

PIRATERÍA EN EL MAR Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS DE LA PIRATERÍA*

*Zlata Drnas de Clément***

INTRODUCCIÓN

La piratería en el mar es uno de los más antiguos delitos-crímenes del derecho internacional¹⁻², habiéndose incrementado ese tipo de hechos notoriamente en el último decenio³. A pesar de ello, no se ha hallado solución jurídica integral para este flagelo. Se ha señalado que el “negocio” de la piratería es muy lucrativo y sus costos son relativamente bajos ya que, frecuentemente, los Estados no juzgan ni sancionan a los atacantes⁴.

*Trabajo publicado en URBINA, J. –PONTE IGLESIAS, T. *Protección de intereses colectivos en el Derecho del Mar y Cooperación Internacional*, Iustel, ISBN 978-84-9890-208-2, 2012, pp. 289-231.

** Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina y de la Universidad Católica de Córdoba-Argentina. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ En la doctrina, la piratería internacional en el plano internacional ha recibido distintas designaciones, entre ellas “piratería *jure gentium*”, “piratería general”, “piratería tal como ha sido definida por el derecho de las naciones”, “crimen internacional de piratería”, siendo definida por la Max Plank Encyclopedia of Public International Law de modo amplio: “Piracy is an act of robbery, or other act of violence or depredation, committed at sea, otherwise than in war, launched from one vessel to another, and committed for the purpose of private gain. It is the first crime to have been recognized as a crime against international law and subject to universal jurisdiction” (SHEARER, I., obtenible en www.mpepil.com). La definición de piratería contenida en art. 101 de la CNUDM (V. Nota 58) es más restringida, ya que considera piratería sólo a los actos de violencia cometidos en alta mar. Hechos equivalentes a los de la piratería en alta mar pero cometidos en aguas jurisdiccionales de un Estado, en consecuencia no cabe designarlos como actos de piratería, sino “robo armado en el mar” o “robo armado contra buques”. La Organización Marítima Internacional (OMI) -de modo similar al Convenio para la Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (SUA Convention, 1988)- ha definido a esos crímenes de modo amplio incluyendo los actos ilegales de violencia o detención o cualquier acto de depredación o amenaza cometido con fines privados directamente contra un buque o personas o bienes sobre un buque, incluyendo a los actos cometidos dentro de las aguas interiores, archipelágicas o mar territorial, como también cualquier acto de incitación o facilitación intencionales de un acto de la naturaleza descrita (IMO, *Code of Practice for the Investigation of Crimes of Piracy and Armed Robbery Against Ships*, Annex 1 2.2.1, IMO Assemb. Res. A. 1025 (26) (Dec. 2, 2009). V. BENTO, L. “Toward an International Law of Piracy *Sui Generis*: How the Dual Nature of Maritime Piracy Law Enables Piracy to Flourish”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29 -2 (2011). No consideramos en esta oportunidad las diferencias existentes entre piratas independientes y los instituidos por Estados mediante patentes de corso con fines militares y políticos, atento a que la Declaración de París sobre Derecho Marítimo de 1856, abolió el corso.

² Ya los romanos consideraron a los piratas “hostis humanis generis”, reservándose las autoridades del imperio el derecho a capturar y ejecutar sumariamente a los piratas (V. CICERO, M.T. *De officiis* 3. 29, 107).

³ Según informe de la OMI entre julio de 2002 y diciembre de 2010 se han producido 5.667 actos de piratería y robo armado contra buques. V. IMO (2010) *Reports On Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships*, (<http://www.imo.org/OurWork/Security/PiracyArmedRobbery/Pages/PirateReports.aspx>). Debe tenerse en cuenta que la OMI únicamente informa sobre los casos reportados, los que son sólo una parte de los hechos acontecidos.

⁴ WOLFRUM, R. *Fighting Terrorism at Sea* (www.virginia.edu/copl/Wolfrum-Doherty-Lecture-Terrorism-at-Sea.pdf) (V. asimismo, DUTTON, Y.M. “Bringing Pirates to Justice: A Case for Including Piracy within the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Chicago Journal of International Law* (2010-2011).

La piratería había declinado en el mundo en el siglo XX. Sin embargo, a partir de 2002 fue retomando fuerzas, especialmente, en zonas próximas al Cuerno de África⁵. Se estima que cerca de 16.000 buques pasan por el Canal de Suez cada año y 22.000 por el Golfo de Aden⁶. Direk ha señalado que la “industria” de la piratería alcanzó 30 millones de dólares en 2006 pero trepó a 150 millones en 2009⁷. Conforme a diferentes reportes⁸, entre agosto de 2008 y septiembre de 2009, 343 personas sospechadas de piratería fueron capturadas, desarmadas y dejadas libres, mientras 212 fueron retenidas para su juzgamiento. Las fuerzas navales de la Unión Europea dejaron en libertad a 235 de 275 piratas capturados entre marzo y abril de 2010⁹. Entre enero y septiembre de 2010 los piratas capturaron más de 30 buques y -sólo en la zona de acción somalí- en ese año, 1090 personas fueron tomadas como rehenes¹⁰. La Organización Marítima Internacional informa que en 2011 (hasta el 25 de septiembre) se han llevado a cabo 344 actos de piratería. El costo anual económico de la piratería fue estimado en 12 billones de dólares para 2011, sin contar el incalculable valor de las vidas humanas¹¹. Es de observar que, en numerosos casos -tal como lo señaláramos precedentemente-, los piratas apresados sólo fueron requeridos de dejar libres a sus rehenes.

Generalmente, los piratas se mueven en pequeños barcos poco observables y, en el mejor de los casos, roban la carga y bienes de los pasajeros. En casos más graves, matan a pasajeros y/o tripulación (“dead men tell no tales”) con clara manifestación de desprecio

⁵ Si bien los actos de piratería no sólo se cometen en esa zona sino también en otras, como el Océano Índico Occidental, el Golfo de Guinea, el Sur de China, el Delta del Níger, el Caribe, Perú, Venezuela, Brasil, etc., los actos cometidos fuera de la jurisdicción de Somalia entre el Golfo de Adén y el Océano Índico son el fenómeno más preocupante en el último tiempo, en tanto, de conformidad a la OMI el 92% de los secuestros realizados en 2009 eran adjudicables a Somalia (29 buques, 1.016 tripulantes tomados como rehenes). La zona abarca cerca de un millón millas náuticas cuadradas lo que torna difícil el patrullaje por parte de las fuerzas navales de los Estados (V. ICC IMB *Reports Unprecedented Rise in Maritime Hijackings* (2009), <http://www.icc-ccs.org/news/332-imb-reports-unprecedented-rise-in-maritime-hijackings>). Se ha señalado que, mientras en 2000 sólo se producían 22 actos de piratería en Somalia-Golfo de Aden contra el total de 447 en todo el mundo, en 2009 los actos en Somalia-Golfo de Aden alcanzaron la cifra de 217 actos contra el total mundial de 189 (V. *Maritime Piracy*, 2009, http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/9.Maritime_piracy.pdf).

⁶ NANDA, P. “How can International law and policy address this growing global menace? *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, Vol. 39- 2 (2011), p. 177.

⁷ DIREK, O.F.- HAMILTON, M.D.A.- OPENSHAW, K.S.- TERRY, P. C.R. “Somalia and the Problem of Piracy in International Law”, *USAK Yearbook*, 2011, Vol. 4, pp 223 y ss.

⁸ V. ETZIONI, A. “Somali Pirates: An Expansive Interpretation of Human Rights”, *Texas Law Review & Politics*, Vol. 15, pp. 15 y ss. (en part. p. 45). V. asimismo “Piracy Reporting Centre of the Commercial Crime Service” of the International Maritime Bureau (www.icc-ccs.org).

⁹ WHITLOCK, C. *Lack of Prosecution Poses Challenge for Foreign Navies that Capture Pirates*, Wash. Post, May 24, 2010, at A8, (<http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2010/05/23/AR2010052303893.html>).

¹⁰ V. THE ONE EARTH FUTURE FOUNDATION *Report “The Human Cost of Somali Piracy”*, Chatham House, London, 6th. June 2011; GUILFOILE, D. “Piracy off Somalia: UN Security Council Resolution 1816 and IMO Regional Counter Piracy Efforts”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57-3, 2008, p. 691; KONTOROVICH, E. “International Legal Responses to Piracy off the Coast of Somalia”, *ASIL Insights*, Vol. 13-2, 6 de febrero de 2009, p. 266. MIDDLETON, R “Threatening global trade, feeding local wars”, *Briefing Paper (X.2008)*, Chatham House (www.chathamhouse.org.uk).

¹¹ V. para ampliar referencia a cifras y causas v. ODEKE, A. “Somali piracy - effects on oceanborne commerce and regional security and challenges to International law and World order”, *A&NZ Mar LJ*, Vol. 25 (2011) p.134 y ss. (obtenible en <https://maritimejournal.murdoch.edu.au/index.php/maritimejournal/article/viewFile/149/196>).

por la vida humana. En crecientes casos toman a tripulación o pasajeros como rehenes para el cobro de rescates. A menudo, los piratas se hacen pasar por oficiales aduaneros de Estados costeros próximos. Es común que el buque y la carga desaparezcan definitivamente o reaparezcan bajo otra identidad¹².

Los efectos de la piratería trascienden al grave daño a las personas y bienes particulares involucrados en los distintos casos, afectando severamente, y en general, a la navegación marítima, al transporte de mercaderías, al turismo¹³.

Quienes minimizan las cifras y tratan de justificar la acción de los piratas suelen recordar que en la Guerra del Congo (1998-2003) murieron 5,4 millones de personas; que en 2009 1.8 millones de personas murieron de sida, dimensión ajena al ilícito de la piratería pero que busca hacer percibir una guerra de ricos contra pobres, mientras la piratería vendría a equilibrar la relación mediante una ‘guerra’ de pobres contra ricos. Además, suelen recordar que en Somalia numerosos pescadores se vieron despojados de su derecho a pescar por la sobreexplotación pesquera ilícita de embarcaciones extranjeras en sus aguas jurisdiccionales (buques frecuentemente fuertemente armados con seudo “licencia” de líderes locales), lo que habría sido –bajo esta explicación causal- el elemento determinante que los llevó a transformarse en piratas. También, han señalado que el vertimiento de desechos tóxicos desde la década de los ‘90 del siglo pasado en sus costas ha privado a la población de su recurso pesquero, llevando a los somalíes pobres a aprovechar sus conocimientos de esos mares y tomar la piratería como medio de supervivencia¹⁴.

La mayoría de los trabajos que hemos consultado -por no decir “todos”- sólo han mostrado preocupación por la protección de los derechos humanos de los piratas¹⁵. En esta presentación nos limitaremos a considerar algunos aspectos vinculados a la protección internacional de los derechos humanos desde la dimensión de la protección de las víctimas de la piratería.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. PERSPECTIVA DE LAS VÍCTIMAS DE PIRATERÍA

Desde esta enfoque, miles de empleados, tripulantes, navegantes, turistas, comerciantes, profesionales, en buques privados, navegando pacíficamente por los mares en conformidad con las normas internacionales aplicables en el mar -incluso a veces llevando desinteresada y humanitariamente ayuda, medicinas, alimentos, elementos de auxilio para situaciones de crisis, guerra o catástrofes- fueron privados de su libertad, violentamente agredidos, tomados como rehenes (por meses e incluso años), torturados física y psicológicamente, heridos o muertos por piratas, mientras que los bienes que

¹² SHEARER, I. Max Planck Encyclopedia of Public International Law (www.mpepil.com).

¹³ Los actos cometidos por los piratas también conllevan características de crimen organizado. La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, en su art. 2.a) establece: “(p)or ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

¹⁴ V. Nota 10.

¹⁵ V. *i.a.* CHALK, P. “Piracy Off the Horn of Africa: Scope, Dimensions, Causes and Responses”, *The Brown Journal of World Affairs*, Volume XVI, issue II, spring/summer 2010.

transportaban fueron ilegítimamente apropiados o destruidos por ese tipo de bandas asaltantes. En muchos casos, las reparaciones que han recibido los agredidos o sus causahabientes han sido dependientes de instancia privada, débiles, extemporáneas o insuficientes¹⁶. No conocemos caso alguno de víctima de piratería en el que se haya reclamado por violación a sus derechos humanos por política de Estados que se niegan a juzgar a piratas apresados, por violaciones a los derechos humanos por parte de piratas contra personas bajo la jurisdicción de un Estado cómplice o tolerante (actos de robo armado en aguas jurisdiccionales de un Estado o actos de piratería en alta mar bajo jurisdicción del Estado del pabellón), la denegación de la protección diplomática a nacionales agredidos en alta mar por piratas organizados que cometen actos tortura, crueles, inhumanos (en algunos casos, verdaderos crímenes de lesa humanidad)¹⁷. Estados que no adoptan medidas de cooperación efectivas para evitar que la piratería se expanda, Organizaciones intergubernamentales de carácter universal, regional o subregional que con su comportamiento dubitativo, dilatorio o inefectivo facilitan la comisión de actos de piratería y violaciones a los derechos humanos.

Surge la pregunta sobre qué rol frente a las víctimas tiene el Estado del pabellón del buque asaltado, el Estado de la jurisdicción territorial (en el caso de robo a mano armada en aguas jurisdiccionales), el Estado de la nacionalidad de las víctimas, terceros Estados y otros entes (intergubernamentales o no gubernamentales). Debe tenerse en cuenta que los convenios internacionales sobre Derechos Humanos, Derecho Humanitario y Derecho del Mar consagran normas que, por su naturaleza y/o por el número de Estados Partes en las

¹⁶ Un informe de prensa del Gobierno de Nueva Zelanda Press Release: New Zealand Government, 20 de diciembre de 2005 (<http://www.scoop.co.nz/stories/PA0512/S00307.htm> consultado el 10 de diciembre de 2011) hace presente que, generalmente, los piratas -en derecho interno- son sentenciados a un período carcelario durante el cual no están en condiciones de responder a las reclamaciones de las víctimas, si bien señala que en 2005 las víctimas de piratería han recibido más de 13 millones de dólares en 18,362 casos. (Con relación a reparaciones a ciudadanos estadounidenses v. <http://www.smslegal.com/blog/what-is-maritime-piracy-and-can-you-file-a-claim-as-a-result-of-it>).

¹⁷ Es de observar que Rosalyn Higgins, en su modelo de derecho internacional como “decisión-making process”, considera que no hay lugar para hablar de “sujetos” u “objetos” de Derecho internacional sino solo de “participantes”, lo que abarca a los Estados, a las Organizaciones internacionales, al individuo, a las corporaciones multinacionales, a los grupos privados no gubernamentales, etc. (*Problems and Process: International Law and How to Use It*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 49-50). Por su parte Theodor Meron (*The humanization of International Law*, Vol. 3, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005, pp. 316-317), recordando a Hersch Lauterpacht, a Robert Jennings y Arthur Watts destaca que actores no estatales, como los individuos y las compañías privadas, en ciertas esferas –insurgencia, responsabilidad internacional criminal, piratería, refugiados, derechos humanos- entran en relación directa internacional con los Estados. Esta posición ha sido sostenida por Westlake (*Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1894, 2) y Kelsen (*Principles of International Law*, 2nd. ed., Holt, Reinhart and Winston, New York, 1966, pp.203-205). Cassese entiende que son controvertidas las posiciones que colocan al pirata como sometido directamente a las normas internacionales o indirectamente a través del sistema jurídico nacional. Similar posición había sostenido Anzilotti, quien entendía que las normas internacionales sólo obligaban a los Estados a condenar la piratería en sus legislaciones nacionales y al mismo tiempo “autorizar” a sus funcionarios a arrestar, perseguir y castigar a los piratas (“L’azione individuale contraria al diritto internazionale”, *Rivista di Diritto internzaionale e legislacione comparata*, 1992, pp. 8-13) (V. CASSESE, A. *International Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2005, pp. 143-144, 216). Por nuestra parte, en este trabajo, nos situamos en la responsabilidad individual penal del pirata (sanción penal y resarcimiento civil) conexo al derecho de las víctimas, en tanto ellas han sufrido *in capita* el daño a la comunidad internacional por actos hostiles al género humano. Nos preocupa el rol de los Estados a la hora de respetar y garantizar -y de hacer respetar y garantizar- los derechos humanos de las víctimas de la piratería en los mares.

Convenciones, son oponibles *erga omnes* e incluso, en ciertos casos, algunas violaciones a esas normas, implican violaciones a normas de *jus cogens*¹⁸.

Rol de los Estados frente a las víctimas de piratería

Estado de la jurisdicción territorial

Bien sabido es que los Estados ejercen jurisdicción plena sobre su mar territorial. Tal como lo señaláramos precedentemente, la piratería -en el marco de la CNUDM- sólo puede darse en alta mar. Actos equivalentes a los de la piratería en aguas jurisdiccionales de un Estado se denominan *i.a.* “robo armado en el mar”¹⁹.

El Convenio para la Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (SUA 1988), promovido por la Organización Marítima Internacional (OMI/IMO), primariamente dirigido a reprimir el terrorismo como respuesta al incidente del *Achille Lauro* (1985), no caracteriza a la piratería por el motivo de la acción, como tampoco por el área marítima de su perpetración (a diferencia de la CNUDM)²⁰. El Convenio (SUA1988),

¹⁸ Situación que conlleva la responsabilidad internacional directa de los individuos y ha llevado a algunos doctrinarios a entender que los piratas y asaltantes deben ser juzgados por la Corte Penal Internacional CPI (*v. infra*), la que no sólo tiene jurisdicción por hechos cometidos en tiempos de conflicto armado sino, también, en tiempos de paz. Debe tenerse en cuenta que el art. 75 del Estatuto de la CPI establece: “Artículo 75 Reparación a las víctimas 1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda. 2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79. 3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre. 4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 93. 5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo. 6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.” (V. DUTTON, Y.M. “Bringing Pirates to Justice (...)”, *ob.cit.*, pp. 200 y ss.

¹⁹ V. *supra* Nota 1.

²⁰ SUA 1988. “Artículo 3. 1 Comete delito toda persona que ilícita e intencionadamente: a) se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; o b) realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque; o c) destruya un buque o cause daños a un buque o a su carga que puedan poner en peligro la navegación segura de ese buque; o d) coloque o haga colocar en un buque, por cualquier medio, un artefacto o una sustancia que pueda destruir el buque, o causar daños al buque o a su carga que pongan o puedan poner en peligro la navegación segura del buque; o e) destruya o cause daños importantes en las instalaciones y servicios de navegación marítima o entorpezca gravemente su funcionamiento, si cualquiera de tales actos puede poner en peligro la navegación segura de un buque; o f) difunda información a sabiendas de que es falsa, poniendo así en peligro la navegación segura de un buque; o g) lesione o mate a cualquier persona, en relación con la comisión o la tentativa de comisión de

en su parte preambular, relaciona a la piratería con la paz y seguridad internacionales, con los derechos humanos, con la seguridad de las personas, expresando en sus para. 1, 2 y 4, respectivamente: “*Teniendo presentes* los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y al fomento de las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, *Reconociendo* en particular que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, como se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”²¹. “*Considerando* que los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima comprometen la seguridad de las personas y de los bienes, afectan gravemente a la explotación de los servicios marítimos y socavan la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la navegación marítima”. El Art. 6.1.b). del referido Convenio dispone que: “6. 1. Cada Estado Parte tomará²² las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 3 cuando el delito sea cometido: (...) b) en el territorio de ese Estado, incluido su mar territorial”. Por otra parte en el art. 5 dispone: “Cada Estado se obliga a establecer para los delitos enunciados en el artículo 3 penas adecuadas en las que se tenga en cuenta la naturaleza grave de dichos delitos”. El art. 13 dispone: “1 Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos enunciados en el artículo 3, en particular: a) adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de dichos delitos, tanto dentro como fuera de ellos (...)”²³.

Nos detendremos en el caso de Somalia por ser el ámbito de mayor expansión de la piratería en estos últimos años. Se ha solido relacionar el gran incremento de la piratería en las costas de Somalia con la condición de Estado fallido, carente de un gobierno central capaz de ejercer el control efectivo sobre su territorio y mantener el orden interno²⁴. El hecho de haber tendido en las dos últimas décadas catorce gobiernos a partir de la rebelión contra Barre Siad (1991), que llevó a la guerra civil extendida por décadas y el que la unidad del país y su orden institucional no se respeten, torna ilusorio todo control estatal sobre sus aguas jurisdiccionales, menos aun sobre buques de su bandera en alta mar. Por ejemplo Puntland (región noreste de Somalia que ocupa la tercera parte del territorio del Estado y la tercera parte de su población) se ha declarado estado autónomo en 1998. A pesar de la colaboración formalizada de Puntland con los EE.UU. y la OTAN, se ha

cualquiera de los delitos enunciados en los apartados a) a f)”. Más aún, en el punto 2 del mismo artículo, extiende el tipo del delito, al establecer: “2 También comete delito toda persona que: a) intente cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1; o b) induzca a cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1, perpetrados por cualquier persona, o sea de otro modo cómplice de la persona que comete tal delito; o c) amenace con cometer, formulando o no una condición, de conformidad con lo dispuesto en la legislación interna, con ánimo de obligar a una persona física o jurídica a ejecutar un acto o a abstenerse de ejecutarlo, cualquiera de los delitos enunciados en los apartados b), c) y e) del párrafo 1, si la amenaza puede poner en peligro la navegación segura del buque de que se trate”.

²¹ Esta redacción reitera en forma textual parte del preámbulo de la Convención sobre Toma de Rehenes de 1979.

²² Obsérvese el tiempo verbal utilizado.

²³ Debe tenerse en cuenta que suele señalarse que el Convenio rige entre Partes en tanto no constituye norma consuetudinaria de carácter general (a diferencia de las disposiciones de la CNUDM en materia de piratería), sin embargo, al 31 de enero de 2012, el Convenio de 1988 ha contado con 158 Estados Parte, los que representan el 94,66 % del tonelaje mundial. Los protocolos de 2005, si bien entrados en vigor el 28 de julio de 2010, sólo cuentan con una veintena de ratificaciones que apenas alcanzan el 30 % del tonelaje general.

²⁴ V. TOTTEN, Ch. - BERNAL, M. “Somali piracy: Jurisdictional issues, enforcement problems and potential solutions”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 41, p. 377 y ss.

sugerido que el Presidente de Puntland, Mohamud Muse Hersi, ha estado recibiendo dinero de piratas, mayoritariamente conocidos como shiftas (bandidos, rebeldes, fuera de la ley desde el siglo XIX cuando combatían a colonizadores británicos, luego a italianos, con tradición miliciana e implacable trato)²⁵. Agrava la situación, al dificultar los controles, el hecho de que Somalia tenga 3.300 Km. de costa frente al Golfo de Aden.

Tal como lo señala el Juez David Steel, “Somalia es un Estado fallido, sin gobierno efectivo, sin capacidad para hacer cumplir sus leyes”²⁶. “Esa debilidad complica los intentos de combatir la piratería por medios diplomáticos”²⁷. Debe tenerse presente que, por ejemplo, el presidente electo de Somalia Sheikh Sharif Sheekh Ahmed –islamita moderado- debió jurar su cargo en Djibouti (enero de 2009) por razones de seguridad y para permitir la presencia de funcionarios internacionales sin mayores riesgos, atento a que islamistas radicales habían tomado el Parlamento y el palacio presidencial somalíes. Debe tenerse en cuenta que la doctrina es conteste en que, para que exista un Estado, deben darse tres elementos: territorio, población y gobierno, entendiendo a este último como organización que se gobierna plenamente a sí misma y está unida por un ordenamiento jurídico efectivo. A Somalia le falta desde hace décadas una población sujeta al imperio del Estado. Somalia ha perdido su autogobierno y tiene una soberanía aparente. En tal sentido Verdross ha hecho presente que de perdurar esa situación “dejan de ser sujetos del Derecho internacional”²⁸. Ello, con más razón cuando Somalia carece de un ordenamiento acatado por la población o de una capacidad para imponer el orden jurídico a los que infringen sus normas y carece de entidad para observar y hacer observar las normas internacionales²⁹.

Llama la atención que las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CS) participen en el juego inconducente de dar por supuesta la subsistencia de un Estado en los hechos inexistente, que haya párrafos en contradicción *inter se* en la resolución del Consejo, que se impongan condiciones para la represión de esos crímenes en alta mar. Por ejemplo, la Res. 1816 (2008) -al igual que resoluciones anteriores sobre Somalia- expresan: “Reafirmando su respeto de la soberanía, la integridad territorial, la independencia política y la unidad de Somalia”, sin embargo, en párrafo seguido, la referida resolución agrega: “Teniendo en cuenta la situación crítica reinante en Somalia y la falta de capacidad del Gobierno Federal de Transición (GFT) para interceptar a los piratas o patrullar y asegurar las rutas marítimas internacionales frente a la costa de Somalia o las aguas territoriales de Somalia”, reconociendo con ello la falta de un gobierno efectivo (elemento esencial para la existencia de un Estado). Además, en la parte dispositiva, expresa que “actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas” (amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión internacionales), “1.

²⁵ También se ha relacionado a los piratas con las actividades terroristas de movimientos islamistas rebeldes o terroristas como Al-Shabaab, Hizbul Islam.

²⁶ Case *Masefield AG v. Amlin Corporate Member Ltd.* [2010] EWHC (Comm) 280 [12] [Eng.].

²⁷ Masefield, EWHC 280,1 13: "The absence of any national administration [in Somalia] means that any attempt to intervene by diplomatic means is fraught with difficulty."

²⁸ VERDORSS, A. *Derecho Internacional Público*, Aguilar, tercera reimpresión, Madrid, 1982, 178-180.

²⁹ Benedetto Conforti, con relación a la Res. 1816 (2008) del CdeS expresa:“(…) d’autre part le Gouvernement provisoire de la Somalie qui ne contrôle rien, et dont la capacité internationale d’agir peut donc être niée) a donné son accord. Si ce que je viens de dire est vraie, soit l’intervention du Conseil soit l’accord du Gouvernement peuvent être considérés comme pléonastiques ». (Cf. CONFORTI, B. “Quelques réflexions sur la dimension fonctionnelle du pouvoir étatique dans les espaces maritimes », en CASADO RAIGÓN - CATALDI *L’évolution de l’état actuel du droit international de la mer. Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p.155.

Condena y deplora todos los actos de piratería y robo a mano armada contra buques en las aguas territoriales y en alta mar frente a la costa de Somalia”; “7. Decide que, durante un período de seis meses a partir de la fecha de la presente resolución, los Estados que cooperen con el Gobierno Transicional de Somalia (GFT según su sigla en inglés) en la lucha contra la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a la costa de Somalia, previo aviso del GFT al Secretario General, podrán: a) Entrar en las aguas territoriales de Somalia con el fin de reprimir actos de piratería y robo a mano armada en el mar, en forma compatible con las acciones de esa índole permitidas en alta mar respecto de la piratería con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional; y b) Usar, en las aguas territoriales de Somalia, en forma compatible con las acciones permitidas en alta mar respecto de la piratería con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional, todos los medios necesarios para reprimir los actos de piratería y robo a mano armada”. Llama la atención la debilidad y vacuidad de la resolución del Consejo ya que “condenar y deplorar” es manifestación superflua: ¿acaso podría “apoyar y congratularse” de esos actos, especialmente, teniendo en cuenta que por esos actos adopta una resolución en el marco del Capítulo VII de la Carta³⁰? Además, las presuntas facultades que otorga el CdeS a los Estados no son tales. La condición puesta a los Estados de actuar en cooperación con el Gobierno Transicional de Somalia los limita a idéntica situación a la que existiría de no haberse dictado la resolución. Más aún, impone una traba a los derechos jurisdiccionales de las autoridades de Somalia en lo que hace a sus capacidades soberanas (debe tenerse en cuenta que en la misma resolución ha expresado que reafirma la soberanía de Somalia) al requerirle el previo aviso al CdeS para la realización de actos que son propios de un Estado soberano y que le son permitidos en virtud de su condición soberana, por el Derecho internacional.

No nos detenemos en este tópico en las otras resoluciones del CdeS relativas a la situación de la piratería somalí ya que en nada aportan a la consideración de la condición jurídica efectiva de ese país en el concierto internacional.

No consideramos necesario detallar las obligaciones que el Estado somalí tiene -al igual que otros Estados que toleran y facilitan la piratería- de conformidad a los convenios internacionales en materia de derechos humanos de los que es parte. Ello más allá del peso consuetudinario de numerosos dispositivos de los mismos y otros instrumentos internacionales.

Estado del pabellón

En alta mar y zonas fuera de la jurisdicción nacional el Estado del pabellón es quien tiene la obligación de hacer cumplir en sus navíos las normas nacionales e internacionales vigentes en su país (incluidas la relativas a derechos humanos) en tanto los buques *per se* no son sujetos del derecho.

La Convención de Naciones Unidas sobre Derecho de Mar (CNUDM) establece que todos los Estados tienen el derecho de que los buques que enarbolan su pabellón naveguen

³⁰ Bien señala Tullio Treves que la autorización del Gobierno de Transición Somalí aparece innecesaria en la resolución adoptada en el marco del Cap. VII de la Carta, TREVES, T. “Law of the sea, and use of the force: Developments off the Coast of Somalia”, *The European Journal of International Law*, Vol. 20:2 (2009), p. 399.

en alta mar, debiendo existir una relación auténtica entre el Estado y el buque. Esos buques están sometidos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado³¹.

La dificultad surge cuando se tiene en cuenta que la relación auténtica entre Estado y buque frecuentemente no es real, ya que la mayoría de los buques llevan la bandera de relativamente pocos Estados, no siendo la bandera indicativa de la nacionalidad de los dueños de la embarcación, de la de sus tripulantes, de sus pasajeros, de su carga. En 2009 sólo 10 registros representaban el 55 por ciento de tonelaje total de la navegación mercantil mundial³². Esa situación se acerca al simulacro de soberanía que encontramos en el punto anterior con relación al estado fallido de Somalia.

Cuando nos referimos a este tópico no pensamos en el apresamiento del buque pirata, el que puede ser llevado adelante por buques militares u oficiales de cualquier Estado, tal como lo señala el art. 107 de la CNUDM, sino en las reclamaciones que puede entablar la víctima de piratería por no haber ejercido efectivamente el Estado del pabellón su jurisdicción sobre el buque de su bandera atacado en alta mar, por no haber adoptado medidas adecuadas para preservar la seguridad física de las personas a bordo y la de sus bienes (art. 94 de la CNUDM)³³. Debemos tener en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado del poder extraterritorial de los Estados (espacios controlados por el Estado) en ámbitos tales como embajadas, buques o aeronaves de su bandera. En similar sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁴, si bien, estos organismos lo han hecho para proteger los derechos humanos del criminal frente a violaciones de los Estados intervinientes, nada obsta a que las reclamaciones provengan de la víctima de ataques de piratas por falta de cumplimiento sistemático del Estado del pabellón de sus obligaciones dirigidas a adoptar medidas efectivas para proteger los derechos humanos de los transportados en buques y aeronaves bajo su jurisdicción.

El art. 104 de la misma Convención, con relación al buque pirata, establece que puede mantener su nacionalidad o no de conformidad al derecho interno del Estado que la haya concedido. Si mantiene la nacionalidad, el Estado del pabellón está obligado a velar porque buques de su nacionalidad no violen derechos humanos desde un área bajo su jurisdicción extraterritorial. Si bien, por definición se trata de actos que cometen los piratas en interés personal, propio, el Estado, con su tolerancia a ese tipo de ilícitos, favorece la actividad delictiva y no puede quedar desvinculado.

Raymond Goy bien señala que la competencia en función del pabellón ya no se concibe como “territorio ficto” sino como “lugar de la acción” o “lugar desde el que se comete una acción”, dejando de lado “la inútil localización de los delitos”. Destaca que el “modelo del pabellón” no se refiere a ningún tipo de territorialidad y, si bien, la

³¹ Arts. 90 a 94 CNUDM.

³² ZWINGE, T. “Duties of flag States to implement and enforce international standards and regulations - and measures to counter their failure to do so”, *The Journal of International Business & Law*, Vol. 10-2, p. 297 y ss.

³³ Lavrisha considera que si un Estado ha apresado a piratas tiene la responsabilidad/obligación de juzgarlos. (LAVRISHA, D.A. “Pirates, ye be warned: A comparative analysis of national piracy laws”, *University of Toledo Law Review*, Vol. 42 (2010), p.255). V. *infra*.

³⁴ V. ejemplos proporcionados por Douglas GUILFOYLE en “Counter-piracy law enforcement and Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, enero 2010, pp.152-159.

competencia nacional del Estado del pabellón se halla consagrada, no es exclusiva (art. 6 de la Convención de Ginebra de 1958 y art. 92 de la CNUDM)³⁵.

El que un buque lleve un pabellón no sólo conlleva derechos sino obligaciones emergentes de la jurisdicción. Hay una gran laxitud a la hora de efectuar reclamaciones. Ello, en parte por la debilidad institucional y económica de los Estados que concentran el mayor número de buques registrados. La responsabilidad de los Estados del pabellón –tanto del buque pirata como del atacado- no debe ser soslayada a la hora de buscar una solución integral al flagelo de la piratería.

El Convenio para la Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (SUA 1988)³⁶, en el art. 6 establece: “1. Cada Estado Parte tomará³⁷ las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 3 cuando el delito sea cometido: a) contra un buque o a bordo de un buque que en el momento en que se cometa el delito enarbole el pabellón de ese Estado”³⁸.

En lo que hace a Organizaciones internacionales intergubernamentales, tales como Naciones Unidas y OIEA, los dispositivos de la CNUDM no prejuzgan la cuestión de la nacionalidad por el hecho de que enarboles el pabellón de la Organización de conformidad al art. 93 de la CNUDM. Manuel Hinojo hace presente que -si bien no hay un cuerpo normativo suficientemente desarrollado en el Derecho internacional- el pabellón de esas entidades no puede ser indicativo de la nacionalidad del navío (institución propia de los Estados soberanos) y que el uso de la bandera es sólo poner en conocimiento en el mar que el buque está asignado a funciones pertinentes de la Organización³⁹. Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional en el art. 6 de su Proyecto sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales (Informe 2009) ha establecido que el comportamiento de un órgano de un Estado o de un órgano o agente de una organización internacional puesta a disposición de otra organización internacional debe ser considerada conforme al derecho internacional como un acto de la segunda organización, si la misma ejercía un control efectivo sobre ese comportamiento. Sin embargo, se ha señalado que hay diferencias entre la atribución del Derecho internacional general y el derecho de los derechos humanos, en el que el control efectivo tiene un estándar diferente, de dos pasos: -si el individuo está *prima facie* bajo el control del Estado o la Organización internacional (autoridad legal); -si el Estado o la Organización internacional controla el acto del individuo (control efectivo)⁴⁰.

Bento recuerda cómo la industria de los seguros, iniciada en el siglo XVII en Gran Bretaña (particularmente con la empresa de Edward Lloyd), ha crecido con el incremento del riesgo de ataque pirata⁴¹. Se ha señalado que, en un mundo centrado en lo financiero, la

³⁵ GOY, R. “L’emergence des actes criminels maritimes à l’OMI », en CASADO RAIGÓN - CATALDI *L’évolution de l’état actuel du droit international de la mer. Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 406-407.

³⁶ V. *supra*.

³⁷ Volvemos a destacar el tiempo verbal empleado.

³⁸ Entre las medidas de prevención se han propuesto y puesto en acción controles en el mar, rutas de navegación, etc. V. *infra*.

³⁹ HINOJO ROJAS, M. “Le pavillon des organisations internationales”, en CASADO RAIGÓN - CATALDI *L’évolution de l’état actuel du droit international de la mer. Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 458, 438.

⁴⁰ Asimismo, se han señalado importantes diferencias en las percepciones judiciales entre “autoridad y control”, “control fáctico” sobre la “conducta específica”, “responsabilidad de la última autoridad”, etc. V. GUILFOYLE, D. “Counter-piracy (...)”, *op. cit.*, p.157-159.

⁴¹ BENTO, L. “Toward an International Law of Piracy *Sui Generis* (...)”, *op. cit.*, p. 433.

cobertura de seguro puede proveer un mecanismo formidable para tratar el problema de la piratería, en tanto lleva a la situación de ganador-ganador a la relación pirata-seguro⁴². Este tipo de seguros no tomaba en consideración los costos humanos de la piratería. Sin embargo, últimamente, las compañías privadas de seguro suelen contener cláusulas relativas a pérdidas de vidas, a medidas de prevención de pérdidas de la propiedad, contemplándose en ciertos casos, a más de los buques de las aseguradoras privadas usados a modo de custodia, el empleo de flotillas de buques de guerra de la OTAN⁴³.

El Estado de la nacionalidad de las víctimas

Ni los piratas, ni el Estado cuyo buque ha apresado a los piratas, ni el buque del pabellón del buque en que se hallan las víctimas, ni el de los piratas, adquieren derecho directo de propiedad sobre los bienes de las víctimas, estando facultado el damnificado o sus derechohabientes a reclamar esos bienes dondequiera se hallen⁴⁴. Ello se da en el ámbito de la acción privada internacional. Sin embargo, atento al grave crimen que constituye la piratería y a la tolerancia inadmisibles que ciertos Estados manifiestan con respecto a ella (Estados del pabellón del buque pirata o del agredido, terceros Estados que habiendo apresado a piratas no los llevan a juicio y simplemente les quitan las armas y los dejan en libertad -en algunos casos, con los bienes mal habidos-), cabría la aplicación de uno de los procedimientos clásicos dirigidos a asegurar la aplicación de las normas del Derecho internacional: la protección diplomática del Estado como acción diplomática o judicial para reclamar por sus nacionales lesionados en ámbitos correspondientes a jurisdicción extranjera⁴⁵. Es de contemplar que esa protección podría tener finalidad preventiva a más de la reparatoria.

Si bien se ha señalado que la protección diplomática no es parte del derecho internacional de los derechos humanos, es creciente la tendencia a incorporarla. Por ejemplo, la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha incluido entre los instrumentos jurídicos en materia de derechos humanos a la Convención sobre agentes consulares de 1963. Asimismo, varias sentencias han ido ensamblando derechos humanos con protección diplomática y asistencia consular. Así, la Corte Internacional de Justicia en la Ordenanza de 24 de mayo de 2007 en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática de Congo-objeciones preliminares)* ha expresado: “Owing to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals, the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum

⁴² “In a purely finance-centric world, insurance coverage would provide a formidable mechanism to deal with the piracy problem. At the outset, it appears that a win-win situation emerges: companies are able to cover their losses and pirates are able to maximize their gains. This analysis does not, however, factor in the aggregate impact of insurance claims on prices, which may be passed on to consumers via higher premiums.” (*Ibidem*. V. asimismo, RHIDIAN, T. “Insuring the Risk of Maritime Piracy”, *I.Int'l Mar. L.*, 10 (2004), 355 y ss.).

⁴³ El incremento de la piratería ha llevado al incremento del costo de los seguros y a la modificación de las primas V. MINEAU, M.L. “Pirates, Blackwater and Maritime Security: The Rise of Private navies in response to Modern Piracy”, *The Journal of International Business & Law*, p.63 y ss.

⁴⁴ V. *infra*. Con más razón, tienen derecho de reclamación los causahabientes en caso de muerte de víctimas de la piratería.

⁴⁵ La evolución del Derecho internacional permite extender este tipo de acción a otros sujetos de Derecho internacional, como las Organizaciones internacionales (protección funcional).

standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights.” Esa posición es acorde a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 en el asunto *Derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso*, la que entendió que: “1-That Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations confers rights upon detained foreign nationals, among them the right to information on consular assistance, and that said rights carry with them correlative obligations for the host State. 2-That Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations concerns the protection of the rights of a national of the sending State and is part of the body of international human rights law” (para. 141)⁴⁶.

La Comisión de Derecho Internacional ha destacado la importancia de la protección diplomática ante violaciones a normas perentorias, imperativas del Derecho internacional. El relator especial John Dugard en el Primer Informe (proyecto de art. 4), señaló la obligación de un Estado de ejercer la protección diplomática si el daño a un nacional suyo era resultado de una grave violación de norma imperativa atribuible a otro Estado⁴⁷. En ese caso habría una excepción a la libertad de decisión discrecional del Estado de ejercer o no la protección diplomática⁴⁸. Esta posición fue abandonada por considerar la CDI demasiado progresiva, si bien, los jueces en sus sentencias –tal como lo hemos podido observar- frecuentemente se han mostrado mucho más avanzados y menos condicionados por el derecho consolidado⁴⁹.

Es discutido en nuestros tiempos si el Estado ejercita un derecho propio, ajeno al del perjudicado directo o un derecho del nacional⁵⁰. Lo que es indiscutido es que una vez que el Estado inicia la protección, la persona perjudicada (física o jurídica) no está legitimada a renunciar esa protección.

En general, se suele señalar que los requisitos de procedencia para la protección diplomática son: a) nacionalidad del reclamante, y b) agotamiento de los recursos internos. En el derecho clásico, se requería la conducta correcta de la persona a favor de la cual se ejerce la protección (“manos limpias”). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, cuando se trata de crímenes -como la piratería-, los requisitos señalados no necesitan cubrirse, cabiendo la reclamación directa⁵¹.

⁴⁶ Ello a pesar de que el para. 5 del preámbulo de la Convención de Viena sobre Agentes Consulares expresamente señala: “Los Estados Partes en la presente Convención. (...) *Conscientes* de que la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos (...)”. preámbulo).

⁴⁷ V. *supra* e *infra*, los ejemplos en los que se podría atribuir a un Estado actos de piratería o robo armado en el mar.

⁴⁸ John Dugard, First Report on Diplomatic Protection, International Law Commission 52nd session, A/CN.4/506, para. 32-89.

⁴⁹ Es de observar que la CIJ en el caso *Ahmadou Sadio Diallo* referido, ha expresado en el para 67 que si bien no está obligada a adherirse a la interpretación de los órganos especializados en materia de derechos humanos, cabe tenerla en cuenta.

⁵⁰ En el Caso *Mavromatis*, la CPJI ha señalado: “Es un principio elemental de Derecho internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho internacional cometidos por otro Estado (...). Al hacerse cargo de la causa (...) el Estado hace valer (...) su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho internacional” (CPJI, *Serie A*, N°. 2:12). Sin embargo, en los últimos tiempos, al impulso del desarrollo de los derechos humanos, se ha llegado a entender que esa protección era obligatoria para los Estados en tanto implicaba la realización o denegación de ciertos derechos humanos a los individuos involucrados.

⁵¹ V. *infra*.

Bien señala Annemarieke Vermeer-Künzli: “International law recognizes two mechanisms for the protection of individuals in case of violations of peremptory norms affecting individuals: invocation of State responsibility *erga omnes* and diplomatic protection. The traditional conditions for the bringing of a claim based on indirect injury that are applicable to diplomatic protection (exhaustion of local remedies and nationality of claims) are not applicable to invocation of responsibility *erga omnes*. This paper will argue that the latter is based on an obligation owed to the community as a whole, including the claimant State, and therefore constitutes a direct claim.” “Both diplomatic protection and invocation of responsibility *erga omnes* can and should be used for the protection of individuals.”⁵²

La reclamación del Estado de la nacionalidad de la víctima tanto en la protección diplomática como por violaciones *erga omnes* contra el Estado del pabellón o contra el o los Estados que hubiesen apresado a los piratas y no los hubiesen querido juzgar, ni sancionar, ni contribuir a la reparación de las violaciones de los derechos de las víctimas, suele considerarse reclamación por daño indirecto en tanto no es el Estado (de la nacionalidad de las víctimas) en sí mismo el directamente dañado. Esta última afirmación, es común en la doctrina, sin embargo, no coincidimos con ello, ya que el Estado es en última instancia el pueblo organizado, parte del cual son los nacionales cuyos derechos se han violado.

Los actos de piratería constituyen violaciones *erga omnes* (lesiones a la comunidad internacional *in stirpes*), en consecuencia, con más razón, afectan al Estado de la nacionalidad de las víctimas (lesionados *in capita*)⁵³.

El Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima⁵⁴, en el art 6 expresa: “2. Un Estado Parte podrá⁵⁵ también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos⁵⁶ cuando: a) sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese Estado; o b) un nacional de ese Estado resulte aprehendido, amenazado, lesionado o muerto durante la comisión del delito”. El Protocolo al Convenio (2005), *i.a.* agrega un nuevo artículo relativo al procedimiento de requerimiento al buque de bandera antes de abordarlo, lo que brinda a los EP base legal suficiente para la intercepción de actos de piratería.

Raymond Goy entiende que esta competencia personal es concurrente a la nacional (del pabellón)⁵⁷.

Terceros Estados - Estados en general

⁵² VERMEER-KÜNZLI, A. “A matter of interest: Diplomatic protection and state responsibility *erga omnes*”, *ICLQ* vol 56, July 2007 pp. 553 y ss.

⁵³ V. nuestro trabajo “La inconclusa puja entre objetivistas y subjetivistas en los proyectos sobre responsabilidad internacional de la Comisión de Derecho Internacional”, ÁLVAREZ LONDOÑO, L.F. *et al. El derecho internacional entre lo jurídico y lo político. Homenaje al Profesor Rafael Nieto Navia*, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia, 2009, pp. 21-45.

⁵⁴ V. *supra*.

⁵⁵ Destacamos la condición facultativa de la acción que establece el verbo empleado. Resulta evidente la debilidad del enunciado, dejando a las víctimas en la relación con su Estado en el mismo plano que tienen con todos los demás Estados (terceros Estados). V. *infra*.

⁵⁶ V. *supra* art. 3.

⁵⁷ GOY, R. « L'émergence des actes criminels (...) », *op. cit.*, p. 407..

La CNUDM dispone que “todos los Estados cooperarán en toda la medida de lo posible en la represión de la piratería⁵⁸ en la alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de un Estado” (art. 100). Más aún, establece que todo Estado puede apresarse, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción estatal, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe” (art. 105). El art. 107 dispone que solo los buques de guerra o los buques que lleven signos claros de estar al servicio de un gobierno y estén autorizados para el apresamiento, podrá llevar a cabo capturas por causa de piratería, cayendo bajo la jurisdicción del Estado costero el apresamiento de buques desde los que se lleven a cabo robos a mano en su mar territorial.

Petsche⁵⁹ hace presente que la comisión del crimen no cae en la soberanía territorial de ningún Estado, situación que se torna más visible en los casos vinculados con la piratería. Expresa: "Piracy is a criminal act that takes place in a space where there is no overall territorial sovereignty. A State [which captures a pirate] may have no other connecting factor with the acts of piracy or the pirate . . . except for being the place of capture."

Antonio Cassese señala⁶⁰ que, por regla general en materia de piratería, todo Estado se halla autorizado a apresarse y capturar piratas en alta mar, cualquiera sea su nacionalidad, hayan o no atacado o puesto en peligro un buque bajo su jurisdicción. Ello, en tanto existe una obligación internacional general de reprimir la piratería. Aclara que si bien esa facultación es provista por la comunidad mundial para la protección de sus valores, cuando los Estados actúan, no lo hacen a nombre de la comunidad internacional. Recuerda el fallo de una Corte Británica en el caso *Le Louis, Forest*, el que expresó que los piratas eran “enemigos de la raza humana, renunciando a todo país de protección, arrasando Estados en sus costas o buques indiscriminadamente, y con ello generando terror y alarma universal” (para. 705), por lo que el derecho de captura de barcos piratas “existe sobre la base del derecho a repeler una injuria y como medida de autodefensa” (para. 704). Se ha tratado de precisar los límites en el uso de la fuerza a la hora de apresarse buques piratas. Tanto el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (Caso *M/V Saiga*, N° 2, *San Vicente y las Granadinas v. Guinea*, sentencia de 1 de julio de 1999)⁶¹, como otros tribunales – como es el caso del arbitral en el asunto *Guyana y Suriname* (sentencia de 17 de septiembre de

⁵⁸ Tal como lo señaláramos en Nota 1 la CNUDM define a la piratería como todo acto ilegal de violencia, detención, depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos contra un buque (o aeronave) en alta mar contra personas o bienes a bordo de ellos o en lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado (art. 101). Largamente se ha señalado el efecto negativo de la diferenciación que se ha hecho entre esos actos cometidos en alta mar (piratería) y los idénticos cometidos en un ámbito bajo la jurisdicción de los Estados (violencia armada). Debe tenerse en cuenta que no se consideran piratería los actos cometidos por personas que van a bordo de una misma nave.

⁵⁹ PETSCHKE, M. “*Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order*”, *Penn State International Law Review*, 29:2, pp. 240, 250

⁶⁰ CASSESE, A. *International Law*, ob. cit., p. 15.

⁶¹ V. www.itlos.org

2007)⁶² - han entendido que el uso de la fuerza debe ser evitado en la medida de lo posible y empleado limitadamente según las circunstancias.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, ya en el antiguo caso *United States v Smith*, 18 US (5 Wheat) 153 (1820)⁶³ expresó: "The common law, too, recognizes and punishes piracy as an offence, not just against its own municipal code, but as an offence against the law of nations (which is part of the common law), as an offence against the universal law of society, a pirate being deemed an enemy of the human race."⁶⁴

Azubuike recuerda que el derecho internacional consuetudinario proscribía la piratería y considera a los piratas enemigos del género humano, entendiéndose que los piratas entablan una verdadera guerra no sólo contra el Estado cuyo buque atacan sino contra todos los Estados, si bien, reconoce que en tiempos actuales muchos Estados toleran la piratería e incluso la emplean en su beneficio particular⁶⁵.

El hecho de que la piratería sea un crimen contra el género humano, lleva a la idea de *jurisdicción universal*, si bien deja el juzgamiento/sanción en manos de los Estados.

El Presidente de la CIJ, Guillaume, en la sentencia de 2002 en el asunto de la *Orden de arresto (República Democrática de Congo v Bélgica)* señaló que la costumbre internacional general conoce de un solo caso de jurisdicción universal: la piratería y que los otros ejemplos de la denominada jurisdicción universal derivan del derecho internacional convencional⁶⁶. Por su parte, Cherif Bassiouni, destaca que el ejercicio bajo el derecho internacional de la competencia universal establecido está a disposición de las víctimas de abusos de derechos humanos, incluidos los perjudicados por actos de piratería⁶⁷.

La piratería es un tipo penal incluido en el derecho interno de muchos Estados⁶⁸, si bien se ha señalado que se presentan dificultades a la hora de hacer descansar la represión

⁶² V. www.pca-cpa.org

⁶³ El caso tiene que ver con el juzgamiento de Thomas Smith, quien junto a otros, en el mes de marzo de 1819 formaba parte de la tripulación de un buque armado privado ("El Criollo") comisionado por el Gobierno de Buenos Aires, atracado en el Puerto de Margarita -observamos que la sentencia señala que Buenos Aires en ese momento era "una colonia en guerra con España" (a pesar de haber declarado las Provincias Unidas del Río de La Plata su independencia de España formalmente en 1816), al igual que lo hace más adelante con relación al gobierno de Artigas-. Smith y otros tripulantes se amotinaron, confinaron a su oficial, abandonaron la nave y en el Puerto de Margarita, se apoderaron por la fuerza del buque "El Irresistible" (buque privado armado comisionado por Artigas), eligieron su propio oficial y se lanzaron al mar sin documento ni comisión alguna, a más de saquear y robar los buques españoles en alta mar en abril de 1819.

⁶⁴ Continúa expresando: "This cause came on to be heard on the transcript of the record of the Circuit Court of the United States for the District of Virginia, and on the question on which the judges of that court were divided in opinion, and was argued by counsel. On consideration whereof this Court is of opinion that the offense charged in the indictment in this case and found by the jury to have been committed by the prisoner amounts to the crime of piracy as defined by the law of nations, so as to be punishable under the act of Congress entitled "An act to protect the commerce of the United States and punish the crime of piracy." All which is ordered to be certified to the Circuit Court for the District of Virginia."

⁶⁵ AZUBUIKE, L. "International law regime against piracy", *Annual Survey of Int'l & Comp. Law*, Vol. XV (2009), p.44

⁶⁶ Max Plank Encyclopedia of Public International Law (www.mpepil.com).

⁶⁷ BASSIOUNI, CH. "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", 42 *VA. J. INT'L L.* p. 136 y ss.

⁶⁸ El ejercicio de la jurisdicción universal no es aplicable al robo a mano armada en aguas jurisdiccionales de otro Estado. Suele recordarse que ya en el siglo XIX se entendió que, para el caso de la piratería, no era necesario que el robo se efectivizara, bastando el intento de robo para que se configurara el tipo penal (*i.a.* Privy Council of the United Kingdom on appeal from the courts of Hong Kong in the case *In re Piracy Jure Gentium* ([1934] AC 586).

de la piratería en la jurisdicción universal, ya que no todos los Estados han adecuado su derecho interno a ello. Kathryn Metclaf señala que por lo menos 125 Estados poseen legislación nacional que permite la aplicación de la jurisdicción universal penal para ciertos tipos penales⁶⁹⁻⁷⁰

El Convenio para la Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima⁷¹, en su art. 6 establece que cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 3⁷² y que el Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación interna

La idea de jurisdicción universal penal ha sido completada con la idea de *jurisdicción universal civil*. En el caso *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, 781 (1984) el Tribunal ha expresado: "The inference is that persons may be susceptible to civil liability if they commit either a crime traditionally warranting universal jurisdiction or an offense that comparably violates current norms of international law."⁷³

Se ha señalado que normas de derecho interno como el "Alien Tort Statute" (conocido también como "Alien Tort Claims Act") de los EE.UU. es un instrumento poderoso contra los abusos en materia de derechos humanos en el mundo por disponer: "'The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States."⁷⁴ Se ha hecho referencia a esta norma y su aplicación como "litigación transnacional" en los Estados Unidos, en tanto se brinda foro a los extranjeros para lograr la aplicación del Derecho internacional y sancionar conductas de individuos, incluidas en ello las reparaciones por actos de piratería⁷⁵.

Kritsiotis recuerda expresiones de Malcolm N. Shaw: "Every nation has a right to attack and exterminate [pirates] without any declaration of war; for though pirates may form a loose and temporary association among themselves, and re-establish in some degree

⁶⁹ METCALF, K. "Reparations for displaced torture victims", *Cardozo J. of Int'l & Comp. Law*, Vol.19 (2011), 451 y ss.

⁷⁰ Julio Jorge Urbina recuerda que pocos países han incorporado en sus legislaciones la definición de la piratería en el marco del ejercicio de la competencia universal, juzgando esos hechos por categorías más generales como robo, secuestro, rapto, violencia contra las personas, etc. (V. URBINA, J.J. "El régimen jurídico internacional de la piratería y los problemas que plantea su persecución en las costas de Somalia y el Golfo de Adén", en CASTILLEJO-MANZANARES, R. (Coord.), *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 52. Urbina, en sus consideraciones finales a más de señalar que los Estados deben adaptar sus legislaciones internas (tipificación del delito y atribución de competencias a sus tribunales), considera la posibilidad de creación de un tribunal internacional o mixto a los fines de poner fin a la impunidad con que se mueven los piratas (*Ibidem*, p. 66).

⁷¹ V. *supra*.

⁷² V. *supra* Nota 25.

⁷³ V. DONALD F. Donovan, D.F. - ROBERTS, A.E. "The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction!", *Am. J. Int'l L.* 100 (2006), pp. 143-144 (2006).

⁷⁴ Si bien la norma en su contenido, existe desde 1789, rara vez fue invocada hasta 1980 (Caso *Filartiga v. Peña Irala*), acción llevada adelante por ciudadanos paraguayos por violaciones a la "law of nations" en Paraguay. (*Filartiga v. Peña Irala*, 630 F.2d 876, 890 (2d Cir. 1980) ("[F]or purposes of civil liability, the torturer has become like the pirate and slave trader before him *hostis humani generis*, an enemy to all mankind." "Deliberate torture perpetrated under color of official authority violates universally accepted norms of the international law of human rights, regardless of the nationality of the parties.")).

⁷⁵ DELLINGER, L.A., "Corporate social responsibility: A multifaceted tool to avoid alien tort claims act litigation while simultaneously building a better business reputation", *California Western International Law Journal*, Vol 40 (2009) p. 58 y ss.

those laws of justice which they have violated with the rest of the world, yet they are not considered as a national body, or entitled to the laws of war as one of the community of nations. They acquire no rights by conquest, and the law of nations, and the municipal law of every country authorizes the true owner to reclaim his property taken by pirates, wherever it can be found; and they do not recognise any title to be derived from an act of piracy. The principle, that *a piratis et latronibus capta dominium non mutant*, is the received opinion of ancient civilians, and modern writers on general jurisprudence; and the same doctrine was maintained in the English courts of common law prior to the great modern improvements made in the science of the law of nations."⁷⁶ Debe tenerse presente que el art. 14 de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (2000) establece que los Estados Parte dispondrán del producto del delito o de los bienes que hayan decomisado de conformidad con su derecho interno y sus procedimientos administrativos y que, en caso de ser requeridos darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos. De no darse ello, esos bienes podrán ir a fondos dirigidos a combatir la delincuencia organizada o ser repartidos entre Estados Parte sobre la base de un criterio general a definir en cada caso. Por nuestra parte creemos que una situación como la última pone de manifiesto un cierto desprecio al valor de los derechos de las víctimas sobre sus bienes y que, cuando un Estado tolera, facilita, no persigue-cuando “debe” hacerlo, cuando obtiene beneficio o cobija con conocimiento de situación a piratas, puede considerarse que los actos de ese grupo pueden ser adjudicados a ese Estado, situación en la que su responsabilidad por la violación de derechos humanos de la víctima le es atribuible.

Debe distinguirse el ejercicio de la competencia universal con carácter obligatorio (obligación de juzgar y sancionar), impuesto por convención internacional o norma consuetudinaria internacional como es el caso, por ejemplo del art. 1 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas sus circunstancias”) de la competencia universal de carácter facultativo como es el del art.105 de la CNUDM (“Todo Estado *puede* apresar, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata (...)” [el resaltado nos pertenece]. Cabe preguntarse si una vez apresado, el Estado tiene derecho a liberar a los piratas sin sancionarlos, frustrando la posibilidad de las víctimas de ver reparadas sus vejaciones y daños. También cabe preguntarse si –a la luz del deber de protección de los derechos humanos de las víctimas– los Estados no sólo tienen la facultad sino el deber de apresar y sancionar a los piratas, “criminales del mar.

La comunidad internacional organizada

Miriam Cohen señala que la piratería tiene efectos sobre la mayoría, si no, todas las naciones y recuerda expresiones de Nina Tavakoli que hacen referencia a la movilidad de los piratas, su accionar transnacional, y a necesidad de que no evadan la justicia, como es el caso de otros actos contra la humanidad (genocidio, tortura, terrorismo, tráfico de personas

⁷⁶ KRITSIOTIS, D. “The contingencies of piracy”, *California Western International Law Journal*, vol. 41:2 (spring 2011), p. 305 y ss.

y otros crímenes)⁷⁷. Si bien la autora funda su trabajo en el rol de la jurisdicción universal, entendemos que esta acción, si bien viene a suplir la carencia de tribunal internacional para conocer en la cuestión, no da satisfacción plena a las necesidades de la acción de la comunidad internacional contra la piratería como acto hostil contra el género humano. La jurisdicción internacional permite tratamientos diferenciados nacionales a hechos que deben ser considerados de incumbencia universal, debiendo ser evaluados en el plano internacional para restaurar con criterio unitario las libertades del alta mar por la condición común de esa zona del mar al servicio de la comunidad internacional toda.

Yvonne Dutton considera que el mejor foro para juzgar el crimen de piratería es el de la *Corte Penal Internacional* (CPI) por tratarse de un crimen de concernencia de la comunidad internacional, foro útil para acabar con la cultura de la impunidad de los autores de estos actos de violencia que afectan valores fundamentales de la humanidad, como también para la prevención de esos crímenes, tal como lo señala el propio Estatuto de la CPJ (preámbulo, para. 5)⁷⁸⁻⁷⁹. El Estatuto de la CPI destaca que la Corte es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales (preámbulo, para. 11)⁸⁰ y entre las violaciones graves de derecho internacional de competencia de la Corte se hallan los crímenes de lesa humanidad. Esa figura penal requiere que los actos se hayan cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra población civil y con conocimiento de dicho ataque. La mayor parte de los actos de piratería coincide con los tipos de actos contemplados en los crímenes de lesa humanidad (asesinato, privación grave de la libertad, tortura física o mental, actos inhumanos o similares que causen intencionalmente graves sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de la víctima, el desplazamiento forzado del lugar donde estaban legítimamente presentes, etc. (V. Art. 7). Debe tenerse presente que “el ataque contra una población civil”, es equiparable a la “población transitoria”, pacífica, que se conforma sobre un buque. Además, el art. 7

⁷⁷ COHEN, M. “The analogy between piracy and human trafficking: a theoretical framework for the application of universal jurisdiction”, *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 16, p. 205.

⁷⁸ DUTTON, Y.M. “Bringing Pirates to Justice (...), OB.CIT., pp 197 y ss.

⁷⁹ Recuerda la referida autora que los Estados son remisos a juzgar a los actos de piratería con regularidad a veces no sólo por falta de voluntad sino por incapacidad institucional o por las dificultades de contar con las pruebas necesarias de los hechos, buscar y trasladar testigos, por los costos, por el temor a que esos criminales sin nacionalidad una vez en su territorio reclamen derechos como el del asilo y la nacionalidad para sí y sus familiares. Trae a colación las advertencias del Ministerio de Asuntos Exteriores Británico a las Fuerzas Navales sobre las posibilidades de que durante la detención de piratas se cometan violaciones a los derechos humanos o que, llevados a juicio, pidan ser asilados europeos y cita casos de reclamación. Recuerda que entre agosto de 2008 y septiembre de 2009 fueron capturados 343 sospechosos de piratería, desarmados y dejados en libertad. En 2010 fuerzas navales de la UE capturaron 275 presuntos piratas, pero sólo cuarenta se enfrentaron con la justicia criminal. Entiende que se ha generando una verdadera cultura de la impunidad. Son pocos los países que han llevado a sus tribunales a piratas (vg. *i.a.* EE.UU., Francia, Holanda), si bien muchos han preferido celebrar acuerdos con otros Estados para el juzgamiento de los buques y piratas apresados por ellos (vg. Kenia, Seychelles) Ello no los libera de las posibles reclamaciones por violaciones a los derechos humanos por retardo de justicia, cárceles sobrepobladas, falta de asistencia médica, etc.), La autora señala que se ha invocado la CNUDM una sola vez, en el caso *Greenpeace* y también, una sola vez a la Convención SUA 1988 (*United States v Shi*, 525 F3d 709 (9th Cir 2008). (*Ibidem*, .pp. 216 y ss).

⁸⁰ Por nuestra parte preferimos considerarla jurisdicción subsidiaria, ya que el sistema internacional entra en funcionamiento cuando a nivel nacional no se ha castigado el crimen, cuando ha querido protegerse al imputado o cuando la causa no fue instruida de modo independiente o imparcial. (art. 20 del Estatuto de la CPI).

contempla que ese “ataque” debe darse como parte de una política de Estado⁸¹ o de una organización. Los piratas se hallan cada vez más organizados para realizar esos crímenes⁸², usan armas sofisticadas y consciente y sistemáticamente atacan a buques sin miramientos, ni respeto por la vida y dignidad humanas, ni por los derechos humanos fundamentales de las personas a bordo, gozando de la impunidad facilitada por los Estados, lo que toma color de acto de Estado por omisión. Por otra parte, el crimen de piratería, tal como lo señaláramos, desde tiempos remotos es considerado un crimen contra la humanidad toda.

A distintos niveles (universal, regional, subregional; intergubernamental, no gubernamental⁸³), se ha intentado buscar respuesta colectiva para el problema de la piratería y el robo armado en el mar.

En el ámbito de las Naciones Unidas, el *Consejo de Seguridad* se ha ocupado en varias ocasiones bajo el Cap VII de la Carta de Naciones Unidas de la piratería y el robo armado en el mar pero sólo con relación a la situación en Somalia. Tal como lo refiriéramos al inicio de este trabajo, la Res. 1816 (2008) hizo presente la incapacidad del Gobierno federal de transición de Somalia para impedir la piratería y para patrullar y asegurar la navegación tanto en sus aguas territoriales como en las rutas de navegación fuera de sus aguas jurisdiccionales, disponiendo la resolución la cooperación de los Estados con el Gobierno de transición de Somalia en la lucha contra la piratería por un período de seis meses (renovable). Instó a los Estados Parte en el Convenio SUA 1988 a cumplir sus obligaciones conforme a ese convenio, cooperando con la OMI en la construcción de la capacidad jurisdiccional para un exitoso procesamiento de las personas sospechadas de piratería y robo armado en el mar. Ello, en concordancia con los derechos humanos y derecho internacional humanitario aplicable (pensando en la protección de los piratas apresados). En resoluciones como la 1838 (2008), 1846 (2008), 1851(2008) 1897 (2009), el CdeS *i.a.* buscó proteger en particular a los buques con asistencia humanitaria para la propia Somalia. En la Res. 1918 (2010), 1976 (2011), 2015 (2011), 2020 (2012) el CdeS convocó a los Estados a penalizar bajo su derecho interno a la piratería y considerar favorablemente la posibilidad de juzgarlos y encarcelarlos. Observamos la debilidad de las Resoluciones del CdeS al considerar la lesión jurídica que implica para la comunidad internacional el conjunto de violaciones a los derechos humanos/derecho humanitario que se dan en la persona de las víctimas. Por ejemplo, la res. 2020 (2012) en la parte prebular

⁸¹ Algunos Estados fallidos toleran, promueven o tienen intereses en acciones de piratería, contra los que es necesario adoptar medidas colectivas en el marco del sistema internacional. Los réditos de la piratería son altos y los canales a los que se derivan esos montos no resultan claros, en tanto los ejecutores de los ilícitos suelen mantenerse en la pobreza.

⁸² Jeffrey Gettelman hace presente que la industria de la piratería emplea a más de mil pistoleros incrementando con los años sus ingresos (V. *Somalia's Pirates Flourish in a Lawless Nation*, New York Times, Oct.32, 2008 A I), cit. por DAVEY, M. “A pirate looks at the twenty-first century: The legal status of Somali pirates in an age of sovereign seas and human rights”, *Notre Dame Law Review*, Mar. 1, 2010 (www.litigation-essentials.lexisnexis.com).

⁸³ Desde el ámbito académico se ha construido “*The One Earth Foundation*”, programa de respuesta humanitaria que incluye el plan de acción de ayuda para los atacados y secuestrados por piratas y sus familiares. Por su parte, el *Seamen's Church Institute (SCI)*, ha sido fundado en 1834, afiliado a la Iglesia episcopal con la intención de prestar servicios a los marineros. El Instituto de Nueva York es la entidad más amplia de marineros en Estados Unidos. Más de 3.400 buques con su tripulación están afiliados sólo en Nueva York. Asimismo brinda entrenamiento a los marinos y da cursos de simulación en Houston a los que asisten más de 1600 personas. Cuenta con un cuerpo de abogados asesores especializados en la materia, reconocidos a nivel gubernamental. (www.seamenschurch.org).

expresa: “*Destacando* la necesidad de que los Estados consideren posibles métodos para prestar asistencia a los navegantes que sean víctimas de los piratas, y acogiendo con beneplácito a este respecto la labor que están realizando el Grupo de Contacto y la OMI para elaborar directrices sobre la atención a los navegantes y otras personas que hayan sido objeto de actos de piratería”. En el para. 14 de la sección dispositiva señala: “14. *Exhorta* a todos los Estados, y en particular a los Estados del pabellón, del puerto y ribereños, a los Estados de nacionalidad de las víctimas y los autores de actos de piratería y robo a mano armada, y a otros Estados que tengan la jurisdicción pertinente en virtud del derecho internacional y la legislación nacional, a que cooperen para determinar la jurisdicción y para investigar y enjuiciar a todas las personas responsables de los actos de piratería y robo a mano armada cometidos frente a las costas de Somalia, incluida cualquier persona que incite a cometer un acto de piratería o lo facilite, respetando las disposiciones aplicables del derecho internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, con el fin de asegurar que todos los piratas entregados a las autoridades judiciales sean sometidos a un proceso judicial, y a que brinden asistencia mediante, entre otras cosas, la prestación de apoyo logístico y para la entrega de las personas que estén bajo su jurisdicción y control, como las víctimas y los testigos y las personas detenidas como resultado de las operaciones ejecutadas en virtud de la presente resolución”. Debemos tener en cuenta que existe el deber general (no sólo en virtud del art. 98 la CNUDM, sino en carácter de norma consuetudinaria) de prestar auxilio en el mar y que su incumplimiento puede generar violaciones graves a los derechos humanos.

En su Res. 1918 (2010), el CdeS solicitó al *Secretario General* de Naciones Unidas (SG) que en el término de tres meses presentara un informe sobre las posibles soluciones a la piratería más allá de las costas de Somalia. El 26 de julio de 2010 el SG presentó su informe presentando siete opciones⁸⁴. El Informe fue considerado por el CdeS el 25 agosto de 2010, oportunidad en la que destacó los esfuerzos de Kenia y Seychelles al juzgar a los piratas en sus tribunales nacionales, al igual que las labores de UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) y otras entidades internacionales a asistir a esos países. Solicitó al Grupo de Contacto sobre piratería fuera de las costas de Somalia considerar las ventajas y desventajas de las distintas opciones presentadas por Ban Ki-Moon.

Debe recordarse que, tal como señaláramos precedentemente, el CdeS, centralmente se ha ocupado de la piratería desde la cuestión somalí.

La *Asamblea General* de las Naciones Unidas, ha tratado el tema de la piratería anualmente pero de modo incidental al tratar el tema “Océanos y el derecho del mar”. En uno de los párrafos, la resolución de 4 de diciembre de 2009 expresa: [T]he crucial role of international cooperation at the global, regional, subregional and bilateral levels in combating, in accordance with international law, threats to maritime security, including

⁸⁴ En síntesis, podemos señalar esas opciones:- la *primera*, reforzamiento de la asistencia de los Estados regionales para juzgar y encarcelar a los sospechosos de piratería; la *segunda*, establecimiento de una corte somalí en el territorio de otro Estado de la región con o sin participación de las Naciones Unidas u organismo regional; la *tercera*, establecimiento de una sala especial nacional (en Estado o Estados de la región, vg. Kenia, Seychelles, Tanzania, Mauricio, etc.) sin participación de la ONU; la *cuarta*, *idem* a la anterior pero con participación de la ONU; la *quinta*, establecimiento de un tribunal regional sobre la base de un acuerdo multilateral regional, con participación de la ONU (acuerdo con ONU); la *sexta*, establecimiento de un tribunal internacional con participación de la ONU (acuerdo ONU con Estado de la región (similar al de Sierra Leona o el del Líbano); la *séptima*, establecimiento de un tribunal internacional creado por el CdeS en el marco del Cap. VII. (V. U.N. Doc.S/2010/394, July 26, 2010).

piracy, armed robbery at sea, terrorist acts against shipping, offshore installations and other maritime interests, through bilateral and multilateral instruments and mechanisms aimed at monitoring, preventing and responding to such threats, the enhanced sharing of information among States relevant to the detection, prevention and suppression of such threats, and the prosecution of offenders with due regard to national legislation, and the need for sustained capacity-building to support such objectives”⁸⁵. Más adelante recuerda el rol de la OMI⁸⁶ – como agencia especializada de Naciones Unidas, de UNODC, UNDP y grupos regionales y subregionales, al igual que el de otras organizaciones intergubernamentales, industrias de la navegación y organizaciones no gubernamentales. También destacó las funciones de UNODC a la hora de sostener a los tribunales de Kenia y Seychelles, *i.a.* entrenamiento de policía judicial para los procedimientos investigativos, provisión de equipamiento, etc. Ello, a más de los Grupos regionales y subregionales constituidos (vg. *ReCAAP, Tokio Action Plan, Information Sharing Centre, la antigua Guardia Costera MOWCA, OTAN-Operation Ocean Shield, Unión Europea-EUNAVFOR-Operation Atalanta, MSCHOA, etc.*).

Tafsir Malick Ndiaye ha considerado que sería apropiado el involucramiento de las organizaciones internacionales a través de la solicitud de opinión consultiva al Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM) y ha entendido que, si bien la función consultiva del tribunal es ejercida por la Sala de Controversias de los Fondos Marinos a pedido de organizaciones internacionales, ese recurso sería válido atento que el procedimiento consultivo está abierto a cuestiones relativas a los propósitos de la Convención (vg. navegación marítima, piratería, seguridad en el mar, reclamaciones marítimas y responsabilidades, etc.). Recuerda que el Presidente del TIDH José Luis Jesús en su informe a la 63. sesión de la AG UN (2008) observó que: “(A)s the international community faces new challenges in ocean activities, such as piracy and armed robbery, advisory proceedings before the Tribunal on legal questions concerning the application and interpretation of provisions of the Convention may prove to be a useful tool to States”⁸⁷.

Thilo Neumann -recensionando la Conferencia “Piracy-Scourge of Humanity”, realizada en el ámbito del TIDH- hace presente que los participantes mayoritariamente manifestaron su acuerdo en la necesidad del establecimiento de una Corte Internacional para la Piratería, al igual que el de una Agencia de Derecho Internacional de Ejecución⁸⁸.

Ademun Odeke entre las varias soluciones internacionales propuestas, considera la militarización del Océano Índico, la incorporación de nuevos tribunales en África, el establecimiento de un mini Plan Marshall para los Estados fallidos generadores de piratas⁸⁹.

⁸⁵ El texto pone de manifiesto la generalidad y laxitud del tratamiento.

⁸⁶ La OMI comenzó a ocuparse de la piratería ya en 1983. Entre otras actividades de la misma organización se cuentan: celebración de acuerdos regionales y subregionales abarcativos de la piratería y el robo armado en el mar; la adopción en 2009 del Código Djibouti de Conducta para la investigación de ese tipo de crímenes.

⁸⁷ NDIAYE, T.M. “The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea”, *chinesejil.oxfordjournals.org*, (September 17, 2011).

⁸⁸ Bülow y Lintern consideraron las debilidades de los bloqueos de la costa Somalí por EUNAVFOR teniendo en cuenta la extensión de la zona y al hecho de que casi todos los pescadores usan armas para legítima defensa, a más de observar que los piratas suelen usar embarcaciones pequeñas difíciles de distinguir y fácilmente ocultables. Ehlers consideró imprescindible el involucramiento de los Estados de las regiones afectadas. V. NEUMANN, T. “Piracy_Scourge of Humanity”, <http://www.iflos.org/media/40696/conference>

⁸⁹ ODEKE, A. “Somali piracy - effects (...)”, *ob.cit.*, p. 134 y ss.

REFLEXIONES FINALES

Las cuestiones relativas a la base legal para la intercepción de naves piratas, de la jurisdicción en el mar, de las condiciones de detención, del resguardo de derechos humanos, de la responsabilidad emergente de las acciones de apresamiento y juzgamiento de piratas u otras acciones de antipiratería, etc., pueden encontrarse en fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁰. Sin embargo, tal como lo señaláramos, el acento de esos fallos está puesto en la protección de los derechos humanos de los apresados y/o sometidos a procesamiento por actos criminales⁹¹⁻⁹²⁻⁹³.

En el estado actual del Derecho internacional, la respuesta rápida de protección frente a actos de piratería sólo puede alcanzarse a través de medidas autoprotectivas indirectas como contratación de seguros, seguridad particular, establecimiento de rutas de navegación, patrullajes, monitoreos a distancia, eventual litigación civil *ex post*, etc.). Ello empeora la situación de las potenciales víctimas y víctimas, las que previendo la posibilidad de ser objeto de actos de piratería deben incurrir en mayores costos para tener la posibilidad de navegar por el mar con relativa seguridad. Debe tenerse presente el cercenamiento de los derechos a la libertad, a la vida, a la integridad física, a la propiedad (entre muchos más) que implican los actos de piratería. Por ejemplo, el 21 de enero de 2012, Laura Dekker, la joven deportista holandesa (16 años) que circunnavegó en un año el

⁹⁰ PIEDIMONTE BODINI, Stefano ““Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights”, *The European Journal of International Law (EJIL)*, 2011, Vol. 22 No. 3, pp. 829–848.

⁹¹ V. i.a. los casos *Medvedev y otros v. Francia (demanda 3394/03)* (caso de tráfico de drogas válido en sus argumentaciones para la piratería); *Rigopoulos v España (demanda 37388/97)*; *Xhavara and Others v Italia y Albania (demanda 39473/98)*. Con relación a la extraterritorialidad, v. *Ócalan v. Turquía (demanda 46221/99)*; *Al-Saadon and Mufhti v Reino Unido (demanda 61498/08)*. En el último caso señalado, el Tribunal de Estrasburgo consideró el poder *de facto* y *de jure* de las autoridades de Gran Bretaña en Irak (jurisdicción suficiente a los propósitos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[TEDH]), declarándose competente para entender en el asunto de la detención de las demandantes en Irak, así también los tribunales de derechos humanos debieran declararse competentes en cuestiones relativas a la piratería por las múltiples causales que señaláramos previamente y por el deber de obrar de los Estados involucrados en el deliberado abandono de las víctimas o potenciales víctimas de piratería y la facilitación de producción de ese tipo de actos (verdaderas políticas de Estado).

⁹² Gosalbo-Bono recuerda que, por ejemplo, el art. 12(2) del dispositivo del Consejo Adjunto de Acción 2008/85 1/CFSP (Atalanta) de 10 noviembre de 2008 establece: "No persons involved in acts of piracy who are arrested or detained in the course of the EU operation: [M]ay be transferred to a third state unless the conditions for the transfer. . . (are) consistent with... international law, notably. . . human rights, in order to guarantee that no one shall be subject to the death penalty, to torture or to any cruel, inhuman or degrading treatment." (GOSALBO-BONO, R. “The significance of the rule of law and its implications for the European Union and the United States”, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 72 (2011), pp. 339 y ss.).

⁹³ Entre los principales derechos humanos que se ha solido invocar, figuran: respeto a la dignidad humana a la hora del apresamiento, procesamiento rápido, cumplimiento de prisión preventiva y condena en condiciones dignas, derecho de pedir asilo o refugio en el Estado de juzgamiento o cumplimiento de condena, extensivo a la familia del pirata o presunto pirata. En tal sentido, Syring, Co-chair of the International Refugee Law Interest Group of the American Society of International Law, ha señalado: “Some of those claims [refugee] may be rejected based on the Exclusion Clause in the 1951 Refugee Convention, stipulating that refugee status may be denied to persons who have committed certain serious crimes. The majority of arrests, however, by necessity pertains to unsuccessful pirates and hence involves inchoate acts on the grounds of which a potential asylum claim, nevertheless, may not as readily be denied.” (Cf. SYRING, T. “A Pirate and a refugee: Reservations and responses in the fight against piracy”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 17:2 (2011), p.438).

planeta (27.000, millas) en solitario a bordo de su velero “Guppy”, tuvo que cambiar su ruta de regreso “debido al elevado riesgo de sufrir ataques de piratas en el Índico”⁹⁴.

No existe un cuerpo jurídico con enfoque unitario, que reprima a la piratería, exija a los Estados la adopción de medidas preventivas eficaces y al mismo tiempo contemple la reparación a las víctimas (de modo similar al parcialmente establecido en el Estatuto de la CPI y en las sentencias de algunos tribunales en materia de derechos humanos sobre otro tipo de delitos -vg. terrorismo de Estado-).

El Secretario General de Naciones Unidas en el informe de 26 de julio de 2010, al que hiciéramos referencia precedentemente⁹⁵ ha señalado que la situación de la piratería en el mundo -particularmente en Somalia- requiere una respuesta global, especialmente, atendiendo a que bajo el derecho internacional consuetudinario, la piratería constituye un “jus gentium crime”⁹⁶. A pesar de serle aplicable el sistema de la jurisdicción universal⁹⁷, lo alcanzado hasta hoy resulta fragmentado e insuficiente.

Observamos falta de claridad en las vías institucionales activadas por entes responsables de asegurar los derechos humanos de las personas agredidas en actos de piratería⁹⁸, como también, debilidad en la acción internacional a nivel sociedad internacional a la hora de proteger a las víctimas de actos hostiles de este tipo, en tanto esos actos son contra la comunidad internacional *in totum* (víctima *in stirpes*) y no sólo contra quien los sufrió *in capita*. Por otro lado, los hechos evidencian un temor –a nuestro criterio- no justificado por parte de los Estados (afectados directos e indirectos) a la hora de aprehender, sancionar y castigar a los agresores piratas. Ello, en gran parte por la interpretación expansiva de los derechos humanos con visión parcializada -en algunos casos posición abusiva y neutralizadora de normas internacionales de jerarquía superior (vg. derechos humanos fundamentales de las víctimas; paz y seguridad internacionales)-, enfoque que privilegia en el marco de una visión postmoderna los derechos humanos de los piratas por sobre los de las víctimas y opera a favor de los piratas en distintas cuestiones, haciendo generar del grave ilícito derechos difícilmente sostenibles como no sea en un contexto relativista que considera víctima al victimario, no distingue entre agresor y agredido al expandir el espectro de relaciones a áreas ajenas a la relación directa con la víctima de piratería, y hace surgir derechos de los ilícitos en el marco de relación de lucha de clases, tal como ya lo adelantáramos⁹⁹. Esta perspectiva y sus incoherencias responden a

⁹⁴ Amsterdam DPA, ref. en *Diario Río Negro*, “Logró dar la vuelta al mundo”, 22 de enero de 2012, p. 56.

⁹⁵ U.N. Doc.S/2010/394 (July 26, 2010), p. 177.

⁹⁶ Algunos doctrinarios han sostenido que los piratas nos son criminales conforme el derecho internacional, en tanto no existe una agencia para capturarlos ni un tribunal internacional para juzgarlos y castigarlos, no siendo suficiente la existencia de previsiones jurídicas de varios Estados para los que los actos de piratería se cometieron fuera de su jurisdicción ordinaria (v. JOHNSON, D.H.N. “Piracy in Modern International Law, *Transactions of the Grotius Soc*’, 43 (1957, pp. 69-70; BINGHAM, J.W. “Part IV-Piracy”, *Am.J.Int’l L.*, 26 (Supp 1932) pp. 739). Otros, por el contrario, han considerado que la condición de “hostis humani generi” que se les diera ya en el imperio romano introducía la jurisdicción universal en el derecho de piratería (DAVEY, M. “A pirate looks at the twenty-first Century (...) ob. cit.

⁹⁷ El primer proceso contra piratas somalíes en Europa se inició en Rotterdam el 24 de mayo de 2010 contra un buque registrado en las Antillas Holandesas. Algunos piratas fueron condenados a 5 años de prisión y otros extraditados a Hamburgo-Alemania. (V. MILEY, S. *Dutch Court Begins Europe’s First Somali Pirate Trial*, “*JURIST*” (May 25, 2010)

⁹⁸ Muchas empresas navieras no reportan los ataques piratas o robos armados por temor a que se incrementen sus primas de seguros. V. *Infra*.

⁹⁹ Michael Davey hace evidente el absurdo al referirse en uno de los títulos de su trabajo a “The Human Rights of the Enemy All Mankind” (DAVEY, M. “A pirate looks at the twenty-first century (...)”, ob.cit.).

antiguos confrontamientos ideológicos entre racionalistas y agnósticos / postmodernos, principialistas / positivistas y relativistas / constructivistas. Bien señala Anderson que suele utilizarse la piratería somalí como *método* para estudiar las condiciones conflictivas ideológicas surgidas como consecuencia de la globalización, en particular, las dicotomías entre la satisfacción de las necesidades primarias de los países subdesarrollados y la satisfacción de los intereses secundarios de las naciones desarrolladas. Ello permitiría explicar cómo la globalización puede ser la causa de exacerbación de la piratería y la posibilidad de su expansión en el futuro. Por nuestra parte -tal como lo anticipáramos- consideramos que la insolubilidad del problema de la piratería a nivel global (entendido no sólo como expresión de extensión planetaria sino como multiplicidad relacional multidimensional) surge del enfrentamiento entre las posiciones racionalistas del derecho (basadas en la seguridad general) y las postmodernas –asentadas en los particularismos y la lucha de clases, que acercan los principios garantistas del derecho penal desarrollado en el plano interno a los problemas internacionales. Los piratas han pasado a ser “trabajadores” en el mar¹⁰⁰.

Además, suelen minimizarse o no encuadrarse conforme al Derecho internacional las obligaciones de los Estados y otros entes con relación a los derechos humanos de las víctimas, situando el problema de las víctimas preeminentemente en el limitado marco de la seguridad de los mares, las garantías judiciales a los piratas, la sanción criminal de los piratas, pero nunca en el plano de las obligaciones de los Estados frente a las víctimas de la piratería, facilitando que la piratería prospere y anuncie impunemente la repetición de actos contra la humanidad, mientras los Estados y otros sujetos –los que debieran adoptar medidas eficaces para que actos de piratería no se produzcan- se vuelven con su inacción en verdaderos cómplices de los piratas en la comisión de violaciones de derechos fundamentales del ser humano (derecho a la vida, a la integridad física, a la propiedad, etc.). La percepción doctrinaria y jurisprudencial predominante (en este ámbito) de los derechos humanos es la que busca preservar los derechos humanos de los “enemigos del género humano” (pirata), enlazando esa perspectiva a la general del denominado “no-derecho de los pobres” –con la consiguiente necesidad de un nuevo pacto social-, lo que torna imposible una solución integral al problema de la piratería en alta mar y el robo armado en mares jurisdiccionales. Esa puja de posiciones, varias veces milenaria, difícilmente encuentre un punto de ensilladura en nuestro tiempo, menos, cuando se silencian en el diálogo los problemas de fondo -ideológicos- que dificultan el entendimiento.

¹⁰⁰ Anderson hace referencia a la existencia de unos 1000 a 1500 piratas “trabajando” en el mar. Observa el referido autor cómo en ciudades de Puntland ha habido un incremento de costosas construcciones de centenares de centenares de miles de dólares, fruto de la piratería. Además, hace presente que cada vez con más frecuencia se utilizan adolescentes para actuar como piratas a los fines de eludir o minimizar sanciones (ANDERSON, E. A. “It’s a Pirate’s Life for Some: The Development of an Illegal Industry in Response to an Unjust Global Power Dynamic”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* Vol. 17: 2 (Summer 2010), p. 130 y ss.).