

# Reenvíos normativos y límites internacionales en el tráfico ilegal de drogas en los espacios marinos\*

Amparo Martínez Guerra

*Prof.<sup>a</sup> Ayudante Doctora (acr. Titular Universidad). Universidad Complutense de Madrid*

---

MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. Reenvíos normativos y límites internacionales en el tráfico ilegal de drogas en los espacios marinos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-05, pp. 1-38.

<http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-05.pdf>

RESUMEN: La reforma del principio de jurisdicción universal por LO 1/2014, de 13 de marzo, limitó la persecución de los delitos de tráfico de drogas en alta mar. Casi cinco años después de la entrada en vigor de la ley, el Legislador español sigue malinterpretando las obligaciones relativas a jurisdicción y cooperación de los arts. 4 y 17 de la Convención de la ONU *contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas* de 1988. Esta situación obliga a mantener los forzados razonamientos de la STS 592/2014, de 24 de julio, para afirmar la jurisdicción de los Tribunales españoles sobre delitos de tráfico de drogas cometidos en alta mar.

PALABRAS CLAVE: Drogas ilícitas, persecución internacional, espacios marinos, art. 17 Convención ONU 1988, acuerdos bilaterales y suprarregionales,

Estado interviniente, conflicto de jurisdicciones, jurisdicción preferente y concurrente.

TITLE: **Legal renvoi and international limits in illicit drug trafficking on high seas**

ABSTRACT: The amendment of the universal jurisdiction principle pursuant to the Organic Law of 1/2014, 13 March limited the prosecution of drug trafficking on high seas. Nearly five years after the coming into force of the Act, the Spanish Legislator continues to misunderstand the legal obligations related to jurisdiction and cooperation contained in arts. 4 and 17 of the 1988 UN Convention on Illicit Drugs. This situation obliges to support the controversial Supreme Court decision 592/2014, of 24 July to establish the jurisdiction of the Spanish Courts for drug crimes committed on high seas.

KEYWORDS: Illicit drugs, international prosecution, high sea, art. 17 United Nations Convention 1988, bilateral and supraregional agreements, intervening State, preferential and concurrent jurisdiction.

Fecha de publicación: 30 mayo 2019

Contacto: [amparomguerra@der.ucm.es](mailto:amparomguerra@der.ucm.es)

*SUMARIO: 1. Cuestiones generales. 2. Obligaciones internacionales y posibilidades conforme al art. 23 LOPJ. 3. El ejercicio de la jurisdicción en los espacios marinos territoriales y extraterritoriales. 4. El contenido del art. 17 de la Convención de la ONU de 1988. 5. Modelos suprarregionales: el Acuerdo del Consejo de Europa de 31 de enero de 1995, sobre tráfico marítimo de drogas ilícitas. 6. Modelos bilaterales: acuerdos suscritos por España en materia de tráfico de drogas. 6.1. El Acuerdo entre el Reino de España y la República Italiana de 23 de marzo de 1990. 6.2. El Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa de 2 de marzo de 1998. 6.3. Otro tipo de iniciativas de carácter supranacional. 7. Conclusiones.*

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D DER 2016-74872-R, *Fiscalización Internacional de las drogas: problemas y soluciones* del que es IP la Dra. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda (Universidad Complutense de Madrid).

## 1. Consideraciones generales

La LO 1/2014, de 13 de marzo, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (en adelante, LO 1/2014) supuso cambio radical en la persecución de los delitos contenidos en el apartado 4 del art. 23 LOPJ. La finalidad del Legislador no era modificar el alcance la jurisdicción de los Tribunales españoles en la materia, sino *disimular* la limitación introducida en los delitos de Derecho Penal Internacional (genocidio, lesa humanidad, tortura, desapariciones forzosas y crímenes de guerra). El tráfico ilegal de drogas fue una víctima más de la accidentada tramitación de la reforma.

Aunque es un hecho innegable que no todos los delitos resultaron afectados de la misma forma y con idéntica intensidad, algunos como el terrorismo<sup>1</sup> y el tráfico de drogas también sufrieron las consecuencias de una reforma apresurada<sup>2</sup> y descoordinada que obviaba las obligaciones internacionales suscritas por nuestro país en la materia. La modificación de la LO 1/2014 en materia de tráfico de drogas respondió más al criterio general implantado por la norma de

<sup>1</sup> Por lo que respecta al terrorismo, apenas un año después de la aprobación de la LO 1/2014, de 13 de marzo, se modificaba el art. 23.4 para contemplar nuevas modalidades de delincuencia terrorista que, según la propia Exposición de Motivos de la ley, se contenían en la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 2178 de 24 de septiembre de 2014. La norma, aprobada en el marco del *Pacto Antiyihadista* reconocía implícitamente que la reforma había limitado la jurisdicción de los Tribunales españoles en una materia tan sensible como el terrorismo. Por ello la Disposición Final primera de la LO 2/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo*, introdujo el criterio de estancia y/o residencia en territorio español de sujeto extranjero y otro de conexión con extranjero en la misma situación o con español. Sobre las posibilidades de aplicación de este criterio en materia de terrorismo, véase, MARTÍNEZ GUERRA, A., “La persecución extraterritorial de los delitos de terrorismo: otra “víctima” de la nueva Jurisdicción Universal”, *Diario La Ley*, año XXXVI, nº 8561, de 15 de junio de 2015, pp. 3-6.

<sup>2</sup> La fórmula elegida fue la Proposición de Ley Orgánica (PPO), en este caso presentada por el Grupo Parlamentario Popular. Esta modalidad excluyó el dictamen del Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal. Además, el procedimiento seguido fue el de lectura única previsto en el art. 150 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Esta circunstancia forzó la celebración de un debate sobre la totalidad del proyecto.

establecer un régimen específico de persecución para cada uno de los delitos, que a la voluntad del Legislador de ajustarse al contenido de los Convenios internacionales.

Hasta la entrada en vigor de la reforma, los delitos de tráfico de drogas habían podido perseguirse sin restricción alguna relativa al territorio o/y la nacionalidad del autor. Las limitaciones incorporadas al texto por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, *complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial*<sup>3</sup>, no afectaron al ejercicio de la jurisdicción de los Tribunales españoles debido a la ausencia de jurisdicción de los órganos internacionales en esta materia. Sin embargo, los criterios introducidos por la reforma de 2014 sí tuvieron un impacto sustancial en su persecución<sup>4</sup>.

La primera consecuencia judicial de la modificación se produjo un mes y medio después de la entrada en vigor de LO 1/2014. La puesta en libertad de diecisiete

<sup>3</sup> BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.

<sup>4</sup> La redacción originaria del art. 23 de la LO 1/1985, de 1 de julio *del Poder Judicial*, consagró el principio de jurisdicción universal *puro o absoluto* en el Ordenamiento Jurídico español. El precepto permitía la persecución de delitos que hubieran sido cometidos fuera de territorio español independientemente de que sus autores tuvieran nacionalidad española o extranjera. El único requisito que imponía la ley era que los hechos fueran susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los delitos contenidos en su apartado 4. Esos delitos eran: a) genocidio; b) terrorismo; c) piratería y apoderamiento ilícito de naves; d) falsificación de moneda extranjera; e) los relativos a la prostitución; f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes y g) cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, debiera ser perseguido en España. Adicionalmente, mediante remisión al art. 23.2 c), el apartado 5 condicionaba el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales españoles a la inexistencia de cosa juzgada: “*Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda*”. Este requisito era también aplicable a los delitos perseguibles por aplicación del principio de personalidad activa conforme al art. 23.2 LOPJ. Hasta la reforma de 2009, las modificaciones que sufrió el art. 23.4 LOPJ se limitaron a añadir nuevos delitos al articulado. Mediante la LO 11/1999, de 30 de abril, *de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal*, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre se incluyeron los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces, fruto de la trasposición de diversas Decisiones Marco relativas a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la explotación sexual de menores (entre otras, la *Acción Común 96/700/JAI del Consejo, de 29-11 de 1996, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se establece un programa de estímulo e intercambio destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños*, de 12 de diciembre de 1996). Con ello, el Legislador ponía de manifiesto una vez más la confusión sobre la naturaleza y la configuración del delito de trata de seres humanos, que no sería formalmente incorporado al CP español hasta la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. La LO 3/2005, de 8 de julio, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina* incorporó una nueva letra g) que incluyó los delitos relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encontrasen en España. El artículo 23.4 g) volvería a ser modificado años después por la LO 13/2007, de 19 de noviembre, *para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas* con la finalidad de incluir este delito con independencia de que las personas fueren o no trabajadores. Las modificaciones fueron importantes por varias razones, pero sobre todo porque el Legislador abrió la puerta a establecer requisitos adicionales para el ejercicio de la jurisdicción en función del delito tal y como se produjo con respecto al de ablación genital y después al de inmigración clandestina.

personas acusadas de delitos de narcotráfico causó un conflicto judicial de notable envergadura que fue resuelto de una forma *particular* por el Tribunal Supremo en su sentencia 592/2014, de 24 de julio<sup>5</sup>. A juicio del Tribunal, la nueva regulación es "confusa" y propiciaba *"que las líneas interpretativas en esta materia, tan sensible en el ámbito internacional, no se hayan producido con la deseable claridad"*. Así, mantuvo que la nueva redacción del art. 23.4, concretamente en su apartado d) es una *"norma de atribución de la jurisdicción [que] tiene una configuración especial respecto a las demás, y debe ser aplicada de forma preferente cuando el delito se detecte en el referido espacio marítimo. Basta que los tratados internacionales permitan tal atribución para que mediante un acto legislativo del Estado concernido-como es nuestro caso, mediante la LO 1/2014 pueda proclamarse que ostenta jurisdicción facultada por los referidos instrumentos internacionales"* (FJ. Quinto)<sup>6</sup>.

Los Autos del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 6, 13 y 14 de mayo de 2014 habían resuelto los recursos de apelación confirmando el archivo de los procedimientos decretados por los JJCCII nº 1, 3 y 5<sup>7</sup>. En estos se había declarado la incompetencia sobrevenida de la AN tras la entrada en vigor de la nueva regulación de la jurisdicción universal. Los hechos, similares en los tres casos, fueron los siguientes: presuntos delitos cometidos en buques extranjeros (dos con bandera de Sierra Leona y otro "pirata"), por extranjeros (nacionalidad siria y egipcia) y

<sup>5</sup> STS (Sala Segunda) 592/2014, de 24 de julio (Ponente: Sánchez Melgar). En detalle sobre el contenido y el razonamiento de este fallo, DE LA PARTE POLANCO, M., "Más Justicia Universal; jurisdicción española en supuestos de tráfico de drogas. STS 592/2014, de 24 de julio de 2014", *Revista Arazandi Doctrinal*, nº 6, 2014, pp. 221-223; CABRERA PADRÓN, C., "Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la reforma de la Justicia Universal", *Iustel, Estudios y Comentarios*, 01/08/2014, pp. 1-4. Véase el mismo autor pero críticamente con la resolución de la AN en "Comentario crítico a la posición de la Audiencia Nacional sobre la reforma de la justicia universal: liberación de narcotraficantes", *Diario La Ley*, nº 8333, de 16 de junio de 2014, p. 4. Manteniendo la postura contraria, véase MARTÍNEZ GUERRA, A., "Narcobarcos e interpretación de Convenios Internacionales. La STS 592/2014, de 24 de julio", *Diario La Ley*, año XXXV, nº 8427, de 24 de noviembre de 2014, pp. 1-8.

<sup>6</sup> Desde el punto de vista procesal, el TS se pronunció sobre la procedencia del recurso de casación, reconociendo la existencia de un supuesto no regulado expresamente por el Legislador. El art. 848 LECRIM consideraba que el auto de sobreseimiento *"se reputará definitivo en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delitos y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos"*, circunstancia que no concurría en ese caso. No obstante, el TS entendió que debió estimarse la *"excepcionalidad y especial importancia de la cuestión, en cuanto que afecta a la extensión especial de la jurisdicción de los Tribunales del Estado español"* (Fundamento Jurídico segundo). Esta circunstancia motivó además la modificación del art. 848 LECR a través de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, BOE núm. 239, de 6 de octubre. La nueva redacción establece que *"podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada"*. En el mismo sentido, la STS (Sala Segunda) 847/2014, de 5 de diciembre (Ponente: Jorge Barreiro) Fundamento Jurídico primero.

<sup>7</sup> AAAN 21/2014, de 6 de mayo (Ponente: de Prada Solaesa); 25/2014, de 13 de mayo (Ponente: de Diego López) y 26/2014 de 14 de mayo (Ponente: de Diego López), respectivamente.

abordados en aguas internacionales sin que hubiera podido constatarse que tuvieran como destino España. El Pleno de la Sala de lo Penal de la AN centró su razonamiento en el análisis de los nuevos apartados de la LOPJ en materia de tráfico de drogas y en las obligaciones impuestas por la Convención de 1988. De esta forma concluyó que la interpretación sistemática del art. 23.4, letras d) e i) no permitía afirmar la jurisdicción de los Tribunales españoles en los términos mantenidos por la Fiscalía. Ésta, por el contrario, entendía que la remisión del art. 23.4 LOPJ implicaba la asunción expresa de la jurisdicción prevista en dichas Convenciones. La postura del Ministerio Fiscal fue apoyada en el voto particular de los Magistrados Grande-Marlaska, Espejel Jorquera, Hurtado Adrián y González Poveda. Los cuatro Magistrados consideraron que la nueva redacción del art. 23.4 d) de la LOPJ permitía el ejercicio de la jurisdicción por actos cometidos en los *espacios marinos* sin restricción alguna, mientras que el art. 23.4 i) se limita a hacer lo propio con respecto a los cometidos en *espacios terrestres*<sup>8</sup>. La STS 592/2014, de 24 de julio, resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto 25/2014, de 13 de mayo, del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, que desestimaba recurso de apelación interpuesto por aquél contra la decisión del JCI nº 3 de 11 de abril.

Más de cuatro años después de la decisión del TS el Legislador continúa sin reflexionar acerca de la problemática del texto vigente. Por ello, en la interpretación del alcance del art. 23.4 d) LOPJ se impone un análisis en profundidad de los instrumentos internacionales de carácter multilateral y bilateral. Sólo de esta forma podrá procederse a un desarrollo legislativo adecuado, que permita dar cobertura a este tipo de operaciones y eviten a futuro situaciones como las vividas en 2014.

## 2. Obligaciones internacionales y posibilidades conforme al art. 23 LOPJ

Para interpretar el alcance del art. 23 LOPJ en materia de tráfico de drogas es necesario atender a los Convenios internacionales suscritos por España y a la Decisión Marco (DM) 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre, *relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas*<sup>9</sup>. Los primeros, la *Convención de Ginebra sobre alta mar, mar territorial y zona contigua* de 1958<sup>10</sup>, la *Convención las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de Montego Bay* de 1982<sup>11</sup>, el *Convenio sobre las infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves*, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963<sup>12</sup> y la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópi-*

<sup>8</sup> La misma postura mantuvieron en el voto particular al AAN 37/2014, de 30 de junio (Ponente: De Prada Solaesa).

<sup>9</sup> DOUE L 335/8, de 11 de septiembre de 2004.

<sup>10</sup> BOE núm. 307 de 24 de diciembre de 1971.

<sup>11</sup> *Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1992*, BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997.

<sup>12</sup> *Instrumento de ratificación del Convenio sobre las infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves*, concluido en Tokio el 14 de septiembre de 1963, BOE núm. 308, de 25 de diciembre de 1969.

cas de 1988<sup>13</sup>. Este último es el instrumento principal en materia de jurisdicción penal, ya que incorpora obligaciones adicionales para las partes y amplía las posibilidades de persecución que ofrecían los textos precedentes, que apostaban por el criterio de territorialidad siempre supeditado al derecho nacional.

Las disposiciones penales contenidas en el art. 36 la *Convención única de 1961 sobre estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972*<sup>14</sup>, concretamente las referidas al ejercicio de la jurisdicción de los tribunales establecían la obligación de los Estados de juzgar los delitos cometidos en su territorio por nacionales o extranjeros (principio de territorialidad) o aquéllos cometidos por individuos que se encontraran en su territorio en caso de no autorizarse la extradición a la parte requirente (*aut dedere aut iudicare*). La Convención permitía también utilizar dichas disposiciones penales como base jurídica para la extradición en aquellos casos en los que no existiera tratado entre el Estado requirente y el requerido, si bien este último podría negarse si el delito no era lo suficientemente grave (art. 36.2 b ii)). Todo ello, atendiendo a lo dispuesto en las Constituciones nacionales (art. 36.2), limitando las disposiciones penales de la Convención a lo establecido en los derechos internos (art. 36.3) y reconociendo que, en materia de persecución de estos delitos debía de estarse a lo establecido por la Legislación nacional (art. 36.4). En términos similares se pronunciaba el art. 22 del *Instrumento de adhesión de España al Convenio sobre sustancias psicotrópicas*, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971<sup>15</sup>.

De acuerdo con el art. 4.1 a) de la Convención de 1988, las partes *adoptarán* las medidas que sean necesarias para declararse competentes cuando los delitos se hayan cometido (i) en su territorio y (ii) cuando se cometa a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito. En el apartado 4.2 a) se establece también la *obligación aut dedere aut iudicare* para los delitos cometidos en su territorio (i) o por un nacional suyo (ii) cuando la negativa a extraditar resida en alguno de estos dos elementos. No obstante, el art. 4.2 b) establece que los Estados podrán (*potestativamente*) establecer la jurisdicción de sus tribunales cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha parte no lo extradite a otra. Es decir, la Convención establece la *obligación* de España de perseguir los delitos cometidos *en su territorio* (principio de territorialidad) y en aquellos casos en los que la negativa a extraditar por parte de España se deba a que el delito se cometió en territorio español o por un nacional español (*aut dedere aut iudicare*).

Las posibilidades de aplicación extraterritorial de la Convención se regulan en el apartado 4.1.b). En él se establece que las partes *podrán adoptar* (potestativo) las medidas que sean necesarias para declararse competentes respecto de los delitos cuando: i) se cometan por un nacional suyo (principio de personalidad activa) o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio; ii) cuando se cometan a

<sup>13</sup> *Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988*, BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 1990.

<sup>14</sup> BOE núm. 39, de 15 de febrero de 1977.

<sup>15</sup> BOE núm. 218, de 10 de septiembre de 1976.

bordo de una nave para cuya incautación haya recibido la autorización del Estado parte de acuerdo con el art. 17, siempre que esa competencia se ejerza sobre la base de los acuerdos o arreglos a que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo; iii) cuando se trate de modalidades de participación, formas imperfectas de ejecución y actos preparatorios y se cometa fuera de su territorio con miras a perpetrar en él uno de los delitos tipificados (art. 3.1.c.iv). Finalmente, el art. 4.3 establece que “*la presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno*”. La Convención permite a los Estados establecer el ejercicio de su jurisdicción sobre el tráfico ilegal de drogas de acuerdo con su derecho interno fijando unos términos obligatorios de “mínimos” (*adoptarán*) y otros potestativos de “máximos” (*podrán*).

A los instrumentos internacionales hay que sumar las disposiciones contenidas en la DM 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre. Esta Decisión, en su art. 8.1, obliga a los Estados a perseguir las conductas contenidas en sus artículos 2 y 3<sup>16</sup> cuando a) el delito se haya cometido total o parcialmente en su territorio (principio de territorialidad); b) cuando el autor sea nacional suyo (principio de personalidad activa) o c) cuando se haya cometido en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio. Esta última opción resulta especialmente llamativa porque España no incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas a su CP hasta el año 2010. Esta circunstancia impedía no sólo la persecución de los posibles delitos cometidos por éstas cuando tuvieran nacionalidad española, sino también los cometidos por personas jurídicas extranjeras radicadas en territorio español. De manera potestativa, el apartado 2 de ese artículo permite a los Estados no perseguir las conductas o hacerlo sólo en determinados casos cuando la conducta se haya llevado a cabo fuera de su territorio<sup>17</sup>. El ámbito extensión de la jurisdicción extraterritorial de este instrumento comunitario es, por tanto, mucho más restringido que las opciones previstas en Derecho nacional, en este caso el español.

El art. 23 LOPJ cumple con la obligación de extender la jurisdicción de los Tribunales a los delitos cometidos en el territorio español o a bordo de buques, naves o aeronaves españolas, *sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en*

<sup>16</sup> El art. 2.1 de la DM 2004/757/JAI obliga a los Estados Parte a tipificar “*a) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas; b) el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis; c) la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en la letra a); d) la fabricación, el transporte o la distribución de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en la producción o la fabricación de drogas o para dichos fines*”. Por su parte, el apartado 2 del mismo precepto excluye del ámbito de aplicación del anterior las conductas cuyo fin exclusivo sea el autoconsumo. Esta previsión es consecuencia de la aplicación del principio de subsidiariedad consagrado en el Considerando 4 de la DM. Por su parte, el art. 3.1 obliga a los Estados a tipificar la inducción, la complicidad y la tentativa de los comportamientos señalados en art. 2.

<sup>17</sup> En estos casos, el Estado debe comunicárselo a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión con la finalidad de informar en qué situaciones y circunstancias procederá a la aplicación del precepto (art. 8.4).

*los que España sea parte*” (apartado 1). También satisface la obligación *aut dedere aut judicare* del art. 4.2 a) y b) de la Convención de 1988 (apartado 4)<sup>18</sup>. Sin embargo, como veremos a continuación, la opción del Legislador para establecer la jurisdicción de los Tribunales en los supuestos establecidos por aquella de manera potestativa resulta confusa, incompleta y problemática porque mezcla, entre otros criterios, el principio de personalidad activa y el de jurisdicción universal. A ello hay que añadir que el texto aprobado por la LO 1/2014 establece un régimen *dual* de persecución dentro del propio apartado 4 del art. 23 LOPJ.

En primer lugar, el art. 23.2 LOPJ aplica el principio de *personalidad activa* para extender la jurisdicción de los Tribunales a delitos cometidos fuera de territorio español cuando los criminalmente responsables sean españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del mismo<sup>19</sup>. Se exige además el cumplimiento de tres condiciones. La primera, que se satisfaga el requisito de la *doble incriminación*, algo que puede hacerse no sólo mediante la tipificación por parte del Estado territorial, sino también cuando lo establezca un Tratado Internacional o un acto normativo de una Organización Internacional [art. 23.2 a)]<sup>20</sup>. Estamos por tanto, ante una formulación amplia de la doble incriminación que permite atender no sólo al derecho interno, sino también a las obligaciones contraídas internacionalmente por los Estados<sup>21</sup>. La segunda, que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan denuncia o querrela ante los Tribunales españoles. Finalmente, “*que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la*

<sup>18</sup> Según el art. 23.4 LOPJ “*Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera de territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España*”.

<sup>19</sup> La posibilidad de perseguir el delito cuando el responsable sea extranjero y haya adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho delictivo no se contempla en la redacción del art. 23.4 i) LOPJ.

<sup>20</sup> La LO 11/1999 de 30 de abril vino a consagrar el principio de primacía del Derecho Internacional sobre el interno, conforme a la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo de 1969. Aunque el art. 23.2 LOPJ continuaba exigiendo la doble incriminación de la conducta, ampliaba las opciones para satisfacer este requisito al permitir que ésta se diera también “*en virtud de Tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España fuera parte*”. Esta formulación permite desde entonces a los Jueces y Tribunales españoles sortear el obstáculo de la ausencia de trasposición del tipo penal al Ordenamiento interno por parte del Estado territorial. Adicionalmente, de acuerdo con el art. 27 de la *Convención de Viena* se establece la imposibilidad de invocar disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado con la única excepción del supuesto previsto en el art. 46 (*nulidad de los tratados*).

<sup>21</sup> VAN DEN WYNGAERT, C., “Double criminality as requirement of jurisdiction”, en JAREBORG, N (ed.) *Double criminality. Studies in International Law*, Uppsala, 1989, pp. 50 y ss., quien distingue entre la doble incriminación como requisito de la extradición y como presupuesto para el ejercicio de la jurisdicción. En este último caso, estamos ante la aplicación extraterritorial de la ley y, por tanto, ante la aplicación de derecho interno. Ello hace que la doble incriminación sirva como parámetro para aplicar el derecho interno en el enjuiciamiento de un delito.



*hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.*

En segundo lugar, la persecución extraterritorial del tráfico de drogas también es posible atendiendo a lo dispuesto en el art. 23.4 LOPJ. Los dos requisitos comunes a todos los delitos contenidos en el apartado 4 son su comisión por ciudadanos españoles o extranjeros y su tipificación conforme a la ley española. La ubicación del tráfico de drogas en el 23.4 LOPJ permitirá seguir sorteando el requisito de la doble incriminación, pero tras la reforma de la LO 1/2014 se exigirá que el agraviado o el Ministerio Fiscal interponga querrela ante los Tribunales españoles en los mismos términos que en el art. 23.2 b) LOPJ. La reforma extiende este requisito también a los tipos penales contenidos en el art. 23.3 LOPJ (principio de protección). De esta manera la persecución extraterritorial de los delitos deja de ser de oficio y queda supeditada a la actuación del agraviado o del Ministerio Fiscal<sup>22</sup>.

Las condiciones de aplicación extraterritorial de la jurisdicción en materia de tráfico de drogas se establecen en las letras d) e i) del art. 23.4 LOPJ. El apartado i) permite la persecución de estos delitos cuando “1º el procedimiento se dirija contra un español [art. 23.4 i)] o 2º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a la comisión en territorio español”. Sin embargo, la nueva redacción obvia la persecución del delito cuando se cometa por una persona que tenga su residencia habitual en territorio español, supuesto permitido por la Convención [art. 4.1. b) i)]. A esta circunstancia hay que añadir que el tenor literal del apartado 2º se aleja de la redacción de la Convención y limita sus efectos.

El Legislador español permite perseguir cuando se trate de “actos de ejecución” con miras a la comisión en territorio español, mientras que la Convención lo extiende a “la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad en el presente artículo, la asociación, y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión” [art. 3.1.c) iv]. A nuestro juicio, lo relevante en la redacción elegida por el Legislador español es el hecho de que haya renunciado a la persecución de los actos preparatorios fuera de territorio nacional, algo que sí permite la Convención<sup>23</sup>. Esta opción legislativa resulta llamativa si tenemos en

<sup>22</sup> Así lo determina el nuevo apartado 6 del art. 23 LOPJ.

<sup>23</sup> En su redacción original en inglés la Convención utiliza el término *conspiracy*. Precisamente esta modalidad delictiva ha sido el elemento clave para extender la jurisdicción de los Tribunales norteamericanos en aplicación de *Maritime Drug Enforcement Act* americana [46 USC §§70501-70508 (2016)] pero también el centro de la discusión doctrinal y jurisprudencial creada al respecto. Vid. por todos, AQUILA, E., “Courts have gone overboard in applying the Maritime Drug Law Enforcement Act”, *Fordham Law Review*, vol. 86, issue 6, 2018, pp. 2965-2991 y CASAVANT, A., “In defense of the U.S Maritime Drug Law Enforcement Act: A justification for the Law’s Extraterritorial reach”, *Harvard National Security Journal*, 2017, vol. 8, pp. 192-135.

cuenta que los actos preparatorios están expresamente tipificados en nuestro CP (art. 373 CP).

La expresión *con miras a su comisión* se ha incorporado al articulado del precepto para perseguir los delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos [art. 23.4 j) LOPJ]. *A priori*, su uso podría responder al interés por prevenir la comisión de hechos delictivos en el Estado territorial de forma similar a la naturaleza del principio de protección del art. 23.3 LOPJ. En Derecho comparado, concretamente en el ámbito anglosajón, la Doctrina se ha inclinado tradicionalmente por considerarlo una extensión del principio de territorialidad a través de la creación de una *ficción* que abarque el elemento objetivo y subjetivo<sup>24</sup>. Esta construcción teórica fue expresamente reconocida por la Jurisprudencia y, por ejemplo, en los Estados Unidos, los Tribunales constataron expresamente que el principio de territorialidad incluye no sólo comportamientos que se hayan producido en el territorio, sino también fuera del mismo<sup>25</sup>.

La persecución del tráfico ilícito de drogas también es posible cuando los delitos se cometan en los “*espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte*” [art. 23.4 d) LOPJ]. Este régimen específico de persecución de ilícitos cometidos en los espacios marinos es aplicable también a los delitos de piratería, terrorismo, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad en la navegación marítima. La redacción final de este precepto sustituyó al apartado ii) del art. 23. 4 h) de la de PPLO, cuya letra ii) establecía literalmente “*cuando el delito se hubiere cometido a bordo de una nave que hubiera sido abordada o inspeccionada por las autoridades españolas con autorización del Estado de su pabellón y lo autorice expresamente un acuerdo o arreglo regional o bilateral*”<sup>26</sup>. La modificación de este precepto de la PPLO se contenía en una enmienda del propio Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, cuya justificación fue la “*mejora técnica de la regulación de la jurisdicción en casos*

<sup>24</sup> Véase la propuesta de artículo 3 sobre la jurisdicción territorial realizada por la Harvard Research Draft Convention Draft with respect to a crime”, *American Journal of International Law*, Suppl. 1935, p. 439. En ella se planteó la necesidad de configurar el principio de territorialidad incluyendo un elemento objetivo y otro subjetivo. Su existencia permitiría al Estado ejercer su jurisdicción sobre conductas desarrolladas fuera de sus fronteras pero que pudieran producir importantes efectos dentro de ellas. También, FRITCH, C. R., “Drug Smuggling on the High Seas: Using International Legal Principles to establish jurisdiction over illicit narcotics trade and the Ninth Circuit’s unnecessary nexus requirement”, *Washington University Global Studies Law Review*, 2009, vol. 8, issue 4, p. 712.

<sup>25</sup> Entre otros fallos destacan *US v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d 416 (2d. Cir. 1945) y en *US v. Felix-Gutiérrez*, 940 F.2d 1200 (9th Cir. 1991).

<sup>26</sup> El resto del articulado se completaba con los apartados i) e ii) que establecían *i. el procedimiento se dirija contra un español; iii. cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español*. Vid. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*, BOCCGG núm. 157-1, Serie B, de 27 de enero de 2014.

*de piratería y otros delitos cometidos en los espacios marinos*”<sup>27</sup>. La acelerada tramitación de la ley no permitió un debate profundo sobre los términos de la propuesta, algo que probablemente provocó que la mayoría de los grupos parlamentarios pasaran por alto la restricción que se imponía en materia de tráfico de drogas. El estudio de las enmiendas planteadas en el Congreso de los Diputados y en el Senado permite observar que la atención se centró en el impacto de la reforma en los delitos internacionales *puros*<sup>28</sup>.

Así las cosas, el nuevo enunciado del art. 23.4 LOPJ limita la jurisdicción extraterritorial de los Tribunales españoles a los delitos de tráfico drogas cometidos por ciudadano español (*personalidad activa*), en buques o naves abordadas o inspeccionadas por autoridades españolas con permiso del país de pabellón y conforme a acuerdo regional o bilateral y cuando se tratare de actos de ejecución con miras a la constitución de organización criminal o de ejecución en España. La regulación excluye la jurisdicción en aquellos casos en los que no exista dicho acuerdo regional o bilateral y también en otros como la persecución de los delitos en aguas internacionales y cometidos en buque con bandera pirata.

Por ello y por lo que se expondrá a continuación, la STS 592/2014, de 24 de julio, se excedió en interpretación del alcance del art. 23.4 d) LOPJ y en el contenido del art. 17 de la Convención de 1988 a la que el TS considera que reenvía la LOPJ. El fallo del Alto Tribunal identificó la “*obligación de cooperación en la represión del tráfico ilícito de drogas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas en los espacios marinos*” con la “*atribución de la jurisdicción a los Tribunales nacionales para su persecución*”. Sin embargo, ni las posibilidades son iguales para todos los delitos, ni la Convención de 1988 fija de manera clara y unívoca una obligación de perseguir en determinadas situaciones. Ello tiene como consecuencia que el Legislador reenvíe a un precepto internacional de naturaleza potestativa que requiere desarrollo concreto por el Estado parte. A fecha de hoy, España sólo lo ha realizado en dos supuestos concretos (Vid. *infra* Convenios suscritos con la República de Italia y Portugal).

<sup>27</sup> Vid. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Proposición de ley orgánica 122/000136 de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*. Enmiendas, BOCCGG 157.5/2014, de 27 de febrero de 2014, concretamente la enmienda núm. 32, firmante: Grupo Parlamentario Popular.

<sup>28</sup> La única excepción se encontraba en la propuesta de veto núm. 3 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (GPMx). En su apartado octavo, los senadores D. Jesús Enrique Iglesias Fernández y D. José Manuel Mariscal Cifuentes alertaban de que “*la persecución del tráfico ilegal de drogas y estupefacientes se limita seriamente al condicionarse la aprehensión de los alijos en alta mar a la previa autorización del estado bajo cuyo pabellón navega el alijo además de exigirse la existencia de un convenio regional o bilateral que contemple dicho procedimiento de colaboración entre estados*”. Vid. SENADO, *Iniciativas legislativas. Proyectos y Proposiciones del Ley, Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*, BOCCGG núm. 317, de 7 de marzo de 2014, p. 31.

### 3. El ejercicio de la jurisdicción en los *espacios marinos territoriales y extraterritoriales*

El elemento esencial en la interpretación del alcance de la jurisdicción de los Tribunales españoles es la concreción del término “*en los espacios marinos*”. Sólo a partir de entonces podremos determinar qué posibilidades existen en materia de persecución de los delitos de tráfico de drogas, bien por atribución de la jurisdicción de los Tribunales o bien por la fijación de los criterios de resolución del conflicto jurisdiccional.

El primero de los espacios marinos señalados en la Convención de Montego Bay de 1982 es el *mar territorial*, sujeto a la soberanía del Estado ribereño. Aquélla se extiende “*más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial*” (art. 2.1)<sup>29</sup>. El art. 27.1 establece las excepciones que permiten al Estado ribereño ejercer su jurisdicción penal con respecto a delitos cometidos en buques extranjeros que hagan uso del *derecho de paso inocente*<sup>30</sup> por mar territorial. Además de los casos en los que la comisión del delito pudiera tener consecuencias para el Estado ribereño (letra a), perturbar la paz del mismo o el buen orden de su mar territorial (letra b), se prevén específicamente aquellos casos en los que el capitán del buque o un agente diplomático o consular hubiera solicitado la asistencia a las autoridades locales (letra c) y “*cuando tales medidas sean necesarias para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas*” (letra d).

En la zona contigua al mar territorial, regulada en el art. 33 de la Convención de 1982, el “*Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización que sean necesarias para: a) prevenir las infracciones de sus leyes y sus reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se comentan en su territorio o en su mar territorial; b) sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial*”. La zona contigua no es considerada territorio nacional sino aguas internacionales. Así lo reconoció también la STS 866/2014, de 11 de diciembre, al acoger la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal en su recurso de casación. En este asunto, el Ministerio Público sostuvo que el ejercicio de jurisdicción de los Tribunales españoles en materia de tráfico de drogas en la zona contigua se derivaba de la interpretación sistemática del art. 33, del

<sup>29</sup> El mar territorial se regula por la Ley 10/1977, de 4 de enero, *sobre el mar territorial*, BOE núm. 7 de 8 de enero de 1977.

<sup>30</sup> Conforme al *derecho de paso inocente regulado* en los arts. 17 y siguientes. Concretamente, “*atravesar dicho mar sin penetrar en aguas interiores ni hacer escala en una rada o instalación portuaria fuera de las aguas interiores; o b) dirigirse hacia las aguas interiores o salir de ellas, o hacer escala en una de esas radas o instalaciones portuarias o salir de ella*” (art. 18).

*derecho de persecución* regulado en el art. 111 (*Right of hot pursuit*)<sup>31</sup> y del art. 2. 1 g) y 2. 3 a) de la LO 6/2011, de 30 de junio, *por la que se modifica la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando*. Estos apartados contienen una previsión específica para el tráfico de drogas que permiten extender la jurisdicción de los Tribunales españoles extraterritorialmente<sup>32</sup> y, por tanto, declarar la competencia de la AN [arts. 65.1 e) y 88 LOPJ].

La Zona Económica Exclusiva (ZEE) se encuentra regulada en la Parte V (arts. 55 y ss) de la Convención de Montego Bay de 1982. Se define como “*el área situada más allá del mar territorial y la zona adyacente*” (art. 55) y confiere jurisdicción al Estado ribereño en materia de explotación y preservación de los espacios naturales, así como la investigación científica (art. 56). La Convención permite el ejercicio de sus derechos de soberanía “*para la explotación, conservación y administración de los recursos vivos de la zona*” y aplicar las “*medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con esta convención, incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales*” (art. 73.1). Los derechos de soberanía sobre la explotación de los recursos naturales se extienden también a la plataforma continental (art. 77.1).

Finalmente, la Convención de 1982 regula en su Parte VII la alta mar, espacio en el que se reconoce la libertad de navegación (art. 87.1 a). En alta mar, los buques estarán sometidos a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón (art. 92.1). Especialmente relevante es la previsión contenida en el art. 97 que, en caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido en un buque en alta mar “*limita la incoación de procedimientos penales o disciplinarios contra el capitán u otras personas al servicio del buque ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado del pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales*”.

<sup>31</sup> El precepto permite al Estado ribereño proceder a la persecución de un buque por infracción de sus leyes y reglamentos más allá del mar territorial si la infracción se ha cometido en éste, en las aguas interiores, en las archipiélagas o en la zona contigua y no se ha interrumpido (art. 111.1). También se permitirá extender la persecución a la Zona Económica Exclusiva y a la plataforma continental en determinados casos (art. 111.2). El derecho de persecución cesará cuando el buque perseguido entre el mar territorial del Estado de su pabellón o en el de un tercer Estado (art. 111.3).

<sup>32</sup> El art. 2.1 establece que “*cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea superior a 150.000 euros los que realicen algunos de los siguientes hechos: g) Alijen o transborden de un buque clandestinamente cualquier clase de mercancías, géneros o efectos dentro de las aguas interiores o del mar territorial español o la zona contigua, o en las circunstancias previstas en el artículo 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del Mar, hecha en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982*”. Por su parte, el apartado 3 a) del mismo precepto determina que “*Cometen asimismo delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo, si concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupacientes, sustancias psicotrópicas, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores, o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito, o cuando el contrabando se realice a través de una organización, con independencia del valor de los bienes, géneros o mercancías*”.

Las disposiciones anteriores deben completarse con lo previsto en la Convención relativo a la cooperación y el ejercicio de la jurisdicción penal con respecto a algunos delitos. Partiendo del deber general de todo buque de prestar auxilio a *“toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar”* (art. 98.1), el texto tiene previsiones específicas para los delitos de transporte de esclavos, piratería, tráfico ilícito de drogas y las transmisiones no autorizadas desde la alta mar. Con respecto al transporte de esclavos, el art. 99 establece su prohibición absoluta, así como la obligación todos los Estados impedirlo y castigarlo cuando se cometa en buques autorizados para enarbolar su pabellón o usarlo legalmente. Del mismo modo, el art. 100 establece la obligación de todos los Estados de *“cooperar en la medida de lo posible en la represión de la piratería en la alta mar o cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado”*<sup>33</sup>.

El art. 109 establece obligación de cooperar de los Estados en las transmisiones no autorizadas efectuadas desde la alta mar. Lo significativo de este precepto es que su apartado 3 establece la posibilidad de perseguir este delito por los tribunales a) del Estado del pabellón; b) del Estado en el que se encuentre registrada la instalación; c) del Estado del autor; d) de cualquiera de los Estados en los que se reciba la transmisión o e) de los de cualquier Estado cuyos servicios de radiocomunicación sufran interferencias<sup>34</sup>. Este delito no existe actualmente en nuestro CP.

El precepto determinante de la Convención de 1982 en la materia que nos ocupa es el art. 108. En él se establece la obligación de cooperar para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en la alta mar *“en violación de las convenciones internacionales”*. Su apartado segundo permite a todo *“Estado que tenga motivos razonables para creer que un buque que enarbola su pabellón se dedica al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas (podrá) solicitar la cooperación de otros Estados para poner fin a tal tráfico”*. Como puede observarse, esta previsión es idéntica a la contenida en el art. 17.2 de la Convención de 1988 y establece la *obligación de cooperar*. Cuestión diferente, como veremos a continuación, es en qué debe concretarse y cómo esa cooperación (Vid. infra epígrafe 4).

El análisis detallado de esos preceptos permite observar que, con respecto al tráfico de drogas, las posibilidades de persecución en alta mar son más limitadas. Esto se produce porque la Convención de 1982 remite expresamente a las convenciones internacionales en la materia, algo que no hace en el caso del transporte

<sup>33</sup> Las previsiones en materia de piratería se complementan con lo establecido en los arts. 102 a 107. En este último se autoriza únicamente a determinados buques al servicio del Estado para realizar los apresamientos.

<sup>34</sup> Además, el apartado 4 del art. 109 permite, al Estado que tenga jurisdicción de conformidad con lo establecido en el precepto anterior, apresar al buque y a las personas y confiscar el equipo transmisor.

de esclavos, piratería e incluso las transmisiones no autorizadas. También porque el art. 108 no establece, como sí lo hace el 109, ni un abanico de foros jurisdiccionales potestativos, ni la posibilidad de realizar apresamientos de los barcos en alta mar como se hace en el caso de la piratería. Además, el tráfico de drogas no se encuentra entre los delitos recogidos en el apartado 1 del art. 110 que regula el *derecho de visita* a buques en alta mar<sup>35</sup>. Solamente mediante la aplicación sistemática del *derecho de persecución* contenido en el art. 111 de la Convención, la jurisdicción del ribereño podría, con los límites previstos, extenderse más allá del mar territorial sin necesidad de tratado ulterior que lo establezca.

Como se ha podido observar, el ejercicio de la jurisdicción penal en los *espacios marinos* únicamente es uniforme y homogéneo en aquellos casos en los que estemos en un espacio marino identificable como *territorio*. En el resto prevalecerá con carácter general el criterio de *territorialidad* a través de la *ficción* del pabellón. Además de ello, la Convención de 1982 establece regímenes diferentes de cooperación y ejercicio de la jurisdicción penal en función de los delitos. De todos, el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes es, sin lugar a dudas, el que presenta mayores limitaciones. Así se estableció en la sentencia *Medvedyev y otros c. Francia* (2010). En ella, el TEDH mantuvo que el art. 108 de la Convención de Montego Bay no constituye base legal para que los Estados (Francia) actúen cuando el buque o la embarcación sospechosa ostenta pabellón de un Estado (en ese caso de Camboya) que no es parte de la Convención internacional. El propio Tribunal reconoció expresamente que “*esa laguna del art. 108 de la Convención de Montego Bay vis-à-vis en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas se refleja también en el resto del texto: no sólo las previsiones relativas al tráfico de drogas son mínimas –en comparación con las relativas a piratería, por ejemplo, a las que se dedican ocho artículos, que además descansan, inter alia, en el principio de jurisdicción universal del Estado del pabellón- sino que la lucha contra el tráfico de drogas no está entre los delitos, recogidos en el artículo 110, cuya sospecha legítima el derecho de abordar e inspeccionar embarcaciones exranjeras*”<sup>36</sup>.

Por el contrario, tanto el transporte de esclavos (actualmente trata de seres humanos) como la piratería gozan de mayores posibilidades en su persecución en alta mar debido su carácter histórico<sup>37</sup>. Esta circunstancia probablemente creó confusión en el Legislador español a la hora utilizar la cláusula “*en los espacios marinos*” para todos ellos. La consecuencia de ello es que el alcance de la perse-

<sup>35</sup> Sí lo están la piratería (art. 110.1 a), el tráfico de esclavos (art. 110.1 b) y la realización de transmisiones no autorizadas (art. 110.1 c).

<sup>36</sup> Sentencia (Gran Sala) *Medvedyev y otros c. Francia*, de 29 de marzo de 2010, párrafo 85.

<sup>37</sup> Sobre la utilización de la “analogía” en materia de piratería para defender la “nueva jurisdicción universal”, véase KONTOROVIC, E., “Universal Jurisdiction and the Piracy Analogy”, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, no. 1, 2004, pp. 207 y ss.

cución de los delitos contenidos en el art. 23.4 d) LOPJ en los *espacios marinos* no sea el mismo y, en el caso concreto del tráfico ilícito de drogas en alta mar, incluso resulte mucho más limitado que en el resto. A esta circunstancia hay que añadir que ni el art. 4 de la Convención de 1988 ni la de 1982 se pronuncian sobre la jurisdicción de los Estados parte por posibles delitos cometidos en alta mar a bordo de buques sin pabellón o en situación asimilada<sup>38</sup>. No obstante, el primero de los instrumentos reconoce expresamente que “(la presente Convención) *no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una parte de conformidad con su derecho interno*” (art. 4.3). En estos casos, el instrumento que puede extender la jurisdicción de los Tribunales nacionales más allá de la Convención será el derecho interno, tal y como ocurría con la redacción del art. 23.4 LOPJ en materia de tráfico de drogas antes de la reforma de 2014.

#### 4. El contenido del artículo 17 de la Convención de la ONU de 1988

El art. 17 de la Convención de la ONU de 1988 permite extender la jurisdicción de los Tribunales de los Estados parte más allá de los supuestos previstos en su art. 4. No obstante, estas opciones requieren desarrollo normativo específico. Partiendo de la obligación general de cooperar prevista en el apartado 1, el art.17 establece un marco que permite la asistencia recíproca en casos de utilización de barcos para el tráfico ilícito de drogas. Por un lado, con respecto a naves que enarbolan pabellón propio o de otro Estado y por otro, con respecto a aquéllos que no enarbolan ningún pabellón o matrícula (art. 17.2). El primer supuesto, además de ser potestativo, es probablemente el menos problemático ya que es el propio Estado quien, ante la sospecha fundada de que un barco suyo pudiera estar siendo utilizado para el tráfico ilícito, requiere voluntariamente la asistencia de otro.

Más complejo resulta el segundo supuesto regulado en el art. 17.3. Este precepto permite que “*toda parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo a Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave*”. Algunas de las medidas que el Estado del pabellón puede autorizar están reguladas en el apartado 4: a)

<sup>38</sup> UNITED NATIONS. OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Practical Guide for the competent national authorities under article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988*, New York, United Nations, 2004, p. 7.



abordar la nave; b) inspeccionar la nave, c) adoptar medidas relativa a la carga, la nave y la tripulación “*si se descubren pruebas de implicación en tráfico ilícito*”<sup>39</sup>.

Las medidas anteriores sólo podrán llevarse a cabo por buques de guerra o aeronaves militares “*u otras naves o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como naves o aeronaves al servicio de un gobierno o autorizadas a tal fin*”. El propio texto, así como los acuerdos entre las partes, permite ser utilizado como base legal para la adopción de las medidas de cooperación entre las que no se incluye el ejercicio de la jurisdicción (art. 17.4). Además, el artículo invita a las partes a concertar acuerdos o arreglos bilaterales o regionales para implementar el contenido del precepto o hacerlo más eficaz. El límite que impone la propia Convención es la no intervención en los derechos y obligaciones de los Estados ribereños y en el ejercicio de su jurisdicción, de acuerdo con el Derecho Internacional del Mar (art. 17.11).

El mecanismo previsto en el art. 17 de la Convención de 1988 otorga una gran flexibilidad a las partes en la cooperación para la persecución del tráfico ilegal de drogas y sustancias estupefacientes<sup>40</sup>. Sin embargo, su contenido ni reconoce ni establece un criterio obligatorio o potestativo de atribución de la jurisdicción de los Tribunales de un Estado sobre los posibles delitos cometidos en alta mar a bordo de una nave que enabore el pabellón de otro Estado. Esta posibilidad única y exclusivamente puede contemplarse si existe un acuerdo o arreglo previo entre las partes que desarrolle las previsiones de los apartados 4 y 9 del art. 17 y haya existido autorización previa del Estado del pabellón conforme a lo fijado en el acuerdo. Es decir, postestativamente, los Estados podrán concertar estos acuerdos en los que se reconozca la jurisdicción preferente del Estado del pabellón y el mecanismo mediante el cual éste puede cederla o delegarla al Estado parte con quien tenga el acuerdo. En su caso, el Estado solicitante (*interviniente*) requerirá expresamente al primero que renuncie en su favor al ejercicio de su jurisdicción preferente. Así se desprende del contenido del art. 4.b) ii): cada una de las partes podrá adoptar las medidas para declararse competente cuando...”*el delito se cometa a bordo de una nave para cuya incautación dicha parte haya recibido previamente autorización con arreglo a lo previsto en el artículo 17, siempre que esa competencia se ejerza*

<sup>39</sup> Los apartados 5, 6, 7 y 8 del art. 17 establecen la obligación de las partes de no poner en peligro ni la seguridad de la vida en el mar, ni a la tripulación; la posibilidad de celebrar acuerdos adicionales en los que se regule la responsabilidad de las partes en materia de daños; designar a la autoridad competente en para recibir y responder a las solicitudes de cooperación e informar con prontitud al Estado del pabellón de los resultados de las medidas adoptadas.

<sup>40</sup> La flexibilidad es tal que, por ejemplo, la ratificación de la Convención de Montego Bay de 1982 *sobre el Derecho del Mar* no es requisito indispensable para la celebración de este tipo de acuerdos, a pesar de que tienen por objeto la extensión de la jurisdicción de los Tribunales a delitos cometidos a bordo de buques extranjeros en alta mar. Así lo ha establecido la propia ONU. Véase, OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Practical Guide for the competent national authorities under article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988*, cit, nota 7.

sobre la base de los acuerdos o arreglos a los que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo”.

En definitiva, la Convención de 1988 establece obligaciones de los Estados parte en materia de extensión de la jurisdicción de sus Tribunales de manera limitada. Es cierto que potestativamente les permite ampliar su alcance, algo que no todos los Estados parte hacen, entre ellos España. La creación de ese mecanismo de cooperación del art. 17 de la Convención permite a los Estados soberanos extender esa persecución casi hasta donde las partes contratantes quieran, pero mediante el correspondiente desarrollo normativo. Así se deduce de la interpretación conjunta de los arts. 4 y 17. El primer artículo hace referencia expresa al ejercicio de la jurisdicción, conforme a lo establecido en los acuerdos bilaterales o regionales a los que remite el segundo, que requieren de desarrollo normativo. Esta circunstancia se produce porque, al contrario de lo que ocurre con los instrumentos suprarregionales y bilaterales que se analizarán a continuación, la Convención de 1988 no crea un *derecho de intervención* en alta mar del que se derive un *conflicto jurisdiccional* entre el Estado *interviniente* y el Estado del pabellón que ostenta la *jurisdicción exclusiva y preferente*.

La existencia de un conflicto jurisdiccional es la base que permite aplicar un acuerdo o bilateral o regional específico e incluso un acuerdo *ad hoc* alcanzado entre las partes mediante la consulta del Estado interviniente al del pabellón. Éste fue el caso planteado en *Rigopoulos c. España*, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) inadmitió la demanda<sup>41</sup> por entender que el acuerdo verbal entre España y Panamá era suficiente para legitimar la detención en aguas internacionales del buque con bandera panameña *Archangelos*. La detención se realizó por el Servicio de Vigilancia Aduanera, según lo ordenado por el Juzgado Central de Instrucción I de la AN en diligencias previas núm. 88/94. La autorización del Estado del pabellón se había obtenido de la Embajada de la República de Panamá en Madrid a través de nota verbal. En esa nota se facultaba “a las autoridades españolas para proceder al abordaje y apresamiento del buque *Archangelos*, así como la detención de su tripulación por ser portadores según parece de un cargamento de cocaína”<sup>42</sup>.

En el asunto *Rigopoulos c. España* ambos Estados eran parte de la Convención de 1988 y la redacción vigente del art. 23.4 LOPJ regulaba el principio de jurisdicción universal *puro*. Este último elemento creaba *per se* el conflicto jurisdiccional previo (conurrencia de jurisdicciones) que permitía utilizar acuerdos *ad hoc* para extender la jurisdicción de los Tribunales del Estado interviniente (España) a los hechos cometidos a bordo de buque del Estado del pabellón (Panamá). Por ello, no sólo el TEDH en la inadmisión de la demanda sino también el TC español en su

<sup>41</sup> Decisión (Corte) *Rigopoulos c. España* (No. 37388/97) de 12 de enero de 1999.

<sup>42</sup> STC (Sala Segunda) 21/1997, de 10 de Febrero, FJ. 3 b).

sentencia 21/1997, de 10 de febrero, entendió que la privación de libertad del recurrente, Sr. Rigopoulos (de nacionalidad griega) no suponía una vulneración ni del art. 17.1, 2 y 3 CE ni del art. 5 del CEDH. La Convención de 1988 constituye una base legal de *mínimos* en la obligación de persecución de delitos porque como establece su art. 4.3 “*la presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno*”. Por el contrario, esa base legal de mínimos que permitía un desarrollo normativo o acuerdos *ad hoc* posteriores, no se satisfacía en el asunto *Medvedyev y otros c. Francia* porque Camboya (Estado del pabellón) no era parte del Convenio de 1988 ni de la Convención de 1982<sup>43</sup>.

En el asunto *Medvedyev y otros c. Francia* se resolvía la demanda interpuesta por los tripulantes de nacionalidades ucraniana, chilena y rumana de un buque (*Winner*) con registro camboyano, que navegaba sin bandera y era sospechoso de transportar grandes cantidades de droga. El 13 de junio de 2002 el buque fue abordado y detenido en aguas internacionales por una fragata francesa a la altura de Cabo Verde. La operación se realizó en el marco de una investigación más amplia desarrollada por la OCRTIS (*Oficina Central para la Represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes*), organismo dependiente del Ministerio del Interior francés. El 7 de junio de 2002 el Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional de Camboya accedía a la petición de las autoridades francesas. Mediante nota diplomática remitida a la Embajada francesa en Phnom Penh, se confirmaba que el Gobierno de Camboya “...*autoriza a las autoridades francesas a interceptar, inspeccionar y tomar medidas legales contra el barco Winner, con bandera camboyana XUDJ3, perteneciente a Sherlock Marine en las Islas Marshal*”<sup>44</sup>.

## 5. Modelos suprarregionales: el *Acuerdo del Consejo de Europa de 31 de enero de 1995, sobre el tráfico marítimo de drogas ilícitas*

El modelo suprarregional de desarrollo de las previsiones contenidas en el art. 17 de la Convención de 1988 tiene su mejor exponente en el *Acuerdo del Consejo de Europa de 31 de enero de 1995, sobre el tráfico marítimo de drogas ilícitas* (en adelante, *Acuerdo de 1995*)<sup>45</sup>. Las particularidades de este acuerdo, auspiciado por el *European Committee on Crime Problems* (ECCP), residen en las posibilidades que ofrece su articulado que en algunos casos llegan a superar las del art. 17 de aquélla<sup>46</sup>. Desde el punto de vista estrictamente formal resulta llamativa su escasa acepta-

<sup>43</sup> Sentencia (Gran Sala) *Medvedyev y otros c. Francia* (No. 3394/03) de 29 de marzo de 2010, párrafos 84 y ss.

<sup>44</sup> Sentencia (Gran Sala) *Medvedyev y otros c. Francia* (No. 3394/03) de 29 de marzo de 2010, párrafo 10.

<sup>45</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Strasbourg, 31/01/1995.

<sup>46</sup> Como ejemplo de la flexibilidad del mecanismo previsto en el art. 17 de la Convención de 1988, véase el *Agreement concerning co-operation in suppressing illicit maritime and air trafficking in narcotic drugs*

ción por los Estados del Consejo de Europa, algo que no ha impedido su entrada en vigor y su indudable valor en la interpretación de las previsiones de la Convención de 1988 incluso por Estados que no lo han ratificado a fecha de hoy como España.

El Acuerdo de 1995 fue el resultado de los trabajos desarrollados en el seno del *Grupo de Cooperación para combatir el abuso y el tráfico ilícito de drogas*, más conocido como *Grupo Pompidou*. Constituido como un grupo de expertos *ad hoc*, el *Grupo Pompidou* comenzó sus trabajos en 1982, si bien suspendió su actividad en 1986 a la espera de los resultados de la aprobación de la Convención de 1988. No obstante, el solapamiento temporal de varias iniciativas legislativas fue frecuente durante esos años. Entre ellos, y a los efectos que más interesan, con la conclusión del acuerdo celebrado entre el Reino de España y la República Italiana en 1990 que se analizará a continuación<sup>47</sup>. Desde el punto de vista estrictamente formal, el Acuerdo de 1995 no ha tenido una amplia acogida por los Estados, ya que sólo 15 lo han ratificado o accedido él<sup>48</sup>. Sin embargo, y a pesar de que algunos Estados entre los que se encuentra España no llegaron si quiera a firmarlo<sup>49</sup>, el texto que entró en vigor el 1 de mayo de 2000 tras la ratificación de Chipre<sup>50</sup>.

Algunos aspectos planteados durante la elaboración del Acuerdo de 1995 dan cuenta de la dificultad para articular mecanismos suprarregionales de cooperación en la materia, que respeten a la vez los acuerdos bilaterales existentes y el marco internacional de la Convención de 1988. Entre ellos destaca la discusión relativa a si el Acuerdo de 1995 es un instrumento autónomo o un desarrollo formal del art. 17 de esta última, firmado e implementado a su vez por Estados parte del Consejo de Europa y, por tanto, del CEDH. La opción elegida por el Consejo de Europa es la segunda si atendemos al *Informe sobre el Acuerdo de 1995*<sup>51</sup> y al contenido del art. 30 del mismo.

*and psychotropic substances in the Caribbean Area*, 2003, accesible en <https://www.state.gov/s/l/2005/87198.htm>

<sup>47</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory report to the Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Strasbourg, 31/01/1995, p. 3.

<sup>48</sup> Austria (01/04/2001), Chipre (01/05/2000), República Checa (01/05/2005), Alemania (01/05/2000), Hungría (01/11/2002), Irlanda (01/09/2007), Letonia (01/04/2004), Lituania (01/03/2003), Países Bajos (01/07/2013), Noruega (01/05/2000), Rumanía (01/12/2002), República Eslovaca (01/01/2003), Eslovenia (01/03/2001), Turquía (01/06/2013) y Ucrania (01/10/2007).

<sup>49</sup> En el grupo de no firmantes se encuentran también Albania, Andorra, Armenia, Azerbayán, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Dinamarca, Finlandia, Francia, Georgia, Islandia, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Montenegro, Polonia, Portugal, República de Moldavia, Federación Rusa, San Marino, Serbia, Suiza y la Antigua República Yugoslava de Macedonia. En otros casos, la firma no se ha visto acompañada de ratificación: Bulgaria (21/05/2003), Croacia (07/11/2007), Estonia (06/12/2001), Grecia (11/04/1995), Italia (31/01/1995), Malta (14/09/2000), Suecia (11/10/1995) y Reino Unido (31/01/1995).

<sup>50</sup> Según el art. 27. 3 del Acuerdo de 1995, la entrada en vigor se produjo el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de tres meses después de la fecha en que tres miembros del Consejo de Europa mostraran su consentimiento expreso para obligarse conforme a lo previsto en el apartado 1 del art. 27.

<sup>51</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory report to the Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, ob, cit.

El *Informe* reconoció expresamente que “*siempre existiría una relación funcional entre ambos instrumentos y [que] las soluciones contrarias al espíritu de la Convención de Viena no serían aceptables. En este sentido, el nuevo instrumento siempre se vería como implementación del artículo 17 de la Convención de Viena*”<sup>52</sup>. Por su parte, el art. 30 establece una *relación triangular* entre el Acuerdo de 1995 y su posible desarrollo, la Convención de 1988 y los posibles acuerdos bilaterales sobre la materia que algunos Estados pudieran haber celebrado con anterioridad a la aprobación del primero. El sistema de interpretación salvaguarda la primacía de la Convención de 1988 y de “*cualesquiera otras convenciones internacionales multilaterales que afecten a materias específicas*” (art. 30.1), es decir consagra la primacía de la fuente internacional. A continuación, permite a las partes concluir acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados Parte relativos a la materia contenida en el Acuerdo<sup>53</sup> con la finalidad de “*completar y reforzar sus provisiones o facilitar la aplicación de los principios contenidos en él o en el artículo 17 de la Convención de Viena*” (art. 30.2)<sup>54</sup>. Finalmente, el art. 30.3 establece un mecanismo para salvaguardar la validez de los acuerdos bilaterales celebrados previamente por los Estados parte. En esas situaciones las partes podrán decidir entre aplicar esos acuerdos bilaterales o regular esas relaciones bilaterales a la luz Acuerdo de 1995, si eso facilita la cooperación internacional<sup>55</sup>. De esta manera se crea un claro incentivo a la ratificación del Acuerdo de 1995 por aquellos Estados que tienen, como es el caso de España, acuerdos bilaterales previos con otros Estados soberanos. El resultado final es un instrumento internacional muy flexible que busca desarrollar una tupida red de cooperación, integrando a su vez mecanismos bilaterales, suprarregionales e internacionales.

Los principios que informan la aplicación del Acuerdo de 1995 están contenidos en su art. 2. El primero, que la cooperación para la represión del tráfico ilícito de drogas se llevará a cabo de acuerdo con el Derecho Internacional del Mar (art. 2.1). Ello implica asumir de manera expresa el respeto a los derechos, obligaciones y la jurisdicción del Estado ribereño (art. 2.3). El segundo, que la cooperación abarca únicamente las acciones dirigidas a la persecución de los delitos contenidos en el art. 3 de la Convención de 1988 y cuya tipificación es *obligatoria* para los Estados

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 3 y 4, párrafo 11.

<sup>53</sup> El objeto del Acuerdo quedó expresamente limitado al tráfico ilegal de drogas pese a que el Comité consideró la posibilidad de permitir que las disposiciones del mismo se extendieran al tráfico ilegal de armas. Vid. COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory report to the Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, cit, parág. 12, p. 4.

<sup>54</sup> En el mismo sentido en su Exposición de Motivos en su Considerando último.

<sup>55</sup> Repárase aquí en que el precepto asume que el acuerdo bilateral siempre es compatible con aquél. En opinión de GILMORE este mecanismo puede ser utilizado por algunos Estados para tener que solicitar autorización expresa *caso a caso* según lo previsto en el artículo 6. Cfr. GILMORE, C. W., “Narcotics interdictions at sea. The 1995 Council of Europe Agreement”, en *Marine Policy*, vol. 20, no. 1, 1995, p. 7.

parte de acuerdo con el art. 1, letra c)<sup>56</sup>. Por tanto, se excluyen aquellas medidas que pudieran estar dirigidas a reprimir conductas de menor gravedad tipificadas por los Estados atendiendo al criterio potestativo. También aquéllas como el autoconsumo, cuya obligatoriedad queda supeditada a “*los preceptos constitucionales y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico*”<sup>57</sup>. El tercero, que se reconoce la importancia de otras formas de cooperación en la materia dirigidas a maximizar la eficacia de las medidas de lucha contra el tráfico ilegal de drogas y sustancias estupefacientes en el mar (por ejemplo, intercambios de información).

El contenido esencial del Acuerdo de 1995 reside en la creación de *jurisdicciones concurrentes* de los Estados Parte en la persecución del tráfico ilícito de drogas en alta mar. Se denominan *concurrentes* porque, nacido el conflicto jurisdiccional previo a través del ejercicio del *derecho de intervención*, la jurisdicción del Estado *interviniente*<sup>58</sup> concurre con la del Estado del pabellón, que es *preferente y excluyente*<sup>59</sup>. El *derecho de intervención* está configurado como una acción específica en materia de cooperación y así lo determina el art. 9.i c) del Acuerdo<sup>60</sup>. En el marco de esa intervención, el Estado deberá recabar y asegurar todos los indicios y/o pruebas relativas a la posible comisión de delitos. Entre ellas, se incluyen la detención de personas y otras dirigidas a la investigación y persecución del delito pero sólo cuando el Estado del pabellón haya expresado su consentimiento, o cuando se hayan adoptado medidas durante la investigación y persecución de un ilícito cometido *con posterioridad* al traslado de la persona al territorio del Estado interviniente (art. 13 a y b).

El ejercicio de la jurisdicción *preferente* del Estado del pabellón se encuentra regulado en el art. 14 del Acuerdo y deberá ejercerse conforme a lo dispuesto en el mismo (art. 14.1). En caso de que cualquier Estado parte del Acuerdo haya llevado a cabo una acción prevista en el art. 9 i c), notificará inmediatamente al Estado del pabellón y enviará la prueba recopilada (art. 13.1). El Estado del pabellón, en el plazo máximo de catorce días desde la recepción, comunicará a aquél su intención de ejercer o no su jurisdicción preferente. Pasados los catorce días sin pronunciamiento, se entenderá que el Estado del pabellón renuncia a su ejercicio (art. 14.2). En caso de que el Estado del pabellón decida ejercitarla, la jurisdicción del Estado *interviniente* quedará suspendida (art. 14.3). El procedimiento se tramitará según lo dispuesto en el art. 15, que regula la entrega del buque, la carga, la prueba y las

<sup>56</sup> Así lo establece el Acuerdo de 1995 cuando asume como delito relevante (*relevant offence*) “*cualquier tipo de delito descrito en el artículo 3, párrafo 1, de la Convención de Viena*” (art. 1, letra c).

<sup>57</sup> Art. 3 párrafo 2 de la Convención de 1988, a los que habría que añadir, a pesar de estar incluidos en el 1, las conductas previstas en la letra c), i), ii), iii) y iv).

<sup>58</sup> Art. 1 a) definido como “*Estado parte del Acuerdo que ha solicitado al Estado del pabellón, el ejercicio de su jurisdicción con exclusión de la preferente*”.

<sup>59</sup> Art.1 b).

<sup>60</sup> Art. 9.i c) “*Adoptar cualquier medida prevista en el suprarágrafo ii de este artículo (medidas destinadas al control efectivo del barco) que se considere necesaria para determinar si se ha cometido un delito (relevant offence) y asegurar las pruebas*”.

personas detenidas. Finalmente, el art. 16 prevé la posibilidad de que el Estado *interviniente* rechace la *entrega*<sup>61</sup> de los detenidos si el Ordenamiento Jurídico del Estado del pabellón contempla la aplicación de la pena capital en estos supuestos<sup>62</sup>.

Para poder aplicar las disposiciones del Acuerdo de 1995, su art. 3.1 obliga a los Estados Parte a extender la jurisdicción de sus Tribunales a los delitos cometidos a bordo de una embarcación que enarbole su pabellón. Esta jurisdicción será considerada *preferente* según los arts. 1 b), 4.3 del Acuerdo de 1995 y en el Derecho Internacional del Mar<sup>63</sup>. El art. 3.2 obliga a tomar las medidas necesarias para establecer la jurisdicción de sus Tribunales sobre los posibles delitos cometidos a bordo de una embarcación con *bandera, registro o cualquier otra indicación* de los Estados parte del Acuerdo. Finalmente, se obliga a extender la jurisdicción de los Tribunales a los mismos hechos cometidos a bordo de una embarcación sin nacionalidad o asimilada de acuerdo con el Derecho Internacional (art. 3.3). De esta forma, se crea la concurrencia de jurisdicciones que permite multiplicar las opciones de persecución de los delitos.

El éxito de la implementación del mecanismo puede verse seriamente afectado debido a las reservas parciales o condicionales que se permiten en relación al art. 6.3. El art. 31.1 del Acuerdo prevé la posibilidad de que los Estados parte, en el momento de la firma, del depósito del instrumento de ratificación, de la aceptación, aprobación o adhesión al Acuerdo, dirijan una declaración al Secretario General del

<sup>61</sup> El uso del término *entrega* (*surrender*) y no *extradición* plantea dudas sobre el mecanismo de puesta a disposición de las personas detenidas. En primer lugar, porque dado el ámbito del Acuerdo de 1995 (Consejo de Europa) no podrían utilizarse Órdenes Europeas de Detención y Entrega con un número importante de los Estados. En segundo lugar, porque el Acuerdo guarda silencio al respecto y no contiene ningún precepto específico que desarrolle esa forma de *entrega*. Sólo acudiendo a su Informe Interpretativo (*Explanatory Report*) podemos entender que el Acuerdo permitiría extradiciones y otras peticiones de asistencia mutua previstas en convenios del ámbito del Consejo de Europa. También otros mecanismos *sui generis* establecidos en acuerdos o tratados celebrados entre las partes. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory report to the Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, cit, parágs. 60, 69, 76 y 99, pp. 16-24.

<sup>62</sup> No obstante, el Estado del pabellón puede requerir la entrega de los detenidos si, a pesar de contar con esta pena en su Ordenamiento Jurídico, ofrece prueba suficiente de que dicha sanción, en caso de ser impuesta, no será ejecutada. La exigencia es idéntica a la establecida por el TEDH en su jurisprudencia relativa a la práctica extradicional entre Estados parte del CEDH y terceros países con pena capital. Véanse por todas, Sentencia (Plenario) *Soering v. The United Kingdom* (No. 14038/889) de 7 de julio de 1989 y Sentencia (Gran Sala) *Öcalan c. Turquía* (No. 46221/99) de 12 de mayo de 2005, en casos de pena capital prevista entre Estados parte del CEDH. Además es necesario tener en cuenta la abrogación *de facto* de la pena capital en Europa como consecuencia de la entrada en vigor (1 de marzo de 1985) y estado actual de ratificaciones del *Protocolo núm. 6 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte* de 28 de abril de 1983. Sin embargo, véanse las observaciones realizadas en el Informe Interpretativo (*Explanatory Report*), que señalaban la necesidad de la cláusula en previsión de que el Acuerdo se extendiera a países no europeos en los que en ese momento se contemplaba la pena capital por delitos de tráfico de drogas. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory report to the Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, cit, parág. 76, p. 19.

<sup>63</sup> *Ibidem*, parág. 12, p. 6, con referencias expresas al art. 108 de la Convención de Montego Bay de 1982.

Consejo de Europa en la que comuniquen su imposibilidad de actuar como *Estados intervinientes*. Esta situación se prevé para Estados que no cuenten con buques de guerra y / o aviones militares o de otra clase que pudieran usarse para fines no comerciales. Sin embargo, en caso de que se haga uso de la reserva el precepto crea la obligación al Estado de retirarla tan pronto como cambien las circunstancias que la motivaron. La retirada (parcial o total) se realizará mediante notificación dirigida al Secretario General y surtirá efectos el día de su recepción (art. 31.2)<sup>64</sup>. A fecha de hoy han realizado reserva Austria<sup>65</sup>, República Checa<sup>66</sup>, Hungría<sup>67</sup> y la República Eslovaca<sup>68</sup>, todos ellos Estados sin litoral o salida al mar.

## 6. Modelos bilaterales: acuerdos suscritos por España en materia de tráfico de drogas

La fórmula de la bilateralidad ha sido utilizada por España para la conclusión de acuerdos de cooperación en materias entre las que se incluye el tráfico de drogas. La mayoría de esos acuerdos abarcan la cooperación en terrorismo, contrabando, el robo de vehículos, el blanqueo de capitales, los delitos económicos y fiscales y la inmigración ilegal, entre otros. Por el contrario, otros tienen como objeto exclusivo la cooperación en tráfico de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas y desarrollan específicamente las disposiciones de la Convención de 1988.

Entre los primeros se encuentran los firmados con República de Bulgaria<sup>69</sup>, República Popular de China<sup>70</sup>, República Eslovaca<sup>71</sup>, República de Letonia<sup>72</sup> y la

<sup>64</sup> El Acuerdo impide que los Estados que hayan realizado reserva relativa al derecho de intervención y por lo tanto, a la extensión de la jurisdicción de sus Tribunales, puedan exigir a otros Estados parte la aplicación de esa obligación (art. 31.3).

<sup>65</sup> En vigor desde 15 de marzo de 2003. Reservation contained in the instrument of ratification deposited on 14 December 2000: “*The Republic of Austria declares that it will not apply paragraphs 2 and 3 of Article 3 for the reason provided for in Article 3, paragraph 6.*”

<sup>66</sup> En vigor desde 1 de mayo de 2005. Reservation contained in the instrument of ratification deposited on 12 January 2005: “*The Czech Republic declares that for the reason referred to in Article 3, paragraph 6, of the Agreement, it shall not apply paragraphs 2 and 3 of this article.*”

<sup>67</sup> En vigor desde 1 de noviembre de 2002. Reservation contained in an instrument handed by the Permanent Representative of Hungary at the time of deposit of the instrument of ratification, on 11 July 2002: “*In accordance with Article 3, paragraph 6, of the Agreement, the Republic of Hungary declares that it will not apply Article 3, paragraphs 2 and 3.*”

<sup>68</sup> En vigor desde 1 de enero de 2003, Reservation contained in the instrument of ratification deposited on 4 September 2002: “*With reference to the provisions of Article 31, paragraph 1, of the Agreement, the Slovak Republic declares that it shall not apply Article 3, paragraphs 2 and 3.*”

<sup>69</sup> *Aplicación provisional del Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Bulgaria para la Cooperación en la Lucha contra la Delincuencia, hecho «ad referendum» en Sofía el 21 de julio de 1998, BOE núm. 65, de 17 marzo 1999.*

<sup>70</sup> *Convenio de cooperación para la lucha contra la delincuencia organizada entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Popular China, hecho ad referendum en Pekín el 25 de junio de 2000, BOE núm. 135, de 6 de junio de 2002.*

<sup>71</sup> *Aplicación provisional del Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Eslovaca sobre la cooperación en materia de la lucha contra la delincuencia organizada, hecho en Bratislava el 3 de marzo de 1999, BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1999.*



Federación Rusa<sup>73</sup>. Entre los segundos, encontramos los celebrados con Bolivia<sup>74</sup>, Argentina<sup>75</sup>, Chile<sup>76</sup>, Costa Rica<sup>77</sup>, Cuba<sup>78</sup>, Ecuador<sup>79</sup>, Uruguay<sup>80</sup>, Venezuela<sup>81</sup>, Guatemala<sup>82</sup>, Honduras<sup>83</sup>, Méjico<sup>84</sup>, Panamá<sup>85</sup>, Paraguay<sup>86</sup>, Malta<sup>87</sup>, Perú<sup>88</sup> y Repú-

<sup>72</sup> *Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Letonia sobre cooperación en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada, el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y precursores y otros delitos, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2003*, BOE núm. 170, de 18 de julio de 2005. *Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Letonia sobre cooperación en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada, el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y precursores, y otros delitos, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2003*, BOE núm. 32, de 6 de febrero de 2004.

<sup>73</sup> *Aplicación provisional del Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Moscú el 17 de mayo de 1999*, BOE núm. 158, de 3 de julio de 1999.

<sup>74</sup> *Aplicación Provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bolivia sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en La Paz el 10 de noviembre de 1997*, BOE núm. 80, de 3 de abril y su entrada en vigor del *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bolivia, sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho «ad referendum» en La Paz el 10 de noviembre de 1997, cuya aplicación provisional fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 80, de fecha 3 de abril de 1998*.

<sup>75</sup> *Acuerdo entre el Reino de España y la República Argentina sobre cooperación en materia de prevención del uso indebido y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho «ad referendum» en Madrid el 7 de octubre de 1998*, BOE núm. 278, de 20 de noviembre 2000.

<sup>76</sup> *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile sobre cooperación en materia de prevención del uso indebido y el control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho «ad referendum» en Santiago el 12 de noviembre de 1996*, BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1998.

<sup>77</sup> *Acuerdo complementario de cooperación entre el Reino de España y la República de Costa Rica sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho «ad referendum» en San José de Costa Rica el 24 de noviembre de 1999*, BOE núm. 178, de 26 julio de 2001.

<sup>78</sup> *Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cuba sobre cooperación en materia de prevención del consumo y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en La Habana el 10 de noviembre de 1998*, BOE núm. 178, de 26 de julio de 2001 y su entrada en vigor del *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cuba sobre cooperación en materia de prevención del consumo y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en La Habana el 10 de noviembre de 1998, cuya aplicación provisional fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 312, de fecha 30 de diciembre de 1998 (corrección de erratas en el número 24, de fecha 28 de enero de 1999, y de errores en el número 240, de fecha 6 de octubre de 2000 del «Boletín Oficial del Estado»)*, BOE núm. 183, de 1 agosto de 2001.

<sup>79</sup> *Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y precursores químicos, hecho «ad referendum» en San Francisco de Quito el 30 de junio de 1999*, BOE núm. 45, de 22 de febrero de 2000.

<sup>80</sup> *Acuerdo entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay sobre cooperación en materia de prevención del uso indebido y la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho «ad referendum» en Montevideo el 18 de marzo de 1998*, BOE núm. 73, de 26 de marzo 2002.

<sup>81</sup> *Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela sobre cooperación en materia de prevención del consumo y represión del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho «ad referendum» en Madrid el 24 de septiembre de 1996*, BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1998.

<sup>82</sup> *Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República de Guatemala sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho*

blica Dominicana<sup>89</sup>. El contenido básico de estos acuerdos lo constituyen medidas de cooperación relativas al intercambio de información, la búsqueda de personas y la asistencia e intercambio de personal y especialistas. Algunos de ellos, específicos en materia de tráfico de drogas, incluyen además medidas de prevención y desarrollo de programas socio-sanitarios. Sin embargo, en este segundo tipo de acuerdos únicamente dos tienen como objeto exclusivo la persecución del tráfico ilícito de drogas por mar, si bien con base legal distinta según sus propias Exposiciones de Motivos. El primero, el celebrado con la República Italiana el 23 de marzo de 1990<sup>90</sup> y el segundo con la República Portuguesa el 2 de marzo de 1998<sup>91</sup>.

### 6.1. *El Acuerdo entre el Reino de España y la República Italiana de 23 de marzo de 1990*

El acuerdo firmado con la República Italiana viene a completar Convención de Ginebra de 1958 *sobre Alta Mar*. Aunque autores como VAN DER KRUIT y GILMORE mantienen que estamos ante un desarrollo específico del art. 17 de la

«ad referendum» en Guatemala el 9 de julio de 1999, BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2002.

<sup>83</sup> Acuerdo entre el Reino de España y la República de Honduras sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho «ad referendum» en Tegucigalpa el 13 de noviembre de 1999, BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002.

<sup>84</sup> Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos de cooperación en materia de prevención del uso indebido y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho «ad referendum» en Ciudad de México el 6 de noviembre de 1997, BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998.

<sup>85</sup> Acuerdo entre el Reino de España y la República de Panamá sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho «ad referendum» en Panamá el 13 de febrero de 1998, BOE núm. 172, de 20 de julio de 1999.

<sup>86</sup> Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Paraguay sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Asunción el 1 de agosto de 2003, BOE núm. 240, de 7 de octubre de 2003.

<sup>87</sup> Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Malta sobre cooperación en materia de prevención del uso ilícito y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en La Valetta, el 28 de mayo de 1998, BOE núm. 181, de 30 de julio de 1998 y su Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Malta sobre cooperación en materia de prevención del uso ilícito y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en La Valetta el 28 de mayo de 1998, cuya aplicación provisional fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 181, de fecha 30 de julio de 1998, BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1998.

<sup>88</sup> Acuerdo entre el Reino de España y la República del Perú sobre cooperación en materia de prevención del consumo, desarrollo alternativo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho «ad referendum» en Lima el 17 de septiembre de 1998, BOE núm. 151, de 25 de junio de 1999.

<sup>89</sup> Acuerdo entre el Reino de España y la República Dominicana sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Santo Domingo el 15 de noviembre de 2000, BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2001.

<sup>90</sup> Instrumento de ratificación del Tratado entre el Reino de España y la República Italiana para la represión del tráfico ilícito de droga en el mar, firmado en Madrid el 23 de marzo de 1990, BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1994.

<sup>91</sup> Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa para la represión del tráfico ilícito de droga en el mar, hecho en Lisboa el 2 de marzo de 1998, BOE núm. 18, de 20 de enero de 2001.

Convención de 1988<sup>92</sup> es necesario tener en cuenta que, en el momento de conclusión del acuerdo, ninguna de las dos partes había publicado el instrumento de ratificación de aquella<sup>93</sup>. Este hecho hizo que, en el momento de la adopción, la fórmula utilizada en materia de tipificación fuera más genérica que la contenida en el art. 3 de la Convención de 1988. Así, según el art. 2 del acuerdo bilateral, las partes se obligan a la criminalizar la “*posesión para su distribución, transporte, transbordo, depósito, venta, fabricación o transformación de estupefacientes o sustancias psicotrópicas tal y como son definidos en aquellos instrumentos internacionales que vinculan a las partes*”. El juego de esta remisión normativa al instrumento internacional (Convención de 1988) unido la circunstancias de que el acuerdo entrase en vigor el 7 de mayo de 1994, tiene como resultado que las conductas objeto de tipificación obligatoria para ambos Estados sean las de la Convención internacional y no sólo las del acuerdo o tratado bilateral.

El eje central del acuerdo es el reconocimiento de una jurisdicción *exclusiva* (art. 4.1), otra *preferente* (art. 4.2) y de un *derecho de intervención* (art. 5) sobre el que descansa la potestad de renuncia a esa jurisdicción preferente (art. 6). La jurisdicción exclusiva se reconoce y se ejerce sobre los delitos cometidos en las aguas territoriales propias, zonas o puertos francos “*incluso si los hechos han sido iniciados o debieran consumarse en el otro Estado*” (art. 4.1). La jurisdicción preferente se reconoce al Estado del pabellón con respecto de aquellos delitos que pudieran haberse cometido en una nave que lo enarbole *fuera de las aguas territoriales* (art. 4.2).

El *derecho de intervención* del art. 5 permite a las partes contratantes intervenir los buques que enarboles el pabellón de la otra. Los presupuestos que deben darse son dos. Primero, que el buque o nave se encuentre más allá del mar territorial y segundo, que exista *fundada sospecha*<sup>94</sup> de la realización de los ilícitos referidos en el art. 2. La intervención debe realizarse por buques de guerra o aeronaves militares u otras “*con signos claros e identificables al servicio del Estado de una de las partes*”. El derecho de intervención faculta para “*perseguir, bloquear y abordar el buque verificar los documentos, interrogar a las personas que se encuentren a*

<sup>92</sup> VAN DER KRUIT, P. J.J., *Maritime drug interdiction in International Law*, Doctoral thesis, Utrecht University, July, 2007, p. 172 y GILMORE, C. W., “Narcotics interdictions at sea. The 1995 Council of Europe Agreement”, *Marine Policy*, vol. 20, no. 1, 1995, p. 4, nota 8.

<sup>93</sup> *Instrumento de ratificación de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, hecho en Viena el 20 de diciembre de 1988, BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 1990. La República Italiana se convierte en parte de la Convención de 1988 mediante la fórmula de la aprobación el 31 de diciembre de 1990. La referencia que se realiza al mismo en la Exposición de Motivos del acuerdo bilateral obvia las fechas concretas de la Convención: “*Deseando cooperar, mediante un Convenio bilateral al objetivo mundial de erradicar tal tráfico, complementando así la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre Alta Mar*”.

<sup>94</sup> La ausencia de “*motivos de sospecha suficientes para ejecutar la operación*” permite responsabilizar a la parte interviniente de los daños y pérdidas ocasionados, salvo que dicha intervención hubiera sido solicitada por la otra parte (arts. 4 y 5).

*bordo, y, si quedan fundadas sospechas, inspeccionar el buque y, en su caso, proceder al secuestro de la droga, al arresto de las personas implicadas y, si procede, conducir al puerto idóneo más cercano al buque, informando –antes si es posible o inmediatamente después- al Estado cuyo pabellón enarbole el buque”* (art. 5.2).

El derecho de intervención se regula como un paso previo y necesario al ejercicio de la jurisdicción por el Estado interviniente. Este último interviene *en representación* del Estado del pabellón. Tal y como se establece en el art. 6, el primero puede solicitar al segundo la renuncia a su jurisdicción preferente. En su decisión, el Estado del pabellón tendrá en cuenta, entre otros aspectos, “*el lugar de la captura, la facilidad de acceso a las pruebas, la posible acumulación de procesos, la nacionalidad de los implicados y su residencia*” (art. 6.2). En caso de renuncia, el Estado del pabellón deberá facilitar al interviniente toda la documentación de la que disponga. Si por el contrario decide ejercer su jurisdicción preferente, deberá recibir del interviniente “*todos los elementos de prueba reunidos, el cuerpo del delito, las personas detenidas y cualquiera otra prueba pertinente*” (art. 6.3). El propio tratado establece un plazo de sesenta días a contar desde la recepción de la solicitud para que el Estado del pabellón confirme su jurisdicción preferente o renuncie a ella a favor del interviniente. Transcurrido el plazo de sesenta días, el silencio del Estado del pabellón se entenderá positivo (art. 6.4).

Los Tribunales españoles podrían, con la redacción actual del art. 23.4 e) LOPJ, perseguir un delito de tráfico ilícito de drogas cometido a bordo de un buque de pabellón italiano en alta mar si Italia renunciara a su jurisdicción preferente. La aplicación de este Tratado sería consecuencia de la remisión expresa que realiza el art. 23.4 e) LOPJ y el conflicto jurisdiccional existiría porque el acuerdo bilateral hispano-italiano lo prevé.

## **6.2. *El Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa de 2 de marzo de 1998***

El tratado suscrito entre España y la República Portuguesa responde específicamente a las previsiones contenidas en el art. 17 de la Convención de 1988, concretamente al apartado 9 del mismo. De su articulado destaca la definición de *jurisdicción preferente* del art. 1 b). Por ello, “*cuando exista concurrencia de jurisdicciones de ambos Estados Parte, en relación con una infracción pertinente, el Estado del pabellón tiene derecho a ejercer su jurisdicción con exclusión de la jurisdicción del otro Estado Parte*”.

El Acuerdo regula de manera detallada el *derecho de intervención* (art. 5) y las garantías que deben respetarse durante la misma (art. 6). Además, reduce a catorce días el plazo para que el Estado con jurisdicción preferente confirme o denie-

que su renuncia a la misma, entendiéndose también positivo su silencio (art. 7.2 y 3). Finalmente, el texto establece de manera subsidiaria la aplicación de los principios contenidos en el *Acuerdo del Consejo de Europa relativo al tráfico ilícito por mar de 31 de enero de 1995* (art. 9)<sup>95</sup>. Esta previsión resulta significativa por dos razones. En primer lugar, porque el Acuerdo de 1995 es, como se ha visto, un instrumento de naturaleza suprarregional que ha desarrollado de manera detallada las previsiones del art. 17 de la Convención de 1988 e incluso permite cesiones del ejercicio de la jurisdicción preferente de un Estado (art. 3.2) no contempladas en esta última. En segundo lugar, porque a pesar del detalle del instrumento y de los esfuerzos del Consejo de Europa por promocionarlo, ni Portugal ni España son parte del mismo. Esta circunstancia no ha impedido el propio Tribunal Supremo en su sentencia 704/2015, de 11 de noviembre, le otorgara un valor interpretativo excepcional (FJ. Tercero)<sup>96</sup>.

La STS 704/2015, de 11 de noviembre, resulta importante por dos razones. En primer lugar, porque aplica expresamente el acuerdo bilateral con Portugal a unos hechos cometidos en alta mar. En segundo lugar, por la proximidad temporal de los hechos (23 de noviembre de 2014) con el fallo 593/2014, de 24 de julio, en el que el órgano jurisdiccional intentó apuntalar la *particular* interpretación que realizó del alcance del nuevo art. 23.4 d) LOPJ. Los hechos probados de la STS 704/2015 pueden resumirse como sigue: un buque con bandera portuguesa que portaba 15.000 kilos de hachís fue abordado por el servicio de Vigilancia Aduanera de España en aguas internacionales (a 28 millas del Cabo de Gata, Almería). El abordaje se produjo mediante la autorización del Ministerio de Justicia portugués el 31 de octubre de 2014, si bien dicho buque venía siendo investigado por la Guardia Civil de Pontevedra desde marzo de 2014. A esta circunstancia había que añadir que el patrón del barco ostentaba nacionalidad hispano-lusa y residía en territorio español (FJ. Segundo). El debate se suscitaba al cuestionar el recurrente la cesión de la jurisdicción española a las autoridades portuguesas. El elemento que discutía el recurrente era la aplicación del art. 23.4 d) LOPJ, al existir criterios de atribución de la jurisdicción española al caso concreto previstos en el art. 23.4 i) LOPJ. En primer lugar, que entre los encausados había ciudadanos españoles (art. 23.4 i) 1º LOPJ). En segundo lugar, que se habían producido actos preparatorios iniciales en España, ya que la nave se había preparado en el puerto de

<sup>95</sup> Así lo determina su art. 9 cuando establece que “*en las materias no expresamente previstas en este Tratado se aplicarán subsidiariamente los principios contenidos en los instrumentos convencionales en vigor entre las partes, así como los principios contenidos en el Acuerdo*”. La propia Exposición de Motivos de este tratado bilateral determina en su párrafo cuarto que por “el Acuerdo” se entenderá el *Acuerdo número 156 del Consejo de Europa relativo al tráfico ilícito por mar para la aplicación del artículo 17 del Convenio, hecho en Estrasburgo el 31 de enero de 1995*.

<sup>96</sup> STS 704/2015 (Sala Segunda), de 11 de noviembre (Ponente: Palomo del Arco).

Bouzas (Vigo) y nunca “*había atracado en un puerto portugués*” (FJ. Tercero)<sup>97</sup>. Todo ello permitía al recurrente reclamar la aplicación del art. 23.4 i) LOPJ en lugar del art. 23.4 d) del mismo texto, salvando el conflicto jurisdiccional creado en los autos, que afirmaron la jurisdicción preferente de Portugal.

La postura del TS en la sentencia 704/2015, de 11 de noviembre, no deja de sorprender. Por un lado, porque le obliga a interpretar el término “*en los espacios marinos*” que utiliza el Legislador y para el que no es posible encontrar criterio alguno de referencia a lo largo de la tramitación parlamentaria. Por otro, porque la postura del TS mantenida en el fallo contradice la que sostuvo en su STS 592/2014, de 4 de julio. Según el Alto Tribunal, el art. 23.4 d) es un precepto que contiene una norma de atribución jurisdiccional y la expresión los *espacios marinos* “*...se utiliza para indicar de manera resumida más allá del mar territorial*” (FJ. Tercero). Por ello, el reenvío normativo del actual art. 23.4 d) LOPJ para perseguir un delito cometido en un buque con pabellón portugués en alta mar sería a un convenio bilateral expresamente desarrollado al amparo del art. 17 de la Convención de 1988. En él se regulan todos y cada uno de los mecanismos del ejercicio de la jurisdicción del Estado interviniente (en este caso España, si Portugal hubiera declinado hacer uso de su jurisdicción preferente).

En definitiva, de todos los acuerdos celebrados en el ámbito que nos ocupa, sólo los suscritos con Italia y Portugal contienen un mecanismo de creación de una *jurisdicción concurrente* en materia de tráfico de drogas en los términos previstos en la Convención de 1988. En ambos acuerdos quedan expresamente delimitadas las jurisdicciones preferente y concurrente de las partes y el procedimiento a seguir en caso de conflicto jurisdiccional<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> A esta circunstancia había que añadir que, en el momento del abordaje, el barco navegaba bajo pabellón de Guinea Bissau, no de Portugal.

<sup>98</sup> Así, por ejemplo, la STS (Sala Segunda) 704/2015, de 11 de noviembre (Ponente: Palomo del Arco) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra el AAN, Sala de lo Penal de 30 de junio de 2015, que confirmó la cesión del procedimiento a las autoridades de Portugal al ostentar jurisdicción preferente. Entiende aquí acertadamente la Sala que “*el ejercicio del derecho de visita, por sí solo, no atribuye competencia para el enjuiciamiento de los delitos así detectados; pues ésta viene deferida al Estado del pabellón; la actividad de cooperación que desarrolla el Estado que aborda la nave, no la realiza en virtud de jurisdicción propia, sino en representación del otro Estado.....Pero en las condiciones establecidas en los art. 4 y 17 del Convenio de Viena, la actuación del Estado interviniente, resulta siempre supeditado a la autorización del Estado del pabellón; tanto en relación a las medidas cautelares personales y reales a adoptar como consiguientemente y con mayor razón a la posibilidad de enjuiciamiento*”. Y de manera incontestable lo reconoce el Alto Tribunal cuando prosigue: “*De manera meridiana, ello se observa a lo largo del contenido del Acuerdo relativo al tráfico ilícito por mar, en aplicación del artículo 17 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, STE n° 156, hecho en Estrasburgo a 31 de enero de 1995*” (FD. Tercero).

### 6.3. *Otras iniciativas de carácter supranacional*

La utilidad de instrumentos supranacionales en la persecución del tráfico ilícito de drogas ha llevado a España a promover iniciativas de esta naturaleza en el ámbito de la UE. Así por ejemplo, destaca la *Iniciativa del Reino de España con vistas a la adopción del Acto del Consejo por el que se celebra, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la represión por las administraciones aduaneras del tráfico ilícito de drogas en alta mar*<sup>99</sup>. La propuesta buscaba desarrollar un sistema de cooperación muy similar al del Acuerdo de 1995 pero en el ámbito de la UE. El elemento central era el reconocimiento de la jurisdicción preferente del Estado del pabellón, del derecho de representación (arts. 5 y 6 respectivamente)<sup>100</sup> y un mecanismo de renuncia a aquélla a favor del Estado interviniente (art. 8)<sup>101</sup>.

El Informe del Parlamento Europeo sobre dicha Iniciativa, pese a valorar sus aspectos positivos y considerarla “*válida e innovadora en cuanto al fondo*”<sup>102</sup>, criticó otros muy significativos. En primer lugar, la fórmula jurídica elegida (Convenio), algo que ya en 2004 se consideraba que no se correspondía “*con el actual estado de desarrollo de la Unión Europea en ámbito de la cooperación política y en materia penal, que ha sobrepasado con creces el estadio de la mera cooperación intergubernamental*”<sup>103</sup>. En segundo lugar, el hecho de que la iniciativa se circunscribiera única y exclusivamente al tráfico ilegal de drogas y sustancias estupefacientes, ámbito que a juicio de Parlamento Europeo debía ampliarse a otro tipo de delitos con importante componente transnacional. En opinión del ponente del Informe, el Derecho Internacional del Mar permitiría a los Estados miembros incluir toda una serie de delitos graves<sup>104</sup> que se pudieran cometer en alta mar y sobre los cuales podrían establecerse reglas de jurisdicción y competencia<sup>105</sup>. Finalmente, la ausen-

<sup>99</sup> DOCE C 45/8 de 19 de febrero de 2002.

<sup>100</sup> La jurisdicción preferente que se reconocía al Estado miembro bajo cuyo pabellón se encontrara el buque a bordo del cual o mediante el que se hubiere cometido la infracción (art. 5.2).

<sup>101</sup> En este caso concreto, el art. 8.2 de la propuesta previa un plazo de un mes para que el Estado del pabellón comunicara al interviniente su renuncia al ejercicio de la jurisdicción.

<sup>102</sup> PARLAMENTO EUROPEO, Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores, Ponente: Marjo Matikainen-Kallström, *Informe sobre la Iniciativa del Reino de España con vistas a la adopción del Acto del Consejo por el que se celebra, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la represión por las administraciones aduaneras del tráfico ilícito de drogas en alta mar (5382/2002-C5-0249/2003-2003/0816 (CNS)*, de 17 de marzo de 2004, p. 38.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>104</sup> Básicamente los incluidos en la entonces Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 *relativa a la Orden de Detención Europea y a los procedimientos de entrega este Estados miembros*, DOCE L 190 de 18 de julio de 2002.

<sup>105</sup> *Ibidem*, pp. 15-16. Así puede observarse en la Enmienda núm. 15 propuesta al art. 3 de la Iniciativa que incluía también delitos de tráfico de armas, bienes culturales, residuos tóxicos y nocivos, materiales nucleares y destinados a producción de armas biológicas; comercio transfronterizo de mercancías sometidas a gravamen, trata de seres humanos, tráfico ilícito de inmigrantes, tráfico de vehículos robados, de órganos y

cia de previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aspecto clave para el Parlamento en su Enmienda número 18. A través de ella se proponía la creación de un nuevo art. 4 bis relativo a la competencia, que extendía la jurisdicción de los tribunales extraterritorialmente cuando el delito se hubiere cometido por nacional, persona que tuviere residencia habitual en su territorio o por “*persona jurídica establecida en su territorio*” (principio de personalidad activa)<sup>106</sup>. Ese último aspecto relativo a las personas jurídicas resultaba especialmente dado que España, en esos momentos, no contemplaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La propuesta de Parlamento Europeo parecía ir más allá que la propia Convención de 1988. En ella se observa cómo se buscaba establecer como obligatorios criterios de atribución de la jurisdicción extraterritorial que en aquél eran meramente potestativos. Entre ellos, la extensión de la jurisdicción a los delitos cometidos “*d) a bordo de un buque que enarbole pabellón de otro Estado miembro. Esta competencia se ejercerá únicamente cuando el Estado interviniente haya recibido previamente autorización del Estado del pabellón o, excepcionalmente, sin autorización previa cuando la urgencia de la situación lo imposibilite, dando cuenta inmediatamente a las autoridades competentes*”<sup>107</sup> Como puede comprobarse, la extensión de la jurisdicción en ese supuesto era obligatoria, mientras que en la Convención de 1988 es potestativa [art. 4.1 b) ii)] y requiere, además de la autorización previa, que la jurisdicción “*se ejerza únicamente sobre la base de los acuerdos o arreglos a los que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo*”. Ambos párrafos, como ya se ha visto, exigen acuerdos o arreglos en los expresamente se reconozca la jurisdicción exclusiva y preferente del Estado del pabellón, el derecho de intervención y la renuncia a aquélla.

## 7. Conclusiones

La reforma del principio de jurisdicción universal por la LO 1/2014, de 13 de marzo implantó un régimen *ad hoc* complejo y confuso en la persecución del tráfico de drogas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas. La nueva regulación redujo de manera significativa las posibilidades de enjuiciamiento de ilícitos especialmente relevantes para España, que desde la aprobación de la LOPJ en 1985

tejidos humanos o de sustancias hormonales, violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías y secuestro, detención ilegal de personas y buques y toma de rehenes.

<sup>106</sup> *Ibidem*, pp. 16-18.

<sup>107</sup> El texto completo de la propuesta era el siguiente: “*Art. 4 bis Competencia I. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para declararse competente respecto de los delitos, cometidos en alta mar mencionados en el artículo 3: d) a bordo de un buque que enarbole pabellón de otro Estado miembro. Esta competencia se ejercerá únicamente cuando el Estado interviniente haya recibido previamente autorización del Estado del pabellón o, excepcionalmente, sin autorización previa cuando la urgencia de la situación lo imposibilite, dando cuenta inmediatamente a las autoridades competentes*”.



había permitido la aplicación de un sistema de jurisdicción universal puro. Sin embargo, lo verdaderamente significativo en este cambio es el hecho de que respondiese a un error en la tramitación de ley y no a la voluntad del Legislador.

El origen del problema creado por el Legislador radica en asumir que el ámbito de persecución de los delitos de tráfico ilícito de drogas, piratería y trata de seres humanos en alta mar (*espacios marinos*) es el mismo, es decir, *jurisdicción universal pura*. Este principio sólo se prevé para los dos últimos delitos y no para el tráfico de drogas, que presenta un régimen mucho más limitado según el art. 108 de la *Convención las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar* de Montego Bay de 1982. Acudir a la *Convención de Ginebra sobre alta mar, mar territorial y zona contigua* de 1958 y a la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* de 1988, tampoco permite ampliar la jurisdicción de los Tribunales españoles en la materia. La primera de ellas es muy restrictiva en cuanto a las posibilidades de extensión de la jurisdicción, fruto del momento en que fue aprobada. La segunda, la más importante, establece de forma obligatoria la persecución de los delitos cometidos en el territorio del Estado parte [art. 4.1 a) i) y ii)] y la obligación *aut dedere aut iudicare* [art. 4.2 a)]. El resto de las posibilidades para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilícito de drogas son *potestativas*. Por ello, el argumento utilizado por el TS en su sentencia 592/2014, de 24 de julio yerra en la interpretación del contenido de obligaciones de los Convenios internacionales suscritos por España en la materia y, sobre todo, en el alcance y en las necesidades de implementación de los acuerdos bilaterales a los que se refiere el art. 17 de la Convención de 1988.

El art. 17 de la Convención de 1988, pieza clave en el sistema de cooperación para la lucha contra el tráfico ilícito de drogas en alta mar, faculta a los Estados a extender la jurisdicción de sus Tribunales a los delitos cometidos en alta mar a bordo de cualquier otro buque que enarbole pabellón de un Estado parte, ostente su registro o incluso navegue sin bandera de acuerdo con el Derecho Internacional del Mar. Sin embargo, *facultar* a los Estados parte para celebrar acuerdos bilaterales en los que se pueda crear un conflicto jurisdiccional no es lo mismo que *conferir* la jurisdicción. Este aspecto queda claro de un lectura reposada de los arts. 17 y 4.1 b) ii) del texto, que *permite* al Estado declararse competente para perseguir si esa jurisdicción se ejerce *sobre la base de esos acuerdos o arreglos bilaterales celebrados previamente entre las partes y previa petición de autorización para practicar la intervención*. Es decir, si no hay acuerdo previo en el que se prevea esa posibilidad, los Tribunales del Estado no pueden arrogarse la jurisdicción porque el texto remite a acuerdos que, con respecto a España sólo existen con la República Italiana y la República Portuguesa.

Los acuerdos a los que hace referencia la Convención de 1988 tienen su mejor exponente en el *Acuerdo del Consejo de Europa de 31 de enero de 1995, sobre el tráfico marítimo de drogas ilícitas*, acuerdo del que España no es parte. En él se

establecen los elementos necesarios para poder abordar un buque de pabellón extranjero o sin pabellón en alta mar: el derecho de intervención, el reconocimiento de jurisdicción preferente y exclusiva del Estado del pabellón, la atribución de la jurisdicción concurrente al Estado interviniente y el procedimiento para solicitar al del pabellón la *cesión* de su jurisdicción preferente. Estos elementos se contemplan de manera expresa en los acuerdos bilaterales que España tiene con Italia y Portugal. Los celebrados entre España y otros Estados se limitan a otro tipo de acciones o medidas de cooperación, entre las que no incluyen la creación de conflictos jurisdiccionales y la cesión de la jurisdicción preferente al Estado interviniente.

La pregunta que se plantea a continuación es ¿por qué no es correcta la interpretación del TS del art. 23.4 d)? En primer lugar, porque asimila la *atribución de la jurisdicción* (obligatoria y/o potestativa) de los Tratados Internacionales con las *reglas y obligaciones de cooperación* que los mismos establecen para los Estados parte. El art. 23.4.d) LOPJ, para perseguir los delitos cometidos en los espacios marinos (alta mar), remite a los Tratados ratificados por España o a actos normativos de una Organización Internacional de la que sea parte. En el caso del tráfico de drogas el precepto se remite al art. 17 de la Convención de 1988. Ese artículo regula la cooperación entre los Estados parte para la represión del tráfico ilícito por mar, permitiendo la asistencia entre los mismos para denunciar, abordar o inspeccionar naves que hagan un uso incorrecto de la bandera o que estén siendo utilizadas para el tráfico ilícito de drogas. El precepto no establece mecanismo alguno de atribución de la jurisdicción de los Tribunales de carácter obligatorio y/o potestativo, tal y como se hace en el art. 4. La jurisdicción derivada de ese acuerdo bilateral previsto en el art. 17 sólo podrá establecerse si existe tal acuerdo. A ello alude expresamente el art. 4.1 b) ii) cuando habla de “*jurisdicción ejercida sobre la base de los acuerdos a los que hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo [art. 17]*” y “*siempre que el delito se haya cometido a bordo de una nave para cuya incautación dicha parte haya recibido previamente autorización con arreglo a lo previsto en el artículo 17*”. Lo que prevé el artículo 17 de la Convención es el *consentimiento* para abordar como forma de cooperar. La atribución de la jurisdicción vendrá, en su caso, regulada en el acuerdo bilateral. El Legislador remite a las normas de cooperación que, para poder convertirse o transformarse en atribución de la jurisdicción, requieren de desarrollo normativo en forma de acuerdos bilaterales. El reenvío, por tanto, carece de contenido.

En segundo lugar, porque cuando el TS mantiene que los delitos de tráfico de drogas podrán perseguirse en los *espacios marinos* sin restricción alguna, olvida que las Convenciones internacionales sí establecen restricciones. La pregunta que surge es la siguiente: si esas restricciones existen ¿por qué era posible perseguir estos delitos en alta mar hasta la entrada en vigor de la reforma de la LO 1/2014? La respuesta después del análisis es sencilla: porque la redacción del principio de juris-

dicción universal puro del art. 23.4 LOPJ lo permitía. Sirva como ejemplo el conflicto de jurisdicción resuelto en el asunto *Rigopoulos c. España*, en el que la petición expresa para abordar el buque de bandera panameña permitió ejercer la jurisdicción de los Tribunales españoles ante la ausencia de convenio bilateral específico. Como ha reconocido el TS, el art. 23.4 LOPJ contiene una *norma de atribución de la jurisdicción* de los Tribunales españoles por los hechos cometidos en el extranjero por nacionales o extranjeros. La amplitud de la persecución no la atribuía el contenido de las Convenciones internacionales sino la opción del Legislador español de 1985. Ello era perfectamente compatible con lo previsto en el art. 4.3 de la Convención de 1988, que “*no excluye el ejercicio de competencias penales establecidas por una parte de conformidad con su derecho interno*”. Por tanto, quien ha reducido las posibilidades de persecución ha sido el Legislador español.

Así las cosas, con la redacción actual del art. 23.4 LOPJ de los Tribunales españoles tienen jurisdicción para perseguir los delitos tráfico de drogas cometidos fuera de nuestro territorio cuando el presunto responsable tenga nacionalidad española y cuando constituyan *actos de ejecución* o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español. Sin embargo, no la tendrían para perseguir los *actos preparatorios* a pesar de estar tipificados en el art. 373 CP. En alta mar (o espacios marinos) sólo la tendrán en aquéllos casos en los que exista un convenio o acuerdo específico con el Estado del pabellón (actualmente con Italia y Portugal). La jurisdicción no podrá extenderse mediante la aplicación del art. 23.4 p) LOPJ, que determina la posibilidad de perseguir “*cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio en Convenios Internacionales o actos normativos de una Organización Internacional de que España sea miembro*”. Como puede observarse, el precepto habla de “*cualquier otro delito*”, es decir, *ilícito* no previsto en los apartados anteriores. Además, resulta muy interesante observar cómo en este caso, el Legislador reenvía expresamente a convenios o textos internacionales pero limitando el reenvío a los preceptos que establezcan jurisdicción obligatoria (“*cuya persecución se imponga con carácter obligatorio*”), no a las opciones potestativas.

En definitiva, extender la jurisdicción de los Tribunales españoles a los delitos de tráfico de drogas cometidos en alta mar a bordo de nave extranjera o pirata podría hacerse de varias maneras. En primer lugar, recuperar la jurisdicción universal pura de forma que el conflicto jurisdiccional se cree con la aplicación del derecho interno, es decir, volver a la fórmula de 1985. La segunda, celebrar de acuerdos bilaterales con terceros Estados para desarrollar el contenido del art. 17 de la Convención de 1988, siguiendo el modelo utilizado en los acuerdos con Italia y Portugal. Esta opción sería costosa en recursos y sobre todo, en tiempo. Finalmente, y probablemente la opción menos deseable, solicitar permiso *ad hoc* para abordar el barco con pabellón extranjero en alta mar siempre que éste sea al menos Estado parte de la

Convención de 1988 o de la de Montego Bay de 1982. Sólo de esta forma se respetarían los mínimos establecidos por el TEDH en el asunto *Medvedyev y otros c. Francia* (2010). De todas las opciones, sin duda esta última sería la más arriesgada en términos de seguridad jurídica.

## Bibliografía

- AQUILA, E., “Courts have gone overboard in applying the Maritime Drug Law Enforcement Act”, *Fordham Law Review*, vol. 86, issue 6, 2018, pp. 2965-2991.
- ATTARD, D. / FITZMAURICE, M. / MARTINEZ, N. (eds.) *The IMLI Manual on International Maritime Law, Volume I: The Law of the Sea*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- CABRERA PADRÓN, C., “Comentario crítico a la posición de la Audiencia Nacional sobre la reforma de la justicia universal: liberación de narcotraficantes”, *Diario La Ley*, nº 8333, de 16 de junio de 2014, pp. 1-5.
- “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la reforma de la Justicia Universal”, *Iustel, Estudios y Comentarios*, 01/08/2014, pp. 1-4.
- CASAVANT, A., “In defense of the U.S Maritime Drug Law Enforcement Act: A justification for the Law’s Extraterritorial reach”, *Harvard National Security Journal*, 2017, vol. 8, pp. 192-135.
- DE LA PARTE POLANCO, M., “Más Justicia Universal”; jurisdicción española en supuestos de tráfico de drogas. STS 592/2014, de 24 de julio de 2014”, *Revista Aranzandi Doctrinal*, nº 6, 2014, pp. 221-223.
- DUTTWILER, M., “Authority, control and jurisdiction on the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights”, *The Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012, vol. 30/2, pp. 137-163.
- FRITCH, C. R., “Drug Smuggling on the High Seas: Using International Legal Principles to establish jurisdiction over illicit narcotics trade and the Ninth Circuit’s unnecessary nexus requirement”, *Washington University Global Studies Law Review*, 2009, vol. 8, issue 4, pp. 701-721.
- GARCÍA LLAVE, R. / PINIELLA, F. / ACOSTA SÁNCHEZ, M., “Maritime interdiction on the high seas: a case study of Spain and the Concept of “Universal Jurisdiction”, *Journal of Maritime Research*, vol. XII, no. III, 2015, pp. 77-87.
- GARULE, J., “The 1988 U.N Convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances –a ten year perspective: is international cooperation merely illusory”, *Fordham International Law Journal*, 1998, vol. 22, issue 1, pp. 73-121.
- GILMORE, C. W., “Narcotics interdictions at sea. The 1995 Council of Europe Agreement”, *Marine Policy*, vol. 20, no. 1, 1995, pp. 3-14.
- KONTOROVICH, E., “The “Define and Punish” clause and the limit of Universal Jurisdiction”, *Northwestern University School of Law*, vol. 103, no. 1, 2009, pp. 149-203.
- “Universal Jurisdiction and the Piracy Analogy”, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, no. 1, 2004, pp. 183-236.

- KRAMEK, J. E., “Bilateral Maritime counter-drugs and immigrant interdiction agreements. Is this the world of the future?”, *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 3, no. 1, spring 2000, pp. 121-161.
- MARTÍNEZ GUERRA, A., “La persecución extraterritorial de los delitos de terrorismo: otra “víctima” de la nueva Jurisdicción Universal”, *Diario La Ley*, año XXXVI, n° 8561, de 15 de junio de 2015, pp. 1-13.
- “Narcobarcos e interpretación de Convenios Internacionales. La STS 592/2014, de 24 de julio”, *Diario La Ley*, año XXXV, n° 8427, de 24 de noviembre de 2014, pp. 1-8.
- NOTES, “Constructing the State extraterritoriality: jurisdictional discourse, national interest, and transnational norms”, *Harvard Law Review*, 1990, no. 103, pp. 1273-1305.
- PETRIG, A., *Human rights and law enforcement of at Sea: arrest, detention and transfer of suspects*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2014.
- PIEDIMONTE BODINI, S., “Fighting maritime piracy under the ECHR”, *European Journal of International Law*, 2011, vol. 22, issue 3, 1, pp. 829-848.
- SVANTESSON, D. J. B., “A new jurisprudential framework for Jurisdiction: Beyond the Harvard Draft”, *American Journal of International Law Unbound*, 2015-2016, no. 69, vol. 109, pp. 69-74.
- TREVES, T., “Human Rights and the Law of the Sea”, *Berkeley Journal of International Law*, 2010, vol. 28, issue 1, pp. 1-14.
- VAN DER KRUIT, P. J.J., *Maritime drug interdiction in International Law*, Doctoral thesis, Utrecht University, July, 2007.
- VON DER GROEBEN, C., *Transnational conflicts and International Law*, Institute for International Peace and Security, Köln, 2014.

## Otros

- COUNCIL OF EUROPE, *Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Strasbourg, 31/01/1995.
- COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory report to the Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Strasbourg, 31/01/1995.
- UNITED NATIONS. OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Practical Guide for the competent national authorities under article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988*, New York, United Nations, 2004.
- PARLAMENTO EUROPEO, COMISIÓN DE LIBERTADES Y DERECHOS DE LOS CIUDADANOS, JUSTICIA Y ASUNTOS INTERIORES, Ponente: Marjo Matikainen-Kallström, *Informe sobre la Iniciativa del Reino de España con vistas a la adopción del Acto del Conejo por el que se celebra, de conformidad con el artículo 34 del tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la represión por las administraciones aduaneras del tráfico ilícito de drogas en alta mar (5382/2002-C5-0249/2003-2003/0816 (CNS)*, de 17 de marzo de 2004.

## Referencias jurisprudenciales

### *TEDH*

Sentencia (Gran Sala) *Medvedyev y otros c. Francia* (No. 3394/03) de 29 de marzo de 2010

Sentencia (Gran Sala) *Öcalan c. Turquía* (No. 46221/99) de 12 de mayo de 2005

Decisión (Corte. Sección Cuarta) *Rigopoulos c. España* (No. 37388/97) de 12 de enero 1999

Sentencia (Plenario) *Soering v. The United Kingdom* (No. 14038/889) de 7 de julio de 1989

### *Tribunal Constitucional*

STC (Sala Segunda) 21/1997, de 10 de Febrero

### *Tribunal Supremo*

STS (Sala Segunda) 704/2015, de 11 de noviembre (Ponente: Palomo del Arco)

STS (Sala Segunda) 866/2014, de 11 de diciembre (Ponente: Del Moral García)

STS (Sala Segunda) 847/2014, de 5 de diciembre (Ponente: Jorge Barreiro)

STS (Sala Segunda) 592/2014, de 24 de julio (Ponente: Sánchez Melgar)

### *Audiencia Nacional*

AAN 37/2014, de 30 de junio (Ponente: De Prada Solaesa)

AAN 26/2014 de 14 de mayo (Ponente: de Diego López)

AAN 25/2014, de 13 de mayo (Ponente: de Diego López)

AAN 21/2014, de 6 de mayo (Ponente: de Prada Solaesa)

### *Otros*

*US v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d 416 (2d. Cir.1945)

*US v. Felix-Gutiérrez*, 940 F.2d 1200 (9th Cir. 1991)