



LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES EN LOS ESPACIOS MARINOS

Máster en Negocio y Derecho Marítimo

Curso 2018-2019

Autor: Borja Manuel Herías Fernández

Tutor: Fernando Ruiz-Gálvez Villaverde

Junio de 2020

Índice

1. Introducción.....	1
1.1 La migración en los espacios marinos y su problemática en la actualidad	1
1.2 Objetivos del trabajo. Descripción y metodología.	4
1.3 Introducción a las fuentes del derecho internacional	6
2. El ámbito espacial. Los espacios marinos	10
2.1 Aguas interiores y mar territorial.....	13
2.2 La zona contigua.....	17
2.3 La Zona Económica Exclusiva.....	17
2.4 El alta mar	18
3. El ámbito subjetivo: Las personas migrantes	22
3.1 Regulación de los migrantes.....	22
3.2 Los refugiados.....	31
4. La ley aplicable a la protección de los migrantes en el mar.....	45
4.1 Los polizones.....	46
4.1.1 Convención de Bruselas de 1957	46
4.1.2 Convenio FAL.....	50
4.2 La lucha contra el tráfico de personas.....	57
4.2.1 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes	58
4.3 El salvamento de la vida humana en peligro en el mar	60
4.3.1 CNUDMAR	60
4.3.2 Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989.	66
4.3.3 Convenio SAR.....	68
4.3.4 Convenio SOLAS.....	73
4.3.5 La obligación de salvamento de la vida humana en el derecho internacional privado.....	75
5. El Conflicto. El ejercicio de los derechos humanos en los espacios marinos frente a la soberanía nacional.....	77
5.1 Relación entre el derecho internacional y derecho nacional en los espacios marinos: <i>ius cogens</i> y soberanía nacional.	77
5.2 Ejercicio de la soberanía de los Estados en los espacios marinos	90
5.2.1 Aplicación extraterritorial del principio de no devolución.....	91
5.2.2 Paso inocente y migrantes.....	98
5.2.3 Concepto de “situación de peligro en la mar”	100

5.2.4 Derecho al salvamento en situaciones de autopuesta en peligro por parte de los migrantes	101
6. Posibles áreas de desarrollo del derecho internacional relativo a la protección de los migrantes en el mar	102
6.1 ¿Hacia una regulación coherente y multilateral de la materia en el seno de organizaciones internacionales como ONU o la OMI?	102
6.2 Posibilidad de superación de la fragmentación entre soberanías: La cooperación internacional y los Tribunales internacionales.	105
7. Conclusiones	110
8. Bibliografía	112

1. Introducción

1.1 La migración en los espacios marinos y su problemática en la actualidad

Puede ser una afirmación obvia, pero no por ello menos cierta, que el mar une a los territorios tanto (o más) como los separa. Durante la mayor parte de la historia, el transporte por mar, tanto de mercancías como de personas, ha sido mucho más rápido y seguro que el transporte por tierra. En la actualidad, el transporte por mercancías a nivel mundial se sigue realizando por vía marítima, en su inmensa mayoría (un 90% del transporte de mercancías mundial se realiza por mar¹).

En lo concerniente al transporte de personas por mar, su importancia, tanto en números absolutos como relativos, no puede compararse en estos días con la época anterior a la segunda mitad del siglo XX, previa a la universalización de la aviación comercial, y del desarrollo exponencial de las redes de transporte por carretera. Sin embargo, es un método de transporte que no ha quedado en desuso, aunque en gran medida se haya añadido al mero interés de trasladarse de un punto a otro, el interés lúdico del viaje en sí, como muestra en la actualidad el auge de los cruceros.

Especialmente, no ha desaparecido el uso del transporte por mar para miles de migrantes que, todos los años, lo utilizan para llegar a sus destinos.

Sin embargo, a pesar de la ubicuidad del transporte marítimo, no se pueden ignorar sus especialidades y peligros. Como muestra de este status especial, uno de los legendarios Siete Sabios de Grecia, Anacarsis de Escitia, señaló que “existen tres tipos de personas, los vivos, los muertos y los que navegan en el mar”, y esta venerable sentencia explica muy a las claras, y de forma vívida, la especialidad de la navegación marítima, que se realiza sobre un medio líquido, variable, inestable y (pese al avance tecnológico), lleno de peligros.

En este sentido, a lo largo de los milenios durante los cuales el ser humano ha surcado los mares, han surgido una serie de normas no escritas (derecho

¹ Véase al respecto lo que señala la International Chamber of Shipping, en <https://www.ics-shipping.org/shipping-facts/shipping-and-world-trade>

consuetudinario) que tienen como idea básica la indefensión del ser humano ante las vicisitudes de toda singladura náutica.

En este ámbito donde la vida humana se encuentra a merced de los elementos y de la tecnología, los migrantes son, a menudo, el colectivo más vulnerable en los espacios marinos, y su protección durante su singladura es más necesaria que nunca.

Uno de los ejemplos más dramáticos, y que muestra de manera más clara los problemas que surgen de la necesidad de protección de los migrantes en los espacios marinos son los sucesivos incidentes que han tenido lugar en aguas del Mediterráneo en los últimos lustros, en los que un gran número de naufragos ha perecido, además de aquellos en los que el (supuesto) conflicto de normativa nacional e internacional ha dado lugar a situaciones de enorme confusión e incertidumbre.

Si bien, este no es un fenómeno en modo alguno de origen contemporáneo, tras los eventos conocidos como la Primavera Árabe (desarrollados durante los años 2010-2012), se produjo una desestabilización de un gran número de países de la ribera sur y este del Mediterráneo. Las tensiones políticas y económicas que tuvieron lugar en dichos países dieron paso, en algunos casos, a guerras civiles (Libia, Siria, Irak) que provocaron un éxodo migratorio de millones de personas que huían de los desastres de la guerra.

Este éxodo masivo provocado por los conflictos bélicos se superpuso (pero sin sustituirlo) al habitual movimiento migratorio hacia Europa desde África y Asia Central y Oriente Medio, que se había producido de manera ininterrumpida hasta entonces, debido a la diferencia de condiciones materiales entre los países de origen de los migrantes y Europa, o a situaciones políticas o bélicas de las que huían muchas personas, solicitando asilo.

Algunos de los estados que se encontraban en las rutas de tránsito de estos migrantes, como Libia, se derrumbaron a consecuencia de los conflictos internos, convirtiéndose en Estados fallidos. A consecuencia de ello, estos territorios se convirtieron en lugares desde dónde muchas personas intentan llegar a Europa, pero en el que el Estado está completamente ausente, haciendo que su vacío sea ocupado por mafias cuya principal actividad económica es la del tráfico de personas.

Como consecuencia del incremento del flujo de personas que se dirigen a Europa desde las orillas sur y este del Mediterráneo, se ha producido una serie de naufragios y de situaciones de enorme dureza, que han puesto en relieve la situación de las personas que cruzan el Mediterráneo y de la dificultad de asumir un criterio único a la hora de atender los derechos fundamentales de dichas personas, y de gestionar un problema de naturaleza global, el cual, si bien hoy afecta principalmente a Europa, nada obsta para que, en un futuro, pueda suceder en cualquier parte del mundo.

Como ejemplo de los problemas a los que da lugar la actual regulación existente, de entre los muchos dramas que han tenido como escenario el Mediterráneo desde 2012, señalamos el caso del buque “AQUARIUS”, que se desarrolló durante el verano de 2018².

En este caso, el buque “AQUARIUS”, perteneciente a la organización no gubernamental *Open Arms*, rescató a 629 migrantes en aguas de la zona de búsqueda y salvamento de Libia, que se hallaban en situación de peligro en el mar.

Durante varios días, el gobierno italiano, a través de su Ministro de Interior, denegó el acceso a sus puertos de dicho buque para desembarcar a las personas rescatadas.

En última instancia, tras un acuerdo entre diferentes estados de la Unión Europea, finalmente el buque “AQUARIUS” arribó al puerto de Valencia, procediéndose al desembarco de las personas rescatadas.

Este ejemplo muestra bien a las claras los problemas prácticos que plantea la protección de los migrantes en los espacios marinos, incluyendo la determinación de cuáles son los derechos y obligaciones de los Estados involucrados (el Estado de bandera del buque, los distintos estados ribereños...), y cuáles son los derechos y obligaciones de las personas rescatadas y de sus salvadores.

² <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-44435047>

1.2 Objetivos del trabajo. Descripción y metodología.

El presente trabajo tiene como principal objetivo tratar de describir cuál es el régimen jurídico aplicable a la protección de los migrantes en el mar, incluyendo, en especial, las situaciones en las que se encuentran en peligro en el mar, y cuáles son los derechos de los que son titulares, así como los deberes que les incumben a los Estados y a los actores involucrados, tanto desde el punto de vista del derecho público como del derecho privado.

Asimismo, se trata, en particular, de explorar cuáles son los problemas teóricos y prácticos que estas situaciones producen en el ámbito de los derechos de los migrantes, y cuál es la interrelación entre el régimen del derecho internacional del mar, el derecho internacional de los derechos humanos, y los derechos nacionales involucrados.

Teniendo en cuenta el objeto de la presente investigación, nos encontramos en un ámbito en el que interactúan el derecho internacional y el derecho nacional, el derecho público y el derecho privado. Esto crea una situación de evidente complejidad a la hora de abordar el fenómeno y dar soluciones a los problemas derivados del mismo.

En el presente trabajo se parte de una visión eminentemente práctica, que toma como referencia la situación concreta de una persona (o, de manera más habitual, un grupo de personas), que dentro de un proceso migratorio que incluye una travesía por el mar, se encuentra en una situación de (potencial) peligro en un espacio marino.

La pregunta que, en última instancia, se pretende responder es ¿de qué derechos son titulares estas personas durante su travesía marítima? y, en concreto, en qué consiste su protección en los espacios marinos por parte del derecho internacional. Por ejemplo, saber si estas personas tienen derecho a ser rescatados si se encuentran en una situación de peligro, saber a quién correspondería la obligación de llevar a cabo dicho rescate si existiera dicho derecho, o cuál sería el contenido concreto de dicha obligación de rescate.

En cuanto a su sistemática, el presente trabajo tratará, tras la presente introducción, en la que se recoge una breve referencia a las fuentes del derecho

internacional, de describir los espacios marinos, esto es, el ámbito en el que se produce el conflicto jurídico que vamos a estudiar, en primer lugar.

En segundo lugar, estudiaremos la regulación de las personas objeto de estudio, los migrantes, con especial referencia a los refugiados.

Posteriormente, se estudiará la interacción del derecho internacional marítimo y del derecho de los migrantes, desde el punto de vista de su protección.

Seguidamente, se expondrán los puntos conflictivos de dicha interacción de sistemas jurídicos, y se estudiarán las posibles soluciones que permite la normativa existente.

Finalmente, se expondrán una serie de sugerencias, tanto de *lege ferenda* como de *lege lata*, que pudieran ofrecer caminos para intentar encontrar soluciones a las lagunas existentes en la regulación.

Para el estudio de las cuestiones enunciadas, se analizará, de manera prioritaria, el derecho internacional que sea relevante para nuestra investigación, tanto el derecho marítimo como el referente al estatuto de las personas que se pueden hallar en peligro en el mar, (migrantes o refugiados). Asimismo, se estudiarán los convenios de derecho internacional privado relativos a la cuestión, siquiera sea de manera indirecta, por la indudable importancia desde el punto de vista comercial que tienen los deberes y derechos de los armadores respecto de las personas que se hallen en alta mar en peligro.

De igual manera, haremos referencia a la normativa española o europea que pueda aclarar ciertos puntos de nuestro estudio.

Asimismo, como elemento fundamental para entender cómo se intenta solucionar el problema de la colisión de ordenamientos jurídicos, y la creación de un corpus jurisprudencial que intenta colmar las lagunas jurídicas (y fácticas) que se suscitan en relación con los derechos de los migrantes en el mar, se estudiará la jurisprudencia relativa a la materia estudiada, destacando, por su relevancia y calidad técnica, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, como apoyo fundamental de nuestro estudio, haremos uso de la doctrina respecto a todas estas cuestiones, como fuente de conocimiento.

1.3 Introducción a las fuentes del derecho internacional

De manera preliminar, teniendo en cuenta que este trabajo se basa en gran medida en el análisis y comparativa de normativa de derecho internacional, tenemos que hacer una referencia, siquiera somera, al sistema de fuentes de este peculiar ordenamiento jurídico, ya que no es exactamente el mismo que el del derecho nacional, en nuestro caso concreto, el derecho español.

En primer lugar, hay que señalar que el derecho internacional puede definirse, de acuerdo con el brocardo latín *ubi societas, ibi ius*, como aquel ordenamiento jurídico que “regula las relaciones de un grupo social concreto, la comunidad internacional”³.

Dicha comunidad internacional ha estado tradicionalmente compuesta por los Estados. Sin embargo, desde mediados del siglo XX, la visión estatocéntrica de la comunidad internacional, si bien sigue siendo de enorme importancia, ha ido dejando paso a una visión mucho más compleja en la que el Estado no es sino uno de los actores que forman parte de la sociedad internacional, en la que también actúan sujetos como las organizaciones internacionales, los pueblos, las organizaciones no gubernamentales, las corporaciones transnacionales, los grupos criminales o terroristas internacionales o, incluso, el individuo⁴.

La doctrina ha señalado tradicionalmente al artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia como la enumeración más acabada (aunque, en modo alguno, exhaustiva⁵) de las fuentes del derecho internacional. El mencionado artículo 38 señala que: “*La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*

³ Andrés Sáenz de Santa María, P., *Sistema de Derecho Internacional Público* (4ª ed.), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 19.

⁴ Como refleja, verbigracia, la creación de tribunales penales internacionales que, dentro del sistema puro del derecho internacional, tienen como destinatario último, las infracciones cometidas por individuos y no por Estados.

⁵ Como bien señala Andrés Sáenz de Santa María, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, p.109, “*la enumeración (...) no es completa, pues (...) omite (...) los actos unilaterales y los comportamientos recíprocos de los Estados, y también los actos unilaterales y los recíprocos de los Estados y (...) los actos normativos adoptados por los órganos de las Organizaciones Internacionales*”.

- a. *las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*
- b. *la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*
- c. *los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*
- d. *las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (...)*”.

Excluyendo lo recogido en el punto d), que es un mero medio auxiliar para la actuación de la Corte, resultan de esta enumeración como fuentes del derecho internacional: las convenciones internacionales (tratados), ya sean bilaterales o multilaterales, la costumbre internacional, y los principios generales del derecho.

De estas fuentes de derecho, las más relevantes son las convenciones y la costumbre (aunque, evidentemente, al igual que en el derecho interno, eso no implica menospreciar en modo alguno el importante papel integrador que juegan dentro del ordenamiento jurídico los principios generales del derecho).

En efecto, tanto las convenciones como la costumbre crean derechos y obligaciones para los sujetos de la comunidad internacional (principalmente, los Estados, pero también las organizaciones internacionales, actores transnacionales e, incluso, los individuos). Por su relevancia para la investigación que nos ocupa, mencionaremos de manera muy sucinta las características de ambas fuentes de derecho.

Las convenciones se definen en el art. 2.1 a) de la Convención sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969 (en adelante, la Convención de Viena de 1969), que señala que “*se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”.

Por su parte, de la referencia a la costumbre internacional (derecho consuetudinario) que recoge el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional, se “*expresa que la costumbre es un modo de formación del*

*derecho de carácter espontáneo, resultado del obrar de los Estados en sus relaciones mutuas; esto es, de la práctica internacional*⁶.

Sin ánimo de profundizar en el estudio de la costumbre internacional y sus modos de surgimiento, diremos que consta de dos elementos fundamentales: la existencia de una práctica (constante) realizada por los Estados, que tiene un carácter eminentemente fáctico (por poner un ejemplo relativo al derecho internacional del mar, la pesca histórica durante siglos por parte de la flota pesquera de un país en un determinado caladero), y un elemento “espiritual”, esto es, la existencia de una *opinio iuris*, o la convicción por parte de los miembros de la comunidad internacional de que dicha práctica ha generado una serie de efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo derechos u obligaciones, por lo que dicha práctica deviene en una fuente de derecho. Hay que resaltar que esta convicción (*opinio iuris sive necessitatis*) genera una verdadera obligación jurídica en los actores internacionales⁷, y no es una mera norma de cortesía internacional cuya violación no entrañaría ninguna consecuencia jurídica.

Un elemento fundamental que separa la convención y la costumbre (al menos, de manera inicial) es el hecho de que la convención, como hemos visto, ha de recogerse por escrito, mientras que la costumbre no está recogida, en primera instancia, en ningún texto normativo. Si bien es cierto, que dado el progreso y desarrollo (incluida su codificación) del derecho internacional, la mayor parte de las normas de derecho internacional consuetudinario ya se encuentran, bien recogidas en alguna convención, bien explicitadas a través de la labor de los tribunales internacionales, especialmente de la Corte Internacional de Justicia (sucesor del venerable del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, creado por el Tratado de Versalles).

Una vez expuestas las principales fuentes del derecho internacional con las que tendremos que tratar en este trabajo -convenciones y costumbre-, y en el

⁶ Sáenz de Santa María, P., Sistema de Derecho Internacional Público, *op. cit.*, p.131.

⁷ Debido a esto existe la institución jurídica del “objeto persistente” por la cual un Estado determinado puede evitar que una determinada costumbre internacional no se le aplique. Sin embargo, como su propia denominación indica, implica una actitud proactiva por parte del Estado concernido, que tiene que expresar inequívocamente su intención de que dicha costumbre internacional no le sea de aplicación.

contexto de esta breve introducción, queremos señalar que las convenciones pueden ser bilaterales o multilaterales, siendo estas últimas de carácter regional o universal, según se tome como referencia el ámbito espacial al que se refieren. De análoga manera, la costumbre puede ser regional (la institución del asilo diplomático en los países latinoamericanos) o universal.

Al lado del ordenamiento jurídico internacional (que está destinado, no se olvide, a la *comunidad internacional* en su conjunto), y de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, ha surgido en los últimos decenios otro ordenamiento jurídico que convive con los anteriores: el ordenamiento jurídico supranacional.

El modelo más acabado y exhaustivo de ordenamiento jurídico supranacional es, sin lugar a dudas, el derecho de la Unión Europea (derecho europeo).

La Unión Europea es el ejemplo perfecto de una organización internacional (de carácter regional) de integración, por el que los Estados miembros crean un nuevo sujeto de derecho internacional⁸ al que otorgan una serie de competencias para desarrollar una serie de fines y objetivos. Por tanto, si la creación de la Unión Europea (constituida en 1957 como Comunidad Económica Europea) fue un acto de puro derecho internacional, todo el derecho derivado desarrollado por las instituciones comunitarias en el ejercicio de sus competencias, que le fueron atribuidas por los Estados miembros, es un ordenamiento jurídico propio, sujeto a sus principios y valores.

Sin embargo, no conviene olvidar que dicha organización es distinta de sus Estados miembros y que, sólo en la medida en que las competencias en una determinada materia están completamente atribuidas de manera exclusiva a la Unión Europea por los Estados miembros (por ejemplo, en materia de política comercial común), la Unión Europea puede decidir por sus Estados miembros. En el resto de materias, es posible encontrar que varios ordenamientos jurídicos (convenciones internacionales, derecho europeo, normativa nacional) se superpongan y se solapen, interactuando de manera más o menos eficaz dependiendo de la materia.

⁸ Por ejemplo, el artículo 47 del Tratado de la Unión Europea explicita lo que ya era una realidad cuando establece que “*La Unión tiene personalidad jurídica*”.

Esta situación, que puede llevar a soluciones claudicantes, y absolutamente insatisfactoria desde el punto de vista de la seguridad jurídica y, en muchos casos, de los derechos fundamentales de los individuos, es la que se produce en el caso que se estudia en el presente trabajo.

2. El ámbito espacial. Los espacios marinos

La doctrina más cualificada ha señalado que el derecho internacional del mar ha registrado históricamente “una tensión permanente entre la posibilidad de una apropiación estatal de los espacios marítimos y la afirmación del principio de la libertad de los mares”⁹. En efecto, el debate entre *mare liberum* y *mare clausum* es uno de los puntos más relevantes del derecho internacional moderno, y sobre el cual polemizaron autores como Vázquez de Menchaca o Hugo Grocio, en su obra *Mare Liberum* (1609).

Este debate doctrinal, de indudable relevancia política y jurídica, ha ido mutando y mutando con el paso del tiempo. Así, en los siglos XVII-XIX, la discusión se centraba en la libertad de navegación y de comercio, mientras que, en la actualidad, el debate tiene un carácter eminentemente económico, dados los ingentes recursos económicos que se hallan tanto en la columna de agua como en el suelo y subsuelo marinos.

En la actualidad, como veremos, y de modo sintético, los espacios marinos¹⁰ se pueden dividir entre aquellos que están sujetos a la soberanía (o al ejercicio de ciertas potestades jurisdiccionales) de un Estado (ribereño) y aquellos que no están sujetos a jurisdicción nacional alguna.

Refiriéndonos a nuestro objeto de estudio, esta tensión entre el ejercicio de la soberanía estatal sobre unos espacios marinos y la existencia de otros espacios marinos en los que ningún estado ejerce soberanía genera problemas prácticos

⁹ Andrés Sáenz de Santa María, P., Sistema de Derecho Internacional Público, *op. cit.*, p.334.

¹⁰ Se estudiarán en el presente Capítulo aquellos espacios marinos que comprenden “la columna da agua”, por su importancia con la protección de los migrantes. En consecuencia, no se tratará de la regulación del lecho y el subsuelo marino, también regulados por el derecho internacional del mar.

para la seguridad de los migrantes en el mar, tanto desde el punto de vista de la prevención y castigo de los delitos cometidos contra los migrantes, como en lo referente a su salvamento y rescate. Esto último sucede cuando no está claro qué Estado tiene la responsabilidad de hacerlo, o a qué Estado han de ser conducidos los migrantes salvados.

Con este objeto, procederemos a describir los distintos espacios marinos y su regulación, vinculándolos primordialmente con la protección de los migrantes en el mar.

Debemos señalar que la regulación de los espacios marinos es plural y compleja. Como muestra de la amplitud y persistencia del debate sobre la extensión de la soberanía estatal en los espacios marinos, hay, no uno, sino varios instrumentos normativos internacionales al respecto.

En primer lugar, como referencia ineludible a la hora de estudiar el estatuto jurídico de los espacios marinos en derecho internacional, hay que mencionar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (en adelante, CNUDMAR).

Este texto normativo, verdadera carta magna del Derecho del mar, tiene una enorme importancia como fuente de derecho en dicha materia. Un autor ha llegado incluso a señalar que *“la importancia de [la] Conven[ción] es de tal magnitud que puede considerarse como el instrumento jurídico internacional más relevante de la historia de la humanidad, tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos”*¹¹.

La CNUDMAR, de aplicación prácticamente universal (168 Estados parte, entre ellos España desde 1997) es, por tanto (y así ha sido considerada de manera pacífica por el Tribunal de Justicia Internacional de La Haya), el texto normativo primario a la hora de determinar los derechos y deberes de los Estados en el ámbito del derecho internacional del mar. Sin embargo, hay que precisar, a pesar de la vocación de universalidad de la CNUDMAR, que no todos los Estados del

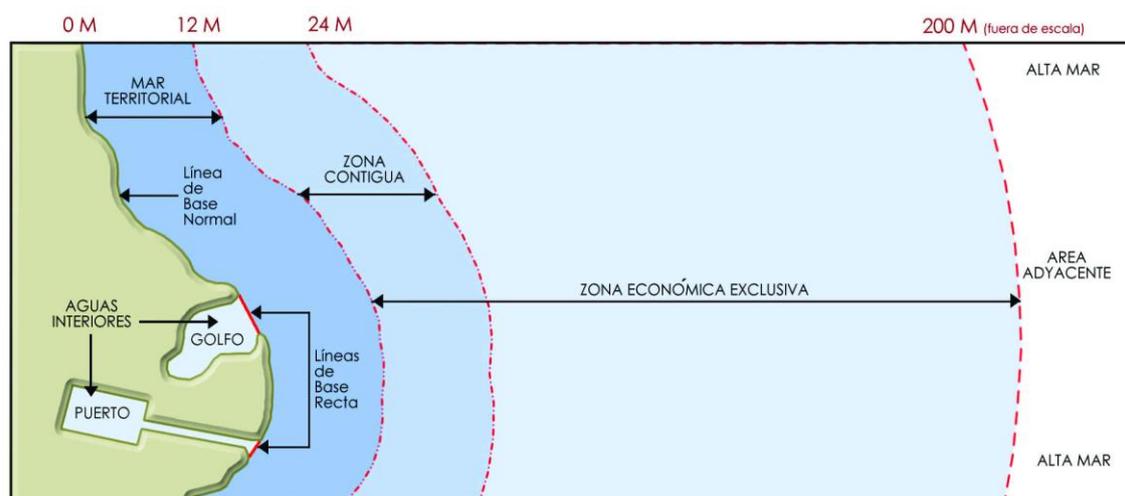
¹¹ Arroyo Martínez, I., *Compendio de Derecho Marítimo (5ª ed.)*, Tecnos, Madrid, 2014, p.47.

mundo la han ratificado, como, por ejemplo, Estados Unidos, Perú, Turquía o Venezuela.

En segundo lugar, se encuentran los cuatro convenios internacionales adoptados en la Conferencia de Ginebra de 1958 (Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua, Convención sobre la Alta Mar, Convención sobre Pesca y Conservación de los recursos vivos de la alta mar, Convención sobre la Plataforma Continental). Estos Convenios han sido sustituidos por la CNUDMAR para los Estados que son parte de la CNUDMAR. Sin embargo, estos cuatro convenios siguen en vigor para aquellos Estados parte que no se hayan obligado por la CNUDMAR.

Por tanto, a nivel del derecho internacional, y aunque tomemos como referencia a la CNUDMAR, hay ciertos países que se rigen por las Convenciones de Ginebra o, que, incluso, no son parte de ninguno de todos estos acuerdos internacionales.

Asimismo, los Estados desarrollan de manera interna su normativa sobre los espacios marinos sobre los que ejercen (o pretenden ejercer) soberanía y jurisdicción. En el caso español, la Ley 10/1997, de 4 de enero, sobre mar territorial, el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, “TRLPEMM”), la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, o la Ley 15/1978, de 20 de febrero, sobre zona económica.



Fuente: Manual de Intereses Marítimos Nacionales, Armada Argentina, 2007.

2.1 Aguas interiores y mar territorial

La idea fundamental recogida en la CNUDMAR es que, conforme se aleja de la costa, la soberanía estatal se va difuminando en beneficio de la libertad de navegación. Esto no quiere decir que el alta mar sea un lugar donde no rija ningún derecho y la libertad implique un estado de naturaleza anárquico donde no hay regulación alguna. Todo lo contrario, donde termina la soberanía y la jurisdicción del Estado ribereño comienza la jurisdicción del Estado de bandera del buque, colmándose así cualquier laguna que pudiera producirse.

Por otro lado, en cuanto a los derechos económicos se impone la idea del alta mar como “*res communi omnium*”, esto es, como patrimonio perteneciente a la humanidad entera, del cual nadie puede ser excluido, y cuya explotación ha de realizarse en beneficio de todos. Asimismo, determinados derechos son de naturaleza tan esencial e imperativa, que incluso la jurisdicción del estado de bandera del buque cede cuando no sirve para la protección de dichos derechos, como veremos *infra*.

El artículo 2 de la CNUDMAR delimita los espacios marinos sometidos a la soberanía estatal: “*la soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar*”.

La anchura del mar territorial, de acuerdo con el art.3, es de doce millas náuticas desde las líneas de base¹². A este respecto, la línea de base normal para medir la anchura del mar territorial es la línea de bajamar a lo largo de la costa, según aparece en las cartas náuticas del Estado ribereño, como señala el art.5.

¹² No es la voluntad del presente trabajo hacer una descripción exhaustiva de los métodos por los que se delimitan los espacios marinos, sino tan solo hacer una mera descripción a los efectos de su interrelación con el ejercicio de la soberanía estatal y los derechos de los migrantes en el mar. Por lo tanto, no se hablará aquí de las líneas de base rectas y de otros modos de delimitación de los espacios marinos

Las aguas interiores son todas aquellas que se encuentran en el interior de las líneas de base, esto es, puertos, radas, golfos internos, bahías, estuarios¹³. Como aguas adyacentes a la costa misma del Estado, su régimen jurídico es aquel en el que el ordenamiento jurídico del Estado ribereño ha de ser más intenso, esto es, el régimen de la jurisdicción exclusiva del estado ribereño, por lo que, en principio, es el espacio marino que menos problemas debería generar, desde el punto de vista de la colisión del derecho internacional y el derecho interno, ya que sería este último el que se aplicaría cuando los migrantes se encontrasen en las aguas interiores de un Estado, independientemente de la nacionalidad de los mismos o de la bandera del buque que los transporte (aunque la jurisdicción del Estado de pabellón no desaparece por entero). Esta es la regla general, ya que CNUDMAR no se pronuncia sobre el alcance particular de la jurisdicción del Estado ribereño en las aguas interiores y, por tanto, es la norma interna la que regula dichos poderes del Estado sobre los buques en sus aguas interiores. De todas formas, como se ha dicho, la regla general es la jurisdicción exclusiva del Estado ribereño en las aguas interiores sobre los buques y personas que se hallan en dicho espacio marino.

Por tanto, en los casos en los que hubiera que perseguir el tráfico de personas que tiene lugar dentro de las aguas interiores, dicho Estado está completamente legitimado (e, incluso, obligado) a ejercer su jurisdicción penal al respecto. De igual manera, deberá ejercer sus obligaciones en operaciones de salvamento y rescate, con carácter general. Como Estado rector del puerto, el Estado ribereño podrá ejercer su derecho a inspeccionar el buque

El mar territorial, por su parte, es la franja de 12 millas náuticas que sigue a las aguas territoriales. Su régimen jurídico es el de la soberanía exclusiva del Estado ribereño, lo que tendrá como resultado la aplicación de su ordenamiento jurídico a dicho espacio marino, incluyendo la persecución de las infracciones a sus leyes migratorias. Sin embargo, hay una excepción a este régimen de soberanía

¹³ Los lagos y los ríos son “aguas continentales”, si bien, por ejemplo, el art.8.1 del TRLPEMM señala que “*las aguas interiores marítimas españolas incluyen las de los puertos y cualesquiera otras comunicadas permanentemente con el mar hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas, así como los tramos navegables de los ríos hasta donde existan puertos de interés general*”.

exclusiva, que afecta al derecho de navegación (una concesión al debate multiseccular entre *mare liberum* y *mare clausum*): el derecho de paso inocente.

El derecho de paso inocente se recoge en el art. 18 y 19 CNUDMAR y se refiere al hecho de que un buque atraviese el mar territorial sin penetrar en las aguas interiores ni hacer escala en una rada o una instalación portuaria fuera de las aguas interiores; o se dirija hacia las aguas interiores o salga de ellas, o haga escala en una de esas radas o instalaciones portuarias o salga de ella.

Dicho paso ha de ser rápido e ininterrumpido, “no obstante, el paso comprende la detención y el fondeo, pero sólo en la medida en que constituyan incidentes normales de la navegación o sean impuestos al buque por fuerza mayor o dificultad grave o se realicen con el fin de prestar auxilio a personas, buques o aeronaves en peligro o en dificultad grave”.

Estos son los elementos que definen la idea de “paso”, mientras que las notas que caracterizan la “inocencia” del paso es que este no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño.

La CNUDMAR clarifica que se entiende que el paso de un buque extranjero es perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño si ese buque realiza, en el mar territorial, alguna de las actividades que se indican a continuación:

- a) Cualquier amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política del Estado ribereño o que de cualquier otra forma viole los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas;
- b) Cualquier ejercicio o práctica con armas de cualquier clase;
- c) Cualquier acto destinado a obtener información en perjuicio de la defensa o la seguridad del Estado ribereño;
- d) Cualquier acto de propaganda destinado a atentar contra la defensa o la seguridad del Estado ribereño;
- e) El lanzamiento, recepción o embarque de aeronaves;
- f) El lanzamiento, recepción o embarque de dispositivos militares;

- g) El embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño;
- h) Cualquier acto de contaminación intencional y grave contrario a esta Convención;
- i) Cualesquiera actividades de pesca;
- j) La realización de actividades de investigación o levantamientos hidrográficos;
- k) Cualquier acto dirigido a perturbar los sistemas de comunicaciones o cualesquiera otros servicios o instalaciones del Estado ribereño;
- l) Cualesquiera otras actividades que no estén directamente relacionadas con el paso.

Si bien esta no es una lista exhaustiva de actividades que hacen que el paso de un buque extranjero por el mar territorial no sea inocente, al menos, acota el campo de lo que puede ser considerado como paso no inocente.

La determinación de si un paso es inocente o no tiene relevancia en la práctica, porque la violación del derecho de paso inocente de un buque extranjero ha sido invocada por algún gobierno, como se verá *infra*, para argumentar la denegación de entrada en puerto de un buque cargado de migrantes que ha rescatado en alta mar.

Aparte de las cuestiones apuntadas sobre si considerar como paso inocente o no una embarcación en la que se trasladen a migrantes de manera irregular y, por tanto, si es posible denegarles la entrada sin tener en cuenta el principio de *non refoulement* (que se describirá *infra*), la situación jurídica del mar territorial es bastante pacífica y, en esencia, la misma que la de las aguas interiores, desde el punto de vista del conflicto de leyes. En particular, respecto de la determinación de cuál es la normativa nacional aplicable, puesto que, si bien el estado de bandera del buque tiene cierta jurisdicción sobre lo que suceda a bordo del mismo (cuestiones civiles, por ejemplo), el Estado ribereño tiene plena jurisdicción penal sobre el mismo.

2.2 La zona contigua

La zona contigua se define en el art.33 CNUDMAR. Es un espacio marino de 12 millas contiguo al mar territorial. Su existencia tiene como base impedir el tránsito brusco e inopinado de una zona de (prácticamente) plena soberanía estatal, como es el mar territorial, al alta mar, donde el régimen general es el de libertad.

Por tanto, aunque la regla general en la zona contigua es la de la libertad de navegación y la de la jurisdicción exclusiva del Estado de bandera del buque, se entendió deseable extender ciertas competencias estatales a dicho espacio, para prevenir y sancionar determinadas actividades de los buques extranjeros que contravenían la legislación interna del Estado ribereño¹⁴.

Dichas competencias son: prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial; y sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial (art.33 CNUDMAR).

Como se puede observar, dichas competencias son bastante limitadas y toman como referencia hechos que hayan tenido efecto o puedan tenerlo en los espacios donde el Estado ribereño ejerce su soberanía (el mar territorial, aguas interiores o su territorio).

En este aspecto, parece que no habría problema para que el Estado ribereño actúe si prevé que se va a violar su normativa migratoria en la zona contigua. Sin embargo, la doctrina ha señalado que dicha jurisdicción no sería de aplicación cuando los migrantes se encuentran en la zona contigua de un Estado A, pero se dirigen a un Estado B, ya que no entraría dentro de los supuestos del artículo 33¹⁵.

2.3 La Zona Económica Exclusiva

La Zona Económica Exclusiva se extiende por 200 millas náuticas desde las líneas de base, incluyendo el mar territorial y la zona contigua.

¹⁴ Andrés Sáenz de Santa María, P., Sistema de Derecho Internacional Público, *op. cit.*, p.356.

¹⁵ International Organization for Migration, *Protection of Migrants at Sea*, 2018, p.13.

Es un espacio marino donde el Estado ribereño tiene competencias de carácter netamente económico. Por tanto, el régimen del alta mar (libertad de navegación, jurisdicción del Estado de la bandera del buque) es plenamente aplicable, salvo las especialidades señaladas en el art. 73 CNUDMAR: *“El Estado ribereño, en el ejercicio de sus derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos de la zona económica exclusiva, podrá tomar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con esta Convención, incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales”*.

Como podemos ver, estas competencias no se refieren directamente a los migrantes, pero de manera indirecta, en la medida en que se vulneren los derechos de personas que pueden estar explotadas a bordo de los buques que se encuentran en la zona económica exclusiva de un Estado ribereño, este puede aplicar las medidas señaladas en el art.73 (que pueden llegar incluso hasta el apresamiento del buque y la tripulación) para poner fin a este tipo de situaciones.

2.4 El alta mar

El alta mar es el espacio marino que no se encuadra en los anteriormente estudiados. Sería, en cierto modo, una categoría residual (a pesar de que la inmensa mayoría del espacio marino de nuestro planeta cae dentro del concepto jurídico de “alta mar”).

El alta mar es el *mare liberum* por excelencia, donde existe una absoluta libertad de navegación (que, como ya hemos visto, se extiende también, a la zona económica exclusiva y, en principio, a la zona contigua) y donde rige de manera más intensa el ordenamiento jurídico del Estado de bandera del buque, con exclusión de cualquier otro ordenamiento jurídico concurrente.

A esta situación libérrima, y de aplicación extraterritorial del derecho del Estado de bandera (casi entendido como un trozo desgajado del territorio nacional que surca los mares) se le han de aplicar dos grandes excepciones: el derecho de visita y el derecho de persecución en caliente.

Una de las consecuencias de que el alta mar sea *res communi omnium* es que, en cierta medida, hay delitos que se cometen en ella que, por su trascendencia, afectan a la humanidad entera y, por tanto, pueden ser perseguidos por cualquier Estado. Es decir, nos encontraríamos ante situaciones en que la comunidad internacional en su conjunto se ve obligada a reaccionar para proteger intereses fundamentales de la misma, para defender normas de carácter imperativo.

En este sentido, la sumisión exclusiva del buque a la jurisdicción de su bandera se excepciona en tales casos, y buques de guerra de otros Estados pueden ejercer competencias estatales sobre el buque.

Dentro de estos supuestos extremos se encuentra la trata de esclavos, que es una actividad que vulnera los principios más fundamentales de la comunidad internacional, ya que socava los más elementales principios de humanidad y de respeto a la dignidad humana. En este sentido, el art. 99 CNUDMAR estipula que “*todo Estado tomará medidas eficaces para impedir y castigar el transporte de esclavos en buques autorizados para enarbolar su pabellón y para impedir que con ese propósito se use ilegalmente su pabellón. Todo esclavo que se refugie en un buque, sea cual fuere su pabellón, quedará libre ipso facto*”.

Hay que señalar que, en el contexto del tráfico de migrantes, la referencia a la lucha contra la trata de esclavos, lamentablemente, está lejos de ser un anacronismo y, si bien, no ha habido práctica estatal al respecto, podría defenderse que el traslado de migrantes por redes criminales cuyo objeto último es su explotación económica en los países de destino es perfectamente subsumible dentro del concepto de *esclavitud*.

La esclavitud contemporánea es un problema que sigue existiendo, aunque tome formas distintas de las que revistió en siglos pasados. La lucha contra la esclavitud (y la trata de personas, que es su avatar contemporáneo) es una obligación moral y legal de los Estados, de carácter imperativo.

Asimismo, la piratería¹⁶, con una larga tradición en el derecho internacional como crimen contra el género humano (*hostis humani generis*) entra dentro de este

¹⁶ Definida en el art.101 CNUDMAR de la siguiente forma: “*Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes: a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los*

elenco de crímenes que atentan contra la esencia misma de la comunidad internacional (en este caso, contra la libertad de navegación y de comercio).

De análoga manera se trata la represión del tráfico ilícito de estupefacientes (art.108 CNUDMAR) o de la emisión de transmisiones no autorizadas desde el alta mar (art. 109 CNUDMAR).

Para luchar contra estas situaciones, el derecho del mar otorga a los buques de guerra dos herramientas fundamentales: el derecho de visita y el derecho de persecución en caliente.

En virtud del derecho de visita recogido en el art. 110 CNUDMAR, un buque de guerra que encuentre en la alta mar un buque mercante extranjero, del que tiene motivos fundados para sospechar que el buque se dedica a la piratería o a la trata de esclavos, se utiliza para efectuar transmisiones no autorizadas, no tiene nacionalidad o tiene en realidad la misma que el buque de guerra, aunque enarbole otro pabellón, *“podrá proceder a verificar el derecho del buque a enarbolar su pabellón. Para ello podrá enviar una lancha, al mando de un oficial, al buque sospechoso. Si aún después de examinar los documentos persisten las sospechas, podrá proseguir el examen a bordo del buque, que deberá llevarse a efecto con todas las consideraciones posibles. Si las sospechas no resultan fundadas, y siempre que el buque visitado no haya cometido ningún acto que las justifique, dicho buque será indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido”*.

Este derecho de inspección se complementa con el derecho de persecución (art.111 CNUDMAR), cuyo objeto es castigar las infracciones de las leyes y

pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata; c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente”.

El art.102 CNUDMAR asimismo asimila a una situación de piratería, los actos de piratería definidos en el artículo 101 perpetrados por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave.

reglamentos de un Estado ribereño cometidas por el buque dentro de los espacios marinos sujetos a la jurisdicción o soberanía del Estado.

Esta es otra excepción al régimen libérrimo del alta mar, ya que el buque infractor no puede sustraerse a la jurisdicción del Estado ribereño tan solo con entrar en el alta mar. Sin embargo, dicho derecho de persecución tiene unos límites acotados. La persecución (también llamada “persecución en caliente”) habrá de empezar mientras el buque extranjero o una de sus lanchas¹⁷ se encuentre en las aguas interiores, en las aguas archipelágicas, en el mar territorial o en la zona contigua del Estado perseguidor.

Asimismo, dicha persecución debe ser continua y no tener interrupción una vez fuera del mar territorial o de la zona contigua.

El derecho de persecución también se aplicará a las infracciones que se cometan en la zona económica exclusiva o sobre la plataforma continental respecto de las leyes y reglamentos del Estado ribereño que sean aplicables de conformidad con la CNUDMAR a dichos espacios marinos. En este caso, como hemos visto, se trata de la vulneración de derechos de orden económico, tales como, verbigracia, la persecución de la pesca ilegal.

El derecho de persecución solo podrá ser ejercitado por buques de guerra o aeronaves militares, o por otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio del gobierno.

El derecho de persecución habrá de cesar en el momento en que el buque perseguido entre el mar territorial del Estado de su pabellón o en el de un tercer Estado.

En definitiva, tanto el derecho de visita como el derecho de persecución suponen una derogación de la libertad de navegación en el mar y de la jurisdicción exclusiva del Estado de bandera. No obstante, en el caso que nos ocupa, la práctica estatal muestra que los Estados no suelen ejercer su jurisdicción sobre buques de otra nacionalidad, salvo que haya obtenido el consentimiento del

¹⁷ Esta es una precisión de enorme importancia para aquellos casos en los que el traslado irregular de migrantes se realiza a través de buques nodrizas situados en alta mar, pero cuyas lanchas se encuentran en la zona económica exclusiva o en la zona contigua.

Estado de bandera para realizar tal acción o pueda encuadrar su acción de manera clara dentro del estrecho rango de excepciones que le permite el derecho internacional del mar¹⁸.

3. El ámbito subjetivo: Las personas migrantes

Una de las preguntas que nos realizábamos en la introducción con el ánimo de tratar de darle respuesta en el presente trabajo es determinar cuál es el estatuto jurídico de las personas migrantes que se encuentran en el mar, a la hora de determinar el contenido de sus derechos y obligaciones en dicha situación.

Por lo tanto, una vez expuesta la regulación de los espacios marinos, en el presente capítulo se abordará el tratamiento, desde el punto de vista del derecho internacional, de una figura fundamental – el migrante-, así como de una figura contenida dentro del concepto genérico de migrante, pero con perfiles distintos y definidos, que le otorga la legislación internacional: el refugiado.

Por tanto, se expondrá el estatuto jurídico de los migrantes y de los refugiados, insertándolo dentro del contexto del derecho del mar y de su interacción con el mismo.

3.1 Regulación de los migrantes

En primer lugar, hay que señalar que, aunque sea una noción muy habitual y común, no existe una definición jurídica del concepto de migrante en derecho internacional.

De manera informal, la Organización Internacional para las Migraciones¹⁹ (en adelante, OIM), señala que el término “migrante” designa a toda persona que se

¹⁸ International Organization for Migration, *Protection of Migrants at Sea*, *op. cit.*, p.8.

¹⁹ La OIM, creada en diciembre de 1951 inició sus operaciones a principios de 1952 como Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas. Tras las enmiendas efectuadas a la Constitución el 14 de noviembre de 1989, hubo un cambio de denominación y el Comité se convirtió en Organización Internacional para las Migraciones. Es la principal organización internacional que trabaja con los gobiernos y

traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones²⁰.

Sin embargo, ciertas categorías de “migrantes” sí están definidas por el derecho internacional, como los migrantes económicos.

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, en su artículo 2 define al “trabajador migratorio” como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”.

Por su parte, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, pese a tener como objeto la protección de los migrantes, no define qué se entiende por “migrante”.

Sin embargo, de todos los instrumentos normativos que tratan sobre los migrantes, una idea es clara, la del cruce de fronteras.

Es decir, un migrante se caracteriza por abandonar un país (generalmente el Estado de su nacionalidad) para ingresar en otro, cruzando, en consecuencia, una frontera internacional.

En consecuencia, colectivos tales como los desplazados internos (personas que se han visto obligadas a abandonar su lugar de residencia, ya sea a causa de un conflicto armado, por violaciones de derechos humanos o causa de la producción de catástrofes naturales, pero que no cruzan las fronteras de su Estado de residencia en dicho proceso de migración interna) no son considerados como “migrantes” por el derecho internacional (ni, en general, por la normativa nacional en materia de migración).

la sociedad civil para promover la comprensión sobre las cuestiones migratorias, alentar el desarrollo socioeconómico a través de la migración y velar por la dignidad humana y el bienestar de los migrantes. El 8 de julio de 2016 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó mediante su Resolución A/70/976 el Acuerdo de Relación entre la ONU y la OIM.

²⁰ Véase <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>

En cuanto a la fundamentación positiva de dicho derecho a abandonar un país y dirigirse a otro, hay que mencionar, en primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que recoge en su artículo 13 el derecho que tiene “toda persona a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país”.

Es decir, *a priori*, el derecho a migrar (a salir del propio país) es un derecho fundamental del que toda persona es titular, según el derecho internacional, tanto de salir de cualquier país como de regresar al suyo.

En este sentido, otro de los grandes textos del derecho internacional de los derechos humanos, el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (en adelante, el PIDCP) recoge dicho derecho en su artículo 12, añadiendo que “*estos derechos antes mencionados [incluyendo el derecho a salir del propio país] no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto*”.

Dichas restricciones han de ser consideradas como excepcionales, deben ajustarse al principio de proporcionalidad y no deben comprometer la esencia del derecho²¹.

Sin embargo, la importancia del derecho a abandonar el propio país la subraya el Comité de Derechos Humanos²² en su Comentario General nº 27 cuando señala “*La libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país. En consecuencia, dicha libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la*

²¹ Como recoge el Comité de Derechos Humanos en su Observación General nº27, p.4.

²² El Comité de Derechos Humanos es un órgano creado por el PIDPC que presenta informes e interpretaciones sobre el contenido del propio Convenio y ejerce funciones cuasi-jurisdiccionales respecto del incumplimiento del mismo por los Estados parte, al que pueden recurrir los individuos que entienden vulnerados por un Estado parte los derechos recogidos en el PIDPC. En cualquier caso, el Estado debe haber reconocido a la Comisión dicha prerrogativa, y la decisión de la Comisión no tiene carácter vinculante para el Estado, sino más bien tiene valor desde el punto de vista ejemplarizante.

partida en caso de emigración permanente. Igualmente, el derecho de la persona a determinar el Estado de destino es parte de la garantía jurídica”.

Como el alcance del párrafo 2 del artículo 12 no está restringido a las personas que se encuentren legalmente dentro del territorio de un Estado, un extranjero que sea expulsado legalmente del país tiene derecho igualmente a elegir el Estado de destino, con sujeción al acuerdo de ese Estado.

A fin de que la persona pueda disfrutar de los derechos garantizados en el párrafo 2 del artículo 12, se imponen obligaciones tanto al Estado de residencia como al Estado de la nacionalidad. Como para los viajes internacionales normalmente es necesario contar con documentos adecuados, en particular un pasaporte, el derecho a salir del Estado debe incluir el de obtener los documentos de viaje necesarios. La emisión del pasaporte corresponde normalmente al Estado de la nacionalidad de la persona. La negativa de un Estado a emitir un pasaporte o prorrogar su validez a un nacional que reside en el extranjero puede privar a esa persona del derecho de salir del país de residencia y de viajar a otra parte. No constituye justificación el que un Estado alegue que ese nacional tendría derecho a volver a su territorio sin pasaporte”²³.

Por tanto, el derecho a migrar es un derecho internacionalmente recogido²⁴ de manera pacífica, al menos en los grandes textos de derechos humanos.

No obstante, podemos fácilmente comprobar cómo esto no sucede en la práctica; no existiendo nada parecido a una libertad absoluta de circulación de las personas a nivel mundial.

Esto se debe a que cae dentro de la esfera de la soberanía estatal la regulación de los flujos migratorios de no nacionales, así como el control de sus fronteras. La aplicación conjunta del principio de la soberanía nacional y del régimen internacional de los derechos humanos genera choques que, en el presente caso

²³ Comité de Derechos Humanos, Comentario General nº27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, p.3.

²⁴ Prueba del reconocimiento universal de este derecho, es el hecho de que también se recoge en el ámbito regional de los derechos humanos, como el art.2 del Protocolo nº 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, o el art.22 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o el art.12 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos. y de los Pueblos

(excepto en el caso de la admisión de nacionales en el territorio, que es un deber inderogable del Estado), se resuelve de manera favorable a la soberanía estatal, que impone sus condiciones para la entrada a su territorio (y más aún, a la permanencia) de no nacionales.

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 (en adelante, la Convención sobre los trabajadores migratorios) es el texto internacional clave a la hora de enunciar los derechos que asisten a los migrantes (y a sus familiares) que se hallen en otro Estado con intención de realizar una actividad remunerada en el Estado de destino.

Dicha Convención que, lamentablemente, no ha sido ratificada por un gran número de países (55 Estados parte, en mayo de 2020) – y especialmente, no ha sido ratificada por los países que son grandes receptores de migrantes – reconoce derechos tanto a migrantes regulares como irregulares. Los migrantes se consideran “*documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte*” (art. 5), siendo aquellos que no cumplen estas condiciones, los migrantes en situación irregular.

La Convención enumera una serie de derechos que se le reconocen a todos los migrantes, independientemente de su situación administrativa en el Estado de acogida. Estos derechos se pueden considerar como un mínimo de protección de la que goza todo no nacional que se halle en dicho Estado (coincidentes en gran parte con los derechos reconocidos en los textos de derechos humanos de carácter universal, reflejando así el carácter indivisible de los derechos humanos, que se despliegan en todas las esferas de la vida del ser humano).

Según la Convención, todos los migrantes (y sus familiares) son titulares de los siguientes derechos:

- Derecho a salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen (art.8.1)

- Derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él (art.8.2)
- Derecho a la vida (art.9)
- Derecho a no ser sometido a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art.10)
- Prohibición de la esclavitud y de los trabajos forzosos u obligatorios. En este último caso, sólo se permiten si se imponen en virtud de sentencia judicial (art.11)
- Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado (art.12).
- Libertad de los padres para que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (art.12.4)
- Libertad de opinión y libertad de expresión. Esta última puede estar sujeta a ciertas restricciones que han de ser establecidas por ley, y que han de ser necesarias para (a) respetar los derechos o el buen nombre ajenos, (b) proteger la seguridad nacional de los Estados de que se trate, el orden público o la salud o la moral públicas, (c) prevenir la propaganda a favor de la guerra y (d), prevenir toda apología del odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (art.13).
- Derecho a no sufrir injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones ni a ataques ilegales contra su honor y buen nombre (art.14)
- Derecho a no ser privado arbitrariamente de sus bienes. Si fuera expropiado conforme a la legislación del Estado en el que se encuentra, tendrá derecho a una indemnización justa y apropiada (art.15).
- Derecho a la libertad y seguridad personales, incluyendo el derecho a no ser detenidos o encarcelados de manera arbitraria. Se les reconoce toda una serie de derechos procesales, como el ser informados en un idioma que comprendan de los motivos de su detención, o el informar a las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen de su detención si lo solicita el detenido, y comunicarse con ellas (art.16).

- Derecho a ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural cuando se encuentre privado de libertad (art.17). Se indica expresamente que “*todo trabajador migratorio o familiar suyo que se encuentre detenido en un Estado de tránsito o en el Estado de empleo por violación de las disposiciones sobre migración será alojado, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperen ser juzgadas*”.

Este precepto recoge la idea de que la mera violación de las normas de migración no ha de ser equiparado a una vulneración de una norma penal, principio que es de una gran relevancia en nuestro objeto de estudio, a pesar de que la práctica estatal diste en muchas ocasiones de dotarle de un contenido efectivo.

- Derecho a tener los mismos derechos que los nacionales del Estado en el que se encuentran ante los tribunales de justicia, así como los derechos procesales penales fundamentales (art.18).
- Irretroactividad de las leyes penales (art.19).
- Derecho a no ser encarcelado por el solo hecho de no cumplir una obligación contractual, y en, concreto, el derecho a no ser privado de su autorización de residencia o permiso de trabajo ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición necesaria para dicha autorización o permiso (art. 20).
- Prohibición de confiscar o destruir los documentos de los migrantes por las autoridades (art.21).
- Prohibición de aplicación de medidas de expulsión colectiva (art.22). Toda expulsión ha de ser individual, tras haber sido examinado su caso. Derecho a apelar su expulsión, salvo que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan.
- Derecho a solicitar protección diplomática y asistencia consular de su Estado de origen, en particular en caso de expulsión. (art.23)
- Derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art.24).

- Derecho a tener el mismo trato que los nacionales en materia de empleo (art.25) y seguridad social (art.27). Derecho a la afiliación sindical (art.26).
- Derecho a recibir, en igualdad de trato con los nacionales del Estado, cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud. Dicha atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en la permanencia o el empleo del migrante (art.28).
- Derechos de los hijos de los trabajadores migratorios a tener un nombre, al registro de su nacimiento, a tener una nacionalidad (art.29), así como el derecho al acceso a la educación en igualdad de trato que los nacionales del Estado de residencia. Este acceso no podrá denegarse por la situación irregular de los padres o del niño.
- Derecho al respeto de su identidad cultural y al mantenimiento de vínculos con sus Estados de origen (art.31), derecho a transferir sus ingresos y ahorros al terminar su permanencia en el Estado de empleo (art.32), derecho a ser informados sobre sus derechos de acuerdo con la Convención y con las leyes nacionales.

Como contrapartida a estos derechos, de gran amplitud, el art. 34 señala que *“ninguna de las disposiciones de la presente Parte de la Convención tendrá por efecto eximir a los trabajadores migratorios y a sus familiares de la obligación de cumplir las leyes y reglamentaciones de todos los Estados de tránsito y del Estado de empleo ni de la obligación de respetar la identidad cultural de los habitantes de esos Estados”*. Por su parte, el art. 35 indica que *“nada de la Convención podrá ser interpretado en el sentido de que implica la regularización de la situación de trabajadores migratorios o en situación irregular o el derecho a que su situación sea regularizada”*.

Este es el umbral mínimo de los derechos que la Convención reconoce a todos los migrantes, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo.

Para los migrantes en situación regular, la Convención enuncia, además de los derechos ya mencionados, un amplio elenco de derechos, tales como el derecho a ausentarse temporalmente sin que ello afecte a su autorización de residencia

(art.38), el derecho a la libertad de movimiento dentro del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia (art.39), el derecho de asociación (art.40), derecho a la igualdad de trato de los migrantes (y sus familiares) con los nacionales al acceso entre otros, a la enseñanza, a la vivienda, a la salud o a la vida cultural (art.43), derecho a la protección de la familia (art.44), derecho a transferir ingresos y ahorros en cualquier momento (art.47), facilidades para la estancia en el Estado de empleo, derecho a gozar de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en materias de derecho laboral (art.54), protección ante la expulsión del Estado (art.56).

Como se puede observar, en la materia que nos ocupa, nos encontramos, en la inmensa mayoría de los casos, con migrantes irregulares; por tanto, es ese elenco de derechos el que nos interesa para caracterizar su estatuto (en el sentido clásico, como los derechos de los que gozaba el *peregrinus* en la Antigua Roma).

Es pertinente preguntarse qué aplicabilidad tiene esta Convención cuando se intercepta a dichos migrantes en alta mar o en espacios marinos que no están bajo la soberanía y/o jurisdicción de un Estado. Como se puede deducir, la Convención está pensando en migrantes que se encuentran en el territorio del Estado. Para responder a esta cuestión, se puede argumentar que, en cualquier caso, se aplicaría en el momento en que los migrantes en peligro hayan sido rescatados y estén bajo la jurisdicción de un buque de Estado de un Estado parte, o hayan sido desembarcados en dicho Estado. Hay ciertos derechos mínimos que el migrante tiene una vez que se halla bajo la jurisdicción de un Estado parte, además de los que recoge el derecho internacional de los derechos humanos.

Esta Convención, como hemos visto, reconoce un amplio elenco de derechos a los migrantes, debido a que es un texto relativamente reciente, que recoge muchos de los avances del derecho internacional de los derechos humanos en los cincuenta años anteriores.

Quizás este contenido tan exhaustivo, claramente enfocado hacia la idea de reconocer la mayor esfera de derechos posibles a los migrantes, haya sido una

de las razones de su falta de atractivo para los Estados receptores de migrantes, y de su falta de aceptación universal.

En aquellos Estados que no son parte de la Convención²⁵, como mínimo el régimen no derogable de los derechos humanos es aplicable a todas las personas que se encuentren en su territorio. Régimen inderogable recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos, y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura, el Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio, el Convenio sobre los derechos políticos de la mujer, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, o la Convención sobre los derechos del Niño. Asimismo, las Convenciones regionales de Derechos Humanos otorgan una protección a los extranjeros que se hallan en un Estado, aparte de las normas internas de cada Estado. Como mínimo, la protección de la vida, la dignidad, la prohibición de toda discriminación, la prohibición de la tortura o los tratos degradantes o inhumanos son mínimos inderogables que todo Estado ha de reconocer a toda persona que se halle bajo su jurisdicción (y, por ende, que se aplican en cualquier buque que enarbole cualquier pabellón).

De todas formas, para concluir esta visión sobre la regulación de los migrantes, la normativa estatal de los Estados de destino (y los Convenios internacionales de los que son parte) son de una importancia capital a la hora de considerar los derechos de los que son sujetos los migrantes en dichos Estados, siempre teniendo en cuenta el mínimo inderogable que ya se ha mencionado.

3.2 Los refugiados

Una vez descrita la regulación internacional convencional de los migrantes respecto a su estatuto jurídico, señalando los derechos y obligaciones de los que son sujeto, debemos fijarnos en una subclase de migrante, de honda raigambre en el derecho internacional, que cuenta con un estatuto diferenciado, el refugiado.

²⁵ Es decir, en la mayor parte de los Estados del mundo.

Dentro del concepto general de migrante se encuentra la figura especial del “refugiado”, institución clásica del derecho internacional, y que, como tal, fue objeto de una regulación por parte de la comunidad internacional mucho antes que la figura del migrante.

En primer lugar, hay que deslindar el derecho de “refugio” recogido en el derecho internacional (y nacional) del derecho de “asilo diplomático”, que es una institución jurídica puramente de carácter internacional. Si bien ambos conceptos están íntimamente ligados entre sí (de manera vulgar pero no por ello desprovista de rigor, podríamos decir que todo “asilado diplomático es un refugiado, pero no todo refugiado es un asilado diplomático”).

En efecto, como señala la doctrina, *“la institución del Asilo Diplomático —surgida al amparo de la ficción de la extraterritorialidad de las Embajadas—, (...) consiste en la protección que un Estado otorga a perseguidos por motivos políticos a los que acoge en sus locales y para los que solicita al Estado receptor un salvoconducto, a fin de que el asilado pueda abandonar el país”*²⁶.

Dicha institución jurídica tiene un carácter fuertemente consuetudinario (aunque ha sido codificada en algún texto internacional, como el Convenio de Caracas de 1954), siendo de aplicación eminentemente regional (es una institución esencialmente iberoamericana).

Una nota fundamental que distingue la institución del “asilo diplomático” del “refugio” es el hecho de que el asilo diplomático es un derecho, una prerrogativa del Estado que acoge al refugiado en sus locales diplomáticos y consulares, mientras que el derecho de refugio es un derecho subjetivo de toda persona, como se recoge en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁷, que señala que: *“1. En caso de persecución, toda persona tiene*

²⁶ De Yturriaga y Barberán, J.A., *Compendio de derecho diplomático y consular*, Escuela Diplomática, Madrid, 2015, p.182.

²⁷ No es este el lugar para analizar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH), adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Baste decir, no obstante, que este texto es la piedra fundacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que ha inspirado innumerables textos constitucionales (como la propia Constitución Española de 1978).

derecho a buscar asilo²⁸, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

El asilo diplomático tiene su origen en la ficción de la “extraterritorialidad” de los edificios diplomáticos, que impedía la persecución por parte de las fuerzas del orden del Estado huésped de las personas alojadas en dichos locales. Esta idea entronca con la venerable y antiquísima idea de “asilo” como “santuario”, entendida como un lugar donde la persona perseguida por la ley puede sustraerse a su aplicación. Esta idea tiene un indudable origen religioso, como se puede ver en la práctica de los “suplicantes” que se acogían a la protección del dios tutelar de un determinado templo en la antigua Grecia. Práctica que continuó en tiempos medievales y modernos como prerrogativa de determinadas corporaciones (iglesias, monasterios, universidades...) que gozaban de fueros particulares a los que los prófugos podían acogerse.

Actualmente, la ficción de “extraterritorialidad” de los locales diplomáticos ya no tiene razón de ser, sino que el derecho diplomático contemporáneo acoge la “inviolabilidad” de los locales diplomáticos, de acuerdo con el art.22 de la Convención de Viena de 1961 sobre las relaciones diplomáticas, y de los locales consulares, de acuerdo con los términos del art. 31 de la Convención de Viena de 1963, sobre las relaciones consulares.

Por su parte, el derecho de refugio, de carácter individual y personal, verdadero derecho subjetivo de toda persona, tiene como ámbito de aplicación, no de unos determinados locales, sino todo el globo terrestre (salvo, claro está, el Estado en el que se le persigue).

²⁸ De manera confusa, casi como para desmentir lo que acabamos de comentar, el texto del art.14 DUDH habla de “asilo” en lugar de “refugio”. Muchos autores y muchos textos legales los utilizan de manera indistinta. Sin embargo, la tendencia contemporánea es utilizar el término “refugiado” (aunque se hable de “solicitante de asilo”) para las personas que piden refugio cruzando la frontera física de otro país (una frontera real y no la ficticia que separa una embajada de los restantes inmuebles de la misma calle). Para evitar confundir ambos términos, reservaremos el término “asilado” para quienes solicitan asilo diplomático, acogiéndose al derecho del Estado que les acoge en su local diplomático o consular, y les proporciona su protección para abandonar el territorio del que pretenden huir.

Es cierto que, en última instancia, todo asilado diplomático es un refugiado que demanda asilo (refugio) para trasladarse a otro país. Sin embargo, un asilado diplomático no tiene por qué necesariamente dirigirse al estado de la embajada en la que se alojó (aunque sea lo más usual). Por su parte, es plenamente posible solicitar refugio en una embajada (para dirigirse posteriormente a dicho país), como recoge, por ejemplo, la legislación española, por lo que, en la práctica, muchas veces la línea entre ambas instituciones se desdibuja de manera evidente.

La definición recogida en el artículo 14 de la DUDH que vimos *supra* fue una primera aproximación a la definición jurídica, que se refinará posteriormente en los sucesivos convenios internacionales.

A este respecto, y tras una serie de intentos de regular los flujos de refugiados en el periodo de entreguerras, como consecuencia de los éxodos provocados por los drásticos cambios políticos que tuvieron lugar en Europa tras la Primera Guerra Mundial, se aprobó la norma jurídica de carácter universal que regula la figura del refugiado es la que se encuentra en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. (en adelante, la Convención de Ginebra de 1951²⁹). La Convención de 1951 fue posteriormente modificada, como veremos, por su posterior Protocolo, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967³⁰.

Sin ánimo de hacer una introducción histórica cuyo lugar no se encuentra en este trabajo, hay que precisar que la Convención de Ginebra de 1951 surge en un momento histórico muy determinado, (tras el fin de la II Guerra Mundial), con un problema de refugiados se concentraba principalmente en Europa, por lo que el ámbito subjetivo de aplicación de dicha Convención era muy limitado.

Tras la Segunda Guerra Mundial, para intentar solucionar el problema de los refugiados existente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, por un lado,

²⁹ De la que son parte, en mayo de 2020, 146 Estados.

³⁰ Del que son parte, en mayo de 2020, 147 Estados.

estableció por la resolución 319 (IV) el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR). Como se recoge en su Estatuto - aprobado por la Resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950, -y reconoce el Preámbulo de la Convención de Ginebra de 1951-, el mandato del ACNUR es *“proporcionar protección internacional, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a los refugiados³¹ que reúnan las condiciones previstas en el presente Estatuto, y de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados, ayudando a los gobiernos y, con sujeción a la aprobación de los gobiernos interesados, a las organizaciones privadas, a facilitar la repatriación voluntaria de tales refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales”*.

Por otro lado, como ya hemos comentado, se aprobó en el seno de Naciones Unidas, la ya citada Convención de Ginebra de 1951.

En este sentido la Convención de Ginebra de 1951 tenía un alcance muy limitado, y distaba de ser una norma de carácter universal sino que tenía un acusado carácter coyuntural, destinado a solucionar un problema transitorio, ya que solo se reconocía el carácter de refugiado a la persona *“que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”*, además de a quienes se les había reconocido el carácter de refugiado en virtud de decisiones adoptadas en los años 30

Debido a este carácter restrictivo, la convención hubo de ser modificada por el Protocolo de 1967, que modificaba dicho artículo, eliminando dicha restricción temporal y espacial del concepto de refugiado, universalizando el concepto, y haciendo, en consecuencia, que pudiera ser aplicable de manera genérica a un colectivo mucho mayor que el recogido en la Convención de Ginebra de 1951.

³¹ Y también de los apátridas, según amplió su mandato la Asamblea General en sus resoluciones 3274 (XXIX) y 31/36, en 1975 y 1977, respectivamente.

Con el desarrollo, de manera paralela al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos de carácter universal, del derecho internacional de los derechos humanos de carácter regional, especialmente en Europa, América y, asimismo, África, diferentes textos normativos fueron desarrollando y aplicando la noción del derecho de refugio.

Asimismo, los textos internacionales y regionales han ido inspirando la normativa nacional de los Estados al respecto, informando su normativa en materia de migración, extranjería, asilo y refugio.

A este respecto, hay que mencionar, en nuestro país, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (en adelante, la Ley 12/2009), que desarrolla ampliamente e incorpora al ordenamiento jurídico propio toda una regulación sistemática del instituto del refugio (o asilo).

Esta ley define el concepto de derecho de asilo³² y el de refugiado tomando como referencia los textos internacionales en la materia, de los que España, además, es parte. Dicha definición es muy útil, dada la distancia temporal existente respecto de la Convención de Ginebra de 1951 y la necesidad de clarificar y actualizar algunos conceptos, a causa del paso del tiempo y del conocimiento y la práctica adquiridas desde entonces. El tenor de dichas definiciones (tanto del derecho de asilo como de la de refugiado) es el siguiente:

Artículo 2. El derecho de asilo.

El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967.

Artículo 3. La condición de refugiado.

La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones

³² Para la Ley 12/2009, “refugio” y “asilo” parecen ser conceptos intercambiables, ya que, como recoge la ley, el “*derecho de asilo es la protección dispensada (...) a quienes se reconozca la condición de refugiado*”.

políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.

Además, hay que tener en cuenta que no será aplicable el Convenio de Ginebra de 1951 (y, por tanto, no podrá beneficiarse de sus disposiciones), de acuerdo con su art.1.F, a aquella persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Se desprende, entonces, de los artículos transcritos que (i) un refugiado es una persona que se halla fuera del país de su nacionalidad (o si carece de nacionalidad, al ser un apátrida, del país de su residencia habitual), por lo que ha cruzado una frontera internacional, (ii) que no puede (o no quiere) acogerse a la protección de dicho país, (iii) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a un grupo social, género u orientación sexual, (iv) y que no ha cometido crímenes internacionales ni graves delitos comunes antes de ser admitido como refugiado.

En cuanto a los derechos de los que goza un refugiado, estos se recogen en la Convención de 1951, modificada por su Protocolo de 1967, que, como bien señala su título, recoge un Estatuto del refugiado, en el que se enumera un

elenco de derechos de los que goza, similar a la Convención sobre los Trabajadores Migratorios analizada *supra*.

Este Convenio fue uno de los primeros que se realizaron en el ámbito de los derechos humanos y recoge una serie de derechos de los que gozan los refugiados. La mayoría de ellos ya son comúnmente reconocidos a cualquier migrante, pero sigue habiendo algunas (y muy relevantes) especialidades en su regulación jurídica.

Antes que nada, hay que señalar la obviedad de que todo refugiado es un migrante, pero no todo migrante es un refugiado. Más aún, todo migrante puede ser un demandante de asilo, y como tal, gozar de determinados derechos mientras se tramita su solicitud, pero no gozará de la plenitud de los derechos de un refugiado hasta que se le reconozca dicha condición (y, por el contrario, se le revocarán los derechos especiales que tuviera como demandante de asilo cuando su solicitud de asilo sea denegada por las autoridades nacionales).

La Convención de 1951 señala como obligación básica para todo refugiado la de acatar las leyes y reglamentos del país donde se encuentra, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público (art.2), y la obligación por parte de los Estados de aplicar la Convención sin ningún tipo de discriminación por motivos de raza, religión o país de origen (art.3).

Se reconoce el derecho del refugiado a practicar su religión y de la instrucción religiosa de sus hijos en las mismas condiciones que los nacionales (art.5).

Se reconocen diversos derechos de naturaleza económica al refugiado: derecho a adquirir bienes muebles e inmuebles en, al menos, las mismas condiciones que cualquier otro extranjero (art.14), derecho a la protección de su propiedad industrial e intelectual, en los mismos términos que los nacionales, derecho al empleo remunerado, en los mismos términos que el trato más favorable otorgado a un extranjero -, o en ciertas circunstancias, superior- (art.17), derecho al trabajo por cuenta propia, incluidas las profesiones liberales, en los mismos términos que el trato más favorable otorgado a un extranjero (arts.18 y 19), igualdad fiscal con los nacionales (art.29) o el derecho a transferir sus haberes a otro país (art.30).

Se les reconoce el derecho de asociación en los mismos términos que el trato más favorable concedido a los extranjeros (art.15), el derecho al libre acceso a los tribunales de justicia, en la misma condición que los nacionales (art.16), derecho a la libertad de circulación y de elección de residencia dentro del estado de refugio (art.26), así como la protección contra la expulsión del país, salvo por razones de seguridad nacional o de orden público, la cual, además, deberá ser tomada de acuerdo con el procedimiento legal vigente, asistiéndole el derecho de apelar (art.32).

De los derechos prestacionales, se les reconoce a los refugiados, el derecho a recibir el mismo trato que los nacionales cuando haya un sistema de racionamiento (art.20), el derecho a recibir el trato más favorable posible, y al menos, como a los extranjeros, en el acceso a la vivienda (art.21), el derecho al acceso a la educación elemental en las mismas circunstancias que los nacionales, y al menos como los extranjeros para el resto de educación (art.22), el derecho a tener el mismo trato que los nacionales en la asistencia y socorros públicos (art. 23) y en materia laboral (art. 24).

Es especialmente relevante el derecho que tiene el refugiado a que el Estado de acogida le preste ayuda administrativa (art.25), le expida documentos de identidad (art.27) y documentos de viaje (art.28) que le permitan trasladarse a otros Estados, así como la obligación que tiene el Estado de acogida para acelerar los trámites de naturalización (otorgar la nacionalidad) a los refugiados.

Hay tres preceptos de la Convención de Ginebra de 1951 que son de especial relevancia para nuestro estudio.

El artículo 11 trata sobre los marinos refugiados, y dispone que *“en el caso de los refugiados normalmente empleados como miembros de la tripulación de una nave que enarbole pabellón de un Estado Contratante, tal Estado examinará con benevolencia la posibilidad de autorizar a tales refugiados a establecerse en su territorio y de expedirles documentos de viaje o admitirlos temporalmente en su territorio, con la principal finalidad de facilitar su establecimiento en otro país”*.

La dicción es bastante restrictiva en su alcance, ya que parece referirse a una situación en la que un tripulante que “normalmente” está empleado en un buque,

ya es un refugiado. Es decir, no sería una situación sobrevenida de refugio, sino que la persona ya tiene la condición jurídica de refugiado en otro Estado.

En este caso, se le da la posibilidad de que el Estado de bandera del buque en el que está “normalmente” empleado, como Estado con un vínculo estable con dicha persona, *examine con benevolencia* la posibilidad de que dicha persona se establezca en su territorio de manera temporal o permanente.

El “derecho” no es tal, sino que es una mera obligación de comportamiento pero que no obliga a ninguna prestación al Estado de bandera del buque.

Otros dos preceptos de la Convención de Ginebra de 1951, que tienen mucha más relevancia que el anterior, son el art. 31 y el art. 33.

El artículo 31 regula la situación de los refugiados que se encuentran ilegalmente en el país de refugio. Dispone que:

“Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país”.

Este precepto es de una gran importancia, ya que despenaliza la entrada irregular de los demandantes de asilo que huyen del territorio donde sufren persecución. De igual manera, señala que toda restricción de circulación que se le imponga al demandante de asilo (por ejemplo, el internamiento en un centro de internamiento de extranjeros) se aplicará sólo hasta que se resuelva su demanda (el precepto no habla de la posibilidad del rechazo de su solicitud, pero

hay que entenderlo en este sentido: el derecho a permanecer en el país fenece con el rechazo de su solicitud de asilo).

Esto tiene dos consecuencias prácticas muy importantes, que son de plena aplicación a los demandantes de asilo interceptados o salvados en el mar: (i) el cruce de manera irregular de una frontera por un refugiado no es una infracción penal (el derecho migratorio ha extendido esta despenalización a todo migrante, sea demandante de asilo o no), (ii) toda restricción de derechos de los demandantes de asilo ha de ser temporal, proporcional, y no durar más que la tramitación de la demanda de asilo, (iii) si se ha de limitar la libertad de circulación de un demandante de asilo, no ha de hacerse nunca en una prisión.

Complementando este principio y, en realidad, como pieza angular de la regulación del refugio, está la prohibición de expulsión y devolución (*non refoulement*, en francés) del refugiado que estipula el art.33 de la Convención de Ginebra de 1951:

Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

La obligación de no devolución (*non-refoulement*) es un elemento fundamental del régimen del refugio. En realidad, podría decirse que es el elemento más representativo del mismo, y que ha adquirido *status* de norma consuetudinaria.

El derecho es de simple enunciación: es el derecho que tiene todo refugiado a no ser expulsado a un Estado en el que su vida o su libertad peligre por los motivos de raza religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, u opiniones políticas (la ley española añade "o por orientación sexual". No

olvidemos que el Estatuto de 1951 es un estatuto mínimo que los Estados parte pueden mejorar y complementar).

Este derecho, aunque sujeto a la restricción del apartado 33.2, tomado en conjunto con el art.31, es de gran relevancia a la hora de entender cómo ha de ser el trato al que tienen derecho los migrantes demandantes de asilo que llegan a las orillas de los países, ya sea de manera regular o irregular, a bordo de un buque o salvados en la mar.

Queremos recalcar la idea básica que no caben apriorismos por parte de las autoridades ante un demandante de asilo. Las autoridades nacionales tienen el deber de analizar y tramitar todas las demandas de asilo que se les presenten, de manera individualizada y exhaustiva.

Una de las razones principales por las cuales se generan las situaciones claudicantes de buques con migrantes cuyo desembarco se ve rechazado por parte de los Estados es, precisamente, la obligación internacional que tienen esos Estados de gestionar y tramitar las demandas de asilo cuando se les hacen llegar, sin poder rechazarlas *a priori* basándose en la llegada irregular de los demandantes de asilo, como hemos visto.

Para concluir con este breve repaso, haremos referencia a otros dos grupos especiales de migrantes, los apátridas y las personas a las que se les reconoce protección subsidiaria.

Los apátridas son aquellas personas que no son consideradas por ningún Estado como nacionales suyos, según su legislación. Su situación es similar a la de los refugiados, a los que se les asimiló en un inicio, aunque cuentan con un instrumento internacional propio (la Convención de 1954 de Nueva York, sobre el Estatuto de los Apátridas), modelado sobre la Convención de Ginebra de 1951, pero con un alcance un poco más limitado respecto de los derechos de los que gozan.

Meramente a efectos indicativos, hemos de señalar que lo comentado sobre los refugiados se les aplica *mutatis mutandis*, salvo la excepción relevante del artículo 33 del Convenio de Ginebra de 1951, que no es de aplicación a los

apátridas, en cuanto tales, por lo que el principio de no devolución no se aplica directamente a los apátridas.

Asimismo, el artículo 31 de la Convención de Ginebra de 1951 no se encuentra en la Convención de Ginebra de 1954, pero los efectos prácticos son similares. Por ejemplo, tomando el caso español³³, la solicitud del estatuto de apátrida por el interesado ha de hacerse en un plazo de un mes desde la entrada en territorio español³⁴, so pena de ser presumida como manifiestamente infundada (el refugiado tiene que “presentarse sin demora” a las autoridades según el art.31 de la Convención de Ginebra, y en el caso español, también tiene que presentar su solicitud de asilo en el plazo de un mes, véase el art.17.2 Ley 12/2009).

En cualquier caso, si el apátrida se viera incurso en una situación de persecución en el lugar de residencia, se le aplicaría la regulación del refugiado, que le es ligeramente más beneficiosa y que, en este caso, sí le reconocería plenamente su derecho a la no devolución.

Otro colectivo de migrantes que ha ido desarrollando el derecho internacional y el derecho nacional de los derechos humanos son las personas que tienen derecho a la protección subsidiaria.

La razón de ser de esta categoría jurídica es colmar las lagunas de la regulación del refugio. Como ya hemos visto, la Convención de Ginebra de 1951 tiene un elenco limitado de motivos de persecución. Para no excluir de toda protección a personas que pueden sufrir daños graves para su vida, integridad física o libertad en el país del que huyen, y como respuesta a la importancia cada vez mayor del principio de no devolución se creó la categoría de la “protección subsidiaria”.

Según la define la Ley 12/2009 en su art. 4: *“el derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a*

³³ Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida

³⁴ Salvo en los supuestos en que el extranjero disfrute de un periodo de estancia legal superior al citado, en cuyo caso podrá presentarse antes de la expiración del mismo. Véase Art 4 RD 865/2001.

su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley³⁵.

Los daños graves del artículo 10 son:

- a) la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material;
- b) la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante;
- c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.

De su enumeración se ve claramente la razón de ser de la protección subsidiaria, puesto que amplía el elenco de motivos de protección por los que dichas personas quedan amparadas bajo la protección internacional de un Estado del que no son nacionales. El desarrollo de esta categoría jurídica refleja la importancia que tiene para la comunidad internacional la protección de la vida y la dignidad del ser humano.

A la protección subsidiaria (en los Estados que la reconocen), aunque hemos tomado como ejemplo la normativa española, le es de aplicación, *mutatis mutandis*, la regulación del refugio (la Ley 12/2009, por ejemplo, trata ambas instituciones jurídicas de manera unitaria bajo la rúbrica de protección internacional).

³⁵ Estos artículos se refieren a los supuestos de criminales internacionales o personas que han cometido graves delitos en su país de origen o supongan un peligro para la seguridad de España o que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad.

4. La ley aplicable a la protección de los migrantes en el mar

Una vez expuesto el escenario físico sobre el que se desarrolla nuestro estudio, – los espacios marinos-, así como la regulación de las personas migrantes, analizaremos seguidamente la normativa marítima aplicable a la protección de los migrantes en el mar.

Hablaremos en primer lugar de aquellos migrantes que realizan su travesía de manera clandestina en un buque mercante, también conocidos como polizones.

Este grupo de personas no han sido tratadas en el capítulo anterior debido a que no son una categoría distinta de migrantes, como pueden ser los refugiados o los apátridas, sino que su regulación tiene su razón de ser en el modo en el que el migrante elige realizar su travesía.

En este sentido cualquier migrante puede ser un polizón, pero dicha condición es una condición circunstancial, que depende únicamente de la elección de su modo de realizar su migración, condición que se suma a su estatuto jurídico preexistente.

Por otro lado, posteriormente se analizará en este capítulo la regulación del salvamento y rescate de la vida humana en el mar, cubriendo así las dos vertientes principales del problema del migrante en el mar: la travesía clandestina a bordo de un buque, y la situación de peligro en el mar, para poder definir su estatuto jurídico en ambos casos.

Finalmente, en el presente capítulo se estudiará de manera sucinta la regulación internacional acerca del tráfico ilegal de migrantes, puesto que, si bien el deber de asistencia a las personas que se hallan en el mar se predica de todas las personas, muchos de los casos más conflictivos son aquellos en los que están involucrados migrantes que pretenden arribar de manera irregular a las costas de un país, y, en muchos casos, dicha travesía se realiza a través de una red ilegal, perteneciente al crimen organizado transnacional, que se aprovecha de la situación desesperada de los migrantes para venderles una travesía hacia dichos países, que se realiza, en demasiadas ocasiones, en condiciones deplorables desde el punto de vista humanitario y de seguridad.

4.1 Los polizones

Como señalábamos, el polizón es un migrante que, en lugar de hacerse a la mar o comprar un pasaje en un buque, se introduce de manera clandestina en dicho buque para trasladarse hasta uno de los puertos en los que aquel hará escala. La especialidad de su situación es, por tanto, el modo que ha elegido de realizar su movimiento transfronterizo.

No obstante, el concepto jurídico de polizón está recogido en al menos dos textos internacionales, la Convención de Bruselas de 1957 y el Convenio FAL. Procederemos seguidamente a analizar ambos instrumentos jurídicos.

4.1.1 Convención de Bruselas de 1957

Uno de estos textos está dedicado expresamente a la regulación de dicha figura, la Convención relativa a los polizones, hecha en Bruselas el 10 de octubre de 1957, en adelante, “la Convención de Bruselas de 1957”). Lamentablemente, la Convención de Bruselas de 1957 no está en vigor, ya que se requiere la ratificación de diez estados que participaron en la conferencia diplomática que dio como fruto la Convención, y actualmente solo seis de ellos lo han hecho, por lo que, a pesar de que otros cinco Estados más han accedido a la Convención, dicha condición restrictiva ha impedido su entrada en vigor³⁶. Sin embargo, la Convención tiene una indudable importancia como texto internacional que aborda la problemática de los polizones, señalando soluciones que han inspirado otros instrumentos normativos nacionales e internacionales.

El art. 1 de la Convención de Bruselas de 1957 da una definición jurídica de polizón: *“polizón es una persona que, en cualquier puerto o en sus cercanías, se oculta en un buque sin el consentimiento del armador o del Capitán o de*

³⁶ No obstante, la Gard Guidance to the Rules, http://www.gard.no/web/publications/document/chapter?p_subdoc_id=20747994&p_document_id=20747880, señala, en referencia a este Convenio que *“Although this Convention is not in force it is generally considered to be persuasive in these circumstances”*.

*cualquier persona que esté a cargo del buque y que permanece a bordo después de que el buque abandone dicho puerto o lugar*³⁷.

La regulación de la Convención de Bruselas de 1957 es el primer instrumento expresamente destinado para resolver el problema práctico que le plantea la situación de polizonaje a un armador/Capitán.

No hay que olvidar que esta regulación recoge tres puntos de vista, el del polizón y el del armador, así como el de las autoridades del Estado del puerto al que llega el buque donde se encuentra el polizón.

El artículo 2 de la Convención de Bruselas de 1957 estipula, como norma general que si, durante una travesía, el Capitán de un buque registrado en un Estado contratante halla un polizón en la mar o en puerto, puede entregar al polizón a las autoridades competentes del primer puerto de un Estado contratante al que llegue el buque tras haberse descubierto el polizón. Tras la entrega del polizón a las autoridades, el capitán les proveerá una declaración firmada relativa a toda la información que obre en su poder sobre el polizón, incluyendo su nacionalidad, su puerto de embarque y la fecha, hora y posición geográfica del buque en el momento en el que se encontró al polizón, así como el puerto de partida del buque y los subsiguientes puertos de escala.

Sin embargo, las autoridades no estarán obligadas a recibir al polizón si ya tenía una orden individual previa de deportación o de prohibición de entrada en dicho país.

El artículo 3 señala la conducta a seguir por el Estado que se ha hecho cargo del polizón tras haber abandonado la custodia del Capitán del buque.

³⁷ La versión inglesa (original) dice: “*stowaway means a person who, at any port or place in the vicinity thereof, secretes himself in a ship without the consent of the ship owner or the Master or any other person in charge of the ship and who is on board after the ship has left that port or place*”.

La versión francesa (original), por su parte, lo define como « *Passager clandestin* » signifie une personne qui, en un port quelconque ou en un lieu en sa proximité, se dissimule dans un navire sans le consentement du propriétaire du navire ou du capitaine ou de toute autre personne ayant la responsabilité du navire et qui est à bord après que le navire a quitté ce port ou lieu ».

En primer lugar, las autoridades competentes podrán devolverlo al Estado que del que consideren que es nacional.

Sin embargo, en caso de que el país del que se cree que es nacional el polizón rehúsa o rechaza su devolución (vulnerando sus obligaciones internacionales, dicho sea de paso) o por las razones mencionadas en el artículo 5.2 -de las que se hablará *infra*-, el polizón no será devuelto a su país, sino que será retornado al puerto que consideran que ha sido su puerto de embarque.

Si esto no es factible, las autoridades podrán retornarlo al Estado en el cual se llamaba la última escala anterior al momento en el que fue encontrado. En última instancia, y de manera residual, como conexión de cierre, si lo anterior tampoco es posible, la autoridad podrá devolverlo ("*return*", dice el texto en inglés) al estado contratante bajo cuyo pabellón navegaba el buque en el que se le encontró. Esta "devolución" no deja de ser ciertamente curiosa, ya que difícilmente se devuelve a quien, probablemente, jamás haya tenido vínculo alguno con un país más allá de haber abordado un buque que navega bajo su bandera.

El artículo 4 estipula que el coste de manutención del polizón en el puerto de desembarque, así como los de su retorno serán costeados por el armador sin perjuicio de su derecho de recobro, si lo hubiera, respecto del Estado del que el polizón es nacional. En todo caso, el armador costeará los costes de repatriación del polizón, pero no se hará cargo de la manutención del polizón más allá de tres meses tras haber sido entregado a las autoridades competentes.

Este artículo recoge la práctica habitual de que sea el armador (y en última instancia el P & I) quien se haga cargo de los gastos de manutención y de repatriación de los polizones.

El artículo 5 es el último relevante de la Convención sobre la regulación sustantiva de la problemática de los polizones. Un elemento muy importante es el contenido en el art.5.2 y 5.3 (el art.5.1 señala que la Convención no implicará reducción alguna de los poderes que le otorgue al Capitán del buque la legislación del pabellón), en los que se señala, sin mencionarlo, el principio básico del "*non-refoulement*".

En este sentido, el art.5.2 señala que “*el Capitán y las autoridades competentes del puerto de desembarque tendrán en cuenta las razones que puedan ser expresadas por el polizón para no ser desembarcado o devuelto a aquellos puertos o Estados mencionados en esta Convención*”.

El art.5.3 es más explícito, ya que señala que “*lo estipulado en esta Convención no afectará en modo alguno el poder o la obligación de un Estado contratante para otorgar asilo político*”.

Son formulaciones loables que, sin embargo, distan mucho de ser satisfactorias, desde el punto de vista de la protección del derecho de todo individuo a no ser devuelto a un lugar en el que su vida o su integridad física corren peligro, contenido básico del principio de “*non-refoulement*”.

En efecto, no hay ninguna prohibición de retorno del polizón a dichos lugares vulnerando dicho principio³⁸, sino tan solo un genérico “*tomarán en cuenta las razones del polizón*” y, de manera más sorprendente, parece posicionar al mismo nivel del Capitán del buque y de las autoridades competentes, dando, pareciera, competencias al Capitán en materia migratoria o de refugio.

Aparte de la ausencia de recursos ante dichas decisiones, la práctica desnaturalización del principio de “*non-refoulement*”(el Convenio sobre los refugiados es anterior, de 1951, por lo que podría haberse hecho una referencia expresa), y las poco prácticas previsiones de devolución del polizón a diferentes estados a los que quizás no tenga más vínculo que el azar hacen que no sea demasiado digno de lástima el hecho de que el Convenio no haya entrado en vigor más de 50 años tras su firma (y sin que parezca que vaya a hacerlo en un futuro).

³⁸ Que hubiera sido de utilidad respecto de los Estados que no sean parte del Convenio de Ginebra de 1951, que son los únicos vinculados por la estipulación del art. 5.3.

4.1.2 Convenio FAL

El Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional, hecho el 9 de abril de 1965 (con sucesivas y numerosas enmiendas), y que entró en vigor en 1967³⁹, (en adelante, el Convenio FAL) se adoptó bajo los auspicios de la OMI. Este Convenio tiene como propósito “*facilitar el transporte marítimo mediante la reducción del papeleo, la simplificación de las formalidades, los documentos requeridos y los procedimientos relacionados con la llegada, permanencia y salida de los buques que efectúan viajes internacionales*”⁴⁰.

Teniendo en cuenta el propósito del Convenio FAL, dedicado a cuestiones prácticas que afectan a la navegación comercial, este dedica todo un capítulo (Capítulo 4) a la regulación del polizonaje, desde un ámbito eminentemente práctico⁴¹.

El Convenio FAL consta, formalmente hablando, de dieciséis artículos y un anexo dividido en 7 capítulos. Dicho anexo es el que, regula de manera sustantiva el objeto del Convenio FAL y al que nos referiremos en el presente análisis.

En primer lugar, el Convenio FAL, al igual que el Convenio de Bruselas de 1957, incluye una definición de polizón, que es aquella “*persona oculta en un buque, o en la carga, que posteriormente se embarca en el buque, sin el consentimiento del propietario del buque o del capitán o de cualquier otra persona responsable, y a la que se detecta a bordo una vez que el buque ha salido de puerto, o en la carga durante su desembarque en el puerto de llegada, y que el capitán describe*

³⁹ El Convenio FAL tiene, en mayo de 2020, 123 Estados parte, que representan al 95,14% del tonelaje mundial.

⁴⁰ Como señala la OMI en su página web

<http://www.imo.org/es/OurWork/Facilitation/ConventionsCodesGuidelines/Paginas/Default.aspx>

⁴¹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo VII 2) a) del Convenio de Facilitación, el Comité de Facilitación, reunido en su 29º periodo de sesiones, adoptó, el 10 de enero de 2002, la resolución FAL.7(29): "Enmiendas al Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional, 1965", enmendado, a fin de introducir en el anexo del Convenio de Facilitación un nuevo capítulo 4 relativo a los polizones, que establecía normas y prácticas recomendadas para las cuestiones de polizonaje (las disposiciones sobre polizonaje del Convenio de Facilitación), y que entró en vigor el 1 de mayo de 2003.

como polizón en su notificación a las autoridades pertinentes” (Anexo. Capítulo I.A. Convenio FAL).

De hecho, el Convenio FAL no se contenta con proporcionar una definición de “polizón”, sino que también provee la definición de “polizón frustrado”: *“persona oculta en un buque, o en la carga que posteriormente se embarca en el buque, sin el consentimiento del propietario del buque o del capitán o de cualquier otra persona responsable, y a la que se detecta a bordo antes de que el buque salga de puerto” (Anexo. Capítulo I.A. Convenio FAL).*

Estas definiciones, un tanto casuistas, dan el tono general de la regulación del polizonaje en el Capítulo 4 del Anexo, centrado en la resolución de los problemas prácticos que presenta a todos los actores del tráfico marítimo.

Sin embargo, el Convenio FAL deja muy claro desde el inicio del Capítulo IV del Anexo que, en lo referente a la regulación sobre el polizonaje, se aplica como norma general interpretativa del Convenio a este respecto (Norma 4.1) que *“las disposiciones del presente capítulo se aplicarán de conformidad con los principios de protección internacional establecidos en los instrumentos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, y el Protocolo de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967, y la legislación nacional pertinente”.*

Esta disposición es de una gran importancia puesto que pone en primer plano, como no podía ser menos, el derecho fundamental que asiste a los polizones de solicitar asilo por los motivos recogidos en la normativa internacional.

La OMI ha publicado un Manual Explicativo del Convenio FAL (FAL.3/Circ.202) que, a pesar de no tener valor normativo *per se*, es un elemento fundamental a la hora de interpretar las disposiciones del Convenio, puesto que, como señala la Convención de Viena de 1969 en su art.31⁴², forma parte integrante del

⁴² Art.31.2: *“Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: (...) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado”.*

contexto para interpretar dicho texto normativo, en cuanto nos da a conocer la interpretación auténtica de las partes.

Pues bien, dicho Manual dice expresamente que *“en la norma 4.1 también se da a entender que se hará caso omiso de las normas establecidas en el Convenio de Facilitación si, contra todo pronóstico, surge una situación en la que, a pesar de la flexibilidad de las reglas, el texto es incompatible con los principios internacionales sobre la protección establecidos en los convenios internacionales”*, por lo que se ve bien a las claras que, *ratione materiae*, hay una clara relación de jerarquía entre la normativa internacional de los derechos humanos (como por otra parte no podía dejar de ser, puesto que las disposiciones de *ius cogens* -como veremos en el Capítulo V-, que son parte de dicha normativa priman sobre cualquier otra norma) y el propio Convenio, cuya naturaleza es eminentemente práctica.

Hay que señalar que la Norma 4.1 no establece un elenco limitado de normas de derechos humanos a ser aplicados por las autoridades competentes, sino que muestra como mero ejemplo ciertos instrumentos normativos. El tenor de la norma es tan amplio que puede entenderse sin mayor problema que la normativa de derechos humanos de carácter regional es plenamente aplicable en este caso, ya que, por si no quedara claro, esta normativa deviene derecho nacional de los países que lo asumen, supuesto que está plenamente acogido en la norma 4.1. Es decir, la plenitud de la normativa de derechos humanos aplicable en la jurisdicción donde se encuentre al polizón, le es plenamente aplicable.

Entre las normas y procedimientos de carácter práctico que recoge el Capítulo 4 respecto a los polizones hay que detenerse en la norma 4.3.3.1, que reza así: *“cuando proceda, los Gobiernos Contratantes procesarán conforme a su legislación nacional a los polizones, polizones frustrados y personas que ayuden a los polizones a introducirse en los buques”*. Si bien puede entenderse esta disposición como permitiendo la lucha contra el tráfico de personas o la inmigración irregular, su redacción es ciertamente criticable. El hecho de poder enjuiciar a los polizones no deja de ser una forma de criminalizar la emigración, por el mero hecho de llevar a cabo el polizonaje, siempre teniendo en cuenta que no han cometido ninguna otra infracción penal más allá del polizonaje. Más criticable aún es la explicación que hace la OMI de esta norma, que dice: *“la*

obligación de enjuiciar a los polizones no es absoluta, puesto que la frase inicial dice "cuando proceda". Por lo general, no se considerará apropiado enjuiciar a los polizones que, en opinión de las autoridades, tengan un temor justificado de ser procesados por motivos de raza, religión o ideas políticas".

Con el respeto que nos merece la labor del legislador internacional, creemos difícilmente compatible esta explicación con el régimen jurídico de los derechos humanos, particularmente el régimen de los refugiados, ya explicado *supra* y, en suma, con los conceptos más básicos de justicia. En efecto, una persona no puede ser enjuiciada por huir en un buque de un Estado en el que teme ser procesado (léase, perseguido) por motivos que, sin lugar a dudas, son repugnantes al derecho internacional y al derecho de la inmensa mayoría de los países. Como ya hemos visto, el art. 31 de la Convención de los Refugiados señala que la entrada legal o ilegal en un país no supondrá ninguna sanción penal para el demandante de asilo. Como es de lógica (y ha señalado en numerosas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional), como *prius* y condición necesaria del ejercicio de cualquier derecho está el derecho a la vida. Existen pocas acciones más justificadas que escapar de una persecución injusta.

En este análisis de la regulación que hace el Convenio FAL sobre los polizones, hay que detenerse en la regla.4.4, en la que se enuncia como norma general que *"los casos de polizonaje se tratarán de acuerdo con principios humanitarios, incluidos los indicados en la norma 4.1, prestando siempre la debida atención a la seguridad operacional del buque y a la seguridad y bienestar el polizón"* (Norma 4.4.1). Esta disposición tiene un doble objeto, por un lado, señalar los derechos mínimos que asisten al polizón ("tratamiento de acuerdo con principios humanitarios"), es decir, conforme a la normativa de derechos humanos. Esto nos genera una duda, en el sentido de si estos principios recogidos en la normativa internacional, que no se enumeran, se aplican a buques que enarbolan el pabellón de un Estado que no sea parte de dichos Convenios internacionales. A este respecto, nos inclinamos hacia una respuesta negativa. Además de los derechos humanos de los que el Estado del pabellón reconozca por ser parte en los Convenios (y en su normativa interna), solo el núcleo de derechos inderogables de todo migrante, ya expuestos *supra*, sería aplicable en todo buque, independientemente de su pabellón.

Por otro lado, esta norma busca conciliar el interés de los propietarios y el Capitán del buque, señalando que velar por la atención al polizón no implicará desatender la seguridad operacional del buque. No obstante, el Comentario del Manual de la OMI (p.54) aclara que *“Si bien éste es el principio básico [el trato humanitario al polizón], el capitán del buque y los tripulantes también velarán por la seguridad del buque, su tripulación y, cuando sea posible, la carga”*.

La norma 4.4.2 es aún más explícita en cuanto a las obligaciones del Capitán para con el polizón, imponiéndoles obligaciones concretas en este respecto: *“Los Gobiernos Contratantes exigirán que los capitanes de los buques que tengan derecho a enarbolar su pabellón adopten las medidas adecuadas para garantizar la seguridad, estado general de salud y bienestar del polizón mientras se halle a bordo, incluido el suministro de las provisiones adecuadas, alojamiento, atención médica apropiada y el uso de instalaciones sanitarias”*. A estas obligaciones hay que sumarles la obligación de no exigir a los polizones que trabajen a bordo del buque, excepto en situaciones de emergencia o en relación con su alojamiento a bordo. Si bien no se excluye la posibilidad de que los polizones puedan colaborar en el trabajo a bordo, “de manera voluntaria” como señala la OMI, hay que recordar las obligaciones en materia laboral que están vigentes, por ejemplo, en los buques de pabellón español, que excluirían esta posibilidad.

La norma 4.6.1 estipula que el Capitán tendrá la obligación de realizar todos los esfuerzos necesarios para identificar al polizón, incluyendo su nacionalidad y su puerto de embarco, y de notificar la situación a las autoridades públicas del primer puerto de escala previsto, así como al propietario del buque (obligación que, entendemos, es también extensible, al menos, respecto del arrendatario a casco desnudo del buque).

No obstante, esta obligación del Capitán ha de ser entendida como una obligación de conducta (“realizar todos los esfuerzos necesarios”) y no una obligación de resultado, ya que como señala el Manual de la OMI (p.55), *“determinar la identidad de los polizones es, en última instancia, responsabilidad de las autoridades públicas”*.

Es muy relevante, a los efectos que estamos estudiando, el contenido de la norma 4.6.3, que señala que *“los Gobiernos Contratantes darán instrucciones a*

los capitanes de los buques que tengan derecho a enarbolar su pabellón para que, cuando un polizón se declare refugiado/refugiada, atribuyan a esta información carácter confidencial en la medida necesaria para salvaguardar la seguridad del polizón". Esta norma es muy útil ya que su *ratio* es la salvaguarda de la seguridad del polizón (que se convierte en un demandante de asilo). Como señala el Manual de la OMI, e inspirado de manera evidente en el principio de *non-refoulement*, "*esta información no se pondrá en conocimiento de las autoridades públicas sin el consentimiento del polizón. Por lo general, esta información no se facilitará en ningún caso a las autoridades públicas del país de embarco*" (p.55).

Las autoridades públicas tienen el deber de informar a la OMI de todos los casos de polizonaje a través del Secretario General de la Organización (el Manual precisa que dicha comunicación deberá ser hecha semestralmente).

Asimismo, se impone la regla (norma 4.8) de que el buque no se desvíe de la travesía prevista para desembarcar a los polizones descubiertos a bordo después de que el buque abandone las aguas territoriales del país donde hayan embarcado (salvo que otro Estado, al que se dirige el buque tras desviarse, haya aceptado el desembarco, se haya organizado la repatriación en otro lugar, o por razones de seguridad, salud o humanitarias).

Según la norma 4.9.1., las autoridades públicas del país del primer puerto de escala previsto del buque, después del descubrimiento de un polizón, autorizarán su desembarco cuando éste disponga de documentos de viaje válidos para su regreso y tengan la seguridad de que se han adoptado o se adoptarán las medidas oportunas para la repatriación.

Esta obligación pasará a las autoridades de los siguientes puertos de escala si no se pudo desembarcar al polizón en el primer puerto.

En cuanto a la obligación de acoger la repatriación del polizón (norma 4.11), esta recae, como es natural, sobre el Estado de la nacionalidad del polizón (o donde tiene derecho de residencia).

El Estado de embarco (norma 4.12) del polizón tiene la obligación, cuando se determine "de modo satisfactorio" que el polizón embarcó en un puerto de su

Estado, y cuando se haya establecido que el Estado de desembarco no puede admitirlo, lo aceptará de vuelta para examinar su caso. Nótese que solo se obliga al Estado de embarco a no devolverlo a un Estado donde se hubiera determinado que no pueden ser admitido (no devolución).

También se generan obligaciones para el Estado de pabellón del buque que transporta al polizón, como es la de prestar asistencia y colaborar con el capitán/propietario del buque o la autoridad del puerto de escala para identificar al polizón y determinar su nacionalidad, así como realizar las gestiones para facilitar la devolución del polizón.

El Convenio también recomienda una práctica (regla 4.14) para la devolución de los polizones que no tengan sus documentos en regla (expedición de una carta explicativa para su repatriación).

Finalmente, la Convención se ocupa de los gastos de devolución y mantenimiento de los polizones (regla 4.15) que, siguiendo la estela del Convenio de Bruselas de 1957, recaen sobre el propietario del buque en el que se haya descubierto al polizón. Las autoridades deberán mantener dichos gastos en un nivel mínimo, si es el armador quien deba sufragarlos.

Esta es una labor que, como se ha mencionado, está cubierta por los clubes de Protección e Indemnización y en las que han desarrollado una gran experiencia práctica en la casuística.

Como se puede ver, la regulación de los migrantes que viajan de manera clandestina a bordo de los buques tiene un gran detalle, como herencia de su naturaleza casuística, cuyo objetivo es conciliar los intereses de todos los actores involucrados (Estados, armador, migrantes), respetando en todo momento los derechos fundamentales de los migrantes.

Para los Estados que no son parte del Convenio FAL, o aquellos Estados parte que juzgan imposible cumplir las normas mencionadas, o diferencias entre sus propias prácticas y dichas normas, se aplican las “Directrices revisadas sobre la prevención del acceso de polizones y la asignación de responsabilidades para tratar de resolver con éxito los casos de polizonaje”, contenidas en la Resolución

FAL.13(42), adoptada el 8 de junio de 2018 por el Comité de Facilitación de la OMI⁴³.

Estas directrices, inspiradas evidentemente en las contenidas en el Convenio FAL, no son una norma jurídica que obliguen a dichos Estados, a los que, como recoge el preámbulo de la Resolución se les “*insta (...) a que implanten en sus políticas y prácticas nacionales los procedimientos enmendados recomendados en las Directrices*”.

Como muestra de que las Directrices no crean ninguna obligación jurídica para las partes, por poner dos ejemplos, afirma que “*los polizones que buscan asilo deberían ser tratados de conformidad con los principios de protección internacionales establecidos en los instrumentos internacionales*” o que “*los Estados deberían⁴⁴ aceptar la devolución de los polizones que tengan la nacionalidad o ciudadanía plena de ese Estado o un permiso de residencia en dicho Estado*”.

Estas son dos obligaciones que incumben a los Estados según el derecho internacional, con carácter general, por lo que el carácter excesivamente cauteloso de la redacción de las directrices muestra bien a las claras su vocación de ser simplemente directrices, y de no generar obligaciones para sus destinatarios (como, por otra parte, no podía ser de otra forma).

No obstante, la voluntad que subyace tras estas Directrices es universalizar *de facto* la regulación recogida en el Convenio FAL referente a los polizones. Si los Estados destinatarios de las mismas adaptan su legislación y su práctica a dichas ideas, el propósito de las Directrices se habrá cumplido.

4.2 La lucha contra el tráfico de personas

Uno de los mayores problemas con el que se encuentran los Estados a la hora de enfrentarse con el problema de los migrantes que son rescatados en el mar

⁴³ Que sustituyen a las Directrices revisadas contenidas en la Resolución FAL.11(37), adoptada el 9 de septiembre de 2011 y que fueron también aprobadas por el Comité de Seguridad Marítima de la OMI por medio de su Resolución 312(88), adoptada el 2 de diciembre de 2010).

⁴⁴ Nuestro énfasis.

o encontrados en los buques como polizones es la lucha contra el tráfico de personas.

Según señala la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDC), “se estima que alrededor de 55.000 migrantes son objeto de tráfico ilícito de África oriental, septentrional y occidental a Europa y producen un ingreso cercano a los 150 millones de dólares para los delincuentes. Entre 1996 y 2011 como mínimo 1.691 personas perdieron la vida en viajes por el desierto, y en 2008 solamente se produjeron 1.000 muertes de resultas de viajes oceánicos”⁴⁵.

ONUDC ha estimado que, sólo del tráfico de migrantes de África hacia Europa y de Latinoamérica a América del Norte, se generan alrededor de 6.750 millones de dólares para los grupos criminales que se dedican a él.

Se estima que en 2016 unos 375.000 migrantes fueron transportados por grupos criminales desde del Norte de África y Turquía a Europa por las tres rutas mediterráneas (España, Italia, Grecia), lo que les produjo entre 320 millones y 550 millones de dólares de ingresos a las mafias encargadas de dicho transporte. A estas cifras hay que añadirles las aproximadamente 3.600 muertes que se produjeron en 2017 como consecuencia de los naufragios acaecidos durante dicha travesía⁴⁶.

De las tres rutas mediterráneas, en la del Mediterráneo Central (Libia-Italia/Malta), la mayoría de los migrantes proceden del Cuerno de África y de África Occidental, la ruta del Mediterráneo Oriental (Grecia) procede de Oriente Medio y Asia Central, principalmente de Siria, Afganistán e Irak. La mayoría de quienes optan por la ruta del Mediterráneo Occidental (España) proceden de África Occidental, Siria y Marruecos. La mayoría de los migrantes que son objeto de tráfico ilegal son hombres.

4.2.1 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes

La norma internacional que regula el tráfico ilícito de migrantes es el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la

⁴⁵ <https://www.unodc.org/toc/es/crimes/migrant-smuggling.html>

⁴⁶ UNODC, Global Study on Smuggling of Migrants 2018, Nueva York, 2018, pp. 9 y 22.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (en adelante, el Protocolo).

Como se deduce de su propia denominación, el Protocolo⁴⁷ complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que entró en vigor en 2003 y del que son parte 190 estados. Sin embargo, el Protocolo trata en particular la problemática que nos interesa, desarrollando una regulación jurídica cuyo objeto es la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes, a la vez que pretende asegurar la seguridad de los migrantes objeto de dicho tráfico.

El Protocolo define una serie de conceptos, como «tráfico ilícito de migrantes», que se entiende como *“la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”*; o «entrada ilegal», que es *“el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”*.

El espíritu del Protocolo es proporcionar protección a los migrantes objeto de tráfico a la vez que combate dicho tráfico.

El Protocolo estipula, entre otros, que los migrantes no serán perseguidos penalmente por haber sido objeto de tráfico ilegal o haber entrado irregularmente en un Estado (art.6), el principio de cooperación de los Estados para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar (art.7), así como el derecho de todo Estado parte de visitar y registrar (tras solicitud al Estado de pabellón) los buques de los que se tengan motivos razonables para sospechar que se dedica a dicho tráfico ilícito y tomar las medidas apropiadas (art.8), las cuales, respecto de las personas que se encuentren a bordo, se harán garantizando la seguridad y su trato humano (art.9), sin perjuicio de la competencia jurisdiccional del Estado del pabellón. El artículo 16 recoge la obligación de los Estados parte de proteger los derechos de los migrantes objeto de tráfico, en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles,

⁴⁷ El Protocolo entró en vigor en 2004 y tiene 149 Estados parte (datos de mayo de 2020).

inhumanos o degradantes, así como, en su caso, la obligación de informar a las autoridades consulares de los Estados de los migrantes.

El artículo 18 trata de la repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito, señalando la obligación de cada Estado parte de repatriar a los migrantes que sea nacional o tuviese residencia permanente en su territorio, sin perjuicio de los acuerdos bilaterales y multilaterales más beneficiosos en la materia. El artículo 19 aplica una importantísima (y previsible, conforme a lo ya estudiado) excepción a dicha obligación de repatriación, a saber, el principio de *non refoulement*, así como el respeto a todos los derechos de las personas con arreglo a los demás derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas de acuerdo con el derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos

4.3 El salvamento de la vida humana en peligro en el mar

La importancia del deber de salvamento de las vidas humanas en peligro en el mar es enorme, teniendo una honda raigambre. Es una obligación de carácter consuetudinario que ya consta en textos legales desde el periodo medieval⁴⁸, y que se halla ínsita en la regulación de los espacios marinos.

4.3.1 CNUDMAR

Esta convención incluye un artículo fundamental para nuestra cuestión, el artículo 98, que dispone lo siguiente:

Artículo 98

Deber de prestar auxilio

1. 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 sus pasajeros:

⁴⁸ Para una breve reseña de dichos textos véase Savage M., "The Duty of Rescue and Disembarkation in the Law of the Sea: Customary and Conventional Perspectives", 2015, p. 3, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701437

a) Preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar;

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 una posibilidad razonable de hacerlo;

c) Caso de abordaje, preste auxilio al otro buque, a su tripulación y a sus pasajeros y, cuando sea posible, comunique al otro buque el nombre del suyo, su puerto de registro y el puerto más próximo en que hará escala.

2. Todo Estado ribereño fomentará la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima y aérea y, cuando las circunstancias lo exijan, cooperará para ello con los Estados vecinos mediante acuerdos mutuos regionales.

Este artículo, sin embargo, no es novedoso en su concepción, puesto que aparece, ya en 1956, con motivo de la aprobación del borrador de artículos para el Proyecto de artículos del derecho del mar de 1956⁴⁹ (texto que sirvió de inicio a la convocatoria de la Convención de Ginebra sobre Derecho del Mar de 1958, que resultó en la adopción de cuatro convenciones distintas en materia de derecho internacional del mar: la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, la Convención sobre la plataforma continental, la Convención sobre alta mar, y la Convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos en alta mar).

Posteriormente la CNUDMAR sustituiría a dichas Convenciones, pero muchas de sus disposiciones, como la ahora tratada, se mantuvieron, en última instancia, en la CNUDMAR. Esta disposición se recoge el artículo 36, que a su vez es una copia del artículo XI de la Convención de Bruselas de 23 de septiembre de 1910 para la Unificación de Ciertas Reglas sobre Asistencia y Salvamento Marítimo. Como señalaba la Comisión de Derecho Internacional en su comentario al

⁴⁹ International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 1956, pp. 256-264.

artículo 36⁵⁰, “*the Commission deemed it advisable to include a provision to the effect that ships must render assistance to all persons in danger on the high seas*”, añadiendo que “*in the opinion of the Commission, the article as worded above states the existing international law*”⁵¹. Por tanto, en 1956 ya se entendía como norma de derecho internacional consuetudinario el tenor del art.98 de la CNUDMAR.

Un elemento que incide en la importancia consuetudinaria del deber de prestar auxilio en la mar es el hecho de su colocación sistemática en ambos textos (texto de 1956 y CNUDMAR). El artículo que regula este deber se encuentre rodeado de las disposiciones que regulan cuestiones de derecho imperativo (*ius cogens*) tales como la piratería (la consideración del pirata como *hostis human generis* es un topos común del derecho internacional clásico) o la prohibición de la trata de esclavos (disposición que es ejemplo de todos los tratadistas sobre norma de *ius cogens*).

Por tanto, estamos en un ámbito normativo en el que se protegen bienes jurídicos de una extraordinaria importancia, como por otra parte, lo es la protección de la vida humana en un contexto tan hostil como el mar.

En el caso del artículo 98 CNUDMAR, podemos observar de manera clara cómo una norma de derecho internacional termina imponiendo deberes a individuos, aunque estos no sean los destinatarios directos de la norma. Como se puede observar, el artículo impone una obligación a los Estados parte que son, a su vez, quienes han de “exigir” al capitán de un buque que enarbole su bandera que cumpla con determinadas obligaciones. Estas obligaciones se reflejan posteriormente en la legislación interna del Estado de bandera del buque. En el

⁵⁰ El texto inglés del art.36 era el siguiente: “*Article 36. Duty to render assistance Every State shall require the master of a ship sailing under its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers, (a) To render assistance to any person found at sea in danger of being lost; (b) To proceed with all speed to the rescue of persons in distress if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him; (c) After a collision, to render assistance to the other ship, her crew and her passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, her port of registry and the nearest port at which she will call*”. Como se puede observar, es prácticamente el mismo tenor que el del art.98.1 CNUDMAR, aunque falte la previsión de cooperación internacional que se recoge en el art.98.2 CNUDMAR.

⁵¹ International Law Commission, *op.cit.*, p. 281.

caso de España, dicha transposición al derecho interno de las obligaciones que el art.98 CNUDMAR le impone al capitán de un buque de pabellón español se recogen el art. 183.3 de la Ley de Navegación Marítima, que señala que

“el capitán está obligado a acudir en auxilio de las vidas humanas que se encuentren en peligro en el mar, siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su dotación o sus pasajeros, y dejando en todo caso constancia de lo actuado en el Diario de Navegación”.

Este mecanismo “en cascada” es el modo utilizado por excelencia en derecho internacional (y, en particular, en el derecho internacional de los derechos humanos) para otorgar derechos (y, en su caso, obligaciones) a los individuos. En primera instancia, son los Estados los que se obligan a conceder ciertos derechos a los individuos, y su incumplimiento genera una responsabilidad de tipo internacional, en cuanto violación del ordenamiento jurídico internacional. Salvo que el propio instrumento de derecho internacional conceda al individuo una posibilidad de reclamar el cumplimiento de dicha obligación directamente al Estado, el individuo no puede reclamar dicho cumplimiento más que en vía interna⁵², esto es, únicamente si el Estado ha desarrollado en su legislación nacional las obligaciones que ha asumido en el ámbito internacional. En tal caso, el individuo podrá invocar su derecho a la tutela judicial efectiva ante los tribunales nacionales para que se le reconozca un derecho, de origen internacional, pero que, en puridad, solo puede (generalmente) reclamar en el ámbito del derecho interno.

Sin embargo, la importancia del art.98 CNUDMAR estriba en la enumeración de las de obligaciones que impone, en última instancia, a los capitanes de los buques, delimitando *prima facie* el contenido del derecho consuetudinario al salvamento de la vida humana en el mar.

Asimismo, como elemento fundamental de la obligación del art 98 CNUDMAR, hay que señalar que esta obligación de salvamento de la vida humana en peligro en el mar no está condicionada en cuanto a su objeto. Esto es, es indiferente el estatuto jurídico que tenga la persona que ha de ser salvada para que dicha

⁵² No se evalúa aquí el caso de la protección diplomática, que se da cuando dicha vulneración la realiza un Estado del cual el perjudicado no es un nacional.

obligación exista. Por tanto, en modo alguno la situación migratoria de la persona en peligro en la mar cualifica el deber que existe para que sea salvada.

En consecuencia, toda persona ha de ser salvada si se encuentra en peligro en la mar. Todos los instrumentos jurídicos que analizaremos coinciden en ese punto. El único límite al deber de salvamento no tiene nada que ver con el status jurídico de la persona que se halla en peligro, como veremos *infra*.

Por tanto, debemos señalar que el contenido del artículo 98 CNUDMAR es un mínimo que, salvo que se regule de manera contraria, es un mínimo inderogable⁵³ del que no pueden disponer los Estados y al que tienen que ajustarse tanto los Estados como los buques que navegan por los espacios marinos.

4.3.1.1 El límite a la obligación del art.98. CNUDMAR: el grave peligro al buque o a las personas a bordo

La obligación que impone el art. 98 CNUDMAR al Capitán de un buque de salvar la vida humana en peligro en el mar tiene su límite en que dicho salvamento “*no entrañe grave peligro para [el] buque y para las personas que se encuentran a bordo* (art.10 de la Convención de Salvamento)”.

Las circunstancias que determinan “el grave peligro”, que son de orden técnico y fáctico (por lo que, hasta cierto punto, son conceptos jurídicos indeterminados), han de ser valoradas por el Capitán que, de acuerdo con el Convenio SOLAS⁵⁴, ha de registrarlas por escrito y, además, tiene la obligación de comunicar la situación de peligro de la embarcación o las personas a las que no ha podido asistir.

Asimismo, estas circunstancias de peligro para el buque o las personas a bordo pueden ser sobrevenidas (y no deberse, por tanto, a las meras condiciones en las que se desarrolle la operación de salvamento), a causa de la realización misma de la operación de rescate.

⁵³ Véase *infra* (apartado 5.1) la discusión sobre el concepto de *ius cogens* y de si el artículo 98 CNUDMAR podría incluirse bajo dicha rúbrica.

⁵⁴ Véase *infra* el apartado 4.3.4.

Ejemplo paradigmático de este supuesto fue el caso del “M/V TAMPA”⁵⁵. Este buque mercante, tras acudir a la llamada de socorro del Centro de Coordinación australiano respecto de una embarcación con migrantes en peligro en aguas de la zona SAR (zona de búsqueda y salvamento) indonesia, se vio envuelto en una situación verdaderamente peligrosa cuando, siguiendo instrucciones del Centro de Coordinación de Salvamento para desembarcar a los migrantes en Indonesia, estos se amotinaron violentamente y llegaron hasta el puente de mando, comprometiendo gravemente la seguridad operacional del buque y la de su tripulación.

La situación inicial de salvamento, en la que el capitán del buque (de bandera noruega) cumplió escrupulosamente sus obligaciones de acuerdo con el derecho marítimo internacional, devino en una situación de peligro para el propio buque y sus tripulantes a causa de la actitud de los migrantes rescatados, que no querían ser enviados a Indonesia sino a un puerto australiano (Christmas Island).

En esas circunstancias, el capitán del buque declaró que el propio buque salvador se hallaba en una situación de peligro y tomó rumbo hacia el puerto más cercano, que era la isla australiana de Christmas Island.

Australia impidió la entrada del buque en aguas australianas y amenazó con acusar al capitán del buque de violar las leyes migratorias australianas. Finalmente, las fuerzas armadas australianas abordaron el buque y trasladaron a los migrantes a un tercer país, Naurú.

Evidentemente, la postura australiana fue muy discutible desde el punto de vista del cumplimiento del derecho internacional (más aún, con la normativa en vigor en la actualidad) ya que, evidentemente, el “M/V TAMPA” no se hallaba realizando ninguna operación migratoria, sino que se hallaba incurso en una operación de salvamento, que no había concluido (ya que solo concluye cuando se deja a las personas rescatadas en un lugar seguro, como se verá *infra*, condición que el buque no tenía).

Este caso dio lugar a una modificación de la legislación australiana respecto a sus procedimientos de asilo y a que la OMI aprobase la Resolución

⁵⁵ Véase la detallada descripción de Ruiz-Gálvez Villaverde, F., “El Tampa: El otro mensaje de socorro”, (s.f.), Madrid.

MSC.167(78), de 10 de mayo de 2004, sobre las Directrices respecto al tratamiento de las personas rescatadas en la mar⁵⁶.

4.3.2 Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989.

Este Convenio (en adelante, el Convenio de Salvamento de Londres) versa sobre una institución clásica del derecho marítimo, como es el salvamento. Sustituye al anterior Convenio de Salvamento de 1910, hecho en Bruselas.

El Convenio de Salvamento de Londres define operación de salvamento como todo acto o actividad emprendido para auxiliar o asistir a un buque o para salvaguardar cualesquiera otros bienes que se encuentren en peligro en aguas navegables o en cualesquiera otras aguas (art.1).

Este Convenio tiene varios artículos de gran interés para el tema que nos ocupa.

En primer lugar, el art.10 establece la obligación de prestar auxilio en la mar a las personas en los siguientes términos: *“1. Todo capitán tiene el deber de prestar auxilio a cualquier persona que se halle en peligro de desaparecer en la mar, siempre que ello no entrañe grave peligro para su buque y para las personas que se encuentren a bordo. 2. Los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para dar efectividad al deber enunciado en el párrafo 1. 3. El propietario del buque no incurrirá en responsabilidad en caso de incumplimiento por el capitán del deber estipulado en el párrafo 1”*.

Como se puede comprobar, y esto es característico de estos convenios internacionales que tienen como destinatarios primordiales a los Estados pero que también se dirigen a otros actores, este artículo genera obligaciones para varios actores.

En primer lugar, se le genera una obligación (en consonancia con lo expresado en el art. 98 CNUDMAR, ya estudiado) al capitán del buque, que como autoridad que ejerce la dirección náutica del buque, es el responsable de determinar si es posible la prestación de la ayuda, ya que su obligación no es absoluta, sino que

⁵⁶ International Organization for Migrations, *Protection of migrants at sea*, op. cit., p.79.

está condicionada a que su asistencia no entrañe “grave peligro para el buque y las personas que se hallan a bordo”. Nótese que el peligro ha de ser “grave”, por lo que no vale cualquier peligro para que el capitán deje de cumplir su obligación. Si no concurre el supuesto de “peligro grave”, la obligación del capitán es absoluta, como ya se ha visto.

Por otro lado, el Convenio también genera obligaciones a los Estados, ya que habrán de adoptar las medidas necesarias en su legislación para que dicha obligación tenga virtualidad. Generalmente esto se recoge por su desarrollo normativo en normas administrativas y penales (castigando la omisión de socorro, por ejemplo).

En último caso, como muestra de la complejidad y la multiplicidad de relaciones que se dan en el ámbito marítimo, el artículo se refiere a otro sujeto de derecho, el propietario del buque (el armador), al cual exonera de responsabilidad por el incumplimiento por parte del Capitán de dicho deber, por lo que personaliza en el Capitán dicho deber, convirtiéndolo en el actor más relevante a la hora de la aplicación del presente artículo, ya que el criterio del Capitán no puede ser sustituido por el de ninguna otra persona, puesto que, en última instancia, es el responsable del incumplimiento con dicho deber.

El otro precepto relevante, para nuestro estudio, del Convenio de Salvamento de Londres es el artículo 16, en el que se establece el principio que el rescate de personas en el mar es gratuito y no da lugar a recompensa o remuneración alguna al respecto.

En este sentido, la regulación del salvamento de vidas humanas en el mar contrasta vívidamente con la regulación del salvamento de bienes en el mar, que el Convenio de Salvamento de Londres regula con prolijidad, y que sí están sometidos a un régimen de remuneración (e, incluso, de posibilidad de estar sometidos a contratación y a una regulación competitiva y lucrativa).

Sin embargo, el hecho de que el salvamento de la vida humana en el mar sea, por un lado, obligatorio (salvo en el caso de “grave peligro”) y, por otro lado, gratuito, indica que la naturaleza del salvamento de la vida humana es completamente diferente de la del salvamento de bienes.

En definitiva, el Convenio de Salvamento de Londres no trata con profundidad este asunto, pero establece dos principios fundamentales que están en consonancia con el resto del derecho internacional marítimo en la materia, que el salvamento de las vidas humanas en peligro en el mar es obligatorio (salvo “grave peligro”) y gratuito.

4.3.3 Convenio SAR

Uno de los instrumentos normativos más importantes a nivel internacional relativos a la protección de la vida humana en el mar es el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento 1979, hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979 (en adelante, el Convenio SAR⁵⁷).

A este Convenio se han adherido 113 Estados parte, que representan el 80,35% del tonelaje mundial⁵⁸, y tiene como objeto *“elaborar un plan internacional de búsqueda y salvamento, de modo que, independientemente del lugar en donde ocurra un accidente, el salvamento de las personas que necesiten auxilio sea coordinado por una organización de búsqueda y salvamento y, cuando sea necesario, mediante la cooperación entre organizaciones de búsqueda y salvamento vecinas”*.

Por un lado, los Estados parte están obligados a garantizar que se tomen medidas para la creación de servicios de búsqueda y salvamento adecuados en sus aguas costeras.

Mientras que, por otro lado, en su vertiente de fomento de la cooperación internacional, el Convenio alienta a las Partes a concertar con Estados vecinos acuerdos de búsqueda y salvamento que impliquen el establecimiento de regiones de búsqueda y salvamento, la utilización conjunta de las instalaciones, o el establecimiento de procedimientos comunes.

En concreto, como consecuencia del Convenio SAR, se han dividido las aguas del planeta en una serie de Regiones de Búsqueda y Salvamento (en adelante, zonas SAR).

⁵⁷ Debido a su acrónimo en idioma inglés, “Search and Rescue Convention”.

⁵⁸ [http://www.imo.org/es/About/Conventions/ListOfConventions/Paginas/International-Convention-on-Maritime-Search-and-Rescue-\(SAR\).aspx](http://www.imo.org/es/About/Conventions/ListOfConventions/Paginas/International-Convention-on-Maritime-Search-and-Rescue-(SAR).aspx)

Hay que señalar que toda división de los espacios marinos en virtud del Convenio SAR no “*prejuzgará las reivindicaciones y tesis jurídicas presentes y futuros de cualquier Estado respecto del Derecho del Mar y de la naturaleza y el alcance de la jurisdicción de los Estados ribereños y de los Estados de pabellón*” (art. II).

Esto es, que unas aguas estén en la zona SAR de un Estado no implica en modo alguno que dicho Estado ejerza soberanía sobre dichas aguas, que pueden ser, bien alta mar, bien ser aguas bajo la soberanía o jurisdicción de otro(s) Estado(s).

El Convenio SAR establece, en su apartado 2.1.4 del Anexo que cada zona SAR se establecerá por acuerdo entre las Partes interesadas.

Si no lograsen ponerse de acuerdo sobre las dimensiones exactas, las Partes se esforzarán al máximo por convenir medidas adecuadas para lograr en esa zona una coordinación global equivalente de los servicios de búsqueda de salvamento.

Esta regulación, un tanto laxa, genera ciertos problemas, ya que ciertos Estados, al no ponerse de acuerdo con sus vecinos, delimitan su zona SAR de manera unilateral, por lo que se producen superposiciones de varias zonas SAR nacionales, lo que puede llevar a soluciones subóptimas a la hora de llevar a cabo las operaciones de búsqueda y salvamento.

Otro problema deriva del hecho de que algunos Estados con zona SAR no tienen los medios adecuados para cumplir con sus funciones, (como, por ejemplo, Estados fallidos como Libia o Somalia), lo que conlleva una desprotección de los migrantes que se hallan en peligro en dichas aguas.

Se estipula la creación de centros coordinadores de salvamento⁵⁹ (CCS), que son los centros encargados de promover la buena organización de servicios de búsqueda y salvamento y de coordinar la ejecución de las operaciones de búsqueda y salvamento dentro de una zona SAR.

En lo referente a la actuación operativa, el Convenio SAR distingue entre fase de incertidumbre, fase de alerta y fase de socorro, señalando el procedimiento a seguir por el centro coordinador en estas circunstancias.

⁵⁹ Y subordinados a estos, la creación de subcentros de salvamentos.

Referente a la materia que más nos interesa, como son los migrantes en peligro en el mar, hay que señalar que el Convenio SAR estipula que *“el concepto de persona en peligro en el mar también abarca a las personas necesitadas de auxilio que hayan encontrado refugio en la costa, en un lugar aislado de una zona oceánica, inaccesible a medios de salvamento que no sean los estipulados en el presente anexo”*.

Por lo tanto, el concepto de “persona en peligro en el mar” es un concepto amplio, que incluye no solo aquellas personas que se hallan en el agua, sino también, por ejemplo, aquellos naufragos que se hallen en islas, atolones o lugares inhóspitos que no cumplen los requisitos para ser considerados como un “lugar seguro”, en el sentido en que veremos infra.

Hay que tener en cuenta que el objeto fundamental del Convenio SAR es el salvamento de las personas que se hallan en peligro, no así ser un instrumento de política migratoria. Esto no quiere decir que el rescate de personas en la mar no pueda tener importantes consecuencias desde el punto de vista migratorio.

A este respecto, se han dado ciertos casos de llegadas masivas de migrantes a ciertos islotes deshabitados, pertenecientes a España, pero que se encuentran a pocos cientos de metros de la costa marroquí, en plena zona SAR marroquí. Dichos islotes, completamente deshabitados, son un lugar inhóspito (y en modo alguno, un “lugar seguro”), por lo que, considerando el precepto anteriormente mencionado, los migrantes podrían ser considerados como “personas en peligro en el mar”, por lo que la actuación de los servicios de salvamento marroquíes embarcando a dichos migrantes y desembarcándolos en la costa marroquí no vulneraría, *a priori*, el derecho de los migrantes a la no devolución, aunque hubieran alcanzado territorio español.

Entendemos que, durante dicha estancia en el islote español, continuaba la situación de peligro en el mar, de acuerdo a lo definido en el Convenio SAR, a la que solo ponía fin el desembarco de los migrantes en un “lugar seguro”, a saber, la costa marroquí (evidentemente, sujetos al requisito de que no se vulnerasen sus derechos humanos en Marruecos). La estancia en dicho islote sería análoga al rescate de unos migrantes en las aguas de jurisdicción o soberanía de un

Estado pero que, finalmente, son llevados a otro Estado de acuerdo con la práctica habitual de los Estados parte.

Además, si existiera la negativa por parte de los migrantes a su salvamento, en la idea que estarían sujetos a la jurisdicción española, estaríamos ante una autopuesta en peligro que, si bien no impide el derecho a ser salvado, sí que finalizaría por obligar al Estado responsable de su salvamento a tener que intervenir para salvar sus vidas⁶⁰.

Un elemento clave (y controvertido) en toda operación de salvamento de migrantes es el lugar de su desembarco, puesto que el Estado donde desembarcan, automáticamente asume una serie de obligaciones respecto de los migrantes, especialmente la de no devolución (y, por tanto, la tramitación individual de la solicitud de asilo).

La situación en la que un buque de Estado es el buque rescatador no ofrece gran problemática: o bien se dirigirá hacia el territorio que le indique el CCS o, en caso de conflicto, desembarcará en las costas del Estado del que enarbola su bandera.

En cambio, más dramática puede ser la situación para un buque mercante o pesquero de un tercer Estado, que salva a los migrantes. En este caso, el Capitán (y el Armador) tiene como interés principal (además del bienestar de las personas a bordo) desembarcar lo antes posible y continuar con su travesía programada.

Para evitar que sea rehén del tira y afloja de los Estados ribereños que rehúsan aceptar el desembarco de los migrantes en su territorio, el Convenio SAR señala en el apartado 3.1.9 del Anexo que *“las Partes se coordinarán y colaborarán entre sí para garantizar que los capitanes de buques que presten auxilio*

⁶⁰ Más aún, en el contexto de la reciente (y discutida) sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *de N.D. y N.T. contra España (Recursos núm.8675/15 y 8697/15)*, si bien no se cambian los criterios sobre no devolución en el mar (circunstancia que el Tribunal menciona expresamente), se señala que si los migrantes se pusieron deliberadamente en una posición ilegal para cruzar a España, pudiendo haber elegido un procedimiento legal, que estaba a su disposición, para solicitar el asilo, pierden su derecho a no ser expulsados por el Estado en cuestión, a otro Estado donde no corren el riesgo de ser perseguidos. Evidentemente, esto no deja de ser una evaluación fáctica, que ha de tener en cuenta las circunstancias del caso.

embarcando a personas en peligro en el mar sean liberados de sus obligaciones con una desviación mínima del buque de su viaje proyectado, siempre que la liberación no ocasione nuevos peligros para la vida humana en el mar. La Parte responsable de la región de búsqueda y salvamento en la que se preste dicho auxilio asumirá la responsabilidad primordial de que tales coordinación y colaboración se produzcan de modo que los supervivientes auxiliados sean desembarcados del buque que les prestó auxilio y entregados en un lugar seguro, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y las directrices elaboradas por la Organización [OMI]. En estos casos, las Partes tomarán las medidas pertinentes para que ese desembarco tenga lugar tan pronto como sea razonablemente posible”.

Sin embargo, de esta regla, no queda claro qué Estado asume la responsabilidad del desembarco si las Partes no se ponen de acuerdo.

Esta norma se aclara leyendo los “Principios relacionados con los procedimientos administrativos para el desembarco de personas rescatadas en el mar”, redactados por la OMI en 2009, (en adelante, los Principios Administrativos OMI de 2009), que señala que, en última instancia, si el desembarco no puede organizarse rápidamente, el Estado responsable de la zona SAR debería aceptar que el desembarco tenga lugar en un lugar seguro bajo su control.

Evidentemente no es una obligación jurídica *stricto sensu*, pero indica claramente una obligación residual por parte del Estado en cuya zona SAR fueron salvados, algo que, por otra parte, es completamente lógico⁶¹.

Finalmente, hay que hacer referencia al concepto de “lugar seguro”, al que se refiere el Convenio SAR en su apartado 1.3.2, como el lugar donde concluyen las operaciones de salvamento.

El Convenio SAR no lo define (por lo tanto, no hay definición jurídica del mismo), pero la Resolución MSC.167 (78) de la OMI, sobre las Directrices respecto al Tratamiento de las personas rescatadas en el mar define “lugar seguro” como *“un sitio en el que se considera que terminan las operaciones de salvamento.*

⁶¹ Véase *infra* apartado 5.2.1.2.

También es un lugar en el que la vida de los supervivientes ya no está amenazada y donde pueden satisfacerse sus necesidades humanas básicas (tales como alimentación, abrigo y atención médica). Además, es un lugar en el cual pueden concluirse acuerdos para el transporte de los supervivientes hasta su destino próximo o final. (Directriz 6.12)

Continúan estas directrices señalando que el buque de rescate no ha de considerarse un lugar seguro, únicamente porque los supervivientes ya no estén en peligro inmediato, ya que hay que considerar las circunstancias del propio buque. (Directriz 6.13)

Sin embargo, un lugar seguro puede estar en tierra o a bordo de una unidad de salvamento o de otro buque adecuado o de una instalación en el mar, que pueda servir como lugar seguro hasta tanto los supervivientes sean desembarcados en su próximo destino. (Directriz 6.14).

Finalmente, respecto del desembarco se señala *“la necesidad de evitar el desembarco en territorios en los cuales la vida y libertad de las personas que invoquen un temor fundado de persecución estaría amenazada, es un elemento que debe tenerse en cuenta en el caso de las personas que solicitan asilo y de los refugiados rescatados en el mar”* (Directriz 6.17).

4.3.4 Convenio SOLAS

El Convenio sobre la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974 (en adelante, el Convenio SOLAS) es, como señala la doctrina más acreditada *“el más importante de todos los convenios multilaterales de seguridad marítima”*⁶², y constituye uno de los tres pilares convencionales emanados de la OMI⁶³.

⁶² Véase Gabaldón García, J.L., *Curso de Derecho marítimo internacional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p 117 y ss.

⁶³ Junto con el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, modificado por el Protocolo de 1978 y por el Protocolo de 1997 (Convenio MARPOL), y el Convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar, 1978 (Convenio STCW), enmendado en 1995 y 2010. <http://www.imo.org/es/About/Conventions/ListOfConventions/Paginas/Default.aspx>

Este convenio, que ha sido objeto de continuas revisiones y puestas al día atendiendo a las necesidades del momento, tiene un alcance prácticamente universal, ya que los Estados parte del mismo son 165, que representan el 98,98% del tonelaje mundial.

En el Convenio SOLAS se trata de manera exhaustiva la materia relativa a la seguridad en el mar en todos sus aspectos, desde la construcción de los buques hasta la gestión de las cargas transportadas, pasando por las cuestiones relativas a los buques nucleares.

En la materia que nos ocupa, hay que referirse a las reglas 7 y 33 del Capítulo V (“Seguridad de la navegación”), que se encuentran en plena consonancia con los convenios ya estudiados.

Por un lado, la regla 7 señala la obligación de todo Estado parte de *“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”*.

Por otro lado, la regla 33 tiene como destinatario a todo capitán de un buque que se halle en navegación, el cual *“estando en condiciones de prestar ayuda, reciba una señal, 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”*.

Si el buque no puede prestar auxilio, circunstancia que decidirá el Capitán, anotará su razón en el diario de navegación, debiendo informar debidamente de ello a los servicios de búsqueda y salvamento pertinentes.

El capitán quedará relevado de dicha obligación cuando tenga conocimiento de que su buque no ha sido requerido y que uno o más buques lo han sido y están atendiendo el requerimiento, o cuando se le informe que el auxilio ya no es necesario.

Es relevante hacer notar que la propia regla señala que sus disposiciones no van en menoscabo de lo dispuesto en el Convenio de Salvamento, por lo que han de entenderse como complementarias a este Convenio.

En definitiva, el Convenio SOLAS no hace sino reafirmar la obligación que tiene todo capitán de un buque de socorrer, “cuando esté en circunstancias de prestar ayuda” a toda persona que se halle en peligro en el mar, en plena consonancia con los Convenios ya estudiados, reforzando una obligación (el salvamento de la vida humana en peligro en el mar) de carácter consuetudinario por su repetida enunciación en los Convenios multilaterales marítimos.

4.3.5 La obligación de salvamento de la vida humana en el derecho internacional privado

Hemos visto cómo las convenciones multilaterales imponen la obligación de salvamento de la vida humana a los Estados y, asimismo, a los capitanes de los buques que se hallen en navegación y que tengan noticia de que hay vidas humanas que se hallan en peligro en el mar.

En este último caso, hemos visto cómo las legislaciones nacionales del Estado de bandera imponen este mismo deber al capitán del buque, al que compete la dirección náutica del buque.

Sin embargo, esta obligación no deja de crear un conflicto respecto de los intervinientes en la aventura marítima. En efecto, el buque ha de desviarse de su ruta prevista para realizar dicho salvamento, con los consecuentes retrasos y costes que se pudieran generar. A este respecto, el derecho internacional mercantil (la *lex mercatoria*) se ha ocupado de regular este punto (así como la legislación nacional), indicando quién ha de soportar este retraso, si el porteador o los otros intereses de la carga.

Las Reglas de La Haya-Visby⁶⁴, que son el conjunto de normas facultativas que regulan el transporte de mercancías por mar en régimen de conocimiento de embarque, recoge en su art 4 que “*ni el porteador ni el buque serán responsables por pérdida o daño [a las mercancías] que resultan o provengan: (...) de salvamento o tentativa de salvamento de vidas o bienes en el mar*”⁶⁵

⁶⁴ Nombre por el que también se conoce al Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, hecho en Bruselas, 25 de agosto de 1924, modificado posteriormente en 1968 y 1971.

⁶⁵ Hay que señalar que el concepto de daños a la mercancía es muy restrictivo en las Reglas de La Haya Visby, y no incluye los daños causados por el retraso.

De manera coincidente con las Reglas de La Haya-Visby, los convenios multilaterales que han intentado sustituirlas, en materia del transporte marítimo de mercancías (Reglas de Hamburgo, de 1978 y Reglas de Rotterdam, de 2009) van en la misma dirección.

Las Reglas de Hamburgo señalan en su artículo 5.6 que “*el porteador no será responsable, salvo por avería gruesa, cuando la pérdida, el daño o el retraso en la entrega hayan provenido de medidas adoptadas para el salvamento de vidas humanas o de medidas razonables adoptadas para el salvamento de mercancías en el mar*”, mientras que las Reglas de Rotterdam, en su art.17.3. señalan que el porteador quedará asimismo exonerado de responsabilidad por los daños, pérdidas a la mercancía, así como del retraso en su entrega, en caso de salvamento o tentativa de salvamento de vidas en el mar⁶⁶.

Como se puede observar, estos Convenios no imponen ninguna obligación, sino que se limitan a no hacer responsable al porteador por los daños o perjuicios que implica cumplir con la obligación del salvamento de la vida humana en el mar que impone el derecho internacional marítimo.

Al ser normas destinadas a particulares, con carácter dispositivo y no imperativo (características fundamentales de la *lex mercatoria*), las partes pueden inaplicar dichas normas. Sin embargo, esto sólo tendría como consecuencia que, por ejemplo, el porteador tuviera que soportar los perjuicios causados a los intereses de la carga debidos al retraso causado por las operaciones de salvamento de vidas en la mar.

Sin embargo, nunca podría un contrato de transporte prohibir que el buque se desvíe para salvar a unas personas que se hallan en peligro en la mar, ya que esta es una obligación que incumbe al capitán del buque en virtud de una norma de carácter consuetudinario y convencional, que es indisponible para las partes, puesto que su transgresión violaría tanto la normativa internacional como las leyes nacionales (las penales, por ejemplo), por lo que tal cláusula contractual sería nula de pleno derecho.

⁶⁶ En derecho español, el art.222 de la LNM recoge esta misma idea.

Por tanto, el derecho mercantil internacional está en plena consonancia con el reconocimiento del deber de los capitanes de los buques de salvar a las personas que se hallen en peligro en el mar, eximiendo, en principio, al porteador de cualquier responsabilidad por la realización de tales operaciones de salvamento, como contrapartida de dicha obligación indisponible.

5. El Conflicto. El ejercicio de los derechos humanos en los espacios marinos frente a la soberanía nacional

Una vez expuestos los principios generales que regulan los espacios marinos, el estatuto de las personas migrantes, y la normativa aplicable a su tratamiento específico cuando se encuentran en el mar, es el momento de analizar si todos estos subsistemas jurídicos conviven entre sí de manera armónica y regulan de manera suficiente, completa y satisfactoria las situaciones que involucran a los migrantes en el mar, proporcionando al mismo tiempo la necesaria seguridad jurídica a todos los actores involucrados.

5.1 Relación entre el derecho internacional y derecho nacional en los espacios marinos: *ius cogens* y soberanía nacional.

Como ya hemos visto, en la regulación relativa a la protección de los migrantes en el mar se superponen el derecho internacional y los derechos nacionales. Sin embargo, en principio, nada de lo que se ha expuesto pareciera generar excesivos problemas, desde el punto de vista teórico.

Por poner un ejemplo en este sentido, hemos visto cómo el estatuto jurídico de las personas que se encuentran en peligro en el mar carece de relevancia alguna a la hora de determinar el contenido de sus derechos y obligaciones en dicha situación. Esta cuestión parece, a primera vista, carente de posibilidad de conflicto, a la vista de la legislación que ha sido analizada en el Capítulo IV.

Podría decirse que la persona que está en peligro en el mar es solo eso, una persona en peligro, sin que quepa ninguna otra cualificación, y respecto de la cual se predica, de manera indefectible y sin matización alguna el derecho a ser salvado en la medida en que corra peligro su vida en el mar.

Sin embargo, lamentablemente, como podemos ver en demasiadas ocasiones, el estatuto jurídico de las personas que se hallan en peligro en el mar tiene trascendencia práctica a la hora de determinar el alcance de dicha asistencia.

Descendiendo al terreno de los hechos, no parece suponer controversia alguna el salvamento de unos pescadores que acaban de sufrir un naufragio, pero, sin embargo, hay Estados que rehúsan aceptar en sus puertos a grupos de migrantes o demandantes de asilo que, bien han sido rescatados por otro buque o bien se encuentran a bordo de un buque en una situación de gran precariedad e inminente peligrosidad.

La nota que, *grosso modo*, parece generar esta diferencia de trato de los Estados respecto de las personas en peligro en el mar es el estatus migratorio de las personas salvadas.

En efecto, y como veremos en el presente Capítulo V, el choque entre la normativa de derechos humanos y de derecho del mar, de origen internacional, y la legislación nacional relativa al control migratorio y de extranjería, es el nudo gordiano de la situación, dramática y disfuncional, que es el núcleo principal del presente trabajo.

En este sentido, basta una somera observación de la realidad de los migrantes en el mar para observar que, lejos de ser un área donde la práctica de los Estados es pacífica, los casos en las que se vulneran los derechos de los migrantes, o en las que se producen situaciones fácticas claudicantes son ciertamente numerosos.

Estas situaciones claudicantes, como veremos, en última instancia están causadas por el choque de la legislación nacional y la internacional, y por las lagunas que pueden surgir como consecuencia de una regulación que no contempla de manera exhaustiva todos los supuestos que pueden darse en la realidad.

Sin embargo, como hemos indicado, si hemos de resumir dicho conflicto, deberíamos decir que, en puridad, el conflicto se da entre el derecho nacional migratorio y de extranjería de los Estados y el derecho internacional (marítimo y de los derechos humanos), y las lagunas creadas en los intersticios de ambos ordenamientos jurídicos.

Los casos de conflicto responden a un esquema bastante unitario: en general, se trata de problemas sobre cómo proceder con migrantes que son encontrados en un espacio marítimo que no está situado en la zona que se encuentra bajo la soberanía del Estado ribereño.

En el caso de que dichas personas se hallen en peligro, una vez que son salvadas del peligro inmediato de muerte, comienza un tira y afloja sobre cómo proceder con ellas (o incluso, con carácter previo, quién se encarga de su salvamento), y dónde depositarlas.

Esto es, no es tan problemático para los Estados la prestación del servicio de salvamento a las personas en peligro en el mar (aunque, indudablemente, esto tenga una gran relevancia práctica para aquellos actores no estatales que se ven involucrados en las operaciones de salvamento, como pueden ser los buques mercantes o pesqueros que cumplen con su deber de salvamento de dichas personas) como el momento posterior al salvamento. Esto es, lo que preocupa a los Estados es cómo proceder administrativamente con los migrantes que acaban de ser salvados (y, si más allá del mero hecho de salvarlos, están obligados a otorgarles más derechos).

Así las cosas, como el ejemplo mismo del deber de salvamento a las personas en peligro en el mar muestra bien a las claras, no estamos entre un choque entre el derecho internacional y el derecho nacional, sino en cómo el derecho nacional asume las obligaciones internacionales que se le impone al Estado, y cómo colma las lagunas de la legislación internacional.

En efecto, no podemos olvidar que los objetivos de la normativa internacional sobre el derecho del mar, o la normativa internacional sobre los derechos humanos, y los de la normativa nacional migratoria son distintos entre sí, aunque, si bien, (y esta es la posición que asume decididamente el presente trabajo) deberían ser plenamente compatibles.

Por un lado, los objetivos del derecho internacional del mar son, en general (y tomando como referencia la exposición de motivos de la CNUDMAR): “(...) *establecer por medio de esta Convención, con el debido respeto de la soberanía de todos los Estados, un orden jurídico para los mares y océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos de los mares y océanos, la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos*”.

Mientras que el derecho internacional de los derechos humanos se ocupa de “*asegurar la protección de todos los seres humanos, con independencia de cualquier circunstancia o condición personal, frente a aquellos actos u omisiones de los poderes estatales, incluso del Estado del que son nacionales, que desconozcan o vulneren sus derechos y libertades fundamentales*”⁶⁷.

Por su parte, el derecho migratorio nacional tiene, en el ámbito que nos ocupa, como objeto principal la regulación y el control de los flujos migratorios, especialmente de los inmigrantes.

Por ejemplo, la UE (ejemplo clásico de un territorio receptor de migrantes) señala que “*la Unión tiene como objetivo establecer un enfoque equilibrado para gestionar la inmigración legal y luchar contra la inmigración irregular. Una gestión adecuada de los flujos migratorios exige asimismo garantizar un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residen legalmente en los Estados miembros, mejorar las medidas de lucha contra la inmigración irregular, incluidos la trata y el tráfico de personas, y fomentar una cooperación más estrecha con terceros países en todos los ámbitos. La Unión busca establecer un nivel uniforme de derechos y obligaciones de los inmigrantes legales comparable al de los ciudadanos de la Unión*”⁶⁸.

En los objetivos de la política migratoria de los Estados (y de los actores supranacionales como la UE, que tienen (ciertas) competencias en la materia) cabe cierta modulación en los objetivos que persiguen. Mientras ciertos países

⁶⁷ Andrés Sáenz de Santa María, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, op. cit., p.419.

⁶⁸ Véase en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/152/la-politica-de-inmigracion>

están interesados en atraer migrantes (por ejemplo, los países latinoamericanos a principios del siglo XX), otros Estados tienen un mayor interés en regular rígidamente los flujos de inmigrantes (países receptores de migrantes). Por su parte, un tercer grupo de Estados (países emisores de migrantes) se centra en la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos que migran hacia otros países. En este sentido puede haber intereses que sean transversales, como muestra la UE, al perseguir como uno de sus objetivos “la lucha contra la inmigración irregular”, incluyendo bajo esta rúbrica la lucha contra el tráfico y la trata de personas.

Asimismo, hay que señalar que las políticas migratorias (y los objetivos perseguidos a través de las mismas) varían enormemente en el tiempo, dependiendo del contexto, lo que añade un elemento de inseguridad jurídica que contribuye a que se den desajustes en su aplicación práctica.

En consecuencia, al tratar con tres subsistemas jurídicos que difieren no solo en sus objetivos sino también en su objeto, es previsible que, como ocurre en la práctica, se den desajustes y situaciones claudicantes que, en muchos casos, lamentablemente, provocan verdaderos dramas humanos.

La premisa de la que se ha partido en el presente trabajo para analizar este problema jurídico y fáctico es la de primar, a igualdad de condiciones, la protección de los derechos de la parte más débil. En el caso que nos ocupa, el demandante de asilo, la persona víctima de trata, el migrante que se hallan en una situación de peligro en el mar, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que los otros actores, en principio, no comparten.

No obstante, los derechos de todas las partes involucradas (terceros salvadores, Estados...) serán igualmente considerados en el presente análisis. No obstante, hay que señalar que los derechos que todo ser humano tiene, que le reconoce el derecho internacional por el mero hecho de su pertenencia a la especie humana, son irrenunciables e imprescriptibles y, por tanto, no son susceptibles de compromiso cuando colisionan con otros derechos de otros actores, que no sean de la misma naturaleza jurídica.

De la exposición de la normativa efectuada en los capítulos precedentes, se puede concluir, de manera pacífica, que la obligación de salvar a alguien que se

encuentra en peligro en el mar es una obligación que ha de cumplirse, como norma general, con las especialidades que ya hemos visto (y que se refieren fundamentalmente a la seguridad del buque salvador).

Para analizar la colisión entre el derecho internacional y el derecho interno, es necesario referirse al concepto de *ius cogens*, el cual ya se ha mencionado en este trabajo, pero que ahora analizaremos en mayor detalle.

En este sentido, el derecho internacional nos proporciona una definición de lo que es una norma que tiene carácter de *ius cogens*. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 (Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general [*"ius cogens"*]) dispone que:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Esto es, una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*) es (i) una norma aceptada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, (ii) que no admite acuerdo en contrario (es decir, no es una norma derogable por la voluntad de los Estados) y (iii) que solo puede ser modificada por una norma posterior que tenga el mismo carácter.

Las normas de *ius cogens* son la excepción por antonomasia, que recoge el derecho internacional, a la soberanía de los Estados como creadores de normas internacionales, y al relativismo del derecho internacional, entendiendo como relativismo el principio según el cual los Estados eligen cuándo y cómo obligarse internacionalmente respecto de otros Estados.

En el caso de las normas de *ius cogens*, estas se imponen a los Estados incluso frente a su (posible) oposición a la misma, al contrario de lo que sucede con las normas internacionales de origen consuetudinario o convencional, ya que, en el caso de las normas consuetudinarias, cabe la posibilidad de que un Estado -el

Estado objetor- de manera persistente exprese su voluntad de no verse obligado por tales normas. Por su parte, respecto de las normas de carácter convencional, le basta a un Estado con no ser parte para no verse obligado por las mismas, conforme al principio jurídico que recoge el brocardo latino *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (los pactos [entre las partes] ni dañan ni benefician a terceros).

Esto no es posible respecto de las normas de *ius cogens*, puesto que la razón de ser de dichas normas es la protección de principios e intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto, principios e intereses que son irrenunciables, y que sujetan a todos los Estados a su observancia, es decir, que poseen eficacia *erga omnes*.

En este sentido, el art. 64 de la Convención de Viena de 1969 señala que “*si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará*”.

Este artículo muestra, a la vez, el carácter dinámico de las normas de *ius cogens*, ya que pueden surgir con el tiempo, y su situación predominante en la jerarquía normativa del derecho internacional, como también recogía el mencionado art.53. Hablando en terminología kelseniana, podríamos decir que las normas de *ius cogens* se encuentran en la cúspide de la pirámide normativa.

El efecto práctico de esta preeminencia jerárquica implica que cualquier norma convencional que contravenga una norma de *ius cogens* deviene nula y, por lo tanto, fenecerá. Por lo tanto, estamos ante normas que son inderogables, salvo por otra norma que tenga el mismo carácter (es decir, que sea asumida como una norma de carácter imperativo por la comunidad de Estados en su conjunto).

Como contrapartida a esta limitación a la soberanía estatal, el elenco de las normas imperativas de derecho internacional es bastante reducido, y no se encuentra recogido en ningún texto legal *stricto sensu* de manera exhaustiva.

En particular, el desarrollo e identificación de normas que participan del carácter de *ius cogens* ha sido, principalmente, obra de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales, especialmente en el ámbito de los derechos humanos⁶⁹.

Asimismo, se puede desprender una cierta enumeración de normas *de ius cogens* de la lectura de ciertas normas de derecho internacional, tales como la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970⁷⁰.

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional, en su comentario al Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001, señaló como ejemplos de *ius cogens* la prohibición de la agresión, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad, la prohibición del genocidio, la prohibición de la discriminación racial (apartheid), la prohibición de la tortura, la aplicación de las normas fundamentales del derecho internacional humanitario en los conflictos armados, y el derecho a la libre determinación de los pueblos⁷¹.

Recientemente, la Comisión de Derecho Internacional, tratando directamente sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobó un proyecto de conclusiones y un proyecto de anexo sobre esta materia⁷², en el que se recoge una lista no exhaustiva de normas que la Comisión

⁶⁹ En particular, el reconocimiento de la prohibición de la tortura como *ius cogens*.

⁷⁰ Los principios estructurales del derecho internacional que enumera la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas son los siguientes:

- a) El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,
- b) El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia,
- c) La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta,
- d) La obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta,
- e) El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos,
- f) El principio de la igualdad soberana de los Estados,
- g) El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.

⁷¹ Como señala Andrés Sáenz de Santa María, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, pp.43-44.

⁷² Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/L.936.

de Derecho Internacional ha calificado anteriormente como tales, sin perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general.

Esta lista (no exhaustiva, y que recoge sólo las normas que anteriormente han sido consideradas como tales) es la siguiente:

- a) La prohibición de la agresión;
- b) La prohibición del genocidio;
- c) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad;
- d) Las normas básicas del derecho internacional humanitario;
- e) La prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*;
- f) La prohibición de la esclavitud;
- g) La prohibición de la tortura;
- h) El derecho a la libre determinación.

A primera vista, parece no tener ninguna relevancia el concepto del *ius cogens* y su aplicación a la materia que nos ocupa, el tratamiento de los migrantes en los espacios marinos y, por lo tanto, parecería que, en este ámbito, los Estados no se ven obligados por normas que no hayan suscrito y que les generen obligaciones de carácter internacional que tienen, como contrapartida, derechos para los migrantes.

En efecto, ninguna de las normas relacionadas tiene una referencia directa a los migrantes o a los fenómenos migratorios. Por ejemplo, no se hace referencia alguna a la obligación del salvamento de la vida humana en el mar como norma de *ius cogens*.

No obstante, habría que matizar dicha primera impresión al respecto.

En primer lugar, como bien señala el Proyecto de Conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional, es una lista no exhaustiva, que únicamente recoge las normas de *ius cogens* que ya han sido previamente recogidas por la Comisión, sin perjuicio de la existencia de otras normas de *ius cogens* que *ya existan* o que aparezcan ulteriormente.

En consecuencia, pueden existir normas de *ius cogens* en la actualidad que no se recojan en dicha lista no exhaustiva.

A este respecto, el Relator de la Comisión de Derecho Internacional (que realizó el trabajo previo a la adopción por la Comisión del Proyecto de Artículos) señaló en su Cuarto Informe que: “Además de las que figuran en la lista que se propone, otras normas que han sido citadas como normas de *ius cogens*, y cuyo carácter de *ius cogens* goza de cierto apoyo, incluyen la prohibición de la desaparición forzada, el derecho a la vida, **el principio de no devolución** (nuestro énfasis), la prohibición de la trata de personas, el derecho a las debidas garantías procesales (el derecho a un juicio justo), la prohibición de la discriminación, los derechos ambientales y la prohibición del terrorismo”⁷³.

Como vemos, el principio de no devolución de los refugiados se menciona como una probable norma de *ius cogens* existente, aunque no se recoja en dicha lista. El propio Relator afirma acerca del principio de no devolución que “el principio de no devolución es otro principio del derecho internacional cuya candidatura a figurar entre las normas de carácter imperativo cuenta con un amplio apoyo”⁷⁴.

En apoyo de esta tesis, el Relator señala una serie de Convenciones relativas a los derechos humanos que mencionan la importancia de esta norma, así como jurisprudencia de los Tribunales internacionales en los que se reconoce este carácter de norma de *ius cogens* al principio de devolución, vinculándolo con el carácter imperativo (este indudable) de la prohibición de la tortura.

En efecto, si la devolución del demandante de asilo a un Estado del que huye tiene como consecuencia que dicha persona sea sometida a tortura, se puede ver con claridad que la obligación imperativa de la prohibición de la tortura está íntimamente ligado al principio de no devolución.

Asimismo, el Relator señala la corriente doctrinal que se inclina claramente por considerar al principio de no devolución como una norma de *ius cogens*⁷⁵, como

⁷³ Tladi, D., Cuarto Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), A/CN.4/727, párr. 123.

⁷⁴ Tladi, D., *Ídem.*, párr. 131.

⁷⁵ Véase, para lo mencionado en estos párrafos, Tladi, D., Cuarto Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), *op cit.*, párr. 131-133.

otro argumento en apoyo de considerar dicho principio como una norma de *ius cogens*.

Por tanto, podemos señalar que, aun si hubiera dudas sobre la consideración como norma de *ius cogens* del principio de no devolución de un demandante de asilo a un Estado donde pudiera ser perseguido, en el caso de que dicha persecución implicara que el demandante de asilo fuera a ser víctima de tortura (y/o de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), ese derecho a no ser devuelto (siempre que se cumplan las condiciones que establece la Convención de Ginebra de 1951) es una norma de *ius cogens*.

Esto tiene una importancia práctica fundamental, porque todos aquellos Estados que no son firmantes de la Convención de Ginebra de 1951 estarían vinculados por dicho principio, que se impondría de manera general a todos los Estados.

Por lo anteriormente expuesto, entendemos que cabe una interpretación que otorgue el grado de *ius cogens* al principio de no devolución de los solicitantes de asilo a Estados donde es probable que sufran tortura. Que esta norma tenga carácter de *ius cogens* ayudaría a evitar que haya una diferencia entre los Estados firmantes de la Convención de 1951 y los que no la hayan firmado.

Para dar un ejemplo concreto, podría darse un tira y afloja para que los Estados ribereños firmantes de la Convención de 1951 rechazaran los migrantes para no tener que asumirlos en virtud del principio de no devolución, y que los migrantes sean enviados a terceros Estados, no firmantes de la Convención de 1951, que podrían expulsarlos al país del que huyen, y en el que podrían ver sus derechos fundamentales violados.

En cambio, si la norma es considerada de *ius cogens*, no habría ya ningún incentivo para los Estados para rechazar a los migrantes, porque cualquier Estado involucrado tendría la obligación de cumplir con dicho principio. En consecuencia, en un caso concreto, el Estado A (parte del Convenio de 1951) no se vería obligado a tramitar la solicitud de asilo de unos migrantes salvados en el mar por el Estado B (que no es parte del Convenio de 1951), y vecino de A. B tendría, al igual que A, que cumplir con la obligación de tramitar la solicitud de asilo en su territorio de los migrantes salvados en el mar y que solicitan no ser devueltos a su Estado de origen, puesto que la norma de *ius cogens* le obliga,

de igual manera que a A, a no devolver dichos migrantes al Estado del que huyen. Por lo tanto, no habría aquí una diversidad de regímenes jurídicos que pudiera dar lugar a lagunas, situaciones claudicantes o actitudes oportunistas por parte de los Estados.

La segunda obligación fundamental de los Estados respecto de los migrantes que se encuentran en el mar, que hemos estudiado en el presente trabajo, es la obligación de salvar la vida humana en el mar.

Hemos podido comprobar cómo este derecho es de naturaleza consuetudinaria (y no consta la existencia de ningún Estado que sea objetor a dicha costumbre), así como convencional (recogida en la CNUDMAR, el Convenio de Salvamento de Londres, o en la Convención SOLAS).

Habida cuenta de su reconocimiento consuetudinario por las naciones marítimas, así como teniendo en cuenta la práctica universalidad de las Convenciones en la materia, la discusión sobre si esta obligación es una norma de *ius cogens* carece de interés práctico (a diferencia del principio de no devolución, ya que los Estados firmantes del Convenio de Ginebra de 1951 son bastante menos que los Estados obligados por las Convenciones multilaterales marítimas), ya que la obligación (no impugnada, y por tanto universal) recogida por la costumbre resolvería, en todo caso, cualquier duda que pudiera surgir cuando un Estado involucrado no sea parte de ninguna de las convenciones marítimas que recogen dicha obligación para el Estado.

De todas maneras, sostener que la obligación de salvar la vida humana que se halla en peligro en la mar es una norma con carácter de *ius cogens* es menos sencillo, *a priori*, que en el caso del principio de no devolución. No obstante, su carácter de norma de *ius cogens* puede sostenerse teniendo en cuenta otras normas que sí forman parte del listado de normas de *ius cogens* y que están íntimamente vinculadas con ella⁷⁶.

⁷⁶ Para algunos autores, como Rahim, I., *A Review of International Law to Declare the Obligation to Rescue a Person in Distress at Sea as Jus Cogens*, Peterborough, 2017, p.94, no cabe duda de que, como obligación colectiva, es una obligación de *ius cogens*: “the collective obligation to rescue a person in distress at sea is certainly absolute (...), as the collective obligation has never been questioned (...), it can be declared as a

Por ejemplo, el respeto de las normas básicas del derecho internacional humanitario (derecho aplicable a los conflictos armados) es, indudablemente, una norma de *ius cogens*.

Pues bien, el Segundo Convenio de Ginebra, de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 1949, recoge en su artículo 12 que “*los miembros de las fuerzas armadas (...) que, **encontrándose en el mar**, estén heridos o enfermos o sean náufragos, deberán ser respetados y protegidos en todas las circunstancias, debiendo entenderse que el término "naufragio" será aplicable a todo naufragio, sean cuales fueren las circunstancias en que se produzca, incluido el amaraje forzoso o la caída en el mar*”.

Esto es, según el derecho internacional humanitario, los náufragos enemigos han de ser respetados y protegidos (esto es, rescatados) en todas las circunstancias.

Teniendo en cuenta que estas disposiciones son un derecho de mínimos, y que se aplican en tiempos de guerra a los beligerantes, entendemos que, *a fortiori*, han de aplicarse a civiles en tiempo de paz, por lo que el carácter de *ius cogens* (de manera indirecta) del deber de salvamento de la vida humana en peligro en el mar por parte del Estado puede ser firmemente defendido.

En consecuencia, puede sostenerse que el Estado tiene obligaciones de *ius cogens* en lo relativo (i) al principio de no devolución (en particular, cuando dicha devolución resulte en tortura del solicitante) y (ii) a la obligación de salvamento de la vida humana en peligro en el mar (y, si no quisiera reconocérsele este carácter de obligación de *ius cogens*, el hecho de ser una norma consuetudinario de carácter universal hace, que en la práctica, su efecto sea el mismo que si fuera una norma de *ius cogens*).

Evidentemente, el Estado sigue teniendo los deberes mínimos e inderogables de (iii) respetar la vida de los migrantes, (iv) y no de someterlos a tortura, tratos crueles o degradantes.

peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted – jus cogens.”

Una vez establecido lo anterior y la existencia de dichos deberes, restan por resolver determinadas cuestiones y lagunas que, en la práctica, derivan de la causa más importante de la creación de las situaciones problemáticas que suceden en nuestro tema de estudio, esto es, delimitar cuándo terminan y empiezan los deberes de los Estados involucrados (Estados ribereños, Estado de pabellón, Estado de nacionalidad de los migrantes...).

5.2 Ejercicio de la soberanía de los Estados en los espacios marinos

Hemos visto supra que los Estados tienen (entre otras) dos obligaciones fundamentales respecto a los migrantes que se hallan en el mar: (i) su salvamento cuando se hallen en peligro y (ii) su no devolución a un país en el que puedan sufrir tortura y/o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La aplicación cumulativa de dichas obligaciones estatales implicaría que todas las situaciones en las que vemos buques cargados de migrantes a los que se rehúsa entrada en unas aguas territoriales estarían, a priori, resueltas. Bastaría determinar qué Estados tendrían cada obligación en cada supuesto concreto.

En esencia, el conflicto entre soberanía nacional y los derechos de los migrantes sería más aparente que real, conforme a esta interpretación, por lo que nos encontraríamos en una situación de plena seguridad jurídica, en la que todos los actores tendrían a salvo sus derechos y deberes, y estarían resueltos todos los conflictos, que no serían sino conflictos aparentes, de origen más político que jurídico.

Sin embargo, vemos claramente que esto no es así. La razón parece estribar en determinadas lagunas en el régimen internacional (o, más concretamente, en la interpretación que le dan los Estados) respecto a la extensión de las obligaciones estatales y su aplicación a los distintos espacios marinos.

Como se ha señalado en el Capítulo II, los espacios marinos forman un *continuum*, con distintos regímenes jurídicos, por lo que, en consecuencia, también nos encontramos con un *continuum* de supuestos prácticos. No es lo mismo que la interceptación de los migrantes (o su salvamento) se realice en el

mar territorial de un Estado ribereño o en alta mar, no es lo mismo que el migrante se encuentre a bordo de un buque mercante que enarbole un pabellón determinado, que se trate de una embarcación sin bandera manejada por miembros de una mafia que se dedica al tráfico de personas.

El número de Estados (y actores) que se pueden ver involucrados en una situación concreta puede ser elevado, complicando indefectiblemente la resolución de la situación ⁷⁷ y haciendo más urgente, aún si cabe, la determinación de las obligaciones que incumben a los Estados involucrados respecto a dichos migrantes.

A este respecto, vamos a tratar algunos problemas que se dan en la práctica e, intentaremos señalar si hay alguna solución a los mismos que sea practicable, y que pueda asegurar, a la vez, el respeto de los derechos de los migrantes, y la seguridad jurídica de todos los actores involucrados.

5.2.1 Aplicación extraterritorial del principio de no devolución

Como se ha visto supra, la obligación de no devolución de los migrantes a un Estado donde puedan ser sometidos a tortura puede ser considerada como imperativa para los Estados.

Ahora bien, es necesario delimitar el ámbito espacial en el que rige dicha obligación.

5.2.1.1 Supuestos de interceptación del buque

Entendemos que no parece haber problema en mantener dicha obligación por parte del Estado ribereño cuando los migrantes son interceptados en los espacios marinos en los que el ejercicio de su soberanía es más intenso, en las que se ejerce toda una serie de funciones soberanas, incluyendo el control de la

⁷⁷ Por poner un ejemplo de la complejidad a la que puede dar este tipo de supuestos, imagínese (sin que sea un supuesto de laboratorio), una embarcación que zarpa de un Estado A con destino a un Estado B, con migrantes de la nacionalidad del Estado A, C y D, que naufraga en la zona SAR del Estado E, pero que está dentro de aguas donde ejerce derechos soberanos y jurisdicción el Estado F. Sin embargo, el puerto más cercano al lugar del naufragio se encuentra en el Estado G. Finalmente, a la llamada de socorro acudió un buque mercante que enarbola el pabellón del Estado H. Como se puede ver, el número de Estados involucrados no es un asunto menor. Este tipo de situaciones han sucedido en lugares tales como el Mediterráneo Central, por ejemplo.

migración. Estos espacios, incluyen, sin lugar a dudas, las aguas interiores y el mar territorial del Estado ribereño⁷⁸.

La discusión comienza a plantearse a partir de la zona contigua. Respecto de la zona contigua, como se ha visto, si la embarcación se dirige a la zona contigua, es pacífico que pueda interceptarse la embarcación por preverse que se viole la normativa migratoria del Estado ribereño. En este caso, en el que los migrantes pasan, tras la interceptación de su embarcación por las autoridades competentes, bajo la jurisdicción del Estado ribereño, y siempre teniendo en cuenta que la migración irregular no puede ser penada per se, entendemos que el derecho de no devolución aplica en toda su extensión, más cuando hemos visto que es una norma susceptible de ser considerada como de *ius cogens*.

Respecto de la interceptación de los migrantes en la zona económica exclusiva, hemos visto que algunos países (como Australia) circunscriben el derecho de no devolución a las aguas territoriales. En este caso, como hemos visto, la CNUDMAR reconoce unos derechos de soberanía limitados al Estado ribereño, en su art.73 que se refieren “a la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos de la zona económica exclusiva”.

Así pues, salvo que la embarcación que transporte migrantes esté vulnerando las leyes y reglamentos del Estado ribereño en la explotación de los recursos vivos (por ejemplo, la explotación laboral de los migrantes en dicho buque), el Estado ribereño no tendría, en principio, derecho a interceptarlo y rechazarlo de dichas aguas, para enviarlo a un Estado en el que los migrantes pudieran ser torturados. Una excepción a esto sería si el buque no enarbolará pabellón alguno o si se estuviera en alguno de los supuestos del derecho de visita anteriormente señalados en el Capítulo II, que se aplican en alta mar, y *mutatis mutandis*, en la zona económica exclusiva.

⁷⁸ Incluso Estados que rechazan la aplicación extraterritorial de la obligación de no devolución, como Australia, reconocen que este derecho sí aplica dentro del mar territorial. Véase International Organization for Migrations, *Protection of Migrants at Sea*, *op.cit.* p.42.

Por otro lado, evidentemente, el Estado de bandera sigue teniendo jurisdicción completa acerca de los delitos que pudieran suceder en dicho buque fuera del mar territorial de otro Estado.

Si esto es predicable de la zona económica exclusiva, más lo es del alta mar. El buque no puede ser interceptado en alta mar, salvo en los casos ya señalados del derecho de visita y se le debe reconocer la libertad de navegación.

De todas maneras, si el buque es interceptado por un buque de Estado, ya sea en alta mar o en la zona exclusiva económica, este es un supuesto sobre el cual ya se ha pronunciado la jurisprudencia internacional, en concreto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*⁷⁹, en el cual la embarcación en la que navegaban unos migrantes somalíes y eritreos fue interceptada en alta mar por buques militares italianos y los migrantes fueron devueltos a Libia sin que hubiera procedimiento alguno para determinar su situación migratoria como posibles demandantes de asilo, el Tribunal señaló que tenía competencia para conocer del caso puesto que, cuando hay control sobre un buque por otro Estado, de acuerdo con el derecho internacional, se ha reconocido el ejercicio extraterritorial de su jurisdicción, por lo que Italia ejercía un control *de iure* sobre los individuos a los que tenía en sus buques tras la interceptación⁸⁰.

En concreto, señaló que *“it is therefore clear that, while the notion of “jurisdiction” is principally territorial and is presumed to be exercised on the national territory of States, the notion of expulsion is also principally territorial in the sense that expulsions are most often conducted from national territory. Where, however, as in the instant case, the Court has found that a Contracting State has, exceptionally, exercised its jurisdiction outside its national territory, it does not see any obstacle to accepting that the exercise of extraterritorial jurisdiction by that State took the form of collective expulsion”* (párr. 178).

En especial, para evitar que los espacios marinos sean un lugar donde no se respete la Convención por parte de los Estados señala el Tribunal que *“as regards the exercise by a State of its jurisdiction on the high seas, the Court has*

⁷⁹ *Hirsi Jamaa and others v Italy*, Application No. 27765/09,

⁸⁰ *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, párr. 75-77.

already stated that the special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention (párr. 178)".

Es decir, que estar en alta mar no implica, en modo alguno, que el Estado no esté bajo las obligaciones internacionales que le obligan.

Asimismo, la Convención fue vulnerada por Italia en la medida en que la devolución de los migrantes a Libia se produjo "*sin que se llevase a cabo ningún tipo de examen de la situación individual de cada peticionario*", negándoseles de esta manera, además, su derecho a apelar ante una decisión denegatoria.

De igual manera, el Tribunal señaló que, respecto de los derechos de la Convención Europea de los Derechos Humanos "*the Court observes that Italy cannot evade its own responsibility by relying on its obligations arising out of bilateral agreements with Libya. Even if it were to be assumed that those agreements made express provision for the return to Libya of migrants intercepted on the high seas, the Contracting States' responsibility continues even after their having entered into treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention or its Protocols in respect of these States*"

En el caso concreto se trataba de un acuerdo bilateral suscrito entre Italia y Libia para luchar contra el tráfico de migrantes, por el que se devolvía a Libia a los migrantes que, procedentes de ese país y con destino Italia, eran interceptados por las autoridades italianas. La clave residía en el hecho de que Libia no era un Estado seguro para dichas personas, que corrían el riesgo de ser expulsadas a Somalia y Eritrea, donde podrían ser perseguidos.

Señaló el Tribunal que es obligación del Estado que devuelve a los migrantes (en este caso) cerciorarse de que el Estado al que son devueltos, ofrece suficientes garantías para impedir que la persona sea devuelta al país de origen sin que se evalúe los riesgos que correría dicha persona.

Y, en este caso, Italia, además de los derechos vulnerados ya señalados, tenía que haberse asegurado que el Estado al que devolvía los inmigrantes, ofrecía

suficientes garantías para que no se vulneraran los derechos humanos de los migrantes.

Hay que señalar, por último, un supuesto muy común en la práctica, que es el de interceptación en espacios marinos como la zona contigua, la zona económica exclusiva o, incluso, el alta mar, en la cual no se ejercita ningún derecho de visita sino que se conmina a la embarcación a abandonar las aguas en las que el Estado ribereño ejerce algún tipo de jurisdicción para dirigirlo al alta mar o a aguas bajo la jurisdicción de otro Estado (*push back*).

Estas órdenes suelen producir un efecto en cadena en los Estados vecinos que, a su vez, impiden la entrada del buque en dichas aguas, haciendo que el buque quede, sin rumbo fijo, en una situación en la que no puede alcanzar ninguna costa pero tampoco se le está rechazando hacia el Estado de origen donde pueden los migrantes sufrir persecución. En este caso, sin embargo, entendemos que dicha interceptación (o, más concretamente, dicha denegación de entrada en las aguas jurisdiccionales de un Estado o en sus puertos, en la mayoría de los casos violando la libertad de navegación del buque) lleva indefectiblemente, si la situación no se remedia previamente, a una situación de salvamento, que es cualitativamente distinta.

En efecto, la situación de un buque que, inicialmente, no tiene ningún problema, deviene en pocos días una situación “de peligro” en la mar, por las propias circunstancias fácticas (hacinamiento, falta de víveres, enfermedades, situaciones de violencia...). En este caso, la normativa marítima de salvamento ha de aplicarse y, como se verá, se generan obligaciones para los Estados ribereños.

5.2.1.2 Supuestos de salvamento

Lo anteriormente mencionado se refiere al ejercicio de la jurisdicción del Estado ribereño en el supuesto de la mera interceptación (o visita) de un buque.

En lo referente a la situación en la que no se produce una interceptación, sino un salvamento de vidas como consecuencia de una situación de peligro (ya tratada en el Capítulo IV), las lagunas de la normativa son, *a priori*, menores (aunque

siguen existiendo casos que atestiguan lo contrario) que en el caso en el que un buque es rechazado (*pushed back*) por distintos estados.

En el caso del salvamento, podemos distinguir, en primer lugar, entre dos supuestos: (i) que el salvamento lo realice un buque de Estado y (ii) un buque que no es de Estado (esto es, un buque comercial -mercante, pesquero- o, incluso, perteneciente a una ONG.

Es en el caso (ii) donde surgen más problemas prácticos (aunque el primer caso no esté exento de posibles problemas), especialmente cuando el salvamento se ha realizado sin intervención de las autoridades competentes y del Centro de Coordinación de Salvamento.

Para analizar cómo está regulado este supuesto hemos de acudir al Convenio SAR, a los Principios Administrativos OMI de 2009, así como al Reglamento (UE) 656/2014⁸¹, este último, aplicable sólo en el ámbito de la UE.

En cualquier caso, es responsabilidad del Estado que coordina la operación el que se desembarquen a los migrantes en un lugar seguro. Como ya se ha dicho, hasta que no se desembarque a los migrantes en el lugar seguro, no termina la operación de rescate. Sin embargo, el Estado que coordina no tiene la obligación de desembarcarlos en su territorio. Además, en el caso de los buques de Estado, podría darse el caso de que, si disponen de los medios adecuados, pudiera considerarse como un lugar seguro, y que los migrantes se encuentran bajo su jurisdicción. Pero, esto no tiene porqué darse de manera automática, y ser desembarcados en el lugar seguro más próximo, que no coincida en absoluto con la nacionalidad del pabellón del buque de Estado rescatador.

Como norma residual, para cubrir todos los supuestos contenciosos, y especialmente, cuando el buque salvador es un buque mercante o pesquero, los Principios Administrativos OMI de 2009 indican que “*todas las partes interesadas (por ejemplo, el Gobierno al que le corresponda la responsabilidad por la zona*

⁸¹ Reglamento (UE) 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

SAR donde se rescata a las personas, otros Estados ribereños en la derrota prevista del buque que realiza el salvamento, el Estado de abanderamiento, los propietarios del buque y sus representantes, los Gobiernos de los países de los que son nacionales o en los que residen las personas rescatadas, el Estado del que partieron las personas rescatadas, si se conoce, y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)), deberían cooperar a fin de garantizar que el desembarco de las personas rescatadas se lleva a cabo con rapidez, teniendo en cuenta las disposiciones para el desembarco que prefiera el capitán y las necesidades básicas inmediatas de las personas rescatadas.

Le correspondería la responsabilidad primaria para garantizar que media la antedicha cooperación al Gobierno que tenga asignada la responsabilidad sobre la zona SAR donde fueron rescatadas las personas. Si el desembarco desde el buque que ha realizado el salvamento no puede organizarse rápidamente en ninguna otra parte, el Gobierno responsable de la zona SAR debería aceptar que el desembarco de las personas rescatadas tenga lugar, de conformidad con la legislación y reglamentación sobre inmigración de cada Estado Miembro, en un lugar seguro bajo su control, en el que dichas personas puedan tener pronto acceso a la asistencia posterior al rescate”.

En consecuencia, en última instancia, los rescatados han de ser desembarcados en el país responsable de la zona SAR donde fueron rescatados. El problema surge cuando el territorio de dicho Estado no es un lugar seguro (o se violarían los derechos humanos de los rescatados), como puede ser el caso de Libia.

En este caso, los Estados involucrados en la operación de rescate deberían acordar el lugar de desembarco. Si no fuese posible dicho acuerdo, el lugar de desembarco debería ser el lugar seguro más cercano o el Estado desde donde salió la operación de rescate, procurando que dicho desembarco sea haga de manera rápida y efectiva (solución adoptada por el Reglamento 656/2014 en su art.10).

Lo relevante es hacer posible, por un lado, que los migrantes rescatados se hallen en una situación donde ya no haya peligro, y por otro, que el buque salvador no se vea enfrentado a una situación onerosa por haber cumplido con su obligación.

5.2.2 Paso inocente y migrantes

Otro de los conflictos que se dan es la consideración por parte de algunos Estados de que la navegación de embarcaciones que trasladan migrantes de manera irregular implica una violación del derecho de paso inocente por su mar territorial, por tanto, deniegan la entrada a dichas aguas en ejercicio de sus competencias soberanas.

Se ha definido *supra* lo que se entiende en derecho internacional por paso inocente. El art. 19.2 CNUDMAR enumera una serie de supuestos que no están cubiertos por el derecho de paso inocente, que parece, de acuerdo con la legislación nacional que desarrolla este precepto, no ser una lista exhaustiva⁸².

Entre los supuestos que menciona el art. 19.2 CNUDMAR se encuentra “*cualquier embarco o desembarco que viole los reglamentos fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño*”.

Por tanto, no podría excluirse, en principio, que dicho desembarco de migrantes sea considerado como paso no inocente y, en consecuencia, se le impida la entrada en el mar territorial, como ya se ha comentado.

No obstante, como ya se ha comentado, rechazar a una embarcación con migrantes (y que, por tanto, pueden ser demandantes de asilo), dentro de las aguas en las que el Estado ribereño ejerce su soberanía puede vulnerar la obligación internacional de dicho Estado a la no devolución de los demandantes de asilo⁸³. En la medida, en que como ya se ha visto, dicha obligación puede tener carácter de *ius cogens*, dicho derecho del Estado ribereño a no permitir la navegación por sus aguas territoriales a la embarcación por no ser considerado su paso como inocente cedería ante su obligación a no devolver a los demandantes de asilo a territorios donde puedan sufrir tortura y, por tanto, su obligación de tramitar dicha solicitud.

⁸² Por ejemplo, la LNM recoge, en sus arts. 37-39, toda una serie de supuestos en los que el paso no será considerado como inocente, que no se recogen en la CNUDMAR.

⁸³ Véase, en este sentido, International Organization for Migrations, *Protection of Migrants at Sea*, *op. cit.*, p. 16, que también recoge opiniones doctrinales en contra.

Tenemos un ejemplo reciente de la alegación de un Estado ribereño de la vulneración del paso inocente por parte de un buque con migrantes (en este supuesto, se trata de un buque que ha rescatado a los migrantes) en el asunto “*Open Arms*” (una de las *causes célèbres* del conflicto entre soberanía nacional y respeto a los derechos de los migrantes).

En este supuesto, el Ministro del Interior italiano, junto con el Ministro de Defensa y el Ministro de Infraestructuras y Transportes comunicaron mediante resolución de 1 de agosto de 2019, la prohibición de entrada, tránsito y atraque del buque “OPEN ARMS” en el mar territorial italiano.

Dicho buque transportaba migrantes a bordo que había rescatado fuera de las aguas de soberanía italiana. El armador del buque, la Fundación Proactiva Open Arms (de nacionalidad española), recurrió dicha resolución administrativa, solicitando como medida cautelar, la suspensión de la eficacia de dicha resolución.

Mediante Decreto de 14 de agosto de 2019, el Tribunal Administrativo Regional del Lacio acogió la medida cautelar instada por el Armador, señalando que “*el recurso (...) no aparece de todo carente de fundamento jurídico en relación al invocado vicio de desviación de poder (eccesso di potere) por interpretación errónea de los hechos, y de vulneración de las normas de derecho internacional del mar en materia de rescate, en la medida en la que la misma administración recurrida reconoce, en los fundamentos de hecho de la resolución impugnada, que la embarcación socorrida por el “OPEN ARMS” en el área SAR de Libia, al menos debido al ingente número de personas a bordo, estaba en peligro [el Tribunal emplea el anglicismo “distress”], esto es, una situación de evidente dificultad (por lo que aparece, además, como contradictoria la subsiguiente valoración efectuada en la misma resolución, sobre la existencia, en el caso presente, de la hipótesis de “paso no inocente”⁸⁴ (nuestra traducción).*

Asimismo, el Tribunal tiene en cuenta el *periculum in mora* para la adopción de la medida cautelar, que se deriva de la excepcional situación de gravedad y urgencia a bordo del buque para que se le permita la entrada en el mar territorial

⁸⁴ Decreto de 14 de agosto de 2019, en el Recurso 10780/2019, del Tribunal Administrativo Regional del Lacio.

italiano y se preste inmediata asistencia a las personas rescatadas que lo necesiten.

Como se puede ver en este caso, el hecho de que el buque transporte a bordo migrantes que han sido salvados de otra embarcación tras estar en una situación de peligro, hace que el paso del buque salvador sea inocente, y no pueda ser considerado tráfico de migrantes.

En este caso, no se menciona el derecho de no devolución (aunque es el corolario lógico), pero se incide en el deber de prestar inmediata asistencia a las personas que lo necesiten (enmarcándolo, más bien, en las obligaciones del Convenio SAR, entendiendo a Italia como “lugar seguro”).

5.2.3 Concepto de “situación de peligro en la mar”

Una cuestión que puede dar lugar a cierta inseguridad jurídica en la práctica es la carencia de definición de “situación de peligro en la mar⁸⁵”.

El Convenio SAR hace referencia a las situaciones de peligro, dividiéndolas en las fases de incertidumbre, alerta y socorro, para las cuales se definen unos protocolos de actuación, pero no hay ninguna definición concreta de lo que sería una situación de peligro en la mar.

La Unión Europea, en su Reglamento (UE) 656/2014, que establece las normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores de la Unión en el marco de la operación operativa coordinada por Frontex, señala unos elementos a tener en cuenta para decidir si una embarcación se encuentra en peligro en la mar:

- i) la existencia de una solicitud de ayuda, aunque tal solicitud no constituirá el único factor para determinar la existencia de una situación de peligro,
- ii) la navegabilidad del buque y la probabilidad de que no alcance su destino final,
- iii) el número de personas presentes a bordo con relación al tipo y estado del buque,

⁸⁵ Rahim, I., A Review of International Law to Declare the Obligation to Rescue a Person in Distress at Sea as Jus Cogens, op.cit., p.93 sostiene que “*it would be difficult and perhaps not highly desirable to have a definition of a person in distress at sea cast in stone*”.

- iv) la disponibilidad de suministros necesarios para llegar a la costa, como combustible, agua y alimentos,
- v) la presencia en el buque de un mando y una tripulación cualificados,
- vi) la disponibilidad de equipos de seguridad, navegación y comunicación, y su capacidad,
- vii) la presencia de personas a bordo que precisen asistencia médica urgente,
- viii) la presencia a bordo de personas fallecidas,
- ix) la presencia a bordo de mujeres embarazadas o niños,
- x) las condiciones meteorológicas y del mar, incluyendo las previsiones meteorológicas y marítimas;

Evidentemente, es un reglamento de la Unión Europea y, por lo tanto, solo vincula a sus Estados miembros, pero es una lista indicativa de elementos que señalan cuándo hay una situación de peligro en el mar y, por lo tanto, cuándo nace la obligación de salvar la vida humana en peligro.

5.2.4 Derecho al salvamento en situaciones de autopuesta en peligro por parte de los migrantes

Finalmente, debemos mencionar el supuesto, que sucede en la práctica, en el cual son los propios migrantes los que se ponen en peligro para forzar el rescate. En esta situación, podría cuestionarse si existe el derecho al salvamento cuando las personas en peligro se han puesto intencionadamente en dicha situación.

La doctrina⁸⁶ es bastante clara en este aspecto: el hecho de que las personas se hayan puesto a sí mismas en peligro no dispensa, en modo alguno, de la obligación de su salvamento.

La obligación internacional recogida en los convenios no pone ninguna condición a la situación de peligro, por lo tanto, toda persona en peligro en el mar ha de ser salvada. Algún autor⁸⁷ hace una analogía con el caso de una persona que

⁸⁶ International Organization for Migrations, *Protection of Migrants at Sea, op. cit.*, p.88.

⁸⁷ Rahim, I., *A Review of International Law to Declare the Obligation to Rescue a Person in Distress at Sea as Jus Cogens*, op. cit., pp.89-90.

quiere cometer suicidio. En estas circunstancias, es obvio que el deber de impedir dicha acción existe para quienes pueden evitarlo.

Por tanto, en conclusión, es indiferente que las personas que estén en peligro en el mar lo estén por su propia culpa o no, en cualquier caso, existe el deber incondicionado (con la excepción ya estudiada del “grave peligro” para el potencial salvador) de salvar toda vida humana que se halle en peligro en el mar.

6. Posibles áreas de desarrollo del derecho internacional relativo a la protección de los migrantes en el mar

Una vez expuesto el estado actual de la cuestión, restaría considerar qué soluciones podrían ofrecerse para solucionar las disfunciones jurídicas en el tratamiento de los migrantes en el mar, así como indagar cuáles serían las evoluciones futuras de esta materia.

6.1 ¿Hacia una regulación coherente y multilateral de la materia en el seno de organizaciones internacionales como ONU o la OMI?

Como hemos podido comprobar a lo largo del presente trabajo, la regulación sobre los migrantes en la mar es una regulación de marcado carácter internacional, ya que, por la propia naturaleza de la situación, siempre va a haber aspectos de la misma que desborden los marcos meramente nacionales.

En consecuencia, como hemos visto, no se pueden solucionar los problemas causados por el fenómeno migratorio en la mar partiendo de una perspectiva meramente nacional, sino que la perspectiva regional e internacional ha de ser la elegida para intentar colmar las lagunas que se presentan en la práctica.

En este sentido, hemos visto cómo son los convenios multilaterales los que regulan (aunque no de manera perfecta) esta materia, por lo que a continuación proponemos algunas posibles innovaciones *de lege ferenda*.

En este sentido, entendemos que la regulación internacional necesita ciertas enmiendas y cambios, que la hagan más exhaustiva a la hora de colmar las lagunas existentes. Dicha tarea normativa puede ser llevada a cabo desde los

organismos internacionales, tales como la OMI, en lo referente al derecho marítimo, y las organizaciones regionales o universales, en lo referente a los derechos humanos de los migrantes.

Por un lado, sería deseable, desde el punto de vista de la protección de los derechos de los migrantes, que la Convención sobre los Derechos de los Migrantes sea suscrita por muchos más Estados (especialmente por parte de los Estados receptores de los flujos migratorios), otorgando de esta manera un alcance universal al elenco mínimo de derechos de cualquier migrante.

Asimismo, también desde la normativa del derecho internacional de los derechos humanos, la vetusta Convención de Ginebra de 1951, sobre el estatuto de los refugiados, merecería ser modificada y actualizada, para ponerla a la par de los nuevos desafíos a los que se enfrentan los refugiados.

En este sentido, el tratamiento de los refugiados en los espacios marinos es especialmente importante. A pesar de lo expuesto en el presente trabajo, la carencia de una expresa disposición normativa sobre el tratamiento de los demandantes de asilo en los espacios marinos, y de la aplicación del derecho de no devolución en ese ámbito, hacen que exista la posibilidad de que diversos Estados restrinjan su aplicación, amparándose en una particular interpretación de la norma.

No hay que olvidar que la Convención de Ginebra de 1951 pensaba en los refugiados en relación con el cruce de las fronteras terrestres. Actualmente, este problema sigue existiendo, pero la casuística de los demandantes de asilo interceptados o salvados en el mar es de una enorme importancia, y exige una regulación específica, que termine con cualquier clase de laguna, región gris o inseguridad jurídica.

Regular de manera integral el estatuto del migrante (sea refugiado o no), ayudaría a delimitar sus derechos y obligaciones respecto a todos los actores involucrados, especialmente los Estados, así como generar una situación de previsibilidad y de seguridad jurídica que redundaría en beneficio de todos los involucrados, siempre teniendo en mente el objetivo fundamental: la protección de los derechos humanos de las personas que migran.

Por otro lado, en el plano del derecho internacional marítimo, esta labor de mejora de los instrumentos jurídicos existentes también puede llevarse a cabo con provecho para todos los actores involucrados.

En primer lugar, sería deseable que el Convenio SAR, como norma fundamental a la hora del desarrollo de las operaciones de búsqueda y salvamento de la vida humana en el mar, ahondase en determinadas cuestiones que actualmente no quedan, a mi juicio, debidamente clarificadas, y cuyo cumplimiento se deja completamente al albur de los Estados.

Entendemos que sería una idea difícilmente aceptable por los Estados, pero sería recomendable que, cuando los Estados no puedan (o no quieran) ponerse de acuerdo a la hora de delimitar las respectivas zonas SAR, pudiese ser la OMI quien, de manera subsidiaria (pero obligatoria) realizase dicha delimitación, e impusiera, en consecuencia, las obligaciones derivadas del Convenio.

Asimismo, sería deseable que el Convenio SAR permitiera que la OMI pudiera revisar la ejecución de los acuerdos bilaterales o multilaterales suscritos para la aplicación del Convenio, para así evaluar el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones, y su capacidad para hacerles frente. De esta manera, en caso de que un Estado no estuviera cumpliendo con sus obligaciones, la OMI podría distribuir sus obligaciones entre otros Estados (fuerzas de rescate regionales, con responsabilidades diferenciadas, por ejemplo), y considerar una solución en este tipo de casos. Incluso, si procediera, llegando a tener un procedimiento sancionador contra el incumplimiento reiterado por parte de un Estado de sus obligaciones en virtud del Convenio.

Como corolario de lo mencionado en el párrafo precedente, sería una innovación de gran relevancia que el Convenio crease un Tribunal *ad hoc*, o derivase esta función a otro Tribunal internacional ya existente para juzgar las controversias entre los Estados parte que pudiesen surgir en la interpretación y aplicación del Convenio SAR. El corpus jurisprudencial que surgiese de dicho Tribunal sería de una indudable relevancia en nuestra materia.

Otro Convenio de derecho marítimo que podría ser modificado es el Convenio FAL, en el sentido de hacer que muchas de sus normas tengan carácter obligatorio para los Estados.

Evidentemente, a la hora de desarrollar el derecho internacional marítimo, la organización que ha de encargarse de dicha labor es la OMI, tanto por su vocación universal como por su amplia experiencia. Además, la participación del sector privado marítimo dentro del seno de la OMI garantiza la pluralidad de visiones y voces con respecto a una cuestión compleja, que excede la mera óptica estatal.

De lo expuesto, se puede observar fácilmente que todavía queda un amplio recorrido para ajustar la legislación internacional, tanto de derechos humanos como marítimo, a los supuestos que se encuentran en la práctica y que demuestran que todavía existen ciertas lagunas en el tratamiento de los migrantes en el mar, que tienen como resultado, en muchas ocasiones, resultados trágicos.

6.2 Posibilidad de superación de la fragmentación entre soberanías: La cooperación internacional y los Tribunales internacionales.

Además de las propuestas de *lege ferenda* que hemos señalado *supra*, también cabe mejorar (de manera complementaria y paralela) la situación actual a través de los mecanismos que permite la normativa internacional existente.

En primer lugar, muchos de los problemas prácticos podrían solventarse a través de una adecuada y mejorada cooperación entre los Estados ribereños, ya sea de manera bilateral o regional. Con acuerdos que, respetando los derechos de los migrantes, delimiten las responsabilidades de los Estados, así como los protocolos a seguir, ya sea tanto para la búsqueda y salvamento de personas, como para la lucha contra el tráfico ilegal de personas, muchos problemas desaparecerían.

Reglas claras y flexibles que permitan una cooperación activa redundarían en una mayor certidumbre para todos los actores, y una mayor protección para los migrantes.

Es cierto que la realidad geopolítica complica en ciertos casos dicha cooperación, pero no hay que olvidar que, por ejemplo, la cooperación entre los Estados es una obligación según el Convenio SAR.

La existencia de acuerdos regionales complementando a los acuerdos bilaterales sería una medida muy adecuada, especialmente en aquellas zonas geográficas en que los Estados ribereños no cuentan con los medios necesarios o, por circunstancias sobrevenidas, no pueden llevar a cabo sus obligaciones.

En estos casos, la distribución de tareas y la puesta en común de recursos ayudaría, indudablemente, a la mejora de la eficiencia de las operaciones de búsqueda y salvamento o de lucha contra el tráfico de personas.

En un espacio como el mar, que por naturaleza no es divisible, la cooperación internacional es una solución que se impone de manera natural. Su perfeccionamiento y mejora solo redundará en beneficios para todos los involucrados.

La cooperación internacional se predica también de acuerdos entre los países emisores y receptores de migrantes, no únicamente respecto de la normativa marítima. Evidentemente, estos acuerdos tendrán que respetar los derechos fundamentales de los migrantes, especialmente el derecho a la no devolución.

Junto a la mejora y el fomento de la cooperación internacional (cuya naturaleza es esencialmente política), el ordenamiento jurídico internacional nos da una herramienta para mejorar la aplicación de la normativa relativa al tratamiento de los migrantes en el mar: los tribunales internacionales.

En efecto, un elemento clave de todo ordenamiento jurídico es la posibilidad de imponer el cumplimiento coactivo de sus normas a sus destinatarios.

Como ya se ha explicado en el Capítulo I, en el derecho internacional, los Estados son, al mismo tiempo, los creadores y los destinatarios de las normas jurídicas. Este hecho, unido a la estricta igualdad entre los Estados provoca que ningún Estado pueda erigirse en juez de la conducta de otro Estado respecto del derecho internacional⁸⁸.

En consecuencia, para que la comunidad internacional no caiga en la anarquía engendrada por un ordenamiento jurídico imposible de hacer ser cumplido, se recoge, como medio de resolución de las controversias jurídicas entre Estados,

⁸⁸ Excluyendo las medidas de autotutela, cuya descripción y explicación excede con creces el ámbito del presente trabajo.

la sumisión de las partes a la jurisdicción de tribunales internacionales, cuyas decisiones son vinculantes para las partes en litigio.

El tribunal internacional por excelencia es la Corte Internacional de Justicia (en adelante la CIJ), con sede en La Haya.

La CIJ es uno de los órganos principales de Naciones Unidas, y realiza una doble tarea: la solución conforme al derecho internacional de controversias que le sean sometidas por los Estados, y la emisión de dictámenes sobre cuestiones jurídicas que le sometan órganos u organismos del sistema de Naciones Unidas.

Así pues, *cualquier* controversia de derecho internacional le puede ser sometida a la CIJ por las partes que, para su resolución, aplicará el derecho internacional que estime pertinente.

De esta manera, cualquier controversia derivada de la interpretación o aplicación de una norma de derecho internacional, ya sea bilateral o multilateral, convencional o consuetudinaria, puede ser sometida por acuerdo de las partes (previo o posterior al nacimiento de la controversia) al CIJ para su resolución.

Además, y como complemento suyo, al lado de la CIJ, existen tribunales internacionales especializados, creados por vía convencional, que se enfocan en determinados sectores del derecho internacional.

Entre estos destaca, por la relevancia para nuestra materia de estudio, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en adelante, el TIM), con sede en Hamburgo.

Este órgano judicial se estableció en virtud de la CNUDMAR, y tiene competencia respecto a la interpretación o la aplicación de la CNUDMAR y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que le confiera competencia.

En nuestro caso, por ejemplo, se podría suscitar un litigio sobre la interpretación y la aplicación del art.98 CNUDMAR, sobre la obligación del salvamento de la vida humana en la mar.

El TIM, por tanto, podría conocer de dicho litigio y aplicar todo el derecho internacional para su resolución (incluido el derecho internacional de los

derechos humanos), por lo que su importancia en la materia resulta indiscutible, a través de la producción de jurisprudencia que sirva para integrar las lagunas del derecho internacional marítimo.

Sin embargo, los tribunales internacionales recién mencionados tienen un problema desde el punto de vista de la protección de los migrantes: los individuos carecen de *ius standi* ante el Tribunal, ya que solo los Estados pueden personarse como partes.

En consecuencia, los individuos no pueden alegar la vulneración de sus derechos por los Estados. Solo de manera indirecta, si su Estado de nacionalidad interpone un procedimiento alegando la vulneración de una norma de derecho internacional, podrían obtener la tutela judicial efectiva en sede internacional.

Para solucionar este problema, el derecho internacional de los derechos humanos (tanto de carácter universal como regional) ha creado toda una serie de órganos judiciales (o cuasi-judiciales⁸⁹) en los que el individuo sí tiene capacidad para defender sus derechos directamente ante las vulneraciones de los Estados.

Los tribunales que han desarrollado una labor jurisprudencial más profunda en este sentido son los de índole regional, como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos o la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La jurisprudencia de estos tribunales, como ya hemos visto, tiene una gran importancia a la hora de desarrollar el derecho internacional de los derechos humanos, así como en su vinculación con el derecho internacional marítimo, colmando lagunas.

El mayor defecto de dichos tribunales regionales es, precisamente, su ámbito geográfico, puesto que sus decisiones solo vinculan a los Estados parte de los Convenios que crean dichos tribunales (pero, en contrapartida, tienen *ius standi*

⁸⁹ Como los nacidos en el seno de los Convenios universales promovidos por Naciones Unidas, como el Comité de Derechos Humanos, o el Comité de Derechos del Niño, entre otros.

las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad, circunstancia muy relevante en los supuestos de migración).

Asimismo, estos tribunales solo son competentes respecto de las violaciones cometidas por los Estados de las estipulaciones de los Convenios que los crearon, por lo que un migrante no puede demandar a un Estado por una vulneración, por ejemplo, del Convenio SAR o del Convenio FAL, salvo que dicha vulneración pudiera reconducirse a una vulneración de una disposición del Convenio regional de derechos humanos del que se trate.

En resumen, la vía de la jurisdicción internacional existe en nuestra materia, pero su operatividad ha de ser matizada.

Por un lado, en lo referente a la aplicación del derecho internacional marítimo, solo los Estados tienen *ius standi*, por lo que los individuos no pueden acceder a ellos para defender sus derechos.

Por otro lado, en lo referente a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, los tribunales tienen un carácter primordialmente regional, y no se aplican directamente al derecho internacional del mar, salvo que pueda reconducirse la vulneración de una norma de derecho marítimo a la violación de una norma del convenio regional de derechos humanos.

No obstante, esta última vía ha sido utilizada (especialmente en Europa y América) con cierta asiduidad y ha dado como resultado una jurisprudencia que ha servido para colmar ciertas lagunas, e inspirar soluciones en otras regiones.

En este sentido, los tribunales regionales de derechos humanos han contribuido mucho más al desarrollo del derecho de los migrantes en el mar que los tribunales internacionales, como el TIM.

De todas formas, hay que señalar que tanto el TIM como la CIJ tienen una gran potencialidad como instrumentos de desarrollo del derecho marítimo de la migración a nivel universal, ayudando a acabar con la fragmentación del mismo, por lo que el uso combinado de los tribunales internacionales, tanto por los Estados como por los individuos, tendría un carácter complementario y cumulativo, que ayudaría en gran manera al desarrollo del derecho internacional en materia de la protección de los migrantes en el mar.

7. Conclusiones

Como resumen de lo expuesto a lo largo del presente trabajo, podemos sintetizar las siguientes conclusiones:

- 1) La regulación internacional de los migrantes en el mar incluye normas tanto de derecho internacional marítimo, de derecho internacional de los derechos humanos y normas migratorias de carácter nacional. Esta multiplicidad de sistemas regulatorios provoca la aparición de lagunas y desajustes.
- 2) En lo referente a los derechos de los migrantes en el mar, existe la obligación de salvar la vida humana en el mar. Esta obligación, que es de origen consuetudinario, recae tanto sobre individuos (capitanes de buques) como sobre los Estados.
- 3) Dicha obligación de salvamento lleva aparejado dejar al migrante en un lugar seguro, momento en el que termina la operación de salvamento según el derecho marítimo.
- 4) Asimismo, todos los migrantes son titulares de su derecho a no ser devueltos a Estados (incluyendo el Estado de su nacionalidad o residencia) donde puedan sufrir tortura, actos degradantes o inhumanos. Esta obligación tiene carácter de *ius cogens*, e implica que el Estado tiene la obligación de tramitar la demanda de asilo que se le presente, independientemente de la situación migratoria del demandante de asilo.
- 5) Sin perjuicio de estos dos derechos mencionados, todo Estado tiene que respetar los derechos fundamentales de dichas personas, reconocidos por los convenios internacionales, durante todo el tiempo en que estén bajo su control y jurisdicción.
- 6) La aplicación del derecho migratorio nacional no puede ser excusa alguna para la vulneración de obligaciones internacionales que vinculan a los Estados. La protección de los migrantes es un principio rector de la actuación estatal.
- 7) En este sentido, la cooperación internacional es absolutamente necesaria como herramienta que permite la optimización de la asistencia a las vidas en peligro en el mar y disminuir la inseguridad jurídica, al crear marcos

jurídicos y protocolos de actuación que pueden ser seguidos por todos los actores involucrados.

- 8) En muchos casos, la contradicción entre los distintos regímenes jurídicos es más aparente que real, y se pueden alcanzar soluciones que respeten los derechos e intereses de todos los involucrados. En los casos límite, habría que decidir teniendo en cuenta los derechos de la parte más vulnerable.
- 9) No obstante, sería recomendable un desarrollo del derecho internacional convencional existente para conseguir un régimen jurídico universal sobre los migrantes y los refugiados, que tuviera en cuenta las nuevas realidades y, especialmente, las peculiaridades que genera la migración a través de los espacios marinos, asegurando el principio de la seguridad jurídica para todos los actores, intentando minimizar los problemas suscitados por la cambiante situación geopolítica mundial.
- 10) De igual manera, el derecho internacional proporciona herramientas para el desarrollo vía jurisprudencial de la regulación de los migrantes en el mar. Los tribunales internacionales, como el TIM, pueden realizar una importante labor a la hora de clarificar dudas y colmar lagunas en lo referente al ejercicio de la jurisdicción nacional en los espacios marinos en materia de migración, en contenciosos entre Estados.
- 11) Por su parte, los Tribunales regionales de derechos humanos han desarrollado una importantísima labor a la hora de concretar los derechos individuales de los migrantes en el mar. Dicha labor seguirá siendo un elemento fundamental para determinar el estatuto de los migrantes en los espacios marinos.

Como corolario del presente trabajo, solo queremos señalar que los dramas que se suceden en nuestros mares con frecuencia atrozmente regular no son ni inevitables ni imprevisibles.

El derecho internacional que regula la materia no es, ciertamente, exhaustivo, por lo que existen lagunas que dan lugar a situaciones claudicantes que, por lo tanto, necesitan ser colmadas. Sin embargo, el corpus normativo puede ser interpretado de tal manera que la inmensa mayoría (si no todas) las situaciones

prácticas pueden ser resueltas de manera respetuosa con los derechos de los migrantes aplicando las normas ya existentes

En este sentido, las normas estudiadas en este trabajo resaltan bien a las claras la importancia fundamental de la vida humana y de la dignidad del hombre como principios irrenunciables de la regulación de los migrantes en el mar.

Partiendo de dichos principios básicos, estamos firmemente convencidos que, aplicando los principios estructurales del derecho internacional y nacional a la normativa ya existente (en espera de su futuro desarrollo y mejora), los derechos de los migrantes pueden ser protegidos de manera óptima en nuestros mares, ayudando de esta manera a erradicar un drama que, en última instancia, arroja una mancha deshonrosa sobre la conciencia de la humanidad.

8. Bibliografía

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz, *Sistema de Derecho Internacional Público*, Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, *Compendio de Derecho marítimo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2014.
- ASSURANCEFORENINGEN GARD, Gard Guidance on Stowaways. Disponible en:
<http://www.gard.no/Content/13385148/Guidance%20on%20stowaways.pdf>
- ASSURANCEFORENINGEN GARD, Gard Guidance on 2020 Rules. Disponible en:
http://www.gard.no/web/publications/document/chapter?p_subdoc_id=20747994&p_document_id=20747880
- DE YTURRIAGA Y BARBERÁN, José Antonio, *Compendio de derecho diplomático y consular*, Escuela Diplomática, Madrid, 2015.
- DÍEZ FERNÁNDEZ, Alejandro, *Tratamiento jurídico del polizonaje*, Universidad de Oviedo, 2008.
- GABALDÓN GARCÍA, José Luis, *Curso de Derecho marítimo internacional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

- GOODWIN-GILL, Guy, MCADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, 2007.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Protection of Migrants at Sea*, 2018.
- PAPANICOLOPULU, Irini, "The duty to rescue at sea, in peacetime and in war: A general overview", *International Review of the Red Cross* (2016), 98 (2), 491-514.
- PRIETO PUIGMARTÍ, Pere, *Análisis de la casuística de los polizones a bordo del buque y el tráfico ilegal de personas por vía marítima*, Universitat Politècnica de Barcelona, Barcelona, 2017.
- RAHIM, Irfan, *A Review of International Law to Declare the Obligation to Rescue a Person in Distress at Sea as Jus Cogens*, Peterborough, 2016.
- RUIZ-GÁLVEZ VILLAVERDE, Fernando, "El Tampa: El otro mensaje de socorro", (s.f.), Madrid.
- SAVAGE Malcolm, "The Duty of Rescue and Disembarkation in the Law of the Sea: Customary and Conventional Perspectives", 2015. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2701437>
- SMITH, Adam, *Uncertainty, Alert and Distress: The Precarious Position of NGO Search and Rescue Operations in the Central Mediterranean*, Paix et Sécurité Internationales, Num 5, janvier-décembre 2017, pp. 9-70.
- TLADI, Dire., *Cuarto Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*, A/CN.4/727
- TREVISANUT, Seline, "Is there a right to be rescued at sea? A constructive view", *Questions of International Law*, Zoom-in-4, 2014, pp. 3-15.
- TREVES Tullio, *Human Rights and the Law of the Sea*, Berkeley Journal of International Law, Volume 28, Issue 1, 2010, pp. 1-14.
- UNODC, *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*, Nueva York, 2018.