

TEMAS PROFESIONALES



COMPETENCIAS DE LA ARMADA EN RELACIÓN CON LA MIGRACIÓN ILEGAL

María CONTÍN TRILLO-FIGUEROA



L asunto que tratamos en este artículo es de gran actualidad debido a la incesante llegada de cayucos a las costas españolas, lo cual supone un gran problema para el Estado español en la medida en que está obligado a interceptarlos para reprimir la inmigración clandestina y la entrada en España de inmigrantes ilegales; problema que se subordina a otro de mayor entidad, la necesidad de prestar ayuda humanitaria a la multitud de personas que se encuentran en esos cayucos, debatiéndose en muchas ocasiones entre la vida y la muerte por las penurias vividas en los mismos, engañados ante la promesa de una panacea que no resulta ser tal.



Es preciso analizar la normativa aplicable desde el punto de vista internacional e interno, enmarcando el ámbito jurídico, para luego entrar en los dos principales tipos de misiones posibles para la Armada en esta materia.

España es Parte en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, convención de aplicación generalizada, por la multitud de Estados parte en la misma, o bien porque esta Convención ha llegado a cristalizar en costumbre internacional, costumbre que es fuente

del Derecho Internacional. La Convención no permite el apresamiento de un buque por Estado distinto del de su pabellón, por razón de migración en aguas libres —a diferencia de otros supuestos como la piratería o las transmisiones ilegales— ni que sea juzgado en Estado distinto de su pabellón. Únicamente permite el derecho de visita (1) si el buque es sospechoso de no tener nacionalidad (buque apátrida). La migración ilegal la contempla como uno de los casos de excepción al paso inocente (artículo 19.2, apartado g) de la Convención), y además una de las causas que habilitan al Estado ribereño para que en su zona contigua al mar territorial (otras 12 millas) pueda adoptar las medidas de fiscalización necesarias para: a) prevenir las infracciones de sus leyes en materia de inmigración que se cometan en su territorio o en su mar territorial, y b) sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial (artículo 33 de la Convención).

España también es parte en el Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire, hecho en Palermo en diciembre de 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

(1) El artículo 110 de la Convención de Montego Bay establece la procedencia del derecho de visita en caso de que el buque se dedique a la piratería, trata de esclavos, transmisiones no autorizadas o buque apátrida o con pabellón de conveniencia.

Este Protocolo, sin llegar a universalizar el delito, en el sentido de que cualquier Estado pudiera detener, apresar y juzgar a todo buque (fuera o no de su pabellón) que en aguas libres se dedicara a la migración ilegal, sí va a representar un avance en la tendencia hacia su internacionalización, adoptando entre otras medidas: la obligación a los Estados Parte de tipificar como delito en sus legislaciones internas diversas conductas relativas al tráfico ilícito de migrantes; medidas de prevención, información y cooperación entre los Estados tendentes a evitar y reprimir esos delitos; y medidas de protección, asistencia y repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito. Así mismo, posibilita la celebración de acuerdos bilaterales, regionales o arreglos operacionales en orden a la adopción de medidas más apropiadas y eficaces para prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes (artículo 17). Otras normas internacionales aplicables a esta materia son la Convención Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en la Mar, de 1974 (y su Protocolo Adicional de 1988), y la Convención Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo, de 1979.

En cuanto a la legislación interna, el ordenamiento español venía tipificando como delito el tráfico ilegal de inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal. Sin embargo, nuestra legislación no contemplaba este delito como universal, de modo que un buque sospechoso del delito de tráfico ilícito de inmigrantes no podía ser perseguido con las debidas cautelas y garantías y luego ser juzgado por cualquier Estado, una vez confirmadas las sospechas, cuando se detectase en aguas libres. En consecuencia, únicamente se podía actuar con consentimiento del Estado del pabellón del buque sospechoso, con la adopción de las medidas que este autorizara. Además, no podía ser juzgado en España, salvo que se tratara de buque de pabellón español o se acreditara, sin ningún género de dudas, que la procedencia o el destino del tráfico era España.

Desde la Armada española se venía proponiendo avanzar en la configuración universal de este delito de tráfico ilícito de migrantes, atendiendo a las necesidades que se venían presentando. Reclamaciones que tuvieron éxito y que llevaron a una nueva configuración del ordenamiento jurídico español en esta materia, llegándose a extender la jurisdicción española a la persecución del delito de tráfico ilícito de migrantes como un delito universal, con la modificación reciente del apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, por Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la migración clandestina de personas.

Con anterioridad a la reforma, la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, así como el Real Decreto 787/2007, de 15 de junio, que la desarrolla, van a atribuir de forma incuestionable y con carácter permanente competencias específicas a la Armada para la *vigilancia y seguridad* de los espacios marítimos como contribución a la acción del Estado en la

mar (artículos 13.3.b y 16.a de la Ley Orgánica, y disposición adicional única del Real Decreto) y para aquellas otras actividades destinadas a garantizar la soberanía e independencia de España y a proteger la vida de su población y sus intereses, con independencia de las funciones de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado u otros órganos de la Administración en las materias propias de sus competencias (artículo 16, apartados c) y e)). Asimismo, la citada competencia se recoge en la Orden DEF/3537/2003, de 10 de diciembre.

La Ley Orgánica 13/2007 modifica el artículo 23. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introduciendo el apartado g) que establece que la Jurisdicción española será competente para enjuiciar el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, cuando se cometan tanto en territorio nacional (incluidos buques y aeronaves españoles), como por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, cuando sean susceptibles de tipificarse como delito, según la Ley Penal española. Dicha Ley Orgánica 13/2007 tipifica este delito como universal y modifica los artículos 313 y 318 bis del Código Penal: en el primero va castigar como delito «promover o favorecer por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o a otro país de la Unión Europea»; en el segundo se castiga a quien «directa o indirectamente promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea».

Posteriormente, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, modifica el apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, afectando a la tradicional configuración del principio de universalidad de la jurisdicción española para conocer de determinados delitos entre los que se encuentra el referido de inmigración clandestina. Reforma que inicialmente pretendía evitar la extensión de la jurisdicción española a delitos que no guardaban conexión alguna con el Estado español, como ha ocurrido con la persecución iniciada por España de determinados delitos de genocidio (caso Pinochet, en el que en virtud del principio de jurisdicción universal reconocido en la legislación española se inició causa judicial por la Audiencia Nacional contra él por delitos de genocidio y otros delitos cometidos durante su régimen ante denuncias de víctimas y familiares de víctimas, si bien finalmente no fue entregado a las autoridades españolas, o el conocimiento por Tribunales españoles de crímenes cometidos por los regímenes militares en Guatemala, durante 1978 y 1986, o la investigación llevada a cabo en el caso Ruanda, entre otros), si bien dicha reforma se ha extendido a todos los delitos de persecución universal recogidos en el apartado 4, lo cual puede ser incluso objeto de crítica pues puede llegar a dificultar la persecución por España de otros delitos recogidos en el mismo apartado.

El principio de universalidad aparece configurado más restrictivamente (2) en el sentido de que sólo podrá perseguirse en España por este delito a los presuntos delincuentes si estos se encontraran presentes en España, si las víctimas fueran españolas o si concurriera algún vínculo de conexión relevante con España, y siempre que un tribunal internacional u otro «tribunal competente» no haya abierto una investigación sobre el asunto.

Las dos misiones que principalmente corresponden a la Armada en relación con la migración ilegal son las de rescate de vidas humanas (ayuda humanitaria) y la interceptación y detención de los buques sospechosos de realizar actividades de migración ilegal y de tráfico de seres humanos.

En cuanto a la primera, supone una obligación de la Armada prestar auxilio para intentar salvar vidas humanas, obligación impuesta en el artículo 98 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 1982, y en el artículo 10 del Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo. El artículo 195 del Código Penal tipifica el delito de omisión de socorro. Viene establecido como competencia de la Armada en el artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que establece como misiones de las Fuerzas Armadas, entre otras, el apoyo a las instituciones y organismos responsables de los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo, en las tareas de búsqueda y salvamento; y la colaboración con las diferentes administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente.

El segundo tipo de operaciones son las de interceptación para el control marítimo de la migración ilegal en alta mar, y las acciones derivadas, derechos de detención, visita, inspección y desembarco del personal transportado. En este sentido, el artículo 99 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar prohíbe expresamente la esclavitud, cuando establece que «todo Estado tomará medidas eficaces para impedir y castigar el transporte de esclavos en buques autorizados para enarbolar su pabellón y para impedir que

(2) Según la nueva redacción de este apartado será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española como tráfico ilegal o migración clandestina de personas, sean o no trabajadores. Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.



Buque de desembarco *Pizarro*, que ha intervenido en la Operación FRONTEX.

con ese propósito se use ilegalmente su pabellón. Todo esclavo que se refugie en un buque, sea cual fuere su pabellón, quedará libre *ipso facto*».

Este tipo de operaciones se sustenta en el ya citado artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional, que establece como misiones de las Fuerzas Armadas, entre otras, la vigilancia de los espacios marítimos como contribución a la acción del Estado en la mar. Además, el artículo 23.4, apartado g) configura como delito universal el tráfico ilegal o migración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

Por otra parte, el comandante de un buque español está obligado a detener a los responsables del delito de migración ilegal en caso de comisión del mismo *in fraganti*, exigencia impuesta por el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En caso de detención en la mar de estos delincuentes *in fraganti* surge para el comandante del buque una serie de problemas derivados de la situación en que se realiza la detención y traslado del detenido, que como tienen lugar a bordo de un buque, conllevan necesariamente una serie de limitaciones en cuanto al régimen de vida. Incluso es muy posible que el buque se encuentre lejos de cualquier puerto. Nos referimos a los derechos fundamentales de libertad y seguridad del detenido (artículo 17 de la Constitución española y

garantías del artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) (3) y el respeto a la integridad y dignidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución), que en todo caso deben ser garantizados y respetados a bordo del buque; de lo contrario el comandante del buque incurriría en un delito de detención ilegal. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades de una detención en la mar, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han introducido una serie de limitaciones en cuanto al ejercicio de estos derechos fundamentales, entendiendo que los miembros de la Armada realizan un traslado de los detenidos y sus funciones son capturar los barcos y detener a los responsables, bastando para no atentar a este derecho fundamental con que la detención quede bajo supervisión judicial, poniendo a los detenidos bajo control y decisión del órgano judicial competente dentro del plazo máximo exigido por la ley (STC 21/1997, de 10 de febrero de 1997).

Por ello debe existir una conexión constante entre el comandante del buque y el órgano judicial (en este caso es competente la Audiencia Nacional según el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, correspondiendo la instrucción a sus juzgados centrales), lo cual requiere la formación adecuada de los comandantes y dotaciones a los buques de la Armada en funciones de vigilancia, y el establecimiento de mecanismos directos, ágiles e inmediatos, de comunicación recíproca con la autoridad judicial competente en orden a contar con su amparo, pudiéndose en consecuencia alargar la detención en el tiempo sin perjuicio de otros mecanismos operativos como la utilización de medios de transporte más rápidos para el traslado de los detenidos (por ejemplo, helicópteros).

Asimismo, la Armada debe colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, recomendación que ha sido exigida en diversos textos normativos de nuestro Ordenamiento Jurídico (artículos 15.3 y 16, c) y e) de la LO 5/2005; artículo 4 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; y cuando se trate de actuaciones ordenadas por órganos judiciales o fiscales, el artículo 118 de la Constitución y el artículo 34.2 de la LO 2/1986). En esta línea se encuentra la Instrucción Permanente de Opera-

(3) Son derechos del detenido que el plazo de detención no dure más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y que, en todo caso, en el plazo máximo de las 72 horas el detenido debe ser puesto en libertad o a disposición judicial; el derecho a ser informado inmediatamente y de modo comprensible de sus derechos y de las razones de la detención; derecho a no ser obligado a declarar; derecho a la asistencia letrada; derecho a poder comunicar a un familiar o allegado la detención y lugar donde se encuentra; derecho a asistencia por un intérprete; derecho a instar el *habeas corpus* en caso de que se considere ilegalmente detenido.

Derechos que lógicamente en la mar y a bordo de un barco no pueden ser inmediatamente satisfechos, pero que por las peculiares circunstancias derivadas del hecho de hallarse en un barco no pueden implicar su inobservancia.

ciones IPO 23/2009 del Estado Mayor de la Armada sobre «Normas de actuación para Comandantes de Buques y de Agrupaciones ante delitos flagrantes en la Mar», que dicta y rige la actuación de éstos cuando tengan constancia de la comisión de un delito flagrante de migración ilegal en la mar.

Y hemos de referirnos a la operación FRONTEX para el control de migraciones humanas en aguas de la Unión Europea e internacionales en el Mediterráneo con dos tipos de misiones: las de rescate y las de interceptación de buques sospechosos de realizar actividades de emigración ilegal y tráfico de seres humanos.

Respecto de la operación ATALANTA para la represión de la piratería en el golfo de Adén, en la que actualmente se encuentran participando buques de la Armada española en base a la Acción Común 2008/851/PESC del Consejo de la Unión Europea, los buques participantes en dicha operación que detecten actividades de inmigración clandestina frente a las costas de Somalia no podrán apresar a los responsables ni realizar actividad de represión ni persecución alguna, salvo la ya referida obligación de auxilio de vidas humanas en caso de que éstas se encuentren en riesgo, limitándose esta operación a la contribución a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y de robo a mano armada en las costas de Somalia.

Conclusiones

En conclusión, España es parte en el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, y en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire hecho en Palermo, en diciembre 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, ratificado por Instrumento de 21 de febrero de 2002, textos que obligan a los Estados Parte a tipificar como delito en sus legislaciones internas diversas conductas relativas al tráfico ilícito de migrantes.

En España la inmigración clandestina aparece tipificada como delito en los artículos 313 y 318 bis del Código Penal desde la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, que también introduce el principio de jurisdicción universal en relación al delito de inmigración clandestina (artículo 23.4.g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de forma que España pueda perseguir fuera de sus fronteras estos delitos cuando sean cometidos por españoles o extranjeros, con los condicionantes recientemente introducidos por la reforma de la Ley Orgánica 13/2007.

Las dos principales misiones de la Armada española en relación con la inmigración clandestina son la de rescate de vidas humanas y la de interceptación y detención de buques sospechosos de realizar estas actividades.

El comandante de un buque viene obligado a actuar en caso de que se esté cometiendo un delito flagrante de migración clandestina en la mar, debiendo detener al delincuente o delincuentes, exigencia impuesta por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por la IPO 23/2009 sobre «Normas de actuación para Comandantes de Buques y de Agrupaciones ante delitos flagrantes en la Mar», en la que se dan las normas de actuación a este respecto.

En cuanto a las exigencias constitucionales y garantías de toda persona detenida que se encuentra a bordo de un barco, hay que tener en cuenta las matizaciones introducidas por el Tribunal Constitucional debido a las limitaciones derivadas de la vida en un barco y la imposibilidad física de puesta a disposición judicial del detenido en la mayoría de los casos de una forma inmediata o siquiera rápida, que obligan a un control judicial de la detención, suponiendo ello la exigencia de un contacto fluido y permanente entre el comandante del barco y el órgano judicial.



BIBLIOGRAFÍA

- Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.
 Artículo 23.4, apartado g) de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, de 1 de junio.
 Artículos 313 y 318 bis del Código Penal de 1995.
 Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire hecho en Palermo, en diciembre 2000.
 Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, y el Real Decreto 787/2007, de 15 de junio, que la desarrolla.
 Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.
 SCOVAZZI, Tullio: *Elementos de Derecho Internacional del Mar*. Edición española a cargo de Valentín Bou Franch, Editorial TECNOS, Madrid 1995.