

Cuadernos CULTURA DE PAZ

5

**Migraciones, seguridad y derecho:
una relación compleja en busca de un difícil equilibrio**



**Félix Vacas Fernández (Dir.)
Alberto Guerrero Fernández (Coor.)
del V Congreso Internacional "Cultura de Paz" 2016**



Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

**Centro UNESCO
Getafe - Madrid**

Miembro del
Movimiento de Clubes,
Centros y Asociaciones
para la UNESCO



Universidad
Carlos III de Madrid

Instituto Universitario de Estudios Internacionales
y Europeos "Francisco de Vitoria"

***Migraciones, Seguridad y derecho:
Una relación compleja
en busca de un difícil equilibrio***



Félix Vacas Fernández (Dir.)

Alberto Guerrero Fernández (Coor.)

del V Congreso Internacional “Cultura de Paz” 2016

CUADERNOS CULTURA DE PAZ

Migraciones, Seguridad y derecho:

Una relación compleja

en busca de un difícil equilibrio

Este número es el resultado del V Congreso de Cultura de Paz, titulado Migraciones, seguridad y derecho: una relación compleja en busca de un difícil equilibrio, organizado por el Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria” de la Universidad Carlos III de Madrid y UNESCO-Getafe, y celebrado en el Campus de Getafe de la Universidad Carlos III de Madrid los días 21, 22 y 23 de noviembre de 2016.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Editor:

© Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”

Universidad Carlos III de Madrid

C/ Madrid, 126

28903 Getafe (MADRID). ESPAÑA

© de sus respectivos artículos: Carlos R. Fernández Liesa, Félix Vacas Fernández, J. Daniel Oliva Martínez, Darío Maestro Navarro, Cristina Isacura Atencio y Diego Battistessa

Responsable de producción: Creaciones Copyright, S.L.
www.creacionescopyright.com
ediciones@creacionescopyright.com

ISBN: 978-84-15270-44-7

Depósito Legal: M-7689-2019

Impreso en España

ÍNDICE

<i>Los pilares del derecho internacional de protección de extranjeros: algunas notas</i> , Prof. Dr. D. Carlos R. Fernández Liesa, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid.	1
<i>Las operaciones de la U.E. en el Mediterráneo en materia migratoria como síntoma: de la operación italiana Mare Nostrum a las europeas de FRONTEX, Tritón y Poseidón, y EUNAVEMFOR-MED Operación Sofía</i> , Prof. Dr. D. Félix Vacas Fernández, Profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid.	11
<i>El marco jurídico internacional para el salvamento y rescate de inmigrantes en el mar: Una introducción a la luz de la situación en el Mediterráneo</i> , Prof. Dr. D. J. Daniel Oliva Martínez, Profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid.....	21
<i>Forced Displacements of Refugees Caused by the States of Origin at the ICJ. The Role of Diplomatic Protection as a Vehicle to Advance Human Rights</i> , D. Darío Maestro Navarro, LL.M. Grotius Fellow, University of Michigan School of Law	39
<i>La protección temporal como la vía más eficaz para la protección de los ciudadanos venezolanos en España</i> , D ^a . Cristina Isacura Atencio, Abogada especialista en Derecho Migratorio y de Extranjería.....	53
<i>Riace no ha muerto, Riace se ha multiplicado: la lucha de un alcalde en favor de los Derechos Humanos</i> , D. Diego Battistessa, Cooperante internacional especializado en migraciones y DDHH	69

LOS PILARES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE EXTRANJEROS: ALGUNAS NOTAS

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA

Catedrático de Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid

1. El Derecho común internacional de extranjeros y el asilo en la modernidad.
2. Ciudadanía y extranjería en el Derecho internacional: apuntes sobre los inicios
3. Vulnerabilidad por razón de origen nacional en el orden internacional del tiempo presente.

1. El Derecho común internacional de extranjeros y el asilo en la modernidad

Vattel distingue *ciudadanía y extranjería*, según la distinción entre habitantes (que son extranjeros) y ciudadanos, estableciendo las diversas categorías¹; asimismo, aborda la cuestión de si un hombre puede abandonar su patria, lo cual admite en virtud de que nacen libres, si bien tienen que indemnizar por lo que la patria haya hecho en su favor (*census emigrationis*) y si no causan perjuicio notable.

Vattel desarrolla lo que denomina *derecho de emigración* que, en su opinión, puede provenir del derecho natural o de la ley fundamental del estado, de la concesión del soberano, o de tratado con potencia extranjera². La práctica internacional de la modernidad había dado lugar a la formación de un *derecho común internacional de extranjeros* que, después de la primera guerra mundial, sería objeto de diversos intentos de codificación internacional. Su protección tendrá lugar a través de la celebración de tratados bilaterales, basados en el principio de reciprocidad de trato, que limitaban los derechos soberanos en diversos ámbitos de la actividad humana (civil, mercantil, religiosa...). Ejemplos notorios de tratados de esta naturaleza son el Tratado de Utrecht (1713) entre Francia y Reino Unido, y entre el Reino Unido y España, el tratado de San Petersburgo (1787) entre Francia y Rusia, el Tratado entre España y Portugal (1778), entre Rusia y el Imperio Otomano (1783), entre Rusia y Suecia (1780), entre Francia y Suiza (1827), entre Francia y Venezuela (1843), entre

¹ Así, se refiere a los habitantes perpetuos (que tienen el derecho de habitación perpetua), siendo una especie de ciudadanos de un orden inferior, unidos a la sociedad sin participar de todos sus beneficios; del mismo modo hace referencia a los vagamundos, como gentes sin domicilio, y cuyos hijos tampoco tienen patria.

² VATTEL, E. de., *El derecho de gentes o principios de la ley natural aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, cit., pp. 264 y ss.

Francia y Portugal (1851) o entre Francia y el Reino Unido (1851). Esta rica práctica internacional desarrolló a lo largo del siglo XIX la *teoría del abuso de la soberanía y de la responsabilidad jurídica internacional de los Estados por los daños causados a los individuos sujetos extranjeros*³. En este caso el titular de los derechos no era el individuo sino que de conformidad con las concepciones imperantes lo era el Estado⁴.

Antes de la Sociedad de Naciones se van estableciendo reglas en materia de responsabilidad internacional por daños causados a sujetos extranjeros, desde dos perspectivas fundamentales, bien fuese la idea de equiparar extranjero y nacional, bien desde el reconocimiento de un mínimo estándar internacional⁵.

En el siglo XVI se había producido el tránsito del asilo religioso que daba la Iglesia al *asilo territorial a los extranjeros*. El derecho de asilo tiene un origen religioso, concebido como la protección que encuentra una persona en un lugar inviolable en que no puede ser objeto de medidas de coerción. El derecho asilo religioso o estricto, indica Timbal, era común en distintas religiones⁶.

El concepto moderno del asilo suponía⁷ la soberanía del Estado de origen (principio de la plenitud territorial que excluye la existencia de enclaves interiores como las Iglesias) y de acogida (que decide sobre la admisión del exiliado). Desde su origen es la soberanía del Estado el fundamento y límite de la protección internacional del refugiado. En el Derecho internacional clásico se sientan las bases del régimen de protección internacional contemporáneo, tanto desde la perspectiva conceptual como de la práctica⁸.

Pero es Grocio (1583-1645), en su *Derecho de la guerra y de la paz*, el que reafirma el deber de acordar un refugio a las personas injustamente perseguidas y anuncia la distinción del asilo moderno entre refugiados políticos y criminales de guerra comunes

³ TCHIRKOVITCH, S., *La protection de l'individu et es minorités nationales d'après les traités diplomatiques du début du XVIII siècle à nos jours*, París, 1947-48, pp. 40-48.

⁴ Como indica Castillo Daudi esas reglas procedían de convenciones y de los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, en muchos casos precisados por Tribunales arbitrales. CASTILLO DAUDI, M., *Derecho internacional de los derechos humanos*, segunda edición, Tirant lo Blanch, 276 pp. 2006, p. 46.

⁵ SMITH, R.K., *Textbook on International human Rights*, 3 ed. Oxford University Press, 2007, 365 pp, p. 9.

⁶ Vid. el análisis histórico del derecho de asilo, en particular territorial en TIMBAL DUCLAUX DE MARTÍN, P., *Le droit d'asile*, Rec. Sirey, 1939, 455 pp.

⁷ CHETAIL, V., "Théorie et pratique de l'asile en Droit International classique: etude sur les origines conceptuelles et normatives du Droit International des réfugiés" *R.G.D.I.P.*, tomo 115, nº 3, 2011, p. 626; asimismo PRICE, M.E., *Rethinking asylum: history, purpose and limits*, Cambridge University Press, 2009; CARLIER, J.Y., "Droit d'asile et des réfugiés: de la protection aux droits", *RCADI*, 2007, t. 332, pp. 13-354; SIBERT, M., "Une affaire d'asile territorial au xv siècle", *RGDIP*, 1953, pp. 5-15.

⁸ Vitoria (1480-1546) engloba el deber de hospitalidad en la cuestión más general de la libre circulación de extranjeros; el asilo no tiene su autonomía conceptual en beneficio del derecho de libre comunicación que, sin embargo, no crea un derecho absoluto de admisión al extranjero, del que se pueden beneficiar los que no han cometido falta. CHETAIL, V., "Théorie et pratique de l'asile en droit International classique...", p. 628-629.

al distinguir entre extranjero culpable e inocente⁹ (principio de distinción y de elegibilidad todavía difuso, fundamento del derecho contemporáneo de los refugiados).

Pufendorf (1632-1694) indica que el elemento central reside en el interés del Estado que condiciona la admisión de extranjeros; del mismo modo Wolf (1679-1754) incide en el principio de la competencia discrecional del Estado en la admisión de extranjeros. En este sentido el asilo aparece como un deber de humanidad más que derecho positivo. De ahí que Vattel (1714-1767) se refiera a la *teoría del derecho imperfecto del asilo* que, como indica Chetail¹⁰, prefigura el estado actual del derecho positivo, en el sentido del art. 14 de la Declaración universal de derechos humanos de 1948. En virtud del *principio de solidaridad monárquica* los soberanos se entregaban a los delincuentes políticos. Así Carlos II de Inglaterra obtuvo mediante los tratados de 23 de febrero de 1661 y de 14 de septiembre de 1662 la extradición de los miembros del Tribunal de Justicia que habían votado la muerte de su padre, Carlos I¹¹.

2. Ciudadanía y extranjería en el Derecho internacional: apuntes sobre los inicios

Por su parte el nuevo orden de la *Revolución francesa* se basó en la *noción de nación*, más allá de las previas concepciones míticas, religiosas, barrocas y misteriosas de la soberanía¹². Aparece aquí la idea de ciudadanía, propia de los nacionales, frente a la de súbdito. La nación como racionalización del Derecho político, y el Estado nacional como la voluntad soberana del cuerpo político edificado en el contrato social. Es la filosofía del art. 3 de la *Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano, de 1789*.

En el siglo XIX A. Bello, Martens y Fiore hacen aportaciones. Del *Derecho internacional* del conocido autor chileno Andrés Bello¹³ cabe destacar sus análisis sobre la distinción entre *ciudadanos y extranjeros* (modos de adquisición y pérdida de la ciudadanía; acceso de extranjeros al territorio; refugio, asilo; derechos civiles de los extranjeros). Martens¹⁴, traducido por J. Fernández Prida, fue uno de los primeros autores en analizar los *derechos de los particulares en la esfera de las relaciones internacionales*. Considera que todos los “Estados civilizados han convenido en que el hombre es una persona que posee derechos imprescriptibles que aquellos deben respetar en sus relaciones recíprocas” (p. 403); a su juicio, la misión final del Estado y el objeto de las relaciones internacionales se reduce a la defensa del individuo, como rasgo del Estado moderno.

⁹ CHETAİL, V., “Théorie et pratique de l’asile en Droit International classique:..”, p. 628.

¹⁰ CHETAİL, op.cit., p. 632.

¹¹ CHETAİL, op.cit., p. 635.

¹² GARCÍA DE ENTERRIA, E., *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, pp. 102 ss.

¹³ Vid. BELLO, A., *Derecho internacional*, Librería de Garnier Hermanos, París, 1873; del mismo autor, *Principios de Derecho internacional*, Madrid, 1883.

¹⁴ MARTENS, F. de., *Tratado de Derecho internacional*, prólogo y notas de Joaquín Fernández Prida, La España Moderna, Madrid, s. f.

Por lo demás Martens analiza los derechos del Estado sobre sus súbditos (*ius avocandi*, por ejemplo) y los súbditos extranjeros. Sobre éstos señala que los Estados pueden determinar las condiciones de admisión, pero una vez en el país no deben ser privados de sus derechos ni ser objeto de una expulsión general (p. 421). En principio los gobiernos están sujetos a los tratados internacionales en relación con los extranjeros, y éstos deben respetar el orden jurídico del país, sin que “tengan derecho en caso de violación a pretender que se les trate de distinto modo que a los indígenas” (p. 423).

Probablemente el autor que más acoge la protección jurídico internacional de los derechos humanos fue, durante el siglo XIX, Pasquale Fiore¹⁵. En diversas partes de su Tratado de Derecho internacional público es muy avanzado. Koskenniemi¹⁶ lo sitúa en los inicios de la cultura de los derechos humanos. Así, por ejemplo, al referirse a los deberes de asistencia mutua entre las naciones en cumplimiento de deberes de humanidad¹⁷; fundamenta la obligación del Estado de abstenerse de aquello que pueda ser contrario al bienestar y a la prosperidad de los demás, así como la regla que le obliga a abstenerse de ordenar y autorizar hechos de cualquier naturaleza que puedan perjudicar a los demás Estados (p. 32). Estas reglas son, a juicio de Fiore, consecuencia de la idea de justicia y de moral universal (el honeste vivere de Ulpiano)¹⁸. Fiore analiza también el deber del Estado de proteger a sus propios ciudadanos, o la responsabilidad de los Estados por los daños ocasionados a extranjeros, pero destaca en su obra en el análisis de los derechos y de los deberes internacionales del hombre.

A juicio de Fiore el Derecho internacional no es el derecho exclusivo de los Estados sino también el *derecho del género humano* (p. 70). Es uno de los pocos que defiende que el “hombre debe reputarse persona ante el Derecho internacional” (p. 71), en la “medida en que es miembro de la humanidad” (p. 72). Por ello, en una posición avanzada y minoritaria para aquella época indica que “es inexacta, a juicio nuestro, la afirmación de que el derecho internacional no tiene otra aplicación posible que la que se hace entre los Estados, sosteniendo que sólo estos son los sujetos de Derecho internacional, o las personas a las que puede aplicarse este derecho. Esta doctrina se ha abierto camino y encontrado el apoyo de la mayoría” (p. 72). Los derechos humanos eran para Fiore oponibles a todos los otros sujetos, incluidos los Estados.

Por lo que se refiere a la cuestión de su obligatoriedad indica que, así como el conjunto del Derecho internacional el papel de la sanción y del recurso a la guerra puede servir, en materia de derechos del hombre los “Estados civilizados” pueden no verse conmovidos por la violación de los derechos, como ocurre con los poderes constituidos en el interior de un Estado, por lo que resalta el papel de la “opinión

¹⁵ Véase FIORE, P., *Tratado de Derecho internacional público*, vertido al castellano (de la 3ª ed. italiana), y aumentado con notas y un apéndice con los tratados entre España y las demás naciones por Alejo García Moreno, tomo segundo, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1894, en especial, sección III, pp. 70-92.

¹⁶ KOSKENNIEMI, M., M., *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho internacional. 1870-1960*, cit., p. 63 y ss.

¹⁷ FIORE, P., *Tratado de Derecho internacional público*, cit., p. 29 y ss.

¹⁸ Asimismo fundamenta otros deberes de humanidad como la obligación que incumbe a todos los Estados civilizados de socorrer a un pueblo desolado por calamidades públicas, como la carestía, las epidemias o la indigencia.

pública”, que puede contribuir a “estigmatizar en nombre de los principios del derecho y de la justicia, con la esperanza de que los gobiernos de los pueblos civilizados sientan el deber de respetarlos, y no se atrevan impunemente a conculcar aquellos derechos que merecen respeto y protección según los principios del Derecho internacional” (p. 77).

En España el autor más avanzado en materia de protección internacional de los derechos humanos fue, en el siglo XIX, una mujer, Concepción Arenal, en su innovador *Ensayo sobre el Derecho de Gentes*¹⁹, prologado con un amplio estudio de Gumersindo de Azcárate. Se basa el trabajo en un concienzudo análisis de la doctrina de la época, junto a una sistemática propia e innovadora, sobre todo en materia de derechos humanos. Las ideas subyacentes de Concepción Arenal sobre el derecho internacional parten de un *humanismo universalista*. Así, define el Derecho de gentes como la justicia en las relaciones entre todos los hombres a cualquiera nación que pertenezcan (p. 71); del universalismo da cuenta su alejamiento de una visión del Derecho internacional como el de los pueblos europeos y cristianos (p. 73).

Pero indudablemente da cuenta de su visión progresista el innovador capítulo III, relativo a los *derechos del hombre respetados por el Derecho de Gentes*. Para Concepción Arenal cuando el hombre se dirige libremente a cualquier región de la tierra en que haya naciones civilizadas tiene *derecho a que se respete su libertad* (estando abolida la servidumbre y la esclavitud), a ejercer una *actividad racional, a adquirir propiedades, al ejercicio público de su religión* (y que no se le inquiete por ella), *a la protección frente a ataques, a presentarse ante los tribunales, a hacer contratos, donaciones, a ser amparado si su vida peligrá, a elegir la patria que quiera* etc..

Los límites a los derechos derivaban, indica C. Arenal (p. 109) de que un hombre “de cierto color o de cierta raza puede ser esclavizado de hecho y aun de derecho en algunas posesiones españolas”, no puede ser propietario de un barco con bandera inglesa; además, los títulos académicos no sirven, en general, para otro país etc. Un rasgo muy avanzado de C. Arenal es que pone de relieve que la reciprocidad no es un buen criterio en determinadas cuestiones relativas a los derechos humanos. Así, indica que la:

“reciprocidad es buena cuando es razonable y cuando no, absurda” (...) “comprendemos que un extranjero no esté al frente de una embajada si sea ni Ministro ni gobernador de provincia; más ¿por qué no ha de ser catedrático? La ciencia no tiene nacionalidad, ni está sujeta a los cálculos de la política, ni se presta a la combinación de los hombres de Estado, ni tiene compromisos con los Gobiernos ni deberes contradictorios con los pueblos”. (p. 11)

¹⁹ ARENAL, C., *Ensayo sobre el derecho de gentes*, en *Obras completas de Doña Concepción Arenal*, tomo 9º, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895, en especial el capítulo III (Derechos del hombre respetados por el de gentes), pp. 107-117.

3. Vulnerabilidad por razón de origen nacional en el orden internacional del tiempo presente

Las personas están vinculadas a los Estados a través del vínculo de la *nacionalidad*, lo que conforma la población del Estado. Los límites en el ejercicio de las competencias sobre las personas, nacionales o no, vienen establecidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, que establece pocas reglas sobre los extranjeros. En esta línea la CDI está analizando la cuestión de los derechos fundamentales o intangibles que deben garantizarse a una persona objeto de expulsión. En 2009 el proyecto, en sus arts. 9, 10, 11, 22, 13 y 14 se refiere al respeto y protección del derecho a la vida, a la dignidad humana, el derecho a no ser sometido a torturas, los derechos del niño, el derecho a la vida privada y familiar o el derecho a la no discriminación. Ello no obstante no hay consenso sobre la inclusión de una lista de derechos intangibles ni sobre la jerarquización de derechos.

Tradicionalmente, los Estados reservan a sus nacionales la plenitud de derechos, mientras que el extranjero, aunque resida en el territorio, no ha visto reconocido determinados derechos políticos, de acceso a determinadas profesiones vinculadas especialmente a la soberanía (como militar, diplomático, función pública etc.) o de otra naturaleza. Esta *distinción ciudadano-extranjero en el reconocimiento y disfrute de los derechos es muy relevante*. En 2008 se abre en España el debate político-académico para reconocer el derecho de sufragio en las elecciones locales a los residentes extranjeros en España. Este cambio se enfrenta al nudo gordiano que vincula *soberanía y democracia* y que, indica F. Vacas, es la cuestión teórica fundamental del problema del voto de los extranjeros en España²⁰. En el derecho comparado ya muchos Estados han reconocido el derecho sufragio de los extranjeros en las elecciones locales²¹.

En el caso de España también cabe traer a colación, junto al conocido estatuto de ciudadanía europea, la cuestión de la *nacionalidad de los habitantes de los territorios sometidos a dominación colonial*. Cuando en el siglo XIX surge la figura del protectorado la competencia personal del Estado protector sobre los habitantes se ejercía sobre no nacionales, si no habían cometido actos ilícitos. Además, como no eran nacionales se les podía expulsar²².

El Decreto de 21 de agosto de 1956 puso en marcha una política de asimilación del originario de la colonia al nacional del territorio metropolitano español, que se plasma

²⁰ VACAS FERNÁNDEZ, F., *El reconocimiento del derecho al sufragio de los extranjeros en España: un análisis desde el Derecho internacional*, Dykinson, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 2011, 105 pp., p. 32.

²¹ Así, en Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Islandia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Suecia, Suiza, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guayana, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Por su parte España ha realizado tratados internacionales con tal objeto, sobre la base del criterio de reciprocidad que establece el art. 13 de la Constitución. Vid. sobre esto VACAS FERNANDEZ, F., *El reconocimiento del derecho al sufragio de los extranjeros en España...*, 2011 en especial p. 54 ss.

²² En este sentido SOROETA LICERAS, J., *El conflicto del Sahara occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del Derecho internacional*, Universidad del País Vasco, 2001, 369 pp., p. 172.

en las leyes de 30 de julio de 1959, sobre organización y régimen jurídico de las provincias africanas del golfo de Guinea, y de 19 de abril de 1961, sobre la organización del territorio del Sahara español. Además, con la retrocesión del Ifni y de Guinea, por el Decreto 1347/69, de 26 de junio y el Decreto 2987/77, de 28 de octubre, se estableció el derecho de opción de *nacionalidad* que, por sus condiciones, era más retórico que real²³. En el segundo caso se articuló como una concesión graciosa de la nacionalidad de carácter colectivo para aquellos que no podían retornar a su país por razones políticas. En el caso del Sáhara el Decreto 2258/1976, de 10 de agosto sobre opción de nacionalidad española también era una concesión colectiva, individualizable por una manifestación de voluntad del interesado en el plazo de un año. Una de las consecuencias de este Real Decreto fue que se convirtieron de forma colectiva en apátridas a muchos habitantes del territorio del Sahara occidental. Entre otras razones porque España abandonó el territorio del Sahara, de tal manera que hubo la imposibilidad física de muchos ciudadanos de ejercer ese derecho de opción²⁴.

En cuanto a la *entrada* el Estado no está obligado a admitir a extranjeros en su territorio, salvo circunstancias preferentes de libre circulación, como ocurre en la Unión Europea, además de existir en ésta el régimen de ciudadanía europea. Y ello a pesar de que el art. 13 de la Declaración universal de derechos humanos reconoce el *derecho a circular libremente y a elegir residencia*, lo mismo que los art 12, 2 y 3 del Pacto de derechos civiles y políticos (derecho a circular, derecho a salir etc.). A lo que está obligado el Estado es a respetar, una vez que han entrado, un estándar mínimo de derechos humanos.

El Derecho internacional reconoce el *Derecho de asilo*, que se otorga por un Estado que protege a alguien que no es nacional suyo pero cuya libertad o vida está en peligro por actos, amenazas o persecuciones de las autoridades de otro Estado. El asilo territorial al perseguido por motivos políticos, y en peligro de muerte o de falta de libertad del Estado de procedencia no es propiamente un derecho del asilado sino una concesión graciosa del Estado asilante, que puede concederlo en virtud de la soberanía, como deriva de la *Res 2312 Declaración sobre asilo territorial, de la AGONU*, de 14-XII-1967. Todavía no se ha celebrado un Tratado general internacional del asilo. La categoría de refugiado es más restrictiva que la del asilado pues hay causas tasadas. El art. 1 del convenio considera que un refugiado es una "persona con temores fundados de ser perseguida por raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social, opiniones políticas que no regresa a su país por esos temores". Se les reconoce a estas personas el derecho al *non-refoulement* (no devolución).

Los derechos internos pueden configurar el *asilo* como un derecho o una facultad discrecional, según los casos. En Europa la creación de un espacio sin fronteras interiores llevó a armonizar el asilo. En tal sentido en 1990 se aprobaron los Convenios (de Dublín) de determinación del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo y el convenio de aplicación de Schengen (1990), que buscaban, entre otras cosas, eliminar los refugiados en órbita. A fines del siglo XX, como también había

²³ Vid. sobre esto SOROETA LICERAS, J., *El conflicto del Sahara occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del Derecho internacional*, Universidad del País Vasco, 2001, 369 pp., pp. 202-203.

²⁴ Vid. sobre esto SOROETA LICERAS, J., *El conflicto del Sahara occidental, reflejo de las contradicciones y carencias del Derecho internacional*, UPV, 2001, pp. 210, 211.

ocurrido a finales del XIX la Comunidad internacional se ha topado con una segunda era de las migraciones, con un importante flujo de población²⁵. Se ha señalado que nunca hubo tantas restricciones al movimiento de las personas²⁶. Si miramos atrás en la historia de las migraciones humanas vemos que cuando un flujo migratorio alcanza su punto de saturación hay un mecanismo de corrección inherente que limita futuras migraciones. Por eso la preocupación europea y occidental en las últimas décadas sobre la avalancha de extranjeros explotan el miedo público y no distinguen adecuadamente entre percepciones e intereses. En ocasiones, como indica Moses, las políticas de inmigración parecen más orientadas por la xenofobia que por la razón.

En el Derecho internacional se ha producido una inhibición ante el fenómeno de la inmigración, que ha estado sometida a la actividad reguladora del Estado. Se puede, todo lo más, afirmar la existencia de un *incipiente Derecho internacional de las migraciones*²⁷ como sector autónomo del DI, que ha desarrollado un poco más los límites del Estado en el trato al extranjero. En todo caso, como señala Pérez González, hay vivos tres importantes debates: el relativo a la movilidad internacional (derecho a entrar y salir de un Estado y regresar a él), el de la equiparación de derechos de nacionales y extranjeros y el de la especificación de la protección (en los colectivos vulnerables).

Hay un amplio conjunto de tratados que tienen relevancia para los migrantes, como los convenios de la OIT, algunos convenios de personas y grupos vulnerables, los protocolos sobre tráfico de personas y contrabando de migrantes etc..²⁸ El Relator de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes ha mostrado su especial preocupación por los abusos que se cometen sobre los migrantes irregulares en todo el proceso de migración, desde el país de origen hasta el de destino pasando por el de tránsito. Se ha producido una creciente penalización de la migración irregular y de las situaciones de abuso²⁹, en gran medida por afrontar esa cuestión de manera inadecuada como temas de seguridad nacional.

La Carta Magna de los migrantes debiera de ser el *Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*, adoptado por la AGONU en su Res. 45/158, de 18 de diciembre de 1990, que reconoce un conjunto amplio de derechos en la parte III. La Convención tiende a

²⁵ Vid. VACAS FERNÁNDEZ, F., *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios*, UC3M-Dykinson, Madrid, 2007, p. 26 y 34.

²⁶ MOSES, J.W., *International migration and global justice*, Ashgate, 2006; también JAUREGUI, G., "Inmigración y diversidad cultural en la era de la globalización. De la multiculturalidad a la interculturalidad", *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, VVAA, Marcial Pons, 2008, pp. 271 ss.

²⁷ PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones irregulares y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 3.

²⁸ Vid. KARIYAWASAM, P., "La Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias", *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*, Mariño, F., (Coord), a Catarata, 2006, VVAA, 250 pp. 16 ss. Sobre la elaboración LÖNROTH, J., "The International convention on the Rights of all migrants workers and members of their families in the context of International migration policies: an analysis of ten years of negotiation", *International migration Review*, 25, 1991, 722 pp.

²⁹ Vid. *Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, de 21-III-2011, Consejo de derechos humanos. Asimismo *Informe del Relator especial sobre los derechos humanos de Iso migrantes*, de 2 de abril de 2012, de Francois Crépeau.

equiparar en derechos a nacionales y extranjeros, aunque no lo hace plenamente pues hay distinciones entre nacional y extranjero, entre regular e irregular, lo que refleja el equilibrio entre la soberanía del Estado en su política migratoria y el compromiso de base de que la situación irregular de un extranjero no le prive de la mayoría de sus derechos ni exima al Estado receptor de la protección de estas personas, como indica Bonet. Los precedentes estaban en el *Convenio número 97 de la OIT de trabajadores migratorios* (1949) –principio de trato no menos favorable que el aplicado a los nacionales del Estado, art. 6– y en el *convenio número 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato a los trabajadores migratorios* (1975)³⁰.

Ahora bien, este convenio no está siendo ratificado por la mayor parte de los Estados industrializados receptores de inmigrantes, por ejemplo, o por los Estados miembros de la Unión Europea. El Derecho internacional también limita las competencias del Estado a la hora de *expulsar extranjeros*. Así no caben las expulsiones arbitrarias y colectivas o las que supongan un trato inhumano.

³⁰ Vid. BONET PÉREZ, J., “La convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias”, *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*, Mariño, F., (Coord.), La Catarata, 2006, VVAA, 250 pp., pp. 92 ss.

LAS OPERACIONES DE LA U.E. EN EL MEDITERRÁNEO EN MATERIA MIGRATORIA COMO SÍNTOMA: DE LA OPERACIÓN ITALIANA *MARE NOSTRUN* A LAS EUROPEAS DE FRONTEX, TRITÓN Y POSEIDÓN, Y EUNAVEMFOR-MED OPERACIÓN SOFÍA

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid

1. Introducción. 2. La operación italiana *Mare Nostrum* (2013-2014). 3. Las operaciones *Tritón* y *Poseidón* de FRONTEX (2014-...). 4. EU-NAV-FOR-MED *Operación Sofía* (2015-...). 5. Conclusiones

1. Introducción

Uno de los retos más importantes de nuestro mundo, sin lugar a dudas, lo plantean las migraciones. Nos encontramos en lo que el Secretario General de Naciones Unidas (ONU) ha denominado la Segunda era Migratoria¹. Y aunque estamos ante un fenómeno global, Europa tiene un especial interés en él por buenas y numerosas razones, como es bien sabido. ¿Cómo está afrontando la Unión Europea (UE) este reto global que le afecta de manera tan especial? El futuro mismo de la UE depende de la respuesta a esta pregunta y, sobre todo, depende del éxito o fracaso –medido en términos morales, legales y de efectividad– de las políticas que la UE está tratando de desarrollar para gestionar este complejo fenómeno.

De hecho, en este ámbito, las operaciones de la UE establecidas en 2014 y 2015 en el Mar Mediterráneo para gestionar la llamada *crisis* migratoria y humanitaria son la respuesta principal, sino única, que la UE ha adoptado y que verdaderamente está implementando. Por ello, dichas operaciones son un síntoma claro, un inconfundible signo del camino que la UE y, sobre todo, sus Estados Miembros están tomando.

En este sentido, es importante tener en cuenta que a estas operaciones europeas les precedió una operación unilateral, desarrollada por Italia en el Mediterráneo Central: desde el Canal de Sicilia hasta la costa de Libia. Fue creada al inicio de la llamada crisis migratoria de 2013, como reacción –no como una medida preventiva– a un naufragio que el 3 de octubre de ese año dejó más de 360 migrantes muertos, decenas de ellos niños. Este es el contexto en el que estas operaciones han sido creadas, debemos siempre recordar, como reacción a una tragedia ya producida, no para prevenirla. Tragedia que, por cierto, comenzó bastante antes: desde principios de siglo cientos de personas han muerto cada año en el Mediterráneo².

Y, sin embargo, la tragedia que se vive en el Mediterráneo no es una “crisis”, no es ni “inesperada” ni “temporal”: era perfectamente predecible –de hecho, como he dicho, había síntomas claros, basados en datos, de ello al menos desde 2000; era tan evidente a los ojos de

¹ Report of the Secretary-General, *International migration and development*, doc. A/60/871, 18 May 2006, par. 2.

² Vid. <http://www.unhcr.org/531990199.html>

la UE que los Estados Miembros crearon FRONTEX en 2004, como vamos a ver—. Como también era claramente previsible el aumento y rápido crecimiento del número de migrantes intentando llegar a Europa: en primer lugar, la continuación de las guerras, y el inicio de otras nuevas, en África – sobre todo en la Franja del Sahel: Darfur, Sudán del Sur, Mali; junto al Cuero de África: Eritrea, Somalia– en segundo lugar, las consecuencias de lo que de forma optimista se bautizó como la “primavera árabe”; y, sobre todo, la deconstrucción de Estados estables próximos a Europa, deconstrucción producida directamente por intervenciones occidentales –Irak, desde 2003; Libia, en 2011– o indirectamente provocadas a través del apoyo político de los Estados de la UE y de Estados Unidos, o directamente producto de la ayuda económica y militar de aliados occidentales en el Próximo Oriente –principalmente Turquía, Arabia Saudí y el resto de monarquías del Golfo– a los denominados por ellos “rebeldes” en Siria. Esta deconstrucción ha convertido a dichos Estados en Estados fallidos víctimas de horribles guerras civiles –verdaderos infiernos en la tierra– de los que millones de personas están intentando huir. Por cierto, comportándose como verdaderos seres humanos: simplemente tratando de sobrevivir.

Por tanto, la llamada “crisis de los refugiados” era previsible y es muy posible que continúe por largo tiempo; y eso si hablamos únicamente de refugiados y solicitantes de asilo. Pero esto no es únicamente una cuestión de refugiados: se trata de un fenómeno de *migración mixta*, tal y como la Organización Mundial para las Migraciones³ y la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados⁴ la han denominado. Porque hoy ya no es posible distinguir entre tipos de migrantes, no hay una distinción clara entre aquellos que huyen de persecución de los que buscan una vida económica y social mejor –sin duda, también este último un comportamiento muy humano: querer mejorar las condiciones de vida–. Y, por tanto, si colocamos el asunto en términos migratorios de conjunto, en ningún caso podemos hablar de un fenómeno temporal: se trata de un rasgo estructural de la Sociedad internacional globalizada de nuestro tiempo; probablemente de uno de los rasgos más claramente unidos a ella y que, por consiguiente, va a continuar y a profundizarse a medida que la globalización misma continúe y se profundice.

Por todo ello, esta no es una crisis temporal, sino un fenómeno permanente y estructural con el que la UE y sus Estados Miembros tienen que convivir y deben tratar de gestionar. De hecho, en palabras del Secretario General de la ONU, “las migraciones son un proceso fundamentalmente humano que implica el movimiento, a menudo precario, de alrededor de 215 millones de personas. No se trata de una mera mega-tendencia anónima”. Por todo ello, una Política Migratoria Europea es absolutamente necesaria. Pero, ¿qué tipo de Política Común? ¿Con qué contenido? Y, sobre todo, ¿sobre qué bases, principios y valores, y persiguiendo qué intereses, se va a construir? ¿Se va a construir en el marco establecido por el Derecho Migratorio Europeo basado en el Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos, o, por el contrario, se va a tratar de un verdadero *droit d'exception*, en palabras de Danièle LOCHAK, de un “estado de sitio”⁵ que ignora el marco legal establecido y vigente y donde los intereses securitarios de los Estados prevalezcan?

2. La operación italiana *Mare Nostrum* (2013-2014)

Desde 2013, el gran aumento en el número de migrantes ahogados en el Mediterráneo hizo imposible seguir ignorando, porque ya no era posible esconderlo por más tiempo, la tragedia humana que se estaba desarrollando en el en otra época denominado Mare Nostrum y desde aquellos días conocido como Mar de la Muerte. El ya mencionado naufragio ocurrido el 3 de octubre de 2013 en las proximidades de Lampedusa significó el final de la inocencia de Europa y de los ciudadanos europeos sobre lo que venía ocurriendo en el Mediterráneo desde hace tanto tiempo; y, en consecuencia, implicó el momento inicial de la reacción: un proceso reactivo

³ Vid. IOM, *Migration Initiatives 2015. Regional Strategies*, pp. 217-218.

http://publications.iom.int/system/files/pdf/migration_initiatives2015.pdf

⁴ Vid. <http://www.unhcr.org/pages/4a16aac66.html> y <http://www.unhcr.org/pages/4a1d569d6.html>

⁵ Vid. LOCHAK, D., *Face aux migrations, Etat de Droit ou état de siège*, Textuel, Paris, 2007.

que ha tenido una evolución muy interesante y bien significativa desde entonces, 2013, hasta hoy, 2016.

La Operación *Mare Nostrum* fue creada por el Gobierno de Italia el 18 de octubre de 2013, 15 días después de la tragedia, para afrontar el aumento dramático de los flujos migratorios producido en la segunda mitad del año y los consecuentes naufragios en las cercanías de la isla de Lampedusa, en el Estrecho de Sicilia. Como se puede leer en la web oficial de la operación: "Las unidades navales y aéreas desplegadas en Mare Nostrum eran necesarias para mejorar la seguridad marítima, patrullar las líneas marítimas, combatir las actividades ilegales, en especial el tráfico de personas, y hacer frente a la emergencia humanitaria en el Estrecho de Sicilia, promediando 5 navíos de la Marina italiana con sus unidades aéreas durante todo el tiempo que duró la operación"⁶.

Como se puede ver, se trataba de una operación esencialmente humanitaria, creada principalmente, aunque no exclusivamente, para la localización, rescate y salvamento del mayor número de migrantes posibles; intentando impedir una nueva tragedia como la ocurrida en octubre de 2013. Se desplegó en el estrecho de Sicilia hasta la costa libia patrullando más de 70.000 km². Tanto las unidades militares desplegadas como el presupuesto aprobado para desarrollar la operación significaron un esfuerzo muy importante para Italia; a lo que, además, había que añadir que Italia debía hacerse cargo de aquellos migrantes rescatados tanto en términos legales⁷, como económicos y sociales⁸.

Sus resultados fueron verdaderamente impresionantes en el año en que estuvo en marcha: "Durante 364 días de incesante actividad en todas las condiciones atmosféricas, las unidades de la Marina de Italia han desarrollado 421 operaciones y rescatado a 150.810 migrantes; 5 buques nodriza han sido detenidos y 330 traficantes de personas han sido puestos a disposición de la justicia"⁹.

Pero este esfuerzo, verdaderamente importante – en sentido económico, político y social- no podía ser mantenido únicamente por Italia por más tiempo. Por ello, su gobierno pidió a la UE cooperación. Cooperación que fue canalizada a través de FRONTEX.

3. Las operaciones Tritón y Poseidón de FRONTEX (2014- ...)

La Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, FRONTEX, fue creada en 2004 a través del Reglamento del Consejo Europeo (EC) número 2007/2004. Según lo indicado en su Preámbulo:

"(1) La política comunitaria relativa a las fronteras exteriores de la Unión Europea tiene por objeto establecer una gestión integrada que garantice un nivel elevado y uniforme de control y vigilancia (...),

(...)

⁶ <http://www.marina.difesa.it/EN/operations/Pagine/MareNostrum.aspx> (last visit, 20 February 2016).

⁷ Vid. T.E.D.H., *Hirsi Jamaa et alii versus Italy*, de 23 de febrero de 2012.

Accesible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109231#{"itemid":\["001-109231"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109231#{)

⁸ De acuerdo con lo establecido en el *Reglamento de Dublín*, Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida*.

⁹ <http://www.marina.difesa.it/EN/operations/Pagine/MareNostrum.aspx>

(5) La eficacia del control y la vigilancia de las fronteras exteriores es una cuestión de máxima importancia para los Estados miembros, (...). La creación de la Agencia, que ayudará a los Estados miembros en la aplicación de los aspectos operativos de la gestión de sus fronteras exteriores, incluido el retorno de los nacionales de terceros países presentes ilegalmente en su territorio, constituye un importante paso en este sentido”¹⁰.

Para alcanzar tales fines, FRONTEX se establece “para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores, con el fin de mejorar la gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea”¹¹. En 2007, dicho Reglamento fue modificado por el Reglamento (EC) número 863/2007 que “establece un mecanismo destinado a proporcionar durante un período limitado una *asistencia operativa rápida*, en forma de *equipos de intervención rápida en las fronteras*, al Estado miembro que lo solicite por encontrarse este ante una situación de presión urgente y excepcional, en particular la llegada a determinados puntos de las fronteras exteriores de un gran número de nacionales de terceros países que intentan entrar ilegalmente en el territorio del Estado miembro”¹².

Finalmente, en 2011 se aprobó una segunda reforma para lograr “un mayor refuerzo de las funciones de la Agencia” porque “(u)na gestión eficaz de las fronteras exteriores mediante las inspecciones y la vigilancia contribuye a combatir la inmigración ilegal y la trata de personas y a prevenir las amenazas para la seguridad interior, el orden público, la salud pública y las relaciones internacionales de los Estados miembros”¹³. En consecuencia, “la Agencia podrá desplegar, durante un período limitado, uno o varios equipos europeos de agentes de la guardia de fronteras en el territorio del Estado miembro que lo solicite, durante el plazo de tiempo adecuado, por encontrarse éste ante una situación de presión urgente y excepcional, en particular la llegada a determinados puntos de las fronteras exteriores de un gran número de nacionales de terceros países que intenten entrar ilegalmente en el territorio de ese Estado miembro”¹⁴.

Esta es la base legal sobre la que se han establecido las Operaciones *Tritón* y *Poseidón*. En consecuencia, *no se trata de operaciones de rescate y salvamento, sino de control y vigilancia de fronteras exteriores*. Su mandato es, de hecho, ayudar a los Estados Miembros –en estos casos, Italia y Grecia –a controlar y vigilar los flujos migratorios irregulares en el Canal de Sicilia y el Mar Egeo, respectivamente. De acuerdo con ello, la composición y unidades que conforman ambas operaciones son las adecuadas para cumplir su mandato, no para rescatar y salvar vidas en el mar; lo cual, incidentalmente y como obligación internacional vigente, deben hacer en todo caso.

De hecho, la *Operación Tritón* fue creada el 1 de noviembre de 2014, tras el llamamiento del gobierno de Italia, como hemos indicado ya, a sus colegas europeos para que compartieran la carga, soportada durante todo un año únicamente por Italia a través de su *Operación Mare Nostrum*. La respuesta de la UE fue positiva, por supuesto; pero no sin que previamente se discutiera el cambio de naturaleza, composición y alcance de la nueva operación llamada a remplazar la italiana. Y es que algunos de los dirigentes europeos estaban muy decepcionados y contrariados con la operación italiana, de naturaleza estrictamente humanitaria como hemos visto, porque pensaban que lo que hacía era crear un “efecto llamada” inadmisibles¹⁵. En

¹⁰ Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, *por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, Preámbulo.

¹¹ *Ibid*, artículo 1.1.

¹² Reglamento (CE) nº 863/2007 del parlamento europeo y del consejo, de 11 de julio de 2007, *por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras*, artículo 1. Cursivas añadidas.

¹³ Reglamento (UE) nº 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, preámbulo.

¹⁴ *Ibid*, artículo 8 bis.

¹⁵ Así, *vid*, entre otras, las declaraciones del Premier Ministro del Reino Unido, David Cámeron, o del Presidente del Gobierno de España, Mariano Rajoy, o las de sus Ministros de Interior.

consecuencia, se modificó la naturaleza de la operación, eligiendo a FRONTEX como la Agencia más adecuada para organizar y desplegar la nueva operación, cuya finalidad es “implementar actividades operacionales coordinadas en las fronteras exteriores marítimas del Mediterráneo Central con el fin de *controlar los flujos migratorios irregulares hacia territorio de los Estados Miembros de la Unión Europea y hacer frente el crimen transfronterizo*”¹⁶.

Al mismo tiempo, y coherentemente con ello, su composición, alcance y presupuesto se redujeron drásticamente a poco más de 9 millones de euros y a tan solo un tercio del área marítima que estaba bajo vigilancia de la Operación Mare Nostrum. La Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados alertaba en marzo de 2015 de las consecuencias que estos cambios podrían suponer:

“Es importante subrayar que la naturaleza humanitaria de rescate en el mar y el principio de *non-refoulement* deben ser respetados. El Derecho Internacional del Mar establece claras obligaciones de rescate en el mar. UNHCR llama a establecer operaciones de búsqueda y rescate fuertes y predecibles a lo largo de las rutas del Mediterráneo. UNHCR dio la bienvenida a Mare Nostrum –la operación naval italiana de rescate– y expresó su preocupación por su finalización sin que una operación similar la remplazara. Las actividades de búsqueda y rescate necesitan iniciarse dondequiera que haya indicios que un barco o las condiciones de las personas a bordo, no permitan un viaje seguro, creando riesgo de que las personas mueran en el mar. El 1 de noviembre de 2014, Frontex estableció una nueva Operación, la Operación Conjunta Tritón, que se está desarrollando en el Mediterráneo Central. Aunque Tritón ha contribuido a operaciones de búsqueda y rescate, esta operación de vigilancia fronteriza no tiene ni los recursos, ni el alcance, ni el mandato para llevar a cabo las acciones de búsqueda y rescate requeridas. UNHCR hace un llamamiento para una nueva acción concertada de la UE y sus Estados Miembros de una operación de búsqueda y rescate basada en la solidaridad y el apoyo conjunto con el objetivo de evitar nuevas pérdidas de vidas en el mar”¹⁷.

Alerta que fue ignorada por las autoridades europeas: como consecuencia directa de estos cambios de naturaleza y alcance de la operación, el 13 de abril de 2015 más de 400 migrantes murieron en un naufragio, y 6 días después, más de 800 personas fallecieron ahogadas en la peor tragedia nunca ocurrida en el Mar Mediterráneo. Justo un día después el Consejo concluyó reconociendo que eran necesario “un esfuerzo más eficiente para salvar vidas en el mar reforzando las actividades de Frontex, en particular, las Operaciones Tritón y Poseidón en el Mediterráneo. Para ello *serán necesarios nuevos fondos para Frontex, más equipos para ambas operaciones así como una ampliación del área de sus operaciones*. Debe adoptarse un acercamiento sostenible y de largo plazo respecto a las obligaciones de búsqueda y rescate”¹⁸.

Por lo que respecta a la Operación Poseidón, se estableció el 1 de mayo de 2014 para “implementar las actividades operacionales en las fronteras externas de la región del Mediterráneo Oriental con el fin de *controlar los flujos migratorios irregulares hacia territorio de los Estados Miembros de la UE y hacer frente el crimen transfronterizo*”¹⁹. En este caso, con un

<http://www.theguardian.com/world/2014/oct/28/home-office-defends-uk-migrant-pull-factor>,
<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/the-government-still-opposes-rescue-missions-in-the-mediterranean-despite-950-migrants-drowning-in-10188689.html>, <http://www.ibtimes.co.uk/mediterranean-migrant-search-david-cameron-under-fire-over-decision-cut-support-1497429>,
http://www.eldiario.es/desalambre/Rajoy-indigna-Mediterraneo-operacion-europea_0_379012338.html,
<http://www.elmundo.es/internacional/2015/04/19/553381c7e2704e0d458b456f.html>,
<http://www.europapress.es/internacional/noticia-fernandez-diaz-pide-garantizar-rescate-inmigrantes-generar-efecto-llamada-20150420161249.html>

¹⁶ Vid, <http://frontex.europa.eu/operations/archive-of-operations/NkKUdU>. Cursivas añadidas.

¹⁷ UNHCR, *Central Mediterranean Sea Initiative. Action Plan*, March 2015, <http://www.unhcr.org/531990199.html>. Cursivas añadidas.

¹⁸ Outcome of the Joint Council meeting of Foreign Affairs and Home Affairs, 20 April 2015, <http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/fac/2015/04/20/>

¹⁹ Vid, <http://frontex.europa.eu/operations/archive-of-operations/Lq8P8c>. Cursivas añadidas.

presupuesto de 6.6 millones de €, que, como es bien sabido no está evitando la muerte de cientos de migrantes en el Mar Egeo.

4. EU-NAV-FOR-MED Operación Sofía (2015- ...)

Bajo la presión generada por los mencionados naufragios de abril de 2015, cuando más de 1.200 personas perdieron la vida, el 20 de abril de ese año el Consejo “confirmó un fuerte compromiso para actuar con el fin de prevenir tragedias humanas como los recientes sucesos del Mediterráneo”²⁰; y el 23 de abril, el Consejo Europeo finalmente –después de años de naufragios y miles de muertos, no lo olvidemos– concluyó que “la situación en el Mediterráneo es una tragedia” y subrayó que la Unión “movilizará todos los esfuerzos a su disposición para prevenir más pérdidas de vidas en el mar y para afrontar *las causas profundas* de esta emergencia humanitaria, en cooperación con los países de origen y tránsito”; proclamando solemnemente: “Nuestra prioridad inmediata es prevenir que más personas mueran en el mar”²¹.

La expresión clave aquí es “causas profundas”: ¿qué quieren decir con “causas profundas”? Su propia respuesta es la siguiente: aquellos que trafican con migrantes son las causas profundas. En consecuencia, el Consejo Europeo se comprometió a luchar contra los traficantes de personas de acuerdo con el Derecho Internacional, desarticulando “las redes de los traficantes, llevando a los perpetradores ante la justicia y haciéndose con el control de los medios que utilizan” y emprendiendo “esfuerzos sistemáticos para identificar, capturar y destruir las embarcaciones antes de que sean utilizadas por los traficantes”; e invitó a la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Federica Mogherini, “a iniciar inmediatamente la preparación para una posible operación PCSD a tal efecto”²².

Esta operación de la Política Común de Seguridad y Defensa fue creada por Decisión del Consejo (de Política Exterior y Seguridad Común) 2015/778, adoptada el 18 de mayo de 2015. Su misión se establece en el artículo 1:

“La Unión llevará a cabo una operación militar de gestión de crisis que contribuya a desarticular el modelo de negocio de las redes de tráfico ilícito y trata de personas en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED), realizando esfuerzos sistemáticos para detectar, capturar y eliminar los buques y medios que utilizan o que se sospeche que utilizan los pasadores de fronteras o los tratantes de personas, de conformidad con el Derecho internacional aplicable, incluidos la CNUDM y cualquier resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”²³.

Esto es, se trata de una operación de naturaleza militar cuyo mandato es “desarticular el modelo de negocio de las redes de tráfico ilícito y trata de personas en el Mediterráneo central meridional” detectando, capturando y eliminando “los buques y medios que utilizan o que se sospeche que utilizan los pasadores de fronteras o los tratantes de personas”. Como se puede ver ni el rescate ni el salvamento de migrantes son parte del mandato de la operación; aunque sí una obligación internacional –contenida en la Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar de 1982, en la Convención Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974 (SOLAS) y la Convención Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos de 1979 (SAR)– que la Operación debe cumplir en todo caso.

EUNAVFOR MED está previsto que se desarrolle en fases secuenciales, y de acuerdo, como no podría ser de otra manera, con los requerimientos del Derecho Internacional. Las tres fases previstas son las siguientes:

²⁰ Outcome of the Joint Council meeting of Foreign Affairs and Home Affairs, 20 April 2015, <http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/fac/2015/04/20/>

²¹ Statement of the Special meeting of the European Council, 23 April 2015, par. 1. Cursivas añadidas. <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/>

²² *Ibid*, par. 3.

²³ Decisión (PESC) 2015/778 del Consejo, de 18 de mayo de 2015, *relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED)*.

“a) en una *primera fase*, apoyará la detección y el seguimiento de las redes de migración mediante la recopilación de información y las patrullas *en alta mar* de conformidad con el Derecho internacional;

b) en una *segunda fase*,

i) procederá a visitar, registrar, apresar y desviar *en alta mar* los buques sospechosos de ser utilizados para el tráfico ilícito o la trata de seres humanos, en las condiciones previstas en el Derecho internacional aplicable, incluidos la CNUDM y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes,

ii) de conformidad con cualquier resolución aplicable del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o el consentimiento del Estado ribereño en cuestión, procederá a visitar, registrar, apresar y desviar, *en alta mar y en las aguas interiores de dicho Estado*, los buques sospechosos de ser utilizados para el tráfico ilícito o la trata de seres humanos, en las condiciones establecidas en dicha resolución o consentimiento;

c) en una *tercera fase*, de conformidad con cualquier resolución aplicable del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o el consentimiento del Estado ribereño en cuestión, adoptará todas las medidas necesarias, incluso la eliminación o inutilización, contra un buque y los medios relacionados que se sospeche que se utilizan para el tráfico ilícito o la trata de seres humanos, *en el territorio de dicho Estado*, en las condiciones establecidas en dicha resolución o consentimiento²⁴.

EUNAVFOR MED inició su actividad el 22 de junio de 2015, de acuerdo con la Decisión del Consejo (PESC) 2015/972. En principio “terminará a más tardar doce meses después de que se haya alcanzado la capacidad operativa completa”²⁵; nivel alcanzado el 27 de julio de 2015; por lo que, en principio, debería terminar no más tarde del 27 de julio de 2016²⁶. El 7 de octubre de 2015 EUNAVFOR MED entró en la Fase 2 (i) o “en aguas internacionales”, tal y como los Embajadores de la UE en el Comité Político y de Seguridad acordaron²⁷.

Para comprender la limitación implícita en las palabras “en aguas internacionales” –que implica que EUNAVFOR MED tiene su acción limitada a “visitar, registrar, apresar y desviar *en alta mar* los buques sospechosos de ser utilizados para el tráfico ilícito o la trata de seres humanos”-, tenemos que referirnos a la Resolución 2240 (2015); en la que el Consejo de Seguridad de la ONU, tras afirmar “la necesidad de poner fin a la reciente proliferación del tráfico de migrantes y personas en el Mar Mediterráneo frente a las costas de Libia y al peligro que representa para la vida de esas personas, y, con ese propósito específico, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”²⁸:

“7. *Decide*, con miras a salvar la vida amenazada de los migrantes o de las víctimas de la trata de personas a bordo de los buques mencionados anteriormente, *autorizar a los Estados Miembros*, en estas circunstancias excepcionales y específicas y por un período de un año a partir de la fecha de aprobación de la presente resolución, a que, actuando *individualmente o por conducto de organizaciones regionales* que combaten el tráfico de migrantes y la trata de personas, *inspeccionen los buques en alta mar frente a las costas de Libia cuando tengan motivos razonables para creer que han sido, están siendo o serán utilizados inminentemente para el tráfico de migrantes o la trata de personas desde Libia*, siempre que los Estados Miembros y las organizaciones regionales intenten de buena fe obtener el consentimiento del Estado del pabellón del buque antes de ejercer la autoridad conferida en el presente párrafo;

²⁴ *Ibid*, artículo 2. Cursivas añadidas.

²⁵ *Ibid*, artículo 13.

²⁶ http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eunavfor-med/press-releases/20150728_en.htm

²⁷ http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eunavfor-med/press-releases/20151007_en.htm

²⁸ S/RES/2240 (2015), 9 October.

8. Decide también autorizar, por un período de un año a partir de la fecha de aprobación de la presente resolución, a los Estados Miembros a que, actuando individualmente o por conducto de organizaciones regionales, apresen los buques inspeccionados con la autoridad conferida en el párrafo 7 cuando se confirme que están siendo utilizados para el tráfico de migrantes y la trata de personas desde Libia, y subraya que al adoptar nuevas medidas respecto de los buques inspeccionados bajo la autoridad conferida en el párrafo 7, incluida su enajenación, se respetará el derecho internacional aplicable, teniendo debidamente en cuenta los intereses de terceros que hayan actuado de buena fe”²⁹.

Autorización que, de acuerdo con el Derecho del Mar, no es necesaria para inspeccionar o apresar barcos sin bandera en alta mar ni si dichas actuaciones se realizan con el consentimiento del Estado de abanderamiento. Por tanto, la Resolución 2240 (2015) del Consejo de Seguridad tan solo autoriza a la UE a inspeccionar y apresar las embarcaciones si el Estado de abanderamiento no ha dado su autorización, y únicamente en el caso de que la UE haya intentado “de buena fe obtener el consentimiento del Estado del pabellón del buque”: esto es, de Libia que carece de gobierno reconocido internacionalmente para dar la autorización requerida. Por consiguiente, si la UE quiere que se active la Fase dos del mandato de EUNAVFOR MED en aguas territoriales o interiores de Libia, o la Fase 3, en territorio de Libia, o bien el Consejo de Seguridad adopta una nueva resolución del Capítulo VII autorizándolo o bien obtiene el consentimiento del gobierno libio, en el caso de que exista.

5. Conclusiones

Las operaciones en el Mar Mediterráneo comenzaron en 2013, en medio de las horribles imágenes de cientos de ataúdes en Lampedusa, con la Operación *Mare Nostrum*, una típica *operación de búsqueda, rescate y salvamento* que pronto, en 2014 fue reemplazada por una operación de la UE, *Tritón*, con una naturaleza diferente, de acuerdo con la Agencia elegida para su creación y desarrollo, Frontex: una *operación de control y vigilancia de fronteras exteriores*. Seguida por una *operación militar de gestión de crisis* que la UE estableció en la segunda mitad de 2015, EUNAVFOR MED, *Operation Sofía*.

Al mismo tiempo, cuando los refugiados, principalmente provenientes de Siria, Irak y Afganistán, comenzaron a llegar masivamente a la *Zona Schengen* desde Turquía, en 2014, la *Operación Poseidón* fue a su vez creada por Frontex en el Mar Egeo, también con un mandato de control y vigilancia de fronteras exteriores. Seguida por la solicitud hecha en febrero de 2016 por la Canciller de Alemania, Angela Merkel, y el Presidente de Turquía, Tayyip Erdogan, en este caso a la OTAN –dado que tanto Grecia como Turquía son miembros de la Organización del Atlántico Norte–, para ayudar a Frontex, a Grecia y a Turquía a vigilar y controlar sus fronteras en el Egeo con su poder militar; solicitud que fue rápidamente respondida de forma positiva por la OTAN, cuando el 11 de febrero de 2016 sus Ministros de Defensa acordaron que “la OTAN aportará apoyo para asistir en la crisis migratoria y de refugiados”. De hecho, “el Grupo Marítimo 2 de la OTAN está ya desplegado en la región y se le encargará desarrollar acciones de reconocimiento, monitoreo y control de tránsitos ilegales por el Egeo. También establecerá una línea directa con la agencia europea de control de fronteras, Frontex”³⁰.

Esta evolución en las dos zonas calientes del Mediterráneo, desde una operación de búsqueda, rescate y salvamento a operaciones de control y vigilancia de las fronteras externas apoyadas por operaciones puramente militares, ¡una de ellas OTAN!, muestra muy claramente el camino que la UE y, sobre todo, sus Estados Miembros han elegido tomar para afrontar lo que de forma ciega, o mejor cínica, siguen denominando “crisis migratoria y de refugiados”: el camino de cerrar la UE todavía más que en el pasado, ahora utilizando el poder militar para ello. Pero en el mundo global en el que vivimos, fortificar las fronteras, intentar aislarse del resto del mundo, no sólo es ilusorio sino enormemente cruel porque conduce al aumento en

²⁹ Cursivas añadidas.

³⁰ Vid. http://www.nato.int/cps/en/natohq/news_127981.htm

número y poder de los traficantes de personas y a la muerte de miles de seres humanos. Como afirma el Secretario General de la ONU: “Las razones para migrar a menudo son múltiples y pueden cambiar, en particular cuando los migrantes hacen viajes largos y a menudo difíciles hacia sus países de destino. La insuficiencia de oportunidades para migrar legalmente lleva a los migrantes a valerse de contrabandistas que faciliten su traslado y puede hacerlos más vulnerables ante los traficantes y otras formas de explotación”³¹.

Y, lo que es peor para Europa, se trata de un síntoma claro, junto a otras acontecimientos que se están produciendo en la UE y sus Estados Miembros en política migratoria, del camino que están tomando en términos de los intereses que han elegido que es preferible defender aun cuando ello signifique el sacrificio de los más básicos principios y valores sobre los que hemos construido nuestras propias sociedades y el derechos que las rige: sociedades abiertas y multiculturales y el Estado de Derecho basados en la igual dignidad de todos los seres humanos y, por consiguiente, en la no discriminación y la igualdad de todos ante la ley. En lugar de, en palabras de Sami NAIR, “adoptar una visión humana de la migración (...) con una perspectiva ética de la humanidad de los migrantes que, lejos de ser ‘invasores’, son nuestros semejantes pidiendo socorro”³²; se ha preferido construir una imagen de la migración y de los migrantes –de *sus* migrantes, por supuesto no de los *nuestros*– como un “obstáculo-problema” utilizando el miedo y la seguridad como coartadas para ello³³.

El resultado es terrorífico para los migrantes –miles de personas ahogadas cada año en el Mediterráneo, cientos de miles (decenas de miles niños) lanzados a los brazos de mafias de tráfico y trata de personas–, pero también lo es para Europa porque estamos minando las bases de nuestro sistema legal y social –de los cuales, por cierto, nos sentíamos tan orgullosos como para ponerlos de ejemplo a los demás–. Como Javier DE LUCAS mantiene en su último libro, lo que está ocurriendo no es únicamente el naufragio de migrantes y refugiados –que, por supuesto y en primer lugar, es lo que es–; se trata también del “naufragio de Europa” en sí misma³⁴.

En este punto, y para concluir es adecuado recordar el poema que el británico John DONNE escribiera en 1624:

“Ningún hombre es una isla entera por sí mismo.

Cada hombre es una pieza del continente, una parte del todo.

Si el mar se lleva una porción de tierra, toda Europa queda disminuida,

Como si fuera un promontorio o la casa de uno de tus amigos o la tuya propia.

Ninguna persona es una isla; la muerte de cualquiera me afecta porque me encuentro unido a toda la humanidad;

Por eso, nunca preguntes por quién doblan las campanas; doblan por ti”³⁵

³¹ Informe del Secretario General, *Promoción y protección de los derechos humanos, incluidos medios para promover los derechos humanos de los migrantes*, doc. A/68/292, de 9 de agosto de 2013, par. 5.

³² NAIR, S., “El deber de solidaridad”, Prólogo al libro de J. de Lucas, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant Humanidades, Valencia, 2015, p. 12.

³³ Vid. NAIR, S., *La Europa mestiza*, Círculo de lectores/Galaxia Gutenberg, Madrid, 2013.

³⁴ DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant Humanidades, Valencia, 2015.

³⁵ John DONNE, *Devotions Upon Emergent Occasions. n. XVII*, 1624. Cursivas añadidas.

EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL PARA EL SALVAMENTO Y RESCATE DE INMIGRANTES EN EL MAR: UNA INTRODUCCIÓN A LA LUZ DE LA SITUACIÓN EN EL MEDITERRÁNEO

DANIEL OLIVA MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid

1. El contexto. 2. El control de las fronteras marítimas: un derecho inalienable de los Estados soberanos. 3. Obligaciones ineludibles: rescatar, auxiliar y atender a las personas, independientemente de su condición, en situación de peligro en cualquier parte del mar. 4. Los rescatados en el mar deben ser llevados hasta un "lugar seguro". 5. Vulnerabilidad reforzada: peligro en el mar y condición particular. Las obligaciones con respecto a determinadas categorías de personas. 6. ¿Existe la obligación internacional de acoger a los inmigrantes o refugiados rescatados en alta mar? 7. Conclusiones.

1. El contexto

La caída del régimen de Gadafi en 2011, de la que en parte debemos responsabilizar a varios de los Estados europeos que participaron activamente en los operativos militares, con los que se excedieron ampliamente del mandato de las resoluciones del Consejo de Seguridad¹, y el sangriento conflicto de Siria, aquel en el que probablemente un mayor número de injerencias extranjeras (también europeas) ha habido en la historia de la guerra moderna, han puesto el foco de atención en una realidad que antaño era menor y casi anecdótica y que hoy sin embargo supone una gran preocupación para gobiernos, organismos internacionales y ONGS. Me estoy refiriendo al flujo constante y sostenido de inmigrantes y refugiados que a través de duras y complicadas travesías por el Mediterráneo intentan llegar desde hace unos años a Europa, huyendo de situaciones de pobreza, de los conflictos o de las persecuciones que sufren en sus países de origen o de tránsito.

Frente a ello, en estos últimos tiempos hemos podido constatar diferentes respuestas. Aquellas que han puesto de manifiesto las dificultades para garantizar una atención colectiva de carácter humanitario. Me refiero a la Unión Europea, cuyas operaciones en el Mediterráneo están centradas desde hace tiempo en la seguridad y el control de fronteras y cuyas autoridades no han conseguido corresponsabilizar a los Estados miembros en la gestión de un problema que indudablemente debería entenderse como común. Aquellas otras respuestas que desde la mayor o menor distancia o desde la cercanía geográfica al fenómeno, se han erigido

¹ Me he ocupado de estos excesos y sus consecuencias en dos trabajos: OLIVA, J. D "Cuestiones en torno a la legitimidad del Consejo de Transición Libio a raíz de su reconocimiento por la Asamblea General de las Naciones Unidas" en *Anuario Español de Derecho Internacional*, (Revista Indexada que cumple con importantes criterios de calidad) vol.27, pp. 153-183, 2011, ISSN: 2173-3775 y en "Un mal precedente para la responsabilidad de proteger: La intervención en Libia y sus consecuencias en el conflicto Sirio", en VACAS. F. (Dir.) *El mundo Árabe hoy: entre inmovilismo y transformación*, C. UNESCO, Inst. Francisco de Vitoria, Madrid 2014, pp. 51-63.

como abiertamente insolidarias, la Hungría de Viktor Orbán y sus aliados checos, eslovacos y rumanos, representaría de manera paradigmática al primer modelo y la Italia de Matteo Salvini, con sus exabruptos xenófobos antiinmigración, sus críticas a las ONGS humanitarias (a las que ha vinculado con las mafias que trafican con personas) y su negativa a acoger inmigrantes rescatados en el mar, representaría claramente al segundo.

También ha habido respuestas inicialmente solidarias por parte de algunos gobiernos europeos, como lo fue la acogida del Aquarius por España recién llegado al gobierno Pedro Sánchez, pero que ahora, ante la presión de los socios europeos y el temor a significarse como el único país de acogida, se han transmutado en más dubitativas cuando no claramente obstruccionistas. Solo eso explica que cuando escribimos estas líneas los barcos humanitarios Open Arms y Aita Mari (este último de la ONG Salvamento Marítimo Humanitario) estén bloqueados sin ningún fundamento legal en los puertos españoles al no recibir de las autoridades el permiso para zarpar.

Frente a esas actitudes tan cuestionables de los gobiernos, la sociedad civil organizada a través de las organizaciones no gubernamentales, ha sabido responder fletando varios barcos humanitarios (como los mencionados en el párrafo anterior) que en los últimos años han conseguido rescatar a decenas de miles de personas que se encontraban en peligro en el mar, salvando sus vidas y trasladándolas a puertos de diferentes países. Su acción ha provocado no obstante algunas inquietudes acerca de cuál debe ser el alcance real de su actividad humanitaria, en torno a si tiene sentido seguir promoviendo estas actuaciones si no vienen acompañadas de una coordinación con los Estados y el conjunto de la UE, incapaz por el momento de conformar un procedimiento comunitario predecible y seguro y si su trabajo se produce acorde con las normas marítimas de referencia.

Entretanto la tragedia continúa. Solamente en los primeros 20 días del año 2019, ya han fallecido -que se sepa- más de 200 personas en el Mediterráneo y otras 700 se cree que han desaparecido. En la tercera semana de enero de 2019 el buque mercante de Sierra Leona, Lady Sham, rescató a 144 personas que -tras la negativa de Malta e Italia a acogerlas- han sido llevadas a Libia, donde con seguridad serán hacinadas en centros de detención en condiciones de insalubridad, sin asistencia sanitaria adecuada, sometidos a maltrato, agresiones sexuales seguras en el caso de las mujeres y sin contar con una alimentación adecuada, tal y como han denunciado diferentes ONGS., ACNUR o las propias Naciones Unidas. Por otro lado el barco de rescate de la ONG alemana Sea Watch acoge desde hace más de siete días a 47 personas a bordo, ante la negativa de los Estados europeos a que sean desembarcados en sus puertos. Se calcula que una de cada seis personas que intentó llegar a Europa con la travesía por el Mediterráneo en estas primeras semanas de 2019 falleció en el mar. Ante la negativa de Malta e Italia (desde verano de 2018) de permitir el desembarco de los inmigrantes rescatados por buques humanitarios y las actuales reticencias de Grecia y España, solamente el barco de la ONG Sea Watch, anteriormente mencionado, mantiene actividad en el Mediterráneo.

La situación de los inmigrantes o refugiados que protagonizan este tipo de travesías, generalmente en vulnerables embarcaciones no sometidas al pabellón de ningún Estado (bajo control de mafias de diferente tipo) y que por sus especiales características no garantizan la seguridad de sus ocupantes, es especialmente sensible desde el punto de vista humanitario, por los motivos que les han llevado a recurrir a esta vía extrema y por las condiciones y riesgos que caracterizan estos trayectos en alta mar.

Abordar tan compleja cuestión, exige huir de la demagogia y esforzarse por entender el fenómeno tan complejo al que nos enfrentamos que se enmarca en un contexto especialmente enmarañado. Un contexto que tiene que ver por supuesto con los conflictos y las situaciones de pobreza masiva, aparentemente irresolubles en el corto-medio plazo en África y oriente próximo, que "expulsan" o "expulsarán" a millones de personas que legítimamente pretenden encontrar un futuro de esperanza en una Europa que por otro lado se muestra incapaz de ofrecer soluciones perdurables y que evidentemente cuenta con una capacidad de acogida que no será ilimitada. Anteriormente en la historia reciente han existido fenómenos de este tipo,

pero estaban localizados temporalmente en crisis más puntuales², en este caso, sin embargo parece que los flujos de inmigrantes y refugiados por vía marítima hacia Europa se mantendrán en el tiempo.

Pero más allá de ser conscientes de las complicaciones estructurales del complejo proceso y de tener en cuenta ese marco contextual tan complicado requerimos, en lo que a las responsabilidades en materia de búsqueda, intercepción o rescate en aguas territoriales o aguas internacionales de embarcaciones con inmigrantes irregulares se refiere, profundizar en las bases legales que nos ofrece el Derecho Internacional de Mar para establecer así con claridad cuáles son las normas y principios internacionales aplicables para los Estados concernidos y las ONGS que operan en el Mediterráneo. Todo ello enmarcándolo también en el Derecho Internacional de los derechos humanos y el estatuto de protección internacional de los refugiados, ya que tenemos que tener muy en cuenta la situación de especial vulnerabilidad de las personas que protagonizan este tipo de travesías, muchas de las cuales si fuesen devueltos a sus países de origen o a los territorios de tránsito por los que han pasado o desde donde han embarcado, podrían ser sometidos a torturas o tratos inhumanos y especialmente degradantes.

Esto está directamente relacionado con la condición jurídica de las personas rescatadas, algo que no pueden en absoluto desligarse, como algunos pretenden, del Derecho marítimo cuando nos referimos a personas en peligro en el mar y que por lo tanto nos obliga a hacer confluir en el análisis del problema esos dos sectores de ordenamiento jurídico internacional.

Por eso queremos en este trabajo abordar de qué manera regula el Derecho Internacional del Mar, convencional y consuetudinario, el fenómeno de la inmigración irregular por vía marítima; así como el estudio de la relevancia que tiene para dicha regulación la protección de los derechos humanos y la dignidad de los inmigrantes y refugiados. Como objetivo más específico nos proponemos clarificar cuáles son las normas que habrán de cumplir las autoridades de los Estados en caso de intercepción, en sus aguas territoriales o en aguas internacionales, en situación de riesgo de embarcaciones en las que navegan inmigrantes irregulares. Y también cuál es el rol que deben asumir, acorde a las normas de Derecho Internacional del mar y del Derecho Internacional de los derechos humanos, las agencias y organizaciones humanitarias³. Todo ello se estudiará atendiendo especialmente al contexto

² Evidentemente este tipo de fenómenos vinculados con la inmigración irregular por vía marítima no afectan solamente a África y Europa, sino que también tienen mucha incidencia en otras partes del planeta. Tampoco son un fenómeno nuevo. Ya en los años 70 y 80 se produjo un éxodo masivo por vía marítima de refugiados vietnamitas (boat people). En la década de los 90 también tuvieron lugar este tipo de crisis humanitarias con personas procedentes de Albania, Cuba o Haití. Durante los quince primeros años del siglo XXI Europa puso en marcha diferentes operativos de control de su frontera marítima que sirvieron para rescatar a miles de personas en aguas territoriales de los Estados europeos, de otros Estados o en Alta Mar, tanto en el Mediterráneo como en el Atlántico. Me estoy refiriendo a los Programas Hera I, II y III, así como a los programas Nautilus, Poseidón y Tritón. Las autoridades italianas (pre-Salvini) por su cuenta pusieron en marcha la operación Mare Nostrum (2013-2014) que fue reconocida como ejemplar por organizaciones como la OIM y gracias a la cual fueron rescatadas unas 150.000 personas. Otras operaciones de apoyo concreto a España puestas en marcha por FRONTEX, el organismo europeo que coordina el control de las fronteras, fueron Minerva e Indalo.

³ El estudio de las relaciones entre el Derecho del Mar y las normas de derechos humanos, de protección de los refugiados o esencialmente de carácter humanitario incorporadas en el Derecho Internacional, con el objetivo de clarificar las obligaciones de los Estados en caso de intercepción y rescate de embarcaciones con inmigrantes irregulares ya cuenta con una pequeña base bibliográfica. Dos trabajos que en su momento tuvieron mayor repercusión entre los investigadores y que nosotros tomamos como referencia fueron los de BARNES, R. "Refugee Law and sea", en *Internacional and Comparative Law Quarterly*, 53 (1), enero de 2004, pp.47-77 y PUGH, M. "Drowning not Waving: Boat People and Humanitarianism at Sea" en *Journal of Refugee Studies* 17 (1), marzo de 2004, pp. 50-69. ACNUR se ha ocupado en varios documentos de esta interrelación, muy especialmente en lo que a los solicitantes de asilo y refugiados se refiere. El documento quizás más completo data del año 2002: *Background note on the protection of asylum-seekers and refugees rescued at sea* y fue discutido en el marco de un seminario de expertos celebrado en Lisboa ente el 25 y 26 de marzo de ese año. Más recientemente podemos mencionar los trabajos de LONG, Katy, "In Search of Sanctuary: Border Closures, 'Safe' Zones and Refugee Protection", *Journal of Refugee Studies*, vol. 26, núm. 3, 2013; O' BRIEN, Killian, "Refugees on the High Seas: International Refugee Law Solutions to a Law of the Sea Problem", *Goettingen Journal of*

que sitúa a España como el Estado miembro de la Unión Europea que actualmente, ante el cierre de los puertos italianos, malteses y griegos, es el que cuenta con mayores niveles de recepción de inmigración irregular por vía marítima (solo en enero de 2019 han llegado hasta España por esa vía 3.429 personas) algo que refuerza la necesidad del mantenimiento de los sistemas de control y rescate en cooperación con otros países de la Unión y la necesidad de que los países miembros acuerden soluciones duraderas y coordinadas para la recepción y acogida compartida de aquellos rescatados que solicitan protección internacional.

2. El control de las fronteras marítimas: un derecho inalienable de los Estados soberanos

Nadie puedes discutir que el Derecho Internacional reconoce que todo Estado está plenamente capacitado, conforme a su soberanía, para establecer con plena libertad los sistemas de control, fiscalización y vigilancia sobre su frontera marítima para salvaguardar su seguridad, impedir la entrada ilegal de embarcaciones y hacer cumplir su legislación interna en materia de inmigración. Se trata por lo tanto de un principio general del Derecho Internacional del Mar. La soberanía de los Estados se extiende más allá de su territorio continental y de sus aguas interiores, incluyendo el Mar Territorial (12 millas desde las líneas de base) por supuesto en los que los podrán realizar las intercepciones sobre aquellos buques que transportan personas y sobre los que hay dudas razonables de que se dirigen a su territorio contraviniendo sus leyes de extranjería y la normativa internacional de derecho marítimo. En la práctica la zona contigua adyacente al mar territorial (12 a 24 millas) también viene estableciéndose como zona de control de la inmigración.

Este tipo de intercepciones podrán realizarse en colaboración con otros Estados, como ocurre con el caso de España y los países de la Unión Europea. En efecto desde la UE, en los últimos años se han puesto en marcha una serie de operaciones conjuntas con el objetivo de reforzar las medidas de intercepción. Estas operaciones conjuntas se han realizado más allá de las fronteras exteriores de la UE o incluso, con su consentimiento en aguas territoriales de un tercer país no miembro de la Unión y consisten en la identificación de inmigrantes irregulares y la realización de patrullaje naval y aéreo por las costas de África occidental o del Mediterráneo sur.

Por otro lado, el Derecho Internacional del Mar reconoce que los barcos de todos los países tienen el derecho de paso inocente por las aguas territoriales de otro Estado cualquiera, pero que este podrá dictar leyes y reglamentos relativos al paso inocente por su mar territorial a fin de evitar, entre otras cosas, la infracción de las leyes sobre inmigración del Estado ribereño⁴. La *Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar*, en su artículo 18, incorpora limitaciones y establece el significado del derecho de paso inocente, en relación con la posibilidad de que un barco necesite fondear o detenerse. Esta acción podrá realizarse “sólo en la medida que constituyan incidentes normales de la navegación o sean impuestos por el

International Law, vol. 3, 2011 y WOLFF, Sarah, *Migration and Refugee Governance in the Mediterranean: Europe and International Organizations at a Crossroads*, Working Paper 15/42, Instituto Affari Internazionale, 2015. En castellano FERNÁNDEZ, Pablo Antonio, “Migrantes, refugiados y víctimas del tráfico de personas en el Mediterráneo (entre la política y los derechos humanos)”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Departamento de Investigaciones, junio-diciembre de 2017 y varios trabajos míos anteriores a este. Cito solo uno de ellos: OLIVA MARTÍNEZ, J. D. “Protección internacional de los derechos humanos y Derecho del Mar: el caso de los inmigrantes irregulares por vía marítima”, en MARIÑO, F. *La aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos en el Derecho Español*, BOE-UC3M, Madrid, 2009.

⁴ Así se recoge en el artículo 21 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Convención de Montego Bay)* 10 de diciembre de 1982 (BOE de 14 de febrero de 1997).

buque por fuerza mayor o dificultad grave o se realicen con el fin de prestar auxilio a personas, buques, o aeronaves en peligro en o dificultad grave”.

Ahora bien, las embarcaciones irregulares que no navegan bajo el pabellón de Estado alguno y que tienen por objeto desembarcar pasajeros en contravención de las leyes de inmigración del Estado ribereño no pueden beneficiarse del derecho de paso inocente. Teóricamente, al detectar una de estas embarcaciones en su mar territorial, las autoridades del Estado ribereño podrían proceder a escoltar a dicho buque a aguas internacionales. Pero lo cierto es que esto tendría consecuencias inaceptables desde el punto de vista humanitario y contravendría la obligación de preservar los derechos humanos fundamentales de aquellas personas debido a la situación de alto riesgo en la que navegan este tipo de embarcaciones. Si fuesen llevadas a alta mar sus vidas correrían un serio peligro. Otra posibilidad pasaría por proceder a la identificación de sus ocupantes y la detención de aquellos patronos responsables de ese tráfico de personas, pertenecientes mafias u otras organizaciones criminales, si es que - lo que no es ya habitual- acompañasen a los inmigrantes o refugiados en la travesía⁵. Las personas no implicadas en esas actividades mafiosas deberían en todo caso recibir un tratamiento acorde a las leyes de extranjería de cada Estado, preservando siempre su dignidad y derechos fundamentales, recibiendo la asistencia necesaria.

La situación se complica cuando una de estas embarcaciones es avistada por algún buque mercante, pesquero, de recreo o humanitario fletado por alguna ONG, ya no en aguas territoriales, sino en la zona económica exclusiva o en aguas internacionales y objetivamente sus pasajeros se encuentran en peligro. Varias de estas complejas situaciones en las que se han visto involucrados barcos humanitarios, pesqueros o mercantes de diferentes países han

⁵ Al respecto podemos mencionar la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos (protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños)* de 15 de noviembre de 2000 (BOE de 29 de septiembre de 2003) que establecen la obligación de los Estados de dictar normas que contemplen la responsabilidad penal de los patronos, responsables y organizadores de este tipo de travesías irregulares. Esta responsabilidad penal podría dirimirse en los tribunales españoles, incluso cuando la patera, el cayuco u otro tipo de embarcación irregular hubiese sido interceptada fuera del mar territorial español. Ya hay jurisprudencia de los tribunales españoles. Vid. al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 582/2007 (Sala de lo Penal, sección 1), de 21 de junio de 2007 por la que, en respuesta de un recurso de casación del Ministerio Fiscal, se anuló una sentencia previa (dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria el 26 de octubre de 2006, Prov. 2007/ 8043) y se consideró competente a la justicia española para condenar a los patronos de un cayuco interceptado en aguas internacionales al sur de Gran Canaria por la realización de actividades ilegales conforme al código penal español, concretamente por organizar una actividad dirigida a penetrar clandestinamente en España (artículo 318 bis 1º y 3º del Código Penal). De esta manera el Tribunal Supremo, interrelacionó el principio de territorialidad, por el que al Estado español le corresponde conocer todos los hechos delictivos cometidos en su territorio, con otros principios que permitían perfilar la extensión y los límites de la jurisdicción española. Concretamente el principio de la matrícula o pabellón, complementario del anterior en cuanto resulta su prolongación para embarcaciones y aeronaves; y el principio de protección de los intereses, que trata de amparar bienes jurídicos propios del Estado, con independencia del lugar en que se cometa el ataque. Se basan estos principios en el interés nacional del bien jurídico protegido por el delito, tanto si se perpetra éste en el propio territorio, como si se realiza fuera de sus fronteras. De esta manera el Tribunal concluyó que si bien en congruencia con su correlación con la soberanía, el principio de territorialidad es el criterio principal, este principio no es un principio absoluto, y existe consenso en la aceptación del criterio real o de protección de los intereses estatales y de nacionalidad; mientras que el principio de universalidad vendrá justificado en la medida en que se apoya en una legalidad internacional preexistente. También se hace mención al principio de justicia supletoria, que trata de evitar que un hecho delictivo quede impune. El Tribunal Supremo apoyó sus conclusiones en la lucha contra la delincuencia internacional y muy especialmente en las disposiciones recogidas en el *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire* de 2002 que ya hemos mencionado (especialmente artículos 1, 7 y 8.7), en el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, así como en otras disposiciones complementarias de la Convención de Ginebra de 1958.

generado una preocupación en el espacio de la Unión Europea sobre las medidas a tomar por parte de los países miembros ante casos tan complejos.

Ello nos lleva a abordar en los próximos párrafos cuáles son las obligaciones de los Estados que se derivan del Derecho del Mar respecto a *la búsqueda, el rescate y el traslado* a un lugar seguro de las personas que se encuentran en una situación de peligro en el mar independientemente de la nacionalidad o condición en que se encuentren las personas en cuestión, incluidos los inmigrantes irregulares o refugiados y diferenciando si la situación de peligro se vive en el mar territorial o en aguas internacionales.

3. Obligaciones ineludibles: rescatar, auxiliar y atender a las personas, independientemente de su condición, en situación de peligro en cualquier parte del mar

Inicialmente debemos afirmar con rotundidad que existe la obligación de todo buque, sea cual sea su situación, características y localización, sobre la necesidad de concentrarse en salvar vidas de los naufragos o inmigrantes en peligro en el mar. Se trata de una tradición marítima, de una norma consuetudinaria también recogida en el Derecho Internacional de carácter convencional que hoy adquiere especial relevancia para los países europeos de la cuenca mediterránea y especialmente de España en el contexto que, ante el cierre de otras vías, sitúa a nuestro país como destino de gran parte de la inmigración que por vía marítima intenta alcanzar el continente, procedentes del norte de África o de oriente próximo.

Los rescates de inmigrantes en el mar pueden ser llevados a cabo -dependerá de las circunstancias- por buques mercantes, de recreo o pesqueros o por los buques militares, de control de fronteras, de socorro y salvamento (servicio SAR) de los países cuyas costas se encuentren más cercanas al lugar del desastre o en el que haya sido avistada una embarcación en peligro. También como hemos afirmado por los buques no gubernamentales de carácter humanitario, algo que supone una novedad y un fenómeno muy reciente y no previsto por el Derecho del mar.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, dispone que los Estados parte (y lo son España, Italia, Grecia, Malta...como la gran mayoría de Estados ribereños), deberán fomentar la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima y área y, cuando las circunstancias lo exijan, cooperarán para ello con los Estados vecinos mediante acuerdos mutuos regionales⁶.

Todo ello se complementa en el Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo (Convenio SAR)⁷ en el que se definen los servicios de búsqueda y salvamento como aquellos destinados a la "ejecución de las funciones de vigilancia, comunicación, coordinación y búsqueda y salvamento, incluidas la consulta médica, la asistencia médica inicial o la evaluación por razones de salud, utilizando recursos públicos y privados, con la inclusión de aeronaves, buques y otras naves e instalaciones". Por su parte la acción de salvamento se define como la "operación para rescatar personas en peligro, prestarles los primeros auxilios médicos o de otro tipo y trasladarlas a un lugar seguro". Serán los denominados Centros de Coordinación de Salvamento (RCC) aquellos que en cada país, asuman la responsabilidad y autoridad necesarias para constituirse como el punto de contacto principal para los buques, las unidades de salvamento, otros RCC, así como las autoridades, a efectos de la coordinación de las operaciones SAR.

⁶ Artículo 98.2. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

⁷ *Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo (Convenio SAR)* -enmendado- de 27 de abril de 1979 (BOE de 30 de abril de 1993 y 21 de septiembre de 1993).

Los Estados europeos como parte de los principales tratados internacionales de Derecho del Mar, tienen pues contraídas una serie de obligaciones de especial relevancia para el asunto que nos ocupa. De esta manera deberá garantizar la adopción de cualquier medida necesaria para mantener las comunicaciones de socorro y la coordinación en su zona de responsabilidad y para salvar a las personas que se hallen en peligro en el mar cerca de sus costas. Igualmente, tal y como se recoge en el *Convenio SAR* (ya mencionado), en todo momento deberá garantizarse que “se preste auxilio a cualesquiera personas que se hallen en peligro en el mar (...) sean cuales fueren la nacionalidad o la condición jurídica de dichas personas o las circunstancias en que éstas se encuentren prestándoles los primeros auxilios médicos o de otro tipo y trasladándolas a un lugar seguro”⁸.

Por supuesto los inmigrantes rescatados, independientemente de su condición, deberán ser tratados con la dignidad inherentes a su condición de personas, sujetos de Derecho internacional y destinatarios de normas internacionales que les reconocen derechos humanos⁹. Aquí hay que subrayar la protección específica y atención especial que requerirán aquellas personas más vulnerables (niños, personas con discapacidad, mujeres embarazadas) que protagonizan migraciones irregulares y son interceptadas en el mar. Más adelante volvemos sobre ello.

Los Estados parte en esos instrumentos jurídico-internacionales de referencia en materia de Derecho del mar Estado asumen obligaciones internacionales que les imponen la adopción de normas reguladoras de la conducta de los capitanes de los buques que eventualmente participen en algún rescate. En efecto todos los capitanes de los buques españoles, italianos, griegos... que avisten una embarcación con inmigrantes irregulares en situación de peligro tienen la obligación, conforme al Derecho Internacional (y también al Derecho interno pues hay disposiciones nacionales sobre la materia en todos los Estados europeos del Mediterráneo) de brindar auxilio a las personas afectadas independientemente de su nacionalidad o situación o de las circunstancias en que hayan sido encontrados.

Como adelantábamos esta obligación está recogida en diferentes instrumentos de origen convencional de referencia. De esta forma el *Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (SOLAS)*¹⁰ dispone que “el capitán de un buque que, estando en el mar, en condiciones de prestar ayuda, reciba información (una señal se decía originariamente antes de las enmiendas a la convención de 2004), de la fuente que sea, que le indique que hay personas en peligro en el mar, está obligado a acudir a toda máquina en su auxilio, informando de ello, si es posible, a dichas personas o al servicio de búsqueda y salvamento”.

La ya citada Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar de 1982 establece por su parte que “todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón que siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su tripulación o pasajeros:

- a) preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar y
- b) se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro, en cuanto sepa que necesitan socorro y siempre que tenga la posibilidad razonable de hacerlo”.

Pero es que, además, más allá de las normas convencionales referidas, rescatar a personas en peligro en el mar y darles un trato digno ya adecuado, forma parte de una tradición marítima

⁸ Las operaciones de rescate y salvamento incluyen la adopción de medidas para el desembarco de los supervivientes de los buques que prestan auxilio.

⁹ Y muy especialmente me estoy refiriendo a las obligaciones que con carácter general emanan del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (BOE de 30 de abril de 1977) y del resto de instrumentos jurídico-internacionales de derechos humanos complementarios.

¹⁰ *Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Convenio SOLAS)* de 1 de noviembre de 1974 -enmendado- (BOE de 16,17 y 18 de junio de 1980).

que se pierde en la historia de los tiempos desde el inicio de la navegación y constituye, como adelantábamos, una norma consuetudinaria.

Los supervivientes o personas rescatadas, incluido por supuesto los inmigrantes indocumentados, los que buscan asilo y los refugiados, deberán ser tratados mientras se encuentran a bordo de los buques de rescate, de la manera prescrita en los instrumentos pertinentes de la Organización Marítima Internacional y con arreglo a los convenios internacionales de derechos humanos de los que los Estados europeos son países miembros, así como conformes a las tradiciones y tradicionales prácticas marítimas, que están integradas en el Derecho consuetudinario internacional del mar y que en gran medida están relacionadas con la atención en condiciones de dignidad y el trato humanitario.

Dentro de un paquete general de enmiendas al *Convenio SOLAS* y al *Convenio SAR*¹¹ muchas de estas obligaciones genéricas obtuvieron un mayor nivel de concreción y resultan de especial relevancia para los protocolos de actuación de las autoridades estatales y los capitanes de buques. Las enmiendas han venido a reforzar la obligación de coordinación y colaboración entre los Estados para garantizar que los capitanes de los buques que prestan auxilio embarcando a personas en peligro en el mar puedan cumplir sus obligaciones con una desviación mínima del buque de su viaje proyectado y para que se adopten las medidas oportunas que permitan que el desembarco tenga lugar tan pronto como sea razonablemente posible.

Asimismo los capitanes de los buques, según recogen las enmiendas mencionadas¹² también deberán tratar a las personas con humanidad, conforme a la capacidad y las limitaciones de sus buques. Al adoptar las enmiendas el Comité de Seguridad Marítima (CSM), señaló que en gran medida el propósito de estos añadidos era garantizar en todos los casos el traslado a un lugar seguro dentro de un plazo razonable.

La responsabilidad de brindar o de asegurarse de que se brinda un lugar seguro recaería en el Estado responsable de las actividades de rescate de la región en la cual fueron rescatados los supervivientes, cuestión altamente compleja pues muchas son, como se reproduce continuamente en los medios de comunicación, las situaciones en las que los inmigrantes han sido rescatados en aguas internacionales (destaquemos especialmente el papel de las embarcaciones humanitarias fletadas por diferentes ONGS) y no todos los Estados se han responsabilizado unilateralmente de estas zonas de salvamento establecidas por la OMI¹³, que cubre todo el espacio marítimo. Y esto ocurre, bien porque han considerado que están fuera de su jurisdicción o bien como ocurrió hasta etapa reciente para el caso de Libia, porque -debido al vacío de poder y la crisis interna- no había autoridad competente o capacidad institucional para asegurar rescates efectivos y recepción para los inmigrantes en peligro.

Pero lo cierto es que la obligación corresponde en principio al Estado cuyo territorio estuviese más cercano al lugar del rescate o la intercepción o al Estado de donde hubiera partido la embarcación irregular. Es decir, en caso de verse involucrado un buque de un determinado Estado en una actividad de rescate fuera del ámbito de sus *Centros de Coordinación de Rescate* (RCC en sus siglas conocidas en inglés)¹⁴, el gobierno del país bajo cuyo pabellón navega, tendría el derecho de transferir el caso al gobierno y en su caso al RCC responsable de la región en la cual se está prestando auxilio. Este gobierno a través de su RCC debería según el Derecho Internacional vigente recogido en el *Convenio SAR* y el

¹¹ Las enmiendas del *Comité de Seguridad Marítima de la OMI* datan de 2004 y entraron en vigor en 2006.

¹² Enmienda de la regla V/ 33 del *Convenio SOLAS* y Enmienda del párrafo 3.1.9 del *Convenio SAR*.

¹³ Según las *Zonas SAR* establecidas de manera genérica por la OMI y que cubren todo el espacio marítimo.

¹⁴ El *Convenio SAR* establece que los Estados concentran en sus *Centros de Coordinación de Salvamento* la responsabilidad y autoridad necesarias para constituirse en punto de contacto principal para los buques, las unidades de salvamento, otros RCC así como otras autoridades a efectos de la coordinación de las operaciones SAR.

Convenio SOLAS, asumir su responsabilidad y coordinar desde ese momento las actividades de salvamento y la identificación del lugar seguro al que pueden ser trasladados los inmigrantes rescatados.

En último término, como en varias ocasiones ha ocurrido en el caso de España, por evidentes razones humanitarias, ante el desentendimiento de los Estados inicialmente responsables, le correspondería al Estado bajo cuyo pabellón navegase el buque de rescate asegurar que los inmigrantes irregulares son llevados a un lugar seguro, bien al territorio de ese mismo Estado (aunque no existe una obligación ni una práctica internacional claramente establecida), bien al de otro u otros, con el que o los que se hubiera llegado a algún tipo de acuerdo de cooperación al respecto, garantizando siempre los derechos humanos de las personas involucradas y muy especialmente atendiendo a las solicitudes de asilo, de aquellos que eventualmente sufriesen algún tipo de persecución.

Con esto queremos dejar muy claro que la no asunción de sus obligaciones por parte un determinado Estado y el RCC responsable, no exime de sus responsabilidades a los otros Estados según los principios y disposiciones ya comentadas, no pudiendo en ningún momento desentenderse de la atención y traslado de los inmigrantes rescatados a un lugar seguro¹⁵.

Todas estas disposiciones de carácter convencional, que en gran medida se hacen eco y refuerzan la tradición marítima y el derecho consuetudinario del mar en materia de búsqueda, intercepción, auxilio y rescate de las personas en peligro en el mar, entre las que indudablemente debemos situar a los inmigrantes irregulares, se complementan y concretizan con las denominadas *Directrices respecto de la actuación con personas rescatadas en el mar*. Estas *Directrices*, incluidas en la *Resolución MSC. 167 (78)* del Comité de Seguridad Marítima¹⁶, vinieron a reforzar la reforma, ampliación y mejora de la normativa internacional de salvamento marítimo con el objetivo de ayudar a que las personas en peligro en el mar recibiesen el auxilio adecuado, a tiempo que se intentaban reducir al mínimo los inconvenientes para los buques que, eventualmente, prestan esos auxilios y de asegurar la integridad de los servicios de salvamento marítimo.

Así mismo se establecía como prioridad que cuando los buques presten auxilio a personas en peligro en el mar debería establecerse una coordinación entre todos los interesados a fin de asegurar el respeto de los derechos humanos de los rescatados, el control fronterizo y la soberanía del Estado o Estados implicados. Por supuesto también se incidía en que los Estados de abanderamiento y los Estados ribereños deberían contar con planes eficaces en vigor para prestar oportuno auxilio a los capitanes a fin de que puedan desembarcar a las personas rescatadas por sus buques en el mar.

¹⁵ Así se recoge también en las *Directrices del Comité de Seguridad Marítima* que a continuación vamos a analizar: "Cuando resulte adecuado, el primer RCC con el que se haya establecido contacto debe tratar inmediatamente de transferir el caso al RCC responsable de la región en la cual se está prestando auxilio. Cuando se haya informado acerca de la situación al RCC responsable de la región SAR en la cual se requiere, dicho RCC debe aceptar inmediatamente la responsabilidad de la coordinación de las actividades de salvamento, ya que las responsabilidades conexas, incluidos los acuerdos respecto de un lugar seguro para los supervivientes, incumben en primer lugar al Gobierno responsable de esa región. Sin embargo, el primer RCC es responsable de la coordinación del caso hasta tanto que el RCC responsable u otra autoridad competente asuma su responsabilidad". *Directrices respecto a la actuación con las personas rescatadas en el mar*. Recogido en la Resolución MSC.167 (78) adoptada el 20 de mayo de 2004. Concretamente el capítulo dedicado a *Gobiernos y Centros coordinadores de salvamento*, la directriz es la 6.7.

¹⁶ Datan de mayo de 2004, al igual que las enmiendas anteriormente mencionadas y debemos enmarcarlas en la reforma y reforzamiento de la normativa internacional relativa al salvamento marítimo. El origen de esta reforma debemos situarla en los sucesos del Tampa, buque noruego que, en agosto de 2001, rescató a 433 solicitantes de asilo frente a las costas de Australia cuando el barco en el que viajaban estaba a punto de hundirse. Tanto Indonesia como Australia denegaron el permiso para desembarcar a estas personas, las cuales subsistieron en condiciones terribles durante 8 días hasta que finalmente, a cambio de una ayuda económica que nunca se hizo pública, Nauru, una isla del Pacífico Sur, acogió a los 433 refugiados.

A tenor de lo dispuesto por estas directrices de la más alta institución especializada en la regulación del Derecho del mar, se refuerzan disposiciones previas. Así se incide en que los capitanes que se encuentren con personas en peligro en el mar deberán prestarles auxilio independientemente de su nacionalidad o situación jurídica, haciendo todo cuanto puedan, con arreglo a las limitaciones y posibilidades de su buque, concediendo un trato humano a los supervivientes y satisfaciendo sus necesidades inmediatas. En caso de que los capitanes de buques no pudieran contactar con los servicios de rescate responsable de la zona en la que son rescatados los supervivientes, deberán intentar establecer contacto con otros servicios de rescate y si ello no resulta viable, con cualquier otra autoridad gubernamental que pueda prestar auxilio, sin dejar de reconocer que la responsabilidad sigue incumbiendo a los servicios de rescate de la zona en que han sido rescatados los supervivientes, según las Áreas de Salvamento Marítimo establecidas por la Organización Marítima Internacional, que como adelantábamos, cubren todos los espacios marítimos. A su vez, los capitanes de los buques deberán mantener informado acerca de las condiciones de la asistencia que se necesita y de las medidas adoptadas o previstas en relación con los supervivientes¹⁷.

Por supuesto también, y con ello se refuerzan disposiciones previamente establecidas de manera más genérica, los capitanes deberán garantizar en todo momento que no se desembarcará a los supervivientes en un lugar donde su seguridad corre peligro, apreciación, en muchos casos, y ante las situaciones extremas vividas, de orden subjetivo, sobre la cual los capitanes de buques, no tendrán necesariamente elementos de juicio previos, que pone de manifiesto, claramente, la necesidad de que el Estado de la zona de rescate asuma su responsabilidad cuanto antes o si esto no fuera posible, el Estado bajo cuyo pabellón navegan los buques que han acudido al rescate, adopte medidas urgentes. A su vez, los capitanes de los buques deberán en todo momento cumplir con las prescripciones, indicaciones y disposiciones del gobierno responsable de la región marítima de rescate, sea o no, el gobierno del Estado bajo cuyo pabellón navega, solicitando orientaciones adicionales de estas autoridades en caso de que se planteen dificultades para dar cumplimiento a tales prescripciones¹⁸. Eso sí, siempre y cuando existan autoridades competentes y efectividad del hecho estatal.

4. Los rescatados en el mar deben ser llevados hasta un “lugar seguro”

Ya hemos mencionado anteriormente en varias ocasiones la expresión “lugar seguro”. Se trata de aquel al que habrán de ser llevados los naufragos o personas en peligro en el mar, incluidos inmigrantes o refugiados rescatados por buques oficiales de auxilio, buques de organizaciones humanitarias o buques mercantes, deportivos o pesqueros.

¹⁷ El RCC (Centro Coordinador de Salvamento) deberá tratar de obtener la información del capitán del buque que presta auxilio: 1. datos relativos a los supervivientes, incluido el nombre, edad, sexo, estado aparente de salud y condición médica, y cualesquiera necesidades médicas especiales; 2. la opinión del capitán acerca de su impacto sobre la seguridad del buque que presta auxilio; las medidas adoptadas o que se proponga adoptar el capitán; el tiempo que el buque que presta auxilio puede acoger a ese número adicional de personas a bordo; el próximo puerto de escala previsto del buque que presta auxilio; las medidas que el capitán desea tomar para el desembarco de los supervivientes; toda ayuda que el buque que presta auxilio pueda necesitar durante la operación de salvamento o posteriormente; y otros factores especiales por ejemplo las condiciones meteorológicas imperantes o la carga de mercancías perecederas.

¹⁸ Con el objeto de que de manera más eficaz se pueda atender la seguridad de la vida humana en el mar los buques españoles deberían participar en los sistemas de notificación para buques establecidos para facilitar las operaciones de rescate en el mar. Vid. para este conjunto de disposiciones genéricas adaptadas a las obligaciones de los buques españoles el documento *Directrices respecto a la actuación con las personas rescatadas en el mar*. Recogido en la Resolución MSC.167 (78) adoptada el 20 de mayo de 2004. Concretamente el capítulo dedicado a *Capitanes de buques*.

Ahora bien, más allá de las alusiones generales ¿qué debemos entender por un lugar seguro? Se trata de aquel en el que se considera que terminan las operaciones de salvamento, en el que la vida de los supervivientes ya no está amenazada y donde pueden satisfacerse las necesidades básicas humanas de carácter material tales como la alimentación, el abrigo y la atención médica. El lugar seguro también debe garantizar la realización de los acuerdos oportunos para el transporte de los supervivientes hasta su destino próximo o final. Bien es cierto que cada caso puede tener circunstancias particulares que le hagan único y requieran del asesoramiento de los servicios estatales adecuados para que el capitán de un buque de rescate pueda adoptar la decisión más adecuada acerca del lugar seguro al que lleva a los rescatados.

Nunca un buque no especializado, que realiza las actividades de rescate, más allá de las garantías y buenas condiciones que pueda ofrecer, de las instalaciones o los equipos que lleve consigo, o del personal de asistencia o médico que integre, podrá ser considerado a priori como lugar seguro. Ni siquiera los buques humanitarios que están acudiendo a los rescates en el Mediterráneo puede serlo más allá de un tiempo razonable. Por su parte un buque oficial de salvamento, otro buque especializado o algún tipo instalación en el mar (como plataformas petrolíferas u otro tipo de construcciones que apenas existen en el mediterráneo) podrán, siempre transitoriamente, servir de lugar seguro hasta que los supervivientes sean desembarcados en un destino final realmente seguro¹⁹.

En el momento de la elección de un lugar seguro, los capitanes de buques deberán evitar aquellos territorios en los cuales la vida y libertad de las personas que invoquen un temor fundado de persecución pueda verse amenazada. Muy especialmente al respecto hay que situar el caso concreto de aquellas personas que soliciten protección internacional, los refugiados rescatados en el mar o de aquellos inmigrantes, que por ejemplo en el caso de Libia, de ser devueltos a este territorio, podrían sufrir malos tratos, inhumanos o degradantes. Esto justifica por supuesto, la decisión de los capitanes de los buques de las embarcaciones humanitarias de las ONGS europeas de negarse a llevar de regreso a los inmigrantes y refugiados rescatados a los puertos libios o entregarlos a la “guardia costera” de ese país²⁰.

5. Vulnerabilidad reforzada: peligro en el mar y condición particular. Las obligaciones con respecto a determinadas categorías de personas

Anteriormente, cuando nos referíamos al concepto de lugar seguro, mencionábamos la particular situación en la que se encuentran aquellas personas que huyen por vía marítima de sus países de origen o de los países de tránsito, al sentirse perseguidas y amenazadas. En gran medida nos estamos refiriendo en este caso a las personas que eventualmente podrían ser solicitantes de asilo y protección internacional.

¹⁹ Si el cumplimiento de la tarea asignada de llevar a los náufragos o personas en peligro rescatadas en el mar a un lugar seguro, según lo definido en el texto, conllevara algún tipo de carga pesada por el buque, el Centro Coordinador de Salvamento y Rescate se esforzará en conseguir una alternativa razonable. *Directrices respecto a la actuación con las personas rescatadas en el mar*. Recogido en la Resolución MSC.167 (78) adoptada el 20 de mayo de 2004. Concretamente el capítulo dedicado a *Lugar Seguro*. Los tiempos de desembarco pueden complicarse, la Directriz 6.9 es muy clara al respecto “Las autoridades estatales responsables deben realizar todos los esfuerzos posibles a fin de acelerar los acuerdos para el desembarco de los supervivientes del buque; sin embargo, el capitán debe tener presente que en algunos casos la coordinación necesaria acarreará demoras inevitables”.

²⁰ Las comillas son totalmente intencionadas. No hay Estado eficaz en Libia, y por lo tanto ninguna estructura “estatal” puede considerarse fiable, menos aún aquellas encargadas de la posible recepción de inmigrantes o refugiados. Muchas son las denuncias y testimonios de inmigrantes y refugiados/as, especialmente subsaharianos/as, sobre el maltrato sufrido y sobre cómo fueron sometidos/as a tratos inhumanos o degradantes, incluida violencia sexual, mientras han estado en territorio libio. Todo ello pese a que la UE ha destinado desde julio de 2017, más de 91 millones de euros a capacitar, preparar y dotar de embarcaciones y centros de acogida a las autoridades libias.

Como bien se recoge en el artículo 33.1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados* se prohíbe expresamente a los Estados parte expulsar o devolver (*refoulement*) a un refugiado a la frontera de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de opiniones políticas. Este, como es conocido la *no devolución* es un principio básico del Derecho Internacional de los refugiados²¹.

Por lo tanto en ningún caso podrá producirse el desembarco de estos refugiados o solicitantes de asilo en territorios donde su vida corra peligro o su libertad se vea amenazada. Por extensión y apoyándonos en el *Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes*²², tampoco debería producirse en ningún caso, el desembarco de estas personas en aquellos territorios en los que existan temores fundados de que esas personas pueden sufrir torturas o ese maltrato referido (recordemos nuevamente el caso de Libia y la bien fundamentada negativa de los barcos humanitarios de devolver a ese territorio a los rescatados).

A su vez, ni los capitanes de los barcos de rescate ni las autoridades de los Estados deberían compartir información personal de los solicitantes de asilo con las autoridades del país de que huye el refugiado o con terceros que pudiesen transmitir esa información a tales autoridades²³.

Parece indudable por lo tanto la obligación jurídica de los Estados europeos de acuerdo a la Convención sobre los refugiados, al Convenio de Dublín y sus sucesivos reglamentos, al Convenio contra la Tortura como acabamos de ver e incluso por extensión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, Convenio Europeo contra la Tortura o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴, relacionadas con el principio de no devolución, destinada a garantizar el acceso a territorio de la Unión a las personas interceptadas o rescatadas en el mar territorial de un Estado miembro que son perseguidas en sus países de origen y se encuentran necesitadas de protección con el objetivo de que se pudiese examinar debidamente su solicitud de asilo. Por otro lado, mujeres (especialmente pero no solo embarazadas), enfermos, personas con discapacidad o diversidad funcional, personas pertenecientes a minorías y niños, también, si tenemos en cuenta los convenios y otros instrumentos internacionales de referencia, de los que los Estados europeos son parte, también deberían contar con una especial atención por parte de los responsables de los buques de auxilio.

Dos cuestiones adquieren a nuestro juicio especial relevancia en este tipo de situaciones. La primera tiene que ver con la capacidad del capitán de un buque mercante o pesquero (a los capitanes de buques oficiales de rescate o de los barcos de las ONGS humanitarias se le presupone) que navega bajo pabellón de algún Estado de discernir si una persona es un refugiado o solicitante de asilo o de identificar alguna condición particular de las anteriormente expuestas que requieren de una protección añadida y específica. Y de identificar si los lugares de destino son realmente seguros o no para alguna de estas personas. Indudablemente no puede ni presumírsele ni exigírsele al capitán de un buque -por ejemplo un pesquero español- esa capacidad. Es decir, el capitán de un buque no tiene la responsabilidad de determinar la condición jurídica de las personas a bordo. Por ello nos parece extremadamente importante que en el caso de que el capitán detecte alguna de estas situaciones o temores de persecución por la información que pueda obtener de los inmigrantes rescatados, lo ponga en comunicación inmediatamente, como así le exigen las directrices sobre las que hemos trabajado previamente,

²¹ *Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados* de 28 de julio de 1951 y de su *Protocolo* de 31 de enero de 1967 (BOE de 21 de octubre de 1978).

²² *Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes* de 10 de diciembre de 1984 (artículo 3). España es Parte del Convenio contra la Tortura (BOE de 30 de noviembre de 1987).

²³ Vid. *Guía de referencia sobre los principios y prácticas aplicables a migrantes y refugiados: Salvamento en el Mar*, OMI y ACNUR.

²⁴ Especialmente los artículos 6 y 7.

del Centro de Coordinación de Rescate competente e incluso a ACNUR (que cuenta con un enlace permanente para estos casos) para que se adopten las medidas preventivas oportunas.

En ese sentido la agilidad en la comunicación por parte del capitán y la capacidad de respuesta pronta por parte de las autoridades son elementos fundamentales para la resolución satisfactoria de situaciones tan complejas, que finalmente deberían conllevar que pudiera ser analizada debidamente la solicitud de asilo del refugiado y que las personas con condiciones particulares recibieran el trato adecuado y acorde a su especificidad. En nuestro caso concreto el Estado español debería por lo tanto asumir la responsabilidad de informar a los capitanes de buques sobre los principios del Derecho Internacional de los refugiados y del Derecho Internacional de los derechos humanos y de la complejidad de este tipo de situaciones.

La segunda cuestión tiene que ver con la extensión de las obligaciones de los Estados europeos, más allá de sus fronteras, relacionadas con el principio de no devolución para personas solicitantes de asilo, que sufran riesgo de persecución o tortura, tratos inhumanos o degradantes y que requieran protección, a un contexto extraterritorial. Aunque la interceptación se haya producido en *aguas internacionales* fuera de la jurisdicción del España o de otros Estados de la Unión, incluso fuera de su zona de rescate, establecida por la OMI, la obligación de no devolución persistirá en todo momento.

A nuestro juicio, tal y como ha sido bien razonado genéricamente por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, los Estados europeos tienen la obligación, en virtud de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado y de su Protocolo adicional, de aplicar extraterritorialmente el principio de no devolución en el caso de que buques bajo su pabellón rescaten a inmigrantes fuera de las aguas territoriales y entre ellos se encuentren solicitantes de asilo, entendiendo que lo determinante no es si los refugiados se encuentran realmente en el mar territorial de Italia Malta, Francia, España o Grecia..., sino que éstos están bajo el control efectivo, la autoridad y la jurisdicción del Estado de rescate. Lo contrario sería contradictorio con el artículo 33 (1) de la Convención ya mencionada y con el objeto, espíritu y fin del tratado²⁵. Podemos concluir por lo tanto que en este tipo de situaciones debería producirse la aplicabilidad extraterritorial del principio de no devolución. Lo contrario, que es lo que en gran medida están haciendo los buques de rescate de la guardia costera italiana, devolviendo a muchos rescatados en aguas internacionales o dentro de las áreas de rescate de otros Estados, a las autoridades libias, sin tener en cuenta su posible condición de refugiado, constituye a nuestro juicio, claramente una vulneración de la normativa internacional.

6. ¿Existe la obligación internacional de acoger a los inmigrantes o refugiados rescatados en alta mar?

Aquí nos enfrentamos a un tema especialmente complejo que está generando respuestas no coincidentes por parte de los países europeos, sin que exista un marco general bien coordinado que haya podido ser activado desde la UE. Las personas rescatadas en el mar territorial deben ser desembarcadas en un puerto del Estado soberano que ejerce la jurisdicción en esas aguas. ¿Pero qué ocurre con los rescatados en alta mar? Hasta el momento hemos afirmado que no pueden ser devueltas a los puertos de aquellos países donde puedan correr riesgo de ser perseguidas, maltratadas o desatendidas en relación con su condición particular específica (refugiados, mujeres, niños, personas enfermas, personas con discapacidad o diversidad funcional...). Eso ha quedado muy claro a tenor del análisis previo

²⁵ ACNUR, *Opinión consultiva sobre la aplicación extraterritorial del principio de no devolución en virtud de las obligaciones contraídas por los Estados Parte de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967.*

que hemos realizado y como ya hemos dicho y ahora, conscientemente, reiteramos, justifica a la luz del Derecho Internacional que los barcos humanitarios de las ONGS europeas se hayan negado sistemáticamente a devolver a los rescatados a las autoridades libias. Pero entonces ¿dónde deben ser desembarcadas las personas auxiliadas y rescatadas en alta mar? Esta cuestión es especialmente delicada y tiene que ver precisamente con situaciones especialmente preocupantes como las que se dan cuando a los barcos humanitarios que han rescatado a inmigrantes y refugiados en alta mar no obtienen los permisos oportunos para desembarcar a esas personas en puertos europeos.

La cuestión del desembarco y acogida final, tanto de inmigrantes interceptados, rescatados y auxiliados en alta mar, no es por lo tanto una cuestión pacífica. Existe, como hemos demostrado, una obligación de trasladar a un lugar seguro a los inmigrantes pero ese lugar seguro necesariamente no tiene porqué ser en el caso de que el buque navegue bajo el pabellón de nuestro Estado o se trate de un buque de salvamento humanitario, un lugar dentro de -pongamos nuestro país de ejemplo- el territorio español. Por lo tanto responder a la pregunta de dónde deben ser desembarcados los inmigrantes rescatados más allá de la obligación general de que se trate de un lugar seguro, es algo especialmente complicado.

La normativa internacional, en ninguna de sus disposiciones de carácter convencional, establece la obligación de que las personas rescatadas sean desembarcadas en los territorios del Estado cuyos buques han realizado la intercepción o el auxilio. Esto plantea serios inconvenientes pues en ocasiones ni las autoridades de los países de donde partieron las embarcaciones, ni las de aquellos Estados que por razones de localización geográfica se encontraban más cerca de la zona del rescate quieren hacerse cargo de la recepción y desembarco de esas personas (pensemos en Italia o Malta). Tampoco en ocasiones los Estados bajo cuyo pabellón navegan los buques que han rescatado a esas personas en alta mar.

Las reticencias están fundadas en que:

1. En muchas ocasiones, en el caso de los Estados de cuyo territorio partieron las embarcaciones irregulares, las personas rescatadas o interceptadas no son nacionales suyos, al tratarse de países de tránsito;
2. Muchos de los inmigrantes rescatados se encuentran indocumentados;
3. Existe una imposibilidad material de hacer frente a los gastos de repatriación en el caso de que su nacionalidad sea identificada;
4. Se provoca un efecto llamado. Argumento tantas veces aireado por Salvini en el sentido de que acogiendo a las personas rescatadas o incluso autorizando a las embarcaciones de rescate humanitarias a recalar en puertos nacionales (en este caso referido, los italianos) se está promoviendo el tráfico ilegal de personas y fomentando que sigan produciéndose esas migraciones y con ese destino.

Por otro lado, no debemos dejar de mencionar que en muchas ocasiones los Estados de los que han partido las embarcaciones y que se niegan a acoger a las personas rescatadas, utilizan la inmigración irregular por vía marítima como medida de presión política con los Estados europeos y como un modo de conseguir un tratamiento diferenciado en las políticas de cooperación. A más cooperación (más millones de euros se entiende) mayor voluntad para el retorno y “acogida” de esas personas de vuelta.

Al respecto hay que destacar la importancia de los convenios de cooperación bilateral que ha adoptado España con varios países africanos, destinados a facilitar un retorno o readmisión de sus nacionales que son interceptados en el mar, incluso de aquellos ciudadanos de otros países que partieron desde sus territorios, así como a impedir nuevas salidas desde los puertos de esos países. Todo ello a cambio de ayudas económicas, capacitación técnica, transferencias de tecnologías y programas generales de desarrollo. Los casos más ilustrativos al respecto son, aunque no los únicos, los de Marruecos, Mauritania y Senegal. Todo ello con el amparo de las autoridades europeas siempre con el objeto de consolidar programas de gestión de la inmigración irregular hacia la UE que deberían incluir concretas para facilitar la

readmisión de sus nacionales y de los inmigrantes en situación irregular que han transitado por sus territorios antes de intentar su llegada a territorios de la Unión.

Parece evidente que es necesario, pese a los avances, mejorar la cooperación con terceros países en el ámbito de la devolución de las personas rescatadas en el mar, pero esto no se ha demostrado sencillo. Solamente cuando se tenga la seguridad de que las personas rescatadas en el mar serán repatriadas a los países de origen con la celeridad necesaria, siempre con el respeto absoluto a sus derechos humanos fundamentales, muchos Estados dejarán de lado sus reticencias a la hora de autorizar el desembarco de esas personas en su territorio. Otro asunto especialmente delicado tiene que ver con la asimetría en la asunción de obligaciones internacionales en materia de rescate y auxilio en el mar de los Estados europeos y africanos, pues si bien los Estados europeos han ratificado el conjunto de convenios especializados en la materia que regulan este tipo de situaciones en el Derecho internacional del mar, no ocurre necesariamente lo mismo con todos los países de origen o de tránsito de los que proceden o por los que pasan los inmigrantes o refugiados.

En un contexto únicamente europeo y en relación con el desembarco de los inmigrantes debemos hacer mención a la necesidad de que finalmente se consolide un marco jurídico comunitario específico relativo a la cooperación para la atención a las personas rescatadas en el mar, entre Estados miembros de la Unión Europea tendente a asegurar formas de responsabilidad compartida en el desembarco de las personas interceptadas de aquellos países europeos que participen en la intercepción, las operaciones de búsqueda y salvamento. Esto tiene una especial relevancia en cuanto a los solicitantes de asilo rescatados en el mar que deberían ser situados por las autoridades europeas (se ha intentado sin éxito) como una responsabilidad compartida de los Estados que participan en los programas y operaciones conjuntas en el mar puestas en marcha por la UE que conllevan medidas de intercepción más allá de las fronteras exteriores de la Unión. Responsabilidad que también deberían compartir el resto de los socios europeos. De tal manera que las solicitudes de asilo deberían gestionarse por los países europeos a partir de criterios uniformes²⁶. Pese a ello y hasta la fecha, únicamente uno de cada seis refugiados rescatados por los países del mediterráneo europeo han sido acogidos por otros Estados no ribereños, especialmente Alemania y algunos países nórdicos, todo lo cual pone de manifiesto la necesidad de seguir avanzando, y de manera rápida, en la conformación de un mecanismo comunitario coherente, funcional, cooperativo y duradero, capaz de promover un reparto equitativo en lo que a la atención y acogida de personas rescatadas en el mar se refiere.

7. Conclusiones

Es indudable que los Estados concernidos ante la llegada de inmigrantes y refugiados están en su derecho de ejercer libremente las facultades de control y vigilancia de su frontera exterior marítima en solitario o en cooperación con terceros países u organismos internacionales, como la UE, extendiendo esas actividades a aguas internacionales, si hubiese justificación para ello e incluso en el mar territorial de otros Estados, si estos han consentido.

²⁶ Pablo Antonio FERNÁNDEZ, ha puesto de manifiesto las carencias del marco normativo europeo para afrontar este desafío "Pronto se vio el fracaso del sistema de protección europeo porque el Reglamento Dublín III sólo permite a un único Estado miembro analizar la solicitud presentada y ese debe ser, prima facie, el primer Estado por donde se haya cruzado la frontera exterior (...) La diferencia entre unos Estados y otros es abismal; los estatutos concedidos son también diferentes en cada Estado. Para resolver, en parte, los problemas derivados de la imposibilidad de identificar y tramitar las solicitudes individuales de las personas llegadas a las costas griegas o italianas, se han establecido programas de reasentamiento, a través de la llamada solidaridad intracomunitaria". Solidaridad intracomunitaria que como el mismo autor señala no ha acabado de funcionar por los bloqueos o desentendimiento de algunos Estados. En "Migrantes, refugiados y víctimas del tráfico de personas en el Mediterráneo (entre la política y los derechos humanos)", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2017, ya citado.

Y también es igual de indudable que existe una obligación para los Estados y para cualquier embarcación, cuyo incumplimiento constituiría un crimen ante el Derecho internacional marítimo y la consecuente responsabilidad, de asistir en todo momento a cualquier persona, independientemente de su condición o nacionalidad, que se encuentre en peligro en el mar, como lo suelen estar los inmigrantes y refugiados que intentan llegar hasta las costas europeas.

También es indiscutible que estas personas rescatadas que se encuentran en situación de peligro en el mar deben ser tratadas con estricto respeto a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, llevadas hasta un lugar seguro en el que se pondrá fin a las tareas de salvamento y por supuesto no podrán ser devueltas a aquellos territorios donde su vida corra peligro o puedan sufrir tratos inhumanos y degradantes, todo ello a la luz de los convenios internacionales de referencia, la tradición marítima internacional, la Convención sobre el Estatuto de los refugiados y su protocolo adicional, el Convenio de Dublín y sus reglamentos sucesivos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Convenio contra la tortura. Los Estados, tienen la obligación también en virtud de alguno de los instrumentos anteriormente mencionados de aplicar, extraterritorialmente el principio de no devolución en el caso de que buques bajo su pabellón rescaten a refugiados fuera de su mar territorial, entendiendo que lo determinante no es que esos posibles solicitantes de protección internacional se encuentren dentro de su territorio sino que están bajo el control efectivo y la jurisdicción de ese determinado Estado o al menos de un buque que navega bajo su pabellón.

Las personas en situación especial (niños, personas con discapacidad o diversidad funcional, mujeres embarazadas, enfermos...) que protagonizan este tipo de migraciones o travesías por el mar y que son rescatadas ante la situación de peligro, deberán recibir una protección reforzada sobre la base del Derecho internacional de los derechos humanos que les reconoce derechos específicos, dada su situación de alta vulnerabilidad.

Ante lo expuesto parece evidente que las organizaciones humanitarias que están desempeñando o han desempeñado un papel activo en el rescate y atención de personas en peligro en el mar, lo hacen totalmente acorde a los principios y normas convencionales y consuetudinarias relacionadas con el Derecho marítimo y la protección de los derechos humanos. Su negativa a entregar a los rescatados ante las autoridades o guardia costera de Estados-fallidos como Libia (que son fallidos en gran parte por las intervenciones armadas internacionales ilegales e irresponsables llevadas a cabo en el pasado en su territorio) en donde se ha constatado por múltiples testimonios el maltrato y abusos que sufren los inmigrantes y refugiados, están perfectamente justificada a la luz del Derecho internacional aplicable.

Junto a ello hemos de mencionar que lamentablemente ni el ordenamiento jurídico internacional ni el Derecho de la UE, han conseguido conformar hasta la fecha principios operativos claros y normas de referencia en relación con el lugar de desembarco y acogida definitiva de las personas inmigrantes rescatadas en alta mar. Una cierta lógica internacional humanitaria nos llevaría a defender que deberían ser desembarcados y acogidos en territorio de los Estados de los buques que navegan bajo su pabellón y han participado en el rescate o en su caso en el territorio de los Estados, más cercanos que ofrecieran garantías de un trato digno y respetuoso para los rescatados. Para una vez allí desembarcados ser objeto de las atenciones necesarias y entrar bajo el régimen de las leyes internas de extranjería y en caso de refugiados que sus solicitudes de protección internacional fuesen examinadas debidamente. Con posterioridad, en caso de países europeos, debería haber un reparto equitativo en la acogida de estos solicitantes de asilo.

Pero al no contar con normas ni prácticas internacionales uniformes al respecto y ante el fracaso de la UE por conformar mecanismos comunitarios predecibles y seguros, nos encontramos ante un vacío jurídico relevante en el cual, los gobiernos xenófobos encuentran una base para apoyar y justificar sus actitudes insolidarias de cara a un electorado cada vez más insensible ante las tragedias de la inmigración y los refugiados.

Es necesario y de justicia que las actividades de rescate en el mar Mediterráneo se mantengan, que la sociedad civil, pese a los impedimentos y obstrucciones de los Estados

(recordemos de nuevo el caso de los buques humanitarios españoles atracados en los puertos sin permiso de las autoridades para zarpar) mantenga el pulso y que los agentes y operadores de las ONGS sigan realizando la extraordinaria labor que han venido haciendo, rescatando a decenas de miles de personas. Pero al tiempo es necesario que se articule la presión política y se generen marcos de conciencia colectiva capaces de generar cambios en los gobiernos europeos. Para que el día de mañana contemos con soluciones duraderas que vayan a la raíz de los problemas en los países africanos o de oriente próximo y que den una respuesta solidaria ante el reto de la inmigración.

Entre tanto los que sufren y los que son perseguidos seguirán intentando escapar del infierno, como haríamos cualquiera de nosotros. Nunca olvidemos a este lado de Mediterráneo que ellos, con sus vidas rotas, con sus biografías de sufrimiento y persecución, son la consecuencia de las situaciones de pobreza, de desestabilización y de conflicto, en parte creadas por Europa, y no el origen de nuestros problemas. Esa constatación, extendida socialmente, quizás sea la mejor vacuna o al menos una barrera de resistencia frente a la insolidaridad y la xenofobia de los inmorales y los mediocres.

FORCED DISPLACEMENTS OF REFUGEES CAUSED BY THE STATES OF ORIGIN AT THE ICJ. THE ROLE OF DIPLOMATIC PROTECTION AS A VEHICLE TO ADVANCE HUMAN RIGHTS

DARÍO MAESTRO NAVARRO

LL.M. Grotius Fellow, University of Michigan School of Law

1. Introduction. 2. The deficiencies of international human rights law to cope with mass influxes of refugees. 3. A pragmatic approach to diplomatic protection as a vehicle to advance human rights. 4. The case for an international dispute between Myanmar and Bangladesh at the ICJ concerning the Rohingya refugees. 5. Conclusions

1. Introduction

At the core of international refugee law is the premise that a person's country is committing the gravest instances of human rights abuse, or failing to protect them, from persecution.¹ Indeed, as the 1951 Refugee Convention rendered, someone who is unable or unwilling to stay in their country of origin because there he or she faces a well-founded fear of persecution due to five major grounds—race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion—may be reinstated a dignified *legal* life in a neighbor country. However, while the existence of material damages to these refugees is certain, the remedies are not. The unfortunate reality is that many governments which deliberately embark in policy actions that coerce their citizens to flee to another country are not held accountable at international law. This is because, in many instances, human rights claims cannot be made against the persecuting states.

Take the pressing Rohingya crisis in South East Asia for instance. Principally between 2012 and 2018, the minority has systematically been a target of arbitrary detention, sexual violence, torture and inhumane treatment, and extrajudicial killings by Myanmar's military and security forces.² As a result, over a million Rohingya (as of

¹ JENNINGS, R.Y., 1939. "Some International Law Aspects of the Refugee Question," *British Yearbook of International Law*, 20, pp. 98–114.

² UN Doc. A/HRC/RES/34/22 (2017), para. 2.

recent estimates)³ have sought refuge in nearby countries—particularly in Bangladesh, but also in Malaysia, Thailand, and Indonesia—to escape the desperate conditions. In the case of the human rights protected by Myanmar, the scope or content is very restricted: the state is not a party to the central binding human rights treaties—ICCPR and ICESCR—nor a regional body tasked with their protection exists yet. Suppose now that a Rohingya finds herself a subject of this persecution and must flee Myanmar. As the current human rights framework stands, she will be unable to invoke the responsibility of the state, and thus cannot access remedies to curb the damage done. While her host state—with high certainty, Bangladesh⁴—will have to bear the burden on its own, the behavior of the sending state will not be held accountable at international law, and the abuse will not cease.

In crude summary, where human rights treaties have not been concluded and where there is a deplorable prospect that they may never be, even if the most basic human rights have been breached, there is no room for the invocation of that responsibility — either by refugees themselves or their host states. Under these circumstances, there is a need for some mechanism to give these actors an opportunity to respond to such scenarios—to help rebuild refugees’ lives and alleviate the burden born by host states—rather than to resign themselves to the lack of accountability. The exercise of diplomatic protection by host states on behalf of their refugees against their state of nationality for gross violations of human rights can be such a mechanism. Institutionalizing the right of a receiving state to make its case for a remedial solution before an international court, like the International Court of Justice (ICJ), would also help counter the limited access of refugees to international justice.

The present Chapter is directed to set a briefing analysis for innovative legal solutions that would permit host states to bring human rights claims to the ICJ by exercising diplomatic protection on behalf of their refugee population. As such, it endorses diplomatic protection as the proper mechanism to cope with the deficiencies of the current human rights system for holding persecuting states accountable for their illegal acts causing displacement. Specifically, the case concerning the Rohingya comprises an unprecedented law-enforcement effort by the international community to conscript a persecuting state into being held responsible for serious violations of human rights — an effort that, if successful, would set precedent implicating the rights of millions of genocide victims and persecuted peoples. At the very least, the proposal should appeal to receiving states to aid immigrants in bringing their claims before the Court, as they would no longer bear the imposed burden on their own.

The Chapter is divided in four sections.⁵ Section 1 examines the challenges posed by mass influxes of refugee displacements. Section 2 then examines the current human

³ BEARAK, M., 2017. “Bangladesh is now home to almost 1 million Rohingya refugees,” *The Washington Post*. Available at:

https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/10/25/bangladesh-is-now-home-to-almost-1-million-rohingya-refugees/?utm_term=.ba70fd8488f8.

⁴ FURCOI, S., 2018. ‘One year on: Rohingya refugees in Bangladesh’. *Al Jazeera*. Available at:

<https://www.aljazeera.com/indepth/inpictures/year-rohingya-refugees-bangladesh-180823074512290.html>.

⁵ For length convenience, the Article will not deal with the historical account of conflict accumulated by the Republic of Myanmar concerning the Rohingya exodus.

rights instruments involving refugee remedies identifying four impediments for victims to hold sending states accountable for their wrongful acts. Section 3 presents the case for diplomatic protection as the proper legal mechanism to bring human rights claims before the ICJ. Lastly, Section 4 concludes by proposing practical steps for implementing the argument and incentive the world tribunal to play a larger role in remedying the wrongs of human rights violations.

2. Forced Displacements of Refugees as a Dispute of Public International Law

It is no surprise that an international refugee law framework created from the ashes of World War II is not perfectly apt for today's realities. Though unprecedented efforts have been made to provide subsistence aide and repatriation to thousands of refugees scattered around Europe and Asia,⁶ we have recently witnessed the breakdown of the system due to the largest refugee influxes that are spread through various conflict centers around the world. According to UNHCR, there are 65 forcibly displaced million people today who have been uprooted from their homes by conflict and persecution; that is almost twice than a decade before (33.9 million in 1997).⁷ Between 2012 and 2015 alone, forced displacements worldwide reached record levels, mostly due to the flows coming from Afghanistan and the Syrian conflict.⁸ In this context, rather than international society tacking the root causes which forced large flows of populations to move, periods of exile have scaled up dramatically to an average of ten years now.⁹

The crises have exposed a vast territory yet unchartered by international law as regards to how to cope, deal, and economically redress the harm that both refugees and host states face. This is particularly worrisome—especially in the 70th anniversary of the proclamation of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)—because it has resulted in numerous receiving nations finally breaching their international obligations and moral codes, as they cannot fully share the burden of mass flows of refugees across the border.

As framed by the New York Declaration for Refugees and Migrants,¹⁰ the broader picture of these flows does not exclusively factor the exceptional size of the refugee populations, but also the capacity of the receiving nations to host them. Professor J. Hathaway appropriately characterized the situation as that in which “the number of refugees arriving at a state's frontiers clearly exceeds the capacity of that state to

⁶ COHEN, G.D., 2012. *In War's Wake Europe's Displaced Persons in the Postwar Order*, Oxford University Press, p. 14.

⁷ UNHCR, 2016. *Global Trends*, p. 2

⁸ EDWARDS, A., 2017. “Forced displacement worldwide at its highest in decades,” *UNHCR*. Available at: <http://www.unhcr.org/afr/news/stories/2017/6/5941561f4/forced-displacement-worldwide-its-highest-decades.html>.

⁹ DEVICTOR, X. & DO, Q.T., 2017. “How Many Years Have Refugees Been in Exile?” *World Bank*, ed. Population and Development Review, 43(2), pp. 355–369.

¹⁰ UN Doc. A/71/L.1., 2016.

receive and protect them.”¹¹ Indeed, the duty to rescue refugees cannot be discharged on a single nation.¹² Admittedly, the UN General Assembly has stated no one agent of the international community “can manage such movements on its own.”¹³

Clearly, as these mass influxes grow, refugee law needs to sustain itself, leading states to seek legal solutions in order to respond to scenarios which the authors of the 1951 Convention never foresaw. There is a growing spectrum of formulas proposed for sharing the responsibility out based on states’ GDP or overall wealth, population size, share in creating a refugee crisis, or former admission of refugees, and the likelihood that the host community will succeed. However, it is unlikely to expect the countries of the world to wholly fashion a system in these terms to help regularize responsibility of the refugee response framework anytime soon. Paragraphing Professor Nansen,¹⁴ have we not reached the bottom of the through still? I shall argue that there are good diplomatic reasons for the international society to exert public pressure on persecuting states to refrain from their coercive attitude toward their citizens. Invoking their responsibility at international forums would reasonably allow the victims to access legal remedies to rebuild their lives and take care of themselves, while targeting the root causes of conflicts and, subsequently, alleviating the burden from other states.

3. **Lack of Instruments to Hold Persecuting States Accountable for their Wrongful Acts Causing Displacement**

Elements of the global human rights system may be seen as impediments to foster a stable practice of international law capable of holding persecuting states accountable for their acts causing displacement. This Section critically deconstructs three deficiencies that cause the problem illuminated above.

A. **Exclusion of the Responsibility of Persecuting States from the Addressees of the Claim**

First, while the Refugee Convention grants rights to refugees and responsibilities to host states, it provides no mechanisms for pursuing legal actions against the state of origin. The Convention neither creates an international body to oversee refugee determinations or interpretation of the text itself,¹⁵ nor does it mandate any specific obligations toward the country of origin. The adjudication of who is a refugee is thus left entirely to state officials, and there is no diplomatic pressure exerted on these states to cease its reproachable actions. Instead, the literature most often associates the protection

¹¹ HATHAWAY, J.C. & ZIECK, M., 2018. “The Michigan Guidelines on Refugee Freedom of Movement,” *Michigan Journal of International Law*, 39(1), para. 12.

¹² DURIEUX, J.-F., 2016. “The Duty to Rescue Refugees,” *International Journal of Refugee Law*, 28(4), p. 653.

¹³ UN Doc. A/71/L.1., 2016, para. 7.

¹⁴ NANSEN, F., 1972. “The Suffering People of Europe,” In F. W. HABERMAN, ed. *Nobel Lectures, Peace 1901-1925*. Amsterdam.

¹⁵ HATHAWAY, J.C., 1990. “A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law,” *Harvard International Law Journal*, 31(1), p. 131.

to which the refugee definition alludes with the 'internal protection' that receiving nations must bestow to victims of potential persecution at their home countries.

B. The Individuality of Human Rights Reparations

To this day, the right of individual refugees to receive reparations from their national states is indisputable. Both custom and international conventions support its existence. As for the former, as early as 1948, the General Assembly passed a resolution stating that Palestinian refugees who had fled their homes were to be compensated for their property losses in light of Article 8 of the UDHR, which asserts the right to a remedy when a state breaches any of its international obligations.¹⁶ This general practice can even be tracked back to 1764. Under the Jay Treaty, the United States rightly compensated the royalists who fled to Canada following the Revolutionary War.¹⁷

Despite the above, the Refugee Convention took a micro—rather than macro—approach to refugee-hood and asylum legal remedies. As such, it is not sufficient to be part of a group of persecuted people to be recognized as refugee or to engage in reparations, as asylum applications require from a particularized analysis.¹⁸ This means that a given refugee population of a million fleeing their country of nationality on the same grounds must submit a million individual asylum applications and justify why, in the particular case, he or she is facing prosecution back home. Expectedly, refugee status determinations quickly backlog at immigration offices of receiving nations. The election for this individualized approach once again extremely complicates the task of host states of reviewing thousands of applicants on a per-case basis. As a result, only exceptionally refugees have profited of the available protection.

C. Inconsistencies across the Regional Human Rights Courts

Lastly, I shall forward the argument by examining the inconsistency amid refugee reparation methods across the regional bodies tasked with the protection of human rights. I do not stop to point out all of the inequalities that arise. For demonstrative purposes a few examples will suffice.

I. European Court of Human Rights (ECtHR)

Judgments of the ECtHR concerning refugees essentially refer to the prohibition of removing an individual to a country where he or she is in real risk of persecution in the context of Dublin transfers.¹⁹ In *Soering v. United Kingdom*, the Court declared receiving states responsible for such actions may face sanctions.²⁰ More recently, this

¹⁶ GARRY, H.R., 1998. "The Right to Compensation and Refugee Flows: A Preventative Mechanism in International Law," *Int'l J. Refugee L.*, 10, p. 102.

¹⁷ See, *(Jay) Treaty of Amity, Commerce, and Navigation, Between His Britannic Majesty, and the United States of America, Conditionally Ratified by the Senate of the United States*, (1795).

¹⁸ See, HATHAWAY, J.C., 1990. "A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law," *Harvard International Law Journal*, 31(1), pp. 130-40.

¹⁹ The so-called 'Dublin system' outlines the principles for the allocation of state responsibility for examining asylum claims set forth by the European Union in *Regulation (EU) No. 604/2013*.

²⁰ ECtHR, *Soering v. United Kingdom*, No. 14038/88, Judgment, 1989, para. 91.

Court reaffirmed its doctrine about expulsion.²¹ The critical question here, however, is that ECtHR can only declare partial reparations in favor of the victims of refoulement under Article 41 of the European Convention. This means the sentence itself accounts for reparation in the view of the Court. Accordingly, the respondent state will be responsible of choosing the means by which to reinstate the rights of expelled refugees.²² Yet no displaced applicant has ever initiated proceedings against the state of nationality under the auspices of the European Convention.

II. Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)

While the ECtHR seems reticent to impose concrete reparations against states, the IACtHR has the most consistent legal practice of the human rights bodies when it comes to awarding reparations to individuals.²³ Recent and opposing judgments involving forced displacements, nonetheless, show the doctrine of the Court can be yet volatile. In *Operation Genesis v. Colombia*—the victims pursued remedies against Colombia for having forced them to leave their homes in the middle of a militar operation—, it transpired the Court would shed the focus on domestic laws in order to fixate reparations and sanctions against the state of origin. As a result, the victims of this case were not awarded financial compensation as Colombia did not permitted under domestic law.²⁴ On the other hand, following the case of *Pacheco Tineo Family v. Bolivia*, the Court provided and monitored reparations to refugees, even weighting in the suffering caused by the separation of the family. Further, the Court ordered Bolivia to conduct a series of training programs for state officials that should take note of the merits announced.²⁵

III. African Court of Human and Peoples' Rights (ACtHPR)

In this third scenario, the African Court is unique in that its jurisdiction has considerably expanded over time, and has traditionally dedicated careful consideration to the rights of cultural minorities. In dealing with refugees, Professor Frans Viljoen has termed Article 2 of the Banjul Charter as follows: "every refugee—as part of the category 'every individual'—is also entitled to all the rights in the African Charter, such as [...] dignity, property, and health."²⁶ To ensure these rights, the Court may find appropriate to order remedies to redress the violations inflicted to refugees, "including the payment of fair compensation or reparation."²⁷ There is no doubt about the scale of

²¹ ECtHR, *Babar Ahmed and Others v. the United Kingdom*, Nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09, Judgment of 10 April 2012, para. 168; ECtHR, *T.I. v. the United Kingdom*, No. 43844/98, Decision of 7 March 2000.

²² ECtHR, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, No. 30696/09, Judgment [GC] of 21 January 2011, para. 399.

²³ LIMÓN, P. & NORMANN, von, J., 2011. *Prioritising Victims to Provide Reparations: Relevant Experiences*.

²⁴ IACtHR, *Case of the Afro-descendant communities displaced from the Cacarica River Basin (Case of Operation Genesis) v. Colombia*, Judgment, November 20, 2013, para. 59.

²⁵ IACtHR, *Case of Pacheco Tineo family v. Bolivia*, Judgment, November 25, 2013, para. 277, 270.

²⁶ MURRAY, R., 2009. *Frans Viljoen, International Human Rights Law in Africa*.

²⁷ NGOEPE, B.M., 2011. *The Role of the African Court on Human and People's Rights in the Protection of the Rights of Refugees*, p. 3.

these pronouncements, but the Court has yet to hear a case involving refugees' rights or gross violations of human rights leading to displacement. If we take the migration forced upon many black South Africans²⁸ as a good case to assess the current situation of displacement in the Continent, one could then argue that the narrow subject chosen when it comes to the submission of claims to the Court cannot be totally unrelated to such end.

IV. Asia: The Unprotected Region

Under the present conditions in human rights systems and mechanisms, there is a threat of despair and emergency, worse than anywhere else, in Asia. "[It] is regularly singled out as the only region in the world without an inter-governmental regional mechanism for the protection of human rights."²⁹ Professor Dugard has repeatedly stated his concern about this matter too.³⁰ Indeed, Asian governments are unwilling to sanction the prime mechanisms to relief the victims of human rights violations nor to create an instrument of their own. The only alternative, therefore, is to rely on consistent principles of public international law and custom to avert the danger and prevent conflicts like Myanmar's from turning into a human tragedy. Asia is not alone in being threatened by old and new migration disputes and terrible famine. But yet it is the largest region of the world remaining unprotected from human rights violence, and thus its citizens cannot access remedies when they occur.

In light of my analysis above, I would formulate the situation as follows. He who finds himself part of a persecuted group and must flee his own country, one that did not accede to basic human rights treaties—international or regional—, nor is expressly a party at the major international tribunals, will then be unable to invoke the responsibility of the persecuting state, and cannot access legal remedies to curb the damage done. No matter how grave the human rights violence committed against one, and no matter the intent behind such wrongful acts, he may not be reinstated of his rights. Thus, the behavior of the persecuting state will not be held accountable at international law, and the abuse will not cease. Precisely, this is what the backdrop in the Rohingya crisis suggest.

4. Building International Responsibility of States Causing Refugee Flows before the International Court of Justice by Recourse to Diplomatic Protection

As with many pressing international law issues that cannot be directly invoked before international courts and tribunals, there are often various 'bypass mechanisms'

²⁸ GOWLLAND-DEBBAS, V., 2000. The Problem of Refugees in The Light of Contemporary International Law Issues. In United Nations High Commissioner for Refugees Colloquium, Geneva, 26 and 27 May, 1994. p. 48.

²⁹ DURBACH, A., RENSHAW, C. & Byrnes, A., 2009. "A Tongue but No Teeth: The Emergence of a Regional Human Rights Mechanism in the Asia Pacific Region," Sydney L. Rev., 31, p. 211.

³⁰ DUGARD, J.R., 1977. "Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission," Australian Yearbook of International Law, 24, p. 77.

that allow the court or tribunal to address them. This Section establishes one specific scenario where an alternative could exist: host states may exercise diplomatic protection on behalf of their refugees against the state of nationality for gross violations of human rights. The current voids in the human rights framework, as reviewed above, could be remedied through the principle of diplomatic protection by allowing receiving states to pursue justice before the ICJ for the refugees they are hosting. For demonstrative purposes, the capacity of the international community to challenge the responsibility of Myanmar in creating a flow of refugees in Bangladesh has been considered. A non-exhaustive treatise of the legal issues raised in the case is provided here in order to answer the following questions: (A) does the ICJ have jurisdiction on the matter; and (B) who and why has standing to invoke the responsibility of the state of origin.

A. Jurisdiction

The fundamental principle in international dispute settlement is the principle of consent: a court or tribunal has jurisdiction to settle a dispute only if the parties consented to the court or tribunal doing so. This consent may be given before or after the dispute arises. *A contrary* of what could be expected then, states cannot be sued before the ICJ without their consent. Joining the United Nations and thereby *ipso facto* becoming a party to the ICJ's Statute does not automatically expose states to the Court's jurisdiction. Myanmar does not accept ICJ's jurisdiction, so it is not directly subject to the rule of the Court.

Bangladesh, however, may argue that Myanmar incurred in internationally wrongful conduct by pushing a million individuals into its sovereign territory to build this case (1). Subsequently, both states being contracting parties to the 1948 Genocide Convention, Bangladesh could remit Myanmar's liability for allegedly committing genocide against the Rohingya people before the Court under the compromissory clause of Article 9 (2). It is therefore appropriate to evaluate the jurisdiction of the ICJ in light of these key issues.

I. *The Displacement of Refugees as the Wrongful Act*

As Articles 10(b) and 20 of the ICJ Statute require the existence of a "dispute," between two or more states for the Court to hear a case,³¹ a cogent question to pose here is: if the ethnically-based attacks were aimed exclusively at the Rohingya, how we can resolve there is an ongoing conflict between Myanmar and Bangladesh? Article 1 of the ILC's Articles of the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts determines that "every internationally wrongful [conduct] of a state entails the international responsibility of that state,"³² and therefore the right to a remedy for the injured party. An internationally wrongful act is then defined by Article 2 as an action or

³¹ *Statute of the International Court of Justice*, 1945, 156 U.N.T.S. 77.

³² The ILC Articles on State Responsibility, officially adopted in 2001, came as a result of an ambitious process of codification which lasted nearly fifty years (additional texts were adopted at the time regarding related subject matters of responsibility). ILC, 2001, 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries' (Yearbook of the International Law Commission, vol. II, Part Two), Article 1.

omission attributable to states under international law and which constitutes a breach of an international obligation.³³ Thus, the obligation the country of origin has infringed on host states by forcing its own citizens to migrate must be verified.

As for the Rohingya exodus, it can certainly be sustained that states can be held accountable for the sole act of creating refugees as this is considered a wrongful act in itself, in a sense which is close to Principle 1 of the 1990 Cairo Declaration proposed by the ILC. Scholars, such as Professors Lee³⁴ and Garry,³⁵ argue that forcing nationals to migrate violates every single human right that is recognized in the Universal Declaration of Human Rights and thus it must be directly taken as an internationally wrongful act. What constitutes a breach of an obligation of the State of origin is not the creation of refugees but their displacement resulting in “the flooding of other states with refugee populations.”³⁶ As the President of the United States Benjamin Harrison put it in 1891, “a decree to leave one country is, in the nature of things, an order to enter another.”³⁷ Refugees indeed may represent a direct challenge to a state’s “right to exercise exclusive jurisdiction over its own territory and its legal obligation to prevent its subjects from committing acts which violate another State’s sovereignty.”³⁸

When Myanmar deprived the Rohingya from any proper form of identification or documentation, prohibiting the group to enjoy any state amenities and begun a military operation against them, it pushed the Rohingya to a desperate condition where their only chance of surviving—both physically and culturally—was fleeing to Bangladesh. Additionally, on August 25, 2017, Myanmar’s Government implemented a curfew order which prohibits outdoor activity and bars internal displacements in the country.³⁹ This leaves the Rohingya with only one possible route to their exit: crossing the northwest border by the Chittagong Division of Bangladesh. Since the inception of the order, 640,000 Rohingya fled to Bengali country.⁴⁰ Hypothetically, would such curfew not exist refuge could have been sought at various countries. As a result, the current humanitarian crisis borne by Bangladesh can only be attributed to the coercive policies undertaken by the Republic of Myanmar against its nationals.

Yet no state has claimed the violation of the principle of equality on account of a refugee influx, the rationale behind the *Trail Smelter* arbitration case in 1965 is applicable to the present facts. The United States contended in this proceeding that

³³ CRAWFORD, J., PEEL, J. & OLLESON, S., 2001. The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading. *European Journal of International Law*, 12(5), p. 972.

³⁴ LEE, L.T., 1993. The Cairo Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees. *The American Journal of International Law*, 87(1), p. 539.

³⁵ GARRY, H.R., 1998. The Right to Compensation and Refugee Flows: A Preventative Mechanism in International Law. *Int’l J. Refugee L.*, 10, p. 109.

³⁶ JENNINGS, R.Y., 1939. “Some International Law Aspects of the Refugee Question,” *British Yearbook of International Law*, 20, p. 111.

³⁷ GARRY, H.R., 1998. The Right to Compensation and Refugee Flows: A Preventative Mechanism in International Law. *Int’l J. Refugee L.*, 10, p. 104.

³⁸ GARVEY, J.I., 1985. Toward a Reformulation of International Refugee Law. *Harvard International Law Journal*, 26(2), p. 494.

³⁹ UNHCR, 2017. Report of OHCHR mission to Bangladesh, Available at: <http://www.ohchr.org/Documents/Countries/MM/FlashReport3Feb2017.pdf>.

⁴⁰ KRISTOF, N., 2018. ‘I Saw a Genocide in Slow Motion’. *The New York Times*. Available at: <https://www.nytimes.com/2018/03/02/opinion/i-saw-a-genocide-in-slow-motion.html>.

Canada had allowed sulphur-dioxide fumes to cross an international border and done so causing damages to its lands, crops, and trees. The Tribunal determined that Canada breached its obligations to respect the United States' territorial integrity.⁴¹ It is clear that fumes and refugees are not the same thing, however, as the argument goes, a state must compensate another when it causes damages to the latter for an influx that it could not prevent. As mentioned above, Bangladesh is bound by international custom—when states of first asylum accept refugees, they do so on behalf of the entire international community⁴²—and thus had no choice to prevent the Rohingya from entering its borders,⁴³ as well as the US could not have foreseen that Canadian fumes would cross the border. ICJ's *Corfu Channel* judgment, expanding the *Trail Smelter* maxim, may support invoking that responsibility whenever a state has caused transboundary harm in the territory of another.⁴⁴

Using these binding rules, host states should be able to establish the link between the wrongful acts of sending states that forced the refugees to flee and the direct and indirect sovereign limitations incurred as a result of having to accept them. Bangladesh can go beyond that conclusion and assert that there is in fact a wrongful act, opposable at the international tribunals, to invoke that responsibility and to achieve the end of the humanitarian crisis caused by Myanmar in its national territory. This capacity, however, is mitigated in the case study because Myanmar does not accept ICJ's jurisdiction and the aforementioned violation does not originate from an international treaty which the state acceded. While the rules and interpretations described would thus provide more than enough latitude for states to engage in a dispute relating to the commission of a wrongful act, it therefore does not trigger the jurisdiction of the Court. There is no binding obligation on Myanmar to which Bangladesh could point toward the jurisdiction of the Court. In the end, Myanmar would still get away unpunished.

II. *The Crime of Genocide*

This case touches a sensitive and important area of human rights. Myanmar deprives the Rohingya of rights which are basic to the perpetuation of the group in an attempt to rid the country of them. It follows Myanmar's historical refusal to their own identity, at the very least since the Citizenship Law was introduced in 1982. For years, Myanmar has made it almost impossible for Rohingya to prove the Rohingya existence and historical roots in Myanmar; now the state is actively destroying Rohingya land and forcing them to starve. One may assert then that Myanmar state actions could result in a finding of genocide by the ICJ.

⁴¹ *Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)*, 1941, 3 U.N. Rep. Int'l Arb. Awards 1905.

⁴² Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, 189 U.N.T.S. 137, Preamble; *Report of the Secretary-General: In Safety and Dignity: Addressing Large Movements of Refugees and Migrants*, UNDoc. A/70/59, at 8, 59, 68-70; GOODWIN-GILL, G.S. & MCADAM, J., 2007. *The Refugee in International Law*, Oxford University Press.

⁴³ As already cited above, in 2016 all UN members signed the *New York Declaration*, affirming that refugee crises are the responsibility of the entire international society. UNDoc. A/71/L.1, at paras. 7, 11.

⁴⁴ *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, 1949 I.C.J. Rep. 244.

I will not rehearse in detail the arguments that have been advanced elsewhere by the UN,⁴⁵ but given Bangladesh's and Myanmar's mutual consent to the jurisdiction of ICJ—pursuant to the compromissory clause of Article 9 of the Genocide Convention⁴⁶—Bangladesh could thus invite the Court to exercise jurisdiction over the Rohingya crisis. With due respect to the inevitable distinctions, Ukraine has similarly seized the ongoing conflict with the Crimean Tartar community to invoke ICJ jurisdiction with regard to alleged violations of the ICSFT and the CERD.⁴⁷

Even if the Court were the best forum for these genocide claims, it is still necessary to prove a special interest of Bangladesh in the dispute itself; otherwise, the Court will be less likely to grant standing. While the ICJ has recognized that every state has a legal interest in protecting *erga omnes* obligations,⁴⁸ it opposes recognizing standing to any state on these grounds. As explained by Judge Stephen M. Schwebel, the Court regards the crime of genocide as supremely immoral and unlawful and thus conferred the character of obligation *erga omnes*.⁴⁹ Notwithstanding that, the Court has never upheld standing by the sole means of an obligation *erga omnes*. In the *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* cases, the Court effectively rejected standing based on a breach of an obligation *erga omnes*. Therefore, diplomatic protection will provide a relatively fairer forum for host states like Bangladesh to validate the *special relationship* between the state and the affected individuals.

B. Standing: The Right to Invoke Responsibility through Diplomatic Protection

Diplomatic protection refers to the procedure employed by states to secure protection accorded to their nationals abroad.⁵⁰ In 1758, the Swiss jurist Emmerich de Vattel made an important statement that would mark the traditional concept of diplomatic protection: “whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect that citizen.”⁵¹ Indeed, diplomatic protection has traditionally been a state right, in the sense that it is left entirely to the state of nationality to decide whether or not to act on behalf of its national. Such an approach, it should be stressed, would fit

⁴⁵ UNHCR, 2018. ‘Myanmar military leaders must face genocide charges’, *UN News*. Available at: <https://news.un.org/en/story/2018/08/1017802>

⁴⁶ The Genocide Convention reads: “Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfillment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide [...] shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.”

⁴⁷ The Court finds jurisdiction to hear the case on the compromissory clauses of Article 24(1) of the ICSFT and of Article 22 of CERD. See, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Order of 19 April 2017.

⁴⁸ ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spanish)* (New Application: 1962), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports (1970), 32.

⁴⁹ SCHWEBEL, S.M., 1991. “Human Rights in the World Court,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 24(5), p. 958 (citing *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports (1951), paras. 15, 23)

⁵⁰ Dugard JR, ‘Diplomatic Protection’ 2009 *MPEPIL*, para. 1

⁵¹ McDougal MS, Lasswell HD and Chen L-C, ‘The Protection of Aliens From Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights’ (1976) 70 *American Journal of International Law* 432.

perfectly into a premature international law framework in which the individual had no place nor rights separately from the state, but the Court's holdings further confirm this remnant of early states in the development of the international community.

While states can exercise diplomatic protection on behalf of their nationals, it is largely unprecedented to seek remedies on behalf of refugees they are hosting before the international tribunals. Expressly excluded from the means of the ILC's Articles on Diplomatic Protection, it is the utilization of the principle by the applicant state to espouse claims on behalf of refugees against their state of nationality in light of internationally wrongful acts.⁵² Of course, this does not apply to disputes where a compromissory clause is present.⁵³ In concert with the recognition of refugee status, diplomatic protection could thus give Bangladesh in this case standing to invoke before the ICJ the responsibility of Myanmar for causing large-scale flows of refugees in the wake of a genocide scheme, as their state of nationality refuses to afford protection to them. As it will be grouped in the discussion below, this is highly consistent with the principle charted out in *Nottebohm* (ICJ) and Article 8(2) of the Articles on Diplomatic Protection.

In presenting the case for extending the application of diplomatic protection of a host state to its refugees, the principle of the "bond of attachment" outlined in the ICJ's *Nottebohm* judgment may indeed help us articulate what counts as sufficient interest in a dispute and who is to judge it to be so. In this case, Liechtenstein requested the Court to credit its exercise of diplomatic protection on behalf of Nottebohm—who had recently been granted Liechtenstein citizenship following the end of World War II—in the proceedings against Guatemala. ICJ observed an insufficient line of attachment between the individual and a state other than off its nationality (Liechtenstein, in this case) and thus ruled the claim inadmissible. In *dicta*, however, the Court established that diplomatic protection equals a measure for the defense of the states' rights.⁵⁴ Non-national citizens (refugees) should thus not be automatically ruled out from the host state assessment on whether or not to elevate a dispute under the auspices of its own diplomatic protection.

This *attachment* could arguably be matched with the state's hosting of the victims as refugees in their sovereign territory. When a state admits into its territory foreign nationals, it has a duty to afford them the protection of the law and assumes obligations relating to their treatment. When a state admits refugees—pursuant to the Refugee Convention or the customary principle of *non-refoulement*—that is the only protection that will be granted to them, hence the receiving state works is reestablishing their legal rights which the country of origin dissolved earlier. If the object of refugee law and

⁵² *Draft Articles on Diplomatic Protection*, UN Doc. A/61/10 (2006), Article 8(3). For length convenience, this article will not deal with the doctrine that conceptualizes the act of displacement of refugees into the host country as an internationally wrongful act, amounting to the violation of the principle of equality. For a discussion on the topic, see: Garry HR, 'The Right to Compensation and Refugee Flows: A Preventative Mechanism in International Law' (1998) 10 *Int'l J. Refugee L.* 102; see also: Lee LT, 'The Cairo Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees' (1993) 87 *The American Journal of International Law* 157.

⁵³ Note that only through the compromissory clause contained in the Genocide Convention could Bangladesh initiate these proceedings before the ICJ in the first place. As already cited above, the jurisdiction of the Court shall be verified in advance.

⁵⁴ *Nottebohm Case (Second Phase)*, Judgment of April 6th, 1995 I.C.J. Reports 1955, 4.

human rights is to remedy the failure of state protection, then the new host state should be recognized an interest in the international disputes involving their refugee population. This conclusion is strengthened once it is admitted that diplomatic protection may facilitate future access of refugees to international justice and legal remedies.

Sovereignty maybe a wall here but once host states are aware of, and willing to act, the deficiencies in their current stance surrounding the persecuting state's responsibility, how could they invoke that responsibility and end the conflict? The answer may lie in utilizing diplomatic protection's pragmatic approach. Although my illustrations are from Myanmar's conflict, the argument is intended to cover all victims and receiving states in similar conditions. As illustrated above, host states may thus bring these proceedings for three related reasons: first, to bring to an end the long-standing conflicts between the state of nationality and the oppressed minority that is undermining their exercise of territorial jurisdiction; second, to obtain—even indirectly—confirmation of the wrongful conduct incurred by the state of origin; and third, to request remedies for the victims of displacements which could not be obtained otherwise. Insofar as the international community may declare standing in these disputes, diplomatic protection will be a necessary factor in invoking the responsibility of sending states.

5. Conclusions

As the current humanitarian crisis in Myanmar has illustrated, there are few remedies at international law against persecuting states. While it would take a bold host state to bring human rights claims under the umbrella of diplomatic protection, this Chapter has attempted to show that such claims would not be meritless. Using the merits of the ICJ, a host state could present a strong argument that it has a valid standing to use diplomatic protection to pursue justice before the international tribunal on behalf of refugees against their persecuting state, filling in the gap caused by the deficiencies of contemporary human rights law.

Diplomatic protection is a necessary factor in this solution in order to legitimate the host states to build the international responsibility of states of origin. While the ICJ has recognized that every state has a legal interest in protecting *erga omnes* obligations, it opposes recognizing standing to any state on these grounds. Therefore, diplomatic protection provides a relatively fairer forum for host states as it validates the relationship (refugee status) between the state and the individuals that suffered the violations which it intends to resolve. Host states can then use the principle to defend their rights that cannot be enforced by ordinary means. Diplomatic protection alone is not sufficient to bring a dispute of the aforementioned characteristics before the ICJ. Jurisdiction of the Court shall be verified in advance. In the case concerning the Rohingya, this issue has been solved by applying the compromissory clause in the Genocide Convention. As the responsibility of persecuting states cannot be invoked on the mere basis of custom for a breach of another state's sovereignty, similar legal solutions shall be traced in all similar cases if at all possible.

In any case, it is unrealistic to think that international human rights law can function in such a way that non-nationals will never be in need of the assistance of states other than off its origin. To think otherwise is to expect too much of states and too little of citizens. Remedying the wrongs of human rights violations cannot wait; if it means bending another legal principle to make it the vehicle to achieving international justice and vindicating the rights of millions of persecuted persons, then so be it.

LA PROTECCIÓN TEMPORAL COMO LA VÍA MÁS EFICAZ PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS VENEZOLANOS EN ESPAÑA

CRISTIN ISACURA ATENCIO

Abogada especialista en Derecho Migratorio y de Extranjería

1. Introducción. 2. El desplazamiento masivo y forzoso de la población venezolana. 3. Solicitudes de Protección Internacional de ciudadanos venezolanos. 4. La protección temporal como la vía más eficaz para la protección de los ciudadanos venezolanos en Europa. 5. ¿Protección temporal o razones humanitarias?

1. Introducción

Desde hace años se ha podido observar el progresivo debilitamiento del sistema democrático y una situación de vulneración de los derechos humanos en Venezuela. Estos hechos se han agravado e intensificado en los últimos dos años. La crisis por la cual atraviesa el país obedece a un conjunto de factores, entre los cuales destacan las injerencias del Poder Ejecutivo, Judicial y Legislativo. Además de la crítica situación democrática y de los derechos civiles y políticos, se suma la crisis socioeconómica que genera precariedad y dificultades absolutas para satisfacer necesidades básicas de alimentación, vivienda, salud y educación. Por lo anterior se hace evidente la necesidad que tiene el pueblo venezolano de desplazarse hacia el exterior como única alternativa para sobrevivir. Esta huida resulta un hecho natural que descansa en el sentido de salvaguardar los bienes más preciados que posee todo ser humano, la *vida* y la *libertad*.

Estos acontecimientos demandan la obligación de protección dispensada por los Estados que arranca en el Derecho Internacional Humanitario y que debe formar parte del acervo normativo frente a las grandes emergencias humanitarias que aparejan los movimientos migratorios forzosos, como es el caso de la actual migración de la población venezolana.

Pero tal y como veremos el Régimen Jurídico de Asilo y Refugio establecido en la Convención de Ginebra y su Protocolo para brindar protección no resulta suficientes para afrontar el caso de afluencias masivas; por ello, el instrumento aplicable a estos casos es la Protección Temporal. Esta norma del Derecho de la Unión Europea y traspuesta por España, no es limitada ni resulta ambigua; por el contrario, su gran valor descansa en lineamientos bien definidos que proporcionan flexibilidad y un amplio alcance.

2. El desplazamiento masivo y forzoso de la población venezolana

Venezuela, país con 30 millones de habitantes, actualmente se encuentra inmerso en una grave crisis política, institucional, económica y social, esta crisis ha ido acrecentándose con el paso de los años, motivando el desplazamiento masivo y forzoso de la población venezolana. En este sentido, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) señala que la cantidad de venezolanos en el exterior pasó de 700.000 a más de 1.500.000 entre 2015 y 2017¹.

Sin embargo, cifras actuales señalan el desplazamiento de ciudadanos venezolanos en 2.3 millones, calificándose como el mayor movimiento migratorio en la historia de América Latina. Los principales países receptores son Colombia 1.100.000, Perú 410.000, Estados Unidos 390.000, Chile 240.000, España 230.000, Ecuador 180.000, Argentina 120.000, México 95.000, Panamá 234 80.000, Brasil 59.000².

La grave situación por la cual atraviesa el país obedece a un conjunto de factores, entre los cuales destacan las injerencias del Poder Ejecutivo, Judicial y Legislativo. En consecuencia, estos hechos han creado obstáculos importantes en la población, la cual se ven impedida para ejercer sus derechos políticos y participar en la vida pública debido, en la mayoría de los casos, al uso de la violencia por parte de funcionarios contra todos aquellos ciudadanos que se expresen en abiertamente en contra del Gobierno instaurado. Esto ha debilitado progresivamente la institucionalidad democrática y ha generado una gran vulneración de derechos humanos³.

Amnistía Internacional, en su informe constata medidas arbitrarias por parte de los cuerpos de seguridad del Estado Venezolano, entre ellas, el entorpecimiento de libertad de expresión, de asociación y de participación política⁴.

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala la preocupación por la situación de violencia contra los manifestantes y la estigmatización líderes sociales y de defensores de derechos humanos, así como el uso excesivo e indiscriminado de la fuerza pública por parte de la Guardia Nacional Bolivariana (GNB) y la Policía Nacional Bolivariana (PNB), y de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la detención y proceso judicial iniciado contra los manifestantes,

¹ Organización Internacional para las Migraciones (OIM) “OIM brinda su apoyo a la más reciente reubicación de venezolanos en Brasil” (Contexto actual de la migración venezolana), abril 2018, la información se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://www.iom.int/es/news/la-oim-brinda-su-apoyo-la-mas-reciente-reubicacion-de-venezolanos-en-brasil>

² Cifras señalada por el portavoz del secretario general de Naciones Unidas STEPHANE DUJARRIC, se puede verificar la información en el siguiente enlace: <https://www.infobae.com/americas/venezuela/2018/09/03/el-desgarrador-exodo-de-venezolanos-en-numeros/>

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Institucionalidad democrática, Estado de derecho y de derechos humanos en Venezuela”, Informe de país, 2017, Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2017/ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. v; cm. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II) ISBN 978-0-8270-6724-0

⁴ [Amnistía Internacional “Silencio a la Fuerza, Detenciones Arbitrarias por Motivos Políticos en Venezuela”, 2017, p. 3.](#)

tales como prácticas de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, violaciones sexuales, así como el procesamiento de civiles en la jurisdicción penal militar⁵.

El Ministerio Público en 2017 registro 124 muertes, todas ellas relacionadas con protestas sociales que se sucedieron entre marzo y julio del mismo año, de las cuales 46 personas habrían perdido la vida por la acción de miembros de las fuerzas de seguridad y 27 por la acción de miembros de colectivos armados, entre los fallecidos se encontraban 15 niños y 7 mujeres⁶.

En octubre de 2017, se habrían detenido arbitrariamente a 11.993 personas, de las cuales 7.040 se encuentran en libertad bajo medidas cautelares. El 90% de estas detenciones se habría realizado sin una orden judicial y en la mayoría de los casos no serían informados de las razones de su detención, sino hasta su presentación ante la autoridad judicial⁷.

Otro factor clave en la situación de Venezuela es el grado de corrupción instaurado desde hace décadas en el país, y que con el paso de los años ha ido en aumento incluso en escalas institucionales desproporcionadas. La Comisión señala en su informe que *“las denuncias de altos niveles de corrupción en el país, permean aún más la débil institucionalidad estatal (...)”*⁸.

Además de la crítica situación democrática, de los derechos civiles y políticos, se suma la crisis socioeconómica motivada por la caída del petróleo, la superinflación, entre otros factores, que genera precariedad, empobrecimiento en la mayoría de la población y dificultades absolutas para satisfacer necesidades básicas de alimentación, vivienda, salud y educación⁹.

Así tenemos que el 87 % de ciudadanos venezolanos pertenecientes a hogares de bajos ingresos tienen dificultades para comprar alimentos, 15% hace dos comidas por día o menos¹⁰. Las cifras disponibles indican que la población en situación de pobreza ha aumentado de manera alarmante sobre todo a partir del 2015, cuando se pasó de 48% a 73% de hogares en condición de pobreza. En el 2016, alcanzó el 81,8% de hogares, de los cuales el 51,51% estaba en situación de extrema pobreza. (...) ¹¹. También existe una grave escasez de medicamentos básicos en el 76 % de los hospitales¹².

La situación humanitaria en términos generales da una referencia del desplazamiento. El Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas (WFP) y la

⁵ Vid, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 1145 y 1146.

⁶ *Ibíd*, párr. 1148

⁷ *Ibíd*, párr. 1192

⁸ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2017, VOLUMEN II, *“Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”*, EDISON LANZA, Relator Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 210/17, diciembre 2017. párr. 17.

⁹ *Ibíd*, párr. 29.

¹⁰ HUMAN RIGHTS WATCH, *“Informe Mundial 2017”*,

<https://www.hrw.org/es/world-report/country-chapters/298568>

¹¹ *Ibíd*, párr. 45

¹² *Ibíd*.

ONG Save the Children aporta datos importantes: 90% de las familias entrevistadas se encuentran en inseguridad alimentaria o en condición de riesgo; 19% de las personas recurren a opciones tales como trabajo infantil, explotación sexual prostitución y mendicidad para acceder a alimentos y recursos mínimos para sobrevivir; 80% no tiene acceso a servicios de salud o medicinas; La nutrición de niños, niñas, adolescentes y madres es muy precaria debido al inadecuado acceso a calidad y cantidad de alimentos, agua y medicina; Menos del 3% de los menores de 6 meses de hogares entrevistados reciben lactancia materna exclusiva y tan solo el 7% de niños y niñas menores de 2 años reciben alimentación suplementaria; 55% de los niños, niñas y adolescentes procedentes de Venezuela no asiste a la escuela y el 7% de ellos se dedica a trabajo infantil¹³.

La CIDH tiene constancia de que aproximadamente tres millones de personas con enfermedades crónicas han pasado más de un año sin acceder a ningún tipo de tratamiento de quimioterapia; diálisis; medicamentos inmunosupresores para evitar el rechazo de órganos trasplantados; marcapasos; para la esclerosis múltiple, párkinson y alzhéimer; antiretrovirales para personas con VIH; fórmulas lácteas para los bebés nacidos con madres con VIH u otras enfermedades¹⁴.

Para la CIDH, es de especial relevancia la situación de los niños y las mujeres embarazadas. En boletines epidemiológicos del año 2016 se registraron 11.466 muertes infantiles, ello significó un aumento del 30,12% en relación al 2015. También se reportó la muerte de 756 mujeres durante el parto, la mortalidad materna se incrementó en 65,79% con respecto del año anterior¹⁵.

De igual manera para el primer trimestre del año 2016, 82 neonatos habían fallecido en el estado de Zulia y 71 en el estado de Táchira, lo cual significó un incremento del 25%. En agosto de 2017 fallecieron 19 neonatos prematuros en el Hospital Central de Maturín, y de enero a julio de 2017, murieron 100 neonatos en el Hospital Universitario de los Andes por infecciones nosocomiales¹⁶. En cuanto a los brotes de epidemias la propagación fue en aumento desde 2017, en casos de malaria, el zika o la difteria y desde 2015 al 2017 se incrementaron en un 76% los casos de malaria, todo ello, llevo a decretar emergencia sanitaria en noviembre del año 2017¹⁷.

Adicional a la grave situación institucional, económica, sanitaria y humanitaria, existe una escalada importante de violencia entre la población. Según cifras del Ministerio Público, en el 2016 se produjeron 21.752 homicidios dolosos o intencionales, con lo cual se dio un incremento en la tasa de 70,1 muertes violentas por cada 100.000 habitantes. Por su parte, el Observatorio Venezolano de Violencia (OVV) reportó una cifra estimada de 28.479 muertes violentas, lo que representa un aumento frente a los 27.875 homicidios reportados por OVV en el 2015. De acuerdo a la misma fuente, la

¹³ Examen ONU Venezuela "Programa Mundial de Alimentos y Save The Children se unen para asistir a poblaciones vulnerables en la frontera colombo venezolana", Abril 2018, <http://www.examenonuvenezuela.com/defensa-de-ddhh/programa-mundial-de-alimentos-y-save-the-children-se-unen-para-asistir-a-las-poblaciones-vulnerables-en-la-frontera-colombo-venezolana>

¹⁴ *Vid*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 435.

¹⁵ *Ibid*, párr. 437.

¹⁶ *Ibid*, párr. 438

¹⁷ *Ibid*, párr. 442.

tasa de homicidios se ubica en 91,8 por cada 100.000 habitantes, lo que coloca a Venezuela como el segundo país más violento del mundo¹⁸.

Por todo lo anterior, se hace evidente la necesidad que tiene el pueblo venezolano de desplazarse hacia el exterior, todo ello con el fin de salvaguardar su vida y la de sus familiares, resultando innegable a todas luces la situación de total precariedad y el caos sin precedentes existente en Venezuela, donde el Estado es incapaz de procurar la seguridad de sus ciudadanos. La situación genera la huida forzosa de miles de venezolanos como única alternativa para sobrevivir, y esta huida resulta un hecho natural que descansa en el sentido de supervivencia innato para salvaguardar los bienes más preciados que posee todo ser humano: la *vida* y la *libertad*.

3. Solicitudes de Protección Internacional de ciudadanos venezolanos

A causa de la situación en Venezuela, el número de solicitudes de asilo de ciudadanos venezolanos se ha incrementado, el representante de ACNUR para América Central SOMANIEGO JOSE estimó la cifra de solicitudes de Asilo en más de 111.600 en 2017, señalando que además debía sumarse los **400.000 venezolanos que optaron por otras alternativas migratorias entre 2017 y 2018**¹⁹.

En España las solicitudes de Protección Internacional de venezolanos ascienden a cifras importantes. En 2017, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) señala que el número total de solicitudes fue de 10.350, de ellas 1.530 solicitudes fueron denegadas, y tan solo 15 solicitudes fueron favorables y otorgaron Estatuto de Refugiados, no se concedió Protección Subsidiaria a ningún ciudadano venezolano y aún están pendientes de resolución 13.425²⁰.

Como consecuencia de la grave situación que afronta Venezuela, el desplazamiento hacia el exterior de sus ciudadanos es el único mecanismo que estos encuentran para sobrevivir y resguardar la vida de los suyos, por tanto, resulta evidente la necesidad de protección que se asienta en el régimen jurídico de Asilo y Refugio por ser el instrumento base y eslabón esencial en la protección de los derechos fundamentales de los desplazados, conforme a la normativa internacional principalmente de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo.

En este sentido, VACAS FERNANDEZ señala que: *“la Protección Internacional de personas es exigencia de la dignidad humana y puede considerarse como un derecho*

¹⁸ Vid, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *“Institucionalidad democrática, Estado de derecho y de derechos humanos en Venezuela”*, parr. 355.

¹⁹ Conferencia sobre el Pacto Global de los Migrantes celebrada en Madrid, SOMANIEGO JOSE, representante de ACNUR para América Central, Cuba y México, Mayo 2018, Cifras no oficiales, http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/acnur-mas-100000-venezolanos-han-solicitado-asilo-extranjero_223245

²⁰ Datos de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), se pueden encontrar en el siguiente enlace <http://www.masquecifras.org/>

*originario hundiendo sus raíces fundamentadoras en la propia condición humana originaria como seres sociales; que, en consecuencia, se deben solidaridad entre sí en momentos de gravedad, crisis o necesidad*²¹.

Quizás esa sea la razón por la que: *“el asilo otorga esa primera protección que consiste en no rechazar – non refoulement – a quien busca refugio, en no dejarle abandonado o aun peor, en manos de quien le persigue”*²².

Sin embargo, a pesar de la normativa internacional, de la situación crítica de miles de venezolanos desplazados y de la necesidad de brindar protección a estos ciudadanos, la realidad jurídica de estas personas que llegan a Europa y específicamente a España para solicitar Protección Internacional es que las solicitudes son denegadas en la inmensa mayoría de los casos. Se deniega bajo la consideración de que las causas del desplazamiento de ciudadanos venezolanos no están del todo clara y por ello no les es aplicable el Estatuto de Refugiado, en virtud de que existe una dificultad de inclusión en los requisitos exigidos para el reconocimiento de dicho Estatuto, ya que, la Convención de Ginebra de 1951 aplica para todas aquellas personas que tengan fundado temor de ser “perseguidos” por motivos de raza, nacionalidad, religión, opiniones políticas o pertenecía a un grupo social.

El Ministerio del Interior en innumerables denegatorias de solicitudes de Asilo realizadas por ciudadanos venezolanos, se sustenta en que las historias narradas por las víctimas carecen de fundamento, de pruebas, resultan inverosímiles o simplemente no se enmarcan dentro de los motivos exigidos por la normativa.

Las denegatorias de protección son una constante por parte del Gobierno español que deja en un estado de inseguridad jurídica a los solicitantes; Esto resulta contradictorio con las expresiones públicas llenas de solidaridad que hace España a favor de los venezolanos, además las denegatorias parecen estar desfasadas de la realidad que viven los ciudadanos venezolanos advertida por toda la comunidad y los organismos internacionales.

Es incuestionable que un gran número de venezolanos ha huido del país por violaciones flagrantes a los derechos humanos, por sufrir persecuciones motivadas por opiniones políticas o simplemente expresarse libremente teniendo consigo los elementos requeridos por la Convención, esto no solo les hace ser solicitantes de Asilo, sino que además debería concedérseles Estatuto de Refugiado y en otros casos debería aplicar el beneficio de la Protección Subsidiaria²³

²¹ VACAS FERNÁNDEZ, F, *“El Derecho Migratorio Internacional y Europeo, como Limite desde los Derechos Humanos a la Discrecionalidad de los Estados en Materia Migratoria”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 281. *Cursivas añadidas.*

²² DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant Humanidades, Valencia, 2015, p. 69. *Cursivas añadidas.*

²³ En este sentido, los países de la UE deberán conceder Estatuto de Protección Subsidiaria según la Directiva 2004/83/CE a los solicitantes de protección internacional que se encuentren fuera de su país de origen y no puedan regresar debido a un riesgo real de ser objeto de uno de los siguientes daños graves: tortura o tratos o castigos inhumanos o degradantes; pena de muerte o ejecución; amenaza seria y específica contra la vida o la persona de un civil debido a una violencia indiscriminada vinculada a un conflicto armado interno o internacional.

Pero el Ministerio del Interior de España deniega ambas solicitudes prácticamente de manera inmediata y bajo los mismos argumentos. Esto, en la práctica podría ser consecuencia del estatus jurídico que obtendrían los beneficiarios de si se les llegase a conceder la Protección, ya que en el caso de conceder el Estatuto de Refugiado se otorgaría un permiso de residencia de 10 años y en el caso de la Protección Subsidiaria de 5 años²⁴.

Lo cierto es que, tal y como expresa ACNUR: “*sean cuales sean las causas del desplazamiento de los ciudadanos venezolanos resulta necesario a todas luces se les dé protección, aunque las causas que originen el desplazamiento no se enmarquen dentro de los motivos establecidos en la Convención de Ginebra de 1951 para la concesión de Estatuto de Refugiados*”²⁵.

4. La Protección Temporal como la vía más eficaz para la protección de los ciudadanos venezolanos en Europa

La situación actual de miles de venezolanos que llegan a Europa y específicamente a España es de inestabilidad jurídica como consecuencia de carecer de documentación reglamentaria que les permita residir dentro de los territorios receptores, ya que, aunque cientos de venezolanos solicitan Asilo como hemos podido ver antes, el rechazo reiterado en las solicitudes incrementa la inseguridad. Y es que, en el caso de afluencias masivas los mecanismos de protección deberían ser otros, porque la Convención debe ser utilizada para casos individuales y muy específicos, por ello, en el caso de Venezuela resulta ser insuficiente como medida de protección para los desplazados.

En este sentido, es importante conocer que existe un instrumento internacional excepcionalísimo que constituye un sistema de emergencia útil y eficaz, por cuanto es un mecanismo centralizado y basado en un análisis *prima facie* que resulta más ágil en ausencia de una investigación del origen del éxodo de forma individualizada. En consecuencia, este instrumento permite ofrecer un amparo inmediato y protección frente a la situación que está poniendo en riesgo la vida, la integridad física o moral, y de forma generalizada, los derechos fundamentales. Se trata de la Directiva de Protección Temporal, la cual puede dar una respuesta jurídica ante las necesidades de ciudadanos venezolanos víctimas del desplazamiento masivo y forzoso.

Esta alternativa de Protección Temporal además de brindar protección a los ciudadanos venezolanos y mejorar las garantías de los derechos humanos, evita al mismo tiempo el colapso en el sistema de asilo de los Estados afectados. Dicho instrumento se adoptó el 20 de julio de 2001^a través de la Directiva 2001/55/CE en

²⁴ Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, artículo 2.e.

²⁵ UNHCR, La Agencia de la ONU para los Refugiados, Nota de Orientación sobre el Flujo de los Venezolanos, marzo 2018. Cursivas añadidas.

cumplimiento del mandato del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que en su artículo 63.2 establecía que el Consejo de Ministros debía adoptar unas normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pudiesen volver a su país de origen²⁶. Entre los objetivos primordiales del Instrumento, tal y como veremos, está la de evitar la saturación de los sistemas de asilo, así como también fomentar el esfuerzo equitativo y la solidaridad entre los Estados miembros ante una situación de afluencia masiva²⁷.

Si enlazamos la definición de desplazamiento forzoso que es: *“aquel que sufre una persona cuando se ve forzada a desplazarse dentro o fuera de las fronteras de su país”*²⁸, el concepto de desplazamiento masivo dado por la Directiva 2001/55/CE: *“la llegada a la Comunidad de un número importante de personas desplazadas, procedentes de un país o de una zona geográfica determinada (...)”*²⁹, y la definición de Protección Temporal: *“un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen (...)”*³⁰, tenemos que la actual migración venezolana encaja en la Directiva sobre Protección Temporal cuya implementación puede ser parte de una respuesta más efectiva para hacer frente a la llegada irregular de flujos masivos de ciudadanos venezolanos y podría evitar la saturación del sistema nacional de asilo.

La Protección Temporal aporta lineamientos bien definidos y mecanismos específicos, entre ellos la protección inmediata por un tiempo determinado, que además de permitir residencias, la concesión de permisos de trabajo y la reagrupación familiar.

Es importante destacar que la Protección Temporal no ofrece directamente un estatuto jurídicamente de protección, sino que constituye una medida administrativa para afrontar situaciones de afluencia masiva durante periodos de tiempo muy concretos. En tales casos, puede suspenderse el examen individualizado de las solicitudes de asilo; pero, tal como señala la Directiva, la “Protección Temporal” podrá ser compatible con otras obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de derecho de los refugiados y, en particular, no debe prejuzgar el reconocimiento del Estatuto de Refugiado. En este sentido, ARENAS – HIDALGO, señala que la protección individual tiene la característica de extenderse indefinidamente, pues las causas de cesación pueden resultar de imposible o difícil

²⁶ ARENAS – HIDALGO, NURIA, *“La Institución de la Protección Temporal en Europa: Ejes Conceptuales de la Acogida Territorial debida a las Poblaciones Desplazadas de Forma Masiva”*, Anuario de Derecho Europeo, ISSN 1579-1750, Nº. 3, p. 17.

²⁷ *Ibíd*, pág. 18.

²⁸ CEAR, “Comisión Española de Ayuda al Refugiado, “Definición de desplazamiento forzoso”, la definición está disponible en el siguiente enlace <http://diccionario.cear-euskadi.org/desplazamiento-forzado/> (Para todas las webs visitadas, última visita el 04 de junio de 2018).

²⁹ Vid, Directiva 2001/55/CE Del Consejo de 20 de julio de 2001, artículo 1.

³⁰ *Ibíd*, artículo 2.a.

determinación. Sin embargo, la protección colectiva surge para hacer frente a un fenómeno de desplazamiento masivo, ofreciendo una tutela inmediata y temporal³¹.

En España la Protección Temporal se establece a través del Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de Protección Temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas³². Se trata de una norma de Derecho derivado adoptada al amparo y como respuesta a la Directiva 2001/55/CE. Con la trasposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español, la elección de la forma y los medios más adecuados para aplicarla corresponde a la normativa interna del país.

Por su parte el artículo 4 del RD señala que el régimen de Protección Temporal se declara por: a) El Consejo de la Unión Europea, mediante decisión, a propuesta de la Comisión Europea; o b) El Gobierno español, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores en los supuestos de evacuación, o del Ministro del Interior en los de emergencia³³.

La declaración del Gobierno español para la Protección Temporal deberá realizarse mediante acuerdo del Consejo de Ministros³⁴, que deberá declarar el régimen de Protección Temporal para un grupo determinado de personas en los supuestos emergencia a propuesta del Ministerio del Interior y en los supuestos de evacuación a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores.

En el caso de los ciudadanos venezolanos la Protección Temporal debe establecerse como *supuesto de emergencia*³⁵ a través del Ministerio del Interior y oída

³¹ Vid, ARENAS – HIDALGO, NURIA, "La Institución de la Protección Temporal en Europa: *Ibíd*, p.103.

³² Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, artículo 1: este reglamento tien por objeto regular el régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países no miembros de la Unión Europea que no puedan regresar en condiciones seguras y duraderas debido a la situación existente en ese país, y que puedan eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.A de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional.

³³ *Ibíd*, artículo 4.

³⁴ *Ibíd*, artículo 6: La declaración general del Gobierno español se realizará mediante acuerdo motivado del Consejo de Ministros que deberá contener, como mínimo, las siguientes menciones: a) Una descripción de los grupos concretos de personas a las que se aplicará la protección temporal; b) La fecha en que surtirá efecto la protección temporal; c) Una estimación de la magnitud de los movimientos de personas desplazadas.

³⁵ *Ibíd*, artículo 8: 1. Cuando, a consecuencia de un conflicto o disturbio grave de carácter político, étnico o religioso, se acerquen a las fronteras españolas o entren en territorio español un número importante de personas, y resulten insuficientes las previsiones de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y las de su Reglamento de aplicación, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, el Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, con la colaboración de las unidades administrativas responsables en la materia, ordenará las actuaciones necesarias para atender sus necesidades humanas inmediatas, en especial alimentación, alojamiento y atención médica, y convocará a la Comisión Interministerial de Extranjería para dar cuenta de la situación.

2. La Oficina de Asilo y Refugio y la Comisaría General de Extranjería y Documentación, en cooperación con la Dirección General de Protección Civil y las instituciones públicas y privadas

a la Comisión Interministerial de Extranjería, elevando la propuesta al Consejo de Ministros para que se declare la Protección Temporal³⁶, ya que, el caso de evacuación no es aplicable al caso³⁷

El ámbito de aplicación para la Protección Temporal en el RD es bastante amplio, ya que, el artículo 3 simplemente se limita a decir que podrán acogerse al régimen previsto los colectivos de personas desplazadas que se encuentren amparados por una declaración general de protección temporal adoptada conforme a lo previsto en el capítulo II³⁸, y dicho capítulo no contiene ningún artículo específico que detalle el ámbito de aplicación, quizás sea por la división existente entre el procedimiento de emergencia o evacuación. La Directiva si determina de manera pormenorizada los sujetos a los cuales se dirige la norma, que serán los nacionales de terceros países o apátridas que hayan debido abandonar su país o región de origen o que hayan sido evacuados, en particular respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales, y cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país, en particular: i) las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente; ii) las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos³⁹.

Finalmente cabe destacar que la Directiva reserva una disposición dirigida a excluir de protección temporal a determinadas personas sobre las cuales existan motivos justificados para considerar que han cometido un delito de lesa humanidad, un crimen de guerra o contra la humanidad o –en ciertas circunstancias– un delito grave⁴⁰.

En cuanto a la duración de la Protección Temporal esta, será de un año, automáticamente prorrogable por otro periodo anual. Una vez agotada dicha prórroga, y si persistieran los motivos que dieron lugar a su adopción, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, oída la Comisión Interministerial de Extranjería,

que estimen pertinentes, efectuarán la inscripción de los afectados y hará una evaluación de la situación del colectivo en función de las circunstancias personales de sus componentes. 3. El informe que resulte de esta valoración irá acompañado de una descripción de las necesidades de protección del colectivo. El Director General de Extranjería e Inmigración presentará el informe a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio para su análisis y remisión a la Comisión Interministerial de Extranjería. A la sesión de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio se convocará al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

³⁶ *Ibid*, artículo 9, En cuanto al procedimiento en los casos de emergencia: “El Ministro del Interior, oída a la Comisión Interministerial de Extranjería, elevará al Consejo de Ministros una propuesta para acordar el régimen de protección temporal si procede, o la recomendación, en su caso, de solicitar a la Comisión Europea la presentación de una propuesta al Consejo de la Unión Europea para que tome la decisión sobre la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas; el Consejo de Ministros adoptará el acuerdo que estime oportuno.

³⁷ *Ibid*, artículo 10.1: 1. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores, oída la Comisión Interministerial de Extranjería, podrá dispensar protección temporal a las personas desplazadas a consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, en el marco de programas de evacuación humanitarios. *Cursivas añadidas.*

³⁸ *Ibid*, artículo 3.

³⁹ Vid, Directiva 2001/55/CE Del Consejo, artículo 2.c.

⁴⁰ *Ibid*, artículo 28

podrá prorrogar dicha protección temporal durante un año más como máximo⁴¹. Es decir, que el periodo de protección temporal podría ser como máximo de tres años.

Otra característica importante de la Protección Temporal es la posibilidad del retorno, resultando el instrumento tendencialmente restitutorio y a su vez fija una estrategia dual que combina un estatuto que permite la integración (educación, acceso al mercado laboral, etc.) y la repatriación como término del sistema⁴². Finalmente el instrumento también abre la posibilidad de que se aplique el derecho interno en materia de extranjería cuando el régimen de Protección Temporal haya cesado, de conformidad con el artículo 20 de la Directiva⁴³.

En cuanto al Estatuto jurídico de las personas con Protección Temporal en España; estos tendrán derecho a la libertad de circulación; residencia; autorización a trabajar; concesión de un título de viaje; ayudas sociales; y reagrupaciones familiares⁴⁴

Sin duda alguna, la aplicación de este instrumento resultaría jurídicamente lo más acorde al caso de la población venezolana, evitaría dilaciones innecesarias procedimentales, ahorraría costos a la administración, por cuanto no se tendría que hacer estudio individualizado de cada caso para admitir a trámite y posteriormente para denegar cada proceso nuevamente. Y es que, actualmente existe un colapso importante en el sistema de "asilo" que perjudica al Estado y a los solicitantes de Asilo que sí podrían acceder al Estatuto de Refugiado, un ejemplo de ello es que hasta hace poco las entrevistas de los peticionarios se realizaba en las dependencias del OAR

⁴¹ Vid, Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, artículo 7. En relación a la duración de la Protección Temporal, por su parte la Directiva en su artículo 4 establece: 1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 6, la duración de la protección será de un año. De no cesar de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 6, será prorrogable automáticamente por períodos de 6 meses durante un plazo máximo de un año. 2. En caso de que persistan los motivos para la protección temporal, el Consejo podrá decidir por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, que estudiará a su vez cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo, prorrogar dicha protección temporal durante un año como máximo.

⁴² Vid, Directiva 2001/55/CE del Consejo, artículo 6.1. "Se pondrá fin a la protección temporal: a) cuando se haya llegado al término del plazo máximo de duración; o bien b) en cualquier momento, mediante la aprobación de una decisión del Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, que examinará igualmente cualquier solicitud de un Estado miembro de que presente una propuesta al Consejo. 2. La decisión del Consejo se basará en la comprobación de que la situación en el país de origen permite, de forma duradera, el regreso seguro de las personas a las que se otorgó la protección temporal (...).

⁴³ *Ibid*, artículo 20: Una vez haya finalizado la protección temporal, se aplicará el Derecho general en materia de protección y de extranjería en los Estados miembros, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 21, 22 y 23

⁴⁴ Vid, Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, artículo 14. Por su parte el artículo 8 de la Directiva señala: "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los beneficiarios dispongan de permisos de residencia durante todo el período de protección temporal. A tal efecto se les expedirá documentación u otros comprobantes análogos. 2. Cualquiera que sea la duración de los permisos de residencia contemplados en el apartado 1, el trato concedido por los Estados miembros a los beneficiarios de protección temporal no podrá ser menos favorable que el definido en los artículos 9 a 16. 3. Los Estados miembros ofrecerán, en caso necesario, a las personas que vayan a ser admitidas en su territorio para beneficiarse de la protección temporal todas las facilidades para la obtención de los visados necesarios, incluidos los visados de tránsito. En vista de la situación de emergencia, los trámites se reducirán al mínimo. Los visados deberían ser gratuitos o sus costes reducidos al mínimo"

(Organismo de Asilo y Refugio) pero actualmente se han habilitado prácticamente todas las oficinas de extranjería, así como comisarias para poder dar atención a las miles de solicitudes. Los costos por ello deben ser incalculables, sin contar el hecho de que se les está imponiendo un trabajo a funcionarios que no están especializados para las entrevistas ni para el trato con víctimas de desplazamientos.

La concesión de Protección Temporal sería un trámite sencillo de mera solicitud con requisitos que la mayoría de los ciudadanos venezolanos podría tener. Todo ello otorgaría un estatus jurídico más seguro a la población beneficiaria, ya que, el tiempo de renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo sería más prolongado; permitiría la reagrupación familiar, en contraposición con la solicitud de asilo que no permite reagrupaciones cuando los familiares se encuentran fuera del territorio receptor, esto conlleva a que los familiares solicitantes de asilo gestionen la entrada de sus familiares al territorio de manera clandestina, o bajo engaño a las autoridades.

El Estado español debe tener en cuenta que cuando deniega las solicitudes de protección internacional, los solicitantes quedan desprovistos del permiso de residencia y trabajo que se les había otorgado mientras se estudiaba la solicitud, con lo cual, la mayoría de los solicitantes en el momento de la denegatoria, cuando debían estar integrados a la sociedad, trabajando, cotizando a la seguridad social, pagando impuestos, escolarizados, entre otros, deben renunciar a todo lo que han construido sin tener ninguna alternativa que les permita volver a tener un estatuto legal parecido. Estos migrantes terminan indocumentados dentro del territorio de acogida por un tiempo indefinido, generándose un estado de angustia y de ansiedad por no poder procurarse las necesidades más básicas o incluso hacer frente a obligaciones que habían contraído mientras tenían los permisos correspondientes.

Todo esto trae graves consecuencias a la economía del país, especialmente derivado de la explotación laboral a la que son sometidos los extranjeros por la necesidad de seguir manteniéndose y la imposibilidad a su vez de tener consigo los permisos correspondientes. La situación propicia todo tipo de faltas y delitos, como, por ejemplo: matrimonios de conveniencia; explotación laboral, defraudación a los sistemas de seguridad social y fiscales, prostitución, venta de contratos laborales, falsedad documental, tráfico de inmigrantes, entre otros. Adicional al hecho de que, la misma circunstancia hace que los venezolanos que están sin documentación tengan que pedir ayudas al Estado (alojamiento, becas de comedor, de estudio). También se benefician del derecho a la educación gratuita para sus hijos, así como del sistema sanitario, todo ello sin cotizar a la seguridad social, ni contribuir con el pago de los impuestos recayendo este peso sobre todos los contribuyentes.

Y es importante reconocer por parte de los estados receptores, especialmente España, que los ciudadanos venezolanos que se han visto obligados a desplazarse no regresaran, porque temen por sus vidas y prefieren estar llenos de restricciones y miserias a poner su vida o la de los suyos en riesgo. Por ello, lo único que piden es que se les permita residir legalmente y reestructurarse con dignidad, poder trabajar, y de esta manera aportar económicamente al país. Esto solo ocurrirá cuando el Estado como garante de derechos, les conceda un permiso temporal hasta que la situación en Venezuela cambie positivamente para sus ciudadanos y el país sea seguro.

¿Protección temporal o razones humanitarias?

En los últimos meses ha existido un cambio importante en torno a la migración venezolana solicitante de Protección Internacional. El Presidente Pedro Sánchez señaló en rueda de prensa que a los venezolanos se les debía conceder “Razones Humanitarias”, así mismo, la Audiencia Nacional de Madrid concedió permisos de residencia por Razones Humanitarias a 4 demandantes que presentaron recurso contra resoluciones denegatorias de la solicitud de Asilo y Protección Subsidiaria. Dichas sentencias resultan de especial relevancia para vaticinar el destino de miles de venezolanos, hasta junio de 2018, todos los recursos presentados por ciudadanos venezolanos eran denegados por la Audiencia Nacional, sin embargo, a partir de esa fecha el criterio de la Audiencia modificó basándose en la Nota Informativa que ACNUR emitió el 18 de marzo de 2018 en la que alertaba de la situación de Venezuela e instaba a los Gobiernos a ofrecer protección a los ciudadanos de este país. Por lo tanto, parece que existe un punto de inflexión en el criterio de la Audiencia Nacional.

Sin embargo, no existe ningún mecanismo previsto en la legislación española mediante el cual se pueda conceder una autorización de residencia por Razones Humanitarias a venezolanos de manera automática. En todo caso sería necesario primero hacer la solicitud de Protección Internacional, esperar ser admitido a trámite por un periodo indeterminado e incierto para los solicitantes -en la mayoría de los casos puede ser de dos años- posterior a la denegación se procedería a interponer demanda a la Audiencia Nacional para que quizás un año más tarde se conceda Razones Humanitarias o por el contrario se desestime la demanda. Todo este mecanismo sigue siendo absurdo, sigue resultando costoso para la administración, no proporciona seguridad y el tiempo para poder acceder a estas Razones Humanitarias es largo.

Las Razones Humanitarias se establecen en el Real Decreto 557/2011 en su artículo 125 que establece: “Se podrá conceder una autorización por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en los artículos 37.b) y 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado en la normativa sobre protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (...)”⁴⁵. La normativa vuelve a mencionar como una vía importante la Protección Temporal.

⁴⁵ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, artículo 125. Con relación al artículo 37 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria el siguiente dice: “Efectos de las resoluciones denegatorias: La no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional determinarán, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron, salvo que, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su normativa de desarrollo, se dé alguno de los siguientes supuestos: a) que la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia; b) que se autorice

Por su parte el artículo 46.3 de la Ley 12/2009, sobre la posibilidad de solicitar Protección Internacional por razones humanitarias dice: "(...) Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración"⁴⁶.

Continuando con la Ley 12/2009 el artículo 126.3 permite la concesión de residencia temporal por razones humanitarias: "A los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo"⁴⁷.

El articulado anterior para la concesión de Protección Internacional por Razones Humanitarias es ambigua para determinar no solamente la normativa y el régimen aplicable para la concesión de la autorización de residencia por ese motivo sino también para concretar quienes y bajo que supuestos, requisito y procedimiento pueden acceder.

Aunque las Razones Humanitarias puedan ser una opción, dicha opción normativamente no es concreta para el caso del desplazamiento de los venezolanos y como se mencionó anteriormente tampoco resulta un trámite directo o automático en la normativa, en todo caso para que fuese automático debería de haber modificaciones en la Ley, y esto traería como consecuencia que no solamente los venezolanos pudiesen beneficiarse sino también otros desplazados.

La Protección Temporal puede ser de aplicación directa, sin modificaciones en la normativa ni en las políticas migratorias, pero quizás el Estado español no pueda permitirse como miembro de la Unión Europea abrir esta enorme posibilidad para los desplazados. Las Razones Humanitarias son normativa interna del país y por tanto pueden reflejar solidaridad pero no obliga ni compromete a ningún otro estado miembro, este tipo de autorización es más restrictivo y los requisitos para la renovación anual están sujetos a una serie de obligaciones para con el estado, no permite las reagrupaciones familiares de manera directa para los familiares de los beneficiarios que aún se encuentren en el país de origen, pero la especialísima Protección Temporal aunque es normativa interna no deja de ser trasposición de una Directiva creada irónicamente para estos casos y que de ser aplicada colocaría en una tesitura poco aceptable al resto de países de la Unión, no solo con los venezolanos sino con los miles de desplazados que se acercan a sus fronteras, este puede ser el motivo principal por el cual jamás ha sido activada.

su estancia o residencia en España por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente (...).

⁴⁶Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, artículo 46.3.

⁴⁷ *Ibid*, artículo 126.

RIACE NO HA MUERTO, RIACE SE HA MULTIPLICADO: LA LUCHA DE UN ALCALDE EN FAVOR DE LOS DERECHOS HUMANOS

DIEGO BATTISTESSA

Cooperante internacional especializado en migraciones y DDHH

La siguiente contribución pretende presentar elementos útiles para analizar la batalla ideal, social y humana que se está librando en Italia en este 2018. Para esto se toma como botón de muestra el proyecto Riace, pequeño pueblo del sur de Italia que ha adquirido fama a nivel internacional gracias a sus políticas innovadoras de integración sostenible impulsada por su alcalde Doménico Lucano. En el 70 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Riace representa un baluarte de humanidad y de coherencia intelectual frente a la barbarie neofascista que está apoderándose de uno de los países fundadores de Naciones Unidas y de la UE. La historia de Riace, de su gente, de su alcalde, nos recuerda las historias de desobediencia civil de Rosa Parks, de Gandhi, de Thoreau, de Aldo Capitini y nos acerca al espíritu original de hermandad entre los pueblos que originó la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

Riace es un pequeño pueblo italiano de menos de 2.500 habitantes situado en la región italiana de Calabria. Hasta la llegada del actual alcalde, Doménico Lucano, el pueblo de Riace debía su fama mundial al descubrimiento, en 1972, de dos estatuas de bronce de la época griega, ahora conocidas como los Bronces de Riace.

Calabria es una región económicamente deprimida del Sur de Italia, una región donde ha nacido y opera una de las mafias más poderosas del mundo, la 'Ndràgheta¹ y una región que sufre desde hace décadas de una emigración de jóvenes (hacia el norte de Italia y hacia el extranjero) causa de un despoblamiento que parece imparable. En este contexto en el verano 1.998 en Riace aconteció un evento que lo cambiaría todo. En una playa cercana al pueblo desembarcaron alrededor de 200 kurdos iraquíes y turcos y la población local se produjo en un esfuerzo de solidaridad que ganaría las primeras páginas de los periódicos nacionales. Doménico Lucano que para aquel entonces ya era activo en la política local empezó a pensar en aquellos días a su futuro proyecto político. En el pueblo solo quedaban poco más de 400 habitantes debido a la fuerte emigración causa de la depresión económica de la zona y Lucano pensó que los Kurdos recién llegado podían ser los nuevos pobladores de Riace. Desde aquella primera idea empezó la operación "rescate de Riace", Lucano fundó junto a otros dos compañeros la cooperativa Città Futura y empezó a reformar las

¹ Libro "La 'Ndrangheta. Una mafia en la sombra" – editorial El viejo topo 2016 – Autor Francesco Forgione

viviendas que acogerían a miles de personas a lo largo de estos años. Lucano estaba consciente que los flujos migratorios no se iban a detener e impulsó un módulo de integración sostenible a través la recualificación del territorio. En 1999 el proyecto ya estaba en marcha y Lucano, que era en aquella época concejal de la oposición, se activó para que Riace pudiera formar parte del Programa Nacional de Asilo, un sistema de ayudas públicas para la acogida de solicitantes de asilo en Italia.

El proyecto fue un rotundo éxito y Riace hoy es un pueblo vivo y poblado. Con los fondos del Programa Nacional de Asilo y de la UE el pueblo ha llegado a hospedar más de 20 nacionalidades diferentes. En 2016 en una entrevista de Mariangela Paone realizada para El español, Lucano decía: *“De los 1.800 habitantes del pueblo, 400 son migrantes: de Palestina, Kurdistán, Siria, Benín, Somalia, Etiopía o Eritrea”*²

En 2016 Doménico Lucano fue declarado por la revista ‘Fortune’³ uno de los 50 líderes mundiales y el italiano más influyentes. Sin embargo, hoy Doménico Lucano se encuentra investigado por fraude, por favorecer el delito de inmigración clandestina y por abuso de los poderes relacionados con su cargo público de alcalde.

Desde que el proyecto Riace empezó a mover sus primeros pasos la situación política italiana ha cambiado considerablemente. En marzo 2018⁴ tras una votación nacional convulsa y con resultados que propiciaban un futuro inestable, Italia ha pasado a ser gobernada por una coalición liderada por Matteo Salvini y Luigi di Maio, respectivamente líder del partido de la Liga y del Movimiento 5 estrellas. Matteo Salvini, nombrado ministro del interior, ha empezado una campaña de desprestigio de quienes proponían procesos de integración (como el modelo Riace) atacando frontalmente las actividades de las ONG en el Mar Mediterráneo y las políticas de la UE en materia de migración. En este contexto hubo un enfrentamiento indirecto entre Matteo Salvini y Doménico Lucano, ya que el primero se estaba empeñando en recortar los fondos públicos destinados al programa de acogida implementado en Riace. Al día de hoy tanto Riace así como su alcalde Doménico Lucano están recibiendo la solidaridad de la sociedad civil y de los intelectuales de todo el mundo, en la redes sociales son innumerables las iniciativas de apoyo al proyecto Riace, *#IostoconRiace #solidarietàaMimmoLucano #IostoconMimmoLucano* e intelectuales de relevancia internacional como Roberto Saviano, el padre comboniano⁵ Alex Zanotelli, el periodista Gad Lerner y el director de cine Paolo Virzi han tomado una posición clara en apoyo a Doménico Lucano y al modelo Riace.

² https://www.elespanol.com/reportajes/20160401/113988840_0.html

³ <http://fortune.com/worlds-greatest-leaders/2016/domenico-lucano-40/>

⁴ <https://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=04/03/2018&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S>

⁵ Perteneciente a la orden religiosa de los Misioneros Combonianos del Corazón de Jesús: <https://www.comboni.org/welcome>

Menos de dos meses para destruir un proyecto de solidaridad que duraba desde hace 20 años

Entre octubre y noviembre 2018, menos de 60 días, esto el tiempo que ha necesitado el nuevo gobierno italiano y sobre todo el nuevo ministro del interior Matteo Salvini para poner la palabra fin a un proyecto utópico, multicultural y solidario que vio la luz en Riace a partir del verano de 1998. En aquel entonces Domenico Lucano era concejal de la oposición, pero esto no mermó su empeño y cuando en 2004 fue elegido alcalde de Riace puso en marcha su nuevo proyecto de convivencia. Lucano, que hoy tiene 60 años fue elegido nuevamente como alcalde en 2009 y en 2014 y con su política de acogida el pueblo, no solo volvió a poblarse, sino que pasó a ser un modelo de integración apreciado y estudiado en toda Europa. Este “milagro” fue posible gracias a un plan estructurado de gestión de la financiación para la acogida otorgada en Italia. Los 30 euros diarios otorgados en Italia por cada refugiado en el modelo Riace se gestionan directamente de manera centralizada por la administración del ayuntamiento, que destina estos fondos a la restructuración y habilitación de antiguas viviendas abandonadas y a fomentar pequeñas empresas gestionadas por los migrantes. Ya que los fondos públicos sufren un crónico retraso en su erogación, en el pueblo se ha encontrado un paliativo y muchas de las transacciones se realizan con bonos canjeables en las tiendas; bonos que llevan impresos los rostros de Ernesto Che Guevara, Martin Luther King y Peppino Impastato (mártir italiano asesinado por la mafia siciliana el 8 de mayo 1978). El éxito de esta metodología fue tan rotundo que en 2016 también el Papa Francisco quiso expresar su gratitud hacia la obra de Lucano enviando directamente una carta al alcalde de Riace:

“Querido hermano alcalde conozco sus iniciativas, luchas personales y sufrimientos. Por esto le expreso mi admiración y gratitud por su obra inteligente y valiente en favor de nuestros hermanos y hermanas refugiadas. Las puertas de mi casa siempre estarán abiertas para Usted...”

Todo esto, pero no ha salvado Doménico Lucano y Riace.

El 2 de octubre 2018 los titulares de todos los principales diarios nacionales recitan algo parecido *“Arrestado Doménico Lucano por favorecer la inmigración clandestina”*. Italia está sumisa en el desconcierto. La fractura social está marcada y en pocas horas ya existen a nivel nacional dos frentes bien definidos: quienes defienden Lucano y quienes, como Matteo Salvini, no escatiman palabras de odio y de discriminación alegrándose de que Lucano esté por fin en la cárcel.

La investigación está a cargo de la prefectura de Locri y el nombre en código de la operación de detención del alcalde ejecutada por el cuerpo de la Guardia de Financias es “Xenia”. El “ruido” generado a nivel nacional e internacional sobre lo acontecido impulsa intelectuales, artistas, ONG y cargos públicos a solidarizarse con Doménico Lucano. En pocas horas el fiscal de Locri hace decaer muchas de las acusaciones en contra de Doménico Lucano acusado inicialmente por la magistratura de asociación criminal, fraude agravado, concurso en corrupción, malversación de fondos y abuso de los poderes relacionados con su cargo público de alcalde. El mismo fiscal critica la operación policial contestando la falta de “pruebas concretas” sobre los delitos imputados y falta de profundización de los hechos contestados. En el centro de la investigación se encuentran las licitaciones con las cuales se contrataban las cooperativas que desempeñaban distintas actividades en Riace (la gestión de la

basura entre otros) y el manejo de los bonos canjeables. El frente de apoyo a Doménico Lucano, llamado Mimmo Lucano en manera cariñosa, empieza a tomar fuerza y al grito “*nos contestan el delito de humanidad*” miles de personas se suman a la ola virtual (redes sociales) y real (manifestaciones, asambleas, sit in) que recorren la península italiana de norte a sur. A Lucano dan casa por cárcel y desde allí recibe la solidaridad de quienes el domingo 7 de octubre participan en la marcha por la Paz Perugia -Asís⁶, donde a la presencia de decenas de miles de personas, los representantes del movimiento italiano por la Paz lanzan un llamamiento nacional en apoyo a Mimmo Lucano.

El mismo día en Riace, alrededor de 5 mil personas, llegadas de toda Italia, desfilan por las calles del pueblo para manifestar su apoyo al modelo Riace implementado por Mimmo Lucano, que conmovido hace llegar esta carta a los y las manifestantes:

“Es inútil decirnos que hubiese querido estar presente entre vosotros no solo por los saludos formales sino por algo más, para hablar sin la necesidad y obligaciones de tener que escribir, para sentir aquella sensación de espontaneidad, para sentir la emoción que las palabras producen desde el alma, y finalmente para agradecerlos a cada uno de ustedes, a todos, con un fuerte abrazo colectivo, con todo el cariño del que los seres humanos somos capaces. A todos vosotros que sois un pueblo en viaje hacia un sueño de humanidad, hacia un imaginario lugar de justicia, dejando de lado vuestros compromisos cotidianos y desafiando también la inclemencia del clima. Os doy las gracias. El cielo está siendo atravesado por muchas nubes oscuras, los mismos colores, la misma ola negra que atraviesa los cielos de Europa que ya no nos permite ver aquellos horizontes indescriptibles de cimas y abismos, de tierras, de dolores y de cruces, de crueldades y de nuevas barbaries fascistas. Aquí, en aquel horizonte, están los pueblos. Están con sus sufrimientos, luchas y conquistas. Entre las pequeñas cosas de lo cotidiano, los hechos se cruzan con los acontecimientos políticos, los problemas cruciales de siempre hacia las renovadas amenazas de expulsión, a los atentados, a la muerte, a la represión. Hoy, en este lugar de frontera, en este pequeño pueblo del sur italiano, tierra de sufrimiento, esperanza y resistencia, viviremos un día que será destinado a pasar a la historia. Nosotros somos la historia. Con nuestras elecciones, nuestras convicciones, nuestros errores, nuestros ideales, nuestras esperanzas de justicia que nadie nunca podrá suprimir. Llegará un día en el cual habrá más respeto de los derechos humanos, más paz que guerras, más igualdad, más libertad que barbaries. Un día donde ya no habrá personas que viajan en clase business y otras amontonadas como mercaderías procedentes de puertos coloniales con las manos agarradas entre las olas de los mares del odio. Sobre mi situación personal y sobre mis vicisitudes judiciales no tengo mucho que añadir respecto a lo que ampliamente ha sido contado. No tengo rencores ni reivindicaciones contra nadie. Quisiera, pero decir a todo el mundo que no tengo nada de lo que avergonzarme, nada que esconder. Volvería a hacer las mismas cosas que han dado sentido a mi vida. Nunca olvidaré este arrasador río de solidaridad. Os llevaré por mucho tiempo en mi corazón. No

⁶ Marcha de alrededor de 24 km que se celebra desde 1961, creada e impulsada por el movimiento pacifista italiano, especialmente por el discípulo italiano de Gandhi, Aldo Capitini.

tenemos que retroceder, si estamos juntos y permanecemos humanos⁷, podremos un día acariciar el sueño de la utopía social.

”Os deseo tener el coraje de estar solos y la valentía de arriesgarnos a estar juntos, porque de nada sirve un diente fuera de la boca, ni un dedo fuera de la mano. Ojalá podamos ser desobedientes, cada vez que recibimos órdenes que humillan nuestra conciencia o violan nuestro sentido común. Ojalá podamos ser tan porfiados para seguir creyendo, contra toda evidencia, que la condición humana vale la pena, porque hemos sido mal hechos, pero no estamos terminados. Ojalá podamos ser capaces de seguir caminando los caminos del viento, a pesar de las caídas y las traiciones y las derrotas, porque la historia continúa, más allá de nosotros, y cuando ella dice adiós, está diciendo: hasta luego. Ojalá podamos mantener viva la certeza de que es posible ser compatriota y contemporáneo de todo aquel que viva animado por la voluntad de justicia y la voluntad de belleza, nazca donde nazca y viva cuando viva, porque no tienen fronteras los mapas del alma ni del tiempo. Ojalá.”⁸

Hasta siempre

Mimmo Lucano

Mientras el exalcalde sigue a los arrestos domiciliarios, el 9 de octubre el ministerio del interior (bajo indicación de Matteo Salvini) ordena el cierre de todos los proyectos activos en Riace, aclarando que todos los y las refugiadas que viven en el pueblo serán trasladados a otros centros de acogidas (a la fuerza si necesario) en máximo 60 días. Doménico Lucano desde su casa continua la lucha acusando el ministro del interior, Salvini de querer destruir el modelo Riace. El 16 de octubre el tribunal de Reggio Calabria revoca la medida de arresto domiciliario a Lucano, pero se le impide con una ordenanza que siga residiendo en Riace. La medida legal de alejamiento del exalcalde (suspensión del cargo) genera la indignación de activistas, políticos de la oposición, intelectuales y gente común. Y mientras desde la ciudad de Verona llega la noticia de una Laurea Honoris Causa en “Utopía” que será otorgada Mimmo Lucano por la “Universidad del bien común”⁹ de Sezano, un grupo heterogéneo de periodistas, intelectuales y artistas escribe un manifiesto de denuncia contra la medida de alejamiento:

Carta escrita por Gad Lerner, Luigi Manconi, Elena Stancanelli, Sandro Veronesi e Paolo Virzì.

⁷ El lema “permanecemos humanos” era la firma distintiva de Vittorio Arrigoni, cooperante internacional, corresponsal, escritor y activista político asesinado en Gaza (Palestina) el 15 de abril 2011.

⁸ En esta última parte de su carta, Mimmo Lucano utiliza un texto de Eduardo Galeano “OJALÁ”.

⁹ Se trata de una Asociación con fines sociales cuya sede se encuentra el Monasterio de Sezano. Sitio web: <http://monasterodelbenecomune.blogspot.com/2018/10/lauree-honoris-causa-in-utopia-2018.html>

“El alejamiento forzoso de Mimmo Lucano de “su” Riace asume un significado político y cultural que no puede haber escapado a los magistrados que lo han decretado: nos habla de un país embrutecidos que se cierra a la acogida y a la integración de los migrantes y de quienes solicitan asilo. Sella una interpretación restrictiva de las normativas vigentes, finalizada a disuadir las buenas prácticas de las administraciones locales y del voluntariado social, anticipando los efectos nefastos del decreto seguridad con el cual el extranjero es reducido a presencia amenazante que hay que aislar en espacios separados, limitando su libertad personal y la inserción en las actividades productivas y socialmente útiles. Revela la voluntad de mortificar la realización de los modelos alternativos al pensamiento xenófobo, pisoteando los derechos de las minorías. El exilio en patria de Mimmo Lucano, cuyas altas finalidades y cuyo desinterés personal sobre el cual ni si siquiera la fiscalía ha manifestado ninguna duda, representa una humillación de la conciencia democrática que el estado tendría el deber de tutelar. Por esto pedimos que en la brevedad posible se revoque esta medida injusta y odiosa”.

La carta obtiene gran impacto, pero la medida legal no es revocada. Doménico Lucano en un acto de desobediencia civil decide dormir en su Riace y no pudiendo hacerlo en una casa decide pasar la noche en su coche. La solidaridad con Lucano traspasa las fronteras y en toda Europa se multiplican las manifestaciones en su apoyo.

Pocos días después llega una noticia que una vez más divide Italia. El conductor televisivo Fabio Fazio, periodista especializado en entrevistas de alto calibre y presentador del programa “Che tempo che fa” en la televisión pública italiana (RAI) difunde la noticia que Mimmo Lucano será huésped en su programa el 21 de octubre.

Desde el ministerio del interior llegan por boca de su máxima autoridad, Mateo Salvini, amenazas y ofensas en el intento de impedir la realización de la entrevista en directo nacional. No obstante el empeño de Salvini, como programado a las 21h00 del *domingo* 21 de octubre Lucano habla en la televisión pública frente a millones de italianos e italianas y contesta punto por punto a las preguntas de Fazio. Frente a la pregunta sobre la posibilidad de acoger los migrantes sin infringir la ley Lucano contesta:

“Algunas veces favorecer la inmigración clandestina significa que los pescadores tienen que ver ahogar los refugiados sin hacer nada. ¿Entonces qué sentido tiene respetar aquellas leyes? La justicia tiene un valor mucho más profundo, también las leyes en el periodo nazista representaban la legalidad, pero ha sido un drama para la humanidad”.

En este momento todavía no se ha resuelto el proceso legal a cargo de Mimmo Lucano y el exalcalde se ha vuelto un símbolo de la lucha a la nueva ola de intolerancia, racismo y xenofobia de la que parece ser presa fácil Italia. A cien años del fin de la primera Guerra Mundial y cuando se celebran los 70 años de la declaración Universal de los Derechos Humanos todavía vemos como hay que seguir luchando para hacer efectivos los principios de humanidad y solidaridad entre los pueblos y entre las personas. El modelo Riace se ha multiplicado y otros pueblos italianos, como por ejemplo Pettinengo (Piemonte) han instalado metodologías de integración y convivencia que nos dejan todavía creer en una utopía posible. En noviembre el nuevo

“Decreto seguridad” de Matteo Salvini ha cambiado las “reglas del juego” y dificultado el trabajo con persona solicitantes de asilo en Italia. Las ONG, las asociaciones de voluntariado y los activistas que ven el modelo Riace como una oportunidad de crear otro mundo posible, siguen siendo el blanco de las políticas del actual gobierno e Italia resulta siempre más polarizada en una lucha identitaria de valores y de futuros posibles.

COMITÉ CIENTÍFICO DE LOS CUADERNOS CULTURA DE PAZ

Directores

Carlos Fernández Liesa y Félix Vacas Fernández

Coordinación

Alberto Guerrero Fernández

Comité Científico

Federico Mayor Zaragoza. Fundación Cultura de Paz

Dionisio Llamazares Fernández. UNESCO - Comunidad de Madrid

Cástor Miguel Díaz Barrado. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Carlos Fernández Liesa. Universidad Carlos III de Madrid

Óscar Celador Angón. Universidad Carlos III de Madrid

Félix Vacas Fernández. Universidad Carlos III de Madrid

Martín Sánchez. UNESCO – Getafe

Ayudante de Edición

Bianca Leticia De Oliveira Tosta

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Los *Cuadernos Cultura de Paz* son una colección editada por el Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, donde se reflejan las actividades conjuntas que se han venido realizando en el marco del Instituto entre UNESCO-Getafe y el Observatorio Cultura de Paz del Grupo de Investigación Globalización Cooperación e Integración. Para el buen desarrollo de dichas actividades han colaborado otras Instituciones como la Fundación Cultura de Paz, la Escuela de Guerra y la Confederación de Centros UNESCO-España, entre otras. El objeto de los *Cuadernos* es la publicación de los resultados de los Congresos anuales sobre Cultura de Paz que se celebran desde 2011.

Los *Cuadernos* pretenden contribuir a la publicación de los resultados de esta colaboración y a la difusión de los valores de la paz, la dignidad humana y la solidaridad entre los pueblos. La cultura de paz supone contribuir a la solución de los conflictos por el diálogo y los métodos de la negociación y el acuerdo, con el rechazo de la violencia. Mediante esta colección se pretende contribuir al análisis de los factores y de los instrumentos de cultura de paz. El Comité científico reúne a los representantes de la Instituciones que colaboran en la realización de los Congresos de Cultura de Paz y en la colección.

Personas de contacto:

Carlos Fernández Liesa (carlos@inst.uc3m.es)

Félix Vacas Fernández (fvacas@der-pu.uc3m.es)

Despachos del Instituto “Francisco de Vitoria”: 11.1.19/11.1.18/11.1.23

Teléfono: +34 91 6249708

E-mail:

carlos@inst.uc3m.es

fvacas@der-pu.uc3m.es

Alberto Guerrero. UNESCO Getafe.

albertoguerrero@ono.com

TÍTULOS PUBLICADOS

- 1. Palestina e Israel en el nuevo contexto interno e internacional**
- 2. El Mundo Árabe hoy: entre inmovilismo y transformación**
- 3. Comunidad Internacional, Oriente Próximo y cultura de paz**
- 4. Desarrollo, derechos humanos y víctimas-, triángulo virtuoso para la paz**
- 5. Migraciones, seguridad y Derecho: Una relación compleja en busca de un difícil equilibrio.**

La migración es un fenómeno social, también económico y, por encima de todo, un proceso humano fundamental, que ha existido siempre en la historia de la Humanidad, pero que en un mundo profundamente integrado e interdependiente en el contexto de un proceso de globalización cada vez más profunda se convierte en parte esencial del mismo. Esta constatación supone reconocer la existencia de un fenómeno social estructural a escala planetaria, extraordinariamente complejo, cambiante y que genera importantes efectos, de todo tipo, que afectan a todos y cada uno de los Estados de la Comunidad Internacional; pero que, sobre todo, afectan a las personas protagonistas porque estamos ante un fenómeno esencialmente humano, como la famosa sentencia del pensador suizo Max FISCH nos muestra: "Queremos mano de obra, pero nos llegan personas".

Por todo ello, en el V Congreso de Cultura de Paz se analizaron, en primer lugar, el fenómeno en sí mismo y sus consecuencias desde la perspectiva de sus efectos en sociedades abiertas como las europeas, y también de la economía y, en especial, del desarrollo. En segundo lugar, desde la perspectiva del Derecho Internacional y Europeo que le es de aplicación, lo que resulta fundamental pues establece el marco jurídico y, en consecuencia, los límites a la discrecionalidad de los Estados en esta materia. Fundamental no sólo para las personas migrantes, que por supuesto, pues nos encontramos ante una cuestión esencialmente de derechos humanos y humanitaria; sino también para los Estados y la Comunidad Internacional en su conjunto, puesto que sólo desde el Derecho, desde el respeto a ese marco jurídico, se pueden aprovechar en su totalidad los, enormes, efectos positivos que para todos tiene el fenómeno migratorio, minimizando a su vez los efectos negativos que genera. Finalmente, se abordó la tragedia humana que se está produciendo desde hace años en el Mar Mediterráneo, estableciendo el marco jurídico internacional para el salvamento y rescate de migrantes en el mar y analizando las operaciones desplegadas en este contexto. Todo ello queda plasmado en el presente Cuaderno que recoge los resultados del Congreso.

Colaboran:



Grupo UC3M Globalización
Cooperación e Integración:
"Observatorio Cultura de Paz"



Universidad
Carlos III de Madrid

Departamento de Derecho Internacional,
Eclesiástico y Filosofía del Derecho



Centro UNESCO
Getafe - Madrid

Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

Miembro del
Movimiento de Ciudades,
Centros y Asociaciones
para la UNESCO