

NOTAS

REFLEXIONES A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO HIRSI JAMAA Y OTROS CONTRA ITALIA (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 2012)

*Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España*¹

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO
Ex Magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático emérito de Derecho Internacional Público
Universidad de Sevilla

Vamos a ocuparnos de los derechos de los inmigrantes en situación irregular en países que han ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en concreto abordaremos el tema desde la perspectiva española, al hilo del caso Hirsi Jamaa.

No obstante, primero de todo quiero dar las gracias a quien ha tenido el inmenso acierto de diseñar el cartel anunciador de esta intervención en el seno de este Seminario *ECJ Leading Cases on Fundamental Freedoms and Rights*. Es una maravilla; muchísimas gracias y enhorabuena. Aquí está la patera. Estas gentes son asistidas cuando llegan a algún puerto español por salvamento marítimo, por Cruz Roja y por la Guardia Civil. Pero nada más, no veo otras instancias que tanto se preocupan por el bien común, por el débil. No hay más. Quizás el símbolo máximo de esa asistencia humanitaria sea, en el puerto de Algeciras, una gestante avanzada en estado que cae al mar a pesar de las lan-

1 Esta conferencia fue pronunciada el 27 de septiembre de 2012 en el marco del *ECJ Leading Cases on Fundamental Freedoms and Rights Seminar* (<http://ecjleadingcases.wordpress.com/>) de la UNED, coordinado por P.M. HERRERA Y M. VARGAS.

El profesor Carrillo Salcedo falleció no mucho después de impartir esta conferencia, el 20 de enero de 2013, por lo que TRC agradece especialmente a la viuda que nos haya permitido publicarla, pese a resultar imposible que nuestro admirado conferenciante corrigiese el texto.

La profesora E. PÉREZ VERA, Catedrática de Derecho Internacional Privado, antigua magistrada del Tribunal Constitucional, y discípula del Profesor Carrillo, accedió con gusto a realizar tal tarea, para lo que la Revista, por supuesto, fue un honor, que quiere agradecer públicamente.

chas y de la plataforma, y un joven guardia civil submarinista ve que ha caído se lanza al mar por la noche, por las burbujas ve donde está, la saca y dará luz a una niña unas semanas después en un hospital de Algeciras.

Son africanos, ahora se llaman subsaharianos; son magrebíes: no son como nosotros. No traen riquezas: traen miseria, hambre, miedo. Hace años, casi tres lustros, Máximo lo expresó con la capacidad que tienen los humoristas para decir muchísimo con una viñeta. Decía así Máximo: nadie se ahogaría en el estrecho, nadie se asfixiaría en Dover, nadie pagaría a las mafias, si la libre circulación de las personas fuese tan legal como la libre circulación de capitales. Contesta el interlocutor: no me irá usted a comparar a los trashumantes indocumentados con los financieros transnacionales. Sí, le responde: se los comparo.

En ese trasiego de pobres y ricos sin fronteras es donde quiero yo ver la globalización total en el mapa del mundo. Exacto: este es el objetivo de mis reflexiones de esta mañana. Amnistía Internacional lo ha expresado en su lenguaje duro: estas personas, estas miles de personas intentan llegar a Europa desde África septentrional, desde África occidental. Algunos huyen de conflictos, otros intentan escapar de la más absoluta miseria, todos buscan un mundo mejor. Muchas de esas personas nunca llegan, mueren en alta mar por deshidratación, se ahogan o son interceptadas por barcos patrulleros, devueltos al país del que salieron o al de tránsito, donde corren el peligro de ser consideradas ilegales y sufrir vejaciones y torturas. En efecto, porque la Unión Europea, en Schengen, el Acuerdo creador de la Agencia Frontex, tiene un sistema de control en alta mar para poder aprehender embarcaciones y, o bien llevarlas a sus puertos nacionales, o devolverlas al país de origen o de tránsito.

Y esto es lo que pasó un día de mayo del 2009: tres embarcaciones han salido de Libia y unidades de la guardia costera italiana las interceptan (deben ustedes comprender que Italia recibe un flujo de inmigrantes mucho mayor del que recibe España por mar). Italia tiene montado ese sistema por el que unidades navales interceptan estas tres embarcaciones; a sus ocupantes los hacen subir a bordo, los llevan a Trípoli y allí los desembarcan.

El Ministro del Interior italiano (Gobierno Berlusconi) dirá que ésta ha sido una operación que se ha realizado porque hay que evitar los desembarcos clandestinos; y, además, para salvar vidas humanas, porque están en peligro, están en el mar, y es la obligación que tiene Italia de prestar asistencia en el mar a quienes se encuentren en peligro, que está establecida en la Convención de Naciones Unidas referente al mar, o en los acuerdos bilaterales que Italia tiene con Libia para cooperar en la regulación y el control de los flujos migratorios. Los flujos migratorios existen y hay que regularlos, ése es el papel del Derecho, y por eso se han concluido esos acuerdos bilaterales, y estamos en aplicación de esos acuerdos. Casi quinientos inmigrantes clandestinos han sido interceptados y transferidos a Libia.

Al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados le inquieta la situación porque sabe que Libia no es Estado seguro, no es parte de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto del refugiado. Y aunque tolera una presencia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); solo la tolera, porque no está obligada por el Convenio de Ginebra.

Por otra parte, ¿cómo ignorar lo que pasaba en la Libia de Gadafi? Hasta la Comisión Europea (lo digo porque en el 2009 pasaron muchas cosas con la Comisión Europea y alguna de ellas llevó a la dimisión de la Comisión Santer), ¿hasta la Comisión Europea! se preocupó: ¿Qué pasa con la situación de estas personas?

La política de inmigración italiana también había sido examinada por la Comisión de Prevención de Torturas del Consejo de Europa: le había llamado la atención sobre el hecho de que en sus Convenios con Libia no hay un mecanismo de garantía, de control, de que aquí y allí se respetan los derechos fundamentales.

El caso es que veinticuatro de esos inmigrantes demandaron a Italia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ésta es la gran importancia y una de las ventajas de este sistema: los particulares pueden demandar a un Estado, incluso a su propio Estado: no sólo los europeos, sino cualquier persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio, que son todos los del Consejo de Europa. Y por esto es muy importante que enseñemos a nuestros jóvenes que Europa no es sólo la Unión Europea, Europa es también el Consejo de Europa; ahí está a dúo el signo de lo que es Europa, las libertades y los derechos.

El caso es tan importante que la Sala de siete jueces desiste inmediatamente en favor de la Gran Sala de diecisiete. Es tan importante el problema político, las implicaciones que ello tiene: los Estados tienen el derecho de regular la entrada en su territorio, nadie puede pretender el derecho a ser admitido en el territorio de un Estado. Salvo que el Estado lo haya aceptado por tratados internacionales o así lo permita, no se tiene un derecho a elegir dónde se quiere vivir. Esta es una realidad positiva, muy triste, pero positiva. Y el caso está llamando la atención de muchas ONGs; por cierto, una de ellas podría ser de interés para los gestores de este foro: la *Columbia Legal Law Human Rights Clinic*. Ellos van a comparecer con otras ONGs como terceros intervinientes en el procedimiento: el Presidente les invita, incluso va a admitir que en la vista oral participe el Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Y cuando participa alguien es más severo en el tiempo incluso que el Presidente de la Corte Internacional de Justicia, limitando el tiempo de los intervinientes: diez minutos son diez minutos. Ni uno más. Igual pasa en Estrasburgo.

Pero participaron. Los demandantes alegaban que lo que había ocurrido era que Italia había incumplido, violado, tres artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tres derechos fundamentales. En primer lugar, el no ser sometido a torturas, ni a tratamientos inhumanos o degradantes. En segundo lugar, el derecho a no ser expulsado colectivamente: las expulsiones se pueden llevar a cabo, pero individualizadamente, no colectivamente; así está previsto en el artículo 4 del Protocolo Adicional número 4, del que España e Italia son Estados parte. Por último, no habían tenido un recurso efectivo. Habían sido embarcados en unidades navales militares, llevados a Trípoli. No se les dijo dónde iban, no se les informó de nada. Sino que tan solo, de noche, fueron llevados a Trípoli y allí desembarcados. Y ahí quedan ustedes, a su suerte.

Italia es la patria de Bártolo de Sasoferrato y de tantos juristas. Italia va a hacer una construcción que es alambicada, sofisticada, perfecta para lo que yo he criticado como la visión formalista del Derecho.

– «Un momento, pero ¿a qué viene esta demanda? En primer lugar, los representantes ¿han acreditado que son los representantes? Eso para empezar».

– «Pues sí, se ha acreditado».

¡Vaya por Dios!, se ha acreditado que son los representantes los abogados que han deducido la demanda.

– «Bueno, pero, vamos a ver: si yo no les he expulsado de Italia. Estaban en alta mar y yo he llevado a cabo una operación de salvamento marítimo y he aplicado unos convenios bilaterales que me obligan con Libia. ¿De qué vienen ustedes a quejarse? Yo no tengo nada que ver con esto. El Convenio Europeo no es aplicable, porque se ha hecho por unidades navales que los han llevado a Trípoli. Demanden ustedes a Libia».

– «Hombre: Libia no es un Estado miembro del Consejo de Europa ni parte de este Convenio».

– «Pero, además, si es que no son víctimas. Si casi todos ellos han logrado resolver su situación. Si no hay nadie más listo que el migrante ilegal. Enseguida se sitúa: unos obtienen el estatuto de refugiado, otros obtienen el estatuto de asilo político, otros desaparecen. Pero no han sido ni víctimas. Aquello ocurrió, una madrugada de mayo de 2009, pero ya no son ni víctimas. Además, no han presentado recursos. A bordo de las unidades navales ¿es que acaso no podían haber presentado un recurso?»

Claro, yo supongo que las patrulleras italianas deben tener un *Servicio Jurídico*... No, en absoluto, claro está que no había posibilidad alguna de presentar un recurso.

– «Pero, además, *que han sido expulsados colectivamente*. Pero, oiga, ¿qué dice el art. 4 del protocolo adicional 4? Prohíbe la expulsión colectiva desde mi territorio. Pero si yo no estaba en mi territorio, estaban en alta mar y unidades navales les han salvado, etc ...».

Una cosa realmente exquisita para dar testimonio de lo que se dice muchas veces de los juristas, que somos capaces de partir un cabello en cuatro, pero en posición vertical, en posición horizontal eso lo hace cualquiera.

El Tribunal se pronunció en Gran Sala, y por unanimidad ..: lo que significa que el Juez a título de Italia también votó contra el Estado italiano.

Esto es importante, porque son jueces que han sido elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y tienen el deber de independencia. Y en el juez internacional esto es fundamental. Mi experiencia en la Comisión y en el Tribunal fue que en todos esos años, en momentos tan convulsos en España como los del caso Bultó, como se le llama familiarmente (Barberá, Messegué y Jabardo), o el caso de Rumasa, o en casos delicados políticamente, nunca tuve la menor sugerencia por parte del Gobierno español ni de ninguna autoridad de la administración española. No existía: el Juez a título de España no contaba. Nadie me presionó. Lo digo en honor de esos Gobiernos que fueron distintos: hablo de gobiernos de UCD, de gobiernos socialistas... Es lo que yo viví como miembro de la Comisión y luego como miembro del Tribunal.

Pero la carrera del juez internacional muchas veces se ha labrado sobre la base de funciones públicas internas, y claro... En la Comisión un día aparece un sueco que representa a Suecia en la Comisión pero que es embajador de Suecia. ¿Cómo? Pero si el embajador debe estar formado en obedecer instrucciones, ese es su papel. «¿No está usted de acuerdo? Dímita». Un embajador puede influir, tratar de moldear la opinión de su Gobierno, pero cuando llega la hora de la verdad, el embajador vota lo que el Gobierno ha dicho que haga. ¿Un embajador puede ser miembro de la Comisión? «Es que es sueco...». «Bueno, pues como si fuera finlandés». En los dos casos, pues, tuvieron

que renunciar. Un gran jurista, Danelius, pasó de ser el jurisconsulto del Ministerio de Exteriores a ser a magistrado en un Tribunal, porque como magistrado sí puede usted, pero como jurisconsulto del Ministerio de Exteriores... la verdad es que resultaba un poco fuerte. Y, finlandés o sueco, pues lo siento mucho, pero tiene que renunciar.

Bien: estos jueces, por unanimidad, incluido el juez italiano, van a decir: el Convenio es aplicable. Y es aplicable porque, aunque los hechos ocurrieran en alta mar, estas personas se encontraban bajo la jurisdicción de Italia. El Convenio lo que garantiza son derechos a quienes se hallen bajo la jurisdicción efectiva de autoridades de este Estado. Y, puesto que es aplicable el Convenio, Italia ha violado el derecho de estas personas a no ser sometidas a tortura, ni a tratamiento inhumano o degradante.

– «¿Italia?, eso será en Libia».

– «¡Ah, no! Eso es un efecto de rebote. Si usted los entrega, usted está incumpliendo su deber de no someter a tortura».

Es lo que los abogados de Wikileaks pueden alegar. Si le extradita a Suecia, y Suecia le extradita a Estados Unidos, puede ser condenado ¿a qué? Puede ser condenado a... no lo sé, pues de momento no hay ni siquiera una acusación contra él. Y en Suecia lo que tiene no son acusaciones de tipo político. Pero un Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos no puede extraditar a una persona si, por el lugar de destino, significa que puede correr el riesgo de ser sometido a torturas o a tratamiento inhumano. Es el caso Soering contra el Reino Unido de Gran Bretaña. Eso está claro. Y, por tanto, por un efecto de rebote, en el caso Soering, el Tribunal dictó una sentencia que los juristas con razón criticaron. Porque decía el Tribunal: «Si este joven alemán fuese extraditado del Reino Unido a los Estados Unidos y allí fuese juzgado en el Estado de Virginia, por un Tribunal en el que su exnovia aparece como testigo de la acusación», porque los dos habían hecho algo muy sencillo. Los papás de la niña, muy ricos, no consentían aquella relación. Tenían mucho dinero. «¿Qué hacemos?», (se preguntaron los novios), «nos quitamos de en medio a los papás». Y organizaron el crimen de quitárselos de en medio, quedando libres y con dinero. Pero cometieron el error de extender en Londres un cheque sin provisión de fondos. La policía les detuvo y en seguida comenzó el sistema de ayuda recíproca judicial, indicando el Fiscal de Virginia su posible responsabilidad en aquellos asesinatos, solicitando su extradición. El fiscal habló con la mujer indicándole que para ella no pediría la pena de muerte, sino únicamente para él, a cambio de que ella fuera testigo de la acusación. La mujer aceptó encantada y todo aquel amor se diluyó rapidísimamente. El chico tenía verdadero pavor de ser extraditado.

¿Qué hicieron sus abogados? ¿Acudir al Tribunal alegando la vigencia de la pena de muerte en Estados Unidos, su carácter bárbaro y criminal? No, no, eso no lo harían los abogados. Saben que eso no puede prosperar, porque el Convenio todavía es del año 50 y todavía había un artículo que admitía que las leyes internas previeran la pena de muerte... (ya no está, hay un Protocolo que lo ha mejorado, aunque en aquella fecha estaba en vigor). Los abogados no van por ahí. Dicen si este joven es extraditado, juzgado en Virginia y condenado a la pena capital va a estar en una prisión donde sólo hay negros y él el único blanco. Al día hay una hora libre en el patio, nadie les protege. Va ser víctima de asaltos sexuales, víctima de malos tratos. Ese es el régimen penitenciario en esa prisión donde va a estar Y si eso ocurriera, hay malos tratos e incluso tortura.

Una sentencia que dice si es extraditado, si es juzgado, si es condenado... pues ante estos argumentos ha habido juristas que han dicho que estos jueces son de broma. No, lo que hicimos fue interpretar el Convenio en un sentido favorable a la víctima potencial. Víctima directa, víctima indirecta y víctima potencial Y se llega así a la mayor protección de la víctima.

Pues igual se hace aquí: el efecto rebote es el que lleva a la violación del artículo 3 y del artículo del Protocolo Adicional, porque tenían que haber sido examinadas una a una las peticiones de los doscientos. Podría haber peticionarios de asilo. Podría haber peticionarios del estatuto del refugiado. Podría haber personas que reclamaran derecho al respeto de la vida de familia si tienen familiares asentados ya en el territorio de un Estado europeo. Nada se hizo de esto, sino «¡fuera!».

Por tanto, no es que no se pueda expulsar a un grupo. Significa que, para expulsar, se tiene que hacer un estudio, uno a uno, que arbitre un procedimiento para que se vea la situación. Y no solo eso, es que además no han tenido un recurso. Es una broma decir que podrían haber recurrido a bordo de las unidades navales, unidades de guerra de guardacostas, de gran protección frente a las mafias, pues la mafia existe. Y es que el recurso tiene que tener efectos suspensivos. Si no tiene efectos suspensivos no es recurso efectivo. Quien recurra no puede ser expulsado.

¿Qué significa todo esto para España? Donde a los ilegales, sin papeles, se les niega en gran parte del territorio nacional la asistencia médico farmacéutica. En gran parte, porque algunas Comunidades Autónomas todavía lo mantienen. Unas sobre la base de ir con un procedimiento de hecho para ir saliendo del paso; otras sustituyendo tarjeta sanitaria por la de la Comunidad Autónoma; ese es el caso de Andalucía, hoy por hoy. ¿Qué significa todo esto? Debe significar mucho para el legislador, para los jueces, para los administradores; porque, aunque sólo tiene valor de cosa juzgada para Italia, tiene valor de cosa interpretada para todos los Estados parte en el Convenio. Así interpreta el Tribunal cual es el derecho en la materia:

En caso de ser aprehendido en alta mar, tiene derecho a ser traído a puerto español y que allí la autoridad valore los supuestos caso a caso. En caso de internamiento en un centro de internamiento, tiene derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes; y lo cierto es que ahí tenemos muy serios problemas con los centros de internamiento. Algunos se han tenido que cerrar por sus terribles condiciones y su situación atroz. En caso de expulsión tiene que haber posibilidad de recurso y que tenga efectos suspensivos, si el destino de la expulsión no es seguro ni se respetan los derechos fundamentales o si está en situación de conflicto armado generalizado. En esos casos no debe ser expulsado. Y, como el recurso ha de tener efectos suspensivos, mientras esté en España, bajo nuestra jurisdicción, al menos tiene que tener estos dos derechos fundamentales que debemos respetar y proteger, no ser sometido a tratos inhumanos ni tortura, ni ser sometido a situación que ponga en peligro arbitrariamente su vida.

Por ello, como consecuencia, creo que tienen derecho a la asistencia médico farmacéutica. ¿Qué es costosa esta asistencia? Menos que un Phantom, menos que un blindado. ¿No tenemos además la población reclusa? ¿Qué hacemos, no les damos de comer? También se podría decir eso... Claro que tenemos deberes, pero cuestan menos que un Phantom.

Y los acuerdos bilaterales de España: ninguno de ellos tiene una cláusula de control. Regulan las normas, la cooperación contra la migración ilegal, luchar contra las mafias. Está muy bien, ¡gloria bendita! Pero, ¿cómo pueden los jueces controlarlo? ¿su aplicación efectiva? ¿Qué puede hacer España ante Marruecos, ante Argelia, ante países con los que colaboramos en controlar la migración? ¿Qué pasa con el joven o la joven que es expulsada a Marruecos o Argelia? Tiene sin duda que haber procedimientos de seguimiento, de control, de que no va a ser sometido a trato inhumano o degradante o a tortura. Esto es todo lo que nos enseña esta Sentencia.

Aunque sea una aspiración, aunque sea un ideal, creo firmemente en que esto está en el espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sé que no tiene valor jurídico *per se*, pero es un ideal que sirve para salvar nuestra propia dignidad de seres humanos.

Por último, quiero manifestar mi firme convicción de que con cada víctima de la barbarie también nosotros somos víctimas.

TITLE: *Reflections of the judgment of the European Court of Human Rights in the case Hirsi Jamaa and others v Italy (judgment of 23 February 2012). Rights of migrants in an irregular situation in Spain.*

ABSTRACT: *The professor Carrillo Salcedo meditates on the duty of protection of the States that derives of the human rights guaranteed by the juridical international classification and its protection in so diverse environments as the right to the attendance doctor pharmacist of the irregular immigrants and the protection in front of the extradition of the accused of diffusing State's secrets.*

RESUMEN: *A la luz de la sentencia Hirsi Jamma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el profesor Carrillo Salcedo reflexiona sobre el deber de protección de los Estados que deriva de los derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico internacional y su protección en ámbitos tan diversos como el derecho a la asistencia médico farmacéutica de los inmigrantes irregulares y la protección frente a la extradición de los acusados de difundir secretos de Estado.*

KEY WORDS: *European Court of Human Rights, Case Hirsi Jamma, Immigrants' rights, Asylum Right, Collective expulsions.*

PALABRAS CLAVE: *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Hirsi Jamma. Derechos de los inmigrantes. Derecho de Asilo. Expulsiones colectivas.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.02.2013.

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2013.

