

BÚSQUEDA Y RESCATE: LA NECESIDAD DE EQUILIBRAR EL CONTROL DE FRONTERAS CON LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE DERECHO DEL MAR Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

Giuseppe CATALDI *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: UN DRAMA HUMANO QUE NO RECIBE RESPUESTAS ADECUADAS.—2. EL DESFASE ENTRE LOS HECHOS Y EL DERECHO, EN PARTICULAR A LA VISTA DE INCIDENTES RECIENTES.—3. EL CIERRE DE LOS PUERTOS Y LAS CUESTIONES DEL *LUGAR SEGURO* Y EL *PLAZO RAZONABLE*.—4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN: UN DRAMA HUMANO QUE NO RECIBE RESPUESTAS ADECUADAS

Es innegable que la salida de inmigrantes en búsqueda de una vida mejor en Europa se ha convertido en una constante en los últimos años, por una serie de razones bien conocidas. El tránsito de estos migrantes a través del Mediterráneo es dramático, ya que, si bien la migración por mar supone un porcentaje minoritario de todo el fenómeno migratorio mundial, presenta riesgos mucho mayores para la vida humana que el tránsito por tierra, como consecuencia de los medios de transporte utilizados y de la falta de familiaridad con el medio acuático de las personas involucradas. Según el «Missing Migrants Project» de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), de las 3.514 personas (con identidad verificada) que murieron en todo el mundo en 2017 en el intento de emigrar o de huir de la persecución, hasta 2.510 perdieron la vida en el Mediterráneo. Además, a pesar de la importante disminución de las llegadas, la ruta de Libia a Europa sigue siendo la ruta de migración más mortífera del mundo, según el ACNUR, y lo fue cinco veces más en 2018 que en 2015, en particular debido a la reducción de las activida-

* Catedrático de Derecho internacional público de Nápoles, L'Orientale. Coordinador del proyecto *Jean Monnet European Network MAPS (Migration and Asylum Policy Systems)*, en cuyo marco se escribió este trabajo. También es actualmente presidente de la *Association Internationale du Droit de la Mer*.

des de búsqueda y rescate frente a las costas libias. Estas cifras no necesitan comentarios.

Con el cierre sustancial del corredor de los Balcanes como consecuencia de la Declaración UE-Turquía, de marzo de 2016, los viajes a Europa se han concentrado en el Mediterráneo central, con un aumento progresivo de la presión sobre Italia por diversas razones. La primera motivación está representada, como es fácil de intuir, por su posición geográfica. La segunda explicación viene dada por el cierre de los puertos por parte de Malta, así como por la situación particular de Libia, que sigue sin poder ofrecer garantías para la gestión de este fenómeno. Por último, la tercera causa tiene que ver con el hecho de que las misiones marítimas de la UE Triton y EUNAVFOR Med, coordinadas por la Agencia Europea de Fronteras Frontex, declaran explícitamente que los inmigrantes rescatados deben desembarcar en Italia. Desde 2013, las llamadas de socorro a lo largo de la ruta del Mediterráneo central fueron, por tanto, redirigidas sistemáticamente a Italia, que finalmente asumió la responsabilidad de coordinar todas las operaciones de *search and rescue* frente a las costas de Libia.

También como consecuencia de la falta de solidaridad demostrada por los miembros de la UE para compartir la carga de Roma, en junio de 2018, el gobierno italiano, en perfecta armonía con los vientos políticos que soplan a través de Europa, tuvo un terreno abonado para decidir que, a partir de ese momento, todos los puertos italianos estarían cerrados a los barcos de las ONG y a los barcos mercantes de bandera extranjera que transportaran a los emigrantes que habían sido rescatados en el mar (¡afectando incluso a un barco de la armada italiana!). A partir de este momento, a estos buques se les ha negado la entrada en las aguas interiores y puertos italianos.

Los acontecimientos ocurridos en los últimos años en aguas del Mediterráneo central han mostrado varias cosas. En primer lugar, se ha constatado una falta de cooperación y coordinación entre todos los actores implicados: primero, entre los Estados europeos y, luego, entre estos y las instituciones de la UE. En segundo lugar, con frecuencia se comprueba una insuficiencia manifiesta de los instrumentos jurídicos vigentes en materia de búsqueda y salvamento en el mar, ya que fueron concebidos en una época diferente y para situaciones que no tenían nada que ver con el panorama actual, puesto que no estaban vinculados a los significativos flujos contemporáneos de personas que migran por razones económicas o que huyen de sus países por tener fundados temores de ser perseguidas debido a diversas causas. Lamentablemente, las mejores soluciones, y más directas, se encuentran recogidas en instrumentos no vinculantes, como las resoluciones de la OMI. En tercer lugar, por último, es evidente que existe una gran incoherencia entre los principios generales sobre derechos humanos previstos a nivel constitucional en los Estados europeos y en los documentos fundamentales de la UE con la actual política de migración de la Unión y de sus Estados miembros. La UE se negó a continuar la única misión humanitaria de gran envergadura

que se ha llevado a cabo en el Mediterráneo, la operación *Mare Nostrum*, gestionada (y financiada) por el gobierno italiano desde el 18 de octubre de 2013 hasta el 31 de octubre de 2014. Su término produjo un vacío humanitario que compelia a las ONG a actuar. ¿Quiénes, si no, iban a prepararse a actuar en tal coyuntura con el objetivo de salvar vidas? Es innegable que en la búsqueda de un equilibrio entre los aspectos humanitarios y el control de las fronteras exteriores de la Unión, las instituciones de la UE y los Estados miembros favorecen actualmente este último aspecto, en particular a través de una cuestionable externalización y deslocalización de la gestión del fenómeno migratorio.

El hecho de que el Parlamento Europeo no haya adoptado una propuesta de resolución presentada el 21 de octubre de 2019 por el *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs* «on Search and Rescue in the Mediterranean» viene a confirmar las observaciones anteriores¹. En la misma se reafirmaba esencialmente la necesidad de que los Estados miembros cumplieran las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la UE y del Derecho internacional en la materia. A pesar de que se trataba de un documento carente de proposiciones innovadoras, la propuesta incluida fue rechazada tres días después por el Parlamento (por 290 votos a favor, 288 en contra y 36 abstenciones).

2. EL DESFASE ENTRE LOS HECHOS Y EL DERECHO, EN PARTICULAR A LA VISTA DE INCIDENTES RECIENTES

Hay que partir de la consideración de que cuando se rescata en el mar a personas en dificultad, su calificación como «migrantes» o «refugiados» ocupa necesariamente un segundo lugar. La obligación de prestar asistencia y socorro, una de las más antiguas del Derecho del mar, exige que las personas que se encuentran en peligro en el mar reciban ayuda con un espíritu de solidaridad y humanidad, sin discriminación basada en cualquier razón por la que las personas rescatadas hayan podido emprender su viaje. La distinción que los Estados europeos intentan hacer entre migrantes y potenciales refugiados, de un lado, y otras personas en peligro, de otro lado, supone un límite infundado y grave para la protección de la vida humana en el mar. Por este motivo, las normas establecidas para los incidentes en el mar se aplican en primer lugar, empezando por el art. 98 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), el cual codifica un antiguo principio del Derecho consuetudinario que afirma el deber de todo Estado de prestar asistencia a las personas y los buques en peligro y de establecer un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz. Cabe señalar que esta disposición no contiene ninguna indicación ni limitación geográfica. Las disposiciones del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar

¹ 2019/2755(RSPF) B9-0154/2019 (disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2019-0154_EN.html).

(SOLAS), de 1974, y del Convenio de Hamburgo de 1979 sobre búsqueda y salvamento en el mar, que establece las zonas SAR, son más detalladas. Se trata de convenciones que no tienen en cuenta la cuestión específica de la migración y el asilo, ya que fueron adoptadas para regular el fenómeno clásico del rescate de naufragos, presumiendo su pleno consentimiento para ser llevados de vuelta a casa. Esto explica que ambas convenciones hayan sido enmendadas en 2004, después del caso *Tampa*², para aclarar que el gobierno responsable de la región SAR en la que se rescatan los supervivientes está obligado a identificar el lugar seguro de desembarque, así como a proporcionarlo directamente o bien a garantizar que otro Estado lo haga. Está claro que el barco de rescate no puede ser considerado un *lugar seguro*, excepto por un tiempo muy limitado.

Una de las cuestiones que generan efectos indeseables en la práctica reciente tiene que ver inicialmente con Malta, si bien, lógicamente, proyecta su influencia sobre Italia y más allá. La razón estriba en que Malta, aun contando con una zona SAR de tamaño considerable, nunca ha aceptado las enmiendas referidas en el párrafo anterior y cuestiona su competencia para dirigir las operaciones de rescate en su SAR (a menos que se contraten buques con pabellón maltés, lo cual es muy raro), basándose sobre todo en las limitaciones concernientes a su territorio y a los medios de que dispone. A ello se añade el hecho de que su zona SAR se solapa en varios lugares con la italiana. El resultado es una incertidumbre considerable, así como una responsabilidad que en la práctica pesa sobre las autoridades italianas de manera constante.

A su vez, la cuestión de la zona SAR libia, cuya existencia aún no se ha establecido plenamente, es diferente pero no menos problemática. No fue hasta julio de 2018 cuando se notificó a la OMI la existencia de una autoridad coordinadora para el Centro de Salvamento Marítimo, sin la cual es obvio que la SAR no puede considerarse eficaz. El hecho de que Libia ni siquiera disponga aún de un gobierno capaz de controlar todo el territorio sigue pesando en el asunto.

Quienes sufren en sus carnes las consecuencias de las incertidumbres mencionadas con anterioridad son los migrantes y los refugiados, cuya suerte está vinculada a la existencia, caso por caso, de un Estado dispuesto a supervisar las operaciones.

² Con demasiada frecuencia oímos en Europa que la actual crisis de migración a través del mar Mediterráneo no tiene precedentes, pero para ello deberíamos recordar los nombres de algunos barcos. Así, el barco búlgaro *Struma*, con 767 refugiados judíos a bordo, por ejemplo, bloqueado a la entrada del Bósforo durante el invierno de 1941, y hundido por error por un torpedo soviético. Más recientemente, el barco noruego *Tampa*, que en 2001 rescató en el mar a 438 solicitantes de asilo afganos, pero al que las autoridades australianas le prohibieron el acceso a los puertos nacionales durante más de una semana, lo que generó una crisis diplomática con Noruega, hasta que la situación se resolvió gracias a la «externalización» de la cuestión al Estado de Nauru, que aceptó a los solicitantes de asilo a cambio de dinero. Este procedimiento se conoce como la «*Pacific Solution*» (es decir, típica del Océano Pacífico, y una buena práctica a imitar, según algunos gobiernos europeos).

3. EL CIERRE DE LOS PUERTOS Y LAS CUESTIONES DEL LUGAR SEGURO Y EL PLAZO RAZONABLE

Otro aspecto clave es la cuestión del cierre de los puertos. Esta medida no está en sí misma excluida según el Derecho del mar, ya que los puertos están bajo la soberanía exclusiva del Estado. Como es sabido, no existe derecho de entrada en un puerto extranjero en virtud del Derecho internacional, ya que el puerto está situado en aguas interiores, y a menos que se haya llegado a un acuerdo internacional, el Estado ribereño puede decidir si admite o no a un buque extranjero (a diferencia de lo que ocurre en el mar territorial, donde todos los Estados gozan del «derecho de paso inocente»). El art. 25 de CONVEMAR dispone que el Estado podrá denegar la entrada si el buque infringe las normas nacionales de inmigración. No obstante, todo buque tiene derecho a entrar en un puerto si se encuentra en una situación de dificultad o si las personas a bordo se encuentran en dificultades. En este caso, se aplica la norma de «fuerza mayor» o «estado de necesidad», ya prevista y codificada por el Convenio de 1923 sobre el régimen de los puertos marítimos. La no aceptación de un buque en un puerto constituye en estos casos una violación de la obligación de salvaguardar la vida humana en el mar, a menos que una simple intervención (por ejemplo, una intervención médica o reparación mecánica) llevada a cabo a bordo pueda ser suficiente para poner fin al estado de necesidad, sin proceder a la entrada en el puerto. En el caso concreto de los posibles solicitantes de asilo a bordo, cuando el buque se encuentre en aguas interiores y, por tanto, bajo la jurisdicción del Estado ribereño, este deberá verificar, persona por persona, si se cumplen o no los requisitos, ya que, de lo contrario, infringiría las obligaciones que le incumben en virtud de las normas de derechos humanos, en particular la obligación de «no devolución» establecida en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), tal como lo ha interpretado el Tribunal de Estrasburgo. Esta es la situación, por ejemplo, con respecto a las personas embarcadas en el buque *Diciotti*, un buque de la Guardia Costera italiana que a mediados de agosto de 2018 rescató a 190 migrantes en dificultades en la región de la SAR maltesa. Tras la negativa de Malta a aceptar a los inmigrantes, el barco italiano desembarcó a 13 personas necesitadas de atención de emergencia en el puerto de Lampedusa, y luego continuó su viaje hacia Catania. Pero a su llegada, se les negó el permiso para llevar a los migrantes a tierra, excepto a unos pocos que necesitaban atención médica urgente. Solo cinco días después de llegar al puerto de Catania se permitió que 137 migrantes desembarcaran, donde fueron identificados y luego trasladados al «hotspot» de Messina, en espera de su asentamiento definitivo en lugares dispuestos a recibirlos. En este sentido, cabe destacar la singular circunstancia de prohibir a un buque militar italiano atracar en un puerto italiano, y la posterior distribución de los migrantes en esta ocasión concreta: aparte de Irlanda, fueron alojados por la CEI (Conferencia Episcopal Italiana) y por Albania. Con respecto a la CEI, es pertinente añadir que, al no ser

un Estado, las personas rescatadas continuaron teniendo a Italia como único punto de referencia para la posible concesión del estatuto de refugiado. Por lo que se refiere a Albania, debe tenerse en cuenta que se trata de un país no miembro de la UE. Por ello, el traslado se llevó a cabo fuera del sistema de Dublín y, por consiguiente, no pudo realizarse sin el consentimiento de las personas afectadas. Cabe señalar además que el 23 de enero de 2019, el Tribunal de Catania (Sección de Delitos Ministeriales) presentó al Senado una solicitud de autorización para emprender acciones legales contra el ministro del Interior por el delito de secuestro agravado (tipificado en el art. 605 del Código Penal). La imputación hecha al ministro se refería al abuso de sus poderes y a la violación de las convenciones internacionales, por bloquear los procedimientos para desembarcar a los migrantes, y obligarlos a permanecer en condiciones físicas y mentales críticas durante cinco días a bordo del *Di-ciotti*, amarrado en el puerto de Catania.

En cuanto al punto de desembarque, debemos realizar algunas precisiones con respecto a los conceptos de «lugar seguro» y «plazo razonable». El Estado responsable de la zona SAR tiene la obligación de identificar este lugar (obligación que no está reconocida como tal solo por Malta, como ya se ha indicado), pero el Derecho del mar no establece que dicho lugar se encuentre necesariamente en el territorio de ese Estado. Es evidente que las normas de los dos Convenios, SOLAS y SAR, así como las recomendaciones de la OMI, se basan en la cooperación entre el Estado de la zona SAR, el Estado del pabellón del buque que presta la asistencia y, posiblemente, el Estado cuyos puertos están más cerca de la zona en la que tuvo lugar la intervención («la coordinación de la acción de socorro por parte de un Estado no libera a los demás Estados», tal como expresa la OMI en sus recomendaciones). Desgraciadamente, esta cooperación casi siempre es insuficiente, y esto es tanto más grave cuanto que, en la mayoría de los casos, los Estados en cuestión están unidos por el vínculo de la pertenencia común a la UE. En el caso del buque de la ONG *Aquarius*, Italia tenía la responsabilidad principal, ya que el IMRCC (International Maritime Rescue Coordination Center) en Roma había coordinado las actividades de rescate en el mar. Dada la precariedad de las condiciones de las personas a bordo, el lapso de una semana, que transcurrió desde el rescate hasta el desembarque en el puerto de Valencia (España era el único Estado dispuesto a aceptar el barco), no puede considerarse como un «tiempo razonable» y, en consecuencia, Italia violó ciertamente el Convenio de Hamburgo. No obstante, ni el Reino Unido, Estado de abanderamiento, ni Francia, Estado nacional de la mayoría de los miembros de la tripulación, ni los demás Estados de la zona, en particular aquellos a los que se aplica la obligación de «cooperación leal» establecida por el Derecho de la UE, pueden considerarse exentos de toda responsabilidad.

Sin embargo, la cuestión del «lugar seguro» se planteó, con especial referencia a las garantías de protección de los derechos humanos fundamentales en una serie significativa de casos recientes. Vale la pena recordar el emblemático caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, resuelto por el Tribunal Europeo

de Derechos Humanos (TEDH) en 2012. En él, Italia fue condenada, tras el rescate efectuado por un barco militar italiano de un grupo de nacionales somalíes y eritreos que se encontraban a la deriva. La causa de la condena había sido el traslado de las personas rescatadas de vuelta a Libia, el país del que habían salido. Tal operación se había realizado en ejecución de un acuerdo entre Italia y Libia. Pero el Tribunal declaró que Italia había violado en primer lugar el art. 3 del CEDH, relativo a la prohibición de la tortura y los tratos degradantes, tanto porque existía un riesgo de devolución indirecta (las autoridades libias habrían procedido muy probablemente a entregar a estas personas a sus países de origen, donde su seguridad se vería gravemente amenazada) como porque había pruebas de actividades de tortura y malos tratos llevadas a cabo directamente en suelo libio. La norma sobre la prohibición de las expulsiones en masa (art. 4 del Protocolo núm. 4 del CEDH) y el art. 13, sobre el derecho a un recurso efectivo, también fueron violados, ya que no se ha llevado a cabo una evaluación caso por caso de la posible existencia de los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado y no se ha concedido ninguna posibilidad de impugnar ninguna decisión negativa a este respecto³. La situación política en Libia, con informes detallados sobre el maltrato de los inmigrantes en sus centros de detención (procedentes de diversas fuentes, gubernamentales y no gubernamentales), nos permite afirmar con razonable certeza que en la actualidad no existen puertos «seguros» en este país desde el punto de vista de las garantías de protección de los derechos humanos, y que no parece haber ninguna mejoría significativa respecto a la situación considerada por el TEDH en el caso *Hirsi*. La situación de los centros de detención en Libia también es relevante en otro asunto muy delicado, también destacado en el proyecto de resolución rechazado por el Parlamento Europeo, a saber, la posible responsabilidad indirecta de las instituciones de la UE y de los Estados miembros por los recursos financieros y de formación utilizados para apoyar los proyectos libios en este ámbito.

4. CONCLUSIÓN

Los eventos que se han descrito de forma sumaria hasta aquí confirman la necesidad de reconsiderar los instrumentos normativos internacionales actualmente en vigor relativos a la búsqueda y salvamento en el mar, y también indican de modo claro que el Reglamento Europeo («Dublín III»), que identifica al Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional (Reglamento de la UE núm. 604/2013), debe ser revisado.

La Comisión de la UE ha propuesto la idea de las «Plataformas Regionales de Desembarque» en terceros países como una posible solución a largo plazo para los flujos migratorios desproporcionados a través del mar Mediterráneo. Sin embargo, esta propuesta de identificar posibles puntos de desembarque

³ TEDH, Gran Sala, *Hirsi Jamaa and others c. Italy*, 23 de febrero de 2012.

en el norte de África parece ensombrecer el cumplimiento del marco jurídico de la UE y socavar la protección de los derechos humanos en las fronteras marítimas. A la luz de experiencias similares, que sirvieron para la selección de migrantes en Australia y los Estados Unidos, tal enfoque de subcontratación plantea serias preocupaciones sobre la posibilidad de que los centros de procesamiento se conviertan en campos de detención *de facto*. El futuro de estos acuerdos regionales sigue siendo incierto y ningún tercer país se ha ofrecido a apoyar este proyecto dirigido por la UE.

En cuanto a la revisión del «sistema de Dublín», hay que decir que debería aplicarse plenamente el principio de cooperación leal que rige en la Unión. Junto a ello, debe tenerse en cuenta que cualquier nueva medida, para ser justa, debería contribuir a superar ese vergonzoso «ping-pong» humano que se realiza a costa de las personas en peligro. En consecuencia, debería abordarse el problema de la interpretación del concepto de «lugar seguro» de desembarque, acotando su alcance y aportando así la seguridad jurídica necesaria. Esto resultará crucial también para las ONG, ya que son entidades que prestan un servicio esencial salvando vidas, muchas de las cuales, de otro modo, se perderían de forma irremediable o quedarían al albur de la actuación en cada momento de los buques mercantes, los buques de las armadas nacionales o los servicios de guardacostas y de control de fronteras europeos. La adopción de normas claras también serviría de advertencia a Estados como Libia, que, si bien desean entablar relaciones en pie de igualdad con la Unión y sus miembros, tienen dificultades para establecer normas e instituciones que respeten la democracia y los derechos humanos. Por último, nuevas normas serían, asimismo, indispensables para hacer frente a otros actores no estatales, en este caso tremendamente perniciosos, como son las organizaciones criminales que se dedican al tráfico ilícito de migrantes o a la trata de personas, y que prosperan (in)justamente a causa de la inseguridad jurídica que prevalece en la actualidad.

Palabras clave: Derecho del mar, derechos humanos, lugar seguro, búsqueda y rescate, migraciones.

Keywords: Law of the sea, human rights, place of safety, search and rescue, migrations.