

LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE A LA GESTIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS MIXTOS

HUMAN RIGHTS AS LIMITING THE MANAGEMENT OF MIXED MIGRATION FLOWS

Soledad Torrecuadrada García-Lozano*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL: EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN. III. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL SECA. IV. CONCLUSIONES

RESUMEN: Si bien es cierto que el Estado es soberano para decidir quién entra en su territorio, por donde y en qué condiciones, se trata de una competencia limitada por la necesaria garantía de los Derechos Humanos de las personas que conforman los flujos migratorios mixtos. Así, el principio de no devolución encuentra su fundamento en la garantía del derecho a la vida y al de no ser víctima de tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y resulta predicable tanto de solicitantes de asilo como de los migrantes que se encuentren en situación de riesgo. En la actualidad los tribunales y los órganos internacionales recuerdan a los Estados sus obligaciones de garantizar el respeto debido a los derechos humanos de todas las personas, insistiendo en la racionalidad y humanidad en un contexto social que está girando peligrosamente hacia el populismo y en contra de quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

ABSTRACT: *Even if it is true that the State is sovereign to decide who enters its territory, where and under which conditions, it is a competence that is limited because of the necessary human rights guarantees of the persons who form part of mixed migration flows. Thus, the principle of non refoulement finds its foundation in the guarantee of the right to life and not to be a victim of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and is applicable both to asylum-seekers or as migrants who find themselves in a situation of risk. At present, international tribunals and organs remind all states of their obligations to ensure respect for human rights of all persons, insisting on rationality and humanity in a social context which is dangerously turning towards populism and against those who are in a situation of special vulnerability.*

Fecha de recepción del original: 29 de octubre de 2018. Fecha de aceptación de la versión final: 20 de noviembre de 2018.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid. Acreditada como Catedrática (resolución de 4 de julio de 2012). s.torrecuadrada@uam.es. Miembro fundadora del Instituto Demospaz, (Fundación Cultura de Paz y la Universidad Autónoma de Madrid). Miembro del Consejo de Dirección del Instituto Universitario de Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (UNICEF-UAM).

PALABRAS CLAVE: migrantes, refugiados, no devolución, Sistema Europeo Común de Asilo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos.

KEY WORDS: *Migrants, refugees, non-refoulement, Common European Asylum System, European Court of Human Rights, Human Rights Committee.*

I. INTRODUCCIÓN

Tanto la de “flujos migratorios mixtos” como la de migraciones en masa son “expresión descriptiva de un fenómeno fáctico”¹ actual que, aunque no es novedoso² afecta a todos los continentes y Estados (sean de origen, destino o tránsito). En estos momentos se ha generalizado la denominación de migraciones en masa para identificar grupos humanos numerosos, considero más apropiado utilizar el término que da título a este trabajo por dos motivos fundamentalmente: primero, se acomoda a la realidad de su composición mixta, pues están conformados tanto por migrantes como por personas que huyen para solicitar una protección internacional; y, segundo, porque el lenguaje no es neutro, y la “migración en masa” traslada dos ideas: una, que son grupos formados solo por migrantes, cuando sabemos que no lo son; dos, que estamos en presencia de movimientos masivos, apreciación que no siempre procede en las situaciones en presencia³.

Por otra parte, la novedad que se plantea en la actualidad deriva precisamente del carácter mixto de los grupos humanos de referencia, lo que suscita problemas añadidos a su gestión debido a la dualidad de regímenes jurídicos aplicables a los solicitantes de refugio o protección internacional subsidiaria y a los migrantes. Bien es cierto que quienes conforman estos flujos migratorios mixtos comparten rutas y riesgos en ellas, además de

¹ Informe del Institut de droit international “Migrations en masse”, en el que KAMTO, M. actuó como relator. En: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/16eme_com.pdf, pp. 116 y ss. El entrecomillado es del párrafo 6, p. 124.

² Recordemos la llegada de más de 25.000 españoles a México tras la Guerra Civil, o quienes huyendo de esa misma contienda huyeron por los Pirineos y terminaron en campos de internamiento o de trabajo en los campos de la Francia de Vichy, sobre los que existe una variada literatura, entre ella RAFANEAU-BOJ, M.-C., *Los campos de concentración de los refugiados españoles en Francia (1939-1945)*, Omega, Barcelona, 1995. Tampoco es novedoso el rechazo de un buque con personas que huyen. En 1939 se negó la entrada en Estados Unidos, Cuba y Canadá al buque St. Louis, en el que más de novecientos judíos escaparon de Alemania, debiendo regresar a Europa, vid. https://www.abc.es/historia/abci-inmigrantes-malditos-saint-louis-cruel-antecedente-refugiados-no-pudieron-entrar-eeuu-201702170158_noticia.html.

³ Las noticias que se publican cada verano transmiten la impresión de que el número de llegadas a territorio de la Unión Europea ha sido masivo, pese a lo cual nos alejamos de las cifras producidas por la gran crisis migratoria de 2015: <https://www.statista.com/statistics/454775/number-of-illegal-entries-between-bcps-to-the-eu/>. En todo caso, los datos de los que disponemos son siempre aproximados, en la medida en que, con la salvedad que presentan los solicitantes de protección internacional, el resto es inmigración administrativa irregular. En el caso de España, de acuerdo con el Informe del Consejo de Europa realizado como consecuencia de la misión de información efectuada por el Embajador Thomas Boček, Representante especial del Secretario General sobre las migraciones y los refugiados en España del 18 al 24 de marzo de 2018, desde el inicio de la crisis migratoria en 2014 han llegado 89.982 migrantes o refugiados. La cifra anual de 2017 duplicó el dato de 2016 y solo en los seis primeros meses de 2018 han alcanzado el territorio español el 71,33% del total de 2017. El texto del informe es SG/Inf(2018)25, de 3 de septiembre de 2018.

alcanzar el territorio soñado acudiendo a redes que organizan sus desplazamientos⁴. Por ello y por la complejidad característica de la crisis humanitaria a la que nos enfrentamos⁵, tendríamos que considerar, como indica Antonio Remiro, la diferencia fundamental de situación actual respecto de otras, al menos en Europa: el origen de los migrantes se produce no en países vecinos a la Unión Europea (UE), sino más allá, lo que ha supuesto en primer lugar, una huida masiva de los conflictos armados hacia los países vecinos; seguido de la incapacidad de absorción de los vecinos y la búsqueda de un nuevo destino para emprender una migración de carácter económico⁶. Esto motiva que quienes alcanzan la UE, por ejemplo, lo hagan para buscar un futuro mejor y no para evitar el conflicto armado o huir de la persecución, propósito ya logrado. Quienes no apoyan esta idea (Araceli Mangas o Antonio Guterres⁷) lo hacen convencidos de que su aplicación, igualará el régimen aplicable a todas las categorías a la baja, evitando la protección internacional a quienes reúnan las condiciones para ello.

La falta de novedad de las migraciones no ha ido acompañada de la que, desde una perspectiva lógica, sería su consecuencia, pues nos encontramos, en palabras de J.A. González Vega, con que “el sistema jurídico internacional revela aún hoy en día frente al fenómeno migratorio una impronta ultraliberal, renuente a embridar la libertad de acción de los Estados”⁸, solo limitada por el respeto a las normas de Derechos Humanos y a la Convención sobre los refugiados de 1951⁹. Han sido escasos los avances sustantivos que se han producido en este ámbito material desde finales del siglo XIX, pues en la práctica

⁴ El documento “La Unión Europea y la crisis de los refugiados” (https://europa.eu/european-union/file/la-uni%C3%B3n-europea-y-la-crisis-de-los-refugiados_es), indica que casi “el 90% de los refugiados y migrantes han pagado a la delincuencia organizada y a traficantes de seres humanos para que les hagan cruzar las fronteras”. El Mundo publicaba el pasado 12 de agosto de 2018 que el tráfico de personas movía al año 7000 millones €. <http://www.elmundo.es/cronica/2018/08/12/5b6ebfdbca4741a5b8b45be.html>

⁵ J. DE LUCAS entiende que no hay una crisis de refugiados, lo que realmente se encuentra en crisis es el modelo político europeo y su enfoque securitario y defensivo en materia de política de refugiados. DE LUCAS, J. “Falacias y medias verdades en la política europea de refugiados”, en SOROETA, J. (dir.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol XVII, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 107 y ss. La idea del texto se encuentra en la p.109.

⁶ Comentario de REMIRO A. “‘Migrations de Masse’: à Propos du Rapport préliminaire de M.Kamto”, presentado a la 16ª Comisión del IDI, 2017, p. 1, cortesía del autor.

⁷ MANGAS A., “Protección internacional y europea ante afluencias masivas de refugiados”, *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, 2015, núm. 75, pp. 39 y ss. Especialmente p. 43. GUTERRES, A. en <http://www.unhcr.org/admin/hcspeeches/43411aa54/opening-statement-mr-antonio-guterres-united-nations-high-commissioner.html> y diez años después en: <http://www.unhcr.org/56122bd76.html#>

⁸ GONZÁLEZ VEGA, J. “En torno a los otros europeos: Derecho Internacional y Derecho Europeo ante la inmigración”, en HIDALGO TUÑÓN, A. y GARCÍA FERNÁNDEZ, R. (coords.), *Ética, pluralismo y flujos migratorios*, Eikasía, S.L., Oviedo, 2005, p. 103 y ss. El texto y su justificación en p. 104, la frase del texto se encuentra en la p. 105.

⁹ Estados Unidos es parte en el Protocolo de 1967 pero no en la Convención de 1951, aunque en virtud del art. 1 de aquel, las partes en el Protocolo se “obligan a aplicar los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención a los refugiados que por el presente se definen”, que precisamente contienen la protección internacional de correspondiente a los refugiados. Por lo demás, sabido es el escaso éxito recabado por la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias, exigible a 52 Estados entre los que no se encuentran los Estados de destino de estos flujos migratorios.

los Estados se comportan como podrían haberlo hecho entonces¹⁰, aunque como veremos en las páginas que siguen, la capacidad de decisión estatal cuenta con unos perfiles tangibles que ha ido estableciendo la jurisprudencia internacional.

Por otra parte, la regulación de los flujos migratorios mixtos es un problema de gran complejidad, respecto del cual la práctica ha evidenciado que las políticas estatales defensivas que pretenden evitar su llegada no genera los resultados perseguidos. Por ello, toda estrategia que pretenda abordar este problema con solvencia debe prestar atención a tres elementos: la soberanía estatal; la garantía de los Derechos Humanos de quienes huyen de sus territorios de origen por variados motivos (conflictos armados, hambrunas o sencillamente para buscar un futuro mejor); y, la represión de las redes que utilizan a los migrantes como objeto de un tráfico ilícito que genera importantes beneficios¹¹. Ello sin olvidar que los Derechos Humanos han de encontrarse en el centro del debate pues su garantía afecta a los otros dos elementos, pues no sólo limita la soberanía estatal, sino también han de presidir toda lucha contra las redes de tráfico de personas. Sin embargo, en los últimos tiempos hemos tenido ocasión de comprobar el diseño de políticas que centraban su respuesta a la realidad prescindiendo de otorgar la importancia que merecen los Derechos Humanos en este ámbito material.

El propósito de estas páginas es identificar la contribución que los tribunales internacionales están realizando, a través de la interpretación progresiva de las normas y principios vigentes en materia de Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los refugiados, con la que están limitando la soberanía estatal en la gestión de estos flujos migratorios. Para ello, comenzaremos por centrarnos en los límites derivados del derecho a la vida y la prohibición de no sufrir torturas, tratos inhumanos o degradantes (epígrafe II), materializado en el principio de no devolución, cuyo alcance evidencia la principal diferencia jurídico-internacional (en lo que a la gestión se refiere) del estatuto aplicable a los migrantes y a los solicitantes de protección internacional, pues aquel resulta predicable de estos últimos, pero no con carácter general a los migrantes. Tras ello, analizaremos el

¹⁰ Me refiero a la Resolución sobre “Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers” aprobada por el Instituto de Derecho Internacional (IDI) en la sesión de Ginebra (1892), cuyo preámbulo (primer párrafo) se establecía: “Considérant que, pour chaque Etat, le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance;” Vid. En http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/1892_gen_01_fr.pdf

¹¹ <https://www.unodc.org/toc/es/crimes/migrant-smuggling.html>.

derecho a solicitar asilo¹² en caso de persecución¹³, vulnerado en el caso de las expulsiones en caliente y en las interceptaciones de los buques. Posteriormente, hemos de detenernos en las particularidades que suscita la UE (epígrafe III), derivadas del traslado de los controles a las fronteras exteriores y la libre circulación¹⁴, a lo que se añade el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) acerca del comportamiento de los Estados miembros de la UE en aplicación de aquel. En este sentido, resultan especialmente sugerentes los supuestos en los que se alega el principio de no devolución entre los Estados miembros de la Unión Europea, en para terminar, como viene siendo habitual en este tipo de trabajos con unas conclusiones (epígrafe IV).

II. LÍMITES DERIVADOS DEL DERECHO A LA VIDA Y LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS INHUMANOS O DEGRADANTES: EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

El fundamento del principio de no devolución se encuentra en el derecho a la vida y en el derecho a no ser víctima de la tortura y otros tratos o penas inhumanas o degradantes, lo que implica la obligación estatal de garantizar el respeto de estos derechos sobre las personas sometidas a su jurisdicción. Obsérvese en este punto que los derechos en los que se fundamenta el principio de no devolución son inderogables pues “no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones de conflicto armado y otras emergencias públicas”¹⁵, en consecuencia, tampoco en la gestión de flujos migratorios.

¹² La Corte Interamericana sintetiza las obligaciones que derivan del derecho a buscar y recibir refugio del siguiente modo: la de no devolución; la de no rechazar en frontera; no penalizar o sancionar por acceso irregular al territorio y no detención; “brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado” así como “asegurar las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado”; necesaria adaptación de los procedimientos a los menores de edad; si se reúnen los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado existe la obligación de reconocer la protección internacional que ello implica y mantenerlo en el tiempo; “interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión”; y, por último, “brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado”. En la Opinión consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf El contenido indicado se encuentra en el parágrafo 99, p. 33.

¹³ Proclamado entre otros textos en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 22.7 de la Convención americana de Derechos del hombre, art. 12.3 de la Carta africana de Derechos Humanos.

¹⁴ Como afirma SÁNCHEZ SÁNCHEZ Z., “Un sistema europeo común de asilo: ¿desdibujando la competencia de los Estados?”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 64, 2017, la apertura de las fronteras interiores “ha ido de la mano de una política restrictiva y de control cada más intensivo en sus fronteras exteriores, tornándose menos propicia a la recepción de ciudadanos de terceros Estados y primando la seguridad sobre la libertad en el acceso debido, fundamentalmente, a la desaparición de las fronteras interiores”, p.8.

¹⁵ El transcrito se encuentra en el parágrafo 2 de la Observación General número 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida, aprobado en primera lectura en el 120º periodo de sesiones (3 a 28 de julio de 2017). En: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf. La imperatividad de la protección del derecho a la vida y de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o

De lo anterior se extrae la preceptiva abstención de proceder a una expulsión¹⁶ cuando se demuestre la existencia de un riesgo individual de que se van a vulnerar aquellos derechos¹⁷. Esto es así con carácter general para todas las personas¹⁸, aunque la obligación convencional específica respecto de los solicitantes de protección internacional se incorpora en la Convención de 1951 que contiene el Estatuto de los refugiados¹⁹, encontrándose igualmente presente en la Declaración de asilo territorial²⁰. De este modo se evidencia la dualidad del estatuto jurídico entre los solicitantes de protección internacional (sea refugio o protección subsidiaria) y los migrantes, pues si bien todos los que conforman la primera de las categorías indicadas son titulares del derecho a no devolución, solo aquellos migrantes que puedan demostrar la presencia del aludido riesgo podrán gozar de esta titularidad²¹.

En la práctica, esa dualidad resulta más amplia en la práctica de lo que cupiera esperar, pues el principio de no devolución normalmente se considera respecto de los solicitantes de protección internacional, pero no de los migrantes²², tras cuyo registro se les suelen

degradantes se proclama en el artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y se reitera en el artículo 2.2. respecto de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes en el artículo 2.2. de la Convención.

¹⁶ Sobre los conceptos de ‘devolución’, ‘expulsión’ y ‘conducción a la frontera’ M. Kamto, relator especial, en el segundo informe sobre la expulsión de extranjeros (documento A/CN.4/573), indica (párrafo 170, página 265), afirma que “no existe en realidad una distinción terminológica; los tres términos se utilizan de manera intercambiable sin ningún rigor semántico particular”.

¹⁷ En este sentido, por ejemplo, la Comunicación nº 2471/2014, Merhdat Mohammad c. Bielorrusia, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 8 de noviembre de 2017, en el que se aprecia el riesgo evidente en el supuesto de proceder a la expulsión del comunicante a la República Iraní de ser torturado o ejecutado, aún reconociendo la existencia de evidencias de haber cometido un delito grave como el asesinato en aquel Estado, motivo por el cual, de conformidad con la legislación de Bielorrusia no pudo otorgársele la protección internacional solicitada. Ver especialmente los párrafos 9.1-12.

¹⁸ Evidentemente pues los titulares de los derechos objeto de protección somos todas las personas con absoluta independencia del estatuto jurídico aplicable.

¹⁹ La expulsión de extranjeros de su territorio es un derecho del Estado que deriva de su soberanía. Por otra parte, la expulsión de los refugiados, según el Proyecto de artículos de la CDI sobre la expulsión de los extranjeros solo procede “por razones de seguridad nacional o de orden público” (art. 6.a, y nunca lo devolverá “a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad correrían peligro...” (art. 6.b). En Anuario de la CDI 2014: <http://legal.un.org/ilc/reports/2014/spanish/chp4.pdf>

²⁰ La Declaración de Asilo territorial se encuentra la Resolución 2312 (XXII), 14 de diciembre de 1967, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

²¹ Sobre el principio de no devolución y las devoluciones PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones irregulares y Derecho Internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 103 y ss. También en el Proyecto de artículos de la CDI id. Nota nº 20 (art.23), como prohibición de expulsión a un Estado en el que su vida estaría amenazada o en el que podría ser sometido a tortura o a tratos inhumanos, crueles o degradantes (arts. 17 y 24).

²² No existe, sin embargo, una previsión para los migrantes de semejante alcance, ausente en los Convenios auspiciados por la OIT (el Convenio nº 97 sobre los trabajadores migrantes y Convenio nº 143 sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de trato de los trabajadores migrantes) o en la Convención de Naciones Unidas de 1990 sobre los derechos de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias, que entró en vigor tardíamente y de la que no son partes los Estados que suelen ser el destino de estas migraciones. Por otra parte, la CDI ha avanzado en un Proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros que cuenta con 31 artículos, aprobados en segunda lectura, en cuya versión final confiamos que manifiesten el consentimiento en obligarse los Estados de destino de migrantes.

aplicar los acuerdos de readmisión con terceros países, sin que siempre se tenga en cuenta adecuadamente la presencia de los riesgos que han de ponderarse²³. Pese a ello, la aplicación de estas cautelas y, en general, el escrupuloso respeto de los Derechos Humanos ha de presidir la aplicación de estos acuerdos de readmisión²⁴, y debería ser un elemento básico y fundamental sobre el que cimentar toda política de inmigración.

1. Sobre el principio de no devolución al margen del estatuto de refugiado y las dificultades probatorias del riesgo

El principio de no devolución se incorpora en algunos tratados internacionales que, como la Convención contra la tortura u otros tratos o penas inhumanas o degradantes (en adelante, Convención contra la tortura) o la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas así lo establecen, derivándose igualmente de la Convención sobre los derechos del niño²⁵. Por este motivo, no es de extrañar que, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité contra la tortura, ambos de las Naciones Unidas, se hayan pronunciado al respecto, tanto en sus observaciones generales como resolviendo comunicaciones individuales que, arguyendo su temor a ser víctima de comportamientos constitutivos del tipo prohibido en aquellos

²³ En las Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo en la reunión de 28 de junio de 2018 se establece (parágrafo 6) la distinción “entre los migrantes irregulares, a los que se retornará, y las personas necesitadas de protección internacional, a las que se aplicará el principio de solidaridad”, de donde se desprende que la práctica puede no acomodarse a las normas internacionales existentes en este punto concreto. La UE cuenta con 21 acuerdos de readmisión (ver Nota de la Comisión previa al Consejo Europeo de junio de 2018. Gestionar la migración en todos sus aspectos, descargable en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/euco-migration-booklet-june2018_es.pdf).

²⁴ Por todos en este sentido, MARIÑO MENÉNDEZ, F., “La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el Derecho Europeo”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (coord.) *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro Rial*, Trotta-Fundación Juan March, 2002, pp. 463 y ss. Así lo establece la Asamblea General de Naciones Unidas en sus resoluciones, vid. Por todas A/RES/72/179, de 19 de diciembre de 2017, párrafo primero o 5.c). De hecho, la garantía de una acogida digna, centrada en las personas había sido uno de los compromisos adquiridos en la Declaración de Nueva York para los refugiados y los migrantes o la precedente Resolución 71/1, de 19 de septiembre de 2016.

²⁵ El artículo 16.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas establece que: “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada.” Por su parte, el apartado 2, siguiendo el modelo de la Convención contra la tortura proclama: “A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia, en el Estado de que se trate, de un cuadro de violaciones sistemáticas graves, flagrantes o masivas de los Derechos Humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.” En el caso de tratarse de un niño, el Comité de los Derechos del niño afirma en el parágrafo 86 de su Observación General nº 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6): “El retorno al país de origen no entra en consideración si produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los Derechos Humanos fundamentales del menor y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución. El retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redunda en el interés superior del menor.”

textos convencionales, pretendían evitar la expulsión²⁶. Así, el Comité de Derechos Humanos, subrayaba en 2004 que la obligación de los Estados parte en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de

“no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente.”²⁷

Ambos Comités, junto con los tribunales internacionales (especialmente el TEDH) están realizando una importante labor concretando los comportamientos estatales que vulneran los derechos de los migrantes, realizando para ello una interpretación progresiva de las normas y principios aplicables en estos supuestos. Así, los Comités han establecido que solo cabe fundamentar la aplicación del principio de no devolución a los migrantes cuando el riesgo es “real, es decir, debe ser la consecuencia necesaria y previsible de la deportación”²⁸ e irreparable, de modo que “el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha”²⁹ y personal, que afecte al interesado³⁰. Lo anterior implica la necesidad de analizar todos los elementos en presencia que puedan afectar a la decisión final, puesto que del error en su evaluación puede derivar consecuencias indeseadas e irreversibles tanto para la persona que protagoniza la decisión como para el Estado que adopta la medida. Este último incumpliría el Pacto y la Convención por no ha actuado con la debida diligencia al efectuar la ponderación de las circunstancias en presencia³¹.

²⁶ La expulsión, según el Proyecto de artículos de la CDI (citado supra en nota nº 20) es un Derecho del Estado (art.3), en cuyo ejercicio se han de respetar las normas de Derecho Internacional vigentes, especialmente las relativas a los Derechos Humanos.

²⁷ Observación general No. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187a sesión), párrafo 12. El contenido transcrito se reitera en el párrafo 59 de la Observación General nº 36 citada en nota nº 29. El mismo Comité de Derechos Humanos en su Observación General nº3 sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto ya se había referido a la obligación de no extraditar, deportar o expulsar cuando existan “razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable,” (párrafo 12).

²⁸ Vid. Comunicación nº 692/1996, A.R.J. c. Australia, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 28 de julio de 1997, Parágrafo 6.14. Desde entonces, ha venido reiterando este contenido en sus sucesivos dictámenes, que también ha incorporado el Comité contra la tortura en sus decisiones, como, por ejemplo, en la comunicación nº 282/2005, S.P.A. c. Canadá, decisión adoptada el 7 de noviembre de 2006, nº 333/2007, que ha reiterado posteriormente. También en la Comunicación nº2471/2014, Merhadd Mohammad Jamshidian c. Bielorrusia, dictamen de 8 de noviembre de 2017, se refiere al riesgo real e irreparable.

²⁹ Comunicación nº 688/2015, T.Z. c. Suiza, Dictamen aprobado por el Comité contra la tortura el 22 de noviembre de 2017, parágrafo 8.4. Evidentemente la afirmación es aplicable al derecho a la vida.

³⁰ Comunicación nº 2007/2010, X c. Dinamarca, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 26 de marzo de 2014, par. 9.2, entre otros.

³¹ Así lo establece el Comité de Derechos Humanos en el Dictamen citado en nota nº 29, en cuyo párrafo 6.9 indica lo siguiente: “Si un Estado Parte deporta a una persona que se encuentra en su territorio y sometida a su jurisdicción en circunstancias tales que, como consecuencia de ello, se produzca un verdadero riesgo de que se violen sus derechos en virtud del Pacto en otra jurisdicción, ese Estado Parte puede violar el Pacto.” También en este sentido PÉREZ GONZÁLEZ, C. Vid. Supra nota nº 22, p. 105.

Sin embargo, y aquí se encuentra el principal escollo, corresponde al comunicante la carga de la prueba con carácter general, por lo que deberá aportar evidencias convincentes del riesgo previsible, real y personal al que le expondría la expulsión a aquel Estado³². La insuficiencia probatoria derivada de la escasa información aportada por el comunicante que no logra trasladar la convicción del riesgo suele ser la causa de la solución contraria a los intereses del comunicante en la mayoría de las ocasiones. Si bien es cierto que a quien interpone la queja corresponde razonablemente la carga de la prueba³³, esta tarea puede resultar excesivamente dura y rigurosa para personas en una situación de vulnerabilidad, máxime cuando los antecedentes (de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) carecen la fuerza probatoria suficiente.

Bien es cierto que no siempre recae totalmente en el comunicante la carga de la prueba, por ejemplo, el Comité contra la tortura ha establecido, de conformidad con el artículo 3.2 de la Convención³⁴, que ello “no exime al Estado parte de la obligación de intentar determinar por los medios posibles si existen razones para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura si fuera devuelto”³⁵. Por otra parte, no siempre se entiende las torturas de las que haya podido ser víctima el comunicante en el pasado no resulta suficientemente convincente para considerar la presencia de riesgo a su regreso³⁶. Aunque en ocasiones sí que lo ha entendido así debido a las circunstancias concretas que afectaban al comunicante. En el caso M.K.M.c. Australia, el comunicante es un ciudadano afgano, que había sido detenido y torturado por los talibanes, en este supuesto, el Comité

³² Es el caso, entre los más próximos en el tiempo de las Comunicaciones n° 2593/2015, M.Z.B.M. c. Dinamarca, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 20 de marzo de 2017, parágrafo 7.4, o la n° 2473/2014, A.H.S. c. Dinamarca, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 28 de marzo de 2017, parágrafo 7.6; o de la Comunicación n° 688/2015 citada en nota n° 25, parágrafo 8.4. En el caso del Comité contra la tortura, en la Comunicación n° 683/2015, I.E. c. Suiza, Dictamen aprobado por el Comité contra la tortura el 26 de diciembre de 2017, entiende que el rechazo por parte de Suiza de la solicitud de asilo presentada por el comunicante, que implica su expulsión y regreso a Sudán no consigue demostrar que el autor corra el riesgo “de ser sometido a tortura”, puesto que las “pruebas presentadas no permitieron a las autoridades nacionales determinar que la participación del autor en actividades políticas en Suiza, aunque había sido confirmada, lo expondría al peligro de ser sometido a tortura en caso de ser devuelto a Sudán” (parágrafo 7.8)

³³ Sin que aparezca en cuanto tal en el Reglamento del Comité de Derechos Humanos, en el artículo 96.b) establece como requisito para la admisibilidad de una comunicación que el comunicante alegue “de modo suficientemente fundamentado, que es víctima de una violación, por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto”, por su parte, el artículo 118 del Reglamento del Comité contra la tortura establece que este órgano “examinará la queja a la luz de toda la información que le haya sido facilitada por el autor de la queja o en su nombre y por el Estado parte interesado y formulará conclusiones al respecto.”

³⁴ Cuya redacción es la siguiente: “2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los Derechos Humanos.”

³⁵ Comunicación n° 681/2015, M.K.M. c. Australia, Dictamen aprobado por el Comité contra la tortura el 10 de mayo de 2017, el texto transcrito se encuentra en el parágrafo 8.8.

³⁶ Además del caso I.E. c. Suiza citado en nota 27, entre los más recientes, encontramos Comunicación n° 688/2015, T.Z. c. Suiza, Dictamen aprobado por el Comité contra la tortura el 22 de noviembre de 2017, Comunicación n° 2593/2015, M. Z. B. M. c. Dinamarca, Dictamen aprobado por el Comité contra la tortura el 20 de marzo de 2017 o Comunicación n° 2473/2014, A.H.S. c. Dinamarca, Dictamen del Comité contra la tortura de 28 de marzo de 2017, por citar solo algunos.

contra la tortura entendió que dado que “las autoridades afganas no están en condiciones de proteger al autor de nuevas persecuciones por los talibanes”³⁷, su expulsión directa o indirecta a Afganistán vulneraría la prohibición contenida en el artículo 3 de la Convención³⁸.

En el mismo sentido, se pronunció respecto de la expulsión a Paquistán a un ciudadano de la etnia baluchi, debido a la convicción adquirida por el Comité fruto de la suma de la prueba transmitida por el particular afectado por la medida y “los informes sobre el país”. En ellos se indica a los miembros de esta etnia como principales víctimas de las operaciones de desapariciones forzadas de las “autoridades paquistaníes, y en especial sus aparatos de inteligencia”³⁹. En este supuesto, a diferencia de otros de los que ha conocido el mismo órgano, se considera la reclusión arbitraria y los malos tratos que había sufrido previamente el comunicante. En consecuencia, hay que valorar en cada caso concreto todos los elementos en presencia para adquirir la convicción del riesgo de vulneración de los derechos objeto de protección que avalan la no devolución.

La protección de estos mismos derechos suponen la ilicitud de las devoluciones indirectas. Así, el Estado que inicia la expulsión con destino a otro Estado (intermediario) es responsable de garantizar que no se vulnerarán los derechos hasta aquí vistos (fundamentalmente el derecho a la vida o a no ser víctima de tortura, tratos inhumanos o degradantes) de la persona objeto de la medida por el hecho de su retorno al origen, al que puede expulsarle el Estado intermediario⁴⁰.

2. Los flujos migratorios mixtos marítimos: la obligación de rescate y el principio de no devolución

El caso de los flujos migratorios mixtos por mar suscita problemas añadidos para su gestión, dado que, el derecho a la vida de los “refugiados del mar”⁴¹ se encuentra amenazado antes de alcanzar el territorio de destino, como consecuencia las deficiencias que presentan las embarcaciones, que son inseguras y van sobrecargadas⁴². Así, nos encontramos con dos obligaciones diferentes: la primera es la de proceder al rescate de

³⁷ Parágrafo 8.9 del Dictamen sobre la Comunicación nº 681/2015, M.K.M. c. Australia, citada supra en nota nº 35.

³⁸ El artículo 3 de la Convención contra la tortura prohíbe “la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.”

³⁹ Comunicación nº 701/2015, H.K. c. Australia, Dictamen aprobado por el Comité contra la tortura el 10 de mayo de 2017, el texto transcrito se encuentra en el parágrafo 7.7.

⁴⁰ Sentencia del TEDH 7 de marzo de 2000, T.I. c. Reino Unido nº 43844/98. Tanto en las devoluciones directas como en las indirectas, existe la “obligación de respetar la dignidad humana y los Derechos Humanos del extranjero objeto de expulsión” por lo que resulta razonable la responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento de esta obligación. También se establece en los arts. 13 y 24 de Proyecto de artículos nota 19.

⁴¹ Denominación utilizada por el Relator especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes, en su informe de 25 de febrero de 2008, Doc. A/HRC/7/12, en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/7session/A.HRC.7.12_sp.doc, p. 13, parágrafo 34.

⁴² Id. Nota anterior.

aquellos cuya vida peligra por las condiciones del traslado⁴³; la segunda, es la derivada del principio de no devolución. En relación al deber de rescate, hemos de recordar la responsabilidad de los Estados de que los buques que enarbolan su pabellón auxilien a quienes se encuentren en peligro en el mar⁴⁴ (artículo 98.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar)⁴⁵, se trata de una obligación reiterada en otros tratados internacionales, como el Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos⁴⁶. La obligación de auxilio implica la de conducir a lugar seguro a las personas auxiliadas y la devolución a su lugar de origen no puede considerarse un lugar seguro, pues según la Organización Marítima Internacional por este último ha de entenderse:

“a place where the survivors’ safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors’ next or final destination”⁴⁷.

Las migraciones marítimas⁴⁸ de las que somos espectadores especialmente en primavera y verano han provocado la reacción de algunos responsables europeos⁴⁹ con afirmaciones

⁴³ Los datos avalan lo peligroso del camino, pues en la Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo, sobre “Migración en la ruta del Mediterráneo Central. Gestionar los flujos, salvar vidas en el mar”, de 25 de enero de 2017 JOIN(2017) 4 final, se aportan datos acerca de las vidas humanas perdidas en el intento por alcanzar las costas Europeas a través de esa ruta: en 2016 fueron 4500 las personas ahogadas y, desde el inicio de la década, se calcula que han sido más de 13.000 los migrantes que, utilizando esta ruta, no han llegado a su destino (p. 5).

⁴⁴ En este sentido, M. Kamto indica (en el Informe de la decimosexta comisión del Instituto de Derecho Internacional sobre las migraciones en masa del que fue relator) que la obligación de rescate en el mar está claramente establecida en derecho del mar, vid. en: http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/16eme_com.pdf, parágrafo 106, página 176.

⁴⁵ Vid. En <https://www.boe.es/boe/dias/1993/04/30/pdfs/A12869-12879.pdf>, obligación recordada por la resolución del IDI (artículo 12) y casi reproducida literalmente en el artículo 10.1 del Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989 y publicado oficialmente en el BOE nº 57, de 8 de marzo de 2005.

⁴⁶ En cuyo apartado 2.1.10 las partes se comprometen a garantizar “que se preste auxilio a cualesquiera personas que se hallen en peligro en el mar.” Con independencia de “la nacionalidad o la condición jurídica de dichas personas o las circunstancias en que éstas se encuentren”. Al haber sido objeto el texto de este tratado de sucesivas enmiendas (que no afectan al precepto que nos interesa), ha sido publicado en distintas ocasiones en el BOE, la primera de ellas en BOE nº 103, de 30 de abril de 1993. Con ocasión de la modificación producida en 2004, se incorpora un apartado 3.1.6.4 que se recomienda a cada Estado parte que autorice a sus centros coordinadores a que “establezcan las medidas necesarias, en colaboración con otros centros coordinadores de salvamento, para determinar el lugar o los lugares más apropiados para desembarcar a las personas encontradas en peligro en el mar.” Modificación publicada en BOE nº 43, de 19 de febrero de 2007.

⁴⁷ Sobre lo que se considera un lugar seguro vid. Resolución MSC. 167 (78), adoptada el 20 de mayo de 2004 Doc. 78/26/Add.2, Anexo 34, p. 10, parás. 6.12-6.18. El texto transcrito se encuentra en el parágrafo 6.12.

⁴⁸ Sobre las migraciones marítimas vid. ACOSTA SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.A. “Inmigración marítima en el Mediterráneo: las iniciativas de la UE y la protección de los Derechos Humanos”, en SOROETA, J. (dir.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol XVII, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 23 y ss.

⁴⁹ <http://www.publico.es/sociedad/alarma-internacional-decision-italia-cerrar-puertos-1-500-migrantes-rescatados-mediterraneo.html>,
<https://www.lavanguardia.com/internacional/20180617/45200402406/salvini-aquarius-italia->

cuya aplicación vulneraría importantes obligaciones internacionales derivadas del derecho a la vida de todas las personas. Es cierto que podría, erróneamente, pretenderse encontrar fundamento en el supuesto de los buques procedentes de Libia en la amenaza del Ministro del interior italiano con la devolución de “177 migrantes rescatado por la guardia costera italiana”⁵⁰, en la Resolución 2240 del Consejo de Seguridad⁵¹ y las posteriores que han prorrogado su aplicación. Sin embargo, si bien es cierto que esta Resolución ampara el derecho a inspeccionar los buques (con autorización del Estado de pabellón) cuando se tengan sospechas de que se está dedicando al tráfico de migrantes o trata de personas, al hacerlo siempre se ha de respetar “plenamente el derecho internacional de los Derechos Humanos”⁵². Por si ello no fuera suficiente, a ello se añade (en el párrafo 12) que su finalidad no es la de impedir que las personas así trasladadas “soliciten protección en virtud del derecho internacional de los Derechos Humanos y el derecho internacional de los refugiados”. En consecuencia, no es posible encontrar el fundamento necesario para poder afirmar la licitud de la amenaza antes indicada en la Resolución 2240 del Consejo de Seguridad, máxime cuando en el mismo texto se recuerda:

“que los migrantes, incluidos los solicitantes de asilo, deben ser tratados con humanidad y dignidad y que sus derechos deben respetarse plenamente, e insta a ese respecto a todos los Estados a que cumplan las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular el derecho internacional de los Derechos Humanos y el derecho internacional de los refugiados, según proceda”⁵³.

Por otra parte, recordemos aquí que la situación a la que se enfrentan quienes pretenden alcanzar las costas europeas no solo afecta negativamente a los directamente implicados, sino también en ocasiones a aquellos que pretenden rescatarlos, como ocurrió con los tres bomberos españoles que, aunque fueron finalmente absueltos por los tribunales griegos, fueron acusados por tráfico de personas en grado de tentativa⁵⁴.

En relación a la segunda de las obligaciones antes anunciadas, la derivada del principio de no devolución, la misma argumentación que hemos desarrollado en el epígrafe anterior

[felpudo.html](#). AVALONNE, G., en “Lo que el Aquarius revela de la sociedad italiana” hace un estudio sociológico sobre el fenómeno en <https://www.elsaltodiario.com/italia/lo-que-el-aquarius-revela-de-la-sociedad-italiana>.

⁵⁰ https://elpais.com/internacional/2018/08/19/actualidad/1534686233_645913.html

⁵¹ En esta Resolución, el Consejo de Seguridad, actuando con fundamento en el Capítulo VII de la Carta, ha autorizado la inspección de los buques (con autorización del Estado de pabellón) en alta mar frente a las costas de Libia “cuando tengan motivos razonables para creer que han sido, están siendo o serán utilizados inminentemente para el tráfico de migrantes o la trata de personas desde Libia” (Parágrafos 6 y ss. de la Resolución 2240 (2015) de 9 de octubre. El texto transcrito se encuentra en el párrafo 7).

⁵² Vid. párrafo 10 de la Resolución, obligación reiterada en el párrafo 11 respecto del Derecho Internacional.

⁵³ El texto transcrito se encuentra en el párrafo 13 de la Resolución indicada en el párrafo anterior. Contenido reiterado en el párrafo 10 de la Resolución 2312 (2016), de 6 de octubre de 2016, párrafo 9 de la Resolución 2380 (2017), de 5 de octubre de 2017 y en el párrafo 2 de la Resolución 2437 (2018), de 3 de octubre de 2018.

⁵⁴ https://elpais.com/politica/2018/05/07/actualidad/1525680723_944330.html

es aplicable a los flujos migratorios mixtos que se desplazan por el mar⁵⁵. De este modo, interceptar buques con la intención de devolver a sus ocupantes al punto de partida, evitando así la llegada al territorio de otro⁵⁶, resulta igualmente ilícito de acuerdo no solo por contravenir los artículos 33 de la Convención de 1951 y art. 3 de la Declaración de 1967 sobre el asilo territorial, sino también por vulnerar las normas internacionales que limitan la expulsión de migrantes de concurrir los riesgos antes apuntados. En este sentido debemos interpretar la Resolución del IDI de 2017⁵⁷, que si bien incorpora el principio de no devolución en el mar con relación a los refugiados (art. 6.3), ha de extenderse necesariamente también a los migrantes en los supuestos que justifican la aplicación de aquel a estos últimos. En todo caso, deberán conducir a los componentes de los flujos migratorios mixtos a puerto seguro y solo después del debido registro y de considerar de forma individual las circunstancias en presencia, decidir su expulsión, si de ella no derivasen riesgos para su vida o su integridad física.

El TEDH tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*⁵⁸, originado por el abandono de Libia por parte de doscientas personas con el propósito de alcanzar la costa italiana en tres buques interceptados a 35 millas náuticas al sur de Lampedusa. Los efectivos del Servicio de Vigilancia aduanera de la policía italiana y de los Guardacostas procedieron a su traslado hasta Trípoli, donde fueron entregados a las autoridades libias, en aplicación de los acuerdos bilaterales existentes entre los Estados implicados. El TEDH entendió que estábamos en presencia de una expulsión colectiva, al no haber permitido a los interesados presentar en modo alguno su situación individual, prohibida en el artículo 4 del Protocolo 4 del Convenio Europeo.

Por otra parte, aunque el principio de no devolución, es inderogable pues el Estado que examina la solicitud, de producirse los presupuestos necesarios para ello, no puede proceder a la expulsión, tampoco es un derecho absoluto al contar con excepciones. Así, según el artículo 32 del Convenio de 1951, cabrá la posibilidad de expulsión de un refugiado, siempre que sea una decisión adoptada “conforme a los procedimientos legales vigentes” cuando concurren “razones imperiosas de seguridad nacional”⁵⁹. Si bien es

⁵⁵ Un estudio sobre el control de las fronteras marítimas en la UE, puede verse en GORTAZAR ROTAECHE, C., “la dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El SECA y la externalización del control de fronteras en la UE: el peculiar problema de los espacios marinos”, en Martín y Pérez de Nanclares, J. (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 217 y ss.

⁵⁶ El Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró su ilicitud en el asunto *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993). Vid. En <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/155/> Un interesante estudio sobre esta sentencia en: H. Hongju Koh, “Reflections on Refoulement and Haitian Center Council”, *Harvard Law Journal*, vol. 34, 1994, p. 1 y ss.

⁵⁷ Vid. en nota nº 10.

⁵⁸ Sentencia de la Gran Sala, de 23 de febrero de 2012, en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, nº 27765/09. Un comentario sobre esta Sentencia en BOLLO AROCENA, M.D., “Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (2012)”, en TORRES BERNÁNDEZ, S. (coord.) *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 645 y ss.

⁵⁹ Las excepciones previstas en la Convención de Ginebra de 1951 se incorporan también en el art.6 del Proyecto de artículos de la CDI (citado en nota nº 20). Sobre las excepciones a la prohibición de devolución,

cierto que la excepción se incorpora en el Convenio sobre el estatuto del refugiado, es igualmente predicable de los inmigrantes a los que resulte aplicable el principio de no devolución.

3. Otras prácticas estatales contrarias a los derechos humanos

La labor realizada por los Comités de Naciones Unidas y los tribunales internacionales al interpretar los Derechos Humanos como límite de la soberanía estatal en relación a los migrantes y solicitantes de protección internacional ha tenido como consecuencia identificar prácticas estatales susceptibles de vulnerar aquellas. Es el caso, por ejemplo, de las expulsiones colectivas, que resultan contrarias al Derecho Internacional, en la medida en que con ellas no se observa la situación individual y diferenciada de cada una de las personas afectadas (derecho a ser “oído públicamente y con justicia”⁶⁰), tal y como ha establecido de forma reiterada la jurisprudencia.

Tanto la CDI como el TEDH han definido la expulsión colectiva como “any measure compelling aliens, as a group, to leave a country”⁶¹. Sin embargo, el hecho de que

“a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is a collective expulsion when each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis”⁶².

En este supuesto nos encontraríamos ante una expulsión conjunta, que será lícita cuando sea consecuencia de una evaluación individual de la solicitud de protección internacional formulada por los sujetos que son objeto de la aplicación de la medida, siempre que se realicen con todas las garantías establecidas al efecto, así lo ha establecido el TEDH en su jurisprudencia (y lo contempla el artículo 9.3 del Proyecto de artículos de la CDI). El

vid. BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, Derecho Internacional y Derecho europeo*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp.37 y ss.

⁶⁰ Son los términos que emplea el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, idea presente en los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Carta de Derechos Fundamentales contempla, en su artículo 19.1, la misma redacción que el art. 4 del Protocolo 4 al Convenio Europeo, el art. 22.9 de la Convención americana de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos, art. 12.5 o la Carta árabe de Derechos Humanos, art. 26.2. Prohibición que se reitera expresamente en el art. 9 del Proyecto de artículos de la CDI citado en nota nº 20. La prohibición según afirmó hace diez años el Relator especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, puede considerarse un principio general de Derecho Internacional. Informe del Relator especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, “Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, de 25 de febrero de 2008, Doc. A/HRC/7/12, en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/7session/A.HRC.7.12_sp.doc Sobre las expulsiones colectivas, BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, Derecho Internacional y Derecho europeo*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 55 y ss.

⁶¹ Sentencia del TEDH de 23 de febrero de 1999, en el asunto *Andric s. Sweden* (nº 45917/99).

⁶² Id. Nota anterior. Sobre la apreciación de apariencia de decisión individual encubriendo una colectiva, se había pronunciado ya el TEDH en su Decisión de 16 de diciembre de 1988 en el asunto *A. and others v. the Netherlands* (nº 14209/88).

derecho objeto de protección es por tanto el derecho a un proceso equitativo⁶³ del que son titulares todas las personas y se traduce en la consideración individual de las solicitudes de protección internacional. Es la presencia o ausencia de este requisito el que nos permite calificar una expulsión como conjunta o colectiva.

Sin embargo, en ocasiones las decisiones de expulsión formalmente individuales encubren expulsiones colectivas, cuestión sobre la que se pronunció el TEDH en el asunto *Georgia c. Rusia (I)*. Los hechos que originan el caso se encuentran en 2006 cuando Rusia adopta 4022 decisiones de expulsión contra ciudadanos georgianos (según fuentes rusas, 4600 entre septiembre de 2006 y enero de 2007, según Georgia), dato que, según el Estado defensor, suponía un incremento de casi un 40% respecto de las decisiones adoptadas el año precedente⁶⁴. En este supuesto, el TEDH consideró que el desarrollo de los procedimientos unido al número de personas (de nacionalidad georgiana) expulsadas durante el período antes indicado “made it impossible to carry out a reasonable and objective examination of the particular case of each individual”⁶⁵. Ya nos había indicado en un caso anterior que, en circunstancias semejantes, si el procedimiento no ofrecía “sufficient guarantees demonstrating that the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account”, nos encontrábamos ante expulsiones colectivas⁶⁶.

Las devoluciones en caliente se diferencian de las expulsiones colectivas en que quienes las practican niegan que las personas afectadas hayan alcanzado el territorio nacional de modo que, desde esta perspectiva, se intercepta a quienes pretendían acceder a él de forma irregular⁶⁷. En el caso español se considera que solo cuando se han superado todas las vallas que separan Ceuta y Melilla de Marruecos se ha accedido al territorio español (por la ficción que supone la “frontera operativa”⁶⁸), aunque las vallas se encuentran en él. A pesar que el TEDH ha afirmado que las devoluciones en caliente no son acordes con el Convenio Europeo⁶⁹, las autoridades españolas continúan defendiéndola como una

⁶³ Proclamado entre otros en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 6 del Convenio Europeo, art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales o art. 14.5 de la Carta árabe.

⁶⁴ Sentencia del TEDH, de 3 de julio de 2014, en el asunto *Georgia c. Rusia (I)*, nº 13255/07. Especialmente párrafos 171-178.

⁶⁵ La frase transcrita se encuentra en el párrafo 175.

⁶⁶ Sentencia de la Sala tercera del TEDH, de 5 de mayo de 2002, en el asunto *Čonka c. Bélgica*, nº 51564/99. La frase transcrita se encuentra en el párrafo 63.

⁶⁷ Como indica I. GONZÁLEZ GARCÍA, la práctica de las devoluciones en caliente se inicia en 2005 (GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Inmigración y Derechos Humanos: las devoluciones en caliente de inmigrantes subsaharianos desde España a Marruecos”, en SOROETA, J. (dir.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVII, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 141 y ss., especialmente p. 147 y ss).

⁶⁸ ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., “Las fronteras terrestres de España en Melilla: delimitación, vallas fronterizas y «tierra de nadie»”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 24, 2014. Sobre las zonas de tránsito había profundizado DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 9, 2005. Sobre el concepto de frontera operativa también escribe I. GONZÁLEZ GARCÍA en el trabajo citado en la nota anterior, pp. 151 y ss.

⁶⁹ Ver en este sentido la Sentencia del TEDH de 3 de octubre de 2017, en el asunto *N.D. y N.T. c. España* (nº 8675/15 et 8697/15). Un interesante comentario sobre la Sentencia es el de SOLER GARCÍA, C. “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

práctica legal⁷⁰. Es evidente que la ficción establecida implica, entre otros, la imposibilidad de solicitar protección internacional, en la medida en que nos encontramos, según el TEDH, ante una expulsión colectiva en la que no ha lugar a cuestionar si el análisis de la situación de los expulsados fue individual o no porque en este tipo de procedimientos ni tan siquiera se identifica a las personas objeto de la medida, desde la ficción de que no han conseguido acceder a territorio nacional⁷¹.

Los tribunales internacionales (especialmente el TEDH, pero no solo) han realizado afirmaciones relevantes en relación a la garantía de los Derechos Humanos cuando se procede a la expulsión. Entre ellas encontramos el preceptivo fundamento legal de la decisión (adoptada por la autoridad competente), debiendo notificarse al afectado sus causas⁷², sin que “el acceso al territorio nacional sustrayéndose a los controles fronterizos” sea una de ellas⁷³. En este sentido, debe permitirse que la persona objeto de la medida⁷⁴ exponga “las razones que lo asistan en contra de su expulsión” (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Debiendo ser garantizada igualmente la integridad de la unidad familiar⁷⁵, sin la cual la ejecución de la decisión vulnerará el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, las crisis económicas no eximen ni atenúan la responsabilidad por incumplimiento en la toma de decisiones sobre la devolución ni en las condiciones del alojamiento de acogida de la prohibición de dispensar tratos inhumanos o degradantes, que goza de carácter absoluto⁷⁶.

Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 45, 2018, pp107 y ss.

⁷⁰ Con fundamento en la admisión del reenvío de la Sentencia de la sala (2017) a la Gran Sala en los últimos días de enero de 2018. <https://www.efe.com/efe/espana/politica/marlasca-supedita-frenar-las-devoluciones-en-caliente-al-fallo-de-estrasburgo/10002-3711110>

⁷¹ Vid. Parágrafos 102-108 de la Sentencia indicada en la nota anterior.

⁷² La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su sentencia de 30 de noviembre de 2010, en el asunto Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. la República Democrática del Congo) ya afirmó que la Ley nacional debe ser acorde con el Derecho Internacional, incorporando en este punto la doctrina plasmada por el Comité de Derechos Humanos (entre otros en su Observación General nº 15 referida precisamente a la situación de los extranjeros) y la Comisión africana de Derechos Humanos. Fundamento legal que se incorpora en el artículo 4 del Proyecto de artículos de la CDI (citado en nota nº 20) y que se desprende de los tratados internacionales vigentes, entre ellos el art. 13 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos, el art. 22.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias o el art. 32.2 de la Convención de Ginebra de 1951, por ejemplo.

⁷³ Vid. La Sentencia del TEDH de 15 de diciembre de 2016, en el asunto Khalaifia y otros contra Italia, nº 16483/12, parágrafo 119.

⁷⁴ Según la CIJ (nota nº 72 parágrafo 65, p. 28) la expulsión de un extranjero “Lawfully in the territory of a State which is a party to these instruments can only be compatible with the international obligations of that State if it is decided in accordance with “the law”, in other words the domestic law applicable in that respect” realizando una interpretación literal del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque la jurisprudencia del TEDH no incorpora esta precisión por lo que es predicable para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos a todos los extranjeros.

⁷⁵ Es el caso Tarakhel contra Suiza, nº 29217/12, sentencia de 4 de noviembre de 2014, parágrafos 121-122. La obligación de respeto al derecho a la vida familiar también se encuentra en el art.18 del Proyecto indicado en nota 25.

⁷⁶ Sentencia de 21 de enero de 2011, en el asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia, nº 30696/09, también en Mahmudi y otros contra Grecia (nº 14902/10), de 31 de julio de 2012. Sobre esta sentencia véase MORGADÉS GIL, S. “TEDH-Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. c. Bélgica y Grecia, 30696/09 – “Artículos 3 y 13 CEDH- Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes – Reglamento

III. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO (SECA)

La posición tradicional de la UE frente a la migración económica puede calificarse de defensiva, pues ya en la primera mitad de la década de los noventa se hablaba de la política de migración cero, conforme a la cual, el único modo de residir legalmente en los Estados miembros era recurriendo a la protección internacional o a la reunificación familiar⁷⁷, pero pese a todos los esfuerzos realizados, hemos de reconocer que no ha sido capaz de ordenar los flujos migratorios y evitar las migraciones irregulares desde una perspectiva administrativa. Con los años, la situación no ha cambiado, ciertamente la visión negativa no afecta de igual modo a todos los migrantes, permaneciendo al margen del debate las facilidades que, como en el caso de España, se da a los inversores o emprendedores extranjeros para que contribuyan a dinamizar nuestra economía⁷⁸ o la adopción de la tarjeta azul por parte de la Unión Europea para la atracción de talento altamente cualificado⁷⁹.

1. Algunas cuestiones sobre el SECA

La situación en la UE es particular debido a la competencia compartida existente en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (art. 4.2.j del TFUE)⁸⁰, que se materializa en el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) cuyos orígenes se remontan a 1999⁸¹, tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. Es evidente que los Estados que forman parte de las fronteras exteriores de la UE reciben mayor presión migratoria que el resto por lo que el Programa de La Haya incorporó la necesaria solidaridad y coordinación entre todos ellos para ordenar los flujos migratorios en la vertiente exterior de la migración y el

(CE) N. 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)” – El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 41, 2012, pp. 183-204.

⁷⁷ Posteriormente, visto el fracaso de esa ilusión de migración cero, se pasó a la migración selectiva o cualificada, como evidencia la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, en *DOUE* nº L 155, de 18 de junio de 2009, p. 17 y ss

⁷⁸ Vid. La sección segunda de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. En BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013, que incorpora facilidades para los inversores, emprendedores y profesionales altamente cualificados extranjeros.

⁷⁹ Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, en 18 de junio de 2009, en *Diario Oficial de la Unión Europea* nº L 155/17, cuyo resultado parece decepcionante si tenemos en cuenta el número de las expedidas.

⁸⁰ El Capítulo II del Título V del TFUE (arts. 77 y ss.) se dedica a las “políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración”.

⁸¹ Ver las conclusiones del Consejo Europeo de Tempere, de octubre de 1999, en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm. Existe variada bibliografía sobre el SECA, entre ella, además de la ya citada, CANO, M^a A., “Asilo y refugio en la Unión Europea: Agenda Europea de Migración 2015 y retos del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016, pp. 209 y ss. O MAURO, M.R., “El Sistema Común de asilo y refugio a debate”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 42, 2016, pp. 111 y ss..

asilo⁸², además de dedicarle un importante espacio a la consolidación de la seguridad⁸³. En esa vertiente exterior no hay novedades recientes: las relaciones con terceros Estados sean de origen o de tránsito, la política de readmisión o repatriación o los controles en frontera, siempre con la vis restrictiva característica. Líneas con las que años antes, S. Morgades se había referido a la externalización del asilo⁸⁴, en las que se ha profundizado desde entonces, en lo que Paz Andrés ha calificado de “exportación de las políticas migratorias”⁸⁵.

Si a la situación de frontera exterior se añade, como establecía el Reglamento Dublín III⁸⁶, que la solicitud de asilo ha de presentarse en el Estado de llegada, estamos dificultando, cuando no impidiendo, su recepción por otros miembros⁸⁷. Es cierto que esta situación

⁸² Todos los Estados miembros de la UE son partes en la Convención sobre refugiados de 1951. <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0506.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0506> y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁸³ Es “El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”, en *DOCE*, serie C nº 53, de 3 de marzo de 2005, p.1. En el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo de 2008 (puede verse en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2013440%202008%20INIT>) se establecían los pilares sobre los que fundamentar la política de la UE en este ámbito material, siendo uno de ellos, “Construir una Europa del Asilo”, incorporando ya la posibilidad de aplicar sistemas de solidaridad entre Estados miembros, si uno de ellos recibiera una llegada masiva de solicitantes de asilo. En noviembre de 2015, el Consejo Europeo, en la Declaración de la Valetta subrayaba su preocupación por la llegada masiva de inmigrantes y refugiados al territorio de los Estados miembros (<http://www.consilium.europa.eu/media/21840/12-political-declaration-fr.pdf>). También se aprobó un plan de acción sin novedades, centrado en luchar contra las causas de la migración irregular y contra las mafias que se lucran de los desplazamientos masivos, ordenar la migración regular, convencidos de que Europa necesita migrantes, pero que accedan al territorio de forma ordenada y aplicar la protección internacional para quienes solicitan asilo y refugio. Plan que ha producido escasos resultados (<http://www.consilium.europa.eu/media/21838/action-plan-fr-2.pdf>).

⁸⁴ MORGADES GIL, S. “Hacia la externalización del asilo en la Unión Europea”, en ALDECOA, F. y OTROS, *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 1617 y ss.

⁸⁵ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. “Impacto de los procesos de integración en el desarrollo y las migraciones” en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y SOBRINO HEREDIA, J.M., (coords.) *Migraciones y desarrollo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 359, la referencia se encuentra en la p. 361.

⁸⁶ Se trata de Reglamento (UE) No 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido), en *DOUE*, nº L 180, 29 de julio de 2013, pp. 31 y ss.

⁸⁷ Máxime tras las Directivas 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional y la 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, ambas publicadas en *DOUE* nº L 180, de 29 de junio de 2013, p. 60 y ss. y 98 y ss. respectivamente. Ambas contienen un artículo 3 cuyos apartados 1 y 2 excluyen de su ámbito de aplicación a las “solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las representaciones de los Estados miembros”. El Reglamento UE No 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido), en *DOUE* nº L 180, de 29 de junio de 2013, excluye igualmente este supuesto de su ámbito de aplicación., ello unido a la Sentencia de la Gran Sala del TJUE, de 7 de marzo de 2017, en el asunto X y X y Bélgica, C-638/16, en la que el TJUE, cierra definitivamente la puerta a esta posibilidad.

podría mejorarse de prosperar la incorporación en la UE del visado humanitario en la Unión Europea, que permitiría conceder en origen “una suerte de salvoconducto que permite el acceso al territorio del país de acogida a los efectos de activar los procedimientos ordinarios de protección internacional”⁸⁸. Esta posibilidad, además de diversificar los Estados receptores de estas solicitudes, protegería en mayor medida los Derechos Humanos de los solicitantes, puesto que las personas que huyen para salvar su vida acceder de forma segura a su destino sin tener que recurrir a las redes de transporte ilícito de migrantes. De acuerdo con el Profesor Sánchez Legido, debería tratarse de un instrumento de la UE, para cuya concreción habrían de superarse problemas de gestión⁸⁹. Por otra parte, con fundamento en el artículo 78.3 del TFUE se adoptó en 2015 la Decisión relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia (conocida como Decisión de reubicación)⁹⁰, que contiene una excepción a aquel Reglamento, acerca de la cual el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) resolvió un recurso de anulación en septiembre de 2017⁹¹. Es cierto, que aunque el Tribunal no anuló la Declaración tampoco incidió sobre el principio de solidaridad⁹² en el que encuentra fundamento⁹³, según Joanna Abrisketa quizá, una de las razones que llevaron al Tribunal a referirse lo justo a este principio fuera “el incumplimiento generalizado de la Decisión de reubicación”⁹⁴. Según los datos de septiembre de 2017, los Estados miembros solo habían procedido al 30% de las reubicaciones efectivas respecto de los compromisos legalmente previstos en las Decisiones del Consejo en relación a las reubicaciones desde Grecia y al 24’18% desde Italia. España se encontraba en el 16’4% de la reubicación comprometida desde Grecia y en el 6’28% desde Italia⁹⁵.

Sin embargo, no es esta la única jurisprudencia que ha generado la citada Decisión, también el Tribunal Supremo español lo hizo en los primeros días de julio de 2018⁹⁶, que

⁸⁸ SÁNCHEZ LEGIDO, A., “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el Visado Humanitario Europeo”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 57, pp. 433 y ss. El texto transcrito se encuentra en la p. 450. Vid. También nota anterior.

⁸⁹ Ibid. p. 471.

⁹⁰ Es la Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia, *DOUE* n°L 239, de 15 de septiembre de 2015, pp. 146 y ss.

⁹¹ Se trata de la Sentencia de 6 de septiembre de 2017, del TJUE en los asuntos C-643/15 y C-647/15, República Eslovaca y Hungría contra Consejo de la Unión Europea.

⁹² A pesar de que el TJUE no incidió en exceso en el principio de solidaridad, el Abogado General (Sr.Y. Bot) lo definió en el párrafo 18 de sus conclusiones (presentadas el 26 de julio de 2017) “como valor fundacional y existencial de la Unión”, apuntalando así su importancia.

⁹³ ABRISKETA URIARTE, J., “La reubicación de los refugiados: un déficit de solidaridad y una brecha en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, asuntos C-643/15 y C-647/15 Hungría y Eslovaquia contra el Consejo”, en *RGDE*, nº 44, 2018, p. 125 y ss.

⁹⁴ Id. Nota anterior, p. 136.

⁹⁵ Vid. El Anexo del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Decimoquinto informe sobre reubicación y reasentamiento. Bruselas, 6 de septiembre de 2017 COM(2017) 465 final. ANNEX 1 (reubicación desde Grecia) ANNEX 2 (desde Italia)

⁹⁶ Se trata de las Decisiones (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia y la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia.

se refiere a la Sentencia dictada por el TJUE citada *supra*⁹⁷, antes de constatar que España ni ha reubicado al número de personas comprometidas ni ha hecho uso de la posibilidad establecida en la Decisión de solicitar la reducción de la cantidad inicialmente establecida. La lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo conduce a un único resultado: el incumplimiento parcial por parte de España de las obligaciones derivadas de las Decisiones de la UE, motivo por el cual ha de “continuar la tramitación en los términos previstos en las Decisiones y de conformidad con los acuerdos que en lo sucesivo adopten las Instituciones comunitarias”⁹⁸.

2. El principio de no devolución entre los miembros de la UE

En la UE coinciden una serie de factores que ubican a los Estados miembros en una situación incomparable, así: 1) contamos con el Sistema Europeo Común de Asilo; 2) todos los Estados miembros son partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; 3) la Carta de Derechos Fundamentales es derecho originario de la UE; 4) la presunción de confianza mutua, a la que nos vamos a referir, pues en virtud de ella los Estados miembros “respetan los derechos fundamentales, incluidos los que se basan en la Convención de Ginebra y en el Protocolo de 1967, así como en el CEDH, y que los Estados miembros pueden otorgarse confianza mutua a este respecto”⁹⁹. De modo que, de ser cierta la presunción, no cabe la posibilidad de plantear problemas a la expulsión de un Estado miembro hacia otro.

Sin embargo, esta presunción, como indicara el TJUE, no es “irrefutable” pues cabe la posibilidad, como ha ocurrido en fechas recientes, de que se produzcan “graves dificultades de funcionamiento en un Estado miembro determinado”, de modo que los solicitantes que sean trasladados a él se arriesguen a “recibir un trato incompatible con sus derechos fundamentales”¹⁰⁰. En consecuencia, aunque la presunción existe, desde una perspectiva sustantiva no se aleja del camino marcado por el TEDH en su jurisprudencia, que meses antes se había pronunciado sobre esta cuestión afirmando que la decisión basada en presunciones sin cerciorarse de la inexistencia del riesgo de ser objeto de tratos inhumanos o degradantes vulnera el Convenio Europeo.

A la vista de lo anterior, no es de extrañar que en la actualidad se haya incrementado el número de asuntos en los que se discute la ejecución de una decisión de expulsión de un Estado miembro hacia otro, siendo este último el de primer asilo. En este sentido, la aplicación del SECA ha evidenciado la quiebra de la presunción de confianza mutua, como ha tenido ocasión de comprobar el Comité de Derechos Humanos. Así, R.A.A. y Z.M., destinatarios de una orden de expulsión hacia el Estado de primer asilo (Bulgaria),

⁹⁷ Es la Sentencia nº 1168/2018, del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2018. Es en el Fundamento Jurídico décimo en el que transcribe la parte sustantiva de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, asuntos C-643/15 y C-647/15 Hungría y Eslovaquia contra Consejo, así como el décimo primero en el que sintetiza la respuesta de este Tribunal a las cuestiones formuladas por ambos Estados miembros.

⁹⁸ El texto transcrito figura en el apartado tercero del fallo.

⁹⁹ Sentencia de la Gran Sala del TJUE, de 21 de diciembre de 2011, en los asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10. El texto transcrito se encuentra en el párrafo 78.

¹⁰⁰ Id. Nota anterior. La idea del texto se encuentra en el párrafo 81.

respecto de los que el Comité entendió que de materializarse esta decisión se vulneraría el derecho de los comunicantes a no ser víctima de torturas o de tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 7 del Pacto)¹⁰¹. La argumentación del Comité se realiza en los términos antes vistos con carácter general, pues habían sido ya víctimas de malos tratos por parte de funcionarios búlgaros, sin poder interponer denuncia por ello debido a que no se les permitió acceder a la comisaría, denegándose también atención médica por su afección cardíaca¹⁰². Después, en M.A.S. y L.B.H., el mismo Comité de Derechos Humanos es consciente de la situación existente en Bulgaria respecto de los refugiados, pero estima que los comunicantes “no han explicado por qué esa decisión es manifiestamente irrazonable o arbitraria”. Sin embargo, no parece muy convencido de que no vaya a concretarse el riesgo indicado por los comunicantes, por cuanto afirma confiar que el Estado informe “debidamente a las autoridades búlgaras del traslado de los autores, de modo que éstos y sus hijos sean atendidos conforme a sus necesidades teniendo en cuenta especialmente la edad de los niños”¹⁰³.

Esta es también una situación muy conocida por el TEDH, que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las condiciones de los lugares de detención y acogida. En este sentido, las condiciones que reúnen estas instalaciones resultan de calidad muy dispar entre los Estados miembros, especialmente porque los que sufren en mayor medida la presión migratoria (en el caso de los del sur), han atravesado una grave crisis económica. El TEDH utiliza la misma argumentación que el Comité para quebrar la presunción de confianza mutua o protección equivalente, que recordemos es la existencia de un riesgo real de sufrir torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, lo que ocurría en el caso en presencia¹⁰⁴. Es reiterada jurisprudencia del TEDH¹⁰⁵ que:

“the expulsion of an asylum seeker by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned faces a real risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment in the receiving country. In such

¹⁰¹ R.A.A. y Z.M. c. Dinamarca, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 28 de octubre de 2016.

¹⁰² Id. Nota anterior, párrafos 7.8.-10.

¹⁰³ Los textos transcritos se encuentran en la Comunicación nº2585/2015, M.A.S. y L.B.H. c. Dinamarca, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 8 de noviembre de 2017, párrafos respectivamente 8.13 y 9. También encontramos la Comunicación nº 2608/2015.

¹⁰⁴ Sentencia de 21 de enero de 2011, en el asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia, nº 30696/09, también en la Sentencia de 31 de julio de 2012, en el asunto Mahmudi y otros contra Grecia nº 14902/10, párrafos 150 y 340.

¹⁰⁵ Entre otros en la Sentencia del Pleno del TEDH, de 7 de julio de 1989, nº 14038/88, en el asunto Soering c. Reino Unido, párrafos 90-91; Sentencia de Sala del TEDH, de 30 de octubre de 1991, nº 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, en el asunto Vilvarajah y otros c. Reino Unido, párrafo 103; Sentencia de la Gran Sala, de 29 de abril de 1997, nº 24573/94, asunto H.L.R. c. Francia, párrafo 34; Sentencia de la Sala cuarta, de 11 de octubre de 2000, nº 40035/98, en el asunto Jabari c. Turquía, párrafo 38; Sentencia de la Sala tercera, de 23 de mayo de 2007, nº 1948/04, en el asunto Salah Sheekh c. Países Bajos, nº 1948/04, párrafo 135; Sentencia de la Gran Sala del TEDH, de 28 de febrero de 2008, nº 37201/06, en el asunto Saadi c. Italia, párrafo 152; o, Sentencia de 21 de enero de 2011, en el asunto M.S.S., id. Nota anterior, párrafo 365.

circumstances, Article 3 implies an obligation not to expel the individual to that country”¹⁰⁶.

En todo caso, del mismo modo que exigen los Comités de Naciones Unidas antes referidos, el TEDH precisa que se establezca que “his future prospects, if returned to Italy, whether taken from a material, physical or psychological perspective, disclose a sufficiently real and imminent risk of hardship severe enough to fall within the scope of Article 3”¹⁰⁷ para que pueda entenderse que la expulsión hacia el primer país de asilo vulneraría el citado precepto.

En este punto es imposible omitir la breve referencia a la Declaración UE Turquía, de 18 de marzo de 2016¹⁰⁸, en relación a un único punto: el TEDH ha establecido que los Estados han de garantizar la ausencia de tratos inhumanos o degradantes en el Estado receptor, lo que no puede predicarse de Turquía si nos atenemos a las estadísticas del propio Tribunal, cuya jurisprudencia respecto de este Estado no nos permite aventurar la presencia de las garantías exigidas¹⁰⁹.

IV. CONCLUSIONES

Dado que las migraciones en masa no van a detenerse, lo más eficiente sería regularlas intentando equilibrar los tres ángulos del triángulo formado por el enfoque en Derechos Humanos, la seguridad de las fronteras y la lucha contra las mafias que organizan las redes migratorias, teniendo en cuenta que no son elementos paralelos, sino que la garantía de los Derechos Humanos ha de presidir tanto la estrategia de seguridad de las fronteras como la lucha contra esas mafias. El tiempo ha demostrado que centrar el interés en el segundo de los elementos referidos nos conduce al fracaso y a beneficiar a las mafias que se lucran de la situación actual, puesto que quienes no alcanzan su destino en el primer intento no dudan en volver a empeñarse para alcanzar su sueño. Elaborar unas políticas de gestión de flujos migratorios mixtos teniendo en cuenta todos los aspectos en presencia será muy complicado, pero visto el resultado proporcionado por el modelo del que disponemos hasta ahora merece la pena intentarlo. La estrategia que propone en este punto el Relator especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes¹¹⁰ se basa en el enfoque en los Derechos Humanos y supone la regulación razonable de las migraciones,

¹⁰⁶ Sentencia de 4 de noviembre de 2014, de la Gran sala del TEDH, nº 29217/12, en el caso Tarakhel v. Suiza, el texto transcrito se encuentra en el parágrafo 93.

¹⁰⁷ Es la Sentencia del TEDH (sala tercera) de 13 de enero de 2004, sobre la Application no. 51428/10, en el asunto A.M.E. c. Países Bajos, parágrafo 36.

¹⁰⁸ Que el Tribunal General nos ha dicho que no es un acuerdo internacional celebrado por la UE en su Auto de 28 de febrero de 2017, en el asunto T-257/16, NM c. Consejo Europeo.

¹⁰⁹ Según las estadísticas del TEDH, este tribunal ha emitido un total de 3386 sentencias hasta 2017 en demandas introducidas contra Turquía, en 2988 de ellas identificaba al menos una violación de la Convención por parte de este Estado, lo que supone alrededor de un 88.24% del total. https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2017_ENG.pdf . En relación al año 2017, se dictaron 116 sentencias, 99 de las cuales identificaban al menos una violación, lo que supone un 85’34% del total (https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Turkey_ENG.pdf)

¹¹⁰ En el informe referido en la nota nº 22.

merecería, cuando menos, su detenida consideración (debido al escaso éxito de las alternativas), aunque no sea la que mayores réditos electorales proporcione en estos momentos. Esto nos conduce a la necesidad de transmitir a la ciudadanía una visión realista y menos hostil hacia las migraciones en masa de la que se ha venido proporcionando hasta el momento, aunque solo sea porque egoístamente, según los datos del Fondo Monetario Internacional, los Estados del primer mundo necesitan migrantes para mantener el Estado del bienestar del que se han dotado¹¹¹.

A la misma conclusión recién indicada nos conduce la lectura del Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros de Maurice Kamto, Relator de la CDI, cuando indica que hemos de lograr el equilibrio entre los intereses del Estado que adopta y ejecuta la medida de expulsión y la garantía de los derechos de los que es titular el expulsado, no solo a la vida y a no ser objeto de tortura y tratos o penas inhumanas o degradantes, sino también a su derecho a la vida privada y a una vida familiar¹¹².

En este punto, merece la pena observar que las aportaciones de los tribunales y otros órganos internacionales (como los Comités de Naciones Unidas) en la protección de Derechos Humanos de los migrantes van en una dirección contraria a la que políticamente se defiende en los Estados, en los que corren vientos populistas que rechazan la inmigración. Afortunadamente estos órganos internacionales aplican los principios de racionalidad y de humanidad en este ámbito material ponderando por encima de otros elementos las obligaciones internacionalmente asumidas en materia de Derechos Humanos por los Estados.

Todo lo anterior nos conduce a la necesidad de replantearnos el modelo de control migratorio porque este no solo es ineficaz, sino que vulnera los Derechos Humanos de personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, en consecuencia, el modelo de control migratorio ha de garantizarlos del mayor modo posible. Recordemos que los Estados están jurídicamente obligados a respetar los Derechos Humanos de todas las personas sometidas a su jurisdicción y las personas que conforman estos flujos migratorios mixtos son titulares de esos derechos, en consecuencia, sus derechos han de ser garantizados por todos los Estados.

En el caso de la UE resulta aún más complicado puesto que además hay que observar la solidaridad en lo que a la gestión de la migración se refiere entre sus miembros que, como hemos tenido ocasión de comprobar, no se encuentra en el mejor de los momentos. Es evidente que no todos los Estados reciben la misma presión migratoria, por lo que debería establecerse un sistema ágil que permitiera la adopción de medidas de cooperación específicas para responder a las necesidades coyunturales en cada momento. Los principios de solidaridad y corresponsabilidad deben presidir la solución de estos problemas, como se desprende de la ya mencionada sentencia de 6 de septiembre de 2017 del TJUE y, especialmente de las Conclusiones del Abogado General.

¹¹¹ <http://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2018/08/13/5b6c7754268e3e91098b4570.html>, sobre el caso de España.

¹¹² Idea contenida en el párrafo 8 del Documento A/CN.4/573, de 20 de julio de 2006.

El verano de 2018 nos ha hecho observar el estrepitoso fracaso de la gestión de la migración en masa por parte de la UE (añadido a los de años anteriores), pues ni la opción solidaria entre los Estados miembros que se desprende del artículo 78.3 del TFUE¹¹³, ni esa dimensión exterior (que va más allá de Turquía) de las políticas de migración y asilo han recabado éxito, lo que dificulta aún más la búsqueda de una solución sostenible de conformidad con las normas internacionales en vigor.

De la práctica internacional se advierte la escasa capacidad de aprender de los errores y prevenir futuras crisis migratorias. Hace un año ya que comprobamos la penosa situación en la que se encontraban los rohingya, en su huida de Myanmar a Bangladesh y las condiciones en las que sobreviven no han mejorado desde entonces, también contemplamos a los venezolanos que intentan salir de su país y se encuentran con demasiadas puertas cerradas a su desesperación.

Aunque considero que debería cambiarse el paradigma ultraliberal del que hablaba Javier González Vega, la celebración de un tratado internacional que exclusivamente codifique las normas internacionales existentes tendrá utilidad para resolver los problemas a los que nos enfrentamos. El desarrollo progresivo del derecho en este punto materializado en un tratado que pretenda dar una respuesta a los problemas actuales que plantea la migración teniendo en cuenta un enfoque en los Derechos Humanos puede abocarlo al fracaso derivado de la ausencia de compromiso de los Estados que son destino de migraciones. Incluso puede conducirnos a algo peor: a la regulación migratoria conforme defienden los sistemas populistas.

Por otra parte, se advierte que los problemas ante los que nos encontramos en la actualidad no derivan del paso del tiempo por el sistema de protección internacional, en el caso de los refugiados, siempre susceptible de mejora, sino de la falta de voluntad de procurar su aplicación a quienes lo solicitan, en ocasiones, dificultando la materialización de la solicitud. Pongamos como ejemplo el caso de las devoluciones en caliente, en las que se procede a la expulsión de los afectados sin haber procedido a su identificación y sin posibilitar la presentación de solicitudes de protección. En estas situaciones nos olvidamos de la naturaleza transversal de los Derechos Humanos en las políticas públicas especialmente necesarias en tiempos de crisis¹¹⁴.

¹¹³ Es cierto que lo único que se aporta es el mecanismo aplicable para este tipo de situaciones que, de activarse, podría concluir en una respuesta solidaria o no. La redacción del precepto en cuestión es la siguiente: “Si, uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo.” Sobre la solidaridad incide de nuevo el artículo 80, como principio rector (junto con el reparto equitativo de responsabilidades entre Estados miembros) de las políticas de inmigración y asilo.

¹¹⁴ Cuestión desarrollada por ALIJA FERNÁNDEZ, R.A., “La transversalidad de los Derechos Humanos en las políticas públicas y su eficacia en periodos de crisis”, En BONET PÉREZ, J. y SAURA ESTAPÀ, J. (eds.), *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en periodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 31 y ss.

Por último, en lograr el equilibrio estará la virtud y mientras llega el momento de contar con un tratado internacional capaz de proteger adecuadamente los Derechos Humanos de las personas que conforman estos flujos migratorios mixtos, tendremos que realizar una interpretación sistemática y especialmente teleológica de las normas de las que nos hemos dotado, con un enfoque en los Derechos Humanos de todas las personas con independencia de su origen. Se trata, en definitiva, de recordar la obligación de cumplimiento de los Estados de los compromisos internacionalmente adquiridos, subrayando la imperatividad característica de los Derechos Humanos, así como la gravedad de su incumplimiento.