

LA LEGÍTIMA DEFENSA ANTE LA PIRATERÍA MARÍTIMA

SELF- DEFENCE AGAINST MARITIME PIRACY

José Manuel Sánchez Patrón*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA LEGÍTIMA DEFENSA DE LOS ACTORES ESTATALES ANTE LA PIRATERÍA MARÍTIMA. III. LA LEGÍTIMA DEFENSA DE LOS ACTORES PRIVADOS ANTE LA PIRATERÍA MARÍTIMA. IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El resurgimiento de la piratería marítima y la importancia de los medios empleados han obligado a los Estados a no realizar solamente labores de policía contra esta actividad ilícita, sino a repeler en defensa propia los ataques de los piratas marítimos. Asimismo, la extensión y la gravedad de este fenómeno explican que los buques (mercantes y pesqueros) objeto de los ataques de los piratas marítimos hayan contratado su propia defensa con empresas de seguridad privada. El presente trabajo trata de responder a los interrogantes que plantea el uso de la legítima defensa estatal ante los ataques armados procedentes de actores privados, así como de los que suscita el uso de la fuerza armada por las empresas de seguridad privada ante este tipo de ataques.

ABSTRACT: The resurgence of maritime piracy and the importance of their means employed have forced States to repel the attacks of sea pirates in self-defence, and not only perform police work against this illegal activity. Furthermore, the extension and severity of this phenomenon explain that merchant and fishing vessels attacked for sea pirates have engaged their own defense with private security companies. This contribution attempts to answer the questions posed by the use of legitimate defense by States against armed attacks from private actors, as well as the use of armed force by private security companies to respond this kind of attacks from maritime piracy.

PALABRAS CLAVE: Uso de la fuerza / Legítima defensa / Actores públicos y privados (EMSP) / Piratería marítima.

KEYWORDS: The Use of force / Self-Defence / Public and private actors (PSMC) / Maritime piracy.

Fecha de recepción del original: 23 de mayo de 2014. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de noviembre de 2014.

* Profesor Titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales en el Departamento de Derecho internacional “Adolfo Miaja de la Muela” de la Universitat de València. Correo electrónico: jmsp@uv.es

El presente trabajo de investigación ha sido elaborado en el marco del Proyecto de investigación: “Gobernanza ambiental, instrumentos jurídicos internacionales y economía verde: La Conferencia de Río + 20 y más allá” (DER2012-34888), subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Este trabajo de investigación ha sido finalizado en mayo de 2014.

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (en adelante CNUDM) establece la posibilidad de apresar un buque pirata, detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo¹. Un buque pirata es aquél que se encuentra destinado a la comisión de actos de piratería por parte de las personas bajo cuyo “mando efectivo” se encuentra². El buque pirata es, normalmente, de titularidad privada, pero también puede serlo de titularidad pública – como es el caso de los buques de guerra – cuando, excepcionalmente, su tripulación se amotina y se apodera del mismo para perpetrar actos de piratería³. Los actos de piratería están constituidos por actos ilegales de violencia/detención/depredación cometidos con una finalidad privada por la tripulación o los pasajeros de un buque contra otro buque/personas/bienes que se encuentren a bordo de éste último. Los actos ilegales deben haberse perpetrado en alta mar o en otro lugar que no forme parte de la jurisdicción de ningún Estado⁴, ya que, de lo contrario, no constituirían actos de piratería en sentido estricto, sino, más bien, “robos a mano armada”.

La finalidad perseguida con la perpetración de los actos de piratería – la consecución de un propósito personal⁵ – implica que sus responsables son siempre personas privadas, aunque puedan utilizar para su comisión buques de titularidad estatal. Sin embargo, el CNUDM exige que los buques/aeronaves encargados de apresar un buque pirata, detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo, tienen que ser necesariamente “buques de guerra” o “aeronaves militares”; o, en su defecto, “otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y estén autorizados a tal fin”⁶. Como bien puede deducirse de estas expresiones, los encargados de hacer frente a la piratería son militares o miembros autorizados por las autoridades gubernamentales, lo que limita su círculo a los actores estatales. Además, el apresamiento del buque pirata, la detención de las personas y la incautación de los bienes que se encuentran a bordo por parte de agentes estatales sólo puede producirse en alta mar o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; bien entendido que estas actuaciones corresponde

¹ Art. 105.

² Art. 103.

³ Art. 102.

⁴ Art. 101. Ver: JORGE URBINA, J., “La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar”, en *La cooperación internacional en la ordenación de los mares y océanos* (PUEYO LOSA, J., JORGE URBINA, J., coord.), Iustel, Madrid, 2009, especialmente, pp. 325-339.

⁵ La consecución de este propósito personal- normalmente, un “lucro económico” – permite diferenciar esta figura delictiva de otras afines como el terrorismo, ya que - tal y como ha señalado el Tribunal Supremo español – “los actos (...) incardinables en el concepto de piratería, no tienen por qué coincidir necesariamente con los fines políticos o político-sociales propios de un grupo terrorista”. Tribunal Supremo. Sentencia 11164/2011 de 12 de diciembre de 2011, Fº.Jº. 2º. Acerca de esta cuestión, ver la reciente monografía de: HOURY, CH., *La piraterie maritime au regard du Droit international. Incertitudes et évolutions contemporaines*, L'Harmattan, Paris, 2014, pp. 114-124.

⁶ Art. 107.

efectuarlas al Estado ribereño de manera exclusiva en el caso de que se cometan en su propio mar territorial⁷.

No obstante, la práctica internacional demuestra que los Estados no se limitan únicamente a realizar las labores de policía que conlleva apresarse a un buque pirata, detener a las personas o incautar los bienes que se encuentren a bordo. Por un lado, el resurgimiento de esta actividad ilícita y su extensión a varias zonas geográficas; y, por otro, la importancia de los medios empleados, como es el caso de armas de guerra por parte de los piratas, obligan a las fuerzas gubernamentales a utilizar la fuerza armada para poder llevar a cabo su tarea o para poder defenderse de los eventuales ataques procedentes de los propios piratas. Además, la proliferación de la piratería marítima sumada a la amplitud de las áreas geográficas a las que se extiende dificulta las labores de policía ejercidas por los buques y aeronaves estatales, lo que conlleva, a su vez, un extraordinario gasto económico para las arcas públicas⁸. Por estos motivos, los buques privados dedicados a actividades tales como la pesca o el comercio – blanco principal de los ataques piratas – se han visto en la necesidad de contratar, con empresas privadas, la seguridad de su personal, de las mercancías y del propio buque con fin de garantizar su navegación sin riesgos. Esta práctica reciente, lejos de ser desautorizada o prohibida, ha sido alentada y apoyada por los propios Estados que contemplan esta opción como un complemento a las garantías, por lo general, insuficientes, que proporcionan las fuerzas estatales.

⁷ Acerca de la configuración de la piratería marítima en el CNUDM, puede consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: SOBRINO HEREDIA, J.M., “La piratería marítima: un crimen internacional y un galimatías nacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 17, 2009, 4 pp; LE HARDY DE BEAULIEU, L., La piraterie maritime a l’aube du XXème siècle, en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 115, nº 3, 2011, pp. 653-674; ARRUFAT CARDAVA, A.D., Piratería marítima: Aspectos actuales de su represión y enjuiciamiento, en *La Gobernanza de los mares y océanos. Nuevas realidades, nuevos desafíos/A Governança dos Mares e Oceanos. Novas realidades, novos desafios* (PUEYO LOSA, J., BRITO, W., dir., PONTE IGLESIAS, M.T., VALE PEREIRA, M., coord.), Andavira Editorial, Santiago de Compostela, 2012, pp. 273-300; IGLESIAS BANIOLA, S., La definición de la piratería en el mar en el Derecho internacional y los problemas que plantea su aplicación, en *Estudios de Derecho marítimo* (QUINTANS EIRAS, M.R., DIAZ DE LA ROSA, A., GARCÍA Y LASTRES, J.L., dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 795-816; JUSTE RUIZ, J., Piratería en aguas somalíes: reacción internacional y Derecho español, en *Estudios de Derecho internacional y Europeo en homenaje al Prof. Manuel Pérez González*, (CARDONA LLORÉNS, J., PUEYO LOSA, J., RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., SOBRINO HEREDIA, J.M., ed., AZNAR GOMEZ, M., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 733-758; TUEK, H., *Reflections on the contemporary Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 69-100; MEJIA, M.Q., *Piracy at sea* (MEJIA, M.Q., KOJIMA, CH., SAWYER, M., ed.), Springer, Berlin, 2013; EVANS, M.D., GALANI, S., Piracy and the development of International law, en *The law and practice of piracy at sea: European and international perspectives* (KOUTRAKOS, P., SKORDAS, A., ed.), Oxford/Hart, Portland/Oregon, 2014, pp. 343-365; ROLF CHURCHILL, R., The piracy provisions of the United Nations Convention on the Law of the sea. Fit for purpose?, en *The law and practice of piracy at sea: European and international perspectives*, op.cit., pp. 9-32;

⁸ El Comité Económico y Social Europeo concluyó que “en zonas infestadas de piratas (como el Océano Índico) transitan diariamente tres millones de barriles de petróleo y la mitad del tráfico mundial de contenedores”, y que: “la presencia naval en el Océano Índico equivale a patrullar el área europea con veinte coches de policía”. CESE. Dictamen sobre la piratería marítima: reforzar la respuesta de la UE de 16 de enero de 2013. DO C nº 76 de 14 de marzo de 2013, p. 15. Puntos 1.10 y 2.1.3.

A la luz de la práctica expuesta⁹, cabe plantearse un buen número de cuestiones jurídicas. El presente trabajo no pretende abordar todas ellas, pero sí tratar de responder a algunos interrogantes; en concreto, los referidos a la reacción por parte de las fuerzas estatales a ataques piratas en virtud del derecho inmanente a la legítima defensa, así como su hipotética extensión y aplicación a las empresas de seguridad privadas. Dicho de otro modo, ¿los Estados pueden invocar su derecho a la legítima defensa frente a ataques piratas pese a que dichos ataques armados procedan de actores privados? ¿Qué condiciones debe reunir el empleo de la fuerza por parte de los agentes estatales en dichos casos? ¿Las empresas de seguridad privada disponen también de un derecho legítimo de repeler ataques piratas empleando para ello la fuerza armada? Y si así fuese, ¿qué limitaciones tendrían que observar los agentes privados para utilizarla en los casos referidos?

II. LA LEGÍTIMA DEFENSA DE LOS ACTORES ESTATALES ANTE LA PIRATERÍA MARÍTIMA

El 12 de enero de 2012, el buque de la Armada española “Patiño”, participante en la operación europea Atalanta, se encontraba dando cobertura a buques mercantes a 47 millas de Mogadiscio, Somalia. Minutos antes de las tres de la madrugada, “el cabo primero de infantería de marina, (que se encontraba) de guardia en cubierta de popa, pudo apercibirse de la presencia de un esquife pegado al costado de babor del Patiño, embarcación en la cual se encontraban los hoy acusados, armados y con una escala preparada para auxiliarse en el abordaje”¹⁰, lo que se puso en conocimiento del oficial de guardia. Una vez se informó del suceso a los superiores, se estableció “zafarrancho de combate”¹¹. Con posterioridad, “los ocupantes del esquife, suficientemente armados con fusiles no identificados, pero del tipo AK-47, así como al menos un lanzagranadas, tipo RPG-7, armamento a su disposición y en perfecto estado de funcionamiento, procedieron a disparar contra la estructura del Patiño; contingencia que motivó que fueran respondidos desde el último, y ello con la intención de hacerse con su control, y poder exigir cualquier tipo de rescate. En concreto el cabo primero de infantería, al que hemos hecho referencia previamente, efectuó disparos con su rifle reglamentario HK. Y, a continuación, con la ametralladora MG de babor. Los hoy acusados realizaron un número indeterminado de disparos de fusil sobre la estructura de popa y chimenea del Patiño, habiéndose localizado seis impactos, si bien los daños no han sido tasados”¹². Tras este intercambio de disparos, el esquife se dio a la fuga, “ordenándose desde el Patiño el alto el fuego”¹³. Iniciada su persecución, sobre las cuatro horas, el Patiño se situó a no más de 1000 yardas del esquife, mientras que “los hoy acusados proced(ían) a arrojar a la mar escalas, lanzagranadas, un número indeterminado de fusiles, así como algunas bolsas. Al encontrarse a una pequeña distancia del esquife se orden(ó) a su

⁹ La práctica internacional examinada en este trabajo, especialmente, en sus apartados II.2 y III.2, se circunscribe a los hechos y actividades desarrollados frente a las costas de Somalia y el Océano Índico.

¹⁰ Audiencia Nacional. Sentencia nº 64/2013 de 30 de octubre de 2013. Hechos Probados, nº 2-5.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

tripulación que se det(uviese), haciendo caso omiso, razón por la cual se realiza(rón) dos ráfagas al aire con ametralladora, deteniéndose el esquife sobre las cuatro horas, ocho minutos. Nada más lo anterior se proced(ió) a la detención de los tripulantes del esquife, así como la asistencia a los heridos y registro de aquél”¹⁴. Además de los fusiles, lanzagranadas y escalas que fueron arrojados al mar, “se aprehendieron, entre otros, los siguientes efectos: (...) munición utilizada por los fusiles AK-47 y sus variantes del mismo calibre”¹⁵; fusiles que “conforme al Reglamento de armas vigente son considerados armas de guerra y en consecuencia prohibida su adquisición, tenencia y uso por particulares”¹⁶. La pena impuesta a los acusados en primera instancia fue elevada en casación al entender el tribunal de revisión que: “los recurrentes llegaron a disparar contra el buque de la armada”¹⁷, y que: “independientemente de que los disparos estuvieran dirigidos específicamente a los tripulantes del buque, o que estos resultaran o no heridos, se atentó sin duda contra ellos (...), pues se les agredió violentamente, disparando fusiles del tipo AK-47 hacia cubierta, lugar de vigilancia, paso y presencia de la tripulación”¹⁸. Por tales motivos, la nueva pena impuesta fue agravada por el Tribunal Supremo¹⁹.

1. El marco normativo

A) ¿Ataques piratas?

a) La normativa internacional

El artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 establece que sus Miembros tienen “el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva” en el caso de ataque armado; derecho que podrán ejercer siempre “que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales”. El derecho a la legítima defensa aparece configurado en estos mismos términos en el Tratado del Atlántico Norte de 4 de abril de 1949²⁰, así como en el tratado internacional por el que se instituyó la ya extinta Unión Europea Occidental²¹. Más recientemente, el Tratado de la Unión Europea dispone en su artículo 42.7 que si “un Estado Miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados Miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas”. Todas estas formulaciones reconocen el derecho del Estado a defenderse legítimamente de ataques armados externos. Este tipo de ataques se entiende que tiene como destinatario a un Estado cuando se dirigen contra el territorio, las personas o los bienes sometidos a su

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Tribunal Supremo. Sentencia nº 313/2014 de 2 de abril de 2014. Fº. Jº. 4º.

¹⁸ *Ibid.* Fº. Jº. 5º.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Art. 5.

²¹ *Ibid.*

soberanía²². Precisamente, un ataque armado dirigido contra un buque de guerra debe considerarse perpetrado contra el Estado al que pertenece, habilitándole a ejercer su derecho a la legítima defensa²³. Ahora bien, el ataque armado en cuestión, ¿debe ser desencadenado por otro Estado, o bien cualquier actor, ya sea estatal o privado, puede estar en el origen del mismo? En particular, y por lo que interesa a este estudio, ¿un ataque armado lanzado por piratas marítimos contra un buque estatal podría justificar que el Estado afectado respondiese al mismo sobre la base del derecho a la legítima defensa reconocida en la Carta de las Naciones Unidas?

Cuando los encargados de elaborar la Carta de las Naciones Unidas acordaron el contenido del artículo 51, destinado a reconocer el derecho inmanente de los Estados a la legítima defensa, barajaron una propuesta estadounidense dirigida a explicitar en el texto de dicho artículo, que el ataque armado debía proceder de un Estado. Sin embargo, esta especificación no fue incorporada a su redacción final²⁴. Probablemente, los redactores de este instrumento internacional consideraron que el añadido aclarativo de que el ataque armado debía proceder de un Estado, resultaba redundante, ya que, en aquella época, resultaba difícil concebir un ataque armado que no tuviera una procedencia estatal. Sin embargo, el acceso progresivo de los actores privados a armamento con capacidad destructiva y el incremento de los supuestos en los que los Estados son atacados con este tipo de armamento por actores privados – tal y como sucede en el caso de la piratería marítima – plantea un interrogante sobre el ámbito de aplicación del derecho a la legítima defensa previsto en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Este cuestionamiento – aunque comenzó a plantearse con anterioridad – se intensificó significativamente a raíz de los atentados de Nueva York de 11 de septiembre de 2001²⁵.

El artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas señala que los Estados podrán responder, en virtud de su derecho a la legítima defensa, a un “ataque armado”. Sin embargo, la versión francesa de este precepto utiliza la expresión: “*agression armée*”;

²² TIJ. *Asunto de la competencia en materia de pesquerías (España c. Canadá)*, Proceso oral, Audiencia pública de 15 de junio de 1998, CR 98/13, par. 10

²³ Tal y como el propio Tribunal Internacional de Justicia ha advertido que: “the mining of a single military vessel might be sufficed to bring into play the inherent right of self-defence”. TIJ. *Asunto de las plataformas petroleras (República Islámica de Irán c. EEUU)*, sentencia, Rec. 2003, par. 72.

²⁴ United States Department of State, *Foreign Relations of the United States: diplomatic papers, 1945, vol. I General: the United Nations*, pp. 685-686.

²⁵ Una extensa referencia doctrinal puede consultarse en el trabajo de PAUST, J., “Self-defence targetting of non state actors and permissibility of U.S use of drones in Pakistan”, en *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 19, n° 2, 2010, p. 239-241 (nota 3). Recientemente, pueden consultarse los trabajos de: VAN STEENBERGHE, R., “Self-defence in response to attacks by non-state actors in the light of recent state practice: a step forward?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n° 1, 2010, pp. 183-208; TSAGOURIAS, N., “Non-state actors in international institutional peace and security: non-State actors and use of the force”, en *Participants in the international legal system: multiple perspectives on non-state actors in international law* (D’ASPROMONT, J., ed.), Routledge, London..., 2011, pp. 326-341; MILANO, E., “Il ricorso all’uso della forza nei confronti degli attori non statali”, en *Uso della forza e legittima difesa nel Diritto internazionale contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 105-137 y BETHLEHEM, D., “Self-Defence against an imminent or actual armed attack by non state actors”, en *American Journal of International Law*, vol. 106, n° 4, 2012, pp. 769-777.

término igualmente empleado por el artículo 42.7 del Tratado de la Unión Europea en su redacción castellana. Aunque podría considerarse que ambas expresiones son equivalentes, lo cierto es que el término “agresión armada” está reservado por el Derecho internacional para los casos en los que la fuerza armada se emplea de un modo grave o mayor²⁶. Así lo ha entendido el Tribunal Internacional de Justicia que limita los actos de agresión a aquellos ataques armados que revisten cierta gravedad²⁷; y que, además, tienen una procedencia estatal²⁸. Según esta interpretación, el derecho a la legítima defensa sólo puede invocarse cuando concurren ambas condiciones, lo que significa que su ejercicio estaría limitado a los casos en los que el Estado fuese objeto de una agresión; esto es, un ataque armado de gravedad que procede de otro Estado²⁹. Esta interpretación restrictiva del derecho a la legítima defensa impide que un Estado pueda justificar - sobre la base de ese derecho inmanente -, su respuesta a un ataque armado que no revista gravedad, o bien que proceda de un actor privado³⁰. Por consiguiente, la reacción armada, efectuada en cualquiera de estas dos circunstancias, podría constituir una vulneración del principio de prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza armada - consagrado en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas -, ya que la respuesta estatal no podría justificarse en el marco de la excepción prevista por el derecho a la legítima defensa³¹. Sin embargo, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar ha confirmado recientemente su doctrina inicial que resulta, por el contrario, más flexible; a saber: el empleo de la fuerza armada constituye una violación del principio

²⁶ Art. 2 de la Resolución 3314(XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1974. Aparte del requerimiento de cierto grado de gravedad, la consideración de un ataque como agresión exige que éste proceda necesariamente de un Estado. Según su art. 1, “(l)a agresión es el uso de la fuerza por un Estado contra (...) otro Estado”. En este mismo sentido también se expresa el art. 8bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de junio de 1998 al configurar el crimen de agresión a los efectos de determinar la responsabilidad internacional penal por su comisión.

²⁷ TIJ. *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, fondo, sentencia, Rec. 1986, par. 191 y *Asunto de las plataformas petroleras (República Islámica de Irán c. EEUU)*, *ibid.*, par. 51 y 64.

²⁸ TIJ. *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, *ibid.*, par. 195; *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado, opinión consultiva*, Rec. 2009, par. 139 y *Asunto concerniente a las actividades armadas sobre el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, sentencia, Rec. 2005, par. 147.

²⁹ PINTO, M., “L’emploi de la force dans la jurisprudence des tribunaux internationaux”, en *Recueil des Cours de la Académie de Droit International* (2007/t. 331), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009, p. 87 y GRAY, CH., “The International Court of Justice and the use of the force”, en *The development of International law by the International Court of Justice* (TAMS, CH., SLOAN, J, ed.), Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 258 y ss.

³⁰ No obstante, el Institut de Droit International ha previsto la posibilidad de que “(e) n caso de ataque armado de un Estado por un actor no estatal, el artículo 51 de la Carta (de las Naciones Unidas), tal y como ha sido completado por el derecho internacional consuetudinario, se aplica en principio”. Asimismo, considera que “(s)i un ataque armado por actores no estatales es lanzado desde un espacio situado fuera de la jurisdicción de un Estado, el Estado afectado puede ejercer su derecho de legítima defensa en este espacio contra los actores no estatales”. IDI. Resolución de 27 de octubre de 2007 (Sesión de Santiago de Chile), par. 10. *Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol. 72, Pedone, Paris, 2007, pp. 233 y ss.

³¹ Tribunal Permanente de Arbitraje. Sentencia “*Guyana v. Surinam*” de 17 de septiembre de 2007, par. 445.

de prohibición del uso de la fuerza armada desde el momento en el que se “sobrepase lo que es razonablemente exigido teniendo en cuenta las circunstancias” del caso³².

Con respecto a las dos objeciones planteadas por la interpretación de la legítima defensa seguida por el Tribunal Internacional de Justicia, la práctica internacional demuestra que los Estados responden militarmente a los ataques armados dirigidos por actores no estatales³³. Aunque es posible encontrar precedentes de esta práctica con anterioridad a los atentados de Nueva York, de 11 de septiembre de 2011³⁴, lo cierto es que el reconocimiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del derecho de EEUU a hacer uso de la legítima defensa en respuesta a estos atentados, confirmó la posibilidad de invocarla ante actores privados³⁵. Como es sabido, dichos atentados fueron perpetrados por un grupo terrorista y nadie duda – a la vista de las dramáticas consecuencias que se derivaron de los mismos – de su gravedad. A estos efectos, la distinción entre un grupo terrorista y un grupo de piratas no resulta relevante³⁶; pero, en cambio, sí tiene importancia la divergencia que pueda existir entre la gravedad de sus respectivos ataques armados. Dicho esto, cabe preguntarse: ¿los cometidos por los piratas marítimos tienen la gravedad suficiente como para asimilarlos a una agresión merecedora de una defensa legítima por parte del Estado agredido?

La piratería marítima que ha tenido lugar frente a las costas de Somalia ha estado conformada por bandas organizadas que han dispuesto de armamento bélico suficiente para atacar la flota mercante y pesquera de los Estados³⁷; ataques que han contado con

³² TIDM. *Asunto del buque “Saiga” (nº 2)/San Vicente y las Granadinas c. Guinea*. Sentencia de 1 de julio de 1999, par. 153 y ss. También, *Asunto del buque “Virginia G”/Panamá c. Guinea-Bissau*. Sentencia de 14 de abril de 2014. En éste último asunto, el TIDM ha considerado que: “(e)n su opinión (...), no resulta de las informaciones suministradas por las Partes que una fuerza excesiva haya sido utilizada contra el Virginia G y su tripulación. El Tribunal estima que los principios mencionados en el Asunto del buque Saiga (nº 2) han sido respetados y no entiende que, en consecuencia, Guinea-Bissau haya hecho uso de una fuerza excesiva que comporte atentados a la integridad física y ponga en peligro la vida humana en el apresamiento del Virginia G y su conducción a al puerto de Bissau”(traducción nuestra). Par. 362. En relación con esta cuestión, ver: GAUTIER, P., “Le rôle du Tribunal International du Droit de la Mer face a la violence en mer”, en *Sûrete maritime et violence en mer* (SOBRINO HEREDIA, J.M., dir.) Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 483-492 y SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., “La utilización de la fuerza armada para combatir la piratería marítima”, en *La Gobernanza de los mares y océanos. Nuevas realidades, nuevos desafíos/A Governação dos Mares e Oceanos. Novas realidades, novos desafios, op.cit.*, pp. 259 y ss.

³³ Para DISTEIN, Y., “(e)l empleo de la fuerza contra un Estado por parte de actores no estatales puede ser considerado un “ataque armado”; y al respecto, existe, incluso, práctica internacional en la que se califica como “actos de agresión” el uso de la fuerza por actores no estatales contra Estados. Ver: *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, 5ª ed., 2011, Cambridge, p. 227 y ss.

³⁴ Estos precedentes fueron protagonizados principalmente por Israel, África del Sur, Portugal y Rodesia como reacción a ataques procedentes de grupos armados situados en territorios vecinos en los que se toleraba su presencia o no se ponían término a los mismos. Ver: VAN STEENBERGHE, R., *La légitime défense en Droit international public*, Larcier, Louvain-la-Neuve, 2012, pp. 275 y ss. También, LUBELL, N., *Extraterritorial use of force against non-state actors*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2011, p.29 y ss.

³⁵ S/RES/1368(2001) de 12 de septiembre de 2001 y S/RES/1373(2001) de 28 de septiembre de 2001.

³⁶ Ver, *supra*, nota 5.

³⁷ Los ataques contra la flota mercante de un Estado, caso de que hubiese sido realizado por otro Estado, constituye uno de los supuestos de agresión. Art. 3 d) de la Resolución 3314(XXIX) de la Asamblea

la capacidad suficiente como para amenazar el tráfico marítimo internacional³⁸. Sin ir más lejos, el propio Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas llegó al extremo de considerar este fenómeno como “una amenaza a la paz y la seguridad internacionales en la región”³⁹. Esta situación excepcional, unida a las conocidas incapacidades de las autoridades somalíes para hacer frente a la misma, forzó a que éste órgano principal autorizase a los Estados y las Organizaciones internacionales a entrar en el mar territorial somalí y adoptar en el mismo “todos los medios necesarios para reprimir los actos de piratería y robo armado”. Aunque esta posibilidad ha estado acompañada de limitaciones en su ejercicio y efectos⁴⁰ - impidiendo que se convirtiese en un precedente normativo-, lo cierto es que no se ha prohibido la utilización de la fuerza armada. Muy

General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1974. Tal y como señala VAN STEENBERGUE, los “ataques cometidos contra naves o aeronaves extranjeras serán más fácilmente calificables de agresión armada si conciernen a naves o aeronaves militares de un Estado, constituyendo por definición una prolongación natural de la soberanía de este Estado. Así ocurre también si esta fuerza, aunque dirigida contra naves civiles, constituye un grado de gravedad particularmente elevado” (traducción propia). Ver: VAN STEENBERGHE, R., *La légitime défense en Droit international public, op.cit.*, p. 215. En este mismo sentido, SOBRINO HEREDIA señala que los ataques piratas podrían ser considerados en el art. 3 g) de la Resolución 3314(XXIX) de 14 de diciembre de 1974 en la que se contempla el envío o participación en el ataque de grupos irregulares, mercenarios o bandas armadas, cuando dichos ataques sean de la suficiente entidad como para ser equiparados a los contemplados en el resto de los supuestos de dicha definición. Ver: SOBRINO HEREDIA, J.M., “El uso de la fuerza en la prevención y persecución de la piratería marítima frente a las costas de Somalia”, *Anuario Da Faculdade de Direito Da Universidade Da Coruña*, 2011, nº 15, p. 249

³⁸ El número de actos de piratería y robos a mano armada contra buques comenzó a incrementarse en 2007. Durante el año 2005 se contabilizó 266 incidentes (-19% respecto a 2004). MSC.4/Circ. 81 de 22 de marzo de 2006. Al año siguiente, 2006, el número se redujo a 241 (-9% respecto a 2005). MSC.4/Circ.98 de 13 de abril de 2007. Sin embargo, a partir de 2007, el número de actos de piratería y robos a mano armada comenzó a incrementarse hasta el año 2012. En concreto, durante 2007 se contabilizó 282 incidentes (+17% respecto a 2006). MSC.4/Circ.115 de 10 de abril de 2008. En 2008, la cifra ascendió a 306 (+ 8.5% respecto a 2007). MSC.4/Circ.133 de 19 de marzo de 2009. Durante 2009, el incremento fue de 406 incidentes (+24.6% respecto a 2008). MSC.4/Circ. 152 de 29 de marzo de 2010. En 2010, la cifra aumentó a 489 (+20.4% respecto a 2009). MSC.4/Circ.169 de 1 de abril de 2011. Y, por último, en 2011, el ascenso alcanzó los 544 incidentes (+11.3% respecto a 2010). MSC.4/Circ.180 de 1 de marzo de 2012. A partir de 2011, el número de actos de piratería y robos a mano armada se redujo considerablemente a 203 (-37.32% respecto a 2011). MSC.4/Circ.193 de 2 de abril de 2013. Esta tendencia se confirmó en 2013 con 298 incidentes (-12.6% respecto a 2012). MSC.4/Circ.208 de 1 de marzo de 2014. Los informes anuales citados y sus actualizaciones pueden ser consultados en el sitio web de la Organización Marítima internacional siguiente (consultada el 12 de mayo de 2014): <http://www.imo.org/MediaCentre/HotTopics/piracy/Pages/default.aspx>

³⁹ S/RES/1816(2008) de 2 de junio de 2008.

⁴⁰ La autorización dada por el Consejo de Seguridad para emplear la fuerza armada en el mar territorial somalí se encuentra sometida a dos limitaciones; una de carácter procedimental: que el Gobierno Federal de Transición de Somalia informe de las actuaciones llevadas a cabo por los Estados cooperadores al Secretario General de las Naciones Unidas; y otra, de carácter temporal: que estas actuaciones se limiten a un periodo máximo de seis meses desde que la autorización del Consejo de Seguridad – 2 de junio de 2008 – fue acordada. *Ibid.*, par. 7. Este plazo ha sido prorrogado en sucesivas ocasiones manteniéndose el resto de las condiciones inicialmente requeridas. S/RES/1846(2008) de 2 de diciembre de 2008, par. 10; S/RES/1897(2009) de 30 de noviembre de 2009, par. 7; S/RES/1950(2010) de 23 de noviembre de 2010, par. 7; S/RES/2020(2011) de 22 de noviembre de 2011, par. 9; S/RES/2077(2012) de 21 de noviembre de 2012, par. 12 y S/RES/2125(2013) de 18 de noviembre de 2013, par. 12. Esta última resolución contempla una prórroga del plazo de doce meses adicionales, extendiendo la autorización del Consejo de Seguridad hasta el 18 de noviembre de 2014.

al contrario, como es sabido, la mención eufemística: “todos los medios necesarios”, esconde realmente la autorización necesaria para que los Estados y las Organizaciones internacionales puedan emplear la fuerza armada para prevenir y reprimir, en este caso, la piratería marítima⁴¹.

b) La normativa española

La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre⁴², regula la defensa nacional de España y para ello establece las bases de la organización y cometidos de sus Fuerzas armadas con el fin de contribuir militarmente a la seguridad y defensa de nuestro país y de sus aliados⁴³. La Ley Orgánica atribuye al Gobierno la determinación de la política de defensa y le encomienda a su Presidente el establecimiento de sus líneas generales y directrices de desarrollo que deben plasmarse en la correspondiente Directiva de Defensa Nacional⁴⁴. La primera Directiva de Defensa Nacional, aprobada con posterioridad a la entrada en vigor de la referida Ley Orgánica 5/2005, fue la 1/2008 adoptada por el Presidente del Gobierno el 30 de diciembre de 2008⁴⁵. Esta Directiva no menciona expresamente la piratería marítima entre los riesgos y amenazas identificados, pero sí hace una referencia implícita a esta actividad delictiva cuando afirma que los “Estados fallidos, débiles o en proceso de descomposición, así como los conflictos regionales” generan graves crisis que “tienen repercusiones” en “espacios marinos”, lo que puede poner “en riesgo las redes de distribución mundiales”⁴⁶. Por tal motivo, las líneas generales y directrices incluyen una referencia específica – aunque también solapada - a la contribución necesaria a la “estabilidad del continente africano, en especial la región subsahariana”⁴⁷. Sin embargo, la actual Directiva de Defensa

⁴¹ PROELSS, A., Piracy and the use of force, en en *The Law and Practice of piracy at sea: European and International perspectives*, op.cit., pp. 53-66.

⁴² BOE nº 276 de 18 de noviembre de 2005, p. 37717. Esta Ley Orgánica reemplaza a la 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar (BOE nº 165 de 10 de julio de 1980, p. 15750), modificada por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa militar y la organización militar (BOE nº 6 de 7 de enero de 1984, p. 389. Corrección de errores en BOE nº 40 de 16 de febrero de 1984, p. 4155).

⁴³ Arts. 1 y 15.2.

⁴⁴ Arts. 5 y 6.3 a).

⁴⁵ El texto de la Directiva de Defensa Nacional 1/2008 se encuentra disponible en el sitio web siguiente (última consulta: 10 de mayo de 2014): <http://www.defensa.gob.es/politica/seguridad-defensa/normativa-documentacion/> Con anterioridad a esta Directiva de Defensa Nacional se había adoptado otras en 1980, 1984, 1986, 1992, 1996, 2000 y 2004. Sin embargo, en ninguno de los textos correspondientes se hace referencia –explícita o implícita - al fenómeno de la piratería marítima.

⁴⁶ Directiva de Defensa Nacional 1/2008 de 30 de diciembre de 2008, pp. 3 y 4.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 13. La Directiva de Defensa Nacional 1/2008 advierte de la necesidad “evidente” de adoptar una Estrategia de Seguridad Nacional que proporcione una “respuesta integral que garantice la protección de los intereses nacionales”. La primera “Estrategia Española de Seguridad” fue aprobada en el Consejo de Ministros de 24 de junio de 2011. En el mismo sentido que la Directiva de Defensa Nacional 1/2008, el documento estratégico señala que: “La piratería en el Océano Índico es un claro ejemplo de cómo la fragilidad de un Estado, Somalia, puede crear una inseguridad que afecta a los intereses españoles. La falta de estabilidad política de los Estados en el Golfo de Guinea puede generar también una inseguridad marítima y un incipiente bandidaje, ambos muy negativos para el abastecimiento energético y los flujos comerciales” (p. 30). Asimismo, el documento incorpora un texto acerca del papel del sector privado en la

Nacional 1/2012 de 31 de julio de 2012⁴⁸, que sustituye a la 1/2008, menciona expresamente a “la piratería en la mar” como una “amenaza global” que afecta a las costas occidentales y orientales de África⁴⁹. Como tal amenaza, las líneas generales y directrices concernientes están presididas por la conveniencia de enfrentarse a la misma desde una “coalición de fuerzas” que tendrá como base la OTAN y la UE, sin olvidar el reforzamiento de las relaciones bilaterales con aquellos actores con los que compartamos intereses y/o amenazas comunes⁵⁰. Así pues, las dos últimas Directivas de Defensa Nacional identifican la piratería marítima como un riesgo/amenaza merecedor de una respuesta militar. Sin embargo, la percepción de que este fenómeno ha alcanzado un grado “global” o “común” – tal y como lo concibe la Directiva 1/2012 en vigor - ha desplazado su respuesta desde la unilateralidad a la multilateralidad, comprometiendo a nuestras Fuerzas Armadas a actuar, principalmente, en el marco de la OTAN y de la UE.

A la vista de lo anterior, la piratería marítima constituye uno de los desafíos para la seguridad y defensa española, por lo que nuestras Fuerzas Armadas quedan emplazadas a prevenirlo y combatirlo. Ahora bien, ¿las Fuerzas Armadas pueden responder militarmente en el caso de que sean objeto de un ataque pirata? La Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional dispone que el cumplimiento de las misiones asignadas a las Fuerzas armadas - como es el caso de su contribución a la seguridad y defensa de España y de sus aliados -, requiere “realizar distintos tipos de operaciones, tanto en el territorio nacional como en el exterior” que pueden “conducir a acciones” entre las que

seguridad del siguiente tenor: “El papel del sector privado, muchas de cuyas empresas son propietarias o gestoras de servicios e infraestructuras relacionados con la seguridad, es fundamental. Las compañías tienen la responsabilidad de proteger aquellas áreas que son de su competencia y se deben identificar y asignar dichas responsabilidades. Hay que desarrollar asociaciones y protocolos público/privados que coordinen la seguridad de servicios e infraestructuras. Es también en interés de las propias empresas. Primero, por los costes que les suponen estas amenazas a la seguridad; segundo, porque las propias compañías se han convertido en objetivos directos; y tercero, porque la inseguridad no genera un clima propicio para la actividad económica. El sector privado puede aportar importantes capacidades, como su presencia global, su saber hacer tecnológico y sus recursos económicos, materiales y personales. Caso particular es el de las empresas privadas de seguridad, que desempeñan un papel específico en este ámbito, por ejemplo, en la protección de buques de *la piratería* en el Océano Índico”(la cursiva es nuestra). Sin embargo, esta “Estrategia Española de Seguridad” fue sustituida por una nueva “Estrategia de Seguridad Nacional” aprobada por el Consejo de Ministros de 31 de mayo de 2013. El nuevo documento reproduce la mención a la piratería marítima en el continente africano recogida en el documento anterior (p. 18), pero omite la referencia al papel del sector privado en la respuesta a este fenómeno. No obstante, en el capítulo de riesgos y amenazas para la seguridad nacional, se incorpora un apartado específico titulado: “vulnerabilidad del espacio marítimo”. En este apartado, se constata el incremento de las actividades relacionadas con la piratería, al tiempo que se recuerda que, en el caso de nuestro país, el valor estratégico del mar es singular. Según el propio documento, el noventa por ciento de nuestras importaciones y algo más del sesenta por ciento de las exportaciones se realizan por vía marítima. Además, esta misma vía es la utilizada para el suministro energético, dado que, gran parte de los recursos, gas y petróleo, lo recibimos por este medio. Por este motivo, la seguridad marítima es “básica” y de ella depende la “económica y energética” (p. 36).

⁴⁸ El texto de la Directiva de Defensa Nacional 1/2012 se encuentra disponible en el sitio web siguiente (última consulta: 10 de mayo de 2014): <http://www.defensa.gob.es/politica/seguridad-defensa/normativa-documentacion/>

⁴⁹ *Ibid.*, p. 3 y 4.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 3 y 8.

contempla “la respuesta a la agresión”⁵¹. Sin embargo, la agresión, tal y como hemos avanzado con anterioridad, está considerada por la normativa internacional como el empleo de la fuerza armada por parte de un Estado contra otro; y, además, según la interpretación dominante en este ámbito jurídico, debe tener carácter grave o mayor. Estas condiciones excluyen la posibilidad de aplicar la noción de agresión a los ataques armados perpetrados por actores privados contra los Estados⁵². Sin embargo, la Ley Orgánica 5/2005 no parece seguir esta concepción restrictiva tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Internacional de Justicia en el marco del Derecho internacional. Aunque la legislación nacional no define qué debe entenderse por “agresión”, sí ejemplifica qué actos forman parte de esta categoría jurídica. En concreto, la normativa interna explicita como agresión los eventuales ataques que “se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y sus intereses”⁵³. Qué duda cabe que este supuesto está claramente influenciado por los atentados de Nueva York, de 11 de septiembre de 2001, pero su elección demuestra que el legislador interno concibe la agresión en un sentido más amplio al seguido preferentemente en el ámbito jurídico internacional. La Ley Orgánica 5/2005 contempla, dentro de este tipo de actos, el uso de la fuerza por parte de actores privados, lo que justifica – tal y como especifica el texto legislativo – “la respuesta militar”⁵⁴. Y si son merecedores de ese tipo de respuesta los ataques terroristas, no hay ninguna razón para no otorgarle esta misma consideración a los perpetrados por los piratas. Su inclusión dentro de la noción de agresión, dependerá – así lo entendemos nosotros -, de la gravedad que lo caracterice en cada caso⁵⁵. Al respecto, la propia Audiencia Nacional española ya ha tenido la ocasión de advertir que la actividad pirata desarrollada frente a las costas de Somalia no resulta predicable de “un simple grupo de personas que se deciden a cometer un hecho criminal”, sino que para la realización de la misma es necesario contar con “concretos medios materiales y personales”. Así, la utilización de “armas de guerra” requiere de una cierta “profesionalización”, o de “coordinación” para llevar a efecto el cobro de rescates. Todo ello, pone de manifiesto que, tras el fenómeno de la piratería marítima se encuentra un “entramado” de carácter estable y “con funciones precisas y necesaria jerarquización”; características todas ellas que singularizan también a las organizaciones terroristas⁵⁶. Junto a ello, el Tribunal Supremo acaba de recordar que la piratería marítima es un fenómeno grave lo que explica que nuestro código penal prevea para este tipo de actividades – tal y como dicho

⁵¹ Art. 16.

⁵² Recientemente, la agresión ha sido reconsiderada para incorporarla como crimen internacional del individuo en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998. Sin embargo, la agresión sólo se concibe en este caso cuando es cometida por el individuo que está en condición de “controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”, dado que por “acto de agresión se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra (...) otro Estado”. Art.5 c) y art. 8 bis.1 y 2. Acerca de la diferencia existente entre ambos instrumentos internacionales en relación con el contenido del acto de agresión, ver: DAVID, E., Definition, elements and entry into force of the crime of aggression, en “*From Rome to Kampala: The first 2 amendments to the Rome Statute*” (DIVE, G., GOES, B., VANDERMEERSCH, D., ed.), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 13-20.

⁵³ Art. 16 d).

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ STAHN, C., “Terrorist acts as “armed attack”: The right to self-defence, article 51 (1/2) of the UN Charter, and International Terrorism”, en *Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 27, 2003, pp. 45 y ss.

⁵⁶ Audiencia Nacional, sentencia nº 64/2013 de 30 de octubre de 2013. Fº.Jº, nº 2.4 y 3.1.2.

órgano judicial reconoce – una pena “ciertamente elevada(s)”⁵⁷. A juicio de sus magistrados, la gravedad se encuentra “plenamente justificada por la naturaleza de los bienes jurídicos a proteger”⁵⁸, ya que, en estos casos, nos encontramos “ante delitos contra la comunidad internacional mediante los que se protege la seguridad del tráfico marítimo y aéreo”⁵⁹.

B) La respuesta legítima

a) *La normativa española*

A tenor de lo dicho, queda por concretar cómo las Fuerzas armadas españolas deben responder militarmente a los eventuales ataques piratas. La Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional reenvía la solución jurídica que debe otorgársele a esta cuestión, fundamentalmente, a la legislación ordinaria y a su reglamentación de desarrollo⁶⁰. Dos leyes, la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería⁶¹, así como la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar conforman la base legislativa⁶². El artículo 4 de ésta última establece cuáles son las “reglas esenciales que definen el comportamiento del militar” – un total de quince- y que rigen sus actuaciones. Por lo que interesa a la temática abordada en este trabajo, la regla sexta dispone que: “(e)n el empleo legítimo de la fuerza, (se) hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe”⁶³. Esta regla se encuentra precedida por otra que también merece ser mencionada ya que obliga a los militares españoles a “ajustar su conducta al respeto de las personas”, dado que “la dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tienen la obligación de respetar y el derecho a exigir”⁶⁴. Recientemente, “las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar” han sido incorporadas a la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas⁶⁵, sin que se

⁵⁷ Tribunal Supremo. Sentencia nº 313/2014 de 2 de abril de 2014. Fº. Jº. 5º.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Art. 20.

⁶¹ BOE nº 98 de 25 de abril de 2006, p. 15752.

⁶² BOE nº 278 de 20 de noviembre de 2007, p. 47336. Estas dos leyes sustituyen básicamente a la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (BOE nº 119 de 19 de mayo de 1999, p. 18751).

⁶³ Art. 4.1.6ª.

⁶⁴ Art. 4.1.5ª.

⁶⁵ La Disposición final tercera de la Ley 5/2005 de la Defensa Nacional encomendó al Gobierno la presentación de un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales. Aunque el mandato del legislador data de 17 de noviembre de 2005 y emplaza al Gobierno a cumplirlo en un plazo de 3 meses, la Ley Orgánica 9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas no fue aprobada hasta el 27 de julio de 2011 y entró en vigor el 1 de octubre de 2011 en virtud de su Disposición final decimoquinta (BOE nº 180 de 28 de julio de 2011, p. 85345). La Disposición final quinta de la Ley Orgánica 9/2011 modifica la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar reemplazando el artículo 4 de ésta última–encargado de enunciar las quince reglas esenciales que definen el comportamiento militar – por el siguiente tenor: “Las reglas esenciales que definen el comportamiento militar son las definidas en la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas”. De este modo, dichas “reglas esenciales”, que pasan a ser dieciséis,

hayan introducido cambios en las que conciernen a nuestro estudio⁶⁶. Así pues, la nueva legislación mantiene la obligación de que el personal militar, en el caso de que recurra a la fuerza armada, haga un uso de la misma acorde con las denominadas reglas de enfrentamiento, de forma gradual, proporcional y ajustada al respeto a los derechos fundamentales de la persona. No obstante, tanto la Ley 39/2007 como la Ley Orgánica 9/2011 disponen que las “reglas esenciales” que definen el comportamiento militar serán desarrolladas reglamentariamente mediante la adopción de las correspondientes Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas⁶⁷.

Por lo que se refiere a la reglamentación de desarrollo, el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas⁶⁸. Estas “Reales Ordenanzas” constituyen un “código deontológico”, - conformado por “principios éticos y reglas de comportamiento” – mediante el que se desarrollan las “reglas esenciales que definen el comportamiento militar” previstas en nuestra legislación⁶⁹. Las “Reales Ordenanzas” confirman que el empleo legítimo de la fuerza debe realizarse conforme a “las reglas de enfrentamiento que se establezcan para las operaciones en las que se participe”, teniendo en cuenta que su uso debe ser “gradual y proporcionado”⁷⁰. El comportamiento militar se “ajustará” al respeto de las personas dado que – como especifican las “Reales Ordenanzas” – “la dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que el militar tiene obligación de respetar y derecho a exigir”⁷¹. En realidad, las “Reales Ordenanzas” no añaden nada nuevo en relación con el empleo de la fuerza armada en legítima defensa y lo ya avanzado sobre el particular por la legislación aplicable. Por tanto, la normativa española exige, a modo de síntesis, que la utilización de la fuerza armada sea conforme a las reglas de enfrentamiento, gradual, proporcionada y que se ajuste al necesario respeto de los derechos de la persona⁷². Estas exigencias serán igualmente aplicables a las Fuerzas Armadas españolas cuando formen parte de contingentes militares internacionales. Así, “(c)uando se integre(n) temporalmente en ejércitos y órganos de defensa de otros países o en organizaciones internacionales, le(s) será de aplicación lo dispuesto en estas Reales Ordenanzas, sin perjuicio de las peculiaridades previstas en los tratados, convenios y demás acuerdos internacionales suscritos por España”⁷³. Asimismo, “(o)bservará(n) en su trato con los miembros de los ejércitos de otras naciones las mismas reglas de comportamiento que rigen en las Fuerzas Armadas españolas”⁷⁴.

son enunciadas en el artículo 6 de la nueva Ley 9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, cuya rúbrica es: “Reglas del comportamiento del militar”.

⁶⁶ Arts. 6.1.5ª y 6.1.6ª.

⁶⁷ Arts. 4.3 y 6.2, respectivamente.

⁶⁸ BOE nº 33 de 7 de febrero de 2009, p. 13008.

⁶⁹ Preámbulo.

⁷⁰ Art. 84.

⁷¹ Art. 11.

⁷² La Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (BOE nº 11 de 12 de enero de 1979, p. 753), anterior a las Reales Ordenanzas en vigor establecía en su artículo 170, en relación con la legítima defensa, que: “(t)odo militar está obligado a observar estrictamente las normas sobre el uso legítimo de la fuerza, teniendo siempre presente el respeto que merece la vida humana y los preceptos del derecho bélico y humanitario que sean de aplicación”.

⁷³ Art. 31.

⁷⁴ *Ibid.*

b) La normativa internacional

La interpretación del derecho a la legítima defensa sustentada por el Tribunal Internacional de Justicia puede situar a un Estado ante la paradoja de no poder alegarla para responder de ciertos ataques armados⁷⁵. Sin embargo, la propia práctica estatal apunta a una aplicación del derecho a la legítima defensa en un sentido distinto. Los buques estatales hacen uso de esta facultad con independencia de la gravedad o levedad de los ataques piratas; convencidos de que su reacción armada tiene carácter lícito. Ahora bien, esta convicción está unida a la asunción de que su respuesta debe cumplir con ciertas limitaciones, como es el caso de la necesidad o la proporcionalidad. Esto quiere decir que los Estados no dudan en invocar su derecho a defenderse de cualquier uso de la fuerza del que puedan ser objeto, pero tampoco dudan en condenar un ejercicio de la misma injustificado o abusivo⁷⁶.

El Tribunal Internacional de Justicia se ha hecho eco de las condiciones en las que – según una práctica estatal inveterada – la legítima defensa debe ser ejercida. Al respecto, el principal órgano judicial de las Naciones Unidas ha señalado que: “el sometimiento del ejercicio del derecho de legítima defensa a las condiciones de necesidad y proporcionalidad es una norma del derecho internacional consuetudinario”⁷⁷. La necesidad implica que el uso de la fuerza constituye el único medio al que puede recurrir el Estado en respuesta a un ataque armado, mientras que la proporcionalidad hace referencia al grado de fuerza que debe emplear para repeler dicho ataque⁷⁸. Junto a estas dos condiciones también se exige que el ataque armado que justifique la legítima defensa sea actual o real, no previsible o hipotético, lo que excluye los intentos anglosajones de admitir la llamada legítima defensa preventiva y la legítima defensa *a posteriori*. Cualquiera de estas dos posibilidades constituye una perversión de esta institución internacional que, de admitirse, socavaría los fundamentos que la sustentan; esto es: la legitimidad que la caracteriza⁷⁹. Al margen de la práctica estatal

⁷⁵ Para KOLB, “(e) xiger qu’un emploi de la force atteigne un certain seuil de gravité matériel pour qu’il puisse déclencher une réaction en légitime défense impliquerait, en effet, la reconnaissance d’un certain niveau de violence contre laquelle aucune réaction unilatérale para la force ne serait permise”. Esto significa que “en dessous (de un) seuil (sustancial de gravedad) il (sería necesario) souffrir la force sans y riposter para la force, en faisant un sacrifice pour la communauté internationale”, R., *Ius o contra bellum. Le Droit international relatif au maintien de la paix*, 2ª ed., Helbing & Lichtenhahn / Bruylant, Bâle / Bruxelles, 2009, p. 202.

⁷⁶ VAN STEENBERGUE, R., *La légitime défense en Droit international public*, op.cit., 2012, p. 246 y 247

⁷⁷ TIJ. *Asunto sobre la licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares*, opinión consultiva, Rec. 1996, par. 41. También, TIJ. *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, ibid., par. 194

⁷⁸ Junto a una interpretación “restrictiva” de estas condiciones, existe otra tendencia doctrinal – principalmente anglosajona – que las interpreta en un sentido más “extensivo” al considerar que la legítima defensa puede extenderse más allá del rechazo del ataque para albergar el peligro global que el protagonista de dicho ataque supone para el Estado atacado. Ver: SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I., *El desafío jurídico del terrorismo internacional: de la guerra preventiva a la legítima defensa preventiva*, en *Derecho internacional y crisis internacionales*, Iustel, 1ª ed., 2005, Madrid, p. 190.

⁷⁹ Al respecto y en lengua castellana puede consultarse las siguientes contribuciones, entre otras: PÉREZ GONZÁLEZ, M., “La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003, vol. 55, nº 1, pp. 187-204;

consolidada y de la derivada de las tres condiciones enunciadas, la instauración de un sistema de seguridad colectiva, previsto en la Carta de las Naciones Unidas, ha obligado a conjugar su funcionamiento con el ejercicio del derecho inmanente a la legítima defensa por parte de los Estados Miembros. Y para ello, este mismo instrumento internacional ha previsto, en su artículo 51, que “(n)inguna disposición de esta Carta menoscabará” la aplicación de este derecho, “hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales”. Con ello, el derecho de legítima defensa se somete a una condición de temporalidad que lo limita en el tiempo mientras compatibiliza su ejercicio con el de la primacía del sistema de seguridad colectiva instaurado en la Carta de las Naciones Unidas.

2. El marco operativo

A) La organización del tratado del atlántico norte (OTAN)

La Organización del Tratado del Atlántico Norte (en adelante: OTAN) lanzó su primera operación militar contra la piratería marítima el 24 de octubre de 2008, tras el acuerdo alcanzado por los Ministros de Defensa en una reunión informal mantenida ese mismo mes en Budapest (Hungría). Con la llamada operación “*Allied Provider*” se dio respuesta al llamamiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de prevenir la comisión de actos de piratería y proteger a los buques que integraban el Programa Mundial de Alimentos⁸⁰. Para ello, las fuerzas de la OTAN –según esta misma Organización internacional - recurrieron a la fuerza armada conforme a sus propias reglas de enfrentamiento y a la normativa internacional aplicable⁸¹. Prueba de ello es que, pocos días después del lanzamiento de la operación marítima, uno de los buques de la armada británica respondió al ataque de un grupo de piratas que pretendía hacerse con el control de un buque comercial danés que navegaba por el cuerno de África⁸². La misión “*Allied Provider*” finalizó el 12 de diciembre de 2008⁸³. El 24 de marzo de 2009 se lanzó la operación “*Allied Protector*” en la que participó un buque español por un

GROS ESPIELL, H., “La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, nº 4, 2004, pp. 189-204; GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Los conceptos de “guerra preventiva” y de “legítima defensa preventiva” a la luz de la jurisprudencia internacional contemporánea”, *Seguridad internacional y guerra preventiva: análisis de los nuevos discursos sobre la guerra* (MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M., URREA TORRES, M., coord.) Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Rioja, Logroño, 2008, pp. 249-282 y CHINCHÓN ÁVAREZ, J., Nuevas oportunidades y viejos circunloquios de la Corte Internacional de Justicia. A propósito de la legítima defensa (preventiva) en la historia de una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza que no quiso ser llamada agresión: la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de diciembre de 2005 en el asunto relativo a las “actividades armadas en el territorio del Congo” (República Democrática del Congo c. Uganda), *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho internacional: análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, (SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I., QUEL LÓPEZ, F.J., LÓPEZ MARTÍN, A.G., coord.), Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, p. 419-450.

⁸⁰ Comunicado de 15 de octubre de 2008.

⁸¹ OLSON, P.M., Countering piracy off the coast of Somalia: A NATO perspective, en *The Law and Practice of piracy at sea: European and International perspectives, op.cit.*, pp. 183-194.

⁸² Comunicado de 13 de noviembre de 2008.

⁸³ Comunicado de 12 de diciembre de 2008.

periodo cercano a los tres meses⁸⁴. Durante este tiempo, las fuerzas de la OTAN respondieron a “numerosos” ataques lanzados por los piratas⁸⁵. La misión “*Allied Protector*” fue finalmente sustituida por la operación “*Ocean Shield*” que se encuentra actualmente activa.

La operación “*Ocean Shield*” fue aprobada por el Consejo del Atlántico Norte el 17 de agosto de 2009. Con esta nueva misión, la OTAN pretende, fundamentalmente, combatir la piratería marítima y ayudar a los Estados que lo soliciten a desarrollar su propia capacidad de lucha⁸⁶. Para combatir la piratería, los buques realizan misiones de vigilancia destinadas a localizar e identificar embarcaciones en la zona de actuación, lo cual permite prevenir y abortar secuestros, así como –según reza en la propia página web de la Organización internacional⁸⁷ – “poner fin a los ataques a mano armada”. Gracias a esta operación - según la información suministrada por la OTAN – se ha conseguido reducir a la mitad el número de embarcaciones secuestradas entre finales de 2009 y 2011⁸⁸. La Organización internacional informó también de la existencia de ataques piratas⁸⁹, pero su número se ha logrado reducir progresivamente – 130 (2009), 132 (2010), 129 (2011) - hasta computarse una decena a principios de 2012⁹⁰. El 19 de marzo de 2012 se acordó extender la operación “*Ocean Shield*” hasta finales de 2014⁹¹. El 29 de agosto de 2013, la fragata española “Blas de Lezo” se incorporó a la operación “*Ocean Shield*”, siendo reemplazada por la “Alvaro de Bazán”⁹². El 22 de diciembre de 2013, el Presidente del Gobierno español visitó esta última fragata⁹³. A bordo de la misma, manifestó que: “la amenaza (de la piratería marítima) no se ha erradicado y sigue presente”⁹⁴. Tras dicha visita, el 27 de diciembre de 2013, el Consejo de Ministros acordó prorrogar la participación de las Fuerzas Armadas españolas en esta operación internacional– con un máximo de 230 efectivos - hasta el 31 de diciembre de 2014⁹⁵.

B) La Unión Europea (UE)

La Unión Europea (en adelante UE) emprendió una acción de coordinación militar (EU NAVCO) con la que se propuso apoyar las actividades de las fuerzas armadas de los Estados Miembros a fin de combatir la piratería marítima frente a las costas de

⁸⁴ Comunicado de 24 de marzo de 2009.

⁸⁵ Comunicados de 20 de abril de 2009, 27 de abril de 2009, 1 de mayo de 2009 y 25 de mayo de 2009.

⁸⁶ Comunicado de 18 de agosto de 2009.

⁸⁷ La información relativa a las acciones de la OTAN en relación con la piratería marítima puede consultarse en la siguiente dirección web (última consulta: 10 de mayo de 2014): http://www.nato.int/cps/en/SID-E547C0F5-CB735DB1/natolive/topics_48815.htm

⁸⁸ Comunicado de 7 de diciembre de 2011.

⁸⁹ Comunicado de 30 de noviembre de 2009, comunicado de 28 de enero de 2010, 5 de febrero de 2010, 1 de marzo de 2010, 9 de agosto de 2010, 16 de agosto de 2010, 11 de octubre de 2011, 16 de noviembre de 2011, 8 de enero de 2012, 12 de abril de 2012, 14 de agosto de 2012, 17 de diciembre de 2012, 9 de enero de 2013 y 11 de noviembre de 2013.

⁹⁰ Comunicado de 19 de marzo de 2012

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Gobierno de España. Nota de prensa de 29 de agosto de 2013.

⁹³ Diario El País de 23 de diciembre de 2013, p. 12.

⁹⁴ Gobierno de España. Nota de prensa de 22 de diciembre de 2013.

⁹⁵ Referencia del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2013.

Somalia⁹⁶. A tal efecto, se creó una “Célula de coordinación de la UE” bajo el control del Comité Político y de Seguridad y la dirección del Comité Militar de la UE⁹⁷. No obstante, la responsabilidad de las operaciones militares correspondía a los propios Estados Miembros participantes⁹⁸. Sin embargo, sus respectivos gobiernos coincidieron en dar un paso más y aceptaron emprender una operación militar de la propia UE (Atalanta)⁹⁹ que se ha convertido, a la postre, en la primera operación militar de esta Organización internacional¹⁰⁰. Y se ha creado para vigilar las zonas frente a las costas somalíes que presenten riesgos para el tráfico marítimo, así como para proteger a los buques susceptibles de ser objeto de actos de piratería¹⁰¹. Con esta finalidad, el Consejo decidió, sobre la base de la autorización dada a su vez por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹⁰², que Atalanta “tomar(ía) las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para disuadir, prevenir e intervenir para poner fin a los actos de piratería” que se cometiesen en las zonas de operaciones¹⁰³. Tal y como figura en el propio texto de la Acción común, la autorización otorgada a Atalanta no se limita a la utilización de la fuerza armada para disuadir o prevenir la comisión de actos de piratería, sino que se extiende a la intervención y represión de tales actos¹⁰⁴. Para el desarrollo de la misión encomendada, el Consejo fue facultado para aprobar el “plan de operación” así como las “normas de intervención”, tras lo cual se pudo decidir el lanzamiento de la operación¹⁰⁵.

⁹⁶ Acción Común 2008/749/PESC del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la acción de coordinación militar de la Unión Europea en apoyo de la Resolución 1816(2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (EU NAVCO). DO L 252 de 20 de septiembre de 2008, p. 39.

⁹⁷ Arts. 6 y 7.

⁹⁸ Art. 11.2.

⁹⁹ 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. DO L 301 de 12 de noviembre de 2008, p. 33.

¹⁰⁰ Acerca de la operación Atalanta, pueden consultarse, entre otras, las siguientes contribuciones: ESPALIÚ BERDUD, C., “La operación Atalanta de la Unión Europea en el marco de la lucha contra la piratería marítima”, *Revista de las Cortes Generales*, n° 79, 2010, pp. 103-159; MEDINA ORTEGA, M., Problemas jurídicos de la operación Atalanta, en “*La Gobernanza de los mares y océanos. Nuevas realidades, nuevos desafíos/A Governação dos Mares e Oceanos. Novas realidades, novos desafios*”, op.cit., pp. 391-410; PANELLA, L., “The prevention and repression of piracy in Somalia in the policy of the European Union”, en *International law of the sea. Current trends and controversial issues* (DEL VECCHIO, A., ed.), Eleven, The Hague, 2014, p. 147-165; FERNANDEZ PALACIOS, M., “Atalanta, primera operación naval de la Unión Europea”, en *Política Exterior*, vol. 28, n° 160, 2014, pp. 154-160 y GOSALBO-BONO, R., BOELAERT, S., The European Union’s comprehensive approach to combating piracy at sea: legal aspects, en *The Law and Practice of piracy at sea: European and International perspectives*, op.cit., pp. 81-166.

¹⁰¹ Arts. 1.1 y 2 c) tal y como han sido modificados por la Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012, 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 represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia. DO L 089 de 27 de marzo de 2012, p. 69.

¹⁰² La Acción Común 2008/851/PESC se refiere a las Resoluciones 1814 (2008), 1816 (2008) y 1838 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Art. 2.

¹⁰³ Art. 1.2 d).

¹⁰⁴ El artículo 2 d) se refiere únicamente a “disuadir, prevenir e intervenir”, pero el art. 1.1, en el que se fija la misión, se refiere a la “disuasión, a la prevención y a la represión”. El Preámbulo 6º de este mismo acto normativo habla también de “disuadir y reprimir” los actos de piratería y robo a mano armada.

¹⁰⁵ Art. 5.

Esta decisión fue tomada el 8 de diciembre de 2008, fecha en la que se activó la operación militar¹⁰⁶.

El Gobierno de España solicitó autorización al Congreso de los Diputados para la participación de un contingente español – un máximo de 395 efectivos - en la “Operación Atalanta”¹⁰⁷. Dicha solicitud se presentó en virtud del artículo 17.1 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional que exige la autorización del Congreso de los Diputados “para ordenar operaciones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional”. No obstante, el Gobierno español consideró, en su solicitud, que “la piratería en aguas somalíes constituye (...) un asunto de interés nacional al poner en grave riesgo la vida e intereses de ciudadanos españoles”¹⁰⁸. El Congreso de los Diputados concedió la autorización, tras debatirla en pleno¹⁰⁹, el 21 de enero de 2009¹¹⁰. No obstante, su aplicación se retrotrajo al mes de diciembre de 2008, fecha en la que la intervención española se inició¹¹¹.

Desde el inicio de las actividades encomendadas, los buques militares que forman parte de la operación Atalanta han respondido a los ataques lanzados desde las embarcaciones piratas. A finales de 2009, uno de los primeros incidentes - tal y como se informa en la página web de la operación militar¹¹²-, afectó a un buque alemán¹¹³. Desde aquel suceso, el servicio de prensa de Atalanta ha referido ataques similares perpetrados contra buques participantes en esta operación militar¹¹⁴. Sin ir más lejos, los propios

¹⁰⁶ Art. 2 de la Decisión 2008/918/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, sobre el inicio de la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, a la prevención y a la represión de los actos de piratería y el robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) de 8 de diciembre de 2008. DO L 330 de 9 de diciembre de 2008, p. 19.

¹⁰⁷ Referencia del Consejo de Ministros de 9 de enero de 2009.

¹⁰⁸ En efecto, el Gobierno, tras constatar “(e)l rápido deterioro (...) de la seguridad en los espacios marinos, debido a los actos de piratería” y la respuesta dada a los mismos por la Unión Europea en virtud del llamamiento efectuado por la Organización de las Naciones Unidas por medio de su Consejo de Seguridad, consideró que: “España, como miembro responsable y activo de la Organización de las Naciones Unidas y de la Unión Europea, y en virtud del compromiso de la sociedad española en la defensa de la legalidad y seguridad internacional, debe implicarse en los procesos que buscan la mejora de tan grave situación. Por otra parte, el secuestro del pesquero Playa de Bakio, el pasado 20 de abril, y el intento de secuestro del Playa de Anzora, han creado una seria preocupación en el Gobierno y han puesto de manifiesto que la piratería en aguas somalíes constituye, además de una preocupación en los foros internacionales de seguridad y defensa de los que España forma parte, un asunto de interés nacional al poner en grave riesgo la vida e intereses de ciudadanos españoles”. BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, nº 136, de 19 de enero de 2009, p. 2.

¹⁰⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 58, de 21 de enero de 2009, pp. 1 y ss.

¹¹⁰ BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, nº 138, de 27 de enero de 2009, p. 3.

¹¹¹ Referencia del Consejo de Ministros de 23 de enero de 2009.

¹¹² La información relativa a las acciones de la UE en relación con la piratería marítima puede consultarse en la siguiente dirección web (última consulta: 10 de mayo de 2014): <http://eunavfor.eu/>. Esta página web, en su apartado “Key Facts & Figures” ofrece una información estadística exhaustiva del número y los objetivos de los ataques perpetrados por los piratas. Según esta información el mayor número de ataques se produjeron en 2011 -176- y el menor – tan sólo 7 - en 2013.

¹¹³ Comunicado de 30 de marzo de 2009.

¹¹⁴ Ver, entre otros: comunicados de 17 de mayo de 2009, 22 de mayo de 2009, 14 de agosto de 2009, 26 de mayo de 2009, 7 de septiembre de 2009, 10 de octubre de 2009, 13 de octubre de 2009, 20 de octubre

comunicados de prensa explicitan, en algunos casos, que la respuesta de los buques integrantes en la operación Atalanta se han producido en el marco de la “legítima defensa”. Así ha sucedido con el ataque dirigido contra la tripulación de un buque noruego cuando se disponía a identificar a una embarcación sospechosa de ser pirata¹¹⁵, o cuando la tripulación del buque Patíño respondió al ataque de un grupo de piratas que pretendían abordarlo¹¹⁶.

El ámbito de aplicación material de la operación Atalanta se ha ampliado para incorporar una nueva misión a las que ya venía desarrollando. Hasta entonces, la operación militar se ocupaba de vigilar las zonas frente a las costas somalíes y proteger a los buques de los actos de piratería. Sin embargo, como consecuencia del incremento de ataques perpetrados contra buques dedicados a las labores de pesca, el Consejo ha incorporado a su mandato la “supervisión de las actividades pesqueras”¹¹⁷. Posteriormente, esta ampliación material ha sido seguida de una ampliación espacial dirigida a extender la zona de operaciones de Atalanta para abarcar también “el territorio costero y las aguas interiores somalíes”¹¹⁸. El Consejo – órgano que se reserva el poder de decisión sobre los objetivos y la duración de la operación militar – ha aprovechado la extensión territorial de Atalanta para anunciar que su misión finalizará el 12 de diciembre de 2014¹¹⁹. El Gobierno español ha decidido prorrogar la participación de nuestro país en esta operación militar hasta esa fecha en su acuerdo de 27 de diciembre de 2013¹²⁰.

de 2009, 28 de octubre de 2009, 1 de noviembre de 2009, 11 de noviembre de 2009, 23 de marzo de 2010, 21 de abril de 2010, 21 de mayo de 2010, 3 de agosto de 2010, 4 de octubre de 2010 y 8 de noviembre de 2010.

¹¹⁵ Comunicado de 1 de noviembre de 2009.

¹¹⁶ Comunicado de 12 de enero de 2012.

¹¹⁷ Art. 1.A) Decisión 2009/907/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2009, 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. DO L 322 de 9 de diciembre de 2009, p. 27.

¹¹⁸ Art. 1.1. Decisión 2010/437/PESC del Consejo, de 30 de julio de 2010, 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. DO L 210 de 11 de agosto de 2010 p. 33; arts. 1.1 y 2 a) y b). Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012, 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 represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia. DO L 089 de 27 de marzo de 2012 p. 69.

¹¹⁹ Art. 1.5. Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012, 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 represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia. DO L 089 de 27 de marzo de 2012 p. 69.

¹²⁰ Referencia del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2013. Desde que el Congreso de los Diputados autorizó la participación española en la operación Atalanta, el 21 de enero de 2009, el Consejo de Ministros ha ido prorrogando dicha autorización anualmente, limitándose a informar del desarrollo de la operación al Congreso de los Diputados en virtud del art. 18 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. Ver: Referencias de 11 de diciembre de 2009, 23 de diciembre de 2010, 30 de diciembre de 2011, 28 de diciembre de 2012 y 27 de diciembre de 2013. No obstante, la decisión del Consejo de la Unión Europea de extender el ámbito espacial de Atalanta llevo a que se plantease por cierto grupo parlamentario la conveniencia de solicitar una nueva autorización al Congreso

de los Diputados, al entender que esta ampliación territorial no estaba comprendida en la autorización inicial. BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, nº 72, de 16 de abril de 2012, p. 4.

III. LA LEGÍTIMA DEFENSA DE LOS ACTORES *PRIVADOS* ANTE LA PIRATERÍA MARÍTIMA

El 10 de octubre de 2012, “la embarcación bajo bandera española dedicada a la pesca del bonito, identificada como (Izurdia) (...) ¹²¹, sufrió un ataque perpetrado por parte de una embarcación, tipo esquife (...) ocupada por seis o siete personas que emplearon armas automáticas (fusiles de asalto) y RPG (lanzagranadas), y con las que hicieron disparos” en alta mar ¹²². La seguridad privada a bordo observó como el esquife se dirigía al atunero español a alta velocidad. A la vista de ello, se adoptaron “medidas preventivas según el protocolo de seguridad y la tripulación estuvo en la sala de máquinas, salvo el capitán y el jefe de operaciones que se mantuvieron en el puente de mando, se levantó una valla de seguridad alrededor del barco y el capitán dio la señal de alarma a través de la radio” ¹²³. El esquife “comenzó a disparar con armas de bajo calibre, adoptando el pesquero maniobras evasivas y realizando la seguridad privada disparos de advertencia” ¹²⁴. Pese a la realización de estos disparos, el “esquife continuó aproximándose y los disparos de advertencia continuaron” ¹²⁵. Como consecuencia del acercamiento paulatino al buque español, la seguridad privada realizó “fuego de contención hacia el esquife”, sin que se percibiese “ningún impacto” en el mismo ¹²⁶. Este tipo de disparos se prolongaron hasta que “el esquife interrumpió el ataque” y “puso rumbo hacia el oeste” ¹²⁷. Al día siguiente, las fuerzas militares holandesas – participante en la operación de la OTAN “*Ocean Shield*” - identificaron el esquife y procedieron a la captura de las personas que estaban a bordo ¹²⁸. Con posterioridad fueron entregados al buque militar español “Castilla” que los desembarcó en Yibuti. Desde allí, viajaron por vía aérea a España ¹²⁹. La Audiencia Nacional decretó la prisión provisional de seis detenidos, mientras que resolvió su incompetencia sobre el séptimo, dada su minoría de edad ¹³⁰.

1. El marco normativo

A) Los ataques piratas

a) *La normativa internacional*

El Gobierno de Suiza y el Comité Internacional de la Cruz Roja auspiciaron: *El documento de Montreaux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las*

¹²¹ Diario El País de 12 de octubre de 2012, p. 21.

¹²² Audiencia Nacional. Auto de 12 de octubre de 2012. Hechos, nº 2 y 3.

¹²³ *Ibid.*, Hechos, nº 2.

¹²⁴ *Ibid.*, Hechos, nº 2.

¹²⁵ *Ibid.*, Hechos, nº 2.

¹²⁶ *Ibid.*, Hechos, nº 2.

¹²⁷ *Ibid.*, Hechos, nº 2 y 3.

¹²⁸ *Ibid.*, Hechos, nº 3.

¹²⁹ Diario El País de 3 de noviembre de 2012, p. 21.

¹³⁰ Audiencia Nacional. Auto de 12 de octubre de 2012. R.Jº nº 9 y P.Dª nº 2.

empresas militares y de seguridad privada durante los conflictos armados, que fue adoptado por 17 Estados el 17 de septiembre de 2008 (en adelante: “El Documento de Montreaux”)¹³¹. Esta iniciativa fue preparada por expertos gubernamentales una vez consultados los representantes de la sociedad civil así como los de las empresas. El Documento de Montreaux contiene una serie de “observaciones” y “prácticas” que carecen de naturaleza “jurídicamente vinculante” y que los Estados observarán en su relación con las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (en adelante: EMSP). Sin embargo, estas “observaciones” y “prácticas” sólo resultan exigibles en los conflictos armados¹³², por lo que difícilmente pueden extrapolarse y aplicarse a la piratería marítima. No obstante, pese a su ámbito de aplicación específico, las “observaciones” y “prácticas” se encuentran en la base de un instrumento internacional que sí resulta aplicable a las situaciones examinadas en este trabajo: *El Código de conducta internacional para los proveedores de servicios de seguridad privada* de 9 de noviembre de 2010, elaborado también a iniciativa del Gobierno suizo con la participación de gobiernos, organizaciones internacionales, expertos y sociedad civil¹³³.

Las Empresas de Seguridad Privada (en adelante: ESP) suscriptoras de este Código de Conducta se comprometen a respetar una serie de reglas que acordarán con sus “clientes”¹³⁴. Por lo que respecta al empleo de la fuerza armada, las ESP exigirán a su personal la adopción de todas las medidas necesarias para evitar su uso¹³⁵. Ahora bien, en caso de que fuese necesaria, su utilización será conforme con el derecho aplicable y los “requisitos mínimos” establecidos en el referido Código de Conducta¹³⁶. Pero, ¿cuáles son dichos “requisitos mínimos”? Al respecto, el texto propuesto contempla dos supuestos: el primero es que el personal de la empresa actúe a título privado, y el segundo es que su intervención sea a título estatal; esto es, sus miembros se encuentren autorizados a asistir a las autoridades estatales. Por lo que se refiere al primer supuesto, el Código de Conducta dispone que el personal de las ESP no utilizará “armas de fuego contra las personas salvo en caso de defensa propia o en caso de defensa de terceros frente a una amenaza de muerte o de lesiones graves inminentes, o para prevenir la comisión de un delito especialmente grave que implique un peligro para la vida de una persona”¹³⁷. En el supuesto de que el personal de la ESP actúe autorizado a asistir a las autoridades estatales, el Código de Conducta exige que: “el uso de la fuerza o de las armas cumpla con todas las obligaciones nacionales e internacionales que sean aplicables a los miembros del cuerpo de seguridad de ese Estado y, como mínimo, con

¹³¹ El “Documento de Montreaux” se encuentra publicado en castellano en el Anexo a la Carta de fecha 2 de octubre de 2008 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas. A/63/467-S/2008/636. El contenido del documento fue suscrito por: Afganistán, Alemania, Angola, Australia, Austria, Canadá, China, Estados Unidos de América, Francia, Iraq, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Ucrania.

¹³² *Ibid.*, Introducción a la Primera y Segunda Parte.

¹³³ El código de conducta fue firmado inicialmente por 58 empresas. El número de empresas suscriptoras ha alcanzado la cifra de 708 a 1 de septiembre de 2013. La única compañía española que figura en este listado es ACK3 Global Solutions (www.ack3solutions.com) con sede en Madrid. Esta empresa suscribió el código de conducta el 1 de agosto de 2012. La información correspondiente se encuentra disponible en el sitio web: <http://www.icoc-ppsp.org/> (última consulta: 24 de febrero de 2014).

¹³⁴ Par. 29.

¹³⁵ Par. 30.

¹³⁶ Par. 29.

¹³⁷ Par. 31.

los estándares que figuran en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego de las Naciones Unidas por los Funcionarios Responsables del Cumplimiento de la Ley (1990)”¹³⁸. Así pues, en este último caso, el empleo de la fuerza armada por parte de las ESP se regirá por el Derecho internacional e interno aplicable a los agentes estatales a los que asisten, y “como mínimo” se les exigirá el cumplimiento de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley¹³⁹, lo que parece descartar la aplicación de los “requisitos mínimos” establecidos en el texto propuesto. Sin embargo, la consulta de los referidos “Principios Básicos” permite comprobar que son muy similares a los “requisitos mínimos” acogidos en el Código de Conducta¹⁴⁰, de tal manera que el uso de la fuerza por parte de los agentes de las ESP se encuentra sometido a un régimen parecido con independencia de que actúen a título privado o autorizados a asistir a las autoridades gubernamentales. Con el fin de asegurar el cumplimiento de los compromisos fijados en el Código de Conducta, incluido el acordado en relación con el empleo de la fuerza armada por las ESP, el preámbulo de dicho Código anuncia la creación de un mecanismo de vigilancia¹⁴¹. Con esta finalidad, la *Asociación del Código de conducta internacional para los proveedores de servicios de seguridad privada* – organismo de carácter independiente, no lucrativo, con capacidad jurídica y regido por el derecho civil suizo – ha sido creada el 19-20 de septiembre de 2013 y su sede se ha establecido en el cantón de Ginebra¹⁴².

Junto a las iniciativas no gubernamentales¹⁴³, las organizaciones internacionales también han reaccionado a la necesidad de regular normativamente la actuación de las EMSP. Sin ir más lejos, Naciones Unidas ha sido sensible a esta carencia, lo que le llevó a encargar que se ocupase de este problema la extinta Comisión de Derechos

¹³⁸ Par. 32.

¹³⁹ Adoptado en el octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

¹⁴⁰ Par. 9 y 10.

¹⁴¹ Preámbulo, pár. 7.

¹⁴² Art. 1. El documento constitutivo de la Asociación puede consultarse tanto en inglés como en francés en el sitio web: <http://www.icoc-psp.org/> (última consulta: 10 de mayo de 2014).

¹⁴³ Acerca del fenómeno de las EMSP, pueden consultarse, entre otras, las siguientes contribuciones: HOPPE, C., QURICO, O., “Codes of conduct for private military and security companies. The State of self-regulation in the industry”, en *War by contract. Human rights, Humanitarian law and private contractors* (FRANCIONI, F., RONZITTI, N., ed.), Oxford University Press, Oxford/New York, 2011, pp.362-380; STRUWE, L.B., Private security companies (PSCs) as a piracy countermeasure, en *Studies in conflict and terrorism*, vol. 35, n° 7-8, pp. 588-596; SPEARIN, CH., Private military and security companies v. international naval endeavours v Somali pirates: a security studies perspective, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, n° 4, pp. 823-837; PETRIG, A., The use of the force and firearms by private maritime security companies against suspected pirates, en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, n° 3, pp. 667-701; KSASKA, J., International and comparative regulation of private maritime security companies employed in counter-piracy, en *Modern piracy: legal challenges and responses*, Elgar, Cheltenham..., 2013, pp. 219-249; ZASOVA, S., Les sociétés militaires et de sécurité privés embarqués et la lutte contre la piraterie maritime: developpement recents, en *Annuaire du Droit de la mer*, vol. 17, 2012, pp. 61-81 y WILLIAMS, E., Private armed guards in the fight against piracy, en *La criminalité en mer*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2014, pp. 339-377 y ROSS, S., The business of piracy: commercial shipping, risk management and the use of private security firms, en *The journal of international maritime law*, vol. 20, n° 3, pp. 193-219.

Humanos¹⁴⁴. El grupo de trabajo nombrado a tal efecto presentó un “Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas” (en adelante: PCEMSP) al nuevo Consejo de Derechos Humanos¹⁴⁵. Sin embargo, este último órgano institucional decidió encargar a un “grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta” la elaboración de un nuevo instrumento internacional vinculante, teniendo en cuenta el contenido alcanzado en el PCEMSP¹⁴⁶. Este proyecto de convenio

¹⁴⁴ GOMEZ DEL PRADO, J.L., “El grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios y las nuevas formas de mercenarismo”, *La privatización del uso de la fuerza armada* (TORROJA MATEU, H., dir., GUELL PERIS, S., coord.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 163-209.

¹⁴⁵ La resolución 2005/2 de la Comisión de Derechos Humanos de 7 de abril de 2005, decidió establecer un grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. A dicho grupo de trabajo se le encomendó, entre otras tareas, la de “vigilar y estudiar las repercusiones de las actividades de las empresas privadas que ofertan en el mercado internacional servicios de asistencia, asesoría y seguridad militares sobre el disfrute de los derechos humanos, en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación, y preparar un proyecto de principios básicos internacionales que promuevan el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas en sus actividades” [par. 12 a)]. Este mandato fue reiterado en la resolución 7/21 de 28 de marzo de 2008 del Consejo de Derechos Humanos [par. 2 e)], y especialmente, en su resolución 10/11 de 26 de marzo de 2009 [par. 13 a-c)]. En cumplimiento de dicho mandato, el grupo de trabajo presentó un “Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos”. Éste ha sido anexado a su informe A/HRC/15/25 de 5 de julio de 2010. Un comentario a los aspectos jurídicos más relevantes del proyecto de convenio puede consultarse en: GOMEZ DEL PRADO, J.L., TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011, pp. 93-134.

¹⁴⁶ A la luz del proyecto de convención propuesto, el Consejo de Derechos Humanos decidió “en aras de la transparencia y la integración, establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta con el mandato de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional, incluida, entre otras, la posibilidad de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante, para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas, incluida la rendición de cuentas de estas empresas, teniendo en consideración los principios, los elementos principales y el proyecto de texto propuestos por el Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derechos de los pueblos a la libre determinación”. El Consejo de Derechos Humanos decidió, asimismo, que el dicho grupo de trabajo intergubernamental presentase sus recomendaciones en su 21º periodo de sesiones; esto es, a finales de 2012. Resolución 15/26 de 1 de octubre de 2010, par. 4 y 6. Esta resolución fue adoptada por 32 votos a favor, 12 en contra – entre ellos el de España – y las abstenciones de Maldivas, Noruega y Suiza. El primer periodo de sesiones se celebró del 23 al 27 de mayo de 2011 (A/HRC/WG.10/1/4) y el segundo periodo de sesiones se desarrolló del 13 al 17 de agosto de 2012 (A/HRC/WG.10/2/CRP.1). A su conclusión, el grupo de trabajo intergubernamental recomendó al Consejo de Derechos Humanos la prórroga de su mandato por un periodo adicional de dos años. A/HRC/22/41, par. 77 a). El 22 de marzo de 2013, el Consejo de Derechos Humanos aceptó la recomendación presentada y le confirmó, entre otras, “la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional, incluida la opción de elaborar un instrumento vinculante para la regulación, la vigilancia y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas”. A/HRC/22/41, par. 77 c) y Resolución 22/33 de 22 de marzo de 2013. Esta resolución se adoptó por 31 votos a favor, 11 en contra – España se opuso – y las abstenciones de EEUU, Japón, Kazajstán, República de Moldova y Suiza. España también voto en contra de la resolución del Consejo de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2013 en la que pidió al grupo de trabajo intergubernamental que continuase su labor en el tercer periodo de sesiones previsto del 16 al 20 de diciembre de 2013. A/HRC/RES/24/13 de 26 de septiembre de 2013, par. 14. Esta petición fue refrendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. A/RES/68/152 de 18 de diciembre de 2013, par. 14. Sin embargo, el tercer periodo de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental ha sido finalmente programado para el 21-25 de julio de 2014. Los trabajos de este órgano puede ser consultado en su

parte de una concepción más restrictiva que los códigos de conducta precedentes con respecto a la posibilidad de que las EMSP puedan hacer uso de la fuerza. Así, esta propuesta normativa, dirigida a los Estados, establece como uno de sus principios nucleares la prohibición de contratar o delegar “funciones inherentes al propio Estado”, como es el caso de la “la participación directa en hostilidades, las operaciones bélicas y/o de combate, la captura de prisioneros, la legislación, las tareas de espionaje, inteligencia y transferencia de conocimientos con aplicaciones militares, de seguridad y policiales, el uso de armas de destrucción en masa y el ejercicio de funciones de policía y otras actividades conexas, especialmente las facultades de arresto o detención, incluida la de interrogar a los detenidos y otras funciones que el Estado parte considere funciones inherentes al Estado”¹⁴⁷. Con una relación de supuestos abierta, los redactores del PCEMSP quieren poner de manifiesto que cualquier actividad que implique el uso de la fuerza sólo podrá ser ejercida por las autoridades estatales sin que pueda ser objeto de “contratación externa”¹⁴⁸. Así, las funciones de policía llevadas a cabo para prevenir y reprimir la piratería marítima sólo podrán ser desarrolladas por agentes estatales, sin que quepa la posibilidad, con arreglo a esta propuesta convencional, de delegarlas en EMSP. Esta prohibición resulta congruente con lo estipulado por el CNUDM, cuando dispone que únicamente los buques o las aeronaves de un gobierno “pued(e)n llevar a cabo estos apresamientos por causa de piratería”¹⁴⁹. Ahora bien, esta constatación nos lleva a preguntarnos si las EMSP podrían hacer uso de la fuerza armada en algún caso; y en particular – por lo que nos interesa examinar en el presente trabajo –, sí puede ser utilizada en legítima defensa. El PCEMSP establece, con carácter general, que las EMSP utilizarán medios no violentos en sus actividades, mientras que la fuerza armada se empleará como último recurso¹⁵⁰. El proyecto convencional determina, mediante *numerus clausus*, las circunstancias en las que puede hacer uso de la fuerza armada¹⁵¹. Entre ellas, se encuentra la defensa de los propios miembros de las EMSP, así como la de sus “clientes”. En concreto, el proyecto de convenio dispone que las EMSP podrán hacer uso de la fuerza armada en la prestación de sus servicios “en defensa propia o de otros empleados de la empresa, en caso de considerar que existe un peligro ilícito e inminente de muerte o de lesiones corporales graves, de conformidad con el ejercicio del derecho esencial a la defensa propia; (y) en defensa de las personas que lo han contratado para que las proteja ante lo que considere un peligro ilícito e inminente de muerte o de lesiones corporales graves”¹⁵².

página web (última consulta : 10 de mayo de 2014):
<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGMilitary/Pages/OEIWGMilitaryIndex.aspx>

¹⁴⁷ Art. 2 i) y 9.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Art. 107.

¹⁵⁰ Art. 18.2.

¹⁵¹ Art. 18.4.

¹⁵² Art. 18.4 a) y b). Junto a estas circunstancias, el PCEMSP contempla también la posibilidad de recurrir a la fuerza armada en los siguientes casos: “Para resistirse a lo que razonablemente crea que es un intento ilícito de secuestrarlo a él, a otros empleados de la empresa o a una persona que lo ha contratado para que la proteja; Para prevenir o impedir un delito grave que pueda implicar o implique un peligro grave de muerte o de lesiones corporales de gravedad”. Art. 18.4 c) y d).

A la espera de que el PCEDMSP llegue a ver la luz, el Documento de *Montreaux* y el Código de Conducta han sido completados con recomendaciones específicas sobre la prevención y represión de la piratería marítima por parte de las EMSP, adoptadas en el seno de la Organización Marítima Internacional (en adelante: OMI). En su sesión de 11 a 20 de mayo de 2011, su Comité de Seguridad Marítima recomendó a los Estados Miembros que las EMSP evitarán, en principio, el uso de la fuerza armada para hacer frente al fenómeno de la piratería marítima¹⁵³. Sin embargo, su empleo se considera admisible – según una Circular de la OMI – en dos casos: en el primer supuesto, los agentes privados podrán hacer uso de la fuerza armada “mínima necesaria” para evitar el abordaje por parte de los grupos piratas; y, en el segundo supuesto, cuando la finalidad sea la de responder a un ataque pirata. En este último caso, la respuesta armada debe eludir a las personas “salvo en defensa propia o la defensa de otros ante la amenaza inminente de muerte o de lesiones graves, o para prevenir la perpetración de un crimen especialmente grave que suponga una amenaza grave para la vida”¹⁵⁴. Esta recomendación ha sido confirmada en las actualizaciones de la Circular examinada¹⁵⁵, así como en otras posteriores adoptadas al respecto¹⁵⁶. Con ello, la OMI prevé que las EMSP puedan recurrir a la fuerza armada para responder a ataques piratas en base a la legítima defensa.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se ha manifestado recientemente a favor de que los Estados permitan que “personal armado de seguridad de contratación privada” vaya a bordo de los buques para que se encargue de su protección y la de la tripulación a bordo¹⁵⁷. Este órgano principal ha reconocido que: “los esfuerzos conjuntos de la comunidad internacional y el sector privado contra la piratería han dado lugar a una drástica disminución de los ataques de piratas y los secuestros de buques”, aunque, pese a esta reducción sustancial, la piratería marítima sigue siendo – según lo declarado a finales de 2013 – “una amenaza” para el suministro de ayuda, la seguridad de los navegantes, la navegación internacional y la seguridad de las rutas, así como para las actividades pesqueras”¹⁵⁸. Por tal motivo, el Consejo de Seguridad insiste en la necesidad de que se mantengan medidas como las adoptadas por los Estados para permitir que las EMSP protejan a los buques que enarbolan su pabellón de ataques piratas, ya que “los significativos progresos conseguidos en la reducción del número de ataques consumados de piratas es reversible”¹⁵⁹. Sin embargo, este órgano institucional es consciente de que este tipo de medidas no cuentan con un marco jurídico

¹⁵³ Interim guidance to shipowners, ship operators, and shipmasters on the use of privately contracted armed security personnel on board ships in the high risk area. MSC.1/Circ. 1405 de 23 de mayo de 2011, par. 3.5.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ MSC.1/Circ. 1405/Rev.1 de 16 de septiembre de 2011 y MSC.1/Circ. 1405/Rev.2 de 25 de mayo de 2012, par. 3.5.

¹⁵⁶ MSC.1/Circ. 1443 de 25 de mayo de 2012, par. 5.15.

¹⁵⁷ S/RES/2077/2012 de 21 de noviembre de 2012 y S/RES/2125/2013 de 18 de noviembre de 2013.

¹⁵⁸ S/RES/2125/2013 de 18 de noviembre de 2013.

¹⁵⁹ *Ibid.*

internacional e interno definido¹⁶⁰, por lo que “alienta” a los Estados a que elaboren la reglamentación necesaria “para el despliegue de personal armado de seguridad de contratación privada a bordo de los buques”¹⁶¹. Con este objetivo, el Consejo de Seguridad también anima a los Estados a que la concreción normativa se realice en consultas con la OMI y la Organización Internacional de Normalización/ISO¹⁶²; instituciones internacionales competentes en esta materia¹⁶³.

b) La normativa española

El aumento de los intentos de secuestro de buques pesqueros españoles llevó a que los representantes del sector planteasen al Gobierno la posibilidad de llevar consigo personal militar que les protegiese de futuros ataques piratas. Sin embargo el Ejecutivo español rechazó esta opción – factible en países de nuestro entorno como Francia – al considerar, entre otros motivos, que la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, entre otros motivos, no la contempla¹⁶⁴. Como contrapartida, el Gobierno español decidió apoyar la contratación de agentes de ESP que prestasen este servicio. A tal fin, nuestro Ejecutivo se comprometió a financiar su contratación – el 25% de su coste (otro 25% con cargo a los presupuestos de los gobiernos regionales)-, a instruir el personal de seguridad y a trasladar a quienes lo integran a la zona de operaciones¹⁶⁵. Sin embargo, pese a la buena disposición gubernamental, ¿la contratación de seguridad privada encaminada a proteger a los atuneros españoles de ataques piratas es conforme a la normativa nacional?

La primera legislación española sobre ESP data de 1974 y fue sustituida por la Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada¹⁶⁶. Esta última ley ha estado vigente hasta fechas recientes, ya que ha sido derogada por la vigente Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada¹⁶⁷. Aunque la Ley 23/1992 haya sido derogada, sus disposiciones han sido aplicadas durante todo el periodo objeto de estudio, por lo que nuestro examen

¹⁶⁰ PERCY, S., “The Security council and the use of private force”, en *The United Nations security council and war. The evolution of thought and practice since 1945* (LOWE, V., ROBERTS, A., WELSH, J., ZAUM, D., ed.) Oxford University Press, Oxford/New York, 2008, pp. 624-640.

¹⁶¹ S/RES/2077/2012 de 21 de noviembre de 2012, par. 30 y S/RES/2125/2013 de 18 de noviembre de 2013, par. 26.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ S/RES/2077/2012 de 21 de noviembre de 2012, par. 31 y S/RES/2125/2013 de 18 de noviembre de 2013, par. 27.

¹⁶⁴ Diario Público de 11 de octubre de 2009, p. 22. Al respecto, el principal partido de la oposición presentó el 22 de octubre de 2009 una: “Interpelación urgente sobre la indefensión de los buques atuneros españoles que faenan en el Océano Índico y la incapacidad del Gobierno para tomar medidas que atajen esta situación”. La intervención de la Ministra de Defensa puede consultarse en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 117 de 28 de octubre de 2009, pp. 34 y ss. Asimismo, el mismo grupo parlamentario presentó una Proposición no de Ley en la que instaba al Gobierno a: “5.Despejar los impedimentos técnicos y jurídicos que pudiesen dificultar la necesaria protección de los buques españoles en aguas internacionales por parte de miembros de las Fuerzas Armadas” BOCG. Congreso de los Diputados, Serie D, nº 273 de 16 de octubre de 2009, p. 15.

¹⁶⁵ Diario El País de 29 de octubre de 2009, p. 14.

¹⁶⁶ BOE nº 186 de 4 de agosto de 1992, p. 27116.

¹⁶⁷ BOE nº 83 de 5 de abril de 2014, p. 28975.

normativo lo realizaremos sobre la base de su articulado y lo completaremos con el previsto en la nueva legislación. La ley 23/1992 tenía como finalidad la prestación de servicios de seguridad de personas o bienes¹⁶⁸, permitiéndoles a los llamados “vigilantes de seguridad” ejercer la función de “vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que pu(dieran) encontrarse en los mismos”¹⁶⁹. Y, para cumplir con este cometido, podían utilizar armas de fuego cuando se determinase reglamentariamente¹⁷⁰. No obstante, la concreción reglamentaria presentaba dos importantes inconvenientes a los efectos de trasladar su aplicación a la defensa de los intereses españoles frente a la piratería marítima. Por un lado, la reglamentación no contemplaba la posibilidad de ejercer dicha vigilancia y protección en buques; y, por otro lado, tampoco preveía la opción de utilizar ciertas armas de fuego en el ejercicio de su misión¹⁷¹. Sin embargo, el Ejecutivo admitió que los ataques piratas se estaban produciendo “en aguas internacionales cercanas a las costas de Somalia, mediante la utilización de armas de guerra, lo que exige, en respuesta a la entidad y carácter de la amenaza, la utilización de los medios de defensa y de prevención adecuados y proporcionados a esos modos de agresión”¹⁷². Por tal motivo, una respuesta adecuada que permitiese enfrentar el problema planteado de manera eficaz, exigía la introducción de los oportunos cambios legislativos. A estos efectos, el Gobierno español introdujo los cambios requeridos en el Reglamento de Seguridad privada así como en el Reglamento de Armas¹⁷³. Por lo que se refiere al primero de los instrumentos normativos citados, el cambio se tradujo en la introducción de un nuevo supuesto en el que las ESP podían prestar sus servicios; en concreto, en “(b)uques mercantes y buques pesqueros que naveguen bajo bandera española en aguas en las que exista grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes, o de ambos”¹⁷⁴. En esta circunstancia, “los vigilantes de seguridad privada podrán portar y usar armas de guerra para la prestación de servicios de protección de personas y bienes, previniendo y repeliendo ataques, con las características, en las condiciones y con los requisitos que se determinen, de manera conjunta, por los Ministerios de Defensa y de Interior”¹⁷⁵. En coherencia con la posibilidad apuntada, el Reglamento de Armas fue igualmente modificado para permitir que los agentes de seguridad privada pudiesen disponer y emplear armas de guerra; teniendo en cuenta que la “adquisición, tenencia y uso” de esta clase de armamento les estaba prohibido a los particulares, entendiéndose también incluidos los vigilantes de seguridad. Así pues, en este caso concreto y como excepción

¹⁶⁸ Art. 1.1.

¹⁶⁹ Art. 11.1.

¹⁷⁰ Art. 14.1.

¹⁷¹ Arts. 81 y 86 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada. BOE nº 8 de 10 de enero de 1995, p. 770.

¹⁷² Preámbulo del Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. BOE nº 263 de 31 de octubre de 2009, p. 90892.

¹⁷³ Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. *Ibid.*

¹⁷⁴ Art. 1.1.

¹⁷⁵ Art. 1.2.

a la regla general que se encontraba entonces vigente, “el Gobierno (...), a propuesta conjunta de los Ministerios de Defensa y de Interior, fijó por Orden Ministerial los términos y condiciones para la tenencia, control, utilización y, en su caso, adquisición por parte de las empresas de seguridad privada, de armas de guerra, así como las características de estas últimas”¹⁷⁶.

Como puede comprobarse, la irrupción y extensión de los ataques piratas contra buques españoles llevó al Ejecutivo español a modificar su legislación para permitir que las ESP pudiesen defenderlos y protegerlos, permitiéndoles que empleasen armamento de guerra para “prevenir y repeler” – en igualdad de condiciones - dichos ataques. Con ello, la normativa española acogía la posibilidad de que entidades privadas se encargasen de la seguridad de nuestros buques, defendiéndolos con armas de guerra de los eventuales ataques de los que fueran objeto por parte de los piratas marítimos. Sin embargo, estos cambios legislativos se introdujeron forzados por las circunstancias y de forma improvisada para tratar de dar respuesta a un fenómeno sobrevenido que requería una respuesta expeditiva. Ante esta contingencia y, probablemente, sin conciencia plena del paso dado, el legislador español franqueó la frontera que separa la seguridad proporcionada por las fuerzas estatales y la que comenzaban a prestar las ESP. Sin embargo, lejos de aquella situación extraordinaria y en un contexto decreciente de ataques piratas, el Gobierno español se embarcó en la elaboración de una nueva Ley de seguridad privada. Según figura en su preámbulo, con la nueva legislación, no se pretende cambiar el modelo español de seguridad privada imperante - complementario, subordinado, colaborador y controlado por la seguridad pública -, sino ahondar en el mismo, salvar carencias, actualizar contenidos, adaptarse al entorno y mejorar su funcionamiento¹⁷⁷. Ahora bien, esta nueva regulación, ¿contempla la posibilidad de hacer frente a la piratería marítima por medio de la seguridad privada? Y si es así, ¿en qué términos aparece formulada?

La derogada Ley 23/1992 no hacía referencia expresa a la vigilancia y protección de los buques españoles ante posibles ataques piratas o cualquier otra amenaza o riesgo que afectase a su seguridad. Ante la irrupción y persistencia de la piratería marítima, el Gobierno español improvisó el Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que dispuso la posibilidad de recurrir a la seguridad privada en estos casos; si bien, esta opción, tal y como acabamos de exponer, se introdujo en sede reglamentaria. La nueva Ley 5/2014, en cambio, le otorga a esta solución rango legal al contemplarla directamente en sus disposiciones. Así, su artículo 40.1 c) prevé que la seguridad privada pueda prestar sus servicios de vigilancia y protección en “buques mercantes y buques pesqueros que naveguen bajo bandera española en aguas en las que exista grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes”. Aunque esta mención es prácticamente idéntica a la introducida en la reglamentación existente, la nueva legislación le otorga una consideración especial con respecto a otros servicios prestados por las ESP. En efecto, existen una serie de servicios –entre los que se encuentra la vigilancia y protección de buques que naveguen en aguas con riesgo – que se prestarán

¹⁷⁶ Art. 2.1.

¹⁷⁷ Preámbulo.

con “armas de fuego”¹⁷⁸, lo que constituye una excepción a la regla general que impide que los agentes de seguridad puedan desarrollar sus servicios con este tipo de medios¹⁷⁹. No obstante, la Ley 5/2014 remite a la reglamentación de desarrollo la identificación de “las armas de fuego adecuadas para realizar cada tipo de servicio”¹⁸⁰. Por consiguiente, habrá que esperar a su adopción para conocer el tipo de armamento que podrán emplear los vigilantes de seguridad a bordo de los buques. Mientras tanto, la reglamentación existente, que permanece en vigor¹⁸¹, prevé, para este tipo de casos, que los vigilantes de seguridad “porten y usen armas de guerra” con los que prevenir y poder defenderse de los ataques de los que pudieran ser objeto.

B) ¿Respuesta legítima?

a) *La normativa internacional*

Las ESP suscriptoras del Código de Conducta, de 9 de noviembre de 2010, se comprometen a respetar una serie de reglas que acordarán con sus “clientes” cuando la fuerza armada deba ser empleada¹⁸². El personal de la empresa que actúe a título particular o asistiendo a las autoridades estatales utilizará la fuerza armada “estrictamente necesaria, proporcionada a la amenaza y apropiada a la situación”¹⁸³. Tanto el Código de Conducta como los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego de las Naciones Unidas por los Funcionarios Responsables de Hacer Cumplir la Ley, disponen, junto a lo anterior, que las ESP no emplearán “armas de fuego contra las personas salvo en caso de defensa propia o en caso de defensa de terceros frente a una amenaza de muerte o de lesiones graves inminentes, o para prevenir la comisión de un delito especialmente grave que implique un peligro para la vida de una persona”¹⁸⁴. Sin embargo, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego de las Naciones Unidas por los Funcionarios Responsables de Hacer Cumplir la Ley, aplicables a los miembros de las ESP que asisten a las autoridades estatales, comprenden el empleo de la fuerza armada “con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos”¹⁸⁵.

El texto del PCEMSP contempla que las EMSP puedan usar la fuerza *in extremis*¹⁸⁶, tanto para defender a sus propios miembros como a sus clientes de posibles actos de

¹⁷⁸ Art. 40.1.

¹⁷⁹ Arts. 39.2. y 40.2.

¹⁸⁰ Art. 40.3 y Disposición final tercera.

¹⁸¹ Disposición derogatoria única.

¹⁸² Par. 29.

¹⁸³ Par. 30.

¹⁸⁴ Par. 31 y 9, respectivamente.

¹⁸⁵ Par. 9.

¹⁸⁶ SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., “Piratería marítima, fuerza armada y seguridad privada”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 23, 2012, p. 8.

piratería¹⁸⁷. No obstante, la utilización de la fuerza, en estas circunstancias, se encuentra limitada a determinados actos de piratería, tal y cómo puede inducirse del tenor literal del proyecto convencional. El recurso a la fuerza armada, en dichos casos, sólo cabe si el ataque pirata constituye “un peligro ilícito e inminente de muerte o lesiones corporales graves” para sus potenciales víctimas. Por tanto, su empleo ante actuaciones que no sean constitutivas del referido peligro, deja de ser legítima y, por ende, lícita. La licitud del uso de la fuerza armada se encuentra sometida a una serie de condiciones en tales supuestos. Al igual que el ejercicio de la legítima defensa en el ámbito de las relaciones interestatales, las EMSP pueden hacer uso de la fuerza armada siempre y cuando lo hagan “con moderación y en proporción a la gravedad del delito; reduzcan al mínimo los daños y lesiones y respeten y protejan la vida humana; procedan de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas”; y por último, “procuren notificar lo sucedido, a la brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas”¹⁸⁸. Curiosamente, el PCEMSP no impone a las EMSP el deber de notificar los hechos a las autoridades estatales, sino que deja en sus manos la determinación del procedimiento a seguir para que dichos incidentes se le notifique “sin demora”. Esta notificación a los órganos competentes tampoco está prevista en el Código de Conducta; sí lo está, en cambio, en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, pero solamente cuando el uso de la fuerza ocasione lesiones o muerte¹⁸⁹.

Las recomendaciones de la OMI también insisten en la necesidad de utilizar la fuerza armada siguiendo un “plan de respuesta graduada”, en la que aquella constituyese el último recurso¹⁹⁰. Llegado el caso, su empleo será el “estrictamente necesario y razonable” en función de las circunstancias¹⁹¹. Aún, en estos supuestos, el uso de la fuerza armada debe hacerse de tal manera que los daños y lesiones que ocasione sean los mínimos posibles a fin de “respetar y preservar la vida humana”¹⁹². Por tal motivo, la utilización de armas de fuego contra las personas solo podrá ejercerse en defensa propia o bien en defensa de otras personas¹⁹³.

¹⁸⁷ Acerca de los riesgos que plantea que las EMSP hagan uso de esta posibilidad, ver: HARRELSO, J., “Blackbeard meets Blackwater: An analysis of International conventions that address piracy and the use of private security companies to protect the shipping industry”, *American University International Law Review*, vol. 25, 2009-2010, pp. 283-312; especialmente, pp. 311 y 312.

¹⁸⁸ Art. 18.3.

¹⁸⁹ Par. 6.

¹⁹⁰ Interim guidance to shipowners, ship operators, and shipmasters on the use of privately contracted armed security personnel on board ships in the high risk área. MSC.1/Circ. 1443 de 25 de mayo de 2012, par. 5.15. Esta Circular confirma las recomendaciones adoptadas en circulares anteriores; en concreto, la MSC.1/Circ. 1405/Rev.1 de 16 de septiembre de 2011 y MSC.1/Circ. 1405/Rev.2 de 25 de mayo de 2012, par. 3.5.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.*

b) La normativa española

El Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, modificó los Reglamentos de Seguridad Privada y de Armas con el fin de permitir que los buques españoles pudieran llevar vigilantes de seguridad a bordo que portasen y utilizasen armas de guerra para prevenir y “repeler” ataques piratas¹⁹⁴. La respuesta a dichos ataques forma parte de los servicios que pueden prestar las ESP; respuesta que puede realizarse – tal y como hemos visto con anterioridad – haciendo uso de armamento bélico. Sin embargo, esta posibilidad tiene que cumplir con “las características, (...) las condiciones y (...) los requisitos que se determinen, de manera conjunta por los Ministerios de Defensa y de Interior”¹⁹⁵. A tal efecto, la Orden PRE/2914/2009 de 30 de octubre, recoge la propuesta de la Ministra de Defensa y del Ministro del Interior¹⁹⁶. La Orden adoptada establece los términos en los que se autoriza a las ESP la prestación del servicio y el personal habilitado para ello¹⁹⁷. Asimismo, la disposición administrativa determina cuál es el armamento de guerra autorizado así como su adquisición, tenencia, utilización, almacenamiento, control y traslado del mismo¹⁹⁸.

Por lo que respecta a la utilización de armamento de guerra para responder a ataques piratas, la Orden PRE/2914/2009, de 30 de octubre, se remite con carácter general a toda la normativa que pudiera ser de aplicación; comenzando por la propia Ley 23/1992¹⁹⁹. Ésta última dispone que el personal de seguridad privada “se atenderá en sus actuaciones a los principios de integridad y dignidad; protección y trato correcto a las personas, evitando abusos, arbitrariedades y violencias y actuando con congruencia y proporcionalidad en la utilización de sus facultades y de los medios disponibles”²⁰⁰; principios que reproduce con exactitud el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad privada²⁰¹. En cambio, la reciente Ley 5/2014, desarrolla una serie de principios que llama rectores y de actuación²⁰². En particular, éstos últimos obligan a que el personal de las ESP atienda, en sus actuaciones, a los siguientes principios: “a) Legalidad. b) Integridad. c) Dignidad en el ejercicio de sus funciones. d) Corrección en el trato con los ciudadanos. e) Congruencia, aplicando medidas de seguridad y de investigación proporcionadas y adecuadas a los riesgos. f) Proporcionalidad en el uso de las técnicas y medios de defensa y de investigación. g) Reserva profesional sobre los hechos que conozca en el ejercicio de

¹⁹⁴ Art. 1.2 del Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. *Ibid*

¹⁹⁵ Art. 1.2.

¹⁹⁶ Orden PRE/2914/2009, de 30 de octubre, que desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. BOE nº 264 de 2 de noviembre de 2009, p. 91114.

¹⁹⁷ Disposiciones 3ª, 4ª, 10ª y 11ª.

¹⁹⁸ Disposiciones 2ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª y 9ª.

¹⁹⁹ Disposición 6ª.1º.

²⁰⁰ Art. 1.3.

²⁰¹ Art. 67.

²⁰² Arts. 8 y 30.

sus funciones. h) Colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”²⁰³. Pero, junto a estos principios generales, ¿existen algunos específicos exigibles a los vigilantes de seguridad a bordo de buques en relación con la utilización de armas de guerra para la defensa de ataques piratas?

Tan sólo la Orden PRE/2914/2009, de 30 de octubre, enuncia tales principios, que no son, en realidad, distintos de los ya enunciados; sino, más bien, una concreción de los mismos. En particular, esta disposición administrativa hace mención a dos principios específicos. El primero de ellos exige que los vigilantes de seguridad utilicen el armamento y las municiones de manera “adecuada” durante la prestación del servicio, siendo responsables igualmente de su “custodia y conservación”²⁰⁴. El segundo, dispone que los vigilantes de seguridad usarán este tipo de armas – se entiende que bélicas²⁰⁵ – de manera “limitada”, dado que “tendrán como único objeto la prevención y disuasión eficaz de posibles ataques”²⁰⁶. Esto quiere decir que la autorización para que las ESP dispongan de armas de guerra tiene una finalidad restringida: prevenir y disuadir a los piratas marítimos de posibles ataques armados contra los buques mercantes y pesqueros. Esta limitación trasluce la convicción de la autoridad gubernamental de que la mera posesión o tenencia de dichas armas constituye un factor preventivo y disuasorio frente a los ataques dirigidos por la piratería marítima. Ahora bien, ¿qué ocurre si finalmente la prevención y disuasión buscada no surte efecto y se producen tales ataques? En tal caso, la Orden PRE/2914/2009, de 30 de octubre, establece que las armas de guerra podrán ser utilizadas como “medio de defensa para repeler agresiones armadas”, pero, siempre y cuando su empleo fuese “necesario”. En estos casos extraordinarios, su uso deberá ser “adecuado y proporcional”²⁰⁷.

En definitiva, la normativa española prevé que las ESP puedan utilizar la fuerza armada – incluyendo el uso de armamento de guerra – para defenderse de ataques piratas. No obstante, el recurso a la fuerza armada debe producirse cuando exista un ataque pirata y la respuesta al mismo sea necesaria. La defensa debe ser también adecuada y proporcional al ataque pirata que se quiere combatir. Con ello, nuestra regulación interna entiende el ejercicio de la legítima defensa, por parte de los actores privados, en unos términos similares al modo en el que se concibe para quienes tienen el monopolio de la violencia; esto es, los actores estatales.

2. El marco operativo

A) *Minimal Risk*

El secuestro de buques españoles por piratas somalíes – especialmente, el atunero vasco, *Alakrana* – y la negativa final del Gobierno español a que fuerzas militares viajasen a bordo de los mismos, ha forzado a los armadores a contratar la seguridad de su

²⁰³ Art. 30.

²⁰⁴ Disposición 6ª.2ª.

²⁰⁵ Disposición 1ª.

²⁰⁶ Disposición 6ª.3ª.

²⁰⁷ *Ibid.*

tripulación y de sus buques con ESP²⁰⁸. La prestación de estos servicios les ha permitido continuar sus labores de pesca con ciertas garantías. Grandes empresas de seguridad privada – como es el caso de *G4S* - ya se encontraban prestando este tipo de servicios en buques extranjeros desde finales de 2008. También lo hacía *UC Global*, la única empresa de seguridad privada con sede en España – aunque con armamento ubicado fuera de nuestro territorio -, cuando los armadores españoles decidieron confiar la seguridad de ocho atuneros a la empresa británica *Minimal Risk*, fundada en 2002²⁰⁹. A principios de octubre de 2009, vigilantes de seguridad privada de esta ESP se embarcaron en los atuneros para garantizar su seguridad a cambio de 55.000 euros por cada buque protegido, sin contar el coste adicional de desplazamientos, mantenimiento y aseguramiento de su personal a bordo²¹⁰. Los vigilantes de seguridad privada han dispuesto de armamento militar para responder – en igualdad de condiciones - a los ataques piratas²¹¹. Aunque la legislación española no permitía aún la utilización de este tipo de armamento, el escollo normativo pudo salvarse a través de un acuerdo que se alcanzó con las autoridades de la República de las Seychelles – donde se procedió a la necesaria modificación legislativa con tal fin - en virtud del cual los buques pesqueros objetos de protección, navegarían con bandera de este último país²¹².

El buque vasco *Artza*, con base en Vizcaya, pero con bandera de la República de Seychelles, fue perseguido por parte de varias embarcaciones piratas a principios de noviembre de 2009. Los agentes de seguridad privada realizaron disparos de advertencia a la proa de una de estas embarcaciones consiguiendo que desistiesen de un posible abordaje²¹³. Por el contrario, unos días después, los disparos de advertencia no sirvieron para disuadir el intento de abordaje del pesquero vasco *Ortube Berria*, situado a 230 millas de las costas somalíes. Los piratas hicieron uso de sus armas y dispararon sus rifles automáticos –pudo contabilizarse hasta seis impactos de bala sobre el buque- y lanzaron una granada antitanque que afortunadamente no llegó a impactar contra el atunero²¹⁴. Según el Ministerio de Defensa español, este “ataque fue repelido por el

²⁰⁸ YTURRIAGA BARBERÁN, J.A., “Nuevas formas de Piratería en el Océano Índico”, en *Derecho internacional y Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum Profesor José Manuel Pelaez Marón*, (HINOJO ROJAS, M., coord.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2012, p. 292.

²⁰⁹ Diario El Mundo de 18 de octubre de 2009. Suplemento Crónica nº 731.

²¹⁰ Para el Presidente del Grupo Albacora, responsable de la decisión de contratar la seguridad de los atuneros españoles con *Minimal Risk*, “es un servicio muy caro, pero pedirle a alguien que vaya a la guerra, lo es. Los nuestros son británicos. Tienen experiencia en la guerra de Irak, en desplazamientos de jefes de Estado a zonas peligrosas...Es gente de primera división”. La decisión se adoptó porque “(e)ra la única solución. O salíamos protegidos o dejábamos de faenar y eso son miles de empleos”. Según sus declaraciones al Diario El País, “(t)ienen un protocolo muy definido y ametralladoras de largo alcance. Incluso tienen marcadores que señalan las distancias. Si ven un esquife pirata acercándose pueden disparar una ráfaga que les haga dar la vuelta”. Diario El País de 19 de octubre de 2009, p. 17.

²¹¹ Al parecer “(c)uando los armadores empleaban a las empresas clásicas – que protegen furgones, vigilan discotecas o pasean en centros comerciales -, con la intención de respetar nuestra Ley de Seguridad Privada y el Reglamento de Armas, el resultado era desastroso. Un pirata del Golfo de Adén no es un borracho con calcetines blancos en la puerta de una disco”. *Ibid.*

²¹² Diario El País de 8 de octubre de 2009, p. 18.

²¹³ Diario El País de 1 de noviembre de 2009, p. 25.

²¹⁴ Diario El País de 30 de noviembre de 2009, p. 20.

equipo de seguridad a bordo, que hizo uso de sus armas”. No se registraron daños personales ni materiales²¹⁵.

B) *Segur Ibérica*

A mediados de noviembre de 2009, el Ejecutivo español permitió que los vigilantes de seguridad pudieran emplear armamento militar a bordo de buques que navegasen con pabellón nacional. Con ello se pretendía que las ESP pudiesen utilizar un tipo de armamento similar al empleado por los piratas. El propio Ministerio de Defensa se encargó de instruir a un grupo de vigilantes pertenecientes a la empresa *Segur Ibérica* en el manejo de las mismas²¹⁶. Las Fuerzas Aéreas españolas gestionaron, a su vez, el traslado del personal instruido, acompañado del armamento militar necesario– fusiles de asalto y ametralladoras pesadas – desde el aeropuerto de Alicante hasta las Islas Seychelles, donde serían distribuidos, en grupos de cuatro, en los buques pesqueros²¹⁷. El Gobierno español no sólo instruyó a los vigilantes de seguridad para que pudiesen emplear armamento de guerra, sino que también decidió conceder subvenciones a los armadores que contrataran sus servicios. El Consejo de Ministros acordó en su Real Decreto 1257/2010, de 8 de octubre, la concesión “excepcional” de subvenciones “directas” – sin convocatoria pública - para sufragar los gastos derivados de este tipo de contratación “para los diecisiete buques de la flota española de atuneros que” faenaban en aguas de océano Índico²¹⁸. La subvención tuvo un importe máximo del 25 por ciento del coste total de los servicios de seguridad privada contratados (50 por ciento para los buques cuyo puerto base radicara en las ciudades de Ceuta y Melilla) y fue imputada a los presupuestos del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino. La convocatoria permitía que un 25 por ciento adicional pudiese ser sufragado por las Comunidades Autónomas donde radicase el puerto base del buque²¹⁹. La subvención se concedió con carácter retroactivo desde noviembre de 2009 y hasta principios de 2011²²⁰. Sin embargo, el Gobierno español decidió realizar una nueva convocatoria en las mismas condiciones y con idéntica finalidad a la vista de los resultados obtenidos con la convocatoria anterior. Según figura en el preámbulo de la Real Decreto 803/2011, de 10 de junio²²¹, “(1) la eficacia de esta medida ha quedado patente al impedirse durante los últimos meses las acciones de piratería mediante la disuasión ejercida por la seguridad privada a bordo, constatándose además que la posibilidad de defensa por parte de los buques constituye una garantía suficiente para contener las

²¹⁵ Nota de prensa del Ministerio de Defensa de 29 de noviembre de 2009.

²¹⁶ Nota de prensa del Ministerio de Defensa de 13 de noviembre de 2009.

²¹⁷ Diario El País de 14 de noviembre de 2009, p. 12.

²¹⁸ Real Decreto 1257/2010, de 8 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la contratación de seguridad privada a bordo en los buques atuneros congeladores que actualmente operan en el Océano Índico. BOE nº 245 de 9 de octubre de 2010, p. 85691.

²¹⁹ Referencia del Consejo de Ministros de 10 de junio de 2011.

²²⁰ Las subvenciones se concedieron con una duración máxima de doce meses, pero con carácter retroactivo, contando su inicio desde noviembre de 2009 y su finalización en enero de 2011. *Ibid.*, art. 3.4.

²²¹ Real Decreto 803/2011, de 10 de junio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la contratación de seguridad privada a bordo en los buques atuneros congeladores que actualmente operan en el Océano Índico. BOE nº 157 de 2 de julio de 2011, p. 70309.

acciones de abordaje y en consecuencia, el riesgo de que se produzcan daños humanos”²²². Las nuevas subvenciones también fueron concedidas por un periodo anual; hasta octubre de 2011²²³.

Durante el nuevo periodo subvencionado, los episodios de ataques piratas y su respuesta por parte de los agentes de seguridad privada no dejaron de sucederse. A principios de 2010, y ante el intento de abordaje del buque *Albacan*, los vigilantes de seguridad “dispararon sobre las cabezas de los piratas para repeler el ataque”²²⁴. Horas después, los servicios de vigilancia privada del *Intertuna II* “intercambiaron disparos con los asaltantes durante unos 30 minutos, hasta que los piratas desistieron”²²⁵. La misma suerte tuvo el pesquero vasco *Txori Argi* cuyos agentes de seguridad lo defendieron “a tiros de una acometida pirata a 55 kilómetros de las Islas Seychelles”²²⁶. Estos mismos ataques e idéntica respuesta por parte de los vigilantes de seguridad a bordo tuvieron lugar a lo largo de 2011 y 2012. Precisamente, a finales de este último año, en octubre de 2012, se produjo el ataque pirata al atunero vasco *Izurdia* con el que iniciábamos el examen de la segunda parte de este trabajo. El Gobierno español no prorrogó las ayudas a los armadores más allá de 2011, coincidiendo con la agudización de la crisis económica y la disminución del número de ataques acometidos por los piratas. Pese a ello, las ESP siguen siendo contratadas debido a que constituyen uno de los remedios más efectivos para evitar abordajes y secuestros. Durante los últimos meses, se ha observado, en cambio, un incremento de esta actividad delictiva en otra zona geográfica: el Golfo de Guinea²²⁷.

IV. CONCLUSIONES

Al principio de este estudio, nos preguntábamos si los Estados podían invocar su derecho a la legítima defensa frente a ataques piratas y en qué condiciones los agentes estatales podían emplear la fuerza armada en estos casos. Asimismo, nos interrogábamos acerca de si los agentes privados disponen de este mismo derecho a la legítima defensa y qué limitaciones han de observar para utilizar la fuerza armada con el fin de repeler ataques piratas.

La indefinición de la normativa internacional ha conllevado que su jurisprudencia – principalmente, la desarrollada por el Tribunal Internacional de Justicia – conciba esta institución jurídica de un modo restrictivo al considerar que su ejercicio sólo cabe ante

²²² *Ibid.*

²²³ Las subvenciones – al igual que en la ocasión anterior – tuvieron un carácter retroactivo. El periodo de subvención abarcó desde el 1 de diciembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011. No obstante, las ayudas por el mes de diciembre de 2010 y de enero de 2011 no pudieron recibirse “si ya se percibieron al amparo del Real Decreto 1257/2010, de 8 de octubre, por el que se regulaba la concesión directa de subvenciones para la contratación de seguridad privada a bordo en los buques atuneros congeladores que actualmente operan en el Océano Índico”. *Ibid.*, art. 3.4.

²²⁴ Diario El País de 5 de marzo de 2010, p. 18.

²²⁵ Diario El País de 6 de marzo de 2010, p. 14.

²²⁶ Diario El País de 15 de marzo de 2010, p. 14.

²²⁷ La Voz de Galicia de 9 de febrero de 2014, p. 46.

ataques armados de procedencia estatal que tengan además un carácter grave. Sin embargo, la evolución de las relaciones internacionales está demostrando que los actores privados son capaces de dirigir ataques armados contra Estados de igual o mayor gravedad que los que pudieran proceder de otro Estado. Esta posibilidad, planteada inicialmente por los ataques perpetrados por grupos terroristas, puede extenderse a otras actividades ilícitas como la piratería marítima, cuyo resurgimiento y potencialidades la convierten en un verdadero desafío defensivo para los Estados. Por este motivo, no resulta extraño que los derechos nacionales tiendan a contemplar este tipo de fenómenos en sus legislaciones respectivas como merecedoras, llegado el caso, de una respuesta armada en aplicación de las nuevas concepciones nacionales de seguridad. Sin ir más lejos, la legislación española contempla los ataques terroristas como una agresión armada que justificaría el ejercicio de la legítima defensa por parte de nuestras Fuerzas armadas.

Las Fuerzas armadas españolas y las de otros Estados europeos han llevado a cabo labores de policía haciendo uso de la fuerza armada correspondiente – leve o menor - en el marco de Organizaciones internacionales como la OTAN o la UE, pero también han respondido, convencidos de su legitimidad, a los ataques lanzados desde las embarcaciones piratas. Ello sin olvidar que los piratas marítimos utilizan armamento militar en sus ataques contra buques estatales, lo que les obliga a responder con el mismo tipo de armamento.

La indefinición normativa que preside el derecho a la legítima defensa en el ámbito jurídico internacional se torna inexistente cuando nos ocupamos de la posibilidad de que puedan hacer uso de la misma los actores privados; en concreto, las empresas de seguridad privadas (ESP). Varias iniciativas normativas han tratado de colmar este vacío y todas ellas prevén la posibilidad de que este tipo de actores privados pueda emplear la fuerza armada para defender a sus agentes o clientes de ataques armados que puedan hacer peligrar su vida o su integridad, o bien originar delitos de gravedad. Así pues, las propuestas normativas existentes se muestran favorables al ejercicio de la fuerza armada por parte de las ESP, aunque limitado a los supuestos en los que se amenacen o lesionen determinados bienes jurídicos. Precisamente, este ámbito de aplicación más reducido constituye la principal diferencia que se observa con respecto al ejercicio de la legítima defensa por actores estatales. La OMI ha adoptado una serie de reglas específicas para los casos de respuesta a la piratería marítima que también apuntan en este mismo sentido.

La práctica internacional examinada confirma que el personal de las ESP responde con armamento de guerra a los ataques dirigidos por los piratas marítimos. Para que ello haya sido posible, los propios gobiernos nacionales, como el español, han introducido los cambios legislativos y reglamentarios pertinentes para posibilitar que los agentes privados llevaran a cabo este tipo de respuestas y pudiera hacerlo con el armamento apropiado. Además, el apoyo gubernamental no se ha limitado a la adecuación del marco normativo aplicable, sino que ha sido completado con la concesión de ayudas económicas y la prestación de facilidades logísticas. Por su parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas consideró que los ataques piratas contribuían a la

amenaza a la paz y seguridad internacionales. Y, en este contexto, la intervención de las ESP para proteger los buques nacionales de dichos ataques ha servido para reducirlos significativamente, lo que ha motivado el reconocimiento y respaldo a tales intervenciones de carácter privado.

Una vez admitida la posibilidad de recurrir a la legítima defensa para responder a los ataques procedentes de la piratería marítima, las condiciones en las que debe ejercitarse esta institución jurídica forman parte de una concepción unánime. Tanto la normativa internacional como la interna coinciden en las condiciones que deben concurrir para que la respuesta de los agentes estatales a los ataques piratas pueda considerarse legítima. La legislación española concuerda con las exigencias internacionales y entiende que esta institución jurídica debe ejercitarse en condiciones de necesidad y proporcionalidad, si bien se ha enfatizando el hecho de que la respuesta armada debe respetar los derechos de la persona.

Las condiciones en las que las ESP pueden ejercer la legítima defensa resultan igualmente coincidentes con las exigidas a los actores estatales. La respuesta armada de los agentes de las ESP deberá ser también necesaria y proporcionada; si bien, estas condiciones suelen estar acompañadas de otras que refuerzan la idea de que este tipo de respuesta debe ser excepcional en el sentido de que sólo debe utilizar como último recurso. Asimismo, la idea de proporcionalidad está ligada a la de limitar el uso de la fuerza armada a una finalidad estrictamente defensiva. Expresiones tales como “adecuada”, “apropiada”, “graduada”, “moderada”, “reducida” o “razonable” que figuran en los textos internacionales e internos ahondan en esta idea. El respeto de los derechos de la persona está previsto igualmente como otra de las condiciones específicas que completa las anteriores.

En definitiva, el estudio realizado pone de manifiesto que la legítima defensa debe ser re-conceptualizada con el objeto de admitir su ejercicio ante ataques armados procedentes de actores privados; máxime cuando éstos se encuentran en disposición de hacer uso de una organización y unos medios – armamento de guerra, incluido – que convierte su diferencia con los ataques estatales en meramente teórica. Por este motivo, su vinculación exclusiva a la noción de agresión armada como acto estatal también está dejando de estar justificada en la práctica internacional. Esta misma práctica también pone en evidencia la necesidad de regular normativamente el fenómeno de las ESP, una vez que el monopolio estatal de la fuerza armada ha sido resquebrajado y su fisura tiende con el tiempo incrementar sus dimensiones. Las adaptaciones y actualizaciones introducidas por los derechos internos sobre el régimen jurídico de las ESP no son suficientes ya que su importancia y alcance transnacional exigen la adopción del correspondiente instrumento internacional.