judiciales tales como los casos de los galeones Juno, La Galga y la fragata Nuestra Señora de las Mercedes. Sin embargo, en la actualidad se observa una cierta inacción, a raíz del hallazgo del galeón San José en aguas colombianas.

CUARTA: España no ha llevado a cabo una defensa férrea del galeón San José, a pesar de haber logrado el reconocimiento de la soberanía del Estado de pabellón ante tribunales norteamericanos en otros supuestos en las décadas inmediatamente anteriores. Si bien es cierto que Colombia no

ha firmado ninguno de los convenios en los que se reconoce el principio de inmunidad, este le es de aplicación como regla de Derecho consuetudinario. No obstante, y a pesar del escaso margen de maniobra existente, España ha de tratar activamente de llegar a acuerdos tratar de salvaguardar su patrimonio, en la medida en que ello sea posible.

QUINTA: resulta urgente elaborar una política de Estado clara y sólida en la defensa de los pecios, basada en la defensa del principio de inmunidad soberana. La coordinación interministerial ha de servir de sustento a la misma, así como el conocimiento de la historia y la lucha contra el expolio del patrimonio cultural subacuático. Los condicionamientos existentes en el ámbito internacional no relegar los intereses y su amparo en la legalidad internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

*Acta de la IX Reunión de la Comisión Mixta Hispano-Dominicana de Cooperación.* (2019). Santo Domingo. 29 de enero de 2019. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-15308](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-15308)

Acuerdo Complementario General de Cooperación del Convenio Básico de Cooperación Científica y Técnica entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Santo Domingo el 8 de marzo de 1988. *BOE* n.º 229, de 24 de septiembre de 1991. *BOE-A-1991-23847*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-23847](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-23847)

*Agreement between Australia and the Netherlands Concerning Old Dutch Shipwrecks.* (2012). [Consulta: 29 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/historic-shipwrecks-act-1976\\_html/Historic\\_Shipwrecks\\_Act\\_1976\\_Australia.pdf](https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/historic-shipwrecks-act-1976_html/Historic_Shipwrecks_Act_1976_Australia.pdf)

*Agreement between the government of the United States of America and the government of the French Republic regarding the wreck of La Belle.* (s. f.). [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en [https://www.gc.noaa.gov/documents/gcil\\_la\\_belle\\_agmt.pdf](https://www.gc.noaa.gov/documents/gcil_la_belle_agmt.pdf)

AZCÁRRAGA Y BUSTAMANTE, J. L. (1983). *Derecho del Mar*. Vol. I, Madrid.

BARRADA FERREIRÓS, A. (2016). La inmunidad soberana de los buques de guerra y los buques de Estado. *Revista Jurídica Militar*. N.º 128.

- BOU FRANCH, V. (2005). *La flota imperial española y su protección como patrimonio cultural subacuático*. Valencia.
- CALERO, J. G. (2012). Los auténticos héroes del caso Odyssey. *ABC*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://www.abc.es/cultura/abci-heroes-odyssey-sociedad-civil-201202260000\\_noticia.html](https://www.abc.es/cultura/abci-heroes-odyssey-sociedad-civil-201202260000_noticia.html)
- CARRERA HERNÁNDEZ, J. (2009). El asunto del Nuestra Señora de la Mercedes (Odyssey). *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. N.º 17.
- CERVERA PERY, J. (1992). *El Derecho del Mar: Evolución, contenido, perspectivas*. Madrid.
- Colombia. Ley 1675, 2013. *Ley 1675 de Patrimonio Cultural Sumergido*.
- CMS Alabama Wreck Protection Agreement. (2013). [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://coast.noaa.gov/data/Documents/OceanLawSearch/CSS%20Alabama%20Wreck%20Protection%20Agreement,%20between%20the%20United%20States%20and%20France%20\(March%208,%201995\).pdf](https://coast.noaa.gov/data/Documents/OceanLawSearch/CSS%20Alabama%20Wreck%20Protection%20Agreement,%20between%20the%20United%20States%20and%20France%20(March%208,%201995).pdf)
- Comunicado de 18 de octubre de 2019 sobre el Galeón San José. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/Comunicados/Paginas/2019\\_COMUNICADOS/20191018\\_COMU157.aspx](https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/Comunicados/Paginas/2019_COMUNICADOS/20191018_COMU157.aspx)
- Convenio de Ginebra. (1949). *Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar*. Ginebra, 12 de agosto.
- Convención de Ginebra. (1958a). *Convención de Ginebra sobre Alta Mar*. Ginebra, 29 de abril.
- . (1958b). *Convención de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua*. Ginebra, 29 de abril de 1958.
- Convención de las Naciones Unidas. (1982). *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. Montego Bay, 10 de diciembre.
- . (2004). *Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes*. Nueva York, 2 de diciembre.
- DE LESTE CONTRERAS, T. (2013). La Fragata de guerra Mercedes: ¿El último caso?. *Revista General de Marina*. Vol. 265.
- Department of State, Office of Ocean Affairs. (2001). *Weekly Compilation of Presidential Documents*. Vol. 37, n.º 3. [Consulta: 29 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/WCPD-2001-09-17/pdf/WCPD-2001-09-17.pdf>
- . (2004). Protection of Sunken Warships, Military Aircraft and Other Sunken Government Property. Public Notice 4614. *Weekly Compi-*

- lation of Presidential Documents*. Vol. 69. [Consulta: 29 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.federalregister.gov/documents/2004/02/05/04-2488/office-of-ocean-affairs-protection-of-sunken-warships-military-aircraft-and-other-sunken-government>
- DROMGOOLE, S. (2013). *Underwater Cultural Heritage and International Law*. Cambridge University Press.
- El hundimiento del Ark Royal* [en línea]. (s. f.). [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.u-historia.com/uhistoria/historia/articulos/arkroyal/arkroyal.htm>
- El hundimiento del HMS Courageous* [en línea]. (s. f.). [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.u-historia.com/uhistoria/historia/articulos/courageous/courageous.htm>
- España. Constitución, 1978. Constitución española. *BOE* n.º 311, 29 de diciembre de 1978. BOE-A-1978-31229.
- . Ley 14/2014, de 24 de julio. De Navegación Marítima. *BOE* n.º 180, 25 de julio de 2014. BOE-A-2014-7877.
- . Ley 16/1985, de 25 de junio. Del Patrimonio Histórico Español. *BOE* n.º 155, 29 de junio de 1985. BOE-A-1985-12534.
- . Ley 33/2003, de 3 de noviembre. Del Patrimonio de las Administraciones Públicas. *BOE* n.º 264, 4 de noviembre de 2003. BOE-A-2003-20254.
- . Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. Del Poder Judicial. *BOE* n.º 157, 2 de julio de 1985. BOE-A-1985-12666.
- . Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre. Sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España. *BOE* n.º 258, 28 de octubre de 2015. BOE-A-2015-11545.
- . Orden PJC/501/2024, de 27 de mayo. Por la que se publica la Estrategia Nacional de Seguridad Marítima 2024, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional. *BOE* n.º 130, 29 de mayo de 2024. BOE-A-2024-10762.
- . Real Decreto 799/1981, de 27 de febrero. Sobre normas aplicables a la realización de actividades de investigación científica-marina en zonas sometidas a jurisdicción española. *BOE* n.º 110, 8 de mayo de 1981. BOE-A-1981-10394.
- Estados Unidos y España. (1819). *Tratado de Amistad, Solución y Límites entre los Estados Unidos de América y su Católica Majestad*. Washington, 22 de febrero.

- Exchange of letters constituting an agreement concerning the regulation of the terms of settlement of the salvaging of the wreck of HMS Birkenhead.* (1989). Pretoria, 22 September. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201584/volume-1584-I-27662-English.pdf>
- FERNÁNDEZ RODERA, J. A. (1998). La Mar y el Derecho Penal. *La Ley*. N.º 4576.
- FISH, S. (2012). *The Manila-Acapulco galleons: the treasure ships of the Pacific: with an annotated list of the transpacific galleons 1565-1815*. Milton Keynes.
- Florida. Archives and History Act, 1967. *Archives and History Act*.
- Francia, Reino Unido y España. (1763). *Tratado de Paz entre Francia, el Reino Unido y España*. París, 10 de febrero.
- GARCÍA CALERO, J. (2021). El mapa de la Armada que desveló cuál era el expolio del caso Odyssey. *ABC*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://www.abc.es/cultura/abci-mapa-armada-desvelo-cual-expolio-caso-odyssey-202111020037\\_noticia.html](https://www.abc.es/cultura/abci-mapa-armada-desvelo-cual-expolio-caso-odyssey-202111020037_noticia.html)
- HuffPost. (2024). España y Colombia, cerca de una solución para el tesoro del barco con 20.000 millones. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.huffingtonpost.es/politica/espana-colombia-cerca-solucion-tesoro-barco-20000-millones.html>
- JÁUDENES PIFERRER, J. (2023). *El estatuto jurídico internacional del buque de guerra. Análisis de su doble condición, como objeto de regulación e instrumento del Estado*, Zaragoza.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. (2011). *Introducción al Derecho Internacional Público: práctica de España y de la Unión Europea*. Madrid.
- JORIC, C. (2023). La Belle, la fragata de Luis XIV hundida en la costa de Texas. *La Vanguardia*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/historiayvida/edad-moderna/20231217/9450721/belle-fragata-luis-xiv-hundida-costa-texas.html>
- KENNY, A. (1977). El caso A.R.A. Libertad. *Revista de Visión Conjunta*. N.º 8.
- KOENING, W. (1977). *Grandes Batallas Navales*. Barcelona.
- La Armada documenta en sus archivos 1580 naufragios.* (2013). [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://armada.defensa.gob.es/ArmadaPortal/page/Portal/ArmadaEspañola/cienciaorgano/prefLang-es/01cienciamuseo--02museo--06prensa-museo-naval--01noticias--2013--01--NT-014-Informe-naufra>

- gios-es?\_selectedNodeID=1116007&\_pageAction=selectItem&\_pageNum=46&paramNo=000000
- LEÓN AMORES, C. (2021). El naufragio del navío Nuestra Señora de Guadalupe y el transporte del azogue en el siglo XVIII. *Cuadernos De Prehistoria Y Arqueología De La Universidad Autónoma De Madrid*. N.º 47.
- Lista Oficial de Buques de la Armada*. (2023). [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://armada.defensa.gob.es/archivo/mardigitaldocinstituc/00docu-institucional-armada/04lista-oficial-buques-armada/documentos/loba2023.pdf>
- MADRIGAL, C. (2016). Protección jurídica del patrimonio cultural subacuático. *Cuadernos de Pensamiento Naval*. N.º 21.
- Manual of the Laws of Naval War*. (1913). Oxford, 9 August. [Consulta: 28 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/pt/ihl-treaties/oxford-manual-1913/article-2?activeTab=historical>
- Memorandum of Understanding between the Governments of Great Britain and Canada pertaining to the shipwrecks HMS Erebus and HMS Terror*. (1997). [Consulta: 28 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://w3.ric.edu/faculty/rpotter/mou.pdf>
- Ministerio de Defensa. (2016). *Manual de Derecho del Mar*. Vol. 1.
- O'DONNELL Y DUQUE DE ESTRADA, H. (2013). *El litigio por el pecio de la fragata Mercedes. Razones históricas de España*. Real Academia de Historia, Madrid.
- Odyssey Marine Exploration* [en línea]. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.odysseymarine.com>
- OMI. (2007). *Convención sobre la Remoción de Restos de Naufragios*. Nairobi, 18 de mayo.
- Orden dictada por la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Oriental de Virginia (División de Norfolk) el 12 de marzo de 1998 en el asunto *Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*.
- Orden dictada por la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida el 2 de octubre de 1981 en el asunto *Cobb Coin Company, Inc. v. The Unidentified Wrecked and Abandoned Sailing Vessel*.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A. (2019). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid.
- Plan Nacional de Protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático*. (2007). [Consulta 28 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://>



- [www.cultura.gob.es/dam/jcr:f39c5725-7fa9-4144-b43c-cae9b5f5e-b3a/plan-nacional-proteccion-pcs.pdf](http://www.cultura.gob.es/dam/jcr:f39c5725-7fa9-4144-b43c-cae9b5f5e-b3a/plan-nacional-proteccion-pcs.pdf)
- PORRAS FERREIRA, J. W. (2018). Breve reseña histórica del Galeón San José. *ResearchGate*.
- Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*. (1977). 8 de junio.
- RABOSO PANTOJA, E. (2018). El Galeón San José: la batalla jurídica. *Revista de Historia Naval*. N.º 142.
- Report of the International Law Commission to the General Assembly. (1955). Report of the International Law Commission covering the work of its eight session. 23 April-4 July 1955. *Document A/3159*. [Consulta: 3 de abril de 2024]. Disponible en: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/8\\_1\\_8\\_2\\_1956.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/8_1_8_2_1956.pdf)
- Report of the International Law Commission to the General Assembly. (1955). Report of the International Law Commission covering the work of its seventh session. 2 May-8 July 1955. *Document A/2934*. [Consulta: 3 de abril de 2024]. Disponible en: [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1955\\_v2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1955_v2.pdf)
- Report of the meeting on governmental experts on the draft convention for the protection of the underwater cultural heritage. (1998). *Document CLT-98/CONF.202/7*. UNESCO Headquarters, Paris, France. 29 Jun-2 July 1998. [Consulta: 28 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114695>
- ROBINSON, C. M. (1995). *El tiburón de la Confederación: La historia del CSS Alabama*, Leo Cooper Publishers, London.
- ROYO ORTIN, M. L. (2008). El tesoro del Nuestra Señora de Atocha. *El Eco Filatélico y Numismático*. N.º 1167.
- RUIZ MANTECA, R. (2012). *El Régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático: aspectos de derecho interno y de derecho internacional, público y privado*. Ministerio de Defensa.
- SCOVAZZI, T. (2003). The Application of Salvage Law and Other Rules of Admiralty to the Underwater Cultural Heritage: Some Relevant Cases. En: Garabello, R. y Scovazzi, T. (eds.). *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: Before and After the 2001 UNESCO Convention*. Leiden.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Cuarto Circuito de 21 de julio del 2000 en el asunto *Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*.

- Sentencia de la Corte de Apelaciones del Undécimo Circuito de 21 de septiembre de 2011 en el asunto *Odyssey Marine Exploration v. Kingdom of Spain*.
- Sentencia de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Virginia (División de Norfolk) de 22 de abril de 1999 en el asunto *Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*.
- Sentencia de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida de 24 de julio de 1980 en el asunto *Treasure Salvors, Inc. v. Abandoned Sailing Vessel*.
- Sentencia de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida de 31 de agosto de 1982 en el asunto *Cobb Coin Company, Inc. v. The Unidentified, Wrecked and Abandoned Sailing Vessel*.
- Sentencia de la Corte de Distrito de los Estados Unidos para Maryland de 21 de diciembre de 1983 en el asunto *Subaqueous Exploration & Archaeology, Ltd. and Atlantic Ship Historical Society, Inc., v. The Unidentified, Wrecked and Abandoned Vessels, Etc. et al.*
- Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 17 de marzo de 1975 en el caso *United States v. Florida*.
- Sentencia del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Virginia (División de Norfolk) de 22 de abril de 1999 en el asunto *Sea Hunt, Inc. v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*.
- Sentencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar del 15 de diciembre de 2012 en el caso de la *Fragata ARA Libertad Argentina v. Ghana*.
- Sentencia del Tribunal Superior de Irlanda de 26 de julio de 1994 en el asunto *King v. La Lavia*.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda de 29 de junio de 1995 en el asunto *King v. La Lavia*.
- Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 24 de febrero de 1812 en el caso *The Schooner Exchange v. McFaddon and others*.
- SHUKMAN, D. (2018). La increíble historia del barco construido por EE. UU. para reflotar un submarino ruso hundido a 5000 metros de profundidad. *BBC*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46263203>
- SMITH, R. (2019). El pecio del H.M.S. Terror, «congelado en el tiempo», sorprende a los arqueólogos. *National Geographic*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.nationalgeogra>

- phic.es/historia/2019/08/pecio-hms-terror-congelado-en-el-tiempo-sorprende-arqueologos
- SROACH, J. A. (1991). France Concedes United States Has Title to *CSS Alabama*. *Ajil*. 85.
- The Panay incident [en línea]. (1937). *Naval History an Heritage Command*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.history.navy.mil/browse-by-topic/wars-conflicts-and-operations/world-war-ii/1941/prelude/panay-incident.html>
- UNESCO. (2001). *Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático*. París, 2 de noviembre.
- United States. Abandoned Shipwreck Act, 1987. *Abandoned Shipwreck Act*.
- . Foreign Sovereign Immunities Act, 1972. *Foreign Sovereign Immunities Act*.
- United States. Submerged Lands Act, 1953. *Submerged Lands Act*.
- . The Constitution of the United States, 1787. *The Constitution of the United States*.
- WHITEMAN, M. (1968). *Digest of International Law*. Vol. 9, Washington.
- WILDER, M. A. (2000). «Application of Salvage Law and the Law of Finds. *Defense Counsel Journal*. N.º 67.
- Women and children first [en línea]. (s. f.). *National Army Museum*. [Consulta: 18 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.nam.ac.uk/explore/birkenhead-sinking>



# **DOCUMENTACIÓN**



## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado Mayor del Consejo de Estado*

### *Sumario*

I. Comentario general de doctrina legal. 1 Sobre la fórmula dispositiva (dispositio) de las normas legales. 2 Sobre los preámbulos. 3 Sobre la firma de las órdenes ministeriales. 4 Sobre el término norma. 5 Sobre la singularidad del proceso de unificación europea. 6 Sobre el lenguaje. 7 Sobre el rechazo del seguro propio. II. Doctrina del Consejo de Estado: Contratos administrativos. 1 Consecuencias de la inexactitud de los cálculos de la Administración a la hora de calcular el presupuesto de licitación. 2 Modificación de contratos: plazo para aprobación del modificado. 3 Suspensión del contrato. 4 Resolución: Causas: a) Legislación aplicable, b) cálculo de la indemnización a abonar al contratista en el caso de desistimiento de la Administración, c) concurrencia de varias causas resolutorias. 5 Responsabilidad contractual: a) carga de la prueba de los daños reclamados en casos de responsabilidad contractual, b) impertinencia de la vía empleada: planteamiento de cuestión contractual por la vía de la responsabilidad patrimonial, c) reclamación de daños por suspensión de labores. 6 Incautación de la garantía y procedimiento concursal.

## COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

### 1 SOBRE LA FÓRMULA DISPOSITIVA (DISPOSITIO) DE LAS NORMAS LEGALES

Lo que documentalmente se llama *dispositio* se concreta en una cláusula obligatoria en los textos normativos. De ordinario, esas cláusulas se denominan fórmula promulgatoria. Sin embargo, ello es incorrecto —aun-

que esté recogido así en las Directrices de técnica normativa—. A la vista de las previsiones constitucionales (Código Político, art. 62), la denominación viene determinada por la distinta intervención de la autoridad actuante y el alcance de la cláusula. Así las leyes estatales son sancionadas y promulgadas por el rey. Las leyes autonómicas son promulgadas por los presidentes de las comunidades autónomas en nombre del rey. Los reales decretos son expedidos por el rey. Las ordenes ministeriales, las circulares y demás normas son aprobadas por los titulares de los departamentos y demás autoridades. En consecuencia, la cláusula obligatoria debe ser llamada fórmula sancionadora o promulgatoria en el caso de las leyes estatales; fórmula promulgatoria en el de las leyes autonómicas; fórmula de expedición en el caso de los reales decretos y, en fin, fórmula de aprobación o aprobatoria en los demás supuestos.

Por otra parte, es de notar que la publicación de los reglamentos reguladores de cánones del ADIF y ADIF-Alta Velocidad (*BOE* de 29 de octubre de 2024), aprobados por sus Consejos de Administración, se hizo de una manera deficiente. Los citados reglamentos tienen carácter singular, por cuanto fueron aprobados por una administración institucional, lo que es excepcional en el ordenamiento jurídico. La publicación se hizo mediante resolución de los presidentes de las respectivas entidades en las que no se incluían los acuerdos aprobatorios de sus consejos de administración, sino una simple dación de cuenta de que dichos órganos los habían adoptado y aprobado los reglamentos citados. Aunque esa técnica no puede objetarse desde el punto de vista de legalidad, hubiera sido más adecuado distinguir de forma clara de un lado la resolución —del presidente del Consejo de Administración— que ordena la publicación; de otra parte el acuerdo de aprobación de los Consejos de Administración —que debería incluirse íntegramente— y, como anexos, los reglamentos aprobados.

## 2 SOBRE LOS PREÁMBULOS

La denominación de preámbulo es propia de las normas que no sean disposiciones legales aprobadas por las Cortes Generales. Respecto de las leyes, tanto si tienen su origen en proyectos de ley como en proposiciones de ley, la justificación que antecede al texto debe ser nombrada como «exposición de motivos» de acuerdo con lo establecido en el art. 109 del Reglamento del Congreso de los Diputados. No se ignora que hay leyes que llevan la denominación de preámbulos, pero ello es incorrecto a la vista del citado precepto.



### 3 SOBRE LA FIRMA DE LAS ÓRDENES MINISTERIALES

Las órdenes ministeriales aparecen firmadas en el *Boletín Oficial del Estado* con el nombre y dos apellidos de los titulares de los departamentos. Así se viene haciendo desde 2002, cuando comenzó esta práctica el Ministerio de Hacienda.

La práctica señalada es formalmente ilegal, toda vez que la Ley de 24 de noviembre de 1843, vigente y no derogada formalmente, establece tajantemente que las órdenes ministeriales se suscribirán por el ministro con media firma, esto es, con solo los apellidos. Así se hacía antes la mencionada fecha de 2002 en que, probablemente, por acendrada ignorancia comenzó la nueva forma de hacerlo. Es un caso claro de desuso por desconocimiento que denota la insuficiencia del art. 2.2 del Código Civil.

### 4 SOBRE EL TÉRMINO NORMA

El término de norma no es correcto predicarlo de las propias del derecho romano si se quiere ser riguroso históricamente. Los romanos jamás la utilizaron para referirse a las reglas jurídicas. Usaron el de *preceptum*, *regula*, *mandata*, *decreta* —para los pronunciamientos de carácter jurisdiccional, no judiciales, esto es, los propios del pretor pero no del *iudex*—. El término norma, que procede del griego y significa ángulo, se usó por los romanos para designar actos; en concreto, los actos de medición de los inmuebles rústicos por los agrimensores para fines fiscales; se trataría de actos análogos a los de descripción catastral actual. El primero que usó el término de norma en el sentido de regla jurídica fue Puffendorf, acogiendo dicha denominación posteriormente por Domat y Pothier, en el ámbito del derecho civil, y por los precursores del derecho público alemán decimonónico —así lo puso de manifiesto Bonfante y, en España, para el derecho canónico, D'ORS— En consecuencia, no se debe hablar de normas jurídicas para referirse a preceptos romanos.

### 5 SOBRE LA SINGULARIDAD DEL PROCESO DE UNIFICACIÓN EUROPEA

No pocas veces se dice que el proceso de unificación europea tiene perfiles singulares que lo diferencian de otros procesos de unificación política habidos históricamente. Tan reiterada manifestación bien puede calificarse de inexacta, bien debe matizarse mucho. El proceso de unificación europea

es casi un trasunto del de la unidad alemana, pergeñado de todo por Rudolf von Delbrück, director de la cancillería prusiana, secretario político del canciller de hierro, suplente de Bismarck en el Bundesrat de la Confederación del Norte y luego ministro de Hacienda del Imperio. Delbrück concibió de manera rápida un plan, seguido al detalle, a fin de alcanzar la ansiada unidad bajo la preeminencia del Reino de Prusia. Plan expuesto en sus escritos y discursos, que tuvo sus hitos sucesivos en: el reforzamiento de la unión aduanera de 1834, la unificación del sistema de pesas y medidas, la supresión de las restricciones subsistentes con respecto a la libertad industrial y comercial y luego de los pasaportes entre los Estados alemanes, la erección del marco —una tercera parte del tálero— primero como unidad de cuenta y luego como moneda común, la unificación del derecho comercial y, en fin, la creación de determinados órganos comunes para la gestión de los temas también comunes.

## 6 SOBRE EL LENGUAJE

No existe una norma que fije cuáles son las reglas a las que han de sujetarse las disposiciones. Las directrices de técnica normativa no lo dicen, además de que no son normas y son muy deficientes. Puede tomarse como pauta para su redacción las reglas contenidas en el art. 148 del Reglamento Notarial cuando dice que:

«[...] los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma».

Por otra parte, resulta también impropio la utilización de la fórmula «y/o». Su uso desconoce que la partícula disyuntiva *o* —que es la que se debe emplear— tiene también —como señalara Alarcos— un cierto valor conjuntivo.

Y, en fin, no debe objetarse el uso de la locución adverbial desde luego en el sentido de «desde ahora». Así lo emplea el Código Civil —arquetipo del buen decir de las leyes— en diversos artículos (arts. 797, 1113, 1802 y disposición transitoria 1).

## 7 SOBRE EL RECHAZO DEL SEGURO PROPIO

En un caso de responsabilidad patrimonial, en el que el lesionado rechazó la indemnización ofrecida por su propio seguro —al considerar que no compensaba todo el daño— y formuló reclamación por la totalidad del perjuicio habido ante la Administración, se objetó que no podía hacerlo por cuanto había renunciado a la parte ofrecida por su seguro y que dicha renuncia le perjudicaba en la parte no admitida.

Tal planteamiento es palmariamente incorrecto. El lesionado tiene acción frente a la causante del daño. Su derecho es de compensación integral, de manera este no se ve enervado, modulado o menoscabado por una relación jurídica aneja, distinta a la dimanante del hecho dañoso. Y más, cuando dicha relación garante de la indemnidad del patrimonio del lesionado se ha establecido por el lesionado o un tercero distinto del causante de la lesión. Admitir la objeción formulada comporta disminuir la responsabilidad de este último, a costa del propio perjudicado. Comporta partir de la errónea base de que la aseguradora es responsable solidaria con el causante del daño del perjuicio irrogado por este. El absurdo del planteamiento lleva a entender que el seguro del lesionado —originado por una decisión propia— es corresponsable del daño causado por la Administración.

## DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### 1 CONSECUENCIAS DE LA INEXACTITUD DE LOS CÁLCULOS DE LA ADMINISTRACIÓN A LA HORA DE CALCULAR EL PRESUPUESTO DE LICITACIÓN

«Lo dicho no se ve empañado por una eventual inexactitud de la Administración a la hora de calcular el presupuesto de licitación del contrato en atención al número de horas de los facultativos, de la oficina técnica y de los vehículos precisos para ejecutar el contrato. No puede olvidarse que los presupuestos de licitación y los precios desagregados que los integran no vinculan a la Administración salvo en lo tocante al compromiso financiero máximo asumido por ella. Son los licitadores quienes, tras ponderar las circunstancias y costes conforme con sus criterios propios, formulan sus ofertas, quedando obligados por los términos en los que lo hacen. En ningún caso pueden ampararse en

el carácter eventualmente inexacto, incompleto o contradictorio de los citados presupuestos de licitación o demás documentación precontractual para exonerarse de sus obligaciones contractuales».

(Dictamen 974/2023, de 14 de diciembre).

## 2 MODIFICACIÓN DE CONTRATOS: PLAZO PARA APROBACIÓN DEL MODIFICADO

«En relación con el plazo para resolver el procedimiento de Modificación n.º 2, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 242.5 de la LCSP (.../...).

En el caso sometido a consulta, con fecha 16 de noviembre de 2023 el Secretario de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, (.../...) autorizó la ejecución provisional de las obras incluidas en el proyecto de Modificado n.º 2. (.../...) puede concluirse que en el momento actual de tramitación ha concluido el plazo de ocho meses establecido en el artículo 242.5 de la LCSP.

Sin embargo, la superación de dicho plazo no comporta la caducidad del procedimiento ni invalida o impide la continuación del mismo. Lo anterior se fundamenta en que, en el procedimiento de modificación contractual, la Administración no está ejercitando potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para el interesado, como demuestra el hecho de que el mismo ha prestado su conformidad con el modificado. Muy al contrario, la incoación del procedimiento por parte de la Administración trae causa del ejercicio del *ius variandi*, esto es, de la prerrogativa de modificación contractual por razones de interés público que la ley atribuye expresamente a la Administración en el seno de un contrato administrativo -en este caso, de obras- (ex artículos 190 y 205 de la LCSP). No obstante, el vencimiento del plazo máximo no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver (ex artículo 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Cuestión distinta es la relativa a los efectos que produce el vencimiento del plazo de ocho meses para aprobar el modificado en lo tocante a la continuación provisional de las obras autorizada al amparo del artículo 242.5 de la LCSP.

El citado precepto regula una excepción a la regla general prevista en el 159.1 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Ad-

ministraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, según la cual “1. Acordada por el órgano de contratación la redacción de modificaciones del proyecto que impliquen la imposibilidad de continuar ejecutando determinadas partes de la obra contratada, deberá acordarse igualmente la suspensión temporal, parcial o total de la obra [...]”, permitiendo la ejecución provisional de las obras cuando la suspensión temporal de aquellas ocasione graves perjuicios para el interés público.

A tal efecto, el expediente de continuación provisional de las obras regulado en el artículo 242.5 de la LCSP consta de dos fases: la previa autorización de la ejecución provisional y la posterior aprobación del modificado.

Por lo que respecta a la primera de las fases, la autorización para ejecutar provisionalmente las obras corresponde en el ámbito de la Administración General del Estado al Ministro y la misma queda condicionada al cumplimiento de cuatro presupuestos regulados en los dos primeros párrafos del artículo 242.5 de la LCSP: (i) que la suspensión temporal total de la ejecución de las obras ocasione graves perjuicios para el interés público; (ii) que el importe máximo previsto no supere el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido; (iii) que exista crédito adecuado y suficiente para su financiación; y (iv) que se hayan cumplido las obligaciones previstas en el segundo párrafo del artículo 242.5 de la LCSP (esto es, que exista una propuesta técnica motivada, se haya concedido audiencia al contratista, conste la conformidad del órgano de contratación, se haya emitido el certificado de existencia de crédito y la Oficina de Supervisión de Proyectos haya informado la propuesta técnica). En el caso sometido a consulta, ha quedado acreditado el cumplimiento de dichos requisitos.

Por lo que respecta a la segunda de las fases, esto es, la aprobación del modificado, el párrafo tercero del artículo 242.5 de la LCSP establece que “En el plazo de seis meses contados desde el acuerdo de autorización provisional deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente de la modificación del contrato”. En el presente caso, como se anticipó, se ha superado el término de ocho meses.

Ahora bien, si bien es cierto que dicho plazo se configura legalmente como un límite dirigido a salvaguardar el carácter provisional de la ejecución de unas obras sin haberse aprobado el correspondiente modificado, también lo es que la legislación de contratos públicos no ha previsto las consecuencias de su incumplimiento. Así, ni el propio

artículo 242.5 de la LCSP, ni el artículo 39 (“causas de nulidad de derecho administrativo”) ni el artículo 40 (“causas de anulabilidad de derecho administrativo”) de la LCSP incluyen entre los supuestos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad el vencimiento de los referidos términos a los efectos de la continuación provisional de las obras.

A la vista de lo anterior, cabe concluir que el incumplimiento del plazo de ocho meses para aprobar el modificado no comporta por sí mismo la invalidez del expediente de modificación contractual, al tratarse de una irregularidad no invalidante. No obstante, transcurrido dicho plazo, la continuación provisional de las obras, en tanto que excepción a la regla general de suspensión de las mismas prevista en el artículo 159.1 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe suspenderse automáticamente hasta la aprobación posterior del modificado que las convalida.

Debe precisarse, además, que para el caso de que superado el límite de ocho meses se continuasen ejecutando obras sin la aprobación del modificado, resultará de aplicación la normativa establecida respecto de las prestaciones realizadas sin estricta cobertura contractual (cuya problemática se analiza, entre otros, en el dictamen número 606/2020, de 27 de mayo de 2021).

En fin, cabe advertir que, cuando la falta de aprobación técnica del proyecto o del modificado resulte imputable a la indebida actuación de una autoridad o funcionario, en tanto pueda ocasionar un grave perjuicio para el interés público, dará lugar a la correspondiente responsabilidad disciplinaria que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia».

(Dictamen 1734/2024, de 7 de noviembre de 2024).

### 3 SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

«La suspensión de los contratos se configura como una prerrogativa de la Administración (artículo 194 en conexión con el artículo 203 de la LCSP) que determina el cese temporal de los efectos del contrato hasta que se solucione la causa que imposibilita su ejecución».

(Dictamen 1841/2024, de 12 de diciembre).

#### 4 RESOLUCIÓN: CAUSAS

##### Legislación aplicable

«Debe recordarse a tal efecto la doctrina del Consejo de Estado en relación con los supuestos, como el que ahora se plantea, en los que la norma vigente en el momento de iniciarse el expediente de contratación y en el momento de la adjudicación del contrato son distintas. En efecto, en este caso el expediente de contratación se inició antes de la entrada en vigor de la LCSP (que se produjo el 30 de abril de 2008), pero la adjudicación del contrato se produjo con posterioridad (el 1 de octubre de 2008).

Se ha dicho (entre otros, en los dictámenes número 1.567/2022, de 27 de octubre, y 725/2021, de 16 de septiembre) que en estos casos el contrato se rige, con carácter general, en lo relativo a “sus efectos, cumplimiento y extinción”, por las disposiciones de la norma vigente al tiempo de su adjudicación, LCSP, salvo que algún elemento contractual recogido en los pliegos lleve asociados, con fundamento en la norma anterior —el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP)—, unos efectos distintos de los que resultarían con arreglo a la LCSP, en cuyo caso sería de aplicación la norma vigente en el momento de redactarse los pliegos.

Además, en lo que respecta al procedimiento para tramitar el expediente de resolución contractual, se ha de estar a la normativa vigente al tiempo de iniciarse, esto es, a lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (artículos 211 y siguientes) y en su Reglamento de desarrollo (artículos 109 y siguientes)».

(Dictamen 1841/2024, de 12 de diciembre de 2024).

b) Cálculo de la indemnización a abonar al contratista en el caso de desistimiento de la Administración

«El artículo 285.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, determina los efectos de la resolución del contrato por desistimiento de la Administración. Dispone que “el contratista tendrá derecho al 10 por ciento de los estudios, informes y proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener”.

Dicho montante constituye la indemnización liquidatoria, por todos los conceptos y a tanto alzado, de los perjuicios que la decisión administrativa puede causar al contratista.

La propuesta de resolución determina la forma de calcular la indemnización. En concreto, dice que el importe certificado debe descontarse del de adjudicación, quedando entonces fijado el concepto de “trabajos pendientes de realizar”; de este, a su vez, se detraerá el porcentaje del 19 % correspondiente a los gastos generales, el beneficio industrial y el IVA; y, finalmente, a la cantidad resultante se aplicará el 10 %.

El Consejo de Estado considera que esta forma de calcular la indemnización no es correcta.

En primer término, no lo es en cuanto dice que “del importe de adjudicación del contrato, se habrá de descontar el importe certificado” para fijar el concepto de “trabajos pendientes de ejecutar”.

La simple certificación de los trabajos y su pago no determina que su montante deba ser descontado sin más del precio de adjudicación. Las certificaciones pagadas son simples abonos a cuenta del precio final. Están supeditadas a que las labores ejecutadas sean recibidas de conformidad por la Administración. Por tanto, del importe de adjudicación debe descontarse únicamente el montante de las certificaciones correspondientes a labores que sean de recibo —y así se haya declarado por la Administración— y no de cualquier importe certificado.

Por otra parte, la Ley reconoce al contratista el derecho a percibir el 10 % de los “trabajos pendientes de realizar”. Este concepto ha de entenderse como la parte de la prestación no ejecutada; es decir, como la parte del precio correspondiente a las labores no llevadas a cabo, cuantificado en el correspondiente porcentaje del total del precio del contrato. La norma legal no ciñe la aplicación del mencionado montante del 10 % a una parte de la prestación valorada; esto es, a una parte de su precio. No lo limita a alguna de las partidas que lo integran; y, en particular, no lo hace solo al presupuesto de ejecución material de los trabajos no realizados. La cuantificación de la prestación —el precio del contrato— comprende diversas partidas, entre las que se cuentan, el citado presupuesto de ejecución material, los gastos generales, los costes indirectos y el beneficio industrial. Todos estos conceptos lo integran, pues el precio del contrato es la valoración conjunta de la prestación que constituye su objeto. El contratista tiene derecho a que se le abone, en concepto de indemnización, un porcentaje sobre el montante del precio íntegro no ejecutado y no sobre determinadas partidas.

Así las cosas, resulta inadecuado descontar del importe del precio de los trabajos pendientes de realizar el 19 % correspondiente a los gastos generales y el beneficio industrial, como dice la propuesta de



resolución. Estas partidas forman parte inescindible del citado precio y, por consecuencia, han de computarse a los efectos fijar la indemnización legalmente establecida a favor del contratista.

Resulta por el contrario procedente excluir el montante del Impuesto sobre el Valor Añadido de la base sobre la que aplicar el mencionado porcentaje del 10 %. La cuota del tributo no forma parte del precio. Se trata de una cantidad que se devenga con ocasión de la entrega de bienes o la prestación de los servicios, pero no es un componente del precio contractual pues tiene una naturaleza distinta —no es compensatoria de dichos servicios—, como lo acredita el que no se computa legalmente para determinar el valor estimado (artículo 76.1 de la Ley 30/2007)»

(Dictamen 1841/2024, de 12 de diciembre).

c) Concurrencia de varias causas resolutorias

«Cuando concurren eventualmente varias causas de resolución, la Administración no es libre de fundar esta en cualquiera de ellas a su libre elección. Es doctrina reiterada de este Consejo de Estado —legalmente recibida en la vigente ley de contratos del sector público— que ha de estarse a la primera producida en el tiempo»

(Dictamen 200/2024, de 16 de mayo; la misma doctrina en 130/2024, de 24 de octubre de 2024 y 1869/2024, de 12 de diciembre de 2024).

## 5 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

a) a) Carga de la prueba de los daños reclamados en casos de responsabilidad contractual

«La carga de la prueba de la existencia de dichos sobrecostes corresponde a la parte reclamante de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de acuerdo con los viejos aforismos “necitas probandi incumbit qui ei agit” y “onus probandi incumbit actor”».

(Dictamen 974/2023, de 14 de diciembre).

- b) Impertinencia de la vía empleada: planteamiento de cuestión contractual por la vía de la responsabilidad patrimonial.

«La reclamante basa su pretensión en el artículo 32 de la Ley 40/2015; la presenta como una solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin embargo, los hechos alegados para sustentarla son el eventual incumplimiento por la Administración contratante de su obligación contractual de requerir a la concesionaria para que ejecutara en su día las obras íntegramente y de imponerle penalidades. Es decir, basa su reclamación de responsabilidad patrimonial en hechos contractuales. En concreto, en avatares habidos en el seno de un contrato. La ratio petendi es contractual y no extracontractual.

La situación descrita desvela la auténtica naturaleza de la acción ejercitada y de la finalidad perseguida. Se trata de replantear una cuestión o incidencia contractual —la procedencia de la incautación de la fianza de construcción—, ya ultimada y resuelta, a través de la vía de la responsabilidad patrimonial por quien ya la instó a través de otro cauce.

A lo dicho no es oponible que (la reclamante) no fuera parte formal del contrato de concesión y que es un tercero a dicha relación. La noción de parte no se define con criterios estrictamente formales atendiendo a la personalidad jurídica. Se delimita y define con base en la noción interés. Parte es un centro material de imputación de intereses. Y es claro que Zutana, S. A., aunque no fue la concesionaria, tiene la condición de parte material en citado contrato: participó directamente junto con otras entidades en la licitación; promovió la constitución de la concesionaria tras la adjudicación del otorgamiento y ha intervenido como parte en el proceso seguido ante el Tribunal Supremo en defensa de sus intereses dimanantes de su condición de socia de aquella. En otros términos, Zutana, S. A. no puede calificarse de tercero ajeno a la relación concesional.

La formulación de una pretensión vinculada a la relación contractual por quien materialmente está concernida en ella no puede articularse a través de la vía de la responsabilidad patrimonial. La reclamante, sin embargo, lo hace. El peticionario persigue, amparándose en el artículo 32 de la Ley 40/2015, orillar la declaración de la sentencia del Tribunal Supremo de que la incautación de la fianza era procedente y obtener, mediante una vía indirecta, satisfacción de una pretensión ya desechada. En el procedimiento judicial, la recurrente perseguía que se anulara la incautación de la garantía acordada; en el procedimiento

sometido a consulta, busca que se le compense el importe de lo ejecutado. Hay una identidad material entre otra pretensión, aunque su veste formal sea diferente.

La actuación de la reclamante no es incardinable en el concepto tradicional de fraude de ley —porque este precisa del requisito del engaño, lo que no parece concurrir— pero es subsumible en la categoría denominada, por algunos, de actos indirectos de finalidad elusiva. En puridad, la peticionaria busca alcanzar la satisfacción de una pretensión ya desestimada por sentencia mediante la invocación de un título jurídico distinto palmariamente impertinente; busca eludir el efecto vinculante de la resolución judicial.

Así las cosas, la reclamación formulada debe calificarse de abusiva. Su objeto es inadecuado. La vía empleada resulta impertinente. Suscita una incidencia contractual —ya resuelta— mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial. Excede los límites propios de la acción ejercitada. Tiene además una finalidad aviesa y no es acorde con la buena fe. Estas circunstancias son motivo bastante para desestimarla, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil».

(Dictamen 644/2024, de 18 de julio de 2024).

c) Reclamación de daños por suspensión de labores

«En cuanto a los aspectos sustantivos, hay que partir de la previsión del artículo 203.2 de la LCSP, conforme al cual, “[A]cordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este”. Según tiene dicho reiteradamente el Consejo de Estado, el derecho invocado por la reclamante... ha de referirse a situaciones en que la Administración hubiera acordado la suspensión del contrato, siempre que la suspensión de los trabajos hubiera tenido lugar por causa imputable a ella y no al contratista. Asimismo, los conceptos indemnizables deberán justificarse y acreditarse mediante la aportación de los correspondientes medios de prueba de los que quepa razonablemente deducir la producción de un daño concreto y efectivo, de tal manera que se evite que la suspensión de los contratos suponga un lucro o beneficio para el contratista con negativas consecuencias para los intereses públicos (Memoria del Consejo de Estado de 2004).

En cuanto a los requisitos para constatar la suspensión o paralización de las obras y que esta incidencia surta los efectos previstos, el artículo 203 (“Suspensión de los contratos”) de la LCSP dispone en su

apartado 1 que, “[...] la Administración... levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél”.

No obstante, el Consejo de Estado ha señalado en repetidas ocasiones (entre otros, en los dictámenes número 1.273/1999, de 8 de julio, 552/2008, de 14 de mayo, 1.066/2018, de 14 de febrero de 2019, y 494/2019, de 18 de julio) que no es óbice para reconocer la correspondiente indemnización al contratista el hecho de que la Administración contratante no levantara acta de suspensión temporal de las obras, pues el derecho a la indemnización nace de la suspensión misma, siendo el acta únicamente un medio privilegiado de prueba de que dicha suspensión tuvo lugar».

(Dictamen 1515/2024, de 12 de diciembre de 2024).

## 6 INCAUTACIÓN DE LA GARANTÍA Y PROCEDIMIENTO CONCURSAL

«No es óbice para proceder a dicha incautación las previsiones de la legislación concursal acerca de los efectos del concurso (artículos 600 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal) o del concurso de acreedores sobre las acciones y sobre los procedimientos ejecutivos (artículos 142 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal), pues el artículo 579 del texto refundido de la Ley Concursal prevé que en los casos de empresas contratistas de las administraciones públicas “se aplicarán las especialidades establecidas en la legislación de contratos del sector público y en la legislación específica reguladora de cada tipo de contrato administrativo”».

(Dictamen 1869/2024, de 12 de diciembre de 2024).

# **RESEÑA DE LIBROS**



## JUSTICIA EN EL CAMPO DE BATALLA

Apunte histórico sobre la justicia militar bajo el fuego

Autor: José Alberto Fernández Rodera

Prólogo: Carlos Lesmes Serrano

Fecha de publicación: abril de 2024

Editorial Actas, San Sebastián de los Reyes, Madrid

134 páginas

Por Luis Rueda García

*Fiscal de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas*

Es muy de agradecer que, ya desde su concepción y su propósito, esta obra no se haya conformado con tratar de ser una más de las que versan sobre materias jurídicas, y que, por el contrario, haya buscado ofrecer a los lectores la posibilidad de aproximarse al objeto que se ha propuesto desarrollar desde diferentes perspectivas.

Así, al contenido esencial del libro, consistente en una apretada síntesis del camino seguido por la justicia militar desde la antigüedad hasta el presente, para dar respuesta a los peores comportamientos del ser humano cuando son cometidos en la más atroz de las circunstancias posibles, que eso y no otra cosa es el delito en la guerra, añade el autor, con gran acierto, otros contenidos.

Se trata de información organizada en tres anexos, dedicados, respectivamente, a las Ordenanzas de Farnesio de 1587, a las normas legales españolas vigentes sobre la materia, y al cine relacionado con la justicia en guerra.

La inclusión de estos datos se completa el estudio histórico, ya que, por un lado, se añade la posibilidad de consultar un importante vestigio de la

legislación pasada y el ordenamiento actual; y, por otra, aporta a la mirada esencialmente castrense y jurídica, enriqueciéndola, un nuevo enfoque, el procedente de la cinematografía.

Tanto los capítulos de la obra como los anexos se encuentran apoyados por un conjunto, cuidadosamente escogido, de imágenes y fotografías ilustrativas y por una reseña bibliográfica que permite al lector profundizar en cualquiera de los temas abordados por el autor.

Al considerar la síntesis histórica que, como acredita el subtítulo del libro, constituye su núcleo, destacan por su interés todos los momentos que muestran la evolución de la legislación española al afrontar, no sin retrocesos ni desviaciones, la necesidad de administrar justicia penal en los ejércitos y en ocasiones tan extraordinarias como lo son el tiempo de guerra y, en especial, las situaciones de combate.

El autor recorre esa trayectoria con agilidad y precisión, yendo desde el Fuero Juzgo hasta las normas vigentes, con especial atención a lo pasado durante la Guerra Civil y en la participación de la División Azul en la Segunda Guerra Mundial. La exposición se encuentra acertadamente apoyada por la mención de numerosos supuestos ocurridos en diferentes circunstancias.

El recorrido contextualiza los hechos y las normas del propio pasado al ponerlos en relación con los de otros países, incluyendo abundantes datos relativos a lo acaecido en ambas guerras mundiales, hasta llegar al sistema actualmente vigente en los Estados Unidos, que el epílogo de la obra califica de modélico o paradigmático, tanto por ser el establecido por un Estado plenamente democrático, como por otras razones, como lo son su amplio despliegue geográfico y su gran tamaño.

«Justicia en el campo de batalla» alcanza plenamente su propósito, expuesto por su autor en la Introducción.

Este es un mérito no pequeño, pero este libro, además, al conjugar el estudio histórico, la cita de la legislación pertinente y la fuerza de las imágenes, convoca al lector a reflexionar sobre las acciones que, por coincidir guerra y derecho, resultan procedentes para proteger los bienes jurídicos esenciales y, en especial, los castrenses, de los ataques más intolerables, cuando todo ello ocurre, como señala José Alberto Fernández Roderá al cerrar el epílogo de su obra, en las extremas circunstancias del conflicto.



# **NOTICIA DE REVISTAS**



## NOTICIA DE REVISTAS

Francisco Luis Pascual Sarriá  
*General auditor director de la REDEM*

### *Sumario*

A) Derecho penal y procesal. B) Derecho Administrativo. C) Derecho Constitucional. D) Derecho Internacional Público. E) Derecho Militar Operativo. F) Derecho militar comparado.

Resultan de interés los siguientes artículos publicados en revistas especializadas en derecho:

### 1 DERECHO PENAL Y PROCESAL

En la *Revista General de Derecho Penal*, n.º 42 (noviembre 2024):

- «La (in)necesaria regulación del miedo insuperable como eximente de responsabilidad penal autónoma», de María Sánchez Vilanova.
- «Sobre el fundamento punitivo de la proposición para delinquir. Implicaciones dogmáticas e interpretativas», de Alberto Alonso Rimo.

En el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, año 2024, tomo LXXVII, 2024:

- «La agravante de “precio, recompensa o promesa”: una interpretación restrictiva del artículo 22. 3.ª CP», de Oriol Martínez Sanromà.

«La suspensión del juicio oral por revelaciones o retractaciones inesperadas», de Abel Téllez Aguilera.

En la revista *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Julio-agosto 2024, n.º 169:

- «El delito de allanamiento: problemática y diferencia con otros tipos penales», de Ana María Ocón Cabria, y Carmen Yolanda Valero Fernández.
- «Aplicación de la doctrina EncroChat por nuestros tribunales de justicia», de Ignacio Martínez-Arrieta Márquez de Prado, y Rocío Arranz Macayo.

En la revista *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Septiembre-octubre 2024, n.º 170:

- «La atipicidad del falso testimonio de los testigos-coimputados no firmemente condenados», de Diego Fierro Rodríguez.
- «El recurso de revisión penal como instrumento procesal de rescisión de la sentencia firme: análisis jurisprudencial y doctrinal actual sobre los motivos de falso testimonio y de aparición de «nuevos» hechos o elementos de prueba», de Pedro Luis Olivas Morillo.
- «El testigo-perito en el proceso penal: algunas reflexiones», de Delia Ghiurca Gruita.

En la revista *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. Noviembre-diciembre 2024, n.º 171:

- «Prisión permanente revisable y centro de destino», de Cristina Rodríguez Yagüe.

En *Diario La Ley*, n.º 10581, 2024:

- «Actos procesales y presencia telemática: celebración de las vistas», de Juan Manuel García Rodríguez.

En *Diario La Ley*, n.º 10586, 2024:

- «Diligencia de registro en despachos profesionales. Especial referencia a los despachos de abogados», de Marta Acero Rincón.

En *Diario La Ley*, n.º 10617, 2024:

- «Resumen, modificaciones normativas y breves consideraciones acerca de la Ley Orgánica 5/2024 de 11 de noviembre del Derecho a la Defensa», de María Àngels Casanovas Benítez.

En la *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 64 de septiembre de 2024:

- «Los límites de la responsabilidad del “compliance officer”: supervisor de los sistemas de prevención penales del art. 31.5 bis CP», de Eneko Etxeberria Bereziartu.

En la revista *Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2024:

- «Eficiencia procesal ante las dilaciones indebidas», de Enrique César Pérez-Luño Robledo.

En la revista *Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2024:

- «Sobre los registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares: Comentario a la STS 874/2024, de 5 de junio (JUR 2024, 169421)», de Concepción Morales Vállez

En *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, n.º 74, 2024:

- «Cuestiones esenciales de la conformidad penal en España: análisis doctrinal y jurisprudencial», de Esther Molina Castañer.
- «El Derecho Penal vs el Derecho Administrativo Sancionador», de Javier Ijalba Pérez.

En la *Revista Humanitas et Militaris. Asociación Internacional de Justicias Militares, Brasil*. N.º 11, 2024:

- «El incumplimiento de contrato en estado de sitio o conflicto armado en el derecho penal militar español», de José Antonio Rodríguez Santisteban.

## 2 DERECHO ADMINISTRATIVO

En *Revista de Administración Pública*, n.º 224, mayo/agosto 2024:

- «Normas sancionadoras en blanco y «reglas complementarias»», de Íñigo Sanz Rubiales.

En *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 67, octubre 2024:

- «La excepción al plazo de duración máximo de los contratos de servicios en la actual Ley de Contratos del Sector Público. Implicaciones de su utilización en la situación económico-financiera de determinadas prestaciones», de Sergio Jimeno Iglesias.

*Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 236, 2024:

- «Derecho Administrativo Sancionador», de M.<sup>a</sup> Teresa Acosta Penco, Lucía Alarcón Sotomayor, Antonio María Bueno Armijo, Manuel Izquierdo Carrasco, Miguel León Acosta, Manuel Rebollo Puig, Carmen Martín Fernández.
- «Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», de Lucía Alonso Sanz, Mónica Arenas Ramiro, Joaquín Brage Camazano, Rafael Bustos Gisbert, Encarnación Carmona Cuenca, Guillermo Escobar Roca, Yolanda Fernández Vivas, Francisco Javier García Roca, Ignacio García Vitoria, María Isabel Gon-

zález Pascual, Mario Hernández Ramos, Miguel Pérez-Moneo, Lara Redondo Saceda, Roberto Carlos Rosino Calle, Sara Turrero Pérez de los Cobos.

- «Procedimiento contencioso-administrativo y conflictos jurisdiccionales», de Fernando José Alcantarilla Hidalgo.

En *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 47, 2024:

- «Recurso de apelación contencioso-administrativo, segunda instancia y tutela efectiva», de Omar Bouazza Ariño.

### 3 DERECHO CONSTITUCIONAL

En la *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 41, octubre 2024:

- «Revisitando los límites al ejercicio del derecho de reunión: tres supuestos recientes», de Miguel Ángel Sevilla Duro.
- «El control incidental de constitucionalidad de la Ley: ¿un modelo en crisis?», de Alicia González Alonso.

En la *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 132, septiembre-diciembre 2024:

- «Libertad de expresión, odio y redes sociales: las opciones del legislador democrático español», de Eva Sáenz Royo.
- «La suspensión de derechos fundamentales en España: un concepto jurídico controvertido», de Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo

En la *revista Historia Constitucional*. Vol. 1, n.º 25, 2024:

- «Control constitucional y garantía de derechos. El Tribunal de garantías constitucionales», de Pablo Álvarez Bertrand.

#### D) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

En la *Revista del Derecho Militar y el Derecho de la Guerra*, n.º 62, julio 2024:

- «Corporate data enablers: a missing piece in the regulatory response to the military use of artificial intelligence», de Helen Stamp.

*Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*. Vol. 12, 2024:

- «Comisión de actuaciones militares para garantizar el Space Domain Awareness en el espacio ultraterrestre: nuevo peligro asociado en el marco del derecho internacional humanitario», de Laura Ximena Hernández Velandia.

En el *Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario*. Vol 4:

- «Civiles, combatientes extranjeros y mercenarios en el conflicto ruso-ucraniano», de Matteo Fornari.

En la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 32, 2024:

- «El regreso del derecho consuetudinario como fuente del derecho penal internacional: Las salas especiales de Kosovo y la detención arbitraria durante un conflicto armado de carácter no internacional», de Abraham Martínez Alcañiz.

En la *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 76, n.º 2, 2024:

- «Los países de la UE y el reclutamiento, alistamiento y uso de niños y niñas soldado: ¿a la vanguardia en la protección de la infancia?», de Ruth de María Abril Stoffels.
- «Con motivo del trigésimo aniversario de la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar», de Rafael Casado Raigón.

En la *Revue de droit international et de droit comparé*. 2024/1:

- «La internacionalización y europeización del principio general de derecho penal ne bis in idem: un derecho de geometría variable», «L'internationalisation et l'eupéanisation du principe général de droit pénal ne bis in idem: un droit à géométrie variable?» de Ali Bounjoua.

#### 4 DERECHO MILITAR OPERATIVO

En el *Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario*. Vol. 4:

- «El derecho operacional: una herramienta básica para las Fuerzas Armadas y la regulación del uso de la fuerza en contextos de conflicto armado», de Javier Alberto Ayala Amaya.

En la *Revista Latinoamericana de Derecho*. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia. N.º 13, 2014:

- «El derecho operacional en Colombia: protagonismo militar y ausencias civiles», de Alejandro León Marín.

#### 5 DERECHO MILITAR COMPARADO

En *Notitia Críminis*, julio 2024, México:

- «Redefinición del derecho penal militar», por Rodrigo Blanco Jimenez.

En la *Revista Criminogénesis*, México, n.º 24, agosto 2024:

- «Las Fuerzas Armadas y su Participación en Atención a los Delitos Contra la Salud y Delincuencia Organizada (1972-2024) desde el Punto de Vista de la Política Criminal», de Alejandro Carlos Espinosa.

En *Iuris tantum*, Julio-diciembre. *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Facultad de Derecho de la Universidad de Anáhuac (México) Vol. 38, n.º 40 (202):

- «Las violaciones graves de los derechos humanos en México. Una mirada panorámica», de Manuel Jorge Carreón Perea.

En la *Revista Justicia Penal Militar y Policial*. Colombia, n.º 16, 2024:

- «Fuero Penal Militar y Justicia Penal Militar en Colombia, Pilares de la institución castrense, de la colonia a la actualidad», de CN (RA) Julián Orduz Peralta, Magistrado Tribunal Superior Militar.

En la *Revista Científica General José María Córdova (Revista Colombiana de Estudios Militares y Estratégicos)*. Vol. 22, n.º 48, octubre-diciembre 2024:

- «Causas de la militarización de las emergencias civiles», de Rafael Martínez y Alberto Bueno.
- «El rol de los militares en la gestión de las emergencias. El caso español, de Enriqueta Expósito.

En la *Revista Humanitas et Militaris. Asociación Internacional de Justicias Militares*. Brasil. N.º 11, 2024:

- «The trail of civilians in Brazil by the Unión Military Court», de Pierre Bricard.
- «Direito disciplinario militar e justicia disciplinaria militar em Cabo Verde. O novo reglamento disciplinario militar», de Silvino Semedo.
- «Military Justice in Romania», de la mayor magistrate Daniela Dediu.
- «The problematics of military administrative litigation in the Angolan Legal Order», de Matias Caxixi.



# **INFORMACIÓN**



**ACTIVIDADES DE LA SECCIÓN MILITAR DE LA REAL  
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN  
(JULIO/DICIEMBRE 2024)**

Francisco Luis Pascual Sarría  
*General auditor, director de la REDEM*

En la Sección de Derecho Militar (sección 20.<sup>a</sup>) de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España durante el segundo semestre de 2024 se han realizado las siguientes actividades:

El día 7 de noviembre de 2024, en la sede de la Real Academia se impartió la conferencia inaugural de la Sección de Derecho Militar, que estuvo a cargo del teniente general del Ejército de Tierra, Miguel Ballenilla y García de Gamarra, director del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), con el título *El reconocimiento del valor militar. Legado histórico y actualización jurídica*.



# **NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN**



## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES

La *Revista Española de Derecho Militar*, iniciada en 1956, publicada en un principio por la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria del el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y, posteriormente por el Ministerio de Defensa, tiene su sede en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Su objetivo es el de la difusión del conocimiento de las distintas ramas del Derecho Militar, fundamentalmente Penal, Disciplinario, Administrativo, Internacional, Constitucional, Marítimo, Aeronáutico o Comparado, desde cualquier perspectiva científica, ya sea esta dogmática, histórica, sociológica o filosófica. A estos efectos, publica estudios originales sobre estas materias, dirigidos a juristas nacionales o extranjeros especializados en el asesoramiento jurídico militar o en el ejercicio de la jurisdicción militar. Asimismo, se dirige a abogados, jueces o representantes del mundo académico, interesados en profundizar en la vertiente militar de sus respectivos ámbitos de especialidad.

Tiene una periodicidad semestral y ha quedado indexada en LATIN-DEX.

Lo publicado en la *Revista Española de Derecho Militar* no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte de papel, la *Revista* es accesible a través del portal del Ministerio de Defensa, página web [www.publicaciones.defensa.gob.es](http://www.publicaciones.defensa.gob.es)

## REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La *Revista Española de Derecho Militar* solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurran circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas, exceptuando los Premios Querol y Lombardero, que serán publicados.

Las colaboraciones adoptarán la forma de Estudios, que deberán de tener una extensión máxima de 20 000 palabras de texto, incluida la bibliografía, equivalentes a cincuenta páginas impresas, y mínima de 12 000 palabras correspondientes a treinta páginas impresas. Las colaboraciones deberán estructurarse en las siguientes partes: Resumen, Sumario, Desarrollo.

Toda colaboración habrá de estar precedida por un Resumen del contenido del artículo con una extensión máxima de 150 palabras, y cuatro palabras clave, acompañada de la correspondiente traducción o *Abstract* en inglés, tanto del resumen como de las palabras claves, o *Keywords*, y el título del trabajo.

El Sumario encabezará el artículo, y en él se hará constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura pre-fijada en el Sumario. En cuanto al sistema de citas se hará siguiendo las vigentes *Normas de edición y publicación en el Ministerio de Defensa*, conforme a la normativa ISO 690-2013. Las referencias bibliográficas aparecerán en notas a pie de página.

Explicación de las normas de redacción:

- a) Páginas escritas por una sola cara.
- b) Fuente: Times New Roman 12.
- c) Interlineado: 1,5.
- d) Márgenes:
  - Superior: 3 cm
  - Izquierdo: 3,5 cm
  - Derecho: 2,5 cm
  - Inferior: 2,5 cm
- e) Notas: siempre a pie de página. Times New Roman 10.
- f) Referencias bibliográficas, según el modelo ISO 690-2013:



— **Libros o monografías**

De uno a tres autores, se indicarán todos. Si fueran más de tres se pondrá solo el primero seguido de *et al.* Cita dentro del texto (Gimeno Sendra, 2018).

APELLIDO/S, Nombre. (Año de publicación). *Título del libro en cursiva*. Edición (si no es la 1.<sup>a</sup>). Lugar de edición de publicación: Editorial. ISBN (si consta en el libro).

Ejemplo:

GIMENO SENDRA, V. *et al.* (2010). *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Edisofer, 2018. ISBN: 9788415276746

El nombre de las personas o entidades que realizan una función subordinada (coordinadores, traductores, compiladores, etc.) puede aparecer a continuación del título en el orden que aparece en el documento.

— **Capítulos de monografías, entradas de obras de referencia y contribuciones a congresos**

APELLIDO/S, nombre del autor/a del capítulo. (Año de publicación). Título del capítulo. En: APELLIDO/S, nombre del autor/a de la obra. *Título de la obra en cursiva*. Edición (si no es la 1.<sup>a</sup>). Lugar de edición de publicación: Editorial. Páginas en las que aparece. ISBN (si consta en el libro).

Ejemplo:

PEDRÓS ESTEBAN, A.-T. (2008). Sostenibilidad ciudadana. En: Llavería i Arasa, J. (dir. congr.). *Diálogos urbanos: Confluencias entre arte y ciudad*. Valencia: Centro de Investigación Arte y Entorno. Pp. 265-278. ISBN 978-84-690-9563-8.

— **Tesis doctorales y trabajos fin de estudios no publicados**

APELLIDO(S), Nombre del autor/a. (Año de presentación). Título de la obra en cursiva [Clase de trabajo inédito]. Creador/a secundario/a (p. ej. dirección de la tesis). Lugar de edición: Institución académica donde se presenta.

Ejemplo:

CERRA JUAN, J. C. DE LA. (2022). *El derecho de asociación profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas* [tesis doctoral inédita]. director: Blesa Aledo, Pablo Salvador. Murcia: Universidad Católica de Murcia «San Antonio».

— **Artículos de revistas y publicaciones periódicas**

APELLIDO/S, Nombre del autor/a. (Año de publicación). Título del artículo. *Título de la publicación periódica en cursiva*. Lugar de edición de publicación: Editorial. Año, volumen, número, pp. x-xx. ISSN (si está disponible en la publicación).

Ejemplo:

GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA LOYGORRI, F. (2010). Penas, distinciones y recompensas: nuevas reflexiones en torno al derecho premial. *Emblemata. Revista Aragonesa de Emblemática*. Zaragoza: Institución Fernando El Católico. N.º 16, pp. 205-235. ISSN 1137-1056.

— **Referencias bibliográficas de los documentos electrónicos**

Las referencias de documentos electrónicos se elaborarán siguiendo las mismas pautas establecidas para los documentos impresos citadas arriba. Detrás del título se deberá añadir, entre corchetes, la expresión [en línea]. También se añadirá la fecha de consulta y su disponibilidad en la URL o DOI correspondiente de la manera en que se muestra:

**Libros electrónicos**

APELLIDO/S, Nombre autor/a. (Año de publicación). *Título del libro en cursiva* [en línea]. Edición (si no es la primera). Lugar de edición: Editorial (o web donde se aloja). [Consulta: fecha de consulta]. Disponible en: URL o DOI del recurso

Ejemplo:

ZURITA, J. (2003). *Anales de Aragón* [en línea]. Canellas López, Á. (ed.), Iso, J. J. (coord.), Yagüe, M.<sup>a</sup> I. y Rivero, P. Zaragoza: Institución Fernando El Católico. [Consulta: mayo de 2024]. Disponible en: <https://ifc.dpz.es/publicaciones/ver/id/2448>

### **Capítulos de libros electrónicos**

APELLIDO/S, Nombre autor/a. (Año de publicación). Título del artículo [en línea]. En: *Título del libro en cursiva*. Lugar de edición de publicación: Editorial. Páginas que abarca el artículo. ISBN (si lo hubiera). [Consulta: fecha de consulta]. Disponible en: URL o DOI del recurso.

Ejemplo:

DÍAZ DE DURANA, J. R., GUINOT, E. (2010). El diezmo en la España medieval [en línea]. En: Viader, R. (ed.). *La dîme dans l'Espagne médiévale*. FUOC (trad.). Toulouse: Presses Universitaires du Mirail. Pp. 62-88. ISBN 9782810700875. [Consulta: mayo de 2024]. Disponible en: <https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/148543/2/EIDiezmoEnLaEspa%C3%B1aMedieval.pdf>

### **Tesis doctorales y trabajos fin de estudios electrónicos**

APELLIDO/S, Nombre del autor/a. (Año de presentación). *Título de la obra en cursiva* [en línea] [clase de tesis]. director: Apellidos, Nombre director(es). Lugar de edición: institución académica en la que se presenta. [Consulta: fecha de consulta]. Disponible en: URL o DOI del recurso.

Ejemplo:

MONROY CEA, C. (2018). *Efectos jurídicos, contables y fiscales del convenio de acreedores* [en línea] [trabajo fin de grado]. Zaragoza: Universidad de Zaragoza. [Consulta: 13 de julio de 2018]. Disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/69530?ln=es>

### **Artículos de revistas electrónicas**

APELLIDOS/S, Nombre del autor/a. (Año de publicación). Título del artículo [en línea]. *Título de la revista en cursiva*. Año, volumen o número del fascículo en que está incluido el artículo. ISSN (si lo hay). [Consulta: fecha de consulta]. Disponible en: URL o DOI del recurso.

RUSHBY, R. S. (2017). Drones armados y el uso de fuerza letal: nuevas tecnologías y retos conocidos [en línea]. *CES Derecho*. Vol. 8, n.º 1 [Consulta: 12 de julio de 2018]. ISSN 2145-

7719. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a03.pdf>

***Sitios web completos:***

*Título del sitio web o portal en cursiva* [en línea]. (Año). Lugar de edición: Editorial (si está disponible). [Consulta: fecha]. Disponible en: URL o DOI del recurso.

*Dialnet* [en línea]. (2024). Logroño: Fundación Dialnet. [Consulta: mayo de 2024]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/>

La Redacción de la revista acusará recibo de los trabajos, sin que esto comporte su publicación.

Los trabajos no publicados serán devueltos a su autor.

Para publicar en otro medio de comunicación un trabajo ya publicado en la revista, habrá de solicitarse previamente autorización a la misma.

De no indicarse previamente por el autor, los trabajos publicados se difundirán en soporte papel, electrónico y digital e irán identificados con el nombre, apellidos y, en su caso, empleo militar o profesión:

Los trabajos serán enviados a la redacción de la revista, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de Ingenieros n.º 6, 28047 Madrid, preferiblemente en soporte electrónico, a la siguiente dirección de correo electrónico: [emej@oc.mde.es](mailto:emej@oc.mde.es). Una vez recibidos, se remitirá el correspondiente acuse de recibo.

## NORMAS DE EVALUACIÓN

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la *REDEM*, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en el número anterior. En el caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor a quien también se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de «doble referee». A estos efectos la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción de la revista, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Este se encargará de la búsqueda de

dos evaluadores externos, reconocidos expertos en la materia, a quienes se remitirá, para realizar la evaluación realizada en calidad de arbitraje, del citado artículo, garantizando el carácter anónimo de su autor. Los evaluadores disponen de seis u ocho semanas para entregar sus informes motivados, que se ajustarán al formulario incluido en anexo. Para ser publicado, un trabajo deberá obtener los correspondientes informes positivos de esos dos árbitros externos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el gestor o, en su caso, el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador/árbitro externo, cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores a los que se dará un plazo adicional para incorporarlas a su trabajo. En este último supuesto, la publicación del trabajo, caso de que el gestor lo considere conveniente, se someterá de nuevo al Consejo de Redacción.

A los autores de los trabajos aceptados, caso de solicitarlo, se les expedirá un certificado en el que se haga constar que su manuscrito ha sido aprobado por el Consejo de Redacción de la *REDEM* y se halla pendiente de publicación.

De igual modo a los a los gestores y evaluadores, caso de solicitarlo, se les expedirá por el Secretario de la Revista el correspondiente certificado.

ANEXO

INFORME SOBRE EVALUACIÓN/ARBITRAJE DE TEXTOS  
EVALUADOR PARA ARBITRAR EL TRABAJO:  
D/D<sup>a</sup>.

TÍTULO DE LA OBRA:

OBSERVACIONES SOBRE SU CONTENIDO  
FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

Utilización de fuentes primarias o secundarias, documentación...

CALIDAD Y SOLIDEZ DE LA INVESTIGACIÓN

Estructura, Coherencia, Fundamentación de las conclusiones.

NOVEDADES QUE APORTA A SU CAMPO DE ESTUDIO

Originalidad de las tesis o conclusiones.

OBSERVACIONES SOBRE LA FORMA:

EXTENSIÓN

ORDEN

ESTILO

¿RECOMIENDA SU PUBLICACIÓN?

SÍ, SIN OBJECIONES

NO, DEBE SER RECHAZADA

SÍ, SI SE REALIZAN CORRECCIONES

SI SON NECESARIAS CORRECCIONES, INDÍQUELAS



latindex

PUBLICACIONES  
DE DEFENSA



SUBSECRETARÍA DE DEFENSA  
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL  
DE PUBLICACIONES  
Y PATRIMONIO CULTURAL

