



Deusto

Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitatea

LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS: UN NUEVO MARCO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS ANTE LAS MEDIDAS EXTERNAS DE CONTROL FRONTERIZO

Tesis Doctoral desarrollada en el Programa de Estudios
Internacionales e Interculturales de la Universidad de Deusto

Doctoranda

María Nagore Casas

Tesis Doctoral dirigida por

Prof. Dra. Joana Abrisketa Uriarte

Bilbao, 7 de mayo de 2017

*LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LOS TRATADOS DE
DERECHOS HUMANOS: UN NUEVO MARCO PARA LA
PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS ANTE LAS MEDIDAS EXTERNAS
DE CONTROL FRONTERIZO*

**Tesis Doctoral desarrollada en el Programa de Doctorado en Estudios
Internacionales e Interculturales de la Universidad de Deusto**

Bilbao, 7 de mayo de 2017

María Nagore Casas
Doctoranda

Prof. Dra. Joana Abrisketa Uriarte
Directora de Tesis

Agradecimientos

El año 2011 fue el principio de una nueva etapa profesional en la que las profesoras Cristina Churruca y Joana Abrisketa me acogieron en el Máster NOHA de la Universidad de Deusto. A ellas les estaré siempre agradecida por la oportunidad que me brindaron. Agradezco también el apoyo del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe y de todo su equipo, en especial de Dolores, Gorka y Eduardo, y del Programa de Doctorado en Estudios Internacionales e Interculturales y su directora, Cristina de la Cruz. Mi gratitud también al proyecto FP7 FRAME y su coordinadora, la Universidad Católica de Lovaina. En el marco de este proyecto financiado por la Comisión Europea he desarrollado parcialmente la investigación objeto de esta tesis doctoral. Gracias también a la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto y a su Decana, Gema Tomás, por su soporte y ánimo en la etapa final tan complicada.

La confianza y apoyo constante de mi directora de tesis, la profesora Joana Abrisketa, ha sido el pilar fundamental sobre el que se ha sustentado todo el proceso de investigación y desarrollo de la tesis. De ella surgió la idea de realizar una tesis doctoral y el tema de la investigación. Gracias a ella he sido capaz de afrontar sus complejidades y dificultades técnicas. Por todo ello, esta tesis doctoral es también obra suya.

El acompañamiento de mi familia y amistades ha sido esencial. En especial, quiero expresar mi agradecimiento a Jon, a los abuelos y a los aïtites que han cuidado de Aiala y Joana durante mis ausencias. Gracias también a Bjarney, Catalina, Paula y Tatiana, vuestra amistad es un tesoro, y a Afonso y Asier por quienes me he sentido también muy acompañada.

Abreviaturas

CDH	Comité de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CONVEMAR	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
Convenio SAR	Convenio internacional sobre Búsqueda y Salvamento marítimos
Convenio SOLAS	Convenio Internacional para la Seguridad de la vida en el mar
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
EASO	Oficina Europea de Apoyo al Asilo
EGM	Enfoque Global de la Migración
EGMM	Enfoque Global de la Migración y la Movilidad
<i>EMLOs</i>	<i>European Migration Liaison Officers</i>
FEI	Funcionario de Enlace de Inmigración
<i>ILOs</i>	<i>Immigration Liaison Officers</i>
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PKK	Partido de los Trabajadores del Kurdistan
RMT	República Moldava de Transnistria
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRCN	República Turca del Norte de Chipre
<i>RALON</i>	<i>Risk and Liaison Overseas Network</i>
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
SIVE	Sistema Integral de Vigilancia Exterior
VVTL	Visados de validez territorial limitada

Índice

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN GENERAL Y METODOLOGÍA.....	1
I. Justificación de la investigación	1
II. Preguntas de investigación, hipótesis y objetivos	4
III. Metodología	5
IV. Estructura del estudio	7
V. Delimitación de conceptos.....	9
PRIMERA PARTE: JURISDICCIÓN Y EXTRATERRITORIALIDAD EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS.....	11
CAPÍTULO 2. EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.....	13
I. Justificación: la relación entre el ámbito de aplicación territorial de los tratados de derechos humanos y la jurisdicción del Estado	13
II. El ámbito territorial de los tratados internacionales de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.....	15
A. Tratados cuyo objeto es un área o zona geográfica específica	17
B. La noción de la «totalidad del territorio»	18
C. Las excepciones a la «totalidad del territorio»	21
D. La cuestión de la extraterritorialidad en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969	23
III. La jurisdicción en el Derecho Internacional General: un estudio comparado de su tratamiento por la doctrina extranjera y por la española.....	25
A. Introducción: la jurisdicción del Estado como concepto central del Derecho Internacional y sus múltiples significados	25
B. Las formulaciones concretas del concepto de jurisdicción en la doctrina anglosajona y española.....	29
C. Jurisdicción y soberanía.....	31
D. Tipos de jurisdicción y de competencias	33
1. Tipos de jurisdicción.....	33
2. Tipos de competencias.....	35
E. Los principios que rigen el ejercicio de jurisdicción por los Estados: el principio de territorialidad y sus excepciones	38
1. El principio de territorialidad	38
2. Excepciones al principio de territorialidad.....	39
F. La jurisdicción extraterritorial: enfoque «permisivo» vs. enfoque «prohibitivo»	40
1. El enfoque permisivo en la jurisdicción extraterritorial.....	40
2. El enfoque prohibitivo en la jurisdicción extraterritorial	42

3. Recapitulación: estado actual de la cuestión.....	46
G. La función de la jurisdicción en el Derecho Internacional General	46
IV. Conclusión: la ausencia de respuestas en el concepto de jurisdicción del Derecho Internacional general	49
CAPÍTULO 3. EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: LOS MODELOS DE JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL.....	51
I. Introducción	51
II. Estado de la cuestión: la contraposición entre los diversos intereses en juego	54
A. El principio de territorialidad <i>versus</i> el ejercicio efectivo de funciones sobre un territorio	54
B. Los «vacíos legales» y la protección universal de los derechos humanos.....	57
III. La jurisdicción en los tratados de derechos humanos: delimitación de conceptos.....	59
A. La autonomía del concepto de jurisdicción en los tratados de derechos humanos.....	59
B. Jurisdicción y responsabilidad.....	63
IV. Las cláusulas de jurisdicción en los tratados de derechos humanos	68
A. Antecedentes históricos de las cláusulas de jurisdicción	70
B. Tipología de tratados según su aproximación al ámbito de aplicación espacial	72
1. Tratados con cláusula expresa de jurisdicción general.....	72
2. Tratados con cláusula de jurisdicción relativas a derechos específicos.....	76
3. Tratados que no regulan su ámbito de aplicación territorial	77
4. Cláusulas relativas a la jurisdicción de los tribunales u órganos supervisores	78
C. Los Trabajos preparatorios del ICCPR y CEDH.....	79
1. Los trabajos preparatorios del artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	79
2. Los trabajos preparatorios del artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.....	81
D. Interpretación de la expresión «en su territorio y sujetos a su jurisdicción» del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	84
E. Conclusiones preliminares sobre la aplicación territorial de los tratados de derechos humanos según el texto de las cláusulas de jurisdicción.....	88
V. La jurisdicción extraterritorial en la jurisprudencia internacional.....	89
A. Los principios en materia de jurisdicción extraterritorial propuestos por el TEDH en el <i>Asunto Al-Skeini</i>	91
B. La jurisdicción como «criterio límite» de la jurisdicción de los Estados.....	93
C. La jurisdicción como noción «esencialmente territorial» y sus excepciones: los modelos de jurisdicción extraterritorial	95
1. El principio de territorialidad en <i>Bankovic y Otros c. Bélgica y Otros</i>	98
D. El «control efectivo sobre un área» o el modelo territorial	102
1. El «control efectivo general» sobre el territorio: los casos del norte de Chipre	103
2. La noción de «influencia decisiva»: los casos de la región de Transnistria	109
3. El concepto de «alta integración» con la administración subordinada: los casos de la región de Nagorno-Karabakh	118

4. Lugares que no constituyen «áreas»	121
5. Recapitulación.....	123
E. La «autoridad y control de los agentes estatales» sobre individuos o el modelo personal	125
1. El ejercicio de las funciones diplomáticas y consulares: <i>M.C. c. Dinamarca</i>	133
2. El ejercicio de poderes públicos en el territorio: los casos de la invasión de Irak	136
3. La detención o custodia de personas en el extranjero: los casos de los centros de detención extraterritoriales y de las detenciones en buques y aeronaves.....	140
a) Centros de detención extraterritoriales	141
b) Buques y aeronaves.....	144
4. Recapitulación.....	151
VI. Conclusiones.....	153
SEGUNDA PARTE: CONTROL EXTRATERRITORIAL DE FRONTERAS Y EL ACCESO AL REFUGIO ..	157
CAPÍTULO 4. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.....	159
I. Planteamiento del problema. Contraposición de intereses: control fronterizo frente al acceso a la protección.....	159
II. Las fronteras del Estado: evolución histórica del concepto de frontera y de las actuaciones de control fronterizo	164
III. Asilo y refugio en el Derecho Internacional y su vinculación con el control fronterizo..	167
CAPÍTULO 5. LAS ACTUACIONES EXTRATERRITORIALES DE CONTROL FRONTERIZO: SISTEMATIZACIÓN DE CASOS	173
I. Introducción	173
II. Las prácticas territoriales de control fronterizo	180
III. Las escisiones jurídicas del territorio y las zonas internacionales o de tránsito.....	183
IV. Las prácticas extraterritoriales de control fronterizo.....	192
A. Medidas directas.....	192
1. Interceptación de refugiados en el mar	192
a) Planteamiento del problema	192
b) Principales prácticas estatales de interceptación de refugiados en el mar	196
(1) Prácticas de interceptación en el mar desarrolladas por Italia	200
(2) Prácticas de interceptación en el mar desarrolladas por España	202
c) Las operaciones de interceptación en el mar coordinadas por Frontex	208
d) Las operaciones de rescate y salvamento en el mar	214
2. Los Funcionarios de Enlace de Inmigración	218
a) Introducción y planteamiento del problema.....	218
b) La práctica de los Estados con relación a los Funcionarios de Enlace de Inmigración	219
c) Los Funcionarios de Enlace de Inmigración en la Unión Europea	223
d) Los Funcionarios de Enlace de Inmigración y el refugio.....	229
B. Medidas indirectas.....	233
1. La solicitud de visados de entrada	233

a) La política común de visados de la UE	237
b) La expedición de visados humanitarios y de validez territorial limitada en la Unión Europea	243
2. Las obligaciones de los transportistas internacionales y el régimen de sanciones por su incumplimiento	249
a) Las obligaciones y sanciones a transportistas en el ámbito de la Unión Europea	253
3. Financiación, equipamiento o formación a terceros Estados para el desarrollo de actuaciones de control fronterizo	255
a) La capacitación a los terceros Estados en la política exterior de asilo de la UE... ..	259
b) La cooperación de España con terceros países en materia de gestión de sus fronteras.....	265
c) La problemática jurídica de los acuerdos de capacitación de terceros Estados ..	271
V. Conclusión: la tendencia hacia la extraterritorialidad de los controles fronterizos	273
 CAPÍTULO 6. LAS PRÁCTICAS EXTRATERRITORIALES DE CONTROL FRONTERIZO A LA LUZ DE APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA CONVENCION DE GINEBRA Y LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS	
275	
I. Las prácticas extraterritoriales de control fronterizo a la luz de la aplicación extraterritorial de la Convención de Ginebra de 1951	275
A. Introducción: el principio de no devolución como pilar de la protección de los refugiados	275
B. Estado de la cuestión: la aplicación espacial del principio de no devolución conforme a la doctrina y la jurisprudencia.....	279
C. La interpretación del Artículo 33.1 de la Convención de Ginebra	284
1. El sentido corriente de los términos incluidos en el artículo 33.1.....	285
2. El contexto del tratado en la interpretación del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra	291
3. El contexto «externo» en la interpretación del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra	294
4. El objeto y fin de la Convención de Ginebra de 1951	298
5. El valor interpretativo de la práctica de los Estados.....	300
6. Los trabajos preparatorios	302
D. Conclusión: la extraterritorialidad en la Convención de Ginebra de 1951.....	304
II. Las prácticas extraterritoriales de control fronterizo a la luz de la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos	305
A. Introducción.....	305
B. La protección a los refugiados en los tratados de derechos humanos.....	308
1. El principio de no devolución en los principales tratados de derechos humanos....	309
2. El derecho a salir del propio país	313
3. La prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros.....	317
C. El principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados.....	319
D. Interceptación de refugiados en el mar	324
1. El problema de la legitimación de los Estados para realizar controles fronterizos en alta mar.....	324

2. El problema del conflicto entre diversas obligaciones del Derecho Internacional...	327
3. El problema de la calificación de las interceptaciones como rescate y salvamento marino	330
4. El problema de la intervención conjunta de diversos sujetos: la actuación de Frontex en las interceptaciones de refugiados en el mar	331
E. Solicitud de visados de entrada, sanciones a transportistas y estacionamiento de funcionarios de enlace de inmigración en el extranjero	334
F. Financiación, equipamiento o formación a terceros Estados para el desarrollo de actuaciones de control fronterizo.....	341
G. Conclusión.....	343
CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES	345
BIBLIOGRAFÍA.....	355
I. Obras generales y monografías.....	355
II. Colaboraciones en obras colectivas.....	358
III. Artículos de revistas	363
IV. Informes.....	370
V. Recursos electrónicos	373
VI. Comunicados de prensa y noticias	374
VII. Jurisprudencia	379
A. Corte Internacional de Justicia.....	379
B. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	379
C. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	381
D. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	382
E. Decisiones y Observaciones de los Comités de derechos humanos.....	382
1. Comité de Derechos Humanos.....	382
2. Comité contra la Tortura.....	383
3. Comité sobre los Derechos del Niño.....	383
F. Tribunales nacionales.....	384

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN GENERAL Y METODOLOGÍA

I. Justificación de la investigación

La presente tesis doctoral aborda un problema de actualidad en el Derecho Internacional y europeo y, a su vez, trata de provocar la reflexión sobre las vías de afrontar el mismo. La doctrina iusinternacionalista empezó a prestar atención a la dimensión extraterritorial de la aplicabilidad de los tratados internacionales a finales del siglo XX, en concreto en la década de los años 90. Cuando Estados Unidos desplegó su operación militar «*Uphold Democracy*» en Haití en 1994 declaró la plena aplicabilidad de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Sin embargo, la aplicación extraterritorial de los Convenios de Ginebra era cuestionable puesto que su objeto y fin es la regulación de las hostilidades, el establecimiento de límites en los conflictos armados y la protección de las víctimas de los mismos. Dichos Convenios, piedra angular del Derecho Internacional Humanitario, no eran *strictu sensu* de aplicación a una operación calificada como «pacífica» y «libre de hostilidades» a la que había precedido además el consentimiento del gobierno haitiano. Hasta entonces, la doctrina no se había cuestionado la posibilidad de que también las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tuvieran un efecto extraterritorial similar.¹

Ha sido recientemente, no obstante, cuando, como consecuencia del extenso e intenso incremento de la interdependencia entre los Estados, los problemas relativos a la extraterritorialidad de los tratados de derechos humanos han cobrado una especial relevancia. Bajo fenómenos como la «guerra global contra el terrorismo», o con el objeto de controlar los flujos migratorios, los Estados muestran una creciente disposición a actuar fuera de sus fronteras. En consecuencia, se pone de relieve su capacidad para influir e impactar mediante dichas actuaciones en los derechos de las personas que allí se encuentren. En este marco, se plantea la cuestión sobre el alcance del deber del Estado de garantizar a dichas personas los derechos humanos contenidos en los tratados de los que es parte. Dichos tratados fueron pensados para regular la relación entre el Estado y las personas situadas en su territorio o *bajo su jurisdicción*. A la luz de este segundo criterio —el de hallarse bajo la jurisdicción del Estado— parece razonable que si dicho Estado detiene a un individuo en el extranjero y le sitúa bajo la custodia de sus autoridades, el control físico que ejerce tal Estado sobre el individuo

¹ Theodor Meron, «Extraterritoriality of Human Rights Treaties», *The American Journal of International Law* 89 (1995): 78.

justifique la obligación de reconocerle su derecho a un proceso equitativo. No obstante, a medida que el vínculo entre el Estado y el individuo se aleja o difumina, la cuestión es más controvertida. Puede pensarse, por ejemplo, en el caso de la implementación en el extranjero de la política de visados de un determinado Estado o en las recientes campañas de interceptación y espionaje de comunicaciones en masa en el extranjero. El Estado que deniega el visado a un individuo o que intercepta sus comunicaciones en el extranjero ¿controla o ejerce jurisdicción sobre el mismo? Más concretamente: ¿qué tipo de relación o de vínculo es necesario entre el Estado y el individuo situado en el extranjero para considerar que el primero queda obligado a reconocer los derechos humanos del segundo?

Desde una perspectiva jurídica, el análisis del alcance de la extraterritorialidad nos conduce a la interpretación de los tratados de derechos humanos y, en particular, del concepto de *jurisdicción* contenido en estos. En la mayor parte de estos tratados la noción de jurisdicción delimita el conjunto de personas a quienes los Estados deben reconocer los derechos del tratado, allá donde estén, bien por quedar sujetas directamente a su jurisdicción o bien por encontrarse en un territorio sometido a ella. De esta forma, la jurisdicción en los tratados de derechos humanos define su ámbito de aplicación espacial –territorial y extraterritorial–. En esta labor interpretativa, las aportaciones del presente estudio en torno a la definición de la extraterritorialidad se alinean con conceptos relacionados con el ejercicio de la jurisdicción, el control efectivo sobre el territorio y el vínculo personal o la autoridad sobre las personas. En particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) incluye una cláusula de jurisdicción que abre el camino a una extensa interpretación del concepto por la vía jurisprudencial.

La tendencia hacia la extraterritorialidad de la actuación de los Estados puede observarse en diversos campos. Esta investigación propone como objeto de análisis uno de los que más ha centrado la atención internacional recientemente: la extraterritorialidad de los controles fronterizos y sus efectos en el acceso de los refugiados a la protección internacional. Los Estados han dejado de esperar «pasivamente» la llegada de refugiados y migrantes a sus fronteras y han ideado un conjunto de medidas de control fronterizo cuyo fin es «localizar» al individuo mucho antes de que éste entre en contacto con sus fronteras. Así, la noción de frontera como línea física que delimita el espacio de soberanía territorial del Estado ha quedado diluida por un concepto de «frontera en movimiento» en la que ésta se identifica con un itinerario o con el lugar de origen de los refugiados y migrantes. Cabe cuestionar entonces la legitimidad del Estado para desplegar sus controles fronterizos allá donde lo estima necesario.

La asociación entre extraterritorialidad y control fronterizo se ha intensificado debido a diversos factores. En el contexto de la Unión Europea ha sido clave el impulso otorgado a la dimensión externa del derecho y las políticas de la Unión en materia de refugio y asilo. El Consejo Europeo de Tampere de 1999 marcó el inicio de un nuevo camino en la asunción de funciones externas de la Unión Europea en materia migratoria. Desde entonces, incluida la Agenda Europea de la Migración presentada por la Comisión Europea en 2015, esta dimensión externa no ha hecho más que crecer. A ello se añade que una serie de factores (*push factors* y *pull factors*)² han provocado la afluencia masiva de refugiados a los que la Unión ha dado respuesta precisamente valiéndose de esta dimensión externa, dado que la perspectiva interna materializada en el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) se ha mostrado insuficiente. Coincide que los Estados miembros, además, encuentran acuerdos más o menos unánimes en dicha dimensión externa, en comparación con la dimensión interna en la que el principio de solidaridad está precisamente sometido a discusión en el seno de las instituciones europeas.

En la nueva realidad de los controles fronterizos extraterritoriales el refugiado se encuentra más que nunca en el centro de la contraposición entre dos grandes grupos de principios que protegen intereses jurídicos que compiten entre sí: por un lado, el principio esencial de soberanía del Estado y sus manifestaciones de soberanía territorial y discrecionalidad respecto del acceso de extranjeros al territorio y, por otro lado, los principios humanitarios y de acceso a la protección formulados tanto por el Derecho Internacional general como por los tratados en particular.³

Son entonces estos dos grandes núcleos conceptuales y sus manifestaciones jurídicas, la extraterritorialidad, por un lado, y el control fronterizo y su influencia en las instituciones del refugio y el asilo, por otro lado, los que justifican la elaboración de esta tesis doctoral, cuyo fin último es analizar hasta qué punto es posible un régimen jurídico más comprensivo y adecuado de la realidad contemporánea, así como la sistematización de sus principios.

La presente investigación pretende aportar nuevos desarrollos respecto de ambos núcleos conceptuales. Si bien hasta el momento la atención sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de

² Por *push factors* se entienden los conflictos armados cuya violencia se intensifica, los regímenes autoritarios y la extrema pobreza en los países de origen. Los llamados *pull factors* se identifican con la situación pacífica que se vive en los países europeos, con el objetivo de la reunificación familiar y con el interés de quienes huyen de sus países por mejorar sus condiciones de vida. Ello pone de manifiesto también, que el contexto al que nos referimos refleja el fenómeno y plantea el problema de los denominados flujos mixtos.

³ Guy S. Goodwin Gill y Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3ª ed. (Oxford University Press, 2007), 1.

jurisdicción extraterritorial se ha centrado sobre todo en la controvertida sentencia de 2001 en el Asunto *Bankovic y Otros c. Bélgica y Otros*, este análisis traslada el foco a la sistematización de principios que el TEDH realiza en 2011 el Asunto *Al-Skeini y Otros c. Reino Unido* y, en especial a la indagación sobre si sus sentencias más recientes siguen la senda marcada en *Al-Skeini*. Asimismo, respecto de las medidas extraterritoriales de control fronterizo, éstas son abordadas habitualmente de manera conjunta, mientras que este estudio propone un análisis pormenorizado y concreto de las especificidades propias de cada medida, ya que de ellas dependerá la apreciación, o no, de la jurisdicción del Estado sobre los individuos.

II. Preguntas de investigación, hipótesis y objetivos

El análisis parte de dos preguntas de investigación, con sus respectivas hipótesis y objetivos. Ello obedece a que la estructura de la tesis reposa sobre dos grandes bloques de cuestiones complementarias e interconectadas: la primera de ellas, Jurisdicción y extraterritorialidad de los Tratados de Derechos Humanos; y la segunda, Control extraterritorial de fronteras y acceso al refugio.

El primer bloque de la tesis doctoral pretende contestar a la pregunta sobre si los tratados de derechos humanos son aplicables fuera de la frontera del Estado y, más concretamente, cuáles son los criterios que determinarían el nacimiento de las obligaciones de derechos humanos de un Estado que actúa extraterritorialmente respecto de los individuos afectados por dicha actuación.

La hipótesis de la que partimos es la siguiente: las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos no nacen siempre y respecto de todas sus actuaciones extraterritoriales, sino que es preciso que dicho Estado ejerza una suerte de control sobre las personas o sobre el territorio en el que éstas se encuentren.

Con la finalidad de responder a dicha pregunta, nos planteamos como primer objetivo el examen del significado de la jurisdicción del Estado en el Derecho internacional general. A continuación, abordamos el mismo análisis respecto de los tratados de derechos humanos. Este es el concepto que permite conocer estos últimos tratados son aplicables extraterritorialmente y bajo qué circunstancias. El tercer objetivo es la sistematización de los principios fundamentales que delimitan la jurisdicción extraterritorial del Estado, a través del examen de la jurisprudencia internacional y de los criterios doctrinales en la materia.

El segundo bloque de la tesis responde a la pregunta sobre si el marco jurídico de la extraterritorialidad de los tratados de derechos humanos previamente examinado

resulta aplicable a las medidas de control fronterizo desarrolladas por los Estados fuera de su fronteras.

La hipótesis de este segundo bloque se plantea en los siguientes términos: la extraterritorialidad de los tratados de derechos humanos constituye un nuevo marco jurídico que contribuye a reforzar la protección de los refugiados ante las medidas de control fronterizo respecto de sus derechos a solicitar asilo y a no ser devueltos a un lugar donde su vida, integridad física o libertad corran peligro. Esta hipótesis toma como punto de partida otra previa consistente en que las medidas extraterritoriales de control fronterizo provocan una restricción en el ejercicio del derecho de los refugiados a acceder a los procedimientos de solicitud de asilo así como en el derecho a no ser devueltos a un lugar donde su vida o integridad corren peligro.

Nos planteamos aquí como primer objetivo ofrecer una sistematización de la nueva realidad de los controles fronterizos a través de la propuesta de una clasificación de las principales medidas extraterritoriales desarrolladas por los Estados en dicho ámbito. En segundo lugar, la identificación de los problemas que plantean dichas medidas para el ejercicio del derecho a solicitar asilo y el principio de no devolución. El tercer objetivo es la adaptación de los principios jurídicos formulados en la primera parte respecto del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por los Estados a las referidas categorías de medidas de control fronterizo.

III. Metodología

Recogemos *in extenso* las palabras del profesor Jiménez Piernas sobre la función del Derecho Internacional Público en tanto que ciencia por lo elocuentes y útiles que resultan a quien, como la autora de la presente tesis doctoral, se inicia en su trayectoria académica, y en particular en la investigación del Derecho Internacional Público, tras casi diez años de ejercicio de la abogacía. El profesor afirma:

«La función característica de toda ciencia, también del Derecho Internacional Público, es una función de conocimiento, es decir, de análisis, descripción y sistematización, así como de explicación o interpretación funcional de su objeto, sin olvidar por último la valoración crítica del Derecho en vigor, con el fin de formular científicamente las orientaciones deseables dentro del orden jurídico internacional».⁴

⁴ Carlos Jiménez Piernas, «Reflexiones sobre el método del Derecho internacional público», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco* (Tecnos, 1993), 377-395.

Siguiendo este criterio, el objeto de la presente tesis doctoral, esto es, el problema del concepto de la extraterritorialidad y de la jurisdicción y su proyección en el refugio, se presta sin duda al análisis, la descripción y la sistematización de una compleja realidad social y jurídica, insoslayable y actualmente en proceso de transformación, en la que se reconocen imperfecciones e incertidumbres.⁵

Como anunciamos, la tesis doctoral se estructura en dos partes y cada una de ellas tiene un abordaje metodológico diferente. La primera parte aborda los marcos del análisis desde la aproximación metodológica tradicional en el estudio del Derecho Internacional. Con el objeto de analizar el concepto de jurisdicción y su ejercicio por el Estado, se examinan como principales y más relevantes instrumentos, las fuentes del Derecho, fundamentalmente convencional, así como las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre las mismas. El estudio de las fuentes jurídicas se acomete a la luz de los criterios de interpretación de los tratados internacionales proporcionados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Respecto de las fuentes doctrinales cabe referirse, además de a la abundante bibliografía sobre la materia, a la utilidad del trabajo previo elaborado por la doctoranda para Oxford Bibliographies, titulado «Extraterritorial Application of Human Rights Treaties», en el que revisa y explica la literatura existente en materia de aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos.⁶ El resumen de cada una de las contribuciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, requerido para la publicación, sirve de punto de partida de la presente tesis doctoral. El análisis jurisprudencial, por su parte, se apoya fundamentalmente en el estudio de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya que resulta la herramienta indispensable para identificar los avances en el objeto de la investigación. Así mismo, el examen de la misma permite sistematizar los modelos de jurisdicción extraterritorial.

La segunda parte aborda el análisis desde la perspectiva aplicada, dado que se estudian los principios generales en materia de jurisdicción extraterritorial mediante el examen de las prácticas extraterritoriales de los Estados y los problemas que estas han suscitado. El método principal para llevar a cabo tal función de análisis es el inductivo. Se exploran las medidas de los Estados en casos concretos de control de fronteras, y se plantea la oportunidad de proyectar en dichas prácticas los principios generales de la jurisdicción extraterritorial de los tratados de derechos humanos. El método inductivo sirve para estudiar el contenido de las reglas del ordenamiento internacional y el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados a través de las mismas y relacionarlas con un entorno material determinado, el de la acción extraterritorial en

⁵ Francisco Javier Roldán Barbero, «La investigación en Derecho Internacional Público», *Revista de Estudios Jurídicos* 9 (Segunda Época) (2009): 14.

⁶ Joana Abrisketa y María Nagore Casas, «Extraterritorial Application of Human Rights Treaties», *Oxford Bibliographies in International Law* (2016), <http://www.oxfordbibliographies.com/obo/page/international-law>.

el ámbito del control migratorio. Estas prácticas representan un desafío para el Derecho Internacional cuya respuesta se encuentra, en parte, en la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos y, con las limitaciones expuestas en el capítulo 6 y en las conclusiones, en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. A ello se añade la revisión, desde la perspectiva del análisis cualitativo, de las contribuciones de la doctrina y la jurisprudencia sobre dichas prácticas y el referido marco normativo.

En definitiva, ambas aproximaciones metodológicas son pertinentes para abordar los objetivos de la investigación, dado que permiten ampliar conocimientos en un área no suficientemente explorada por la comunidad científica en nuestro país.

Finalmente, cabe precisar que la técnica metodológica se orienta hacia los *problemas*. La estructura del estudio se basa en una serie de sub-problemas que giran alrededor del problema principal, a saber, el alcance de la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos y su nexo con el tratamiento de las normas sobre refugio. Podemos afirmar que el método de trabajo es aporético, asumiendo que por «aporía» se designa «precisamente una cuestión que es acuciante e ineludible», o dicho en otros términos, que señala la «falta de un camino».⁷

IV. Estructura del estudio

La tesis se estructura en dos partes principales. La primera de ellas, titulada «Jurisdicción y Extraterritorialidad en los Tratados de Derechos Humanos» pretende responder a la primera pregunta de investigación formulada, esto es, en qué medida y bajo qué criterios los tratados de derechos humanos son aplicables extraterritorialmente, así como comprobar la primera hipótesis planteada, es decir, que dicha aplicación extraterritorial depende del ejercicio de un tipo de control por el Estado sobre las personas o el territorio.

Esta primera parte se divide en dos capítulos. El capítulo 2 analiza el concepto de jurisdicción en el Derecho Internacional general. Como es sabido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye una importante rama del Derecho Internacional que, aun teniendo ciertas peculiaridades propias, se rige por sus mismos principios y normas. Los tratados de derechos humanos son tratados internacionales, aunque de naturaleza especial, por lo que en primer lugar es necesario precisar si la solución a la cuestión de su aplicación extraterritorial puede encontrarse en los principios y normas del Derecho Internacional, en concreto, en los criterios sobre la aplicación espacial de los tratados internacionales que contiene la Convención de

⁷ Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia* (Marcial Pons, 2016), 57.

Viena sobre el Derecho de los tratados, así como en el concepto de jurisdicción tal como se emplea en el Derecho Internacional general.

El capítulo 3 concreta el concepto de jurisdicción en el ámbito específico de los tratados de derechos humanos, a través del análisis del contexto normativo determinado por sus cláusulas de jurisdicción, las contribuciones doctrinales y la principal jurisprudencia en la materia. El análisis de la jurisprudencia, en especial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, permite identificar los modelos de jurisdicción extraterritorial. Este Tribunal es el órgano jurisdiccional que ha contribuido en mayor medida a desarrollar el concepto de jurisdicción extraterritorial y cuya jurisprudencia es más extensa. La selección de sus sentencias se ha realizado sobre la base de la relevancia de las aportaciones conceptuales del Tribunal al desarrollo del concepto. Así, se han escogido sentencias en las que el Tribunal introduce nuevos términos interpretativos que concretan el significado la jurisdicción. Asimismo la selección refleja los principales contextos fácticos a los que el Tribunal ha tenido que dar respuesta, desde la invasión por Turquía del Norte de Chipre en 1974 hasta la intervención militar en Irak en 2003. El hilo conductor que se propone en el examen de los modelos de extraterritorialidad es la sistematización de principios que el Tribunal realizó en su sentencia *Al-Skeini y Otros c. Reino Unido* que es la sentencia clave en la del Tribunal que inspira su jurisprudencia posterior en la materia.

La segunda parte de la tesis se denomina «Control Extraterritorial de Fronteras y el Acceso al Refugio». Esta parte introduce el segundo gran núcleo conceptual que se aborda en el estudio, es decir, la extraterritorialidad de los controles fronterizos y su influencia en la institución del refugio. El fin último de esta segunda parte es contestar a la segunda pregunta de investigación planteada: si el marco jurídico de la extraterritorialidad de los tratados de derechos humanos es aplicable a las medidas de control fronterizo desarrolladas por los Estados fuera de su fronteras. Pretende de esta manera comprobar la hipótesis de si dicho marco puede erigirse en un nuevo instrumento jurídico para la protección del refugiado ante la restricción de sus derechos causada por la implementación de las medidas extraterritoriales de control fronterizo.

Esta segunda parte se estructura en un primer capítulo introductorio (capítulo 4), cuyo objetivo fundamental es concretar los problemas de la extraterritorialidad en el ámbito específico de los controles migratorios, y dos capítulos principales. En el primero de ellos (capítulo 5) se realiza una sistematización de las principales actuaciones extraterritoriales de control fronterizo, con el fin de precisar el marco fáctico y normativo ante el que se encuentra el refugiado actualmente. La práctica de los Estados muestra una enorme diversidad de medidas de control fronterizo, cuyas particularidades concretas deben ser tenidas en cuenta para precisar el posterior análisis jurídico. El segundo capítulo (capítulo 6) pretende aplicar los modelos de

extraterritorialidad de los tratados de derechos humanos a las prácticas de control fronterizo sistematizadas. Con carácter previo, no obstante, se realizará un estudio de la aplicación extraterritorial de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y, en particular, de su principal garantía para la protección de los refugiados, constituida por el principio de *non-refoulement*. Un estudio de la extraterritorialidad de los controles fronterizos no sería completo sin una referencia a este instrumento jurídico clave y esencial de la protección de los refugiados.

Finalmente, el capítulo 7 formula las principales conclusiones generales extraídas del estudio. Se refiere así tanto a la capacidad de la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos para configurarse como un nuevo marco jurídico de protección de los refugiados, como a sus limitaciones. En el contexto del reconocimiento de estas últimas se proponen vías jurídicas alternativas de análisis para investigaciones futuras.

V. Delimitación de conceptos

Sin perjuicio de que a lo largo de la estructura mencionada se realizan las precisiones terminológicas que sean convenientes para concretar el objeto del estudio en cada momento, cabe hacer referencia brevemente a algunas de ellas en este capítulo introductorio.

Por *actuación extraterritorial* del Estado se entiende cualquier acto de éste susceptible de afectar los derechos humanos de los individuos que se encuentren fuera de su territorio. En su territorio el Estado es soberano y ejerce todas las facultades y competencias que le otorga el Derecho Internacional con sujeción a las limitaciones establecidas en el mismo, entre ellas, la de respetar y reconocer a todas las personas que se encuentren en el territorio la totalidad de los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos de los que sea parte. La cuestión es si, fuera de los contornos de su territorio, las actuaciones de los Estados están sujetas a las mismas limitaciones impuestas por los tratados de derechos humanos. Las actuaciones extraterritoriales pueden consistir tanto en acciones como en omisiones del Estado respecto de aquéllos casos en los que estaría obligado a desplegar sus obligaciones positivas para prevenir las vulneraciones de derechos humanos por terceros sujetos. Lo relevante es que el individuo esté situado fuera del territorio del Estado.

Entre las actuaciones extraterritoriales se incluyen tanto las actuaciones *directas* que requieren una presencia «física» del Estado fuera de su territorio, ya sea a través de sus propios agentes o de administraciones locales subordinadas, como las actuaciones *indirectas* en las que la actuación extraterritorial consiste en la

implementación extraterritorial de las normas o políticas del Estado por otros sujetos, como compañías privadas o terceros Estados. No se estudian, por lo tanto, aquellas medidas cuya implementación se produce dentro del territorio del Estado, aunque tengan efectos fuera del mismo. Es el caso de algunas de las medidas de control fronterizo como la noción de tercer país seguro o los supuestos de devolución que se producen tras haber entrado el refugiado en el territorio del Estado.

Cabe advertir que el concepto de refugiado empleado en la tesis doctoral es el recogido por la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, conforme a la cual, es refugiado toda persona que debido a temores de ser perseguida se encuentra fuera del país de su nacionalidad o residencia habitual y, a causa de dichos temores, no quiere o no puede acogerse a la protección de dicho país. Otras figuras de protección internacional como la protección complementaria o subsidiaria y la protección temporal, construidas por la normativa europea y las legislaciones nacionales, no son abordadas en la investigación, aunque se realizan referencias a las mismas cuando resulta conveniente al propósito del estudio.

PRIMERA PARTE: JURISDICCIÓN Y EXTRATERRITORIALIDAD EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO 2. EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

I. Justificación: la relación entre el ámbito de aplicación territorial de los tratados de derechos humanos y la jurisdicción del Estado

El principio general sobre el ámbito de aplicación territorial de los tratados internacionales se regula por el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, según el cual: «Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo».⁸ La regla general es, por lo tanto, que un tratado se aplica a la *totalidad del territorio* de un Estado, entendiéndose comprendido en él no sólo el territorio terrestre en sentido estricto, sino también las aguas situadas dentro del territorio, los espacios marítimos adyacentes a las costas (aguas interiores, mar territorial y aguas archipelágicas), así como el espacio aéreo sobre el territorio y los espacios marítimos.⁹ Es un principio, no obstante, que admite excepciones si así se deduce de la *intención de las partes* manifestada de forma expresa o implícita. Entre ellas, la doctrina incluye el caso de los tratados de derechos humanos,¹⁰ en los que la aplicación espacial viene delimitada por el concepto de *jurisdicción*.

Efectivamente, entiende comúnmente la doctrina y la jurisprudencia que el ámbito espacial de aplicación de los tratados de derechos humanos se determina en las llamadas *cláusulas de jurisdicción* recogidas en la mayor parte de estos tratados.¹¹ Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que los Estados parte

⁸ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, celebrado en Viena el 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969). Entró en vigor el 27 de enero de 1980. La Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, se remite a este precepto en su artículo 33.1.c), conforme al cual, «De conformidad con las normas generales de Derecho internacional y según lo previsto en el propio tratado, se determinarán: (...) c) El ámbito de aplicación territorial del tratado».

⁹ Jorge Cardona Llorens, «Artículo 33.1.c). Efectos jurídicos de las reservas, ámbito territorial, cláusula de la nación más favorecida y aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia» en Paz Andrés Sáenz de Santa María, Javier Díez-Hochleitner y José Martín y Pérez de Nanclares (dir.), *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)* (Civitas, 2015), 644; Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed. coordinada por Concepción Escobar Hernández (Tecnos, 2013), 202.

¹⁰ Cardona Llorens, «Artículo 33.1.c)», 650.

¹¹ Esta cuestión será analizada en el Capítulo III. Ver, no obstante, las referencias a la cuestión en los apartados II.C y G siguientes.

reconocen los derechos y libertades del Convenio a «toda persona bajo su jurisdicción»,¹² la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes exige a los Estados que adopten medidas para impedir los actos de tortura «en todo territorio que esté bajo su jurisdicción»¹³ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) les requiere que respeten y garanticen estos derechos a «todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción».¹⁴ La jurisdicción del Estado se erige, así, en la noción esencial a interpretar para determinar el alcance espacial de los tratados de derechos humanos, por lo que es necesario delimitar su significado en el texto de cada tratado.

No obstante, no existe una definición legal de jurisdicción ni en el Derecho Internacional general ni en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aún más, el hecho de que no existan dos cláusulas de jurisdicción cuya formulación sea idéntica complica notablemente el análisis. Las tres cláusulas de jurisdicción citadas son un buen ejemplo de esta diversidad: de acuerdo con el CEDH son las *personas* las que deben encontrarse bajo la jurisdicción del Estado, mientras que para la Convención contra la Tortura es el *territorio* y para el PIDCP las *personas que se encuentren en el territorio*. A esto se añade, por un lado, que la interpretación del término por los órganos supervisores de los correspondientes tratados es enormemente casuística y variable, y, por otro, que los Estados no mantienen una posición común sobre su significado.¹⁵

Los interrogantes que plantea la interpretación de la noción de jurisdicción en las cláusulas de jurisdicción de los tratados de derechos humanos son múltiples. Así, cabe preguntarse si una persona que se encuentra fuera del territorio de un Estado parte del CEDH puede estar sujeta a su jurisdicción a los efectos de la aplicación de este Convenio; o bien si por «territorio bajo la jurisdicción del Estado» la Convención contra la Tortura entiende tanto el territorio nacional como el territorio de otro Estado o; finalmente, si es posible que los individuos que estén en el territorio de un determinado Estado no se hallen, sin embargo, sujetos a su jurisdicción a efectos de la aplicación del PIDCP dado que este convenio recoge ambos elementos (encontrarse en el territorio y estar sujeto a la jurisdicción). De modo que el objetivo principal de esta primera parte es precisamente determinar cuándo puede entenderse que un Estado ejerce jurisdicción sobre personas o lugares situados fuera de su territorio nacional, de forma que pueda considerarse que sus actos están dentro del ámbito espacial de aplicación del tratado y, por tanto, surjan las obligaciones de derechos humanos

¹² Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, art. 1.

¹³ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, art. 2.1.

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1996, art. 2.1.

¹⁵ Joana Abrisketa y María Nagore Casas, «Extraterritorial Application».

derivadas del mismo.¹⁶ El análisis de esta primera parte constituirá el marco jurídico frente al que se analizarán las medidas extraterritoriales de control fronterizo a las que se dedicará la parte segunda de este trabajo, con el fin último de comprobar si la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos puede servir de instrumento adicional de protección de los refugiados frente a la tendencia extraterritorial de los Estados en el control de sus fronteras.

Antes de analizar el significado del concepto de jurisdicción en cada una de las cláusulas de los tratados de derechos humanos, es necesario dilucidar si la respuesta a la cuestión del ámbito territorial de dichos tratados puede encontrarse en dos posibles hipótesis: por un lado, que el mencionado artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en tanto que es la norma fundamental que debe gobernar la interpretación de los tratados internacionales, proporcione una respuesta a la cuestión. A su análisis se dedicará el epígrafe II siguiente. Por otro lado, es necesario explorar previamente cuál es el significado del concepto de jurisdicción en el Derecho Internacional general, con la finalidad de determinar si éste proporciona un sentido del término que pueda ser trasladado a la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos. A este cometido se prestará atención en el epígrafe III, mientras que en el epígrafe IV se expondrán algunas conclusiones preliminares.

II. El ámbito territorial de los tratados internacionales de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dedica su artículo 29 a la cuestión del «ámbito territorial de los tratados». Su texto actual proviene, tras algunos borradores previos, de la propuesta de redacción presentada en 1964 por el relator especial Sir Humphrey Waldock.¹⁷ En los comentarios a su propuesta, Waldock definió qué debía entenderse por aplicación territorial:

«The territorial application of a treaty signifies the territories which the parties have purported to bind by the treaty and which, therefore, are the territories affected by the rights and obligations set up by the treaty. (...) it is the territories

¹⁶ Se analizará la jurisdicción del Estado «*ratione loci*», quedan excluidas del análisis la jurisdicción por razón del tiempo o de la materia.

¹⁷ Comisión de Derecho Internacional, «Third report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur. Document A/CN.4/167 and Add.1-3» en *Yearbook of the International Law Commission. Documents of the sixteenth session, including the report of the Commission to the General Assembly, 1964*, vol. II. Kerstin Odendahl, «Article 29. Territorial scope of treaties», en Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.) *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary* (Springer, 2012), 490.

with respect to which each party contracted in entering into the treaty which determine its territorial scope».¹⁸

Aunque a primera vista el texto del artículo 29 de la Convención de Viena es claro y no parece plantear problemas de interpretación, no en vano fue uno de los artículos que causó menos debate durante su preparación en la Conferencia de Viena de 1969,¹⁹ un estudio más detenido del mismo plantea varias dificultades que serán expuestas sucintamente a lo largo de este epígrafe. El análisis se centrará en el alcance de la aplicación de los tratados fuera del territorio del Estado, a la luz del referido artículo 29 de la Convención de Viena. Este precepto codifica el derecho consuetudinario en la materia, cuestión respecto de la que existió acuerdo entre la doctrina y los Estados durante el debate final sobre el texto definitivo en la Asamblea General en 1966, incluso hasta el extremo de que algunas delegaciones de Estados propusieron su eliminación al considerar que se trataba de una provisión innecesaria.²⁰

Con carácter previo, debe precisarse que las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados son plenamente aplicables a los tratados de derechos humanos. En efecto, sin perjuicio de su «carácter especial», estos tratados, deben interpretarse a la luz de las normas establecidas en esta Convención.²¹ Frente a la naturaleza «consensual» y «contractual» que se predica en general de los tratados internacionales, los tratados de derechos humanos presentan características especiales que son difíciles de conciliar con dicha naturaleza. Esto se debe a que estos tratados, además de establecer obligaciones vinculantes para los Estados exigibles mutuamente entre sí, tienen un objeto y propósito *sui generis* que trascienden de los intereses particulares de los Estados parte para proteger intereses universales que afectan a la comunidad internacional en su conjunto. No obstante, no dejan por ello de ser verdaderos tratados internacionales, a los que se aplican, con las necesarias adaptaciones, los principios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.²²

A propósito de las dificultades respecto de la interpretación del artículo 29 de la Convención de Viena, éstas derivan, en primer lugar, de la necesidad de distinguir

¹⁸ Comisión de Derecho Internacional, «Third report on the law of treaties», 12.

¹⁹ En dicha Conferencia, 97 delegaciones votaron a favor de este artículo, sin votos en contra o abstenciones. Incluso algunos Estados como Finlandia y Grecia propusieron su eliminación por considerarlo de escasa utilidad. Ver Odendahl, «Article 29», 491.

²⁰ Odendahl, «Article 29», 490; Karagiannis, «1969 Convention», 734-735; Mark E. Villiger, «Territorial Scope of Treaties», en *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 393.

²¹ En este sentido, ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Asunto Loizidou c. Turquía (objeciones preliminares)*, demanda nº 15318/89, 23 de marzo de 1995, párr. 70 y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Asunto Loizidou c. Turquía (sentencia)*, demanda nº 15318/89, 18 de diciembre de 1996, párr. 43. Michal Gondek, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, (Intersetia, 2009), 18-19.

²² Gondek, *The Reach of Human Rights*, 21-22.

entre el ámbito espacial de aplicación del tratado y su ámbito material cuando este último viene constituido por un área o zona específica. En segundo lugar, es preciso delimitar el significado de la expresión «totalidad del territorio» utilizada por el artículo 29 de la Convención de Viena, concretamente, si admite la exclusión de determinadas zonas del territorio de un Estado respecto del ámbito de aplicación espacial del tratado. En tercer lugar, cabe analizar cuáles son las excepciones más frecuentes a la regla general de la aplicación en la totalidad del territorio deducidas de la voluntad de las partes del tratado. Entre estas últimas, se prestará una mayor atención a la cuestión de la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos. El principal interrogante radica en si puede deducirse tal posibilidad del texto del artículo 29 o la expresión «totalidad del territorio» confina dicha aplicación al territorio de los Estados parte, pero no más allá del mismo.

A. Tratados cuyo objeto es un área o zona geográfica específica

Existen tratados cuyo objeto es determinar el régimen jurídico de ciertas áreas o zonas geográficas específicas, lo cual puede dificultar la delimitación entre sus ámbitos material y espacial de aplicación.²³ Es lo que se ha venido a llamar el «doble sentido del ámbito territorial de los tratados».²⁴ Así, el territorio respecto del cual el Tratado crea derechos y obligaciones para los Estados parte es una cuestión diferente del territorio donde el tratado vincula a las partes y debe cumplirse, aunque podrían coincidir.²⁵ Existen numerosos ejemplos de este tipo de tratados, como el Tratado Antártico de 1959,²⁶ el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la explotación y utilización del espacio ultraterrestre,²⁷ el Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes,²⁸ o incluso

²³ Odendahl, «Article 29», 494. Ver también Comisión de Derecho Internacional, «Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries. 1966», *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, 213, párr. 1, que menciona también como ejemplos el Tratado de 21 de octubre de 1920 que reconoció la soberanía de Noruega sobre la isla de Spitsbergen o la Convención y Estatuto sobre el Régimen Internacional de los Puertos marítimos hechos en Ginebra el 9 de diciembre de 1923.

²⁴ Syméon Karagiannis, «1969 Vienna Convention. Article 29. Territorial scope of treaties», en Oliver Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I (Oxford University Press, 2011), 732.

²⁵ Mark E. Villiger, «Territorial Scope», 391; Odendahl, «Article 29», 495.

²⁶ Tratado Antártico, hecho en Washington el 1 de diciembre de 1959, cuyo objeto es establecer la utilización por los Estados de la Antártida exclusivamente para fines pacíficos como la investigación científica.

²⁷ Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, de 19 de diciembre de 1966, A/RES/2222 (XXI).

²⁸ Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes de 5 de diciembre de 1979, A/RES/34/68.

los tratados sobre fronteras, que regulan las normas de convivencia entre nacionales de los Estados parte en áreas fronterizas concretas.²⁹

B. La noción de la «totalidad del territorio»

Como ha sido expuesto anteriormente, la regla general en cuanto al ámbito de aplicación territorial de los tratados se identifica con la presunción de que cuando un Estado concluye un tratado internacional éste es de aplicación en la totalidad de su territorio. De esta manera, no es necesario que los Estados se refieran a zonas o áreas específicas de su territorio, salvo que exista un motivo concreto para ello, como podría ser la exclusión de dichas zonas o áreas del ámbito de aplicación del tratado en cuestión.³⁰ Por «totalidad del territorio» la doctrina entiende tanto el territorio en sentido estricto, incluyendo los espacios acuáticos existentes dentro de él (los ríos, los lagos o las lagunas, entre ellos) y su subsuelo, como determinados espacios marítimos, en concreto, las aguas interiores, el mar territorial y las aguas archipelágicas, y el espacio aéreo suprayacente a todos ellos.³¹

A pesar de su aparente sencillez, existe controversia sobre el significado concreto de la expresión en determinados ámbitos. Una de las preocupaciones iniciales respecto de la redacción del artículo fue si debían entenderse incluidos tanto los territorios «metropolitanos» como los «no metropolitanos», constituidos por las colonias o territorios localizados en ultramar. La expresión «totalidad del territorio» fue preferida a la propuesta por Waldock respecto de «todo el territorio o territorios de los que las partes sean internacionalmente responsables», precisamente para evitar la asociación de la expresión con la llamada «cláusula colonial».³² La intención de la redacción propuesta por Waldock fue considerar que la regla aplicaba a todos los territorios sobre los que el Estado ejercía soberanía, incluyendo los territorios no metropolitanos, de conformidad con la práctica habitual de los Estados en aquél momento.³³ Aunque la formulación de Waldock fue rechazada en favor de la actual redacción, ambas expresiones se consideraron equivalentes, de manera que la regla general acordada establece que el tratado vincula sobre todos los territorios respecto de los cuales el Estado ejercía soberanía, incluyendo las colonias.³⁴ Frente a esta opción, existen autores que opinan que debe entenderse que los tratados que hagan referencia

²⁹ Comisión de Derecho Internacional, «Draft Articles on the Law of Treaties», 213, párr. 1.

³⁰ Villiger, «Territorial Scope», 392.

³¹ Cardona Llorens, «Artículo 33.1.c)», 644-645; Díez de Velasco, *Instituciones*, 202 y 426; José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 19ª ed. (Tecnos, 2015), 348-349.

³² Comisión de Derecho Internacional, «Draft Articles on the Law of Treaties», 213, párr. 3.

³³ Comisión de Derecho Internacional, «Third report on the law of treaties», 14, párr. 7.

³⁴ Odendahl, «Article 29», 497.

simplemente al «territorio» de los Estados son aplicables exclusivamente al territorio metropolitano, razón por la cual es habitual que algunos tratados reconozcan expresamente su extensión a los territorios no metropolitanos.³⁵ En la misma situación se encontrarían los territorios ocupados, que no se entenderían incluidos en aquéllos tratados cuyo ámbito de aplicación territorial sea simplemente «el territorio del Estado parte».³⁶

Un segundo ámbito respecto del que es necesario realizar algunas aclaraciones, se refiere a aquéllas zonas sobre las que el Estado ejerce poderes soberanos limitados, como la zona económica exclusiva o la plataforma continental. Respecto de estas zonas, la soberanía del Estado no es plena sino de naturaleza «funcional», es decir, limitada al ejercicio de las competencias concretas de exploración y explotación de los recursos naturales que determina la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.³⁷ En opinión de la doctrina, estas zonas no pueden considerarse «territorio» del Estado en sentido estricto, dado que el Estado no ejerce sobre ellas soberanía plena, aunque puede darse el caso de tratados cuyo objeto específico es regular dichas zonas, en cuyo caso la aplicación espacial del tratado se extendería lógicamente a ellas.³⁸ Esta distinción es particularmente interesante respecto del análisis de las medidas de interceptación de refugiados en el mar, a las que se hará referencia en el capítulo 5, ya que los Estados han desplegado sus controles fronterizos no sólo en su franja de mar territorial, sino también en la zona económica exclusiva.³⁹

En tercer lugar, cabe hacer referencia a aquellos territorios que, estando bajo soberanía plena del Estado, se les reconoce un estatuto especial, como la isla de Man, las islas Feroe o Groenlandia. A pesar de que se consideran parte del territorio de los correspondientes Estados, no les alcanza la presunción general sobre la «totalidad del territorio», de modo que para que se entienda que el tratado se extiende a ellos, es necesario que así se deduzca de la intención de las partes.⁴⁰

Un cuarto supuesto que puede plantear complicaciones jurídicas consiste en la aplicación territorial de los tratados respecto de territorios sobre los que existen disputas entre los Estados. Es el caso, por ejemplo, de la declaración de independencia

³⁵ Ver, en este sentido, Cardona Llorens, «Artículo 33.2.c)», 648-649.

³⁶ Cardona Llorens, «Artículo 33.2.c)», 649.

³⁷ Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (Convención sobre el Derecho del Mar), artículos 56 (Derechos, jurisdicción y deberes del Estado ribereño en la zona económica exclusiva) y 77 (Derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental).

³⁸ Cardona Llorens, «Artículo 33.1.c)», 645-646. Díez de Velasco, *Instituciones*, 427. Villiger, «Territorial Scope», 392.

³⁹ Ver capítulo (...). Las medidas se han extendido también a zonas, como el alta mar, no sujetas a la jurisdicción de ningún Estado.

⁴⁰ Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General* (Tirant Lo Blanch, 2010), 361; Cardona Llorens, «Artículo 33.1.c)», 647.

de una parte determinada del territorio de un Estado, cuando no es reconocida por otros Estados, como Kosovo, o la declaración por un Estado de la incorporación de una determinada zona geográfica a su territorio, cuando la misma es dudosa o infringe el Derecho Internacional, como Marruecos respecto del Sáhara Occidental. En estas situaciones se requiere un análisis especialmente cuidadoso de las circunstancias concretas del caso y de la legitimidad o no en el ejercicio de la soberanía sobre los territorios, no en vano la aplicación de un tratado sobre los territorios disputados podría constituir en sí misma una infracción del Derecho Internacional.⁴¹

En quinto lugar, cabe preguntarse cómo afectan las modificaciones del territorio de los Estados a la aplicación territorial de los tratados. Cuando dichas modificaciones se producen por la incorporación de nuevo territorio al ya existente, ya sea de manera artificial por obra del hombre, o natural (aluvión, delta, formación de islas), se entiende que el ámbito territorial del tratado se extiende a estos territorios incorporados. Igualmente, si como consecuencia de causas naturales o artificiales, el territorio quedara reducido, también lo haría el ámbito de aplicación espacial del tratado.⁴² Si la modificación territorial fuera consecuencia de un supuesto de sucesión de Estados, el caso adquiere mayor complejidad. En opinión de Odendahl, es de aplicación el «principio de la movilidad del ámbito territorial de los tratados», enunciado expresamente en la Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados.⁴³ Conforme a este principio, los tratados del Estado predecesor dejan de estar en vigor respecto del territorio al que se refiera la sucesión y entran en vigor automáticamente en dicho territorio los tratados del Estado sucesor, desde la fecha de la sucesión de Estados.⁴⁴ Entiende este autor, además, que este principio se encuentra implícito en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de manera que la expresión «totalidad del territorio» debe interpretarse como «totalidad del territorio en cada momento determinado».⁴⁵ No obstante, otros autores consideran que la sucesión de Estados queda excluida de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁴⁶ Además, dada la escasa participación de los Estados en la Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados, no se puede considerar

⁴¹ Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 362; Cardona Llorens, «Artículo 33.1.c)», 647-648.

⁴² Cardona Llorens, «Artículo 33.1.c)», 646.

⁴³ Convención sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados, hecho en Viena el 23 de agosto 1978. Actualmente únicamente 22 Estados son parte de este tratado, ver https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-2&chapter=23&clang=en

⁴⁴ Convención sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados, art. 15. También se enuncia el principio en los artículos 31 y 35.

⁴⁵ Odendahl, «Article 29», 498-499.

⁴⁶ De acuerdo con el artículo 73 de la CVDI, las disposiciones de la Convención «no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados». Esta opinión es acogida por Villiger, «Territorial Scope», 393 y Cardona Llorens, «Artículo 33.1.c)», 646-647.

Derecho Internacional general respecto de todas sus disposiciones, por lo que no sería necesariamente de aplicación.⁴⁷

Finalmente, conviene clarificar que dentro del concepto de «territorio» no se entienden incluidas las embarcaciones y las aeronaves, las cuales se gobiernan por el principio de nacionalidad,⁴⁸ conforme al cual, los Estados tienen facultades para ejercitar su jurisdicción sobre aquéllas aeronaves matriculadas en su país⁴⁹ y sobre aquéllas embarcaciones autorizadas a enarbolar su pabellón.⁵⁰

C. Las excepciones a la «totalidad del territorio»

Los Estados, por su libre voluntad explícita o implícita, pueden alterar la presunción general de aplicación del tratado a la totalidad del territorio, tal como admite el segundo inciso del artículo 29 de la Convención de Viena. Así, los Estados parte del tratado podrían especificar el territorio concreto al que éste se aplica, como en el Tratado del Atlántico Norte,⁵¹ cuyo ámbito espacial se restringe a los ataques armados contra los territorios que menciona⁵² o en los tratados sobre cooperación transfronteriza.⁵³ Este tipo de cláusulas pueden ser de carácter general, de manera que se deja a los Estados libertad para que al tiempo de la firma o de la manifestación del consentimiento puedan determinar el territorio o territorios a los cuales se aplicará el tratado, o de carácter específico, en cuyo caso, las cláusulas detallan la lista concreta de territorios a los que el tratado se aplica, así como las eventuales exclusiones.⁵⁴

El profesor Rodríguez Carrión clasificó en cuatro las situaciones de la práctica internacional a las que se refiere este segundo inciso del art. 29. En primer lugar, se refirió a «la posible aplicación de las disposiciones de un tratado en el que un Estado es parte al territorio de un segundo Estado del que el primer Estado ostenta la responsabilidad de la gestión de sus asuntos internacionales».⁵⁵ Las situaciones restantes se refieren a la aplicación de las disposiciones del tratado al territorio

⁴⁷ Cardona Llorens, «Artículo 33.1.c)», 646-647.

⁴⁸ Díez de Velasco, *Instituciones*, 426. Odendahl, «Article 29», 498.

⁴⁹ Protocolo relativo al texto auténtico trilingüe del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1944), firmado en Buenos Aires el día 24 de septiembre de 1968, Anexo, artículo 17.

⁵⁰ Convención sobre el Derecho del Mar, art. 91.

⁵¹ Tratado del Atlántico Norte Hecho en Washington el 4 de abril de 1949.

⁵² Estos territorios son, según su artículo 6, el territorio de cualquiera de las partes en Europa o en América del Norte, los departamentos franceses de Argelia, y las islas bajo jurisdicción de cualquiera de las partes en la región del Atlántico Norte al Norte del Trópico de Cáncer.

⁵³ Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 361. Odendahl, «Artículo 29», 492.

⁵⁴ Odendahl, «Artículo 29», 491-492.

⁵⁵ Alejandro Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 2ª reimpresión, (Tecnos, 2009), 178.

interinamente ocupado por un Estado; la aplicación de las disposiciones de un tratado suscrito por un Estado a los territorios que se encuentren bajo su administración, por estar sometidos a dominación colonial; y finalmente, a la aplicación de las disposiciones de un tratado en los Estados de estructura compleja cuando las disposiciones constitucionales confieren responsabilidad en la aplicación de las disposiciones del tratado a las entidades componentes de dicha estructura. En todos estos supuestos, señala el profesor Rodríguez Carrión, «el tratado podrá ser obligatorio si ésa ha sido la voluntad de las partes».⁵⁶

Son dos los interrogantes fundamentales que plantea el segundo inciso de artículo 29: por un lado, la cuestión de delimitar si, respecto del territorio nacional de un determinado Estado, es posible excluir ciertas zonas concretas de la aplicación del tratado, y, por otro, lo que interesa más al objeto de este estudio, la cuestión de la aplicación de los tratados más allá del territorio de los Estados parte, o aplicación extraterritorial de los tratados internacionales.

La primera cuestión remite al problema de la aplicación de los tratados a entidades sub-nacionales o a Estados federales. Así, a través de la llamada «cláusula federal» los Estados parte podrían declarar que el tratado se extiende a todas o exclusivamente a algunas de las unidades territoriales en las que se encuentren divididos.⁵⁷ Durante las negociaciones del artículo 29 algunos Estados propusieron la incorporación de un segundo párrafo estableciendo la posibilidad de que los Estados compuestos de regiones autónomas diversas tuvieran la facultad de declarar a cuáles de dichas regiones debía aplicar el artículo. No obstante, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) decidió no introducir este párrafo en el texto del artículo ya que, en su opinión, la expresión «salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo» ya ofrecía suficiente flexibilidad para que los Estados ejercieran dicha facultad.⁵⁸ En definitiva, la regulación de la Convención de Viena admite este tipo de cláusulas, cuya inclusión es habitual en los tratados internacionales concluidos entre los Estados.⁵⁹

La segunda cuestión se refiere a aquellos casos en los que la intención de las partes es aplicar los tratados fuera del territorio de los Estados, bien porque éstos pretendan que el tratado produzca efectos en el territorio de terceros Estados, o bien porque regulen determinadas zonas no sujetas a la jurisdicción de ningún Estado,

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Odendahl, «Artículo 29», 493; Cardona Llorens, «Artículo 33.1.c)», 651.

⁵⁸ Comisión de Derecho Internacional, «Draft Articles on the Law of Treaties», 213, párr. 4.

⁵⁹ Entre ellas pueden citarse el artículo 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que no admiten excepción alguna a la aplicación de los Pactos en todas las partes componentes de los Estados federales.

como el alta mar o el espacio ultraterrestre.⁶⁰ Asimismo, se incluirían entre estos supuestos los tratados que obligan a las partes respecto de los territorios que, aun no perteneciendo a su territorio nacional, estén bajo su jurisdicción, como los territorios ocupados, o respecto de las personas que estén bajo su jurisdicción, se encuentren dentro o fuera de su territorio nacional. El ejemplo más notable de este último tipo son los tratados de derechos humanos, a cuya aplicación extraterritorial se dedicará en detalle el Capítulo III. El interrogante sobre si el artículo 29 admite la aplicación extraterritorial de los tratados es la pregunta principal de investigación en este epígrafe II, por lo que será abordada con mayor detenimiento en el apartado siguiente.

D. La cuestión de la extraterritorialidad en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

Una de las cuestiones más relevantes respecto de la interpretación del artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados consiste en determinar si el artículo, que lleva por título «Ámbito territorial de los tratados», limita su regulación a la aplicación de los tratados al territorio de los Estados parte o bien permite su aplicación en zonas o áreas situadas fuera de dicho territorio. Algunos Gobiernos propusieron una revisión del artículo para abordar la cuestión de la aplicación extraterritorial de los tratados, pero la Comisión de Derecho Internacional consideró que las reglas sobre la aplicación extraterritorial de los tratados no podían dejarse simplemente a la intención de las partes o a la presunción sobre su intención y que cualquier intento de acometer en el mismo los «delicados problemas» que planteaba la extraterritorialidad, sería «inapropiado» y «no aconsejable».⁶¹

Esta es, por lo tanto, una cuestión que parece quedar fuera del objeto de regulación del artículo 29, lo cual se deduce tanto de los propios comentarios de la Comisión de Derecho Internacional, como de la práctica de los Estados. En efecto, el fin primordial de este artículo es establecer la ya expuesta presunción de aplicación del tratado a la totalidad del territorio, salvo que se deduzca la intención en contrario de los Estados parte. Esta intención ha quedado históricamente establecida en la práctica de los Estados cuando éstos han utilizado instrumentos como la cláusula colonial y la cláusula federal para extender o limitar el ámbito de aplicación territorial de los tratados que concluían.⁶²

⁶⁰ Díez de Velasco, *Instituciones*, 202.

⁶¹ Comisión de Derecho Internacional, «Draft Articles on the Law of Treaties», 213-214, párr. 5.

⁶² Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles and Policy* (Oxford, 2011), 10.

La consecuencia inmediata es que el artículo 29 *no excluye* la aplicación extraterritorial de los tratados internacionales. No obstante, algunos Estados han interpretado que un tratado obliga únicamente y nada más que en la «totalidad del territorio» de un Estado, sin que sea posible presumir su aplicación extraterritorial. Esta fue la posición, por ejemplo, de Rusia en sus alegaciones en el *Asunto sobre la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, dirimido ante el Tribunal Internacional de Justicia.⁶³ En dichas alegaciones, Rusia defendió que, salvo que los Estados hagan constar expresamente la aplicación extraterritorial de un tratado, éste sigue el principio general de la territorialidad, de forma que no es de aplicación fuera del territorio del Estado. Frente a estas alegaciones, sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional y la doctrina mayoritaria han considerado que del artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no puede deducirse una presunción en contra de la extraterritorialidad.⁶⁴ No obstante, la CDI no ha aclarado definitivamente esta cuestión.⁶⁵

En conclusión, el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no ofrece una respuesta al problema de la aplicación extraterritorial de los tratados internacionales, ya que ni la regula ni la excluye. Por ello, la respuesta a esta cuestión debe buscarse en otras reglas del Derecho Internacional. En el contexto de los tratados de derechos humanos, el concepto nuclear es el de la *jurisdicción de los Estados*. Así, las cláusulas de jurisdicción que se contienen en la mayor parte de estos tratados sujetan la obligación de los Estados de garantizar los derechos regulados en ellos al hecho de que las personas o los territorios se encuentren «bajo su jurisdicción». En definitiva, cumplen la función de determinar el ámbito espacial de aplicación de éstos, por lo que es necesario su análisis específico. En el Derecho Internacional general, se recurre de manera frecuente al término «jurisdicción», por lo que cabe preguntarse si el significado que tiene en dicho contexto puede trasladarse al estudio del concepto de jurisdicción que incluyen las cláusulas de jurisdicción de los tratados de derechos humanos. A dicho cometido se dedicará el epígrafe III siguiente.

⁶³ Tribunal Internacional de Justicia, *Case Concerning the Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections of the Russian Federation*, 1 de diciembre de 2009, 194-195, párr. 5.37 y 5.38, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&case=140&code=GR&p3=12>.

⁶⁴ Comisión de Derecho Internacional, «Draft Articles on the Law of Treaties», 213-214, párr. 5; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 10; Odendahl, «Artículo 29», 502-503; Cardona Llorens, «Artículo 33.1.c)», 651-652; Díez de Velasco, *Instituciones*, 202; Gondek, *The Reach of Human Rights*, 11.

⁶⁵ Joana Abrisketa, «Las embajadas y los consulados en el exterior: ¿Bases de jurisdicción extraterritorial?», en José Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *La ley orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: gestación y contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática 55 (Escuela Diplomática, 2016), 173.

Previamente, es interesante hacer una breve referencia a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986,⁶⁶ cuyo artículo 29 reproduce el artículo homónimo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.⁶⁷ No obstante, de su análisis no puede extraerse una mayor claridad, ya que la cuestión de la aplicación extraterritorial de este tipo de tratados no se debatió en el momento de su adopción, sino que el problema fundamental que se le planteó al relator especial Paul Reuter fue la espinosa cuestión de si podía entenderse que una organización internacional podía poseer territorio.⁶⁸

III. La jurisdicción en el Derecho Internacional General: un estudio comparado de su tratamiento por la doctrina extranjera y por la española

A. Introducción: la jurisdicción del Estado como concepto central del Derecho Internacional y sus múltiples significados

Está reconocido ampliamente que *jurisdicción* es un concepto central en el Derecho Internacional.⁶⁹ El estudio del significado y funciones de la jurisdicción del Estado ha sido calificado como una de las áreas «esenciales» y a la vez «más controvertidas» del Derecho Internacional.⁷⁰ No obstante este reconocimiento de la trascendencia del término, no existe una definición legal del mismo en el Derecho Internacional. Es habitual su utilización por la doctrina internacionalista con una variedad de

⁶⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, hecho en Viena el 21 de marzo de 1986.

⁶⁷ De acuerdo con este artículo: «Un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales será obligatorio para cada uno de los Estados partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo».

⁶⁸ Ver, en cuanto a la interpretación de este artículo, Syméon Karagiannis, «1986 Vienna Convention. Article 29. Territorial scope of treaties», en Corten y Klein, *The Vienna Conventions*, 759-763.

⁶⁹ Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, 2ª ed. (Oxford, 2015), 6; Frederick Alexander Mann, «The doctrine of jurisdiction in International Law», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 111, nº I (1964), 15; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 6ª ed. (Oxford, 2012), 447; Gondek, *The Reach of Human Rights*, 48; Malcom N. Shaw, *International Law*, 4ª ed. (Cambridge, 1997), 452.

⁷⁰ Ryngaert, *Jurisdiction*, 6.

significados diferentes,⁷¹ en ocasiones de una manera que podría calificarse de «intuitiva», sin atender a las complejidades de su significado técnico.⁷²

Dependiendo del contexto en el que se emplee el término, la *jurisdicción* podría hacer referencia simplemente al territorio de un Estado, o bien a un ordenamiento jurídico concreto o incluso, en uno de sus usos más habituales, a la competencia de un determinado juez o tribunal.⁷³ Otra remisión la encontramos en la Carta de Naciones Unidas, en la que se emplea la expresión *jurisdicción doméstica*, en referencia a aquéllas materias respecto de las que los Estados no están limitados por las normas del Derecho Internacional.⁷⁴ En muchas ocasiones, además, jurisdicción se asimila o utiliza junto con otros términos cuyo significado no tiene por qué ser necesariamente el mismo, como autoridad, poder legal o soberanía.⁷⁵ El objeto de este epígrafe es ahondar en esta ambigüedad terminológica y variedad de usos e interpretaciones a las que ha dado lugar el concepto de jurisdicción en el Derecho Internacional General a través del estudio de las opiniones doctrinales y resoluciones jurisprudenciales en la materia. Entre otras cuestiones, se reflexionará sobre su significado (apartados B y C), tipos (apartado D), principios (apartados E y F) y función (apartado G) que rigen lo que se ha denominado por los autores la *Doctrina de la Jurisdicción Internacional* o el *Derecho Internacional de la Jurisdicción (Law of International Jurisdiction)*», con el propósito de determinar si dicho significado, principios y función pueden guiar la interpretación del concepto de jurisdicción acogido por las cláusulas de jurisdicción de los tratados de derechos humanos.

Apenas existen monografías dedicadas al estudio de la doctrina en su conjunto, de sus principios generales, fundamentos y alcance, aunque el concepto de jurisdicción se ha tratado ampliamente con relación a determinadas ramas del derecho, sobre todo el derecho penal, fiscal y, principalmente en el mundo anglosajón, algunas áreas del derecho económico (legislación sobre control de exportaciones, mercado de valores y normativa antitrust).⁷⁶ Como se expondrá a continuación, la construcción del término ha sido fundamentalmente doctrinal, mientras que la jurisprudencia no le ha dedicado

⁷¹ Michael Akehurst, «Jurisdiction in International Law», *British Yearbook of International Law* 46 (1972-73), recopilado en Malcom Evans and Patrick Capps (eds.), *International Law*, vol. II (Asghate, 2009), 257; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 19; Gondek, *The Reach of Human Rights*, 47; Ryngaert, *Jurisdiction*, 5; Jan-Michael Simon, «Jurisdicción Universal. La perspectiva del Derecho Internacional Público», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 1; Malanznuck, *Akehurst's*, 109; Patrick Capps, Malcom Evans y Stratos Konstadinidis (eds.), *Asserting jurisdiction: International and European legal perspectives* (Hart Publishing, 2003), xxiv.

⁷² Malancznuk, *Akehurst's*, 109; Gondek, *The Reach of Human Rights*, 47.

⁷³ *Ibid*; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 19.

⁷⁴ Artículo 2.7 de la Carta de Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945. En cuanto al significado de la expresión «jurisdicción doméstica», ver Malanczuk, *Akehurst's*, 368-369.

⁷⁵ Mann, «The doctrine of jurisdiction», 10.

⁷⁶ Ryngaert, *Jurisdiction*, 1.

gran atención.⁷⁷ El trabajo monográfico más influyente aún hoy en día es obra de Frederick A. Mann, que en 1964 recopiló los elementos principales de la doctrina,⁷⁸ aunque también deben citarse los trabajos de otros autores como Akehurst, Bowett, Capps, Evans y Konstadinidis, y más recientemente Ryngaert.⁷⁹

Por su parte, el tratamiento que del concepto de jurisdicción se realiza en los manuales de Derecho Internacional Público es variado. Buena parte de los tratadistas extranjeros dedican un epígrafe o capítulo separado al concepto de jurisdicción estatal,⁸⁰ mientras que otros lo estudian dentro del apartado dedicado al principio de igualdad soberana de los Estados.⁸¹ Los autores españoles manejan mayoritariamente el concepto de *competencia o competencias* del Estado⁸² frente al de jurisdicción, al que las referencias son mucho más reducidas, salvo respecto de determinadas formas específicas de ejercicio de jurisdicción como la jurisdicción rampante en alta mar, la jurisdicción penal universal o, en general, la jurisdicción judicial internacional.⁸³ Entre los tratadistas españoles que se han ocupado del análisis del término deben citarse las obras de los profesores Carrillo Salcedo,⁸⁴ Casanovas y Rodrigo,⁸⁵ o Remiro Brotons.⁸⁶

⁷⁷ Ver, en este sentido Hazel Fox, «Jurisdiction and Immunities», en Vaughan Lowe y Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge University Press, 1996), 211-216. Este autor enuncia las «ocasiones perdidas» para el Tribunal Internacional de Justicia, bien porque los Estados no alegaron cuestiones de jurisdicción frente al Tribunal, bien porque éste no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

⁷⁸ Frederick Alexander Mann, «The doctrine of jurisdiction in International Law», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 111, nº I (1964), revisado posteriormente en «The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 186, nº III (1984).

⁷⁹ Akehurst, «Jurisdiction»; Derek William Bowett, «Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources», *British yearbook of International Law* 53 (1982); Patrick Capps, Malcom Evans y Stratos Konstadinidis (eds.), *Asserting jurisdiction: International and European legal perspectives* (Hart Publishing, 2003); Ryngaert, *Jurisdiction*. Karl M. Meessen (ed.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice* (Kluwer Law International, 1996).

⁸⁰ Shaw, *International Law*, 452-490; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. rev. (Routledge, 1997), 109-117; Bernard H. Oxman, «Jurisdiction of States», en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3 (Elsevier, 1997), 55-60.

⁸¹ Antonio Cassese, *International Law*, 2ª ed. (Oxford, 2004), 48-52; Crawford, *Brownlie's Principles*, 456-486.

⁸² Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional*, 311-314; Díez de Velasco, *Instituciones*, 423-452; Julio D. González Campos, Luis I. Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª ed. rev. (Civitas, 2008), 473 y 480-481; Carlos Jiménez Piernas (dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea* (TECNOS, 2011), 174-176.

⁸³ Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público*, 313-314, 199-206, 419. Díez de Velasco, *Instituciones*, 560 y 1137. En concreto, el estudio de la jurisdicción universal ha sido objeto de numerosos trabajos en España, algunos de los cuales se citan en el apartado E.2 siguiente.

⁸⁴ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público* (Tecnos, 1991), 260-262.

⁸⁵ Oriol Casanovas y Ángel J. Rodrigo, *Compendio de Derecho Internacional Público*, 4ª ed. (Tecnos, 2015), 243-245.

⁸⁶ Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 89-94.

Esta dicotomía entre los términos *jurisdicción* y *competencia* puede explicarse por la existencia de dos enfoques doctrinales principales respecto del ejercicio de los poderes por el Estado, como han resaltado los profesores Oriol Casanovas y Ángel Rodrigo. Por un lado, la doctrina anglosajona de la *jurisdiction*, para la que los poderes del Estado constituyen un «poder genérico y exclusivo de éste», que, en aquéllos asuntos que exceden del ámbito interno del Estado, se rigen por las normas del Derecho Internacional. Por otro lado, la doctrina de las *competencias*, seguida por los autores franceses, que niega que los poderes del Estado sean propios de éste, sino que son atribuidos en forma de competencias por el Derecho Internacional.⁸⁷ Este aspecto de atribución de las competencias por el Derecho Internacional se expresa muy claramente en la definición de soberanía territorial propuesta por Charles Rousseau, principal exponente de la doctrina de las competencias: «La soberanía constituye un conjunto de poderes jurídicos *reconocidos al Estado* para posibilitarle el ejercicio, en un espacio determinado, de las funciones que le son propias; es decir, para que realice actos destinados a producir efectos jurídicos (actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales)».⁸⁸ Como una variante de esta doctrina, Alfred Verdross distingue los *ámbitos de validez estatales*, delimitados por el Derecho Internacional en el tiempo, en el espacio, sobre las personas y sobre las cosas. Considera este autor que el concepto de competencia deriva del concepto de *ámbito de validez*, de forma que la competencia de un órgano se extenderá hasta donde lo haga el ámbito de validez de las normas jurídicas que tiene que aplicar.⁸⁹

Previamente a abordar el análisis del concepto de jurisdicción (epígrafe B) y su distinción de otros conceptos como soberanía (epígrafe C), es preciso hacer ciertas aclaraciones, algunas de las cuales ya fueron apuntadas por el profesor Mann en 1964. En primer lugar, debe puntualizarse que para el Derecho Internacional la jurisdicción es del *Estado*, no del juez o tribunal, del inspector de Hacienda o de otros órganos internos. La doctrina de la jurisdicción hace referencia a las actividades del Estado y a su derecho a ejercitar determinados poderes, pero su cometido no es el gobierno de cuestiones de organización interna de los Estados ni la distribución de competencias entre sus órganos.⁹⁰ En segundo lugar, los problemas de jurisdicción únicamente surgen en asuntos que no son de naturaleza exclusivamente doméstica de los Estados. Al derecho de la jurisdicción internacional no le compete, en principio, determinar la legitimidad o no del ejercicio de los poderes por el Estado dentro de su propio territorio y sobre sus propios sujetos, cuestión de la que se ocupará el derecho interno

⁸⁷ Casanovas y Rodrigo, *Compendio*, 243.

⁸⁸ Charles Rousseau, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., aumentada y corregida, de la versión castellana, con notas y bibliografía adicionales, por Fernando Giménez Artigues (EDICIONES ARIEL, 1966), 225.

⁸⁹ Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, 4ª ed., traducida con notas y bibliografía adicionales por Antonio Truyol y Serra, (Aguilar, 1973), 181-182.

⁹⁰ Mann, «The doctrine of jurisdiction», 9; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 29.

de los Estados.⁹¹ Únicamente cuando exista un elemento de *extranjería* o *extraterritorialidad*, cuando el Estado con sus actos pueda afectar a residentes o a nacionales de otros países o interfiera en la soberanía de otros Estados surgirá un problema de jurisdicción internacional.⁹² Puede decirse que el Derecho de la Jurisdicción atiende realmente a la jurisdicción extraterritorial, en tanto que pretende enunciar las excepciones al carácter territorial de la jurisdicción.⁹³ Por esta razón, la doctrina internacional de la jurisdicción se ha denominado también *Derecho de la Jurisdicción Extraterritorial (Law of Extraterritorial Jurisdiction)*». ⁹⁴

B. Las formulaciones concretas del concepto de jurisdicción en la doctrina anglosajona y española

La gran mayoría de los autores coinciden en la dificultad a la hora de formular un concepto de jurisdicción, por razón de su ambigüedad y variedad de sentidos, que dejan espacio a diversas interpretaciones.⁹⁵ Incluso algunos autores definen la jurisdicción con referencia a sus diversos tipos, sin dar una definición general del término.⁹⁶ El sentido de jurisdicción más manejado en las monografías dedicadas al estudio de la doctrina internacional de la jurisdicción es el que identifica jurisdicción con el poder de los Estados de *dictar normas y ejecutarlas*. Así, Mann define jurisdicción como «the State's right under international law to *regulate* conduct in matters not exclusively of domestic concern»,⁹⁷ Bowett, citando el *Restatement of the Law* estadounidense, la identifica con «the capacity of a state under international law to *prescribe or to enforce a rule of law*»;⁹⁸ Capps, Evans y Konstadinidis como «competence to control and alter the legal relationships of those subject to that competence *via the creation and application of legal norms*». ⁹⁹ En esta concepción del

⁹¹ Con excepción, según Mann, de la vulneración de derechos humanos. Ver en este sentido, Mann «The doctrine of jurisdiction», 14. Sir Robert Jennings QC y Sir Arthur Watts KCMG QC, *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9ª ed. (Oxford University Press, 2011), 44.

⁹² Mann, «The doctrine of jurisdiction», 14-15; Akehurst, «Jurisdiction», 145; Simon, «Jurisdicción Universal», 4; Sir Franklin Berman, «Jurisdiction: The State» en Capps, Evans y Konstadinidis, *Asserting jurisdiction*, 3; Ryngaert, *Jurisdiction*, 5-6.

⁹³ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 22.

⁹⁴ Ryngaert, *Jurisdiction*, 6.

⁹⁵ Abrisketa, «Las embajadas y los consulados», 174; Ryngaert, *Jurisdiction*, 5; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 19; Gondek, *The Reach of Human Rights*, 47-48; Simon «Jurisdicción Universal», 1; Malanczuck, *Akehurst's*, 109; Capps, Evans y Konstadinidis, *Asserting jurisdiction*, xxiv.

⁹⁶ Akehurst, «Jurisdiction», 257.

⁹⁷ Mann, «The doctrine of jurisdiction», 9. En el mismo sentido, ver también, Jennings y Watts, *Oppenheim's*, 456.

⁹⁸ Bowett, «Jurisdiction: changing patterns», 1.

⁹⁹ Capps, Evans y Konstadinidis, *Asserting jurisdiction*, xix-xx.

término confluyen dos de los tipos de jurisdicción habitualmente distinguidos por la doctrina, esto es, la *jurisdicción prescriptiva o legislativa* y la *jurisdicción ejecutiva o prerrogativa*, a las que se hará referencia posteriormente, aunque los autores sitúan el énfasis generalmente en el primer tipo. No en vano se ha dicho que la manifestación más contundente del ejercicio de jurisdicción por un Estado es su poder de dictar normas que afectan a la actuación de aquéllos que están sujetos a la misma.¹⁰⁰

En contraste, el concepto de jurisdicción que utilizan mayoritariamente los manuales de derecho internacional público es más amplio y se identifica con el *ejercicio de poderes, funciones o competencias del Estado en general*.¹⁰¹ De acuerdo con esta visión, la jurisdicción o competencia legislativa se configura como un tipo o forma de ejercicio de dichos poderes, funciones o competencias por los Estados. Entre los tratadistas extranjeros, Shaw y Malanczuk identifican jurisdicción con el poder del Estado de afectar personas, propiedades y circunstancias;¹⁰² Cassesse con el poder de las autoridades centrales del Estado de ejercitar funciones públicas sobre los individuos situados en un determinado territorio;¹⁰³ Oxman con el legítimo poder de los Estados de actuar,¹⁰⁴ y Brownlie la relaciona con la competencia legal general de los Estados o soberanía.¹⁰⁵ Como se analizará en el apartado D siguiente, todos estos autores, aunque con algunas variantes, hacen referencia a los poderes en los que se desglosa la *jurisdiction* de la doctrina anglosajona: los poderes de legislar (*legislative jurisdiction*), ejecutar (*enforcement jurisdiction*) y juzgar (*jurisdiction to adjudicate*).¹⁰⁶

En los manuales elaborados por la doctrina española el término *jurisdicción* se emplea en los contextos específicos ya mencionados (alta mar y jurisdicción judicial, en especial jurisdicción penal universal) porque, como ha sido adelantado anteriormente, los autores españoles siguen mayoritariamente la doctrina francesa de las *competencias*. Entre los autores que estudian también la *jurisdiction* anglosajona, cabe destacar al profesor Remiro Brotons que analiza la dimensión extraterritorial de la soberanía y, en concreto, si los Estados tienen «competencia o jurisdicción» sobre personas y hechos situados fuera de su territorio.¹⁰⁷ En el mismo sentido, Carrillo

¹⁰⁰ Mann, «The doctrine of jurisdiction», 13. También en este sentido Bowett reconoce que el concepto de jurisdicción pivota sobre todo en el poder de prescribir, al no poder existir jurisdicción ejecutiva sin jurisdicción prescriptiva, ver Bowett, «Jurisdiction: changing patterns», 1.

¹⁰¹ Por el contrario, Crawford, considera que es la competencia de regular, aunque maneja un concepto amplio de regulación, incluyendo todos los órganos del Gobierno. Crawford, *Brownlie's Principles*, 456.

¹⁰² Shaw lo define como «power of the State to affect people, property and circumstances [...]», ver Shaw, *International Law*, 452; Malanczuk como «powers exercised by a State over persons, property, or events», ver Malanczuk, *Akehurst's*, 109.

¹⁰³ Antonio Cassesse, *International Law* (Oxford, 2005), 49.

¹⁰⁴ Bernard H. Oxman, «Jurisdiction of States», en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3 (Elsevier, 1997), 55.

¹⁰⁵ Ian Brownlie, *Principles of International Law*, 6ª ed. (Oxford, 2003), 297.

¹⁰⁶ Casanovas y Rodrigo, *Compendio*, 243.

¹⁰⁷ Brotons, *Derecho Internacional*, 91-93.

Salcedo estudia los efectos extraterritoriales de las competencias de los Estados, aunque cuando utiliza el término jurisdicción lo hace en referencia al alcance de la competencia de los jueces y tribunales internos del Estado. Es decir, se refiere principalmente a la jurisdicción adjudicativa o judicial.¹⁰⁸

En resumen, los autores de la tradición anglosajona siguen mayoritariamente la *doctrina de la jurisdicción*, que desglosan, según el tipo de función ejercitada, en jurisdicción legislativa, ejecutiva y judicial. En este plano, las monografías dedicadas al estudio del «Derecho Internacional de la Jurisdicción» atienden especialmente a la primera de dichas funciones, el poder de los Estados de dictar normas. Por su parte, los autores españoles siguen la *doctrina de las competencias* y enfocan el estudio en el ámbito objetivo o material sobre el que se ejercen las mismas, distinguiendo fundamentalmente entre competencias territoriales y personales. La distinción entre estos tipos de jurisdicción y competencias se abordará con más detenimiento en el apartado D siguiente, una vez precisada la diferenciación de la jurisdicción de otros términos tan relevantes en Derecho Internacional como el de soberanía.

C. Jurisdicción y soberanía

La mayor parte de los autores, tanto de la tradición anglosajona como francesa, coinciden en vincular el concepto de *jurisdicción* o *competencia* con el de *soberanía* de los Estados: la jurisdicción es un aspecto o una consecuencia de su soberanía. En principio un Estado puede legislar hasta el límite de su soberanía, pero no más allá. Como todos los Estados son igualmente soberanos, deben, asimismo, respetar los correlativos derechos de los demás Estados de ejercer su jurisdicción.¹⁰⁹ De acuerdo con los autores españoles, la soberanía tiene una *proyección funcional*, de forma que el Derecho Internacional reconoce soberanía a los Estados para que estos desarrollen sus funciones y para ello, el Estado debe estar dotado de determinados poderes o competencias. De esta forma, la soberanía puede definirse como el conjunto de poderes o competencias atribuidas al Estado por el Derecho Internacional.¹¹⁰ Esta dimensión de la soberanía como «noción funcional» fue destacada por Charles Rousseau como la dimensión «positiva» de la soberanía territorial, entendiéndose ésta como conjunto de poderes jurídicos que se reconocen al Estado para facilitarle el

¹⁰⁸ Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional*, 260-262.

¹⁰⁹ Mann, «The doctrine of International jurisdiction revisited», 20. Díez de Velasco, *Instituciones*, 423.

¹¹⁰ En este sentido, Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional*, 293-94; Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 89; Díez de Velasco, *Instituciones*, 413; Carlos Jiménez Piernas (dir.) *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea* (Tecnos, 2011), 174; González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional*, 467-68.

ejercicio de las funciones que le son propias, las cuales vienen a legitimar la propia existencia del Estado.¹¹¹

La estrecha relación entre los conceptos de jurisdicción y soberanía ya fue destacada por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el *Asunto Lotus* de 1927. Este asunto, tantas veces citado y criticado por los autores por introducir una visión excesivamente positivista del Derecho Internacional en general y de la teoría de la jurisdicción en particular,¹¹² será estudiado con detenimiento más adelante, pero cabe destacar en este momento una de sus contribuciones, en la que la Corte reconoce que el título de los Estados para ejercitar su jurisdicción emana de su soberanía, sin olvidar que los Estados no deben traspasar los límites impuestos por el Derecho Internacional:

«[...], all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty».¹¹³

Aunque jurisdicción y soberanía sean conceptos tan conexos que en ocasiones es difícil su deslinde, algunos autores inciden en la distinción entre ambos, sobre todo en lo que se refiere al papel que juegan en el establecimiento de límites a la actuación de los Estados. Inicialmente, Mann afirma que el Derecho Internacional de la Jurisdicción determina si un Estado puede regular una determinada conducta, es decir, si puede ejercer su jurisdicción legislativa. Una vez reconocida la facultad del Estado, éste podía ejercitarla en virtud de su soberanía. De esta manera Mann defiende la existencia de una relación de subordinación entre ambas nociones, de forma que ninguna teoría de la soberanía podía desplazar los límites impuestos por el Derecho Internacional al ejercicio de la jurisdicción por los Estados.¹¹⁴ En su revisión posterior de la doctrina de la jurisdicción parece, sin embargo, coincidir con el resto de los autores en la idea de que la jurisdicción es un «ingrediente o consecuencia» de la soberanía, de forma que la facultad prescriptiva de un Estado se extiende hasta el límite de su soberanía. En su vertiente negativa, esto implica el deber de los Estados de no «invadir» el ámbito de soberanía de los demás Estados, es decir de respetar el derecho a ejercer jurisdicción de los demás Estados.¹¹⁵ Este es, asimismo, el parecer de la Corte Permanente de Justicia Internacional que en su opinión consultiva de 1923 en el *Asunto de los*

¹¹¹ Rousseau, *Derecho Internacional Público*, 224-225.

¹¹² Capps, Evans y Konstadinidis, *Asserting jurisdiction*, xx. En el mismo sentido, Mann «The doctrine of jurisdiction», 35.

¹¹³ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Asunto S.S. Lotus*, Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, nº 10, 7 de septiembre de 1927, 19. (*Asunto Lotus*).

¹¹⁴ Para este autor la distinción es la misma que la que existe entre el derecho internacional público y el derecho nacional de un Estado: el primero constituye la ley superior que determina la existencia de un poder, mientras que el segundo es un «instrumento subordinado» a través del cual el Estado soberano ejecuta dicho poder. Mann, «The doctrine of jurisdiction», 15-17.

¹¹⁵ Mann, «The doctrine of international jurisdiction revisited», 20.

Decretos de Nacionalidad emitidos en Túnez y Marruecos, reconoce el deber de los Estados de respetar la soberanía de los demás incluso con relación a aquellas materias que, como la nacionalidad, pertenecen en principio al «dominio reservado» de los Estados y no son reguladas por el Derecho Internacional Público. En efecto, considera la Corte que, incluso en dichos casos, el derecho de los Estados a «valerse de su discreción» encontraría el límite de las obligaciones asumidas frente a otros Estados y que la «jurisdicción, que, en principio, corresponde exclusivamente al Estado, está limitada por las reglas del Derecho Internacional».¹¹⁶

D. Tipos de jurisdicción y de competencias

En el apartado A anterior, se hizo referencia a las dos grandes escuelas en materia de ejercicio de los poderes públicos por los Estados: la doctrina de la *jurisdicción* y la doctrina de las *competencias*. Para la primera, los poderes del Estado son propios de éste, mientras que para la segunda, son atribuidos por el Derecho Internacional. Las críticas que recaen sobre esta última se basan en el elemento de la atribución de los poderes por el Derecho Internacional dado que el sistema de Estados fue previo al Derecho Internacional, es decir, éste vino a regular las relaciones entre poderes soberanos ya existentes. No obstante, en su concepción más evolucionada, lo que pretende esta doctrina es incidir en que la función primordial del Derecho Internacional es establecer límites a los poderes del Estado. Desde esta perspectiva, ambas doctrinas coinciden, aunque tomen como punto de partida enfoques distintos. Así, la doctrina de la jurisdicción se centra en las *funciones* (legislativa, ejecutiva y judicial) ejercitadas por el Estado, mientras que la doctrina de las competencias atiende a los ámbitos sobre los que dichas funciones se ejercen (territorio, personas e intereses estatales).¹¹⁷ Esta distinción se abordará con mayor detenimiento en los epígrafes siguientes.

1. Tipos de jurisdicción

Como se ha explicado anteriormente, lejos de constituir un concepto único y unitario, la jurisdicción engloba varios tipos, que se rigen por principios diferentes.¹¹⁸ Los autores que siguen la doctrina de la jurisdicción distinguen tres tipos, en ocasiones con

¹¹⁶ Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión consultiva en el *Asunto de los Decretos de Nacionalidad emitidos en Túnez y Marruecos*, de 7 de febrero de 1923, 24, traducción mía.

¹¹⁷ Casanovas y Rodrigo, 243 y 244.

¹¹⁸ Gondek, *The Reach of Human Rights*, 51; O' Roger O'Keefe, «Universal Jurisdiction. Clarifying the Basic Concept», *Journal of International Criminal Justice* 2, (2004): 736.

determinadas variaciones: jurisdicción *prescriptiva o legislativa* (*legislative jurisdiction*), jurisdicción *ejecutiva o prerrogativa* (*enforcement jurisdiction*) y jurisdicción *judicial o adjudicativa* (*jurisdiction to adjudicate*).¹¹⁹ La jurisdicción legislativa se ha definido como el poder o derecho del Estado de dictar o prescribir normas,¹²⁰ mientras que la jurisdicción ejecutiva se identifica con el derecho del Estado de aplicar o dar efecto a dichas normas en un caso determinado.¹²¹ Por su parte, la jurisdicción judicial hace referencia al poder de los jueces y tribunales de un Estado de resolver disputas legales.¹²²

Algunos autores, no obstante, distinguen únicamente entre jurisdicción legislativa y ejecutiva y subsumen la jurisdicción judicial dentro una de las dos categorías anteriores. En esta línea, Mann aclara que la jurisdicción judicial no es un tipo separado de jurisdicción, sino que emana de la jurisdicción internacional de legislar. Según este autor, el derecho del Estado de regular se ejercita por la jurisdicción legislativa, que también incluye la adjudicación.¹²³ Por su parte, Ryngaert, Bowett o Crawford incluyen este tipo de jurisdicción dentro de la jurisdicción ejecutiva, que implica el poder del Estado de ejecutar o hacer cumplir sus normas, ya sea a través de los jueces o tribunales o a través de acciones ejecutivas, administrativas, policiales u otro tipo de acciones no judiciales.¹²⁴

La distinción entre la jurisdicción legislativa y la ejecutiva no es meramente teórica, sino que tiene importantes consecuencias jurídicas en la práctica porque el ejercicio de ambas jurisdicciones se rige por principios distintos. Así, mientras que los Estados podrían dictar legítimamente normas que afectaran a personas o hechos situados fuera de su territorio, no estarían, sin embargo, autorizados para realizar actos de ejecución de dichas normas en el territorio de otro Estado, salvo que exista una norma permisiva que les habilite para ello o la autorización del Estado en cuyo territorio se pretende ejecutar la norma. Así, la jurisdicción legislativa, aunque principalmente territorial, podría ejercerse extraterritorialmente, sobre la base de otros principios como la nacionalidad, mientras que la ejecución está limitada como

¹¹⁹ Oxman, «Jurisdiction of States», 55; Malanczuck, *Akehurst's*, 110; Cassesse, *International Law*, 49; Shaw, *International Law*, 456-7.

¹²⁰ Mann, «The doctrine of jurisdiction», 13; Akehurst, *Jurisdiction in International Law*, 257. Bowett, «Jurisdiction: changing patterns», 1.

¹²¹ Mann, «The doctrine of jurisdiction», 13; Bowett, «Jurisdiction: changing patterns», 1; Crawford, *Brownlie's Principles*, 456.

¹²² Milanovic, *Extraterritorial Application*, 23; Gondek, *The Reach of Human Rights*, 51.

¹²³ Mann, «The doctrine of international jurisdiction revisited», 67.

¹²⁴ Ryngaert, *Jurisdiction*, 9; Bowett, «Jurisdiction: changing patterns», 1.

norma al territorio del Estado.¹²⁵ A estos principios se hará referencia más adelante, en los apartados E y F.

2. Tipos de competencias

Los autores españoles se refieren al ejercicio de competencias legislativas, ejecutivas o judiciales por el Estado en lo que respecta a la dimensión territorial de la soberanía,¹²⁶ pero la distinción predominante, siguiendo la doctrina francesa de las competencias,¹²⁷ es la que diferencia entre *competencias territoriales y personales*.¹²⁸ El énfasis se sitúa en el título o base objetiva o material que habilita al Estado para ejercer dichas competencias. Es precisamente en referencia a esta distinción, basada en los tres elementos que habitualmente se predicen del Estado (territorio, población y gobierno), cuando los autores introducen el elemento de la extraterritorialidad o extranjería necesario para que surja un problema de jurisdicción.¹²⁹ A ello se hará referencia en las próximas líneas.

Las competencias territoriales del Estado se identifican con aquéllas que éste ejerce en su territorio, con exclusión de los demás Estados.¹³⁰ En el ejercicio de este tipo de competencias, el territorio se configura como el título competencial que habilita al Estado para ejercer sobre el mismo las funciones que le atribuye el Derecho Internacional.¹³¹ Se entiende por territorio tanto el espacio terrestre como el espacio aéreo y el mar territorial, que son los lugares que configuran el ámbito estricto donde se ejerce la competencia territorial del Estado.¹³² De las características que los autores otorgan mayoritariamente a las competencias territoriales, esto es, plenitud,

¹²⁵ Mann, «The doctrine of international jurisdiction revisited», 34-35; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 24; Ryngaert, *Jurisdiction*, 9; Capps, Evans y Konstadinidis, *Asserting jurisdiction*, xx-xxi; Shaw, *International Law*, 452.

¹²⁶ Jiménez Piernas, *Introducción al Derecho Internacional*, 174.

¹²⁷ Charles Rousseau distinguió tres competencias atribuidas por el Derecho Internacional a los Estados para el «logro de sus fines esenciales»: la territorial, la personal y la relativa a los servicios públicos. Ver Rousseau, *Derecho Internacional*, 224.

¹²⁸ Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 89, quien también reconoce la «competencia exterior» de los Estados; Casanovas y Rodrigo, *Compendio*, 245; Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional*, 313; Díez de Velasco, *Instituciones*, 423-424; Frente a este término mayoritario de competencia, González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María utilizan el término *poderes del Estado* atribuidos por el Derecho Internacional, González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional*, 480-81; W. Schoenborn, «La nature juridique du territoire», *Recueil des Cours* 30, V (1929): 134-135.

¹²⁹ Víctor M. Sánchez (dir.), *Derecho Internacional Público* (Huygens, 2009), 266.

¹³⁰ Díez de Velasco, *Instituciones*, 89.

¹³¹ Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional*, 251.

¹³² González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional*, 480.

exclusividad e inviolabilidad, la que interesa destacar aquí, por su conexión con la dimensión extraterritorial del ejercicio de competencias, es la *exclusividad*, que implica que, en principio, las competencias del Estado sobre su territorio son exclusivas, no pueden ejercitarse por otros Estados salvo que exista consentimiento del Estado soberano territorial.¹³³ Esta característica admite, sin embargo, excepciones, ya que mediando el consentimiento del Estado, es posible el ejercicio de competencias por un Estado, o incluso una organización internacional, en el territorio de otro Estado. Es el caso, por ejemplo, de los territorios bajo administración internacional, del derecho de tránsito por las zonas marítimas que corresponde a los Estados sin litoral o del régimen de las bases militares en territorio extranjero.¹³⁴ Por último, respecto de estas competencias, es irrelevante la nacionalidad de las personas sobre las que se ejercitan. Se ejercen sobre todas las personas que residan o se hallen en el territorio, sean nacionales o extranjeros. Así, por ejemplo, corresponde al Estado territorial la reglamentación de la admisión, estancia, salida y expulsión de los extranjeros y la determinación de los derechos que éstos pueden gozar mientras permanezcan en el territorio nacional.¹³⁵ Asimismo, el Estado territorial también está habilitado para ejercer su jurisdicción sobre los inversores extranjeros o los buques o aeronaves extranjeros presentes en el territorio nacional.¹³⁶

En el ejercicio de las competencias personales el componente extraterritorial es más acusado, hasta el punto de que algunos autores consideran que cuando las competencias se ejercitan con carácter extraterritorial, son siempre de contenido personal.¹³⁷ Obviamente, además del elemento territorial, los Estados cuentan con una determinada población, identificada normalmente por el vínculo de la nacionalidad, sobre la que están autorizados a ejercer competencias, incluso cuando se encuentren fuera del territorio nacional.¹³⁸ Si los nacionales se encuentran dentro del territorio del Estado, las competencias personales concurren con las territoriales,¹³⁹ por lo que la

¹³³ Rousseau plantea esta característica de la «exclusividad» como el aspecto negativo de la soberanía: la facultad de excluir en el territorio cualquier otra competencia estatal, Rousseau, *Derecho Internacional Público*, 225; Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional*, 252-253; Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 90; Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional*, 327-328.

¹³⁴ Estos supuestos de modificación en el ejercicio de las competencias territoriales, se desarrollan por, entre otros, Díez de Velasco, *Instituciones*, 426 a 437 y González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional*, 624-634.

¹³⁵ González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional*, 473. En el mismo sentido, Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional*, 296; Víctor Sánchez, *Derecho Internacional Público*, 262; Jiménez Piernas, *Introducción al Derecho Internacional*, 350.

¹³⁶ Víctor Sánchez, *Derecho Internacional Público*, 262.

¹³⁷ Díez de Velasco, 416. González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional*, 586.

¹³⁸ Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 89; González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional*, 480.

¹³⁹ Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 91.

distinción entre ambos tipos pierde importancia. Cuando los nacionales se encuentran fuera del territorio, las competencias personales se ejercitan extraterritorialmente a través de la protección diplomática o de los servicios públicos prestados por cónsules y diplomáticos en países extranjeros a nacionales del Estado acreditante, o sobre buques o aeronaves localizados en el extranjero que ostenten pabellón o registro de matrícula nacional.¹⁴⁰ Por lo que se refiere a España, la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior¹⁴¹ constituye una expresión de la acción protectora del Estado respecto de los españoles que residen en el extranjero, ya que entre sus objetivos se encuentran el de garantizar el «ejercicio por los ciudadanos españoles de los derechos y deberes constitucionales en términos de igualdad con los españoles residentes en el territorio nacional», así como el de «delimitar la acción protectora del Estado para mejorar las condiciones de vida de los españoles residentes en el exterior».¹⁴²

Además de la distinción mayoritaria entre competencias personales y territoriales, algunos autores distinguen una tercera categoría de competencias que se ejercitan sobre los espacios internacionales o comunes como el alta mar, el espacio ultraterrestre y la luna y los cuerpos celestes, no sujetos a la soberanía de ningún Estado. Así, el Estado ejerce jurisdicción exclusiva sobre los buques o aeronaves de su nacionalidad cuando navegan o sobrevuelan por el alta mar. Este tipo de competencias han sido denominadas por Díez de Velasco competencias de «base y alcance extraterritorial»¹⁴³ y no se trata de competencias territoriales o personales en el sentido explicado anteriormente, aunque, según Pastor Ridruejo se asemejan más a las segundas al no tener un soporte espacial.¹⁴⁴ Finalmente, algunos autores distinguen otro conjunto de competencias que recogen con diferentes denominaciones como *competencias ad extra*,¹⁴⁵ *dimensión relacional del poder estatal*¹⁴⁶ o *competencia exterior*¹⁴⁷ y que hacen referencia a la capacidad del Estado para participar en las relaciones internacionales en condiciones de independencia e igualdad jurídica.¹⁴⁸

¹⁴⁰ Díez de Velasco, *Instituciones*, 413.

¹⁴¹ Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, BOE nº 299, de 15 de diciembre de 2006.

¹⁴² Artículo 1, párrafos 1 y 2.

¹⁴³ Díez de Velasco, *Instituciones*, 413. En el mismo sentido Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional*, 296; González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional*, 586.

¹⁴⁴ Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional*, 296.

¹⁴⁵ Jiménez Piernas, *Introducción al Derecho Internacional*, 174.

¹⁴⁶ González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional*, 480.

¹⁴⁷ Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 89.

¹⁴⁸ Finalmente, algunos autores distinguen otro conjunto de competencias del Estado que denominan *competencia exterior* (Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 89), *competencias ad extra* (Jiménez Piernas, *Introducción al Derecho Internacional*, 174) o *dimensión relacional del poder estatal* (González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de*

E. Los principios que rigen el ejercicio de jurisdicción por los Estados: el principio de territorialidad y sus excepciones

1. El principio de territorialidad

La mayor parte de los autores coinciden en que el principio de territorialidad es hoy en día la base principal de la jurisdicción o del ejercicio de competencias por los Estados en el Derecho Internacional.¹⁴⁹ Esto significa que, como principio, un Estado tiene jurisdicción sobre todas las personas, objetos y actividades que se encuentren en su territorio¹⁵⁰ y dicha jurisdicción comprende el poder de legislar, ejecutar y juzgar.¹⁵¹

El principio de territorialidad fue enunciado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto Lotus*, que sigue constituyendo hoy en día el marco de referencia de la Doctrina de la Jurisdicción Internacional y uno de los pocos casos en los que hasta el momento se ha abordado directamente un problema de jurisdicción, el único ante la CPJI y ante su sucesora la Corte Internacional de Justicia (CIJ).¹⁵² La Corte lo enunció de esta manera:

«Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that-failing the existence of a permissive rule to the contrary-it may not exercise its power *in any form* in the territory of another State. In this sense *jurisdiction is certainly territorial*; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention».¹⁵³

En definitiva la Corte defiende en esta sentencia, aunque con matices que serán explicados más adelante, la *naturaleza esencialmente territorial* de la jurisdicción y la prohibición que el Derecho Internacional impone a los Estados de ejercitarla en el territorio de otro Estado, salvo que exista una norma que lo permita. El principio de territorialidad queda configurado, entonces, como la regla general en materia de ejercicio de jurisdicción o competencias.

Derecho Internacional, 480), en referencia a la capacidad del Estado para participar en las relaciones internacionales en condiciones de independencia e igualdad jurídica.

¹⁴⁹ Mann, «The doctrine of international jurisdiction revisited», 20-21; Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional*, 347; Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 89; Ryngaert, *Jurisdiction*, 42-43; Crawford, *Brownlie's Principles*, 297; Gondek, *The Reach of Human Rights*, 54; Díez de Velasco, *Instituciones*, 425.

¹⁵⁰ Oxman, «Jurisdiction of States», 56.

¹⁵¹ Crawford, *Brownlie's Principles*, 297 y 308-309; Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 90.

¹⁵² Corte Permanente de Justicia Internacional, *Asunto S.S. Lotus*, Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, nº 10, 7 de septiembre de 1927. (*Asunto Lotus*).

¹⁵³ *Asunto Lotus*, 18-19, énfasis añadido.

2. Excepciones al principio de territorialidad

Ahora bien, frente a este contundente pronunciamiento de la Corte, el principio admite excepciones, que han sido reconocidas ampliamente por la doctrina.¹⁵⁴ Es aquí donde la distinción entre la jurisdicción *prescriptiva* y *ejecutiva* adquiere mayor relevancia, ya que ambos tipos de jurisdicción se rigen por principios distintos. Así, el ejercicio de la jurisdicción prescriptiva puede ser extraterritorial, de forma que los Estados podrían dictar normas de cumplimiento obligatorio para sus nacionales aunque se encuentren en el extranjero.¹⁵⁵ Este es el caso de numerosas normas penales o fiscales. De hecho, Milanovic considera que hoy en día existen tantas normas nacionales con efectos extraterritoriales que difícilmente puede mantenerse que el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción prescriptiva sea excepcional.¹⁵⁶

Por el contrario, como principio, el ejercicio de la jurisdicción ejecutiva queda restringido al límite del territorio del Estado. Los Estados no pueden ejecutar sus normas en territorio extranjero.¹⁵⁷ Un ejemplo del ejercicio ilícito de jurisdicción ejecutiva extraterritorial utilizado por la doctrina es el del secuestro de Adolf Eichmann, miembro de las SS del régimen nazi, por agentes israelíes en Argentina en 1960 y su posterior traslado a Israel, donde fue juzgado, condenado a muerte y ejecutado.¹⁵⁸ No obstante, también caben excepciones al principio de territorialidad cuando de lo que se trata es del ejercicio de la jurisdicción ejecutiva, siempre que exista el consentimiento del Estado territorial o una norma permisiva en contrario.

Si se admite esta dimensión extraterritorial de la jurisdicción, la pregunta que surge a continuación es cuáles son los títulos o principios que habilitan al Estado para ejercerla. En la doctrina se reconocen dos enfoques para contestar a esta pregunta. O bien se reconoce a los Estados libertad para ejercitar su jurisdicción como consideren conveniente, siempre que no exista una norma que lo prohíba (*enfoque permisivo*); o bien se prohíbe a los Estados ejercer jurisdicción, salvo que exista una norma que lo permita (*enfoque restrictivo o prohibitivo*).¹⁵⁹ El primer enfoque fue el acogido, según la opinión mayoritaria de la doctrina, por la Corte Permanente Internacional de Justicia

¹⁵⁴ Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 91; Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional*, 260.

¹⁵⁵ Cassesse, *International Law*, 49; Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional*, 260; Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 91.

¹⁵⁶ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 24-25.

¹⁵⁷ O'Keefe, «Universal Jurisdiction», 740. Milanovic, *Extraterritorial Application*, 24.

¹⁵⁸ Jennings y Watts, *Oppenheims'*, 110; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 122-123. El traslado de Eichmann al territorio de Israel fue condenado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en su Resolución 138 (1960), de 23 de junio de 1960, «Question relating to the case of Adolf Eichmann».

¹⁵⁹ Ryngaert, *Jurisdiction*, 21; Oxman, «Jurisdiction of States», 56; Capps, Evans y Konstadinidis, *Asserting jurisdiction*, xx-xxii.

en el *Asunto Lotus*. El segundo enfoque por su parte refleja el Derecho Internacional consuetudinario y es el que suscriben la mayor parte de los Estados y de la doctrina.¹⁶⁰ Al estudio de estos dos enfoques se dedicará el siguiente apartado.

F. La jurisdicción extraterritorial: enfoque «permisivo» vs. enfoque «prohibitivo»

1. El enfoque permisivo en la jurisdicción extraterritorial

El enfoque «permisivo» de jurisdicción extraterritorial encuentra su máximo exponente en el *Asunto Lotus*. Como es sabido, en este caso la CPJI examinó la controversia entre Francia y Turquía derivada de la colisión en 1926 en alta mar de un barco postal francés, el *Lotus*, con otro buque, el *Boz-Kourt*, de nacionalidad turca. Como consecuencia de la colisión, el *Boz-Kourt* fue partido en dos y se hundió, provocando la muerte de ocho nacionales turcos que se encontraban a bordo en el momento del abordaje. Cuando el *Lotus* llegó al puerto de Constantinopla, la policía turca detuvo al oficial que se encontraba a su cargo, de nacionalidad francesa y se entablaron contra él, así como contra el capitán del barco turco, acciones penales por homicidio imprudente. El oficial francés fue sentenciado a ochenta días de prisión y al pago de una multa. El Gobierno francés protestó contra las actuaciones de las autoridades turcas con el fin de transferir el caso a los tribunales franceses y finalmente ambos Gobiernos decidieron someter la cuestión a la Corte.¹⁶¹ La cuestión planteada al Tribunal consistía en determinar si las actuaciones policiales y judiciales entabladas por Turquía frente al nacional francés constituían la infracción de algún principio de Derecho Internacional. En definitiva, si Turquía se había extralimitado y había efectuado un ejercicio ilícito de su jurisdicción sobre el nacional francés.

Las posiciones de las partes en el *Asunto Lotus* resumen los dos enfoques sobre los títulos habilitadores para ejercitar jurisdicción por el Estado: el gobierno francés alegó que para que los tribunales turcos tuvieran jurisdicción tendrían que haber señalado una norma de Derecho Internacional que reconociera jurisdicción en favor de Turquía, mientras que el gobierno turco alegó que Turquía estaba facultada para ejercer jurisdicción siempre que dicho ejercicio de jurisdicción no entrara en conflicto con un principio de Derecho Internacional.¹⁶² La Corte matizó el principio de territorialidad antes formulado, de la siguiente forma:

¹⁶⁰ Ryngaert, *Jurisdiction*, 21; Capps, Evans y Konstadinidis, *Asserting jurisdiction*, xxii; Mann, «The doctrine of jurisdiction», 35.

¹⁶¹ *Asunto Lotus*, 10-12.

¹⁶² *Ibid*, 18. La referencia a los principios de Derecho Internacional en este caso concreto estaba establecida en el artículo 15 del Tratado de paz de Lausana de 24 de Julio de 1923 según el cual:

«It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a *wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules*; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable». ¹⁶³

Podría pensarse que existe una contradicción en la argumentación de la Corte si comparamos este párrafo y el anteriormente citado en el que la Corte enunció el principio de territorialidad.¹⁶⁴ En el párrafo citado en primer lugar, la Corte reconoce que la jurisdicción es esencialmente territorial y, por tanto, que los Estados no pueden ejercitar sus poderes, «*in any form*», en el territorio de otros Estados, salvo que exista una norma internacional convencional o consuetudinaria que lo permita. Parece que se adhiere, entonces, al enfoque restrictivo. No obstante, en el párrafo citado en segundo lugar, la Corte considera que el Derecho Internacional permite a los Estados extender la *aplicabilidad de sus normas y la jurisdicción* de sus tribunales sobre personas, cosas o actos que se encuentren o se produzcan fuera del territorio nacional, salvo que exista una norma prohibitiva que lo impida. No existiendo dicha norma prohibitiva, se concede a los Estados un margen de discrecionalidad muy amplio para que adopten los principios que consideren más adecuados. Acoge la Corte, ahora, el enfoque permisivo. La manera en la que algunos autores resuelven esta contradicción es interpretando que en estos dos párrafos la Corte desarrolla la importante distinción entre la jurisdicción prescriptiva y la ejecutiva. Así, los Estados no podrían ejercitar su jurisdicción *ejecutiva* en el territorio de otro Estado, salvo que exista una norma que se lo permita, sin embargo el Derecho Internacional les autoriza a ejercitar extraterritorialmente su jurisdicción *prescriptiva y adjudicativa*, salvo que exista una norma que se lo prohíba.¹⁶⁵ Ciertamente, esta parece ser la única manera de conciliar

«(...) all questions of jurisdiction shall, as between Turkey and the other contracting Powers, be decided in accordance with the principles of International law». Según el Tribunal, esta referencia podía ser, únicamente, a los principios de derecho internacional general relativos a la jurisdicción, *Asunto Lotus*, 16-17.

¹⁶³ *Asunto Lotus*, 19.

¹⁶⁴ Ver apartado A anterior.

¹⁶⁵ Ryngaert, *Jurisdiction*, 22-23; Capps, Evans y Konstadinidis, *Asserting jurisdiction*, xxi-xx. Gondek, *The Reach of Human Rights*, 53.

estos dos párrafos. Podría concluirse, entonces, que el criterio de la Corte es que el principio de territorialidad no admite excepciones cuando se trata de la jurisdicción ejecutiva, salvo que exista una norma que lo permita, pero tratándose del ejercicio de la jurisdicción prescriptiva o adjudicativa, aunque su ejercicio sea también, en principio, de naturaleza esencialmente territorial, el margen de libertad concedido a los Estados es más amplio, de forma que pueden ejercitarse extraterritorialmente sin más restricciones que las impuestas por una norma prohibitiva.

La CPJI no consideró, sin embargo, esta distinción a la hora de dictar su fallo. Así, según la Corte, Turquía no ejercitó extraterritorialmente su jurisdicción por el hecho de que la colisión se produjera en alta mar. En opinión de la Corte, el buque turco podría asimilarse al territorio turco y ninguna norma prohibía a Turquía considerar que los efectos del delito se produjeron en el barco turco y, por tanto, aplicar sus normas penales.¹⁶⁶ Finalmente, la Corte no identificó normas que atribuyeran la jurisdicción de manera exclusiva a alguno de los Estados, siendo por tanto un caso de jurisdicción concurrente entre Francia y Turquía.¹⁶⁷ Concluyó, entonces, que no existía ningún principio de Derecho Internacional que impidiera a Turquía establecer su jurisdicción, por lo que ésta no actuó en contradicción con ningún principio de Derecho Internacional.¹⁶⁸

En definitiva, la Corte no aplicó para resolver el caso la doctrina sobre la jurisdicción extraterritorial que ella misma establece en su sentencia. Del estudio de la misma cabe inferir que la Corte acoge el enfoque permisivo para la jurisdicción prescriptiva o adjudicativa, mientras que para la jurisdicción ejecutiva aplica el enfoque prohibitivo. Éste último enfoque será desarrollado en más detalle en el epígrafe siguiente.

2. El enfoque prohibitivo en la jurisdicción extraterritorial

El enfoque prohibitivo, denominado también por la doctrina enfoque restrictivo, parte de la siguiente premisa: los Estados no están autorizados para ejercer extraterritorialmente su jurisdicción, salvo que exista una norma de Derecho Internacional que se lo permita. Se ha defendido que este enfoque recoge el Derecho Internacional consuetudinario y que es el que suscriben la mayor parte de los Estados y de la doctrina.¹⁶⁹

¹⁶⁶ *Asunto Lotus*, 23-25.

¹⁶⁷ *Ibid*, 30-31.

¹⁶⁸ *Ibid*, 31.

¹⁶⁹ Ryngaert, *Jurisdiction*, 21, Capps, Evans y Konstadinidis, *Asserting jurisdiction*, xxii; Mann, «The doctrine of jurisdiction», 35.

Existe un consenso bastante amplio entre los autores en cuanto a la identificación de cuáles son las normas permisivas que, en el marco de este segundo enfoque, habilitarían al Estado a realizar un ejercicio extraterritorial de su jurisdicción o competencias. Estas normas se han formulado por la doctrina en forma de principios en los que debería basarse el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial.¹⁷⁰ Dichos principios se predicán de la jurisdicción *prescriptiva*, de manera que facultarían al Estado para adoptar normas cuya aplicación pueda producir efectos fuera de su territorio, y de la jurisdicción *adjudicativa* o *judicial*, sobre todo en materia penal.¹⁷¹ Son cuatro los principios generalmente reconocidos por la doctrina: el principio de *personalidad activa*, el principio de *protección*, el principio de *personalidad pasiva* y el principio de *universalidad*.¹⁷² Los dos últimos son los que han generado mayor controversia respecto de su legalidad en el Derecho Internacional.¹⁷³

De acuerdo con el principio de *personalidad activa*, el Estado puede ejercer jurisdicción sobre sus nacionales y residentes habituales, tanto si se encuentran en su territorio, en cuyo caso aplicaría el principio de territorialidad ya mencionado, como si se encuentran fuera de él, en cuyo caso se invocaría el principio de nacionalidad, que sustituye de este modo al de territorialidad.¹⁷⁴ Así, es habitual que un Estado pueda fundamentar su jurisdicción prescriptiva penal en la nacionalidad del acusado,¹⁷⁵ y que adopte normas que reglamenten su conducta en el extranjero o impuestos que graven sus propiedades o las ganancias obtenidas en el extranjero.¹⁷⁶ En todos estos casos, no obstante, el Estado no podrá ejecutar dichas normas en tanto que sus ciudadanos o nacionales no retornen a su territorio.¹⁷⁷ El derecho penal es también un área en la que es habitual el ejercicio de jurisdicción extraterritorial y adjudicativa por los Estados. En este campo existen dos tradiciones jurídicas principales. Por una parte, los Estados anglosajones, que fundamentan su jurisdicción de manera especial en el principio de territorialidad y, en consecuencia, restringen notablemente los casos en los que un hecho realizado en el extranjero puede ser constitutivo de delito. En el otro extremo se sitúan los Estados continentales europeos, mucho más proclives a regular este tipo de delitos respecto de la conducta de sus nacionales en el extranjero.¹⁷⁸

El principio de *personalidad pasiva*, por su parte, faculta al Estado para proteger a sus nacionales contra el perjuicio causado por no nacionales situados en el territorio

¹⁷⁰ Bowett, «Jurisdiction: changing patterns», 4.

¹⁷¹ Díez de Velasco, *Instituciones*, 426-427.

¹⁷² Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 91-93. Estos principios se reconocen también jurisprudencialmente, en casos como el mencionado *Asunto Lotus* y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Asunto Bankovic* que será mencionado en el apartado G siguiente.

¹⁷³ Ryngaert, *Jurisdiction*, 101.

¹⁷⁴ Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 91.

¹⁷⁵ Ryngaert, *Jurisdiction*, 104.

¹⁷⁶ Jennings y Watts, *Oppenheims'*, 462.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Ryngaert, *Jurisdiction*, 101; Jennings y Watts, *Oppenheims'*, 462.

de otro Estado.¹⁷⁹ Es un principio que no goza de la aceptación de toda la doctrina, aunque se ha admitido en determinados contextos como los crímenes de guerra, o los crímenes cometidos a bordo de aeronaves o contra bienes culturales.¹⁸⁰ Una de las principales objeciones contra el principio fue esgrimida por el juez Moore en su opinión disidente en el *Asunto Lotus*. En palabras de este juez, el reconocimiento de la competencia de los tribunales de un país respecto de los delitos cometidos por un extranjero en otro país supone la declaración por un Estado de su jurisdicción concurrente sobre el territorio de otros Estados, de manera que es contrario al principio de la jurisdicción exclusiva de un Estado sobre su propio territorio, incluyendo la sujeción de todos los que se encuentren en su territorio, nacionales y extranjeros, a las normas domésticas penales.¹⁸¹ Otra de las objeciones contra el principio radica en que las situaciones que pretende proteger podrían incardinarse sin problemas en el ámbito de aplicación de los otros dos principios conectados con la jurisdicción extraterritorial: el principio de protección y el principio de universalidad,¹⁸² a los que se hará referencia en los párrafos siguientes, amén de la protección diplomática que cabría invocar.

El principio de *protección* permite al Estado perseguir fuera de su territorio a las personas que hubieran cometido actos que lesionen sus intereses fundamentales o afecten a su propia seguridad,¹⁸³ incluyendo no sólo las amenazas a su seguridad política o militar, sino también crímenes como la falsificación de su moneda, la violación de sus políticas de inmigración o el perjuicio a la salud pública.¹⁸⁴ En este caso las competencias del Estado se extienden con el objeto de proteger al propio Estado. No se trata de la protección de los nacionales como es el caso de la personalidad pasiva, sino de la protección por el Estado de su propio interés. Se entiende que los actos perjudican de tal manera intereses que corresponden a la competencia interna del Estado que se justifica el ejercicio de la jurisdicción por éste en su propia protección, aunque el autor de los actos se hubiera encontrado en todo momento fuera de su territorio.¹⁸⁵ Este principio se recoge en nuestro país en el artículo 23.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual, se sujetan a la jurisdicción española los actos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, entre otros, como delitos de traición o contra la paz o la independencia del Estado, delitos contra la Corona, falsificación de moneda, atentado

¹⁷⁹ Simon, «Jurisdicción Universal», 22.

¹⁸⁰ Jennings y Watts, *Oppenheims'*, 472.

¹⁸¹ *Asunto Lotus*, opinión disidente del juez Moore, 91 a 94.

¹⁸² Remiro Brotóns, *Derecho Internacional*, 92.

¹⁸³ Malanczuk, *Akehurst's*, 111; Simon, «Jurisdicción Universal», 22.

¹⁸⁴ Jennings y Watts, *Oppenheims'*, 470-471. Ver también Remiro Brotóns, *Derecho Internacional*, 92.

¹⁸⁵ Jennings y Watts, *Oppenheims'*, 470-471.

contra las autoridades o funcionarios públicos o los delitos relativos al control de cambios.¹⁸⁶

Finalmente, el principio de *universalidad* faculta al Estado a sancionar delitos que atenten contra los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, con independencia del lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor. Se trata de los llamados *delicta iuris gentium* o delitos contra el Derecho de Gentes, como la piratería marítima, delitos contra la seguridad aérea o la seguridad de navegación marítima, el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el terrorismo o el narcotráfico.¹⁸⁷ Al tratarse de delitos que afectan gravemente a los valores de la comunidad internacional, puede entenderse que su comisión atenta contra ésta en su conjunto y, simultáneamente, contra cada uno de los Estados que la constituyen.¹⁸⁸ No obstante, es un principio que ha encontrado oposición por la ausencia de cualquier vínculo jurisdiccional con el Estado.¹⁸⁹ El ejercicio de la jurisdicción en España con fundamento en este principio ha dado lugar a intensos debates doctrinales, sobre todo a partir de las modificaciones del artículo 23.4 LOPJ llevadas a cabo en 2009 y 2014,¹⁹⁰ que han desvirtuado la aplicación del principio de justicia universal en España al restringirse su aplicación a los supuestos en que exista una conexión con el Estado, como la nacionalidad española de la víctima, la incoación de los procedimientos contra españoles o la presencia de los presuntos responsables en España.¹⁹¹

¹⁸⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, artículo 23.3, BOE nº 15, de 2 de julio de 1985.

¹⁸⁷ Díez de Velasco, *Instituciones*, 426-427. Malanczuk, *Akehurst's*, 113. Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, 93. Una enumeración de estos delitos internacionales y su evolución histórica puede consultarse en José Luis Fernández-Flores de Funes, «De la Jurisdicción Territorial a la Jurisdicción Universal», en Elisa Pérez Vera y Alejandro J. Rodríguez Carrión (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* (Universidad de Sevilla, Universidad de Córdoba y Universidad de Málaga, 2005), 570-573.

¹⁸⁸ Montserrat Abad Castelos, «La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿Sigue existiendo la jurisdicción universal en España?», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* 15 (2012): 70.

¹⁸⁹ Ryngaert, *Jurisdiction*, 126; O' Keefe, *Universal Jurisdiction*, 740.

¹⁹⁰ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº 266, de 4 de noviembre de 2009 y Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder Judicial, relativa a la justicia universal, BOE nº 63, de 14 de marzo de 2014, vigente a partir del 1 de julio 2015.

¹⁹¹ Abad Castelos, «La persecución restringida», 65-90; Angel Sánchez Legido, «El fin del modelo español de Jurisdicción Universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 27, (2014): 1-40; Margarita Robles Carrillo, «El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución», *Revista Española de Derecho Internacional* 66, vol. 2, (2014): 81-111; Javier Guardiola García, «La reforma del artículo 24.3 de la LOPJ: de Jurisdicción Universal a Jurisdicción Extraterritorial?», *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia (ReCrim)* (2009): 265-268; Antonio Segura Serrano, «Vicisitudes de la jurisdicción universal tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de

3. Recapitulación: estado actual de la cuestión

La determinación de cuál de los dos enfoques – el enfoque permisivo o el enfoque prohibitivo – es el válido permanece hoy en día como una cuestión irresuelta. Por una parte, la sentencia de la CPJI en el *Asunto Lotus* ha sido muy criticada por la doctrina y podría considerarse superada. Sin embargo, los Estados siguen apoyándose en ella cuando lo que pretenden es afirmar su jurisdicción en un asunto determinado, mientras que si se oponen a la declaración de jurisdicción de otro Estado, tienden a acogerse al enfoque restrictivo, que exigiría al Estado demandante probar el título que le habilita para ejercer la jurisdicción.¹⁹²

No obstante, ciertos autores aducen que no se ha investigado lo suficiente si la sentencia del *Asunto Lotus* ha sido desplazada realmente por el Derecho Internacional consuetudinario.¹⁹³ En cualquier caso, el objeto principal del estudio de la jurisdicción en este trabajo no es aclarar dicha discrepancia, sino dilucidar si el concepto de jurisdicción del Derecho Internacional General y las funciones que cumple son trasladables al ámbito de las cláusulas de jurisdicción recogidas en los principales tratados de derechos humanos. Previamente a ello, el epígrafe que sigue abordará la cuestión de la función que cumple la noción de jurisdicción en el Derecho Internacional general.

G. La función de la jurisdicción en el Derecho Internacional General

De lo expuesto hasta el momento se deduce que la función primordial de la jurisdicción en el Derecho Internacional General es delimitar las competencias entre los Estados y evitar posibles controversias que pudieran surgir entre ellos como consecuencia de la declaración de jurisdicción por un Estado en asuntos que pertenezcan al ámbito interno de otro.¹⁹⁴ El principio fundamental para distribuir las competencias entre los Estados continua siendo el principio de territorialidad, aunque

2014», *Revista Española de Derecho Internacional* 66, vol. 2, (2014): 316-319; María del Carmen Márquez Carrasco y María Magdalena Martín Martínez, «El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 11, (2011): 251-307; Mercedes Soriano Rodríguez, «El principio de jurisdicción universal y la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ: ¿un paso atrás en la lucha contra la impunidad?», *Revista Digital Facultad de Derecho UNED* 6, (2013): 318-353; José Elías Esteve Moltó, «La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China», *Anuario Español de Derecho Internacional* 30, (2014): 139-201.

¹⁹² Ryngaert, *Jurisdiction*, 21; Gondek, *The Reach of Human Rights*, 50.

¹⁹³ Ryngaert, *Jurisdiction*, 27.

¹⁹⁴ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 24.

admite excepciones que facultan a éstos a ejercitar extraterritorialmente su jurisdicción. Es en esta dimensión extraterritorial donde cobra un mayor significado, ya que es el contexto en el que surgen los conflictos de jurisdicción o competencias entre los Estados.¹⁹⁵ Su misión principal en este ámbito es, entonces, establecer límites a los ejercicios extraterritoriales de jurisdicción por los Estados. Lo que para un Estado constituye un ejercicio legítimo de su jurisdicción, puede ser calificado por otro Estado como una vulneración de su soberanía sobre su territorio o nacionales.¹⁹⁶ Por esta razón, se ha calificado como una de las reglas clásicas de «Derecho Internacional negativo» que regula la coexistencia entre los Estados.¹⁹⁷ Su función es primordialmente negativa, de determinación de obligaciones de «no hacer» y el ejercicio de la jurisdicción por los Estados es una facultad u opción de los mismos, no existe en Derecho Internacional como principio general, una obligación de los Estados de ejercer jurisdicción en unos asuntos u otros.¹⁹⁸

Frente al carácter de la jurisdicción o distribución de competencias en el Derecho Internacional general, la función de la noción de jurisdicción en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es totalmente distinta.¹⁹⁹ Las cláusulas de jurisdicción de los tratados de derechos humanos establecen la obligación de los Estados de garantizar los derechos establecidos en el tratado a las personas que estén «bajo su jurisdicción». Es decir, la jurisdicción en estos tratados cumple la función de identificar las personas frente a las que el Estado debe cumplir las obligaciones derivadas del tratado.²⁰⁰ Es un requisito previo a la determinación de la aplicabilidad del tratado y, por tanto, al nacimiento de las obligaciones de los Estados: sólo si existe jurisdicción de los Estados sobre una determinada persona, surgirán las obligaciones convencionales del Estado respecto de ella.²⁰¹ La noción de jurisdicción en el DIDH no delimita, entonces, esferas de actuación entre Estados, sino el umbral para declarar aplicable el tratado y determinar el conjunto de personas que deben beneficiarse de la protección del Estado. No se configura como una facultad u opción para el Estado, sino como una obligación para éste de aplicar el tratado cuando ostenta jurisdicción sobre las personas en cuestión.²⁰² De esta manera, viene a especificar también el lugar de aplicación del tratado que será allá donde el Estado ejerza jurisdicción.

En Derecho Internacional general la noción de jurisdicción permite identificar si el ejercicio de los poderes del Estado a través de sus órganos legislativo, ejecutivo y

¹⁹⁵ Mann, «The doctrine of jurisdiction», 14-15; Akehurst, «Jurisdiction», 145; Ryngaert, *Jurisdiction*, 5-6.

¹⁹⁶ Jennings y Watts, *Oppenheims'*, 457.

¹⁹⁷ Ryngaert, *Jurisdiction*, 6.

¹⁹⁸ Ibid, 22.

¹⁹⁹ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 26; Ryngaert, *Jurisdiction*, 22; Gondek, *The Reach of Human Rights*, 56.

²⁰⁰ Ryngaert, *Jurisdiction*, 22.

²⁰¹ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 19-20.

²⁰² Ryngaert, *Jurisdiction*, 22; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 19-20.

judicial es legítimo, mientras que en el DIDH determina cuándo es de aplicación un tratado a las actuaciones de los Estados, sean consecuencia de un ejercicio legítimo de jurisdicción o no. Esta diferenciación es crucial, ya que la aplicación de los tratados de derechos humanos no se limita a aquéllos casos en los que el ejercicio de la jurisdicción por los Estados es lícito según el Derecho Internacional General. Interpretar lo contrario daría lugar a situaciones inadmisibles en las que personas que han sufrido violaciones de sus derechos como consecuencia de actos ilegales del Estado estarían en desventaja respecto de aquéllas afectadas por conductas estatales calificadas como legales.²⁰³

No obstante esta diferenciación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asimiló el concepto de jurisdicción en el DIDH al existente en el Derecho Internacional general en su controvertida sentencia en el *Asunto Bankovic*.²⁰⁴ De acuerdo con el Tribunal, el artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos refleja la noción «ordinaria y esencialmente territorial» de jurisdicción en el Derecho Internacional general.²⁰⁵ Cualquier otra base de jurisdicción distinta de la territorial es, según el Tribunal, *excepcional* y requiere una justificación especial en las circunstancias de cada caso. El Tribunal fundamenta esta afirmación en la práctica de los Estados, en los trabajos preparatorios de la preparatorios del Convenio y en su propia jurisprudencia. Respecto de la práctica de los Estados, el TEDH argumenta que demuestra que éstos no tuvieron la intención de considerar que sus actos extraterritoriales podrían implicar un ejercicio de jurisdicción en el sentido del artículo 1 del CEDH.²⁰⁶ En los trabajos preparatorios el TEDH encuentra una clara confirmación del carácter esencialmente territorial del concepto de jurisdicción, en concreto en el hecho de que se reemplazara la inicial expresión «toda persona que resida en su territorio» por «toda persona bajo su jurisdicción». En efecto, esta corrección en el texto denota, según el Tribunal, que se pretendió extender la aplicación del Convenio a todas aquéllas personas que no residieran legalmente en el territorio del Estado, pero que se encontraran, en cualquier caso, dentro de dicho territorio.²⁰⁷ Finalmente, en referencia a su propia jurisprudencia, el Tribunal considera que únicamente ha aceptado en casos excepcionales que los actos extraterritoriales de los Estados puedan constituir un ejercicio de jurisdicción de conformidad con el artículo 1 del Convenio.²⁰⁸

²⁰³ Gondek, *The Reach of Human Rights*, 56.

²⁰⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Decisión de admisibilidad de la Demanda nº 52207/99 presentada por Vlastimir and Borka Bankovic, Zivana Stojanovic, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimovic y Dragan Sukovic c. Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y Gran Bretaña*, 12 de diciembre de 2001. («Asunto Bankovic y otros c. Bélgica y otros» o «Asunto Bankovic»).

²⁰⁵ *Ibid*, párr. 61.

²⁰⁶ *Ibid*, párr. 62.

²⁰⁷ *Ibid*, párr. 63.

²⁰⁸ *Ibid*, párr. 67.

Esta asimilación del TEDH ha sido duramente criticada por la doctrina, no sólo por haberse apartado el Tribunal de su jurisprudencia anterior en materia de aplicación extraterritorial del CEDH, en contra de lo expresado por él mismo en su propia sentencia,²⁰⁹ sino también porque su aplicación daría lugar a «resultados absurdos»²¹⁰ al condicionar la aplicación de los tratados de derechos humanos a aquéllas situaciones de ejercicio legítimo de jurisdicción por parte de los Estados de acuerdo con el Derecho Internacional General.²¹¹ Si, en este sentido, se asimilara el concepto de jurisdicción en los tratados de derechos humanos al ejercicio de la jurisdicción prescriptiva por los Estados, podría llegarse a la conclusión de que, por ejemplo, España estaría obligada a garantizar las obligaciones de los tratados de derechos humanos de los que sea parte respecto de cualquier no residente allá donde se encuentre por el hecho de que, de acuerdo con su legislación tributaria, pueda gravar las rentas que dicho no residente haya obtenido en el territorio español.²¹² El hecho de que se trate de un ejercicio legítimo de jurisdicción prescriptiva no obliga a España a garantizarle los derechos que se reconozcan en los tratados de derechos humanos en los que sea parte. El *Asunto Bankovic* se analizará con más detenimiento en el capítulo III siguiente, aunque cabe adelantar aquí que es un fallo que puede considerarse superado por la jurisprudencia posterior del Tribunal en materia de aplicación extraterritorial del CEDH.

IV. Conclusión: la ausencia de respuestas en el concepto de jurisdicción del Derecho Internacional general

El ámbito de aplicación territorial de los tratados de derechos humanos viene determinado por las *cláusulas de jurisdicción* que la mayor parte de estos tratados contienen al comienzo de sus articulados. Aunque el texto de estas cláusulas no es uniforme, el fin que pretenden es el mismo: identificar el conjunto de personas a quienes los Estados deben garantizar los derechos establecidos en el tratado, bien por estar directamente «sujetas a su jurisdicción» o bien por encontrarse en un territorio «bajo su jurisdicción». El análisis específico de las principales cláusulas de jurisdicción de los tratados de derechos humanos se abordará en el Capítulo III, en el que se determinará cómo la existencia de la jurisdicción del Estado es una condición previa y necesaria para la aplicación del tratado y para el nacimiento, por lo tanto, de las obligaciones del Estado derivadas del mismo.

²⁰⁹ Gondek, *The Reach of Human Rights*, 178-179. Milanovic, *Extraterritorial Application*, 21-23.

²¹⁰ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 26-30.

²¹¹ Gondek, *The Reach of Human Rights*, 56; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 40.

²¹² De acuerdo al artículo 1 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (BOE nº 62, de 12 de marzo de 2004), grava la renta obtenida en territorio español por las personas físicas y entidades no residentes en éste.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no ofrece una respuesta explícita sobre la posibilidad de aplicar los tratados extraterritorialmente. El principio general es la aplicación del tratado a «la totalidad del territorio» del Estado, pero la cuestión es si esta expresión tiene carácter limitativo de la extensión de los poderes del Estado al extranjero, es decir, si restringe el ámbito espacial del tratado exclusivamente y nada más que al territorio de los Estados, como han pretendido algunos de ellos. La Comisión de Derecho Internacional excluyó intencionadamente la cuestión de la aplicación extraterritorial de los tratados de la regulación del artículo 29, pero no por ello debe entenderse excluida o prohibida. Tanto la doctrina como la CDI admiten que el artículo 29 no constituye una presunción contra la extraterritorialidad de la aplicación de los tratados internacionales. No debe olvidarse que el propio artículo 29 admite excepciones al principio general de territorialidad deducidas de la voluntad expresa o implícita de los Estados parte, aunque inicialmente esta previsión se contempló para los problemas que planteaban la cláusula colonial y la cláusula federal. No obstante, el artículo 29 no proporciona una respuesta clara, ni tampoco ha contribuido a su clarificación la propia CDI.

La respuesta tampoco parece encontrarse en la noción de jurisdicción que se emplea en el Derecho Internacional general, cuya función y sentido es muy diferente del sentido del término en las cláusulas de jurisdicción de los tratados de derechos humanos. Tanto para la *doctrina anglosajona de la jurisdiction* como para la *doctrina francesa de las competencias*, seguida esta última también por los autores españoles, la función a la que sirven estos conceptos es la determinación de *límites* a la actuación extraterritorial de los Estados, ya sea en lo que respecta al ejercicio de sus funciones legislativas, ejecutivas o judiciales, ya sea en lo que se refiere al ejercicio de sus competencias personales sobre nacionales o extranjeros que se encuentren fuera del territorio de los Estados. Hasta este momento, se han utilizado de manera indistinta estos dos términos, jurisdicción o competencia, dado que aun teniendo puntos de partida distintos, constituyen las principales respuestas doctrinales al mismo fenómeno: el ejercicio de los poderes por el Estado en un contexto extraterritorial. No obstante, a partir del Capítulo III el término utilizado será *jurisdicción*, ya que es el vocablo utilizado por los tratados de derechos humanos.

En conclusión, las dos hipótesis manejadas en la introducción de este capítulo, es decir, que la respuesta a la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos se encuentra o bien en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, o bien en la noción de jurisdicción del Derecho Internacional general, deben entenderse descartadas. La siguiente etapa en el proceso de investigación será explorar las respuestas que ofrece el propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en concreto, la interpretación que de las cláusulas de jurisdicción realizan la jurisprudencia y la doctrina.

CAPÍTULO 3. EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: LOS MODELOS DE JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL

I. Introducción

En el capítulo anterior se analiza el concepto de jurisdicción en el Derecho Internacional general, de acuerdo con su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia y se demuestra que este concepto cumple una función muy distinta a la asignada a la noción de jurisdicción en los tratados de derechos humanos. En efecto, mientras que el cometido principal de la jurisdicción en el Derecho Internacional general es acotar los límites de la *facultad* del Estado de ejercer sus poderes legislativo, ejecutivo o judicial en lugares situados más allá de sus fronteras territoriales, en los tratados de derechos humanos su objeto es, en palabras del Comité de Derechos Humanos, definir «el alcance de las *obligaciones jurídicas* contraídas por los Estados parte».²¹³ En particular, en el capítulo anterior se concluyó que la jurisdicción delimita el conjunto de personas a quienes los Estados deben garantizar las obligaciones determinadas por los tratados de derechos humanos de los que sean parte, bien por estar sujetas directamente a su jurisdicción o bien por encontrarse en un territorio sometido a ella. De esta manera, la jurisdicción en los tratados de derechos humanos concreta su ámbito de aplicación espacial.

Su significado exacto, sin embargo, no es pacífico, y son múltiples los interrogantes que plantea su análisis: ¿la jurisdicción restringe el ámbito de aplicación espacial de los tratados a las personas que se encuentren sujetas a ella dentro del territorio del Estado? Si se admite que la noción de jurisdicción no es equiparable a «territorio» y, por tanto, no excluye la aplicación de los tratados fuera del mismo, ¿cuáles son las circunstancias o elementos que permitirían apreciar la concurrencia de la jurisdicción del Estado en un supuesto determinado? ¿es necesario que exista una relación jurídica entre el Estado y el individuo derivada por, ejemplo, de la nacionalidad de este último? ¿requiere la calificación del acto extraterritorial como lícito para provocar la aplicación de los tratados de derechos humanos? El fin principal de este capítulo es contestar a estas preguntas y, en general, profundizar en el concepto de jurisdicción tal como se concibe en los tratados de derechos humanos.

²¹³ Comité de Derechos Humanos, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*, Observación general nº 31 [80], de 26 de mayo de 2004, CCPR/C/Rev. 1/Add. 13, párr. 3, (Observación General 31).

En definitiva, el capítulo pretende contestar a la pregunta sobre si los tratados de derechos humanos son aplicables extraterritorialmente y, de ser así, conforme a qué criterios. Se trata de una cuestión «incierta» y «controvertida»,²¹⁴ por diversas razones. En primer lugar, porque es innegable que existen resistencias de los Estados a ver limitadas sus actuaciones en un contexto extraterritorial. Los objetivos prioritarios de la seguridad nacional, la lucha contra el terrorismo o contra la inmigración ilegal son algunos de los argumentos esgrimidos por éstos para «circunvalar» sus obligaciones de derechos humanos. Por este motivo, en el apartado II siguiente se estudiarán algunas de las principales argumentaciones a favor y en contra de la aplicación de los tratados de derechos humanos a las prácticas extraterritoriales de los Estados y la contraposición de intereses que subyace tras ellas. No debe ignorarse que la gran mayoría de las actuaciones extraterritoriales se producen en contextos altamente sensibles para los Estados, desde intervenciones militares, hasta interceptaciones de refugiados y migrantes o detenciones de sospechosos de terrorismo. La propia complejidad de estos escenarios explica las dificultades del análisis jurídico.

En segundo lugar, existen también problemas derivados de la delimitación de la jurisdicción respecto de otros conceptos conexos como *atribución* o *responsabilidad*, lo que ha ocasionado intensos debates entre la doctrina y una falta de claridad en múltiples pronunciamientos judiciales. El apartado III pretenderá clarificar los contornos de la jurisdicción y dichos conceptos conexos así como profundizar en el concepto de jurisdicción «como control» que manejan mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia.

Una tercera dificultad, proviene de que no existen dos cláusulas de jurisdicción idénticas. Cada tratado de derechos humanos contiene su propia formulación y requiere, por tanto, una interpretación independiente de sus términos. Esta cuestión será abordada en el apartado IV de este capítulo. Se hará referencia, fundamentalmente, a los principales tratados de derechos civiles y políticos, cuya interpretación ha dado lugar a un mayor número de pronunciamientos judiciales y cuyo examen tiene más interés a efectos del análisis de las prácticas extraterritoriales de control fronterizo a las que se hará referencia en la segunda parte de este estudio, concretamente en el capítulo 5. Esto se debe a la eventual capacidad de estas prácticas de vulnerar derechos de este tipo, en particular, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, tratos inhumanos o degradantes concretada en el principio de *non-refoulement*, el derecho a solicitar el asilo o el derecho a salir del propio país. Asimismo, se profundizará también en el sentido del término jurisdicción que puede extraerse de algunos de los trabajos preparatorios de su proceso de redacción, en particular, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Convenio

²¹⁴ Ralph Wilde, «The extraterritorial application of international human rights law on civil and political rights» en Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley, *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (Routledge, 2013) 636.

Europeo de Derechos Humanos. El análisis de los trabajos preparatorios de las cláusulas de jurisdicción de estos dos tratados reviste especial interés, teniendo en cuenta que a pesar de que fueron coetáneos en su proceso de negociación y se influyeron mutuamente, su texto es significativamente diferente.

Finalmente, un cuarto problema se origina debido a la falta de claridad y consistencia de las decisiones de los tribunales internacionales y de los órganos supervisores de los tratados de derechos humanos. Una crítica común hacia dichas decisiones es que son excesivamente casuísticas, con la consiguiente carencia de principios generales que permitan tener una certeza sobre las circunstancias que determinan la existencia de la jurisdicción extraterritorial del Estado en cada caso. En el ámbito de los Estados parte del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tratado de salvar esta imperfección mediante una sistematización de principios en el *Asunto Al-Skeini y Otros c. Reino Unido*,²¹⁵ que puede considerarse, hasta el momento, el caso más destacado en materia de jurisdicción extraterritorial de los tratados de derechos humanos. El estudio de esta sentencia y del resto de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y órganos supervisores será abordado en el apartado V en el que se distinguirán los dos principales modelos de jurisdicción extraterritorial: el modelo del control efectivo sobre el territorio (modelo espacial o modelo territorial) y el modelo de autoridad o control sobre individuos (modelo personal). Se analizará, en particular, el diseño de estos modelos por el TEDH que es, sin lugar a dudas, el Tribunal cuya jurisprudencia es más numerosa en este ámbito. No obstante, también se citarán resoluciones de otros tribunales y órganos supervisores que también han sido relevantes en la materia. Además, dado el protagonismo que se dará a las prácticas de control fronterizo de los Estados miembros de la Unión Europea en el capítulo 5, interesa especialmente conocer los principales pronunciamientos en relación con el CEDH, del que todos ellos son parte. Asimismo, en el apartado V también se incluirán referencias a trabajos doctrinales que interpreten dicha jurisprudencia.

Para terminar, el apartado VI establecerá algunas conclusiones que puedan arrojar luz sobre las dificultades anteriormente señaladas.

Se excluyen del objeto de estudio, por exceder del alcance de esta investigación, los conflictos normativos que se producen en múltiples ocasiones en el contexto de ciertas prácticas estatales extraterritoriales, en particular, respecto de la interacción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en los supuestos de intervención militar u ocupación de territorios

²¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Asunto Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, Demanda nº 55721/07, sentencia de 15 de junio de 2011.

extranjeros.²¹⁶ Tampoco se estudiará la extraterritorialidad en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que, por las razones anteriormente expuestas, el foco principal de atención serán los tratados de derechos civiles y políticos.

II. Estado de la cuestión: la contraposición entre los diversos intereses en juego

A. El principio de territorialidad *versus* el ejercicio efectivo de funciones sobre un territorio

Entre los argumentos esgrimidos para negar la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos destaca, sin duda, el principio de territorialidad: los tratados de derechos humanos fueron adoptados para su aplicación entre el Estado y los habitantes de su propio territorio, por lo que no cabe extender su aplicación más allá de él. Esta ha sido la posición mantenida tradicionalmente por los Estados Unidos de América respecto de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, este país ha defendido que las obligaciones de los Estados conforme al PIDCP «se aplican únicamente en el territorio del Estado parte»,²¹⁷ lo cual se deduce tanto del texto literal del artículo 2.1 del PIDCP, conforme al que los Estados se comprometen a respetar y garantizar los derechos del Pacto respecto de «todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción», como de los trabajos preparatorios que fueron el origen de tal redacción. Siguiendo esta línea argumental, llegan a la conclusión de que como Guantánamo no está dentro del territorio de Estados Unidos, «el PIDCP no cubre las operaciones en Guantánamo».²¹⁸ Esta interpretación es mantenida también por cierto sector doctrinal, en el que destacan autores como Dennis y Surena que añaden también como elemento

²¹⁶ Respecto a esta interacción ver, entre otros, Joana Abrisketa Uriarte, «Los problemas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para Aplicar el Derecho Internacional Humanitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 43, (2012): 875-899.

²¹⁷ Comité de Derechos Humanos, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Cuarto informe periódico Estados Unidos de América*, CCPR/C/USA/4, 22 mayo 2011, párr. 505. Parece que esta sigue siendo su opinión en su cuarto informe periódico presentado frente al Comité de Derechos Humanos. Es confusa, no obstante, la declaración de EEUU en cuanto a este extremo ya que parece reconocer el Comentario General 31 y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, pero también se remite a su posición tradicional en el tema. En cualquier caso, el CDH ha requerido a EEUU que revise esta posición jurídica con el fin de reconocer la aplicación extraterritorial del Pacto, ver Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de los Estados Unidos de América*, 23 de abril de 2014, CCPR/C/USA/CO/4, párr. 4.

²¹⁸ Reply of the Government of the United States of America to the Report of the Five UNCHR Special Rapporteurs on Detainees in Guantanamo Bay, Cuba, 10 de marzo de 2006, 11, disponible en <https://www.state.gov/documents/organization/98969.pdf>

interpretativo la propia práctica de los Estados, de la que se deduce que en su voluntad nunca estuvo la aplicación extraterritorial del Pacto.²¹⁹

En esta misma línea, el principio de territorialidad ha servido de fundamento a ciertos Estados como Reino Unido y Países Bajos para negar la aplicación extraterritorial del PIDCP en los informes sometidos al Comité de Derechos Humanos. En el sexto informe periódico de 2006, el Reino Unido manifestó que la obligación del artículo 2 del PIDCP es «fundamentalmente una obligación que asumen los Estados Partes desde el punto de vista territorial, es decir, con respecto a las personas que se hallen en el territorio y estén sujetas a la jurisdicción del Reino Unido». Por ello, el PIDCP solo puede tener vigencia fuera del territorio del Estado parte en «casos muy excepcionales». Se enfrentaba el Reino Unido en este informe al tratamiento de las personas detenidas en sus centros militares de reclusión en el extranjero, fundamentalmente en Irak.²²⁰

Por su parte, Holanda tuvo que abordar la cuestión con relación al genocidio de Srebrenica de 1995, en el que fueron asesinados aproximadamente 8.000 ciudadanos musulmanes en una zona bajo el comando de los cascos azules neerlandeses. Como refleja el siguiente extracto incluido en el informe periódico presentado al Comité de Derechos Humanos en 2003, el Gobierno de los Países Bajos rechazó tajantemente la aplicación del Pacto en general, y en concreto, de su artículo 2, a este suceso: «De más está decir que los habitantes de Srebrenica, respecto a los Países Bajos, no entran dentro del ámbito de aplicación de esa disposición. La firme determinación de los Países Bajos de investigar y evaluar los deplorables acontecimientos de 1995 no se basa pues en ninguna obligación contraída en virtud del Pacto».²²¹

²¹⁹ Michael J. Dennis y Andre M. Surena, «Application of the International Covenant on Civil and Political Rights in Times of Armed Conflict and Military Occupation: the Gap Between Legal Theory and State Practice», *European Human Rights Law Review* 13, nº 6 (2008): 716 y 726-727.

²²⁰ No obstante, a pesar de considerar la interpretación del artículo 2 del PIDCP realizada por el CDH como excesivamente «radical y general», Reino Unido aceptó finalmente la aplicación del PIDCP a los detenidos en sus centros extraterritoriales, al igual que lo había hecho respecto del CEDH. Ver Comité de Derechos Humanos, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de conformidad con el Artículo 40 del Pacto, Sexto informe periódico, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, 10 de noviembre de 2006, 37, párr. 59. El ámbito de aplicación espacial no ha sido objeto de observación por el Comité en sus Observaciones Generales sobre el séptimo informe periódico presentado por Reino Unido en 2015, aunque ha manifestado su preocupación por la falta de información respecto de la «supuesta entrega por las Fuerzas Especiales del Reino Unido de personas bajo su custodia a las fuerzas de los Estados Unidos en Camp Nama, prisión secreta situada en el aeropuerto internacional de Bagdad» o respecto de la vigilancia e interceptación por el Gobierno británico de las comunicaciones en masa externas y sus posibles injerencias en el derecho a la vida privada. Ver Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, CCPR/C/GBR/CO/7, de 17 de agosto de 2015, párr 9 y 24.

²²¹ Comité de Derechos Humanos, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Países*

Frente al principio de territorialidad, se contrapone el principio de la efectividad del ejercicio de las funciones estatales en un determinado territorio. Según este principio, el hecho decisivo para apreciar la soberanía del Estado sobre un determinado territorio no es el título, sino el ejercicio efectivo de funciones estatales en el mismo.²²² La aplicación de los tratados de derechos humanos no puede depender exclusivamente del título que ostente un Estado sobre el territorio, sino más bien sobre el poder o las funciones ejercitados en el mismo. Si, de acuerdo con la interpretación «realista» de las cláusulas de jurisdicción anteriormente expuesta, no es razonable extender las obligaciones de derechos humanos si no se dan las circunstancias para que el Estado sea capaz de cumplirlas, cuando, en cambio, si se produzcan tales circunstancias, como el control del Estado sobre el territorio, no habría razón para excluir su aplicabilidad, aunque la soberanía o el título sobre el territorio corresponda a otro Estado.²²³ Esta línea de razonamiento es consistente con la interpretación del principio de soberanía territorial que realiza la Corte Internacional de Justicia. En sus propias palabras, «physical control of a territory, and not sovereignty or legitimacy of title, is the basis of State liability for acts affecting other States».²²⁴ A esta conclusión llegó la Corte en su Opinión Consultiva en el *Asunto sobre las Consecuencias Legales para los Estados por la Presencia Continuada de Sudáfrica en Namibia*, tras declarar la ilegalidad del título de Sudáfrica para administrar Namibia y requerirle, en consecuencia, su retirada de tal administración. En opinión de la Corte, la ilegalidad de dicho título no liberaba a Sudáfrica de sus obligaciones y responsabilidades jurídicas frente a los demás Estados, haciéndolas depender del control físico sobre el territorio.

Bajos, Adición, CCPR/CO/72/NET/Add.1, 29 de abril de 2003, 5, párr 19. La aplicación extraterritorial del PIDCP no ha sido objeto de tratamiento por el Comité de Derechos Humanos en sus Observaciones Finales de 2009. Ver Comité de Derechos Humanos, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de conformidad con el Artículo 40 del Pacto, Proyecto de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Países Bajos*, CCPR/C/NLD/CO/4, 25 de agosto de 2009.

²²² José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 20ª ed. (Tecnos, 2016), 350-352.

²²³ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 59-61.

²²⁴ Tribunal Internacional de Justicia, *Consecuencias legales de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (Africa Sudeste) sin perjuicio de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971, 118 (*Consecuencias legales de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia*), 118.

B. Los «vacíos legales» y la protección universal de los derechos humanos

Una de las principales justificaciones para defender la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos es evitar que se produzca los llamados «agujeros negros» o «vacíos jurídicos» (*legal black hole*) derivados de la inexistencia de normas que limiten la actuación de los Estados respecto de los derechos humanos de los individuos localizados fuera de su territorio.²²⁵ Los ejemplos que son mencionados más habitualmente son el centro de detención de Guantánamo, cuyo territorio está arrendado por Estados Unidos a Cuba, y la ocupación de Irak por Estados Unidos y Reino Unido tras la intervención militar de marzo de 2003. Frente a estos vacíos normativos, la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos se erige en un mecanismo primordial para controlar las actuaciones de los Estados en el extranjero.

No obstante, algunos autores como Wilde alertan de que la identificación de estas situaciones como supuestos de «vacío legal» puede ser problemática, dado que puede llevar a pensar que la aplicación extraterritorial de las normas de derechos humanos pondría fin definitivamente al problema.²²⁶ De esta manera, argumentan, se magnifica la «función redentora» y la «capacidad transformadora» del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ciertamente, no puede ignorarse que es una disciplina afectada por carencias en cuanto a la prevención y sanción de sus

²²⁵ Un estudio de las principales preocupaciones doctrinales con relación a este vacío legal pueden consultarse en Ralph Wilde, «'Legal Black Hole'? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights», *Michigan Journal of International Law* 26, nº 3 (2005): 772-775. Asimismo, ver Lawson para quien lo mínimo que puede esperarse de los Estados que intervienen en otros Estados es que estén obligados por los mismos estándares de derechos humanos que en el caso de que actuaran en su propio territorio, ver Rick Lawson, «The Concept of Jurisdiction and Extraterritorial Acts of State», en Gerard Kreijen (ed.) *State, Sovereignty, and International Governance* (Oxford University Press, 2002), 297 y Rick Lawson, «Life after Bankovic: on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights», en Fons Coomans y Menno T. Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersentia, 2004), 120. También en este sentido, Olivier De Schutter que aboga por una expansión de la aplicación extraterritorial del CEDH sobre la base de la distinción entre las obligaciones positivas y negativas, ver Olivier De Schutter, «Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights», *Center for Human Rights and Global Justice Working paper* 9 (2005): 36-37, trabajo que fue posteriormente publicado y ampliado en Olivier De Schutter, «Human Rights. Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights», *Baltic Yearbook of International Law*, 6 (2006): 243-244. También cabe citar a Cerone para quien la cuestión de fondo es la naturaleza y fin del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de manera que justifica la extensión de su aplicación sobre la base del carácter universal de los derechos humanos, John Cerone, «Out of Bounds? Considering the Reach of International Human Rights Law», *Center for Human Rights and Global Justice Working Paper* 5, (2006): 34.

²²⁶ Wilde, «The extraterritorial application», 657. En este sentido también, Sarah Miller, «Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention», *The European Journal of International Law* 20, nº4 (2010): 1236.

violaciones. Tomando como ejemplo el centro de detención de Guantánamo, es preciso tener en cuenta que Estados Unidos no ha ratificado el Protocolo Facultativo al PIDCP por el que se faculta al Comité de Derechos Humanos (CDH) para recibir y resolver comunicaciones individuales por quienes aleguen ser víctimas de violaciones de los derechos establecidos en el Pacto.²²⁷

En este planteamiento doctrinal subyace la intención de contrarrestar el optimismo excesivo respecto de la capacidad de las normas de derechos humanos para afrontar las violaciones de los derechos humanos. De esta manera enmarcan el debate en términos aparentemente más equilibrados. Ahora bien, aun siendo limitada la efectividad de los tratados de derechos humanos y su capacidad transformadora, no por ello su aplicación extraterritorial deja de ser una opción válida para controlar la actividad extraterritorial de los Estados ni parece razonable defender que no beneficiaría en nada, o en muy poco, a los individuos afectados por las conductas de los Estados.²²⁸

El tratamiento de estas situaciones como vacíos jurídicos es problemático porque es precisamente el argumento que han esgrimido ciertos Estados para negar la aplicabilidad extraterritorial de los tratados de derechos humanos en determinadas circunstancias. Ya se han citado los ejemplos de la negativa de Estados Unidos a la aplicación del PIDCP en Guantánamo o de Países Bajos respecto del genocidio ocurrido en Srebrenica. Este tipo de alegaciones no tendrían cabida, sin embargo, si se tomara como punto de partida el objeto material de los tratados de derechos humanos y su carácter universal y *erga omnes*. En efecto, en palabras del profesor González Vega, «los objetivos inherentes a dichos instrumentos casan mal con las limitaciones de índole espacial que tengan por objeto preservar las inmunidades del poder contra las que se han concebido precisamente aquéllos».²²⁹ Asimismo, si de acuerdo con la Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos, «las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana son obligaciones *erga omnes*»,²³⁰ y su respeto debe ser universal y efectivo conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos,²³¹ sin distinción del lugar en el que se encuentren las personas beneficiarias, ¿por qué recurrir al argumento de que existe un vacío legal?

²²⁷ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966, art. 1. Los Estados que son parte de este Protocolo pueden consultarse en <https://treaties.un.org/pages/participationstatus.aspx>.

²²⁸ Wilde, «The extraterritorial application», 657.

²²⁹ Javier A. González Vega, «¿Colmando los Espacios de «No Derecho» en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? Su eficacia extraterritorial a la luz de la jurisprudencia», *Anuario Español de Derecho Internacional* XXIV (2008): 142.

²³⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, 1.

²³¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, [Resolución 217 A \(III\)](#), Preámbulo.

En definitiva, el respeto universal de los derechos humanos es una de las razones invocadas con mayor frecuencia para justificar la aplicación extraterritorial de los instrumentos jurídicos que los regulan. No obstante, este argumento también encuentra problemas. Es incuestionable que el principio de universalidad es uno de los principios fundacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero ello no puede hacer perder de vista que se trata de un principio excesivamente amplio y ambiguo como para servir de fundamento de la aplicación extraterritorial de estos tratados o para la interpretación del concepto de jurisdicción empleado por ellos. Por esta razón, autores como Milanovic abogan por una interpretación «realista» de las cláusulas de jurisdicción. En opinión de este autor, no es posible ignorar el texto concreto de estas cláusulas en aras de una defensa a ultranza del principio de universalidad, porque esto llevaría a extender las obligaciones de derechos humanos a situaciones en las que no es razonable esperar su cumplimiento por los Estados. Precisamente el objeto de estas cláusulas es también limitar la aplicación de los tratados a los supuestos en los que los Estados realmente puedan cumplirlas de una manera efectiva, esto es, cuando ejerzan un control sobre el territorio o sobre las personas afectadas.²³²

En conclusión, la noción de *control* se erige en el fundamento que permite contrarrestar las interpretaciones restringidas del principio de territorialidad y, a su vez, limitar la amplitud y generalidad del principio de universalidad. A continuación, se profundizará en dicho concepto.

III. La jurisdicción en los tratados de derechos humanos: delimitación de conceptos

A. La autonomía del concepto de jurisdicción en los tratados de derechos humanos

Hasta el momento, han sido señaladas algunas de las principales diferencias entre el concepto de jurisdicción en el Derecho Internacional general y este mismo concepto en los tratados de derechos humanos. Mientras que en el Derecho Internacional general la función del llamado «Derecho de la jurisdicción extraterritorial» es limitar el ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de los Estados fuera de sus fronteras, en los tratados de derechos humanos define el conjunto de personas a quienes el Estado debe reconocer los derechos del tratado. Si el ejercicio de la

²³² Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles and Policy* (Oxford, 2011), 56.

jurisdicción prescriptiva se configura en el Derecho Internacional general como una facultad para el Estado, la apreciación de la jurisdicción del Estado en los tratados de derechos humanos da lugar al nacimiento de sus obligaciones. Mientras que en el Derecho Internacional general la jurisdicción permite distinguir aquel ejercicio legítimo de jurisdicción respecto del que no lo es, la existencia de jurisdicción conforme a los tratados de derechos humanos no depende de la licitud del acto extraterritorial en cuestión.

Si, de acuerdo con lo anterior, la noción de jurisdicción en el Derecho Internacional general no es «trasladable» al contexto de los tratados de derechos humanos ¿cabe afirmar entonces que es un concepto autónomo, propio del DIDH? La autonomía del concepto es propuesta por algunos autores como Wilde, para quien el significado de la jurisdicción en el DIDH no puede buscarse en un «concepto diferente con el mismo nombre de otra área del Derecho Internacional».²³³ Otros autores como Milanovic argumentan que no es necesario ir tan lejos como para construir un concepto *sui generis* en el DIDH, sino que basta reconocer que el término jurisdicción tiene diversos significados en el Derecho Internacional.²³⁴ Una prueba de ello se encuentra en la propia formulación de las cláusulas de jurisdicción de los tratados de derechos humanos, en las que se manejan los diversos sentidos del término. En particular, el artículo 5 de la Convención contra la Tortura establece:

1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su *jurisdicción* sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su *jurisdicción* o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; (...).²³⁵

De este precepto se deduce que el ejercicio de la jurisdicción prescriptiva por el Estado al que se refiere el primero de los párrafos es una cuestión distinta de la sujeción del territorio a la jurisdicción del Estado a la que alude el segundo párrafo.²³⁶

Existe, finalmente, un tercer planteamiento doctrinal que pretende armonizar las dos anteriores. Para Hugh, el concepto de jurisdicción en el DIDH refleja tanto el sentido ordinario del término en el Derecho Internacional general como una «relación

²³³ Ralph Wilde, «Triggering State Obligations Extraterritorially: The Spatial Test in Certain Human Rights Treaties», en Roberta Arnold y Noëlle Quéniévet (eds.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law. Towards a New Merger in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 143.

²³⁴ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 30-31 y 39-40, que considera que no existe fragmentación del Derecho Internacional en este extremo.

²³⁵ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, artículo 1.5. a), (Convención contra la Tortura).

²³⁶ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 31.

de facto entre el Estado y el individuo». De esta manera, cuando un Estado ejerce sus competencias legales respecto de ciertas personas conforme a los principios del Derecho Internacional general, debe entenderse que dichas personas se hallan también bajo su jurisdicción en el sentido del DIDH. Esto no impide, sin embargo, que pueda declararse la jurisdicción en aquéllos casos en los que las personas se ven afectadas por actos ilícitos del Estado en el extranjero.²³⁷

La divergencia de opiniones en esta cuestión demuestra que el concepto de jurisdicción en el DIDH sigue siendo incierto y controvertido.²³⁸ La mayor parte de la doctrina coincide, no obstante, en que, sea o no un concepto autónomo en el DIDH, la jurisdicción en este ámbito cumple una función diferente, de manera que no se pueden aplicar automáticamente los criterios del Derecho Internacional general. La diferencia esencial consiste en que, mientras que en el Derecho Internacional general la jurisdicción es una *cuestión de legitimidad* que permite apreciar si un acto concreto se ha sujetado o no a los límites impuestos por el Derecho Internacional, en el DIDH la jurisdicción es una *cuestión de hecho*. En este sentido, no tiene trascendencia reconocer si el Estado ostenta un título legítimo para actuar, sino si existe un vínculo jurisdiccional suficiente entre el Estado y los individuos del que surja la obligación del Estado de reconocerles los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos.²³⁹ Así, en los tratados de derechos humanos el término jurisdicción hace referencia a un *poder de facto* que se manifiesta en el ejercicio de *autoridad* o *control* por el Estado sobre un determinado territorio o sobre ciertas personas, con independencia de la licitud, o no, de dicho ejercicio.²⁴⁰ No tendría sentido, por ejemplo, afirmar que existe jurisdicción del Estado sobre las personas afectadas por una intervención militar exclusivamente cuando dicha intervención se autorizó por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, y negarla, por el contrario, si no existió dicha autorización, en tanto que la misma en nada cambia los efectos adversos de la intervención militar sobre los derechos humanos de la población afectada.

La cuestión del carácter fáctico del concepto de jurisdicción en el DIDH se fundamenta por la mayor parte de la doctrina en la construcción del término realizado por la jurisprudencia internacional. Ahora bien, las dificultades surgen a la hora de identificar el vínculo exacto *de facto* que debe existir entre el Estado y los individuos para que resulten aplicables los tratados de derechos humanos. Como se expone en

²³⁷ Hugh King, «The Extraterritorial Human Rights Obligations of States», *Human Rights Law Review* 9, nº 4 (2009): 522.

²³⁸ Mark Gibney, «International Jurisdiction», en Anja Mihr y Mark Gibney, *The SAGE Handbook of Human Rights*, vol. 2 (SAGE Publications), 796.

²³⁹ Marteen Den Heijer y Rick Lawson, «Extraterritorial Human Rights and the Concept of 'Jurisdiction,'» en Malcolm Langford, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin y Willen Van Genugten (eds.), *Global Justice, State Duties. The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law* (Cambridge University Press, 2013), 164-165; Ralph Wilde, «Triggering State Obligations», 142.

²⁴⁰ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 41.

el epígrafe V, los criterios jurisprudenciales para identificar la existencia de tal vínculo son el *control* sobre el territorio y la *autoridad* sobre las personas, pero la cuestión de determinar cuando un Estado controla efectivamente un territorio extranjero, o cuándo ejerce realmente autoridad sobre las personas también resulta delicada. En definitiva, ¿qué grado de control o autoridad es necesario para determinar la aplicación de los tratados de derechos humanos? En ciertos casos, como la ocupación militar de un territorio o la detención de personas, resulta más bien sencillo afirmar que el Estado controla el territorio o a las personas detenidas y, por tanto, ejerce su jurisdicción sobre dicho territorio y personas. Pero la complejidad se acentúa en otros casos como las intervenciones militares sin control del territorio o los retrocesos forzosos de embarcaciones en alta mar sin detención de las personas (*push back operations*).

También coincide mayoritariamente la doctrina en que la existencia de la jurisdicción del Estado es un requisito previo que debe concurrir necesariamente para declarar la aplicación de los tratados de derechos humanos en una situación concreta. La jurisdicción desarrolla, así, un papel esencial en el sistema convencional de derechos humanos, en tanto que determina el nacimiento de las obligaciones de los Estados y de la propia aplicación del tratado. Por ello, la jurisdicción se califica como un «criterio umbral» o requisito *sine qua non* para la propia aplicación del tratado,²⁴¹ lo cual afectará, además a la competencia jurisdiccional de los tribunales u órganos supervisores de derechos humanos. Si se determina que el Estado no tiene jurisdicción en un caso concreto, tampoco la tendrá el tribunal u órgano supervisor para resolver sobre el mismo, que carecerá de jurisdicción por razón de la materia. La jurisdicción es, por tanto, un requisito previo cuya apreciación procesal debe realizarse en el momento de la admisibilidad de la demanda. Su examen, no obstante, es más complejo que el de los restantes requisitos formales de admisibilidad como el agotamiento de los recursos internos o la obligación de demandar en el plazo establecido en el tratado en cuestión, ya que la apreciación de la jurisdicción del Estado afecta a la misma existencia de los derechos sustantivos de los individuos afectados, mientras que los otros requisitos de admisibilidad no cuestionan tales derechos sino simplemente el cumplimiento de las reglas procesales para que la demanda sea admisible.²⁴²

²⁴¹ Michael O'Boyle, The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on 'Life after Bankovic,' en Coomans y Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application*, 125 y 130; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 19-20; Christos L. Rozakis, «How Far Can We Go? Recent Developments of Strasbourg Case-law on the Concept of Jurisdiction», en Lucius Caflisch, Romualdo Bermejo García, Javier Díez-Hochleitner Rodríguez y Cesáreo Gutiérrez Espada (coords.), *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores: Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo* (Universidad Complutense, 2005), 209.

²⁴² Milanovic, *Extraterritorial Application*, 20.

En conclusión, se afirme o no la autonomía de la jurisdicción en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es innegable que se trata de uno de los conceptos esenciales de dicha disciplina, en tanto que es el criterio del que depende el surgimiento de las obligaciones de los Estados y la propia aplicación de los tratados de derechos humanos. La licitud del acto no prejuzga la existencia de la jurisdicción, que no es una cuestión *de iure* sino *de facto*. La complejidad radica en identificar exactamente las circunstancias en las que debe considerarse existente un vínculo *de facto* suficiente entre el Estado y los individuos para afirmar que el Estado ejerció jurisdicción sobre ellos. A dicho cometido se dedicará el epígrafe V, aunque previamente es preciso distinguir la jurisdicción respecto de conceptos conexos como atribución y responsabilidad y examinar el texto concreto de las diversas cláusulas de jurisdicción contenidas en los tratados de derechos humanos (epígrafe IV).

B. Jurisdicción y responsabilidad

Unas las cuestiones más controvertidas en cuanto a la definición del concepto de jurisdicción en los tratados de derechos humanos es su delimitación respecto de las nociones de atribución y responsabilidad. La principal dificultad consiste en determinar qué función juega la jurisdicción de un Estado respecto de los elementos que deben concurrir para calificar un hecho como internacionalmente ilícito. Así, de conformidad con el artículo 2 de la Resolución 56/83 de la Asamblea General sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos,²⁴³ deben concurrir dos elementos para que un acto u omisión del Estado pueda calificarse como un hecho internacionalmente ilícito: a) que el acto sea atribuible al Estado, según el Derecho internacional, y b) que constituya una violación de una obligación internacional del Estado.²⁴⁴ Tomando como punto de partida dicha distinción, puede considerarse que la jurisdicción es un tercer elemento añadido a los dos ya enunciados por estas normas secundarias sobre responsabilidad del Estado, o bien que la jurisdicción no añade nada nuevo a dichos elementos, sino que debe entenderse incluida en ellos.

²⁴³ Resolución 56/83 aprobada por la Asamblea General, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, 85a sesión plenaria, 12 de diciembre de 2001, Anexo. (Artículos sobre Responsabilidad del Estado)

²⁴⁴ Estos dos elementos son desarrollados posteriormente en los capítulos II y III de los Artículos. El capítulo II establece las reglas de atribución, tanto desde un punto de vista subjetivo, esto es, la identificación de las personas, entidades o actores cuyos actos son atribuibles al Estado, como funcional, respecto de las competencias públicas que deben ser ejercidas por dichos sujetos, mientras que el capítulo III establece los criterios para determinar cuándo existe una violación de una obligación internacional.

La relación entre jurisdicción y responsabilidad no es abordada por la CDI en sus comentarios sobre el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados.²⁴⁵ Las teorías desarrolladas por la doctrina respecto de la naturaleza de dicha relación son muy variadas, aunque pueden reconducirse a dos corrientes de opinión mayoritarias que serán expuestas a continuación. La mayor parte de los autores construyen su análisis sobre la base de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en especial, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dicha jurisprudencia será analizada en el epígrafe V siguiente, por lo que este apartado se limitará a plantear los fundamentos de las mencionadas tendencias doctrinales.

Para enmarcar la discusión doctrinal en esta materia, conviene recordar la distinción entre normas primarias y secundarias de Derecho Internacional. Las normas sobre responsabilidad del Estado se califican como *normas secundarias*, cuyo fin es el de proporcionar un marco que regule las consecuencias del incumplimiento por el Estado de sus obligaciones sustantivas, deducidas éstas últimas de las normas primarias, esto es, de las normas convencionales y consuetudinarias a cuyo cumplimiento están vinculados los Estados.²⁴⁶ La cuestión de la atribución se refiere a las normas secundarias de responsabilidad, mientras que la jurisdicción se relaciona con las obligaciones del Estado nacidas de las normas primarias del Derecho Internacional.²⁴⁷

Una primera tendencia en la doctrina es situar el concepto de jurisdicción en el párrafo b) del artículo 2 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado. Conforme a este sector doctrinal, la jurisdicción es un concepto que define el alcance de las obligaciones del Estado, que se enmarca en el plano de la investigación sobre si ha existido o no una violación de una obligación internacional del Estado. Es, así, una cuestión independiente de la atribución del acto u omisión al Estado. El análisis de la imputabilidad o atribución de la conducta al Estado, al que se refiere el párrafo a) del artículo 2, se realiza en un segundo momento, después de haber determinado que existió una obligación de derechos humanos que fue incumplida por el Estado. De esta manera, la cuestión sobre si existe o no jurisdicción del Estado precede al análisis sobre la apreciación de los dos elementos del artículo 2.

Entre estos autores, Milanovic y Cerone parten de que el reconocimiento de la jurisdicción del Estado sobre un cierto territorio no implica que todas las actuaciones ocurridas en él constituyan responsabilidad del mismo, sino que para apreciar su responsabilidad internacional sería necesario determinar que el acto en cuestión,

²⁴⁵ Comisión de Derecho Internacional, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (United Nations, 2008).

²⁴⁶ James Crawford, «Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», *United Nations Audiovisual Library of International Law* (United Nations, 2009), 3, <http://www.un.org/law/avl/>

²⁴⁷ Cerone, «Out of Bounds?», 27.

siendo contrario al Derecho Internacional es, además, atribuible al Estado. Jurisdicción y responsabilidad son, así, conceptos distintos.²⁴⁸

También podría ocurrir que, aun no siendo el acto atribuible al Estado, éste sea responsable, sin embargo, por no haber implementado debidamente sus obligaciones positivas de prevenir e impedir en la medida de lo posible las violaciones de derechos humanos perpetradas por otros actores.²⁴⁹ Es en este punto donde estos autores llaman la atención sobre la trascendente diferenciación entre las obligaciones negativas y positivas de derechos humanos. Las obligaciones negativas requieren del Estado el *respeto* de los derechos humanos, es decir, ha de asegurarse que sus propios oficiales o agentes no cometan violaciones de derechos humanos. Junto a ellas, las obligaciones de carácter positivo exigen al Estado *reconocer o garantizar* el disfrute de los derechos humanos de las personas que estén dentro de su jurisdicción mediante la prevención de las eventuales violaciones de derechos humanos perpetradas por otros sujetos, ya sean Estados, sujetos privados o actores no estatales. Si se traslada esta distinción a la diferenciación entre jurisdicción y responsabilidad, la primera haría referencia al control sobre las víctimas o sobre el territorio en el que éstas se encuentren, mientras que la segunda se relacionaría con las obligaciones positivas del Estado, es decir, con el control sobre los perpetradores.²⁵⁰ Si lo que se cuestiona es si el Estado controla a los individuos afectados por su actuación, la respuesta determinará si existe o no jurisdicción del Estado, mientras que si la pregunta es si el Estado controla a los sujetos que llevan a cabo la acción, la respuesta concretará si existe o no atribución.

Asimismo, para determinar la jurisdicción, puede ser necesario también realizar un examen previo de atribución, que no debe confundirse con el referido en el apartado a) del artículo 2. El control de un Estado sobre un territorio o sobre unos individuos se realiza siempre, por definición, a través de sus propios órganos u agentes, por lo que en primer lugar sería necesario comprobar que esto es así, lo cual constituye un primer análisis de la atribución que precede a la determinación de la jurisdicción. Por ejemplo, para determinar si Turquía ejercía control sobre el norte de Chipre, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que comprobar primero que, efectivamente Turquía había desplegado sus soldados en dicho espacio geográfico.²⁵¹ Igualmente, en el *Asunto Issa y Otros c. Turquía*, el TEDH consideró que los demandantes no habían conseguido probar la presencia de soldados turcos en el lugar concreto en la que se había producido el fallecimiento de sus familiares, por lo que el

²⁴⁸ Cerone, «Out of Bounds?», 26; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 52.

²⁴⁹ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 52.

²⁵⁰ *Ibid*, 50-51; Cerone, «Out of Bounds?», 27. Destacan también la importancia de esta distinción, Den Heijer y Lawson, «Extraterritorial Human Rights», 182-183.

²⁵¹ TEDH, *Asunto Loizidou c. Turquía (Objeciones Preliminares)*, Demanda nº 15318/89, 23 de febrero de 1995, párr. 63.

Tribunal no pudo considerar los hechos atribuibles a Turquía y, en consecuencia, determinó que ésta no ejerció jurisdicción sobre las víctimas.²⁵²

Sería preciso, entonces, abordar un análisis de atribución previo a la identificación de la jurisdicción del Estado y otro posterior para determinar su responsabilidad. El primero de ellos no tiene por qué referirse a la conducta u omisión concreta cuya ilicitud se está comprobando, sino que se refiere al ejercicio de control sobre el territorio o los individuos por el Estado.²⁵³

Dentro de esta primera corriente doctrinal, autores como Lawson se decantan por relacionar ambos conceptos a través del principio de que «el control conlleva responsabilidad» (*control entails responsibility*) o más bien, «el control obliga». Para estos autores, si un Estado ejerce control sobre una situación determinada, le es exigible el cumplimiento de las normas de derechos humanos que apliquen a dicha situación y, si las infringe con su conducta, podría declararse su responsabilidad.²⁵⁴ Dicho de otra manera, las actuaciones *de facto* de los Estados pueden implicar su responsabilidad *de iure*.²⁵⁵

Una segunda tendencia doctrinal, por el contrario, considera que jurisdicción y atribución son conceptos sinónimos, de manera que un individuo está bajo la jurisdicción del Estado siempre que resulte afectado por el acto u omisión en cuestión.²⁵⁶ Entre ellos, Scheinin argumenta que no existe realmente un significado de jurisdicción autónomo dentro del sistema de determinación de la responsabilidad internacional del Estado. Su razonamiento se centra en la similitud de la jurisdicción con el análisis previo de admisibilidad de cualquier demanda. La jurisdicción no es un concepto autónomo, sino que puede equipararse a los requisitos de admisibilidad de la demanda que establecen, por ejemplo, los artículos 34 y 35 del CEDH o el Protocolo Adicional I de ICCPR. Las normas de admisibilidad de las demandas de los tratados de derechos humanos son, en su opinión, mecanismos de responsabilidad, para cuya apreciación es necesario la aplicar las normas primarias de derechos humanos.²⁵⁷ Para determinar si el Estado ha incumplido una norma primaria sustantiva de Derecho Internacional es necesario determinar previamente si existe atribución de la conducta al Estado mediante la aplicación de las normas secundarias de responsabilidad. En su opinión, jurisdicción es una «abreviatura» para referirse al vínculo *de facto* entre el

²⁵² TEDH, *Asunto Issa y Otros c. Turquía*, Demanda nº 31821/96, sentencia de 19 de octubre de 2004, párr. 77 y 82.

²⁵³ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 51-52; Cerone, «Out of Bounds?», 28.

²⁵⁴ Lawson, «The Concept of Jurisdiction», 297, nota al pie 36.

²⁵⁵ Den Heijer y Lawson, «Extraterritorial Human Rights», 182.

²⁵⁶ Olivier De Schutter, «State Responsibility and 'Jurisdiction'», en *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary* (Cambridge University Press), 147.

²⁵⁷ Martin Scheinin, «Just Another World? Jurisdiction in the Roadmaps of State Responsibility and Human Rights», en Langford, Vandenhole, Scheinin y Van Genugten (eds.), *Global Justice, State Duties*, 219-220.

Estado y el individuo o entre el Estado y determinados actos, pero no es un concepto independiente.²⁵⁸

Entre los autores españoles, destaca el análisis realizado por la profesora Morgades. En su opinión, tanto la Corte Internacional de Justicia como el Comité de Derechos Humanos interpretan el concepto de jurisdicción como un concepto muy próximo a la responsabilidad del Estado. La jurisprudencia del TEDH, en su opinión, también evoluciona en dicho sentido.²⁵⁹ La autora toma como punto de partida que la jurisdicción no es tanto un límite para la aplicación del Convenio, sino un concepto a través del que se «materializa su ámbito de aplicación a los actos de autoridad de los Estados»,²⁶⁰ ya se realicen dentro o fuera de su territorio. En este sentido, relaciona la jurisdicción con la idea de control del Estado y de «facticidad», de forma que existirá en aquéllos casos en los que el Estado tiene capacidad para hacer efectivos los derechos humanos del CEDH. Bajo estas premisas, considera que la jurisprudencia internacional ha relacionado jurisdicción y responsabilidad de tal manera que el ejercicio de autoridad o control fuera del territorio se considera que es jurisdicción extraterritorial si el Estado puede ser declarado responsable por serle atribuibles los actos en cuestión. Es decir, la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos se hace depender de la posibilidad de que se aprecie la responsabilidad del Estado.²⁶¹

Finalmente, cabe mencionar dentro de esta segunda posición a autores como Rooney que defienden que una eventual refundición de los conceptos de jurisdicción y atribución resultaría de utilidad para superar el carácter esencialmente territorial de la noción de jurisdicción y la arbitrariedad de los análisis respecto de las circunstancias concretas que deben darse para determinar que el tratado de derechos humanos es aplicable en el extranjero. A su parecer, la cuestión central es quién debe ser considerado responsable. Fusionar ambos conceptos no es tan problemático desde un punto de vista metodológico, ni contrario a las normas de responsabilidad internacional.²⁶²

A modo de conclusión puede afirmarse que, sin perjuicio de que el deslinde entre ambos conceptos resulta en muchas ocasiones impreciso, la jurisprudencia internacional más reciente parece decantarse por la separación entre ambos conceptos. Así, como se analizará en el epígrafe V, el Tribunal Europeo de Derechos

²⁵⁸ Scheinin, «Just Another World?», 228-229.

²⁵⁹ Silvia Morgades Gil, «La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: El Concepto de Jurisdicción en Perspectiva Cosmopolita», en Caterina García Segura (dir.), *La Tensión Cosmopolita. Avances y Límites en la Institucionalización del Cosmopolitismo* (Tecnos, 2016), 158-159.

²⁶⁰ Morgades Gil, «La aplicación extraterritorial», 186.

²⁶¹ *Ibid*, 158-159.

²⁶² Jane M. Rooney, «The Relationship between Jurisdiction and Attribution after *Jaloud v. Netherlands*», *Netherlands International Law Review* 62 (2015): 408 y 427.

Humanos que es, sin duda, el tribunal que más supuestos de extraterritorialidad ha dirimido hasta el momento, expresa de la siguiente manera dicha separación:

«(...) the test for establishing the existence of «jurisdiction» under Article 1 of the Convention has never been equated with the test for establishing a State's responsibility for an internationally wrongful act under international law».²⁶³

En efecto, puede existir jurisdicción del Estado sin que por ello se declare su responsabilidad por los hechos concretos denunciados. Un ejemplo en este sentido son los casos relativos a la región de Transnistria que serán estudiados en el epígrafe V. En ellos, el TEDH ha venido considerando que Moldavia ejerce jurisdicción sobre dicha región, a pesar de no ostentar su control efectivo. La inexistencia de control efectivo lleva al TEDH a estimar que únicamente son exigibles a Moldavia las obligaciones positivas de adoptar cuantas medidas diplomáticas, económicas, judiciales o de otro tipo estén en su mano para reconocer a la población de Transnistria los derechos establecidos en el Convenio. En consecuencia, en aquéllos casos en los que el Tribunal consideró cumplidas dichas obligaciones, eximió a Moldavia de toda responsabilidad. En definitiva, Moldavia fue responsable de ciertas violaciones de derechos humanos ocurridas en un territorio que está sujeto a su jurisdicción.

IV. Las cláusulas de jurisdicción en los tratados de derechos humanos

Este epígrafe tiene por objeto examinar el texto concreto de las principales cláusulas de derechos humanos con el fin de determinar si de su interpretación se puede inferir una respuesta a la cuestión de si los tratados en los que se incardinan pueden aplicarse extraterritorialmente. Para ello, nos atenemos a las reglas de interpretación establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).²⁶⁴ El análisis del sentido corriente de los términos del tratado, primera de las reglas enunciadas por el artículo 31, cobra especial importancia en este cometido, ya que no sólo no existen dos cláusulas de jurisdicción cuyo texto sea idéntico sino que, además, las expresiones empleadas en ocasiones difieren de manera significativa, por lo que su interpretación podría dar lugar a resultados diferentes respecto del ámbito de aplicación espacial del tratado. En especial, esta diferenciación se advierte en la cláusula de jurisdicción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuya

²⁶³ TEDH, *Asunto Catan y Otros contra Moldavia y Rusia*, párr. 115 y TEDH, *Asunto Jaloud c. Países Bajos*, párr. 154.

²⁶⁴ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, celebrada en Viena el 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), artículos 31 a 33.

redacción puede considerarse la más restrictiva en cuanto a la definición del ámbito espacial de este tratado.

La diversidad de redacciones no impide, sin embargo, que los términos concretos utilizados sean muy similares. Así, prácticamente todas las cláusulas emplean las palabras «jurisdicción» y/o «territorio», lo cual es una manifestación de la gran interconexión que existe entre los diversos tratados de derechos humanos, manifestada sobre todo en su proceso de negociación y redacción. Los sucesivos redactores de los tratados de derechos humanos se inspiraron en los trabajos y desarrollos paralelos que se estaban produciendo o se habían producido en otros procesos de redacción coetáneos o ya finalizados.²⁶⁵ Esta interconexión motiva que ciertos autores como Gondek aboguen por una interpretación comparativa de las diversas cláusulas de jurisdicción y de su resultado. Si las cláusulas se inspiran unas en las otras, es razonable interpretarlas conforme a criterios similares, salvo que el objeto o el contexto de cada tratado lo impida.²⁶⁶

La estructura seguida en este apartado es la siguiente: en el punto A se analizan los principales antecedentes históricos que precedieron a las cláusulas de jurisdicción, cuyo texto concreto se estudia en el punto B, en el que también se propone una clasificación de los tratados de derechos humanos en función de las distintas técnicas empleadas para abordar la cuestión de su aplicación espacial. El punto C realiza una aproximación a los trabajos preparatorios del PIDCP y del CEDH, cuyo análisis reviste especial interés debido a que, a pesar de que fueron coetáneos en su redacción, lo cual permitió a sus respectivos redactores conocer de primera mano y valorar las discusiones que se desarrollaban paralelamente en cada proceso, su texto difiere notablemente. Es, además, en el proceso de redacción de estos dos tratados donde se prestó una mayor atención a su ámbito de aplicación espacial. Por ello, su influencia es clara en los tratados subsiguientes por lo que se los califica como los «precursores terminológicos» de la obra posterior en materia de derechos humanos. Todo ello sin olvidar, no obstante, que los trabajos preparatorios son medios complementarios de interpretación, tal como reza el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El análisis comparativo de los trabajos preparatorios no quedaría completo sin estudiar la interpretación posterior que del texto y de los trabajos preparatorios de la cláusula de jurisdicción del PIDCP han realizado tanto la Corte Internacional de Justicia como el Comité de Derechos Humanos. Es llamativo cómo esta interpretación se aleja del texto literal de la cláusula. Finalmente, en el punto E se enunciarán unas conclusiones preliminares sobre la aplicación territorial de los

²⁶⁵ En el caso del CEDH y el PIDCP, debe tenerse en cuenta que la mayor parte de los Estados miembros del Consejo de Europa lo eran también de la ONU, de manera que sus representantes tomaron parte en la redacción de ambos textos. Ver la cronología de la redacción de las cláusulas de jurisdicción en Gondek, *The Reach of Human Rights*, 76-78.

²⁶⁶ Michal Gondek, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersetia, 2009), 75.

tratados de derechos humanos a la vista de la interpretación de las cláusulas de jurisdicción realizada en los puntos anteriores.

Por las razones expuestas en la introducción de este capítulo, el epígrafe se centra fundamentalmente en los tratados de derechos civiles y políticos, que son los que resultan de aplicación a las medidas extraterritoriales de control fronterizo que se analizan en la segunda parte del presente estudio, aunque se hará también una breve referencia a otros tratados, fundamentalmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como criterio de análisis comparativo.

A. Antecedentes históricos de las cláusulas de jurisdicción

El primer antecedente de las cláusulas de jurisdicción se sitúa habitualmente en el artículo 2 de la Convención sobre la Esclavitud de 1926,²⁶⁷ según el cual:

«Las Altas Partes contratantes se obligan, en tanto no hayan tomado ya las medidas necesarias, y cada una en lo que concierne a los *territorios colocados bajo su soberanía, jurisdicción, protección, dominio (suzeraineté) o tutela*: a) A prevenir y reprimir la trata de esclavos; b) A procurar de una manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas».²⁶⁸

En esta primera versión de una cláusula de jurisdicción, cuyo texto fue reproducido posteriormente por el Convenio sobre trabajo forzoso de la Organización Internacional del Trabajo,²⁶⁹ se aprecia ya la distinción del término jurisdicción de otros conexos como territorio y soberanía, así como el carácter marcadamente territorial de la jurisdicción. Asimismo, puede inferirse que el término no hacía referencia al ejercicio de facultades legales por el Estado, sino más bien a una cuestión *de facto* o de control sobre el territorio.²⁷⁰

Tras la segunda Guerra Mundial, los redactores de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948²⁷¹ y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1949 no incluyeron en sus textos cláusulas de jurisdicción, aunque no fueron totalmente ajenos a la cuestión. En efecto, en los trabajos preparatorios de la Declaración Americana pueden encontrarse referencias al término

²⁶⁷ Gondek, *The Reach of Human Rights*, 76; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 36.

²⁶⁸ Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, cursiva añadida.

²⁶⁹ Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, nº 29, adoptado en Ginebra, en la 14ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el día 28 de junio de 1930, art. 26.1.

²⁷⁰ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 36.

²⁷¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en abril de 1948.

jurisdicción en algunos de sus artículos como el relativo al derecho de igualdad ante la ley, aunque posteriormente fue eliminado del texto definitivo.²⁷² Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en alusión al problema del colonialismo, incluye el término en su Preámbulo, en el que se requiere a las instituciones y a los individuos la promoción del reconocimiento y aplicación universal y efectivo de los derechos humanos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros, como «entre los de los *territorios colocados bajo su jurisdicción*».²⁷³

Las primeras cláusulas de jurisdicción «en sentido estricto» fueron recogidas durante el mismo periodo por un lado, en algunos tratados de paz, como el Tratado de Paz con Italia de 1947, y, por otro, en el Estatuto del Consejo de Europa.²⁷⁴ De acuerdo con el artículo 15 del primero, «Italia tomará todas las medidas necesarias para garantizar a *todas las personas que dependan de su jurisdicción*» el goce de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.²⁷⁵ Por su parte, el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa establece:

«Cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual *cualquier persona que se halle bajo su Jurisdicción* ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero».²⁷⁶

Ninguna de estas cláusulas parece vincular la jurisdicción exclusivamente con el concepto del territorio, pero tampoco aclaran los criterios conforme a los cuales se podría considerar a las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados.

Siguiendo estos precedentes, los primeros tratados específicos de derechos humanos que incluyeron expresamente las cláusulas de jurisdicción en su articulado fueron el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950²⁷⁷ y el Pacto Internacional

²⁷² Un análisis de los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre puede encontrarse en Gondek, *The Reach of Human Rights*, 79-81.

²⁷³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, Resolución 217 A (III), Preámbulo, párrafo final. Se refiere aquí la Declaración Universal al problema del colonialismo.

²⁷⁴ Una cronología de estas cláusulas puede encontrarse en Milanovic, *Extraterritorial Application*, 34-39.

²⁷⁵ Tratado de Paz con Italia, firmado en París, el 10 de febrero de 1947, disponible en Naciones Unidas, *Recueil des Traites*, vol. 49 (1949), 3.

²⁷⁶ Estatuto del Consejo de Europa (número 001), hecho en Londres el 5 de mayo de 1949, BOE núm 51, de 1 de marzo de 1978.

²⁷⁷ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, art. 1.

de los Derechos Civiles y Políticos de 1966,²⁷⁸ cuyos procesos de redacción fueron paralelos en el tiempo, aunque la mayor diversidad de opiniones en el contexto de las Naciones Unidas provocó una dilatación de la aprobación final del texto definitivo del PIDCP, en comparación con la más pronta adopción del CEDH en el seno del Consejo de Europa.²⁷⁹ Los textos de las cláusulas de jurisdicción de los subsiguientes instrumentos de derechos humanos, tanto de ámbito universal como regional, se inspiraron en su mayor parte, en el lenguaje de estos dos tratados predecesores. Al estudio del texto concreto de estos tratados se dedicará el epígrafe B siguiente.

B. Tipología de tratados según su aproximación al ámbito de aplicación espacial

Los tratados internacionales de derechos humanos adoptan distintas modalidades respecto de la regulación de su ámbito de aplicación espacial. Un primer grupo de tratados incorpora cláusulas expresas de jurisdicción, ya sean de carácter general para todo el texto del tratado (punto 1), o relativas a derechos específicos (punto 2). Junto con ellos, un segundo grupo de tratados, incluyan o no cláusulas de jurisdicción, contienen otro tipo de disposiciones sobre su aplicación espacial, como las cláusulas federales o las coloniales, que ya fueron estudiadas en el Capítulo II. Un tercer tipo de tratados opta por no regular en modo alguno su aplicación territorial (punto 3). Finalmente, se hará una breve referencia a las cláusulas de jurisdicción relativas a la competencia de los tribunales y otros órganos supervisores de los tratados, que deben diferenciarse de las anteriores, en tanto que no afectan a la aplicación del tratado en cuestión sino a un requisito de admisibilidad de las demandas frente a dichos órganos (punto 4).

1. Tratados con cláusula expresa de jurisdicción general

Entre el primer grupo de tratados, destacan, por orden cronológico, el CEDH y el PIDCP. De conformidad con el artículo 1 del CEDH, titulado «Obligación de respetar los derechos humanos:»

«Las Altas Partes Contratantes reconocen a *toda persona bajo su jurisdicción* los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio».

²⁷⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, art. 2.1.

²⁷⁹ Gondek, *The Reach of Human Rights*, 77.

El PIDCP, por su parte, contiene la siguiente formulación en su artículo 2.1:

«Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a *todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción* los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Una lectura comparada de ambos textos permite deducir que, mientras que los Estados parte del CEDH deben garantizar los derechos del Convenio a *toda persona bajo su jurisdicción* (*everyone within their jurisdiction* o *à toute personne relevant de leur juridiction* según las versiones inglesa y francesa, únicos textos auténticos), el texto del PIDCP exige, además, que dichas personas se localicen en su territorio (*todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción*).²⁸⁰ Es llamativa, como ya se ha mencionado, esta diferente redacción teniendo en cuenta que ambas cláusulas se redactaron simultáneamente. Sin embargo, a solicitud de Estados Unidos hubo que introducir en el PIDCP la alusión al *territorio*, momento hasta el cual el borrador del texto aprobado por el comité redactor requería simplemente la sujeción del individuo a la *jurisdicción* del Estado (*all individuals within its jurisdiction*).²⁸¹ Teniendo en cuenta el cambio tan significativo que supuso la enmienda de Estados Unidos al sentido de la cláusula de jurisdicción, es conveniente realizar una alusión a las discusiones de los Estados durante su proceso de redacción, aspecto que se abordará en el apartado C.2, sin perjuicio del carácter complementario de los trabajos preparatorios como instrumentos de interpretación.²⁸²

No obstante su texto literal, tanto el Comité de Derechos Humanos como la Corte Internacional de Justicia han flexibilizado su interpretación, de manera que han admitido la aplicación del PIDCP también a los actos de jurisdicción del Estado realizados fuera de su territorio.²⁸³ En concreto, el Comité de Derechos Humanos emplea la expresión de manera disyuntiva, de forma que el disfrute de los derechos regulados en el Pacto se reconoce a «todas la personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte».²⁸⁴

Finalmente, cabe observar cómo el texto de esta cláusula difiere del establecido en el Protocolo Facultativo del Pacto, en virtud del cual, los Estados parte reconocen la

²⁸⁰ El texto en español es auténtico, según su artículo 53.1.

²⁸¹ El histórico de todas las discusiones en el seno de la Comisión de Derechos Humanos respecto de este artículo 2.1 ha sido elaborado por Gondek, *The Reach of Human Rights*, 81-84 y 92-105.

²⁸² Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, celebrado en Viena el 23 de mayo de 1969, Doc. nº A/CONF.39/27 (1969).

²⁸³ Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 13 de julio de 2004, Doc. nº A/ES-10/273, párr. 107-111. (*Opinión Consultiva sobre la construcción de un muro en territorio palestino*)

²⁸⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, párr. 10.

competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos «que se hallen *bajo la jurisdicción* de ese Estado».²⁸⁵ La falta de referencia expresa al territorio en esta cláusula ha sido fundamentada por la doctrina en la controversia que, respecto de este mecanismo de supervisión del tratado, existía entre los Estados miembros de las Naciones Unidas, lo que conllevó la materialización del mecanismo en un documento aparte redactado y aprobado con tal celeridad que en las discusiones ni siquiera se mencionó este tema.²⁸⁶ En cualquier caso, la finalidad de ambas cláusulas de jurisdicción es muy distinta, dado que la primera determina el ámbito de aplicación espacial del Pacto y la segunda establece la competencia del Comité, por lo que el texto de esta última no puede utilizarse para dar sentido al PIDCP. Asimismo, por la propia naturaleza del Protocolo como instrumento dependiente del Pacto, no tendría sentido defender que tiene una extensión territorial diferente a la del propio Pacto.²⁸⁷

Los textos de las cláusulas de jurisdicción de los tratados que siguieron al CEDH y al PIDCP se inspiraron en su redacción, de manera que optaron por adoptar el lenguaje de sus predecesoras, incluyendo los mismos términos, fundamentalmente «territorio» o «jurisdicción». Así, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, los Estados parte se comprometen a «respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio *a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*»,²⁸⁸ la Convención contra la Tortura exige a todo Estado parte que adopte medidas para impedir los actos de tortura en «*todo territorio que esté bajo su jurisdicción*»,²⁸⁹ y la Convención sobre los Derechos del Niño, requiere a los Estados parte que respeten los derechos a «*cada niño sujeto a su jurisdicción*».²⁹⁰

Respecto de la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado clara la trascendencia de la cláusula de jurisdicción. En sus palabras, el artículo 1.1 de la Convención constituye «el fundamento genérico de la protección de los derechos reconocidos por la Convención».²⁹¹ Incide también la Corte

²⁸⁵ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966, art. 1.

²⁸⁶ Gondek, *The Reach of Human Rights*, 106-107.

²⁸⁷ *Ibid*, 107; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 13.

²⁸⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, artículo 1.1.

²⁸⁹ Convención contra la Tortura, art. 2.1.

²⁹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, art. 2.1.

²⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 163. En ese caso la Corte se enfrenta a un supuesto de secuestro y desaparición forzosa de un estudiante universitario, Manfredo Velasquez, en Tegucigalpa en 1981, por personas vinculadas con las Fuerzas Armadas de Honduras o bajo su dirección, dentro de una práctica sistemática de desapariciones que se produjo en la República de Honduras en el periodo comprendido entre los años 1981 a 1984, ver en este sentido los párrafos

en que su naturaleza de «cláusula paraguas», que, al delimitar la estructura general de todo el tratado, se considera infringida siempre que se vulneren cualquiera de los Derechos de la Convención:

«Este artículo contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención».²⁹²

La cláusula de jurisdicción del artículo 2.1 de la Convención contra la Tortura difiere respecto a la gran mayoría del resto de cláusulas en que el criterio que activa el nacimiento de las obligaciones del Estado es la sujeción del *territorio* a la jurisdicción del Estado y no de las personas. Concretamente, la Convención se refiere a «todo territorio bajo su jurisdicción», expresión que ha sido interpretada de manera que cubre no sólo los territorios bajo soberanía o titularidad del Estado, sino también aquéllos sometidos a su control *de iure* o *de facto* en cualquier lugar en el que se encuentren.²⁹³ No obstante, una lectura literal de la cláusula cuestionaría, por tanto, si este tratado sería aplicable extraterritorialmente a los supuestos en los que el Estado controla exclusivamente las personas, pero no el territorio o el área en el que se encuentren. Como se verá más adelante, en el epígrafe relativo al principio de territorialidad (apartado V.C.), el Comité contra la Tortura ha interpretado de una manera muy amplia esta expresión, incluyendo cualquier persona bajo el control de las autoridades del Estado, en cualquier lugar en el que se encuentre.²⁹⁴

Más recientemente, la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, requiere a los Estados parte el compromiso de respetar y asegurar los derechos de la Convención a todos los trabajadores migrantes y sus familiares «que se hallen *dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción*»,²⁹⁵ es decir, recoge la misma expresión que el PIDCP aunque sustituyendo expresamente la conjunción «y» por «o».

A modo de recapitulación, todos los tratados coinciden en que los elementos que deben estar sujetos a la jurisdicción del Estado son las personas y/o el territorio. Algunos aluden exclusivamente a personas o individuos bajo la jurisdicción del Estado,

147-148. Aunque la actuación del Estado no tiene naturaleza extraterritorial, esta sentencia es significativa por su interpretación de la cláusula de jurisdicción y la distinción entre obligaciones negativas y positivas, a la que se hará referencia más adelante.

²⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 162.

²⁹³ Karen Da Costa, «The Convention Against Torture», en *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 299.

²⁹⁴ Comité contra la Tortura, Comentario General nº 2, Implementation of article 2 by States parties, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párr. 7.

²⁹⁵ Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, art. 7.

entre ellos, el CEDH, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Otros requieren exclusivamente la sujeción del territorio a la jurisdicción del Estado como la Convención contra la Tortura. Finalmente, un tercer grupo alude a ambos elementos ya sea de manera conjunta como el PIDCP o de manera disyuntiva como la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares. En ninguna de las cláusulas, no obstante, se hace referencia alguna a los criterios que permiten determinar cuándo un territorio o un individuo quedan sujetos a la jurisdicción del Estado.

2. Tratados con cláusula de jurisdicción relativas a derechos específicos

Junto con los anteriores tratados que contienen cláusulas de jurisdicción de carácter general, es decir, aplicables a todo su texto, podemos encontrar tratados que contienen cláusulas de jurisdicción en relación con derechos específicos. Entre ellos, cabe citar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,²⁹⁶ en cuyo artículo 3 los Estados parte se comprometen a eliminar todas las prácticas de segregación racial y el apartheid en los «*territorios bajo su jurisdicción*», en su artículo 6 se obligan a asegurar la protección y recursos ante los tribunales competentes e instituciones nacionales contra los actos de discriminación racial «a todas las *personas* que se hallen bajo su jurisdicción», y en su artículo 14 se establece la posibilidad de que los Estados parte declaren la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial para recibir y examinar comunicaciones de «*personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción*». Otras disposiciones en las que se enumeran diversos derechos sustantivos, como los artículos 2, 4 y 5, en cambio, no contienen referencia alguna a su aplicación territorial.

Un ejemplo de la combinación de ambas técnicas es la Convención contra la Tortura que, además de la cláusula general de su artículo 2.1 que obliga a los Estados a adoptar medidas legislativas, administrativas o judiciales para impedir, en general, los actos de tortura en «*todo territorio que esté bajo su jurisdicción*», incluye cláusulas de jurisdicción específicas respecto de las prácticas de interrogatorio, custodia y tratamiento de personas detenidas (artículo 11, que se refiere a «*cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción*»), de la exigencia de la realización de investigaciones de actos de tortura «*dentro de su jurisdicción*» (artículo 12), de la necesidad de garantizar el derecho a recurso ante las autoridades competentes a cualquier persona que alegue

²⁹⁶ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

haber sido sometida a tortura «*en cualquier territorio bajo su jurisdicción*» (artículo 13) o, finalmente, respecto de la prohibición de otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumano o degradantes «*en cualquier territorio bajo su jurisdicción*» (artículo 16).

3. Tratados que no regulan su ámbito de aplicación territorial

Por último, determinados tratados no contienen cláusulas de jurisdicción ni referencia alguna a su ámbito de aplicación territorial. Entre ellos, destacan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²⁹⁷ la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW),²⁹⁸ la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,²⁹⁹ la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio³⁰⁰ y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.³⁰¹

La falta de una cláusula de jurisdicción «al uso» en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el hecho de que las obligaciones de los Estados derivadas del mismo estén formuladas en unos términos notablemente amplios, explica que la cuestión de la extensión territorial de los derechos económicos, sociales y culturales haya recibido una menor atención por la doctrina en comparación con los derechos civiles y políticos. No obstante, la interpretación de su artículo 2.1 que prevé el compromiso de los Estados de adoptar medidas, «hasta el máximo de los recursos de que disponga», para «lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos», está siendo objeto de una creciente atención doctrinal, sobre todo al albor de la adopción de otros instrumentos que abordan directamente la cuestión, como los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el área de los Derechos Económicos,

²⁹⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

²⁹⁸ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptado por la Asamblea General por Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

²⁹⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General, mediante su resolución A/RES/61/106, de 13 de diciembre de 2006.

³⁰⁰ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948.

³⁰¹ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

Sociales y Culturales.³⁰² El estudio de estos instrumentos, no obstante, excede del objeto de este trabajo.

Aunque fuera también del objeto de este estudio, es conveniente hacer una breve referencia al hecho de que los tratados de Derecho Internacional Humanitario, fundamentalmente los Convenios de Ginebra,³⁰³ tampoco contienen cláusulas de jurisdicción, sino que su artículo 1 común establece que «las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio *en todas las circunstancias*». La propia naturaleza de este tipo de tratados, cuyo fin fundamental es la protección de determinados grupos de personas durante los conflictos armados, tanto internos como internacionales, conlleva que su aplicación sea eminentemente extraterritorial cuando se trata de conflictos armados internacionales, por lo que no tendría sentido que su aplicación se limitara al territorio de los Estados parte. Sus disposiciones obligan a las fuerzas armadas de los Estados actúen dentro o fuera de su territorio.

4. Cláusulas relativas a la jurisdicción de los tribunales u órganos supervisores

Algunas de las cláusulas ya citadas regulan realmente la jurisdicción de los correspondientes órganos supervisores del tratado, como el artículo 1 del Protocolo Facultativo al PIDCP o el artículo 14 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Junto con ellas, son numerosos los tratados que contienen este tipo de cláusulas, entre ellos, el artículo 22.1 de la Convención contra la Tortura y el artículo 5.1. del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un Procedimiento de Comunicaciones.³⁰⁴ Este tipo de

³⁰² Ver en este sentido, las obras citadas respecto de la aplicación extraterritorial de este Pacto en Abrisketa, Joana y María Nagore Casas, «Extraterritorial Application of Human Rights Treaties», *Oxford Bibliographies in International Law*, (2016), <http://www.oxfordbibliographies.com/obo/page/international-law>. Igualmente, ver Malcolm Langford, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin y Willen Van Genugten (eds.), *Global Justice, State Duties. The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law* (Cambridge University Press, 2013).

³⁰³ I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, aprobados el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.

³⁰⁴ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones, adptado por la Asamblea General mediante su resolución 66/138, de 19 de diciembre de 2011.

cláusulas, sin embargo, no afectan en modo alguno a la extensión territorial de las obligaciones de los Estados parte, sino que se refieren exclusivamente a la competencia de los órganos supervisores para conocer de las demandas en cuestión y funcionan como requisitos de admisibilidad de las mismas, por lo que no deben confundirse con las primeras.

C. Los Trabajos preparatorios del ICCPR y CEDH

Como se ha mencionado, aunque los procesos de negociación y redacción del texto del PIDCP y del CEDH fueron coetáneos, existe una significativa diferencia en su formulación. Mientras que el artículo 2.1 del PIDCP requiere cumulativamente para el surgimiento de las obligaciones de los Estados parte que los individuos *se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción*, el artículo 1 del CEDH exige el reconocimiento de los derechos contenidos en el mismo a los individuos que estén sujetos, exclusivamente, a la jurisdicción del Estado. El texto concreto de ambos artículos dio lugar a animadas discusiones en el seno de los comités encargados de su redacción, lo cual constituye una manifestación de la trascendencia de la provisión para los propios Estados negociadores. En los epígrafes que siguen se explicará el desarrollo de dichas discusiones con el fin de concluir si pueden arrojar luz sobre la interpretación del término jurisdicción.

1. Los trabajos preparatorios del artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

El primer borrador del artículo 1 del CEDH que la Asamblea Consultiva propuso en 1949 a los Estados miembros del Consejo de Europa establecía lo siguiente:

«(...) they should ensure, by means of a convention of collective guarantee, the effective enjoyment by *all persons residing within their territories* of the rights and fundamental liberties referred to in the Universal Declaration of the Rights of Man».³⁰⁵

³⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Preparatory work on Article 1 of the European Convention on Human Rights. Information document prepared by the registry* (Consejo de Europa, 1977), 17, cursiva añadida.

Los derechos a los que se refiere el artículo fueron enumerados expresamente en el artículo 2, que exigió igualmente su respeto con relación a *todas las personas que residieran* en el territorio de los Estados miembros.³⁰⁶

Una vez que el borrador fue trasladado al Comité de Ministros, éste decidió nombrar a un Comité de Expertos gubernamentales, a quienes se encomendó la labor de redactar el Convenio y de tener en cuenta, para ello, el trabajo que se estaba desarrollando en las Naciones Unidas respecto del PIDCP,³⁰⁷ lo cual es una manifestación importante de cómo los redactores del CEDH tuvieron presente en todo momento el trabajo de las Naciones Unidas, aunque el resultado final fuera distinto.³⁰⁸ Como preparación del trabajo a desarrollar por este Comité de Expertos, la Secretaría General del Consejo de Europa presentó un informe en el que se incluía una comparativa del texto del borrador respecto del artículo 2 del PIDP. Según esta comparativa, la formulación del texto del PIDCP en aquel momento era «*all individuals within the States's jurisdiction*».³⁰⁹

La propuesta de sustituir la expresión «*persons residing*» por «*within the jurisdiction*» procedió del representante de Reino Unido, Sir Oscar Dowson, durante la primera sesión del Comité de Expertos en febrero de 1950. Su propuesta fue la siguiente: «Each State party hereto undertakes to ensure to *all individuals within its jurisdiction* the rights defined in this Convention».³¹⁰ El examen de las modificaciones propuestas por todos los miembros del Comité de Expertos, entre ellas las del representante británico, fue encargado a un Subcomité, que confirmó la decisión de adoptar la palabra jurisdicción, aunque no en relación al estudio de la enmienda del Sr. Dowson, sino del representante italiano, el Sr. Perassi, quien sugirió sustituir las palabras «*residing with*» por «*living in*». Así, en su informe, el Subcomité expuso lo siguiente:

«Since the aim of this amendment is to widen as far as possible the categories of persons who are to benefit by the guarantee contained in the Convention, and since the words «*living in*» might give rise to a certain ambiguity, the Sub-Committee proposes that the Committee should adopt the text contained in the draft Covenant of the United Nations Commission: that is, to replace the words «*residing within*» by «*within its jurisdiction*»».³¹¹

³⁰⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Preparatory work on Article 1*, 17.

³⁰⁷ Gondek, *The Reach of Human Rights*, 88.

³⁰⁸ Esta interacción es resaltada también por Juan Antonio Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Tecnos, 2003), 18-19 y por Josep Casadevall, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, (Tirant lo Blanch, 2012), 34.

³⁰⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Preparatory work on Article 1*, 31.

³¹⁰ *Ibid*, 33.

³¹¹ *Ibid*, 34.

De esta manera, en el texto definitivo del artículo 1 que se propuso por el Comité de Expertos al Consejo de Ministros, se incluyó la expresión «*within their jurisdiction*», siguiendo al respecto el texto de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En consecuencia, la propuesta quedó como sigue, y la referencia a «jurisdicción» se mantuvo inalterada desde entonces:

«Article 1. The High Contracting Parties undertake to guarantee to all persons within their jurisdiction the rights listed in Article 3 below».³¹²

En definitiva, las discusiones pretendían evitar términos restrictivos como «residentes», con el fin de expandir «lo máximo posible la categoría de personas» que podrían beneficiarse de la aplicación del CEDH, entre ellas, las personas que se encontraran en el territorio de los Estados aun no siendo residentes en el sentido legal del término. En ningún momento expresaron los redactores su voluntad de sujetar la aplicación del CEDH exclusivamente a las personas que se encontraran en el territorio del Estado, en tanto que utilizaron la expresión más amplia jurisdicción, por lo que no cabe deducir que excluyeran la aplicación extraterritorial del mismo, aunque esta cuestión no formó parte explícitamente de sus discusiones. Además, algunos Estados como Francia, que participaron también en la redacción del PIDCP, rechazaron expresamente la adición «en el territorio» propuesta por Estados Unidos respecto del Pacto, por lo que cabría inferir también que los Estados parte del CEDH no quisieron limitar la cláusula territorialmente.

2. Los trabajos preparatorios del artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

En los primeros borradores del artículo 2.1 del PIDCP, desarrollados durante los años 1947-48, no se incluyó la palabra «territorio», sino simplemente «todos los individuos sujetos a su jurisdicción» (*all individuals within its jurisdiction*).³¹³ La introducción de la referencia al territorio fue propuesta por Estados Unidos en 1949, momento a partir del cual se iniciaron largas discusiones al respecto, que culminaron en la adopción definitiva del texto en 1954. Inicialmente, la propuesta estadounidense fue sustituir las palabras «*within its jurisdiction*» por «*within its territory*», aunque esta redacción fue finalmente rechazada. En un segundo intento de modificar el texto del artículo, Estados Unidos solicitó en 1950 incluir las palabras «*territory and subject to its*» inmediatamente antes que la palabra jurisdicción, de manera que la redacción definitiva quedó como sigue: «*all individuals within its territory and subject to its*

³¹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Preparatory work on Article 1*, 35.

³¹³ Gondek, *The Reach of Human Rights*, 83.

jurisdiction». ³¹⁴ De acuerdo con las explicaciones de la representante de Estados Unidos, la Sra. Roosevelt, sin dicha adición se podría interpretar que los Estados parte estaban obligados a *legislar* respecto de personas que, aunque fuera de su territorio, estuvieran técnicamente bajo su jurisdicción a determinados efectos. Por ejemplo, este sería el caso de las personas en los territorios ocupados de Alemania, Austria y Japón, que estarían sujetos a la jurisdicción de los Estados ocupantes en determinados aspectos, pero debían entenderse fuera del ámbito de aplicación de su legislación. ³¹⁵ Otro ejemplo conflictivo, en su opinión, lo constituían los territorios objeto de arrendamiento entre los Estados, que, aunque arrendados para fines limitados, podrían dar lugar a conflictos entre ambas naciones respecto de los límites del ejercicio de autoridad sobre ellos. El nuevo párrafo primero del artículo 2, tras la modificación, fue aprobado por unanimidad en esta misma sesión de la Comisión de Derechos Humanos. ³¹⁶

En resumen, la incorporación de Estados Unidos pretendió evitar el ejercicio de la *jurisdicción prescriptiva* respecto de territorios extranjeros sujetos en determinados aspectos a la jurisdicción de los Estados, como los territorios ocupados. Del mismo modo, intentó eludir que se plantearan *conflictos de autoridad* sobre los territorios arrendados, como la base militar de Guantánamo, aunque no se hizo referencia explícita a ella. No parece, por tanto, que se pretendiera excluir la aplicación extraterritorial del Pacto en cualquier otro caso, pero tampoco existe claridad respecto del significado de los términos *jurisdicción* o *autoridad* empleados por la representante de Estados Unidos.

Posteriormente, algunos Estados como Francia propusieron, sin éxito, eliminar la limitación territorial pretendida por Estados Unidos y las discusiones sobre este artículo se prolongaron hasta 1954. ³¹⁷ En 1955 el Secretario General resumió de esta manera el debate:

«There was some discussion on the desirability of retaining the words «within its territory». It was thought that the State should not be relieved of its obligations under the covenant to persons who remained within its jurisdiction merely because they were not within its territory. For example, States parties would have to recognize the right of their *nationals* to join associations within their territories even while they were abroad. There might also be a contradiction between the obligation laid down in paragraph 1 and that laid down in some of the other articles, particularly

³¹⁴ Comisión de Derechos Humanos, sexta sesión, *Compilation of the Comments of Governments on the Draft International Covenant on Human Rights and on the Proposed Additional Articles (Memorandum by the Secretary General)*, de 22 de marzo de 1950, UN Doc. E/CN.4/365, 14.

³¹⁵ Comisión de Derechos Humanos, Sixth Session, *Summary Record of the Hundred and Ninety Third Meeting held at Lake Success, New York, on 15 May 1950*, E/CN.4/SR.193, párr. 53.

³¹⁶ Marc J. Bossuyt, *Guide to the «Travaux Préparatoires» of the International Covenant on Civil and Political Rights* (Martinus Nijhoff Publishers, 1987), 56.

³¹⁷ Bossuyt, *Guide to the Travaux Préparatoires*, 54.

article 12, paragraph 2 (b), which provided that anyone should be free to enter his own territory. On the other hand, it was contended that it was not possible for a State to *protect* the rights of persons subject to its jurisdiction when they were outside its territory, in such cases, action would be possible only through diplomatic channels». ³¹⁸

Un último intento de modificar la formulación de este artículo se produjo durante las discusiones del Tercer Comité de la Asamblea General en 1963, en las que algunos Estados mostraron su preocupación porque la fórmula «within its territory» pudiera restringir el ejercicio de determinados derechos por los nacionales situados en el extranjero, como el derecho a acceder a los procedimientos judiciales ante los tribunales de su país. No obstante, el texto se aprobó sin modificación alguna por la Asamblea General. ³¹⁹

En definitiva, según el resumen del Secretario General, parece que la preocupación principal de los Estados que apoyaron el mantenimiento del término «territorio», fue evitar que los Estados parte del PIDCP estuvieran *obligados a proteger* a las personas que estuvieran sujetas a su jurisdicción pero se encontraran fuera de su territorio, protección que debía dejarse a los instrumentos diplomáticos. ³²⁰ El problema residía en las dificultades en que podían encontrarse los Estados para garantizar los derechos del Pacto en un contexto extraterritorial, en concreto en los casos de territorios ocupados o arrendados. Así, la modificación se dirigió a excluir las obligaciones positivas de los Estados en dichos territorios, en tanto que no cabía esperar que los Estados pudieran efectivamente cumplir estas obligaciones en sus actuaciones en el extranjero, pero no pretendía la impunidad de los Estados ante eventuales vulneraciones extraterritoriales de derechos humanos. ³²¹ Por su parte, los Estados que propusieron su eliminación tenían como máxima preocupación la posibilidad de que los nacionales pudieran ejercitar determinados derechos del Pacto, aún encontrándose fuera de su territorio, como el de acceso a los tribunales, el de asociación, o el de entrar en su propio territorio. No obstante, no pueden extraerse conclusiones claras de las discusiones sobre la cuestión de la aplicación extraterritorial del Pacto en otros casos y, respecto de las situaciones de ocupación y arrendamiento de territorios, dada la variedad de términos manejados (jurisdicción prescriptiva, autoridad, obligaciones de proteger), tampoco existe seguridad sobre qué es lo que intentaron excluir exactamente los Estados.

³¹⁸ *Ibid*, cursiva añadida.

³¹⁹ *Ibid*, 54-55.

³²⁰ En este sentido, ver Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, 2ª ed. revisada (N.P. Engel, Publisher, 2005), 43.

³²¹ Gondek, *The Reach of Human Rights*, 99-100.

D. Interpretación de la expresión «en su territorio y sujetos a su jurisdicción» del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El debate sobre la interpretación de la expresión «*todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción*» del artículo 2.1 no quedó zanjado con la aprobación del Pacto en la Asamblea General, sino que continuó siendo una de las cuestiones más controvertidas del Pacto. Los análisis posteriores se han centrado tanto en el propio texto del artículo, fundamentalmente si la expresión debe leerse de manera conjunta («y») o disyuntiva («o»), como en los trabajos preparatorios mencionados. Por esta razón, es conveniente realizar en este momento determinadas precisiones sobre el significado otorgado tanto por el propio Comité de Derechos Humanos, como por la Corte Internacional de Justicia y la doctrina, en tanto que se apartan de la interpretación literal que parecería lógica a primera vista.

La cuestión reviste especial interés si se tiene en cuenta que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece como criterio principal de interpretación el «sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin».³²² Una interpretación literal del texto del artículo 2.1 llevaría a concluir que «encontrarse en el territorio» y «estar sujeto a la jurisdicción del Estado» son dos requisitos que deben darse de manera simultánea para que el Estado deba garantizar los derechos del Pacto a los individuos en cuestión. Sin embargo, como ya fue apuntado por algunos Estados en el proceso de negociación del texto del artículo, esto podría dar lugar a situaciones en las que los nacionales de un determinado Estado no pudieran, por ejemplo, ejercitar sus derechos de asociación o acceso a los tribunales de su país, en caso de encontrarse fuera de su territorio. La literalidad de la interpretación del artículo 2 en estos casos podría dar lugar, por tanto, a resultados «inconsistentes con el objeto y propósito del tratado» o «manifiestamente absurdos», según la opinión de autores como McGoldrick, citando el texto de los artículos 31.1 y 32.b de la CVDT. En concreto, este último permite apartarse del sentido literal del texto cuando la interpretación dada conforme a él «conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable».³²³

McGoldrick propone como alternativa una interpretación de la expresión en la que se otorgue protección tanto a «todos los individuos que se encuentren en el territorio» como a «todos los individuos que estén sujetos a su jurisdicción». Es decir, defiende una interpretación disyuntiva de la expresión fundamentada en el objeto y

³²² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.

³²³ Dominic McGoldrick, «Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights», en Coomans and Kamminga, *Extraterritorial Application*, 45-46.

propósito del PIDCP frente a la «mayor naturalidad» que aportaría una interpretación literal de su texto.³²⁴

Esta línea de razonamiento es la que sigue también el Comité de Derechos Humanos. De acuerdo con su Observación General nº 31 de 2004, el Pacto es aplicable a «todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción». Esto significa, según el Comité, que «un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte *aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte*».³²⁵ Entre los casos de aplicación extraterritorial del Pacto, el Comité incluye las situaciones de los individuos que estén bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas de seguridad de un Estado que actúen fuera de su territorio, con independencia de las circunstancias en las que se adquirió dicha autoridad o control efectivo, incluyendo los supuestos de operaciones internacionales de mantenimiento de la paz.³²⁶ En el mismo sentido se pronuncia el Comité en su última Observación General de 2014, relativa al artículo 9 (libertad y seguridad personales), en la que establece la obligación de los Estados de no detener o recluir de manera arbitraria o ilícita a personas que se hallen fuera de su territorio.³²⁷

Esta jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos no es nueva, sino que la venía aplicando con anterioridad precisamente en supuestos extraterritoriales de detención de personas. Entre las observaciones emitidas por el Comité en los años 80 en los procedimientos de comunicaciones individuales, merece ser destacada la relativa al *Asunto López Burgos contra Uruguay*. En el caso concreto, la demandante denunció el secuestro en Buenos Aires de su marido, a quien se había concedido el estatuto de refugiado político por ACNUR, por fuerzas del cuerpo de seguridad e inteligencia uruguayo, que le retuvieron en Argentina, junto con otros nacionales uruguayos, durante aproximadamente dos semanas, tras lo que procedieron a su traslado clandestino a Uruguay, donde fue torturado y detenido durante casi cuatro meses.³²⁸ El Comité consideró que el hecho de que las actuaciones denunciadas

³²⁴ Dominic McGoldrick, «Extraterritorial Application of the International Covenant», 45-46. Se pronuncian en el mismo sentido, Theodor Meron, «Extraterritoriality of Human Rights Treaties», *The American Journal of International Law* 89 (1995): 79; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 222; Sir Nigel Rodley, «The Extraterritorial Reach and Applicability in Armed Conflict of the International Covenant on Civil and Political Rights: A Rejoinder to Dennis and Sorensen», *European Human Rights Law Review* 14, nº 5 (2009): 633; Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, 43; Sarah Joseph y Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, 3ª ed. (Oxford University Press, 2013), 88.

³²⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, párr. 10, cursiva añadida.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación general nº 35, *Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, de 16 de diciembre de 2014, CCPR/C/GC/35, párr. 63.

³²⁸ Comité de Derechos Humanos, *Sergio Euben López Burgos c. Uruguay*, Comunicación nº R.12/52, U.N. Doc. Supp. Nº 40 (A/36/40), de 29 de julio de 1981, párr. 2.1 y 2.2. (*Asunto López Burgos c. Uruguay*).

hubieran ocurrido en un territorio extranjero no impedía ni el conocimiento del caso por el Comité, ni la eventual declaración de responsabilidad del Estado demandado por la violación por sus agentes de los derechos enunciados en el Pacto, todo ello de conformidad con los artículos 2.1 del Pacto y 1 del Protocolo Facultativo.³²⁹ De esta manera, fundamentó la violación por Uruguay de los derechos del Convenio en la irracionalidad de una interpretación de dichos artículos en otro sentido:

«It would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory».³³⁰

En ese mismo procedimiento el profesor Christian Tomuschat emitió una opinión individual en la que abordó la cuestión de la interpretación del artículo 2.1 del Pacto y de sus trabajos preparatorios que ha inspirado muchos de los trabajos doctrinales posteriores. Coincide el profesor con el Comité en que una interpretación literal de la expresión «within its territory» en el sentido de excluir cualquier responsabilidad por conductas acaecidas fuera del territorio nacional, llevaría a «resultados completamente absurdos». En su parecer, la expresión pretendía incidir sobre las dificultades objetivas que podrían impedir el cumplimiento efectivo del Pacto en determinadas circunstancias. Así, el Estado no tendría capacidad para asegurar el disfrute efectivo de los derechos del Pacto respecto de sus ciudadanos en el extranjero, razón por la cual se instituyó la figura de la protección diplomática. En estas circunstancias, según Tomuschat, existen fundamentos suficientes para negar la aplicación del Pacto. Respecto de la intención de los redactores del Pacto, concluye:

«It was the intention of the drafters, whose sovereign decision cannot be challenged, to restrict the territorial scope of the Covenant in view of such situations where enforcing the Covenant would be likely to encounter exceptional obstacles. Never was it envisaged, however, to grant States parties unfettered discretionary power to carry out wilful and deliberate attacks against the freedom and personal integrity against their citizens living abroad. Consequently, despite the wording of article 2(1), the events which took place outside Uruguay come within the purview of the Covenant».³³¹

Asimismo, la Corte Internacional de Justicia ha integrado en su jurisprudencia la interpretación del artículo 2.1 elaborada por el Comité de Derechos Humanos, de lo cual cabe deducir la importancia y valor como precedente que la Corte otorga a las

³²⁹ Comité de Derechos Humanos, *Asunto López Burgos c. Uruguay*, párr. 12.1 a 12.3.

³³⁰ *Ibid*, párr. 12.3.

³³¹ Comité de Derechos Humanos, *Asunto López Burgos c. Uruguay*, *Appendix, Individual opinión submitted by a member of the Human Rights Committee under rule 94(3) of the Committee's provisional rules of procedure, Communication nº R 12/52, Individual opinión appended to the Committee's views at the request of Mr. Christian Tomuschat*, 7-8.

observaciones del Comité.³³² En referencia a los trabajos preparatorios del precepto, el Tribunal ha considerado que «los redactores no tuvieron la intención de permitir que los Estados eludieran sus obligaciones al ejercer su jurisdicción fuera del territorio nacional. Su única intención fue impedir que las personas residentes en el extranjero hicieran valer, respecto de su Estado de origen, ciertos derechos que no eran de competencia de dicho Estado sino del Estado de residencia».³³³

A la vista de lo anterior, cabe concluir que la lectura más razonable de la cláusula de jurisdicción del PIDPC es aquella que la interpreta de manera disyuntiva, extendiendo su protección no sólo a los individuos que se encuentren dentro del territorio del Estado, sino también a los que se hallen bajo su jurisdicción. Esta interpretación es coherente con las decisiones del Comité de Derechos Humanos, de la Corte Internacional de Justicia y de la mayor parte de la doctrina. Theodor Meron, uno de los primeros autores en abordar la extraterritorialidad de la aplicación de los tratados de derechos humanos incide en la necesidad de interpretar los tratados de *buena fe*, lo cual exige interpretarlos de conformidad con su objeto y fin, esto es, la promoción de los derechos humanos, «incluso cuando dicha interpretación lleva a la extraterritorialidad de las obligaciones» de los Estados. En su opinión «no hay ninguna razón *a priori* para limitar las obligaciones de derechos humanos de los Estados a su territorio nacional».³³⁴

Frente a opiniones de este tipo, no obstante, algunos autores como Dennis y Surena califican las conclusiones del CDH y la Corte Internacional de Justicia como «débiles». Según ambos autores, la interpretación disyuntiva del Comité conllevaría la obligación de los Estados de proteger los derechos del Convenio respecto de cualquier persona que se viera afectada, en cualquier lugar del mundo, por acciones militares de los Estados, incluso en el ejercicio de su derecho de legítima defensa o en las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas, incluyendo la protección frente a las eventuales violaciones de terceros actores. El coste económico que esto podría suponer para los Estados pone en riesgo, según estos autores, su participación en este tipo de misiones.³³⁵ Asimismo, consideran que la única lectura posible de los trabajos preparatorios es aquella que confirma la literalidad del texto del artículo 2.1.³³⁶

³³² Thomas Buergenthal, «The ICJ, Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction», en Stephan Breitenmoser, Marco Sassòli y Beatrice Wagner Pfeifer (eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law* (Dike Verlag, 2007), 148.

³³³ Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre la construcción de un muro en territorio palestino*, 40-41, párr. 109.

³³⁴ Meron, «Extraterritoriality of Human Rights», 80 y 82.

³³⁵ Dennis y Surena, «Application of the International Covenant», 724-725.

³³⁶ Dennis y Surena, «Application of the International Covenant», 727.

E. Conclusiones preliminares sobre la aplicación territorial de los tratados de derechos humanos según el texto de las cláusulas de jurisdicción

La indagación del significado exacto del término *jurisdicción* es necesaria para determinar el alcance territorial de las obligaciones de los Estados parte de los tratados de derechos humanos. Un primer análisis del texto de las cláusulas de jurisdicción indica la gran variedad respecto, por un lado, de las técnicas utilizadas por los tratados para abordar la cuestión de su aplicación territorial y, por otro lado, de las formulaciones existentes en el contexto de aquéllos tratados que optaron por recoger expresamente cláusulas de jurisdicción. Los redactores de estos últimos optaron por emplear dos términos fundamentales para delimitar el ámbito de aplicación espacial: «territorio» y «jurisdicción», aunque las expresiones concretas que recogieron son muy diversas, similares en algunos casos, pero nunca idénticas.

Algunos tratados exigen que las personas sean quienes queden sujetas a la jurisdicción del Estado, otros, el territorio y otros, las personas y/o el territorio. La exigencia cumulativa de la presencia de las personas en el territorio del Estado y su sujeción a la jurisdicción del Estado se encuentra únicamente en el PIDCP, aunque su interpretación más razonable es que protege tanto a las personas que se encuentren en el territorio, como a las personas que se hallen sujetas a la jurisdicción del Estado. Esta interpretación es la más consistente con el objeto y fin del Pacto ya que de otra manera, quedarían excluidos de protección, por ejemplo, los nacionales del Estado cuando se encuentren fuera de su territorio en cuanto al ejercicio de ciertos derechos como el de asociación y a los recursos ante los tribunales internos. Esta ha sido, además, la interpretación seguida por el Comité de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia y la doctrina mayoritaria.

Ninguna de las cláusulas de jurisdicción analizadas especifica los criterios que deben concurrir para identificar cuándo las personas o el territorio quedan sujetos a la jurisdicción del Estado. Los trabajos preparatorios analizados tampoco arrojan luz sobre esta cuestión. No obstante, ni el texto de las cláusulas ni sus trabajos preparatorios excluyen la aplicación extraterritorial de los tratados en cuestión. En particular, del análisis de los trabajos preparatorios del PIDCP, cuyo texto es el más restrictivo en la materia, puede deducirse que el motivo de preocupación para los Estados negociadores fueron las dificultades con las que se podían encontrar los Estados para proteger los derechos del Pacto en un contexto extraterritorial, en particular, para desplegar de manera efectiva sus obligaciones positivas de garantizar tales derechos en el extranjero. En definitiva, el objeto de inquietud fue que no se extendieran las obligaciones de los Estados más allá de lo que éstos de manera realista

podían asumir, pero no pretendió excluir la responsabilidad de los Estados ante eventuales vulneraciones de derechos humanos en un contexto extraterritorial.

Ante la imprecisión que arrojan los textos de las cláusulas de jurisdicción y sus trabajos preparatorios, adquiere particular importancia el estudio de las opiniones doctrinales y de la jurisprudencia en la materia, como medios auxiliares para la determinación de las reglas del Derecho Internacional, tal como prescribe el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.³³⁷ Muchas de las opiniones doctrinales han sido ya mencionadas con anterioridad. El análisis de la jurisprudencia, tanto de los tribunales internacionales, como de los órganos supervisores de los tratados de derechos humanos, será acometida en el epígrafe que sigue.

V. La jurisdicción extraterritorial en la jurisprudencia internacional

Una vez identificados los principales problemas con relación a la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos, el contexto normativo deducido de las principales cláusulas de jurisdicción y de sus trabajos preparatorios, el objeto de este epígrafe es examinar la interpretación de las cláusulas de jurisdicción por parte de la jurisprudencia internacional. La relevancia de los pronunciamientos jurisprudenciales es indudable en tanto que fuente auxiliar o subsidiaria del Derecho Internacional, máxime en un ámbito como el que es objeto de este estudio en el que el texto de las normas internacionales es tan impreciso.

La contribución de la jurisprudencia internacional a la concreción del significado del término jurisdicción es muy significativo, hasta el punto de que podría afirmarse que ha construido una teoría de la jurisdicción extraterritorial en materia de derechos humanos. El tribunal que ha contribuido en mayor medida en este cometido es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia en la materia es la más extensa e influyente.³³⁸ Por esta razón, este apartado se centrará de manera especial en sus sentencias, aunque también serán analizadas las de otros tribunales como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, se analizarán las resoluciones de los órganos supervisores de los tratados de derechos humanos en los procedimientos de comunicaciones individuales, como el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y la Comisión

³³⁷ Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, Anexo, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38.1.d.

³³⁸ Gondek, *The Reach of Human Rights*, 123; Milanovic, *Extraterritorial Application*, 4; González Vega, «¿Colmando los Espacios de “No Derecho”?», 148.

Interamericana de Derechos Humanos, cuyo valor interpretativo es también incuestionable, en tanto que desarrollan una función cuasi-judicial.

Se trata, por tanto, de aportar una visión de conjunto, en la que se tienen en cuenta las interacciones mutuas entre los citados tribunales y órganos supervisores. Lejos de suponer una fragmentación del Derecho Internacional en esta materia, el análisis conjunto de su jurisprudencia, aunque con algunas variaciones, demuestra una coherencia conceptual en materia de aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos, lo cual no significa una identidad en el sentido de los fallos, sino un reconocimiento por los diversos tribunales y órganos de la relevancia de los pronunciamientos emitidos por los demás.³³⁹

La estructura del apartado no expone los pronunciamientos jurisprudenciales en orden cronológico, sino que sigue la sistematización de principios propuesta por el TEDH en el caso que se puede calificar como el más influyente hasta el momento, el *Asunto Al-Skeini y Otros c. Reino Unido*.³⁴⁰ Aunque referida lógicamente a la interpretación de la cláusula de jurisdicción del CEDH, la sentencia del TEDH en este asunto puede considerarse el intento más destacado de establecer un sistema y unos principios generales en materia de jurisdicción extraterritorial de los Estados, razón por la cual se utiliza como hilo conductor en este epígrafe. A partir de este pronunciamiento, puede observarse en el Tribunal una tendencia más expansiva en cuanto a la aplicación extraterritorial del CEDH, sobre el fundamento de un modelo personal de jurisdicción. Este modelo, que el Tribunal denomina «autoridad y control de los agentes del Estado», permite extender la jurisdicción del Estado más allá de sus fronteras, a través del control ejercido sobre las personas por sus agentes. Es, por tanto, notablemente menos restrictivo que el modelo territorial, que requiere el ejercicio del «control efectivo» sobre un área, al que se ciñó el Tribunal en el *Asunto Bankovic y Otros c. Bélgica y Otros*,³⁴¹ una de las sentencias que ha dado lugar, sin duda, a un mayor debate doctrinal. Las resoluciones posteriores del TEDH han seguido mayoritariamente estos principios, por lo que se prestará mayor atención a estos pronunciamientos del Tribunal, aunque sin obviar ciertos desvíos en algunos casos particulares.

³³⁹ Buergenthal, «The ICJ, Human Rights», 149-150.

³⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Asunto Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, Demanda nº 55721/07, sentencia de 15 de junio de 2011.

³⁴¹ TEDH, Gran Sala, *Decisión de admisibilidad de la Demanda nº 52207/99 presentada por Vlastimir and Borka Bankovic, Zivana Stojanovic, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimovic y Dragan Sukovic c. Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y Gran Bretaña*, 12 de diciembre de 2001, párr. 61. («Asunto Bankovic y otros c. Bélgica y otros» o «Asunto Bankovic»).

Concretamente, en el epígrafe que sigue, se hace referencia a los principios en materia de jurisdicción extraterritorial propuestos por el TEDH en el *Asunto Al-Skeini*, que serán desarrollados sucesivamente en los epígrafes subsiguientes.

A. Los principios en materia de jurisdicción extraterritorial propuestos por el TEDH en el *Asunto Al-Skeini*

La sentencia del TEDH en el *Asunto Al-Skeini y Otros c. Reino Unido* constituye, por el momento, el intento más significativo de construir una teoría sobre la jurisdicción extraterritorial de los Estados. En esta resolución el Tribunal no sólo ha pretendido revisar su jurisprudencia anterior, contradictoria en algunos aspectos, sino también concretar las circunstancias exactas que permiten extender la jurisdicción de los Estados más allá de sus fronteras,³⁴² a través de una serie de principios expuestos a continuación, no sin antes hacer un breve relato de los hechos y del fallo del Tribunal en el asunto en cuestión.

Los demandantes en este asunto son los familiares de seis civiles iraquíes que murieron en Irak durante la ocupación entre mayo de 2003 y junio de 2004 de la Fuerza Multinacional liderada por Estados Unidos. En todos los fallecimientos se vieron involucrados soldados del ejército de Reino Unido, que estaba al mando de la División Multinacional localizada en el Sudeste del país. El primer ciudadano iraquí fue disparado mientras caminaba por la calle, el segundo y tercero durante una redada de las fuerzas iraquíes en sus respectivos domicilios, el cuarto mientras conducía un vehículo, el quinto había sido detenido junto con otros jóvenes iraquíes por haber intervenido supuestamente en actividades de saqueo y murió ahogado en un río tras haber sido forzado a introducirse en él por los soldados británicos. Finalmente, el sexto murió mientras se encontraba bajo la custodia del ejército británico tres días después de su arresto.³⁴³ Los demandantes alegaron el incumplimiento por Reino Unido de su obligación de realizar una investigación adecuada y efectiva sobre la muerte de sus familiares, de conformidad con el artículo 2 del CEDH. En su fallo, el TEDH consideró

³⁴² Samantha Miko, «Al Skeini v. United Kingdom and Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention for Human Rights», *Boston College International and Comparative Law Review* 35, nº 3 (2013): 63. Ver también los análisis de esta sentencia propuestos por Mark Schaefer, «Al-Skeini and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction», *European Human Rights Law Review* 2011, nº 5 (2011): 566-581; Marko Milanovic, «Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg», *The European Journal of International Law* 23, nº 1 (2012): 121-139; Misa Zgonec-Rozej, «Al-Skeini v. United Kingdom», *The American Journal of International Law* 106, nº 1 (2012): 131-137; Barbara Miltner, «Revisiting Extraterritoriality after Al-Skeini: The ECHR and Its Lessons», *Michigan Journal of International Law* 33, nº 4 (2012): 693-747.

³⁴³ TEDH, *Al Skeini and Others c. Reino Unido*, párr. 33-71.

existente tal infracción.³⁴⁴ Previamente, había determinado la jurisdicción de Reino Unido sobre todos los fallecidos, conforme al siguiente razonamiento:

«(...) Following the removal from power of the Ba'ath regime and until the accession of the interim Iraqi government, the United Kingdom (together with the United States of America) assumed in Iraq the *exercise of some of the public powers normally to be exercised by a sovereign government*. In particular, the United Kingdom assumed authority and responsibility for the maintenance of security in south-east Iraq. In these exceptional circumstances, the Court considers that the United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basra during the period in question, exercised authority and control over individuals killed in the course of such security operations, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention.³⁴⁵

La *ratio decidendi* del Tribunal es, por lo tanto, el «ejercicio de algunos de los poderes públicos que normalmente se ejercitan por un gobierno soberano». Esta argumentación permite al Tribunal considerar que los agentes británicos ejercieron «autoridad y control» sobre los fallecidos, criterio que permite afirmar la jurisdicción de Reino Unido sobre ellos.

El primer principio general que establece el TEDH en *Al-Skeini* respecto del concepto de jurisdicción del artículo 1 del CEDH es el de la jurisdicción como «criterio límite» que debe concurrir necesariamente para que nazcan las obligaciones del Estado estipuladas el CEDH. Este principio será referido en el apartado B siguiente. A continuación, el Tribunal formula el principio de la naturaleza «esencialmente territorial» de la noción de jurisdicción, a cuyo estudio se dedicará el apartado C. El principio esencial de territorialidad admite excepciones, no obstante, que son formuladas en forma de «bases o fundamentos de extraterritorialidad» por el Tribunal que, por la sistematización de principios que contienen, pueden considerarse verdaderos sistemas o modelos de extraterritorialidad. Una primera base de extraterritorialidad es el ejercicio de «control efectivo sobre un área», que será estudiado en el epígrafe D junto con las principales sentencias que lo siguen. La segunda base de extraterritorialidad es el ejercicio de «autoridad y control de los agentes estatales», a la que se hará referencia en el epígrafe E, en el que se especificarán también las diversas modalidades en las que el Tribunal sistematiza los supuestos a los que se aplica esta base de extraterritorialidad. Finalmente, el Tribunal modifica su jurisprudencia anterior sobre «el espacio jurídico del Convenio»,

³⁴⁴ Respecto del sexto de los civiles, el TEDH consideró que sus familiares no ostentaban el estatuto de víctimas a efectos del procedimiento seguido ante el Tribunal, ya que había sido investigado por las autoridades británicas y en el curso de los recursos internos las partes llegaron a un acuerdo en virtud del cual las víctimas fueron compensadas económicamente. Ver, TEDH, *Al Skeini and Others c. Reino Unido*, párr. 68-71.

³⁴⁵ TEDH, *Al Skeini and Others c. Reino Unido*, párr. 149, cursiva añadida.

establecida fundamentalmente en el *Asunto Bankovic*. Este último principio establecido por el Tribunal no será objeto de un análisis separado sino que se analizará en el epígrafe D junto con la sentencia dictada en dicho asunto.

Si bien es loable el esfuerzo de sistematización de principios realizado por el TEDH en el *Asunto Al-Skeini*, el fallo adoptado por el Tribunal puede resultar cuestionable, no por su sentido condenatorio de las actuaciones de Reino Unido, sino por la aplicación concreta al caso de los principios que establece. La valoración de este fallo se realizará en el epígrafe E, junto con el modelo de la «autoridad y control de los agentes estatales» en el que se incardina esta sentencia.

B. La jurisdicción como «criterio límite» de la jurisdicción de los Estados

El primer fundamento presentado por el TEDH en el *Asunto Al-Skeini* bajo el título «principios generales relativos a la jurisdicción conforme al artículo 1 del CEDH» se basa en la idea de la jurisdicción como un «criterio límite» o «criterio umbral».³⁴⁶ Conforme al Tribunal:

«The engagement undertaken by a Contracting State is *confined* to securing («reconnaitre» in the French text) the listed rights and freedoms to persons within its own jurisdiction».³⁴⁷

El punto de partida para el Tribunal es, por tanto, que la jurisdicción actúa como un límite a la extensión de las obligaciones de los Estados conforme al Convenio. Así, la jurisdicción funciona como un criterio umbral («threshold criterion») o condición necesaria delimitadora de los compromisos asumidos por los Estados. Al explicar en qué consiste este criterio umbral, el TEDH realiza la siguiente afirmación:

«The exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention».³⁴⁸

En este punto, el Tribunal reproduce un principio que ya había establecido anteriormente,³⁴⁹ respecto del cual podría requerirse al Tribunal una mayor claridad

³⁴⁶ *Ibid*, párr. 130.

³⁴⁷ *Ibid*.

³⁴⁸ *Ibid*.

³⁴⁹ TEDH, Gran Sala, *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia*, Demanda nº 48787/99, sentencia de 7 de mayo de 2004, párr. 311; TEDH, *Decisión sobre la Admisibilidad de la Demanda nº 44587/98, presentada por Maria Isaak y otros contra Turquía*, 28 de septiembre de 2006, 19; TEDH, *Decisión*

respecto de la delimitación entre los conceptos de jurisdicción, por un lado, y responsabilidad y atribución o imputabilidad, por otro. Para el TEDH la jurisdicción es una condición necesaria para que un Estado parte pueda ser *declarado responsable* de los actos u omisiones *que le sean imputables*, que constituyan una infracción de los derechos y libertades establecidas en el Convenio. No obstante, como se explicó anteriormente, la mayor parte de la doctrina ha trazado una distinción más nítida entre estos conceptos, al considerar que la jurisdicción es un criterio umbral o condición necesaria para el *nacimiento de las obligaciones* derivadas del Convenio, es decir, para determinar si el propio Convenio resulta de aplicación al caso concreto o no. Una vez determinado que el Convenio es de aplicación y, por tanto, que han surgido las obligaciones del Estado en el asunto concreto, el siguiente estadio en el análisis es determinar si concurren los dos elementos establecidos por el artículo 2 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI, es decir, la atribución de los actos u omisiones al Estado y que los mismos constituyan una violación de las obligaciones del Estado según el Convenio.³⁵⁰

En esta misma sentencia, no obstante, el tribunal parece reconocer el vínculo entre la existencia de la jurisdicción y el nacimiento de las obligaciones del Convenio de manera más clara, aunque en referencia al modelo de autoridad y control de los agentes estatales:

«It is clear that, whenever the State (...) exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, *the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section I of the Convention* (...).».³⁵¹

Asimismo, en sentencias posteriores, como las dictadas Asuntos *Catan y otros c. Moldavia y Rusia*³⁵² de 2012 y *Jaloud c. Países Bajos* de 2014 distingue claramente entre la noción de la jurisdicción según el artículo 1 y el examen de la responsabilidad del Estado por un acto internacionalmente ilícito:

«(...) the test for establishing the existence of «jurisdiction» under Article 1 of the Convention has never been equated with the test for establishing a State's responsibility for an internationally wrongful act under international law». ³⁵³

Respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado también la conexión entre la jurisdicción y el

sobre la Admisibilidad de la Demanda nº 54591/00, presentada por Andreas Manitaras y otros contra Turquía, 3 de junio de 2008, párr 25.

³⁵⁰ Ver discusión sobre jurisdicción y responsabilidad en el apartado III.B de este capítulo.

³⁵¹ TEDH, *Asunto Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, párr. 137.

³⁵² TEDH, *Asunto Catan y Otros contra Moldavia y Rusia*, párr. 115.

³⁵³ TEDH, *Asunto Jaloud c. Países Bajos*, párr. 154.

nacimiento de las obligaciones de los Estados parte. Así, en su Observación General nº 31 reconoce lo siguiente:

«En el artículo 2 se define el alcance de las obligaciones jurídicas contraídas por sus Estados parte en el Pacto. Se impone a los Estados Parte la obligación general de respetar los derechos reconocidos en el pacto y de garantizar su disfrute a todos los individuos que estén en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción».³⁵⁴

C. La jurisdicción como noción «esencialmente territorial» y sus excepciones: los modelos de jurisdicción extraterritorial

El segundo principio que sistematiza el TEDH en el *Asunto Al-Skeini* es el principio de territorialidad. Como se ha expuesto anteriormente, la noción de jurisdicción es esencialmente territorial y, en consecuencia, existe una presunción de territorialidad respecto del ejercicio de jurisdicción por los Estados, conforme a la cual se entiende que éstos la ejercitan habitualmente dentro de su propio territorio.

Este principio ha sido declarado por el TEDH a lo largo de toda su jurisprudencia en la materia. En el célebre *Asunto Soering c. Reino Unido* de 1989,³⁵⁵ aunque no se enjuiciaban actos de naturaleza extraterritorial, sino los efectos extraterritoriales de un acto adoptado en el propio territorio del Estado demandado, esto es, la decisión de extraditar a un individuo que se encontraba en el mismo, el TEDH ya estableció que el Artículo 1 impone un límite territorial a la aplicación del CEDH:

«Article 1 of the Convention (...), sets a limit, notably territorial, on the reach of the Convention. In particular, the engagement undertaken by a Contracting State is confined to «securing» («reconnaître» in the French text) the listed rights and freedoms to persons within its own «jurisdiction»».³⁵⁶

Sin perjuicio de los pronunciamientos iniciales del Tribunal en los asuntos del Norte de Chipre,³⁵⁷ es, sin duda, en el *Asunto Bankovic* de 2001 donde el Tribunal afirma con mayor contundencia el principio de territorialidad, hasta el punto que la

³⁵⁴ Comité de Derechos Humanos, *Observación General nº 31*, párr.3.

³⁵⁵ TEDH, *Asunto Soering c. Reino Unido*, demanda nº 14038/88, de 7 de julio de 1989.

³⁵⁶ *Ibid*, párr. 86. En este caso el demandante se encontraba detenido en Reino Unido a la espera de que fuera ejecutada una orden de extradición a Estados Unidos, donde se le acusaba de haber asesinado a los padres de su novia (párr. 11 y 13). En su demanda alegaba la vulneración por Reino Unido, entre otros, del artículo 3 del Convenio, debido a la alta probabilidad de que fuera condenado a pena de muerte en Estados Unidos en caso de ser extraditado. En particular, de ser extraditado, tendría que sufrir el llamado «fenómeno del corredor de la muerte», lo cual supondría su sometimiento a los tratos y penas inhumanas y degradantes prohibidas por dicho artículo (párr. 76). El Tribunal resolvió que la decisión de las autoridades británicas de extraditar al demandante, en caso de ser implementadas, darían lugar a una violación del Artículo 3 del Convenio (párr. 111).

³⁵⁷ Ver apartado D.1. siguiente.

doctrina consideró que se había producido un fenómeno de «reterritorialización» del CEDH.³⁵⁸ Así, según el Tribunal:

«(...) Article 1 of the Convention must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction, other bases of jurisdiction being *exceptional* and requiring special justification in the particular circumstances of each case».³⁵⁹

La sentencia del TEDH en el *Asunto Bankovic* ha sido una de las que ha generado mayor controversia entre la doctrina. Una de las principales críticas es precisamente que al elaborar su argumentación sobre el principio de territorialidad, confunde los diversos sentidos de la jurisdicción en el Derecho Internacional general y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³⁶⁰ Así, el «sentido ordinario y esencialmente territorial» de la noción de jurisdicción a la que se refiere el Tribunal en el párrafo citado más arriba, es el establecido en el Derecho Internacional general, es decir el ejercicio de las competencias prescriptiva, ejecutiva y judicial que se estudiaron en el capítulo 2, que no puede confundirse con el sentido de la jurisdicción establecida en el artículo 1 del CEDH. Esta sentencia marcó un antes y un después en la jurisprudencia del TEDH en la materia, ya que el TEDH enunció principios nuevos que no habían sido establecidos hasta el momento y que contradecían su jurisprudencia anterior.³⁶¹ Es conveniente, por ello, realizar un análisis separado de este pronunciamiento, que se aborda en el subapartado siguiente, que sirve también como punto de partida de la comparativa con la jurisprudencia posterior del TEDH, fundamentalmente el *Asunto Al-Skeini* en el que el TEDH se aparta, aunque no explícitamente, de algunos de los principios establecidos en *Bankovic* y otros los descarta de manera expresa.

El principio del carácter territorial de la noción de jurisdicción es también acogido tanto por la Corte Internacional de Justicia. Ésta, en su *Opinión Consultiva sobre la construcción de un muro en territorio palestino*, afirmó que este principio no impide la aplicación extraterritorial del PIDCP:

«La Corte señala que, si bien la jurisdicción de los Estados es *primordialmente territorial*, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y el fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parece lógico pensar que, aunque así sea, los Estados que son parte en el Pacto están

³⁵⁸ Gérard Cohen-Jonathan y Jean-François Flauss, «Cour européenne des droits de l'homme et droit international général», *Annuaire Français de Droit International* 48, (2002): 676; González Vega, «¿Colmando los Espacios de "No Derecho"?», 153.

³⁵⁹ TEDH, *Asunto Bankovic y otros c. Bélgica y otros*, párr. 61.

³⁶⁰ Ver, en este sentido, las críticas incluidas en el apartado III.G del capítulo 2.

³⁶¹ Un análisis comparativo respecto de la jurisprudencia anterior del Tribunal se realiza en Juan Miguel Ortega Terol y Ángel Sánchez Legido, «Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo* 3 (2002): 498-509.

obligados a cumplir sus disposiciones.³⁶²

Asimismo, debe destacarse que determinadas cláusulas de jurisdicción, en particular el artículo 2.1 de la Convención contra la Tortura, establecen como criterio para aplicar el Convenio la sujeción del territorio a la jurisdicción del Estado, a diferencia de la mayor parte de los demás tratados mencionados, que se refieren a personas o individuos. Una lectura restrictiva de esta expresión, podría generar dudas sobre si su aplicación se limita al propio territorio de los Estados parte, aunque, si se analiza con más detenimiento, esta interpretación queda descartada rápidamente. Así, el artículo 2.1 establece que «todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura *en todo territorio que esté bajo su jurisdicción*».³⁶³ La referencia a «todo territorio bajo su jurisdicción» excluye de manera indudable que el Convenio se aplique únicamente a los territorios bajo la soberanía o titularidad del Estado. Así se ha interpretado por el Comité contra la Tortura, que, vinculando esta cláusula al carácter no derogable de la prohibición contra la tortura, considera que la Convención es aplicable a cualquier territorio o lugar bajo el control *de jure* o *de facto* del Estado:

«The Committee also understands that the concept of «any territory under its jurisdiction», linked as it is with the principle of non-derogability, includes any territory or facilities and must be applied to protect any person, citizen or non-citizen without discrimination *subject to the de jure or de facto control of a State party*».³⁶⁴

Una vez determinado el principio fundamental en la materia, el Tribunal reconoce en el *Asunto Al-Skeini* que existen «circunstancias excepcionales» en las que se puede producir el ejercicio de jurisdicción por los Estados fuera de sus fronteras. La existencia de estas circunstancias debe determinarse, según el tribunal, en cada caso concreto en función de los hechos particulares en cuestión.³⁶⁵ Estas «bases excepcionales» de jurisdicción han sido sistematizadas por el Tribunal en dos grandes grupos: por un lado, el «control efectivo sobre una zona» (*effective control over an area*)³⁶⁶ y, por otro lado, la «autoridad y control de los agentes estatales» sobre individuos (*state agent authority and control*).³⁶⁷ Estas bases han sido también denominadas por la doctrina, respectivamente, «modelo territorial o espacial» y «modelo personal» de la jurisdicción extraterritorial. A su estudio se dedican los dos apartados que siguen.

³⁶² Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre la construcción de un muro en territorio palestino*, párr. 109, cursiva añadida.

³⁶³ Convención contra la Tortura, artículo 2.1.

³⁶⁴ Comité contra la Tortura, Comentario General nº 2, párr. 7 y 16.

³⁶⁵ TEDH, *Asunto Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, párr. 55.

³⁶⁶ *Ibid*, párr. 138-140.

³⁶⁷ *Ibid*, párr. 133-137.

1. El principio de territorialidad en *Bankovic y Otros c. Bélgica y Otros*

En la decisión en el *Asunto Bankovic y Otros c. Bélgica y Otros*, el TEDH lleva hasta sus máximas consecuencias el principio de territorialidad. Como se ha mencionado, Bankovic es uno de los máximos exponente del modelo territorial, que el Tribunal aplica de una manera muy restrictiva que no había tenido precedentes hasta el momento. No debe olvidarse que el fallo se emitió el 12 de diciembre de 2001, tres meses más tarde del ataque terrorista contra las torres gemelas, en un momento en el que se preveía un incremento de las intervenciones militares extraterritoriales de los Estados parte del Consejo de Europa como parte de sus campañas de lucha contra el terrorismo.

Los hechos se remontan a los ataques aéreos de la OTAN en la entonces República Federal de Yugoslavia entre marzo y junio de 1999, tras la ruptura de las negociaciones de las partes en el conflicto de Kosovo. El 23 de abril de 1999 uno de los edificios de la Radio Televisión Serbia fue alcanzado por un misil de la OTAN, como consecuencia del cual murieron 16 personas y otras 16 resultaron gravemente heridas.³⁶⁸ En su demanda, los familiares de los fallecidos denunciaron la violación por los Estados demandados de los artículos 2 (derecho a la vida), 10 (libertad de expresión) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del CEDH.³⁶⁹ El Tribunal en su fallo negó la existencia de un vínculo jurisdiccional entre las víctimas del bombardeo y los Estados demandados, por lo que declaró inadmisibile la demanda.³⁷⁰

Los Gobiernos demandados alegaron la falta de jurisdicción del Tribunal, término cuyo significado debía ser indagado, en su opinión, en el Derecho Internacional general. Conforme a éste, la jurisdicción debe implicar el ejercicio de «autoridad legal sobre personas que deben tributo a ese Estado, o que están bajo su control». El término jurisdicción, según los demandados, conlleva una forma de «relación estructurada» entre el Estado y los individuos que es preciso que exista durante cierto periodo de tiempo. Alegaron, asimismo, su falta de imputabilidad, en tanto que el bombardeo no era atribuible a ellos sino a la OTAN, cuya personalidad jurídica era diferente y, además, no era parte del CEDH.³⁷¹

Los demandantes, por su parte, fundamentaron sus alegaciones principalmente en la interpretación del término jurisdicción en los casos del Norte de Chipre, en los que el TEDH había admitido la aplicación extraterritorial del Convenio. El Tribunal realizó la siguiente reinterpretación de su jurisprudencia en dichos casos:

³⁶⁸ TEDH, *Asunto Bankovic y Otros c. Bélgica y Otros*, párr. 6-10.

³⁶⁹ *Ibid*, párr. 28.

³⁷⁰ *Ibid*, párr. 82.

³⁷¹ *Ibid*, párr. 31-32.

«In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is *exceptional*: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, *exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government*».³⁷²

Por primera vez el TEDH exige el ejercicio por el Estado de «poderes públicos» para que se pueda entender que está ejerciendo jurisdicción. Es decir, se aparta de su concepción anterior de jurisdicción como criterio *de facto* y requiere una relación de carácter jurídico entre el Estado y los individuos afectados por su actuación. Asimismo, reconoce la excepcionalidad de la jurisdicción extraterritorial, esto es, la apreciación de la jurisdicción extraterritorial de los Estados en los asuntos precedentes había sido completamente excepcional.

Asimismo, lo demandantes invocaron que el criterio del control efectivo desarrollado por el Tribunal en los casos del Norte de Chipre debía interpretarse de manera gradual. Es decir, en su opinión, los Estados parte quedaban obligados en un contexto extraterritorial a desplegar sus obligaciones positivas de asegurar los derechos del Convenio de una manera proporcional al grado de control ejercido en el caso en cuestión. Frente a esta alegación, el TEDH respondió lo siguiente:

«The Court considers that the applicants' submission is tantamount to arguing that anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention.

The Court is inclined to agree with the Governments' submission that the text of Article 1 does not accommodate such an approach to «jurisdiction»».³⁷³

El Tribunal afirma, por tanto, que las obligaciones positivas que se desprenden del artículo 1 del CEDH no pueden ser «divididas y acomodadas» de conformidad con las circunstancias particulares del acto extraterritorial. La concepción del concepto de jurisdicción mantenida por los demandantes era tan extensiva que haría superflua y carente de sentido la expresión «within its jurisdiction» enunciada por el artículo 1.³⁷⁴ Este es, no obstante, uno de los argumentos que deben entenderse descartados definitivamente conforme a la sistematización de principios que realizó *Al-Skeini*. Así, en esta sentencia el Tribunal afirmó lo siguiente, en su diseño del modelo personal de jurisdicción:

³⁷² *Ibid*, párr.71, cursiva añadida.

³⁷³ *Ibid*, párr.75.

³⁷⁴ *Ibid*.

«It is clear that, whenever the State, through its agents, exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, *the State is under an obligation under Article 1 to secure* to that individual the rights and freedoms under Section I of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Convention rights can be «divided and tailored».³⁷⁵

Finalmente, los demandantes en *Bankovic* adujeron que, de no resultar aplicable el CEDH al caso, el cumplimiento de su misión como instrumento de orden público quedaría socavado, y dejaría un vacío en su sistema legal de protección, de conformidad a lo que el TEDH había afirmado en sus sentencias del Norte de Chipre.³⁷⁶ La contestación del Tribunal a estas alegaciones constituye uno de los pasajes de la sentencia que mayores críticas ha recibido:

«The Court's obligation, in this respect, is to have regard to the special character of the Convention as a constitutional instrument of *European* public order for the protection of individual human beings and its role, as set out in Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of *the engagements undertaken* by the Contracting Parties. It is therefore difficult to contend that a failure to accept the extra-territorial jurisdiction of the respondent States would fall foul of the Convention's *ordre public* objective, which itself underlines the essentially regional vocation of the Convention system, or of Article 19 of the Convention which does not shed any particular light on the territorial ambit of that system.

In short, the Convention is a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 of the Convention, in an essentially regional context and notably in the legal space (*espace juridique*) of the Contracting States. The FRY clearly does not fall within this legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States. Accordingly, the desirability of avoiding a gap or vacuum in human rights' protection has so far been relied on by the Court in favour of establishing jurisdiction only when the territory in question was one that, but for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention».³⁷⁷

Una de las mayores dificultades que plantea este fragmento es que podría hacer pensar que, en caso de haber estado localizada la estación de radio televisión dentro del «espacio jurídico europeo», el Tribunal hubiera declarado la responsabilidad de los Estados demandados. Consecuentemente, un bombardeo sería un acto extraterritorial suficiente para la sujeción de las víctimas a la jurisdicción del Estado. La mayor parte de la doctrina opina, no obstante, que con estas afirmaciones el Tribunal no pretende limitar la aplicación del Convenio exclusivamente al territorio de los Estados parte del Consejo de Europa. La interpretación más razonable, a su parecer, es considerar que el CEDH no estaba diseñado para aplicarse en todo el mundo, lo cual no quiere decir que

³⁷⁵ TEDH, *Asunto Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, párr. 137.

³⁷⁶ TEDH, *Asunto Bankovic y Otros c. Bélgica y Otros*, párr.79-80.

³⁷⁷ *Ibid*, párr. 80.

su aplicación fuera del territorio de los Estados parte del CEDH esté excluida. El propio Tribunal reconoce la aplicación extraterritorial fuera del espacio jurídico europeo cuando un Estado parte, a través del control efectivo de un territorio y su población, ejerce en él poderes públicos. Lo que pretende realmente el Tribunal es contrarrestar la argumentación de los demandantes de que se estaba socavando la misión de garantizar el orden público implícita en el CEDH.³⁷⁸

Otro motivo de crítica fue que este pasaje tan restrictivo inspiró posteriormente las alegaciones de los Estados demandados, tanto en los procedimientos ante el Tribunal como en los procedimientos internos, entre ellos, el seguido en los tribunales británicos que anterioridad a la demanda presentada ante el TEDH en el *Asunto Al-Skeini*.³⁷⁹

En conclusión, el TEDH reinterpreta en esta sentencia su concepción de jurisdicción a la luz del principio de territorialidad, aunque, como destacan Ortega Terol y Sánchez Legido, el Tribunal no reconoce expresamente una ruptura con su jurisprudencia anterior.³⁸⁰ En esta nueva concepción, el ejercicio de la jurisdicción queda vinculada a los supuestos permitidos por el Derecho Internacional general y su apreciación en un contexto extraterritorial es completamente excepcional y requiere de una justificación especial. Dicha justificación se produce cuando el Estado ejerce un «control efectivo del territorio», cuyo significado reinterpreta también el Tribunal, ya que exige, por primera vez, el ejercicio de «poderes públicos» en el extranjero, bien con el consentimiento, invitación o aquiescencia del Gobierno de dicho territorio, o bien como consecuencia de su ocupación militar. Entre dichos supuestos excepcionales no se incluyen, por tanto, otro tipo de intervenciones militares que no conlleven la ocupación militar del Estado actuante. Finalmente, los derechos del CEDH no pueden ser divididos y acomodados según las circunstancias del acto extraterritorial, sino que su aplicación debe realizarse «en bloque». En definitiva, el Tribunal afirma que el CEDH es un instrumento esencialmente regional que opera dentro del espacio jurídico de los Estados parte del Consejo de Europa.

Para terminar, es preciso adelantar que esta concepción territorialista de la jurisdicción ha quedado muy diluida en la jurisprudencia posterior del Tribunal.

³⁷⁸ Lawson, «Life after Bankovic», 114. En el mismo sentido, Ralph Wilde, 'The Legal Space' or 'Espace Juridique' of the European Convention on Human Rights: Is It Relevant to Extraterritorial State Action?, *European Human Rights Law Review* 10, nº 2 (2005):120.

³⁷⁹ Wilde, «The 'Legal Space'», 124.

³⁸⁰ Ortega Terol y Sánchez Legido, «Orden Público Europeo», 507.

D. El «control efectivo sobre un área» o el modelo territorial

Una de las dos bases extraterritoriales de jurisdicción sistematizadas por el TEDH en *Al-Skeini* se identifica con el llamado modelo territorial. En este modelo es el «control efectivo sobre un área», de acuerdo con la expresión literal utilizada por el Tribunal, el que permite apreciar el ejercicio de jurisdicción por el Estado y, por tanto, lo que determina la propia aplicación del Convenio. El Tribunal define este modelo como sigue:

«Another exception to the principle that jurisdiction under Article 1 is limited to a State's own territory occurs when, as a consequence of *lawful or unlawful* military action, a Contracting State exercises *effective control* of an area outside that national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the *fact* of such control, whether it be exercised directly, through the Contracting State's own armed forces, or through a subordinate local administration».³⁸¹

De este fragmento pueden deducirse algunas conclusiones iniciales respecto de las condiciones requeridas por el Tribunal para apreciar un ejercicio de jurisdicción extraterritorial. En primer lugar, la jurisdicción se concibe como una cuestión *de hecho*, lo cual supone una modificación respecto de lo establecido en *Bankovic* («ejercicio de todos o de algunos de los *poderes públicos* ejercitados normalmente por el Gobierno»).³⁸² Tampoco es preciso que se trate de un ejercicio lícito de jurisdicción, sino que el control efectivo que se hubiera adquirido de manera ilícita también se califica como ejercicio de jurisdicción extraterritorial. No se excluye, por lo tanto, la aplicación del Convenio a las acciones militares de los Estados que no respeten el Derecho Internacional. Finalmente, el control efectivo puede adquirirse de manera directa a través de la actuación de las fuerzas armadas de los Estados, o bien, indirectamente a través de administraciones locales subordinadas.

El modelo territorial plantea ciertos problemas, no obstante, en su aplicación concreta. Por un lado, cabe preguntarse qué es un área. Parece claro que un territorio lo es y así se deduce de la jurisprudencia del Tribunal en los principales casos que se le han planteado respecto de disputas territoriales, fundamentalmente en el Norte de Chipre, en Moldavia, en la región de Transnistria y en Azerbaiyán, en la región de Nagorno-Karabakh. Estos caso se analizan en los apartados 1, 2 y 3 siguientes. Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurre con los actos extraterritoriales que se localicen

³⁸¹ TEDH, *Asunto Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, párr. 138, cursiva añadida.

³⁸² TEDH, *Asunto Bankovic y otros c. Bélgica y otros*, párr 71. No obstante, como se verá en el análisis de la aplicación de este principio a los hechos concretos de *Al-Skeini*, el Tribunal incardina los hechos en el modelo personal de la autoridad y control sobre los individuos, aunque en una modalidad en la que se requiere «el ejercicio de todos o algunos de los poderes públicos normalmente ejercitados por un Gobierno soberano».

en otro tipo de lugares como edificios, embajadas, prisiones o centros de detención, bases militares, buques o aeronaves. ¿También constituyen «áreas» a los efectos del modelo territorial de jurisdicción? Lógicamente, a medida que disminuye el tamaño del lugar se hace más difícil considerar que constituye un «área» y, por tanto, aplicar este modelo territorial. Esta cuestión es abordada en el apartado 4 de este capítulo.

Por otro lado, también se plantea el interrogante sobre el grado de control necesario para entender que existe un ejercicio de jurisdicción. ¿Es necesario un control detallado de cada acto que se produzca o basta con un control general del área? Esta cuestión es abordada por el Tribunal desde sus primeros casos en el Norte de Chipre, por lo que la contestación a la misma se encontrará en el apartado siguiente.

1. El «control efectivo general» sobre el territorio: los casos del norte de Chipre

El control sobre el territorio como base del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por los Estados comenzó a aplicarse por el TEDH en los años noventa en sus resoluciones sobre los casos del norte de Chipre. Anteriormente, la Comisión Europea de Derechos Humanos había concebido estos casos a través de un modelo personal, aunque como se expondrá más adelante, su jurisprudencia no estaba exenta de problemas. Por ello, los casos del Norte de Chipre resueltos por el Tribunal tiene gran relevancia porque el Tribunal trasladó el foco de atención desde el control sobre las personas que había mantenido la Comisión, hacia el control sobre el territorio.³⁸³ Los dos asuntos principales respecto de esta zona que han inspirado la jurisprudencia posterior del Tribunal son *Loizidou c. Turquía*³⁸⁴ y *Chipre c. Turquía*.³⁸⁵

Ambos asuntos se contextualizan en la situación del norte de Chipre tras la intervención militar de Turquía en julio y agosto de 1974, que provocó la división del territorio de la isla en dos áreas geográficas separadas. En 1983 se proclamó la República Turca del Norte de Chipre (TRNC, por sus siglas en inglés) que promulgó su propia Constitución en 1985. La intervención de Turquía provocó la condena mayoritaria de la comunidad internacional. El Consejo de Seguridad consideró ilícita la proclamación de la TRNC en su Resolución 541 de 1983 y requirió a los Estados de la comunidad internacional a no reconocer dicho Estado sino únicamente a la República de Chipre.

³⁸³ Gondek, *The Reach of Human Rights*, 150.

³⁸⁴ TEDH, *Asunto Loizidou c. Turquía (Objeciones Preliminares)*, Demanda nº 15318/89, 23 de febrero de 1995 y TEDH, *Asunto Loizidou v. Turquía (Sentencia)*, Demanda nº 15318/89, 28 de noviembre de 1996.

³⁸⁵ TEDH, *Asunto Cyprus c. Turquía*, Demanda nº 25781/94, 21 de marzo de 2001.

En la gran mayoría de estos casos, el gobierno turco fundamentó su defensa en su falta de jurisdicción, al tratarse la TRCN de un Estado democrático y constitucional políticamente independiente de Turquía. En su opinión, la administración del norte de Chipre se había establecido por los turco-chipriotas en ejercicio de su derecho a la libre determinación.³⁸⁶

En *Loizidou c. Turquía* la demandante, de nacionalidad chipriota, demandó a Turquía por haberle impedido, tras la ocupación del norte de Chipre, el disfrute pacífico de su derecho de propiedad sobre varias parcelas de terreno localizadas en dicha área, entre las que se incluía un edificio en construcción en el que la demandante pretendía establecer una vivienda para su familia. Así, solicitó del Tribunal que declarara la violación continuada del artículo 1 del Protocolo Adicional del Convenio (protección de la propiedad) y del derecho al domicilio del artículo 8 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar). Además, la demandante había sido detenida y retenida por soldados turcos durante 10 horas a consecuencia de su participación en una protesta en la que se reivindicaba el derecho de los refugiados greco-chipriotas a regresar a sus hogares, razón por la cual alegó también la violación de los artículos 3 (prohibición de la tortura), 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) y 8 del CEDH.³⁸⁷

Turquía planteó varias objeciones preliminares, entre ellas su falta de jurisdicción por corresponder ésta a la TRNC, que fueron objeto de una resolución independiente del Tribunal.³⁸⁸ Con carácter previo a examinar esta objeción, el Tribunal afirma la necesidad de diferenciar entre el examen de la jurisdicción y el examen de la responsabilidad de Turquía:

«The Court would emphasise that it is not called upon at the preliminary objections stage of its procedure to examine whether Turkey is actually responsible under the Convention for the acts which form the basis of the applicant's complaints. Nor is it called upon to establish the principles that govern State responsibility under the Convention in a situation like that obtaining in the northern part of Cyprus. Such questions belong rather to the merits phase of the Court's procedure. The Court's enquiry is limited to determining whether the matters complained of by the applicant are capable of falling within the «jurisdiction» of Turkey even though they occur outside her national territory».³⁸⁹

Esta claridad del Tribunal a la hora de distinguir las nociones de jurisdicción y de responsabilidad se echa de menos en sentencias posteriores, incluida la del *Asunto Al-Skeini*, en las que difumina los contornos entre ambos conceptos. Además, afirma el Tribunal que el momento procesal de su examen es diferente, mientras que la

³⁸⁶ TEDH, *Asunto Cyprus c. Turquía*, párr. 13 y 15.

³⁸⁷ TEDH, *Asunto Loizidou c. Turquía (Objeciones Preliminares)*, párr. 10-13 y 53.

³⁸⁸ *Ibid*, párr. 55.

³⁸⁹ *Ibid*, párr. 61.

jurisdicción es una cuestión preliminar, la responsabilidad corresponde al examen del fondo del asunto.

A continuación, el TEDH reconoce que el concepto de jurisdicción no se restringe exclusivamente al territorio nacional de los Estados parte y, con este punto de partida, determina por primera vez las bases del modelo territorial:

«Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action - whether lawful or unlawful - it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the *fact* of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration».³⁹⁰

Es preciso resaltar cómo en este fragmento el Tribunal fundamenta el ejercicio de jurisdicción extraterritorial en el propio «objeto y fin del Convenio». Aquí establece el Tribunal los principios del modelo, en un pasaje que es reproducido de manera prácticamente literal en su sentencia en el *Asunto Al-Skeini*, emitida 16 años más tarde. En efecto, la expresión «control efectivo de un área», el carácter *de facto* de la jurisdicción, el ejercicio del control tanto de manera directa como indirecta y la falta de relevancia de la licitud o no de la actuación, sirvieron de base en esta sentencia y siguen siendo de aplicación al modelo en la actualidad.

En el examen del fondo del asunto, el TEDH hace un intento por concretar el concepto de «control efectivo». En particular, añade el término «general» a la expresión, de manera que el tipo de control que debe ejercerse para que exista jurisdicción extraterritorial es ahora un «control efectivo general» (*effective overall control*):

«It is not necessary to determine whether, as the applicant and the Government of Cyprus have suggested, Turkey actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities of the «TRNC». It is obvious from the large number of troops engaged in active duties in northern Cyprus (...) that her army exercises effective overall control over that part of the island. Such control, according to the relevant test and in the circumstances of the case, entails her responsibility for the policies and actions of the «TRNC» (...). Those affected by such policies or actions therefore come within the «jurisdiction» of Turkey for the purposes of Article 1 of the Convention. Her obligation to secure to the applicant the rights and freedoms set out in the Convention therefore extends to the northern part of Cyprus».³⁹¹

En este párrafo el TEDH suaviza el criterio del control efectivo sobre el territorio, de manera que no es necesario controlar todos y cada uno de los actos que se

³⁹⁰ *Ibid*, párr. 62.

³⁹¹ TEDH, *Asunto Loizidou c. Turquía (Sentencia)*, párr. 56.

produzcan en el mismo, sino que basta con que el control sea *general*. En este punto el Tribunal está realizando el «test previo de atribución» al que nos referimos en el apartado III.B anterior. Es decir, para considerar existente la jurisdicción de Turquía, tiene que determinar previamente que los actos de la TRNC le son atribuibles, lo cual se deduce del «elevado número de tropas» desplegadas en la zona.³⁹² En definitiva, no es necesario comprobar si cada acto o política es atribuible efectivamente a Turquía, sino que su atribución se puede inferir de su fuerte presencia militar en el área. Únicamente es cuestionable, respecto de este pasaje, la expresión «*entails her responsibility for the policies and actions of the TRNC*» ya que hubiera sido más acertado que el Tribunal se hubiera referido a *atribución* y no a responsabilidad. Finalmente, debe precisarse que esta concreción del Tribunal respecto del concepto de control efectivo se mantiene también hoy en día en su jurisprudencia más reciente.

El segundo de los asuntos relativos al norte de Chipre consistió, a diferencia de *Loizidou*, en una demanda interestatal. En efecto, en el *Asunto Chipre c. Turquía*, Chipre alegó la comisión por Turquía de cuatro tipos de infracciones: violación de derechos de los greco-chipriotas desaparecidos, vulneración del derecho al domicilio, violación del derecho a disfrutar de las propiedades en el norte de Chipre titularidad de los greco-chipriotas desplazados tras la intervención militar y, por último, la infracción de los derechos de los turco-chipriotas y de la comunidad gitana en el norte de Chipre.³⁹³

El TEDH aporta en esta sentencia cuatro aportaciones adicionales que inspirarán también su jurisprudencia posterior. En primer lugar, detalla un poco más el concepto de «administración local subordinada», que es aquella que, sobrevive gracias al apoyo militar «y de otro tipo» del Estado:

«Having effective overall control over northern Cyprus, its responsibility cannot be confined to the acts of its own soldiers or officials in northern Cyprus but must also be engaged by virtue of the acts of the local administration which survives by virtue of Turkish military and other support».³⁹⁴

Al margen de la confusa relación entre jurisdicción y responsabilidad que se deriva de este fragmento que, además, se ubica por el Tribunal dentro del examen de la jurisdicción de Turquía, pero bajo el epígrafe «responsabilidad del Estado demandado en relación con las violaciones alegadas», el Tribunal establece aquí el criterio de la «supervivencia» de la administración local gracias al apoyo militar del Estado del que depende, como una manifestación del control de dicho Estado sobre

³⁹² En particular, se había constatado que había más de 30.000 soldados turcos en la zona, que estaba continuamente patrullada y tenía controles de paso en las mayores líneas de comunicación, ver en este sentido el párrafo 16 de la sentencia.

³⁹³ TEDH, *Chipre c. Turquía*, párr. 18

³⁹⁴ *Ibid*, párr. 77.

ella. No concreta, sin embargo, cuál es el «otro tipo» de apoyo al que se refiere. Puede decirse, a nuestro juicio, que esta es la base de la noción posterior de «influencia decisiva» que el Tribunal desarrolla principalmente en su sentencia en el *Asunto Ilascu y Otros c. Moldavia y Rusia*.

En segundo lugar, el Tribunal reconoce que, una vez determinada la jurisdicción de Turquía, se «activa» la aplicación de *todos* los derechos sustantivos del Convenio:

«It follows that, in terms of Article 1 of the Convention, Turkey's «jurisdiction» must be considered to extend to securing the *entire range of substantive rights* set out in the Convention and those additional Protocols which she has ratified, and that violations of those rights are imputable to Turkey».³⁹⁵

Como se verá más adelante, en este punto radica una de las diferencias principales entre el modelo territorial y el de autoridad o control sobre los individuos, ya que éste último se restringe a los derechos «que sean pertinentes» conforme a los hechos concretos del caso.³⁹⁶

En tercer lugar, el Tribunal exige que en dichas circunstancias de control sobre el territorio, los Estados cumplan no sólo sus obligaciones negativas, de respetar por sus propios agentes y oficiales los derechos del Convenio, sino también sus obligaciones positivas de prevenir vulneraciones efectuadas por otros sujetos:

«(...) the acquiescence or connivance of the authorities of a Contracting State in the acts of private individuals which violate the Convention rights of other individuals within its jurisdiction may engage that State's responsibility under the Convention. Any different conclusion would be at variance with the obligation contained in Article 1 of the Convention».³⁹⁷

La extensión de las obligaciones positivas respecto de las actuaciones extraterritoriales de los Estados constituyó, como se ha mencionado anteriormente, uno de los puntos más controvertidos del Asunto Bankovic, en la que los demandantes, conscientes de las dificultades de trasladar el modelo de control efectivo sobre un territorio al contexto de una intervención «instantánea» como el bombardeo sobre Belgrado, solicitaron una aplicación gradual del modelo mediante el reconocimiento de los derechos del Convenio de manera proporcional al nivel del control ejercitado por el Estado.³⁹⁸

Finalmente, la cuarta aportación del Tribunal en este asunto consiste en

³⁹⁵ TEDH, *Chipre c. Turquía*, párr. 77.

³⁹⁶ Ver lo dispuesto en el apartado V.E.

³⁹⁷ TEDH, *Chipre c. Turquía*, párr. 81.

³⁹⁸ El Tribunal no aceptó, no obstante, esta lectura del modelo propuesta por los demandantes. Ver el epígrafe V.C.1 anterior.

reconocer el «vacío de protección» que se produciría en caso de no considerar aplicable extraterritorialmente el Convenio:

«(...) the Court must have regard to the special character of the Convention as an instrument of European public order (*ordre public*) for the protection of individual human beings and its mission, as set out in Article 19 of the Convention, «to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties» (...). Having regard to the applicant Government's continuing inability to exercise their Convention obligations in northern Cyprus, any other finding would result in a *regrettable vacuum* in the system of human-rights protection in the territory in question by removing from individuals there the benefit of the Convention's fundamental safeguards and their right to call a High Contracting Party to account for violation of their rights in proceedings before the Court».³⁹⁹

Es realmente llamativo cómo tan solo unos meses más tarde, en el *Asunto Bankovic*, el Tribunal rechaza contundentemente la invocación por los demandantes de este «lamentable vacío» que él mismo había reconocido en este pasaje.

En conclusión, a través de estas dos sentencias principales, el Tribunal consolidó su concepción del modelo territorial. Esta concepción se ha mantenido en términos generales en los asuntos que el Tribunal ha dirimido respecto de otras regiones como Transnistria y Nagorno-Karabakh, cuyo estudio se realizará en los subapartados siguiente. Con carácter previo, no obstante, es preciso concretar algunas cuestiones respecto de otros casos del norte de Chipre.

En primer lugar, es interesante destacar el *Asunto Manitaras y otros c. Turquía*,⁴⁰⁰ en el que aunque el Tribunal mantuvo el criterio del «control efectivo general» sobre el territorio, parece hacer depender la existencia jurisdicción no tanto de dicho control, sino del ejercicio de la *autoridad* por los agentes de Turquía:

«At the outset the Court notes that the area in which the alleged acts complained of took place belonged to the *territory* of the «TRNC». Therefore, Ioannis Manitaras came under the authority and/or effective control, and therefore within the jurisdiction, of the respondent State *through its agents*».⁴⁰¹

³⁹⁹ TEDH, *Chipre c. Turquía*, párr. 77, cursiva añadida.

⁴⁰⁰ TEDH, Decisión sobre la Admisibilidad de la Demanda nº 54591/00, presentada por Andreas Manitaras y otros contra Turquía, 3 de junio de 2008. (*Asunto Manitaras y otros c. Turquía*). En este asunto, los familiares de un hombre greco-chipriota de avanzada edad que había permanecido en el Norte de Chipre tras la intervención militar de Turquía, demandaron a ésta por su fallecimiento que ellos vinculaban a una represalia de Turquía por el hecho de que la víctima había declarado en los procedimientos llevados a cabo por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el Asunto Chipre c. Turquía, párrafos 5-12. El Tribunal inadmitió la demanda por considerarla manifestamente mal fundada al no existir evidencias de la supuesta represalia de Turquía y porque las autoridades locales habían procedido a investigar adecuadamente los hechos, párrafos 76-78.

⁴⁰¹ TEDH, *Asunto Manitaras y otros c. Turquía*, párr. 28, cursiva añadida.

Este fragmento resulta confuso porque no queda claro si el Tribunal se decanta por el modelo de control efectivo, al haberse producido los hechos en el «territorio de la TRNC», o por el modelo de la autoridad ejercida por Turquía «a través de sus agentes». La confusión puede deberse a que el Tribunal pretendió reconocer también en este párrafo sus resoluciones en otros casos anteriores como *Isaak c. Turquía*, en el que el TEDH aplicó un modelo personal. Efectivamente, en ciertos casos posteriores a *Loizidou* y *Chipre* relativos también a sucesos ocurridos en esta zona (*Asunto Isaak c. Turquía*,⁴⁰² *Asunto Solomou c. Turquía*⁴⁰³ y *Asunto Andreou c. Turquía*⁴⁰⁴), el Tribunal no pudo aplicar el modelo territorial, por haberse producido los hechos en la «zona de alto el fuego» habilitada por Naciones Unidas, o bien «parcialmente» dentro de dicha zona, o bien fuera de ella pero a escasos metros, en la parte controlada por la República de Chipre. En estos casos previos a *Al-Skeini*, el TEDH aplicó el modelo de la autoridad de los agentes estatales, ya que una aplicación estricta del modelo territorial hubiera dado lugar a la conclusión de que Turquía no controlaba dichos lugares y, por tanto, no ejercía jurisdicción sobre las víctimas, lo cual hubiera resultado injusto dada la similitud de los hechos respecto de los de los casos previos de *Loizidou* y *Chipre*. Es muy llamativo cómo del desencadenamiento de los hechos a tan sólo unos pocos metros de distancia respecto de la zona controlada por la TRNC, podía dar lugar a un fallo en sentido contrario si se aplicaba el modelo del control efectivo sobre el territorio. La realidad de los hechos supera, así, el modelo territorial, lo cual es una manifestación de su insuficiencia para abarcar, por sí solo, todos los supuestos de actuaciones extraterritoriales de los Estados y de la necesidad de complementarlo con el modelo de la autoridad o control sobre los individuos. Los casos serán analizados en el apartado D.4 siguiente.

2. La noción de «influencia decisiva»: los casos de la región de Transnistria

Un segundo tipo de casos en los que el TEDH examina la aplicación extraterritorial del Convenio, se refiere a hechos acaecidos en la región de Transnistria, situada en la zona oriental de la República de Moldavia. Cuando ésta declaró su independencia respecto de la URSS en 1990, la región de Transnistria quedó incluida dentro de su territorio. Pocos meses después, un movimiento de resistencia que se oponía a la independencia de Moldavia proclamó la República Moldava de Transnistria (RMT, por sus siglas en inglés) y nombró a su propio Presidente (Igor Smirnov). La RMT fue declarada ilegal por las autoridades moldavas y tampoco fue reconocida por los demás Estados de la

⁴⁰² TEDH, *Asunto Isaak c. Turquía*, Demanda nº 44587/98, 3 de junio de 2008.

⁴⁰³ TEDH, *Asunto Solomou c. Turquía*, Demanda nº 36832/97, 3 de junio de 2008.

⁴⁰⁴ TEDH, *Asunto Andreou c. Turquía*, Demanda nº 45653/99, 6 de octubre de 2009.

comunidad internacional. En aquel momento, ninguna de las Repúblicas contaba con su propio ejército, pero el destacamento del ejército ruso que estaba asignado a la zona antes de la independencia se mantuvo en Moldavia, concretamente en la zona de Transnistria, bajo el mando del recién nombrado Presidente de la RMT.⁴⁰⁵

En este contexto, el primero de los casos examinados por el TEDH fue *Ilascu y Otros c. Moldavia y Rusia*, cuya decisión fue adoptada por la Gran Sala en 2004.⁴⁰⁶ La demanda fue presentada por cuatro ciudadanos moldavos que alegaron haber sido detenidos ilegalmente en 1992 por las autoridades de Transnistria, con la ayuda de soldados rusos.⁴⁰⁷ Tanto el gobierno moldavo como el ruso alegaron su falta de jurisdicción, el primero por no hallarse los demandantes bajo su jurisdicción *de facto*, al no ostentar Moldavia sobre dicha área un control efectivo,⁴⁰⁸ y el segundo por considerar que si el gobierno de Moldavia era el único legítimo sobre el territorio, sólo éste podía ser declarado responsable de los actos cometidos en tal territorio.⁴⁰⁹

En su examen sobre la jurisdicción de Moldavia, el TEDH mantuvo la línea seguida en el *Asunto Bankovic* con relación al carácter esencialmente territorial de la jurisdicción y le necesidad de buscar su significado en el Derecho Internacional general.⁴¹⁰ Lo que distinguía a este caso respecto de los casos del norte de Chipre es que uno de los Estados demandados, esto es, Moldavia, no ejercía el control efectivo sobre el territorio en cuestión, por lo que el Tribunal se enfrentó a la difícil decisión de determinar si, aun así, podía considerarse que ésta también ejercía jurisdicción sobre los demandantes. Para abordar esta cuestión, el Tribunal toma como punto de partida la distinción entre obligaciones positivas y negativas de derechos humanos:

«The undertakings given by a Contracting State under Article 1 of the Convention include, in addition to the *duty to refrain* from interfering with the enjoyment of the rights and freedoms guaranteed, positive obligations to take appropriate steps to *ensure respect* for those rights and freedoms within its territory. (...) Those obligations remain even where the exercise of the State's *authority is limited in part of its territory*, so that it has a duty to take all the appropriate measures *which it is still within its power to take*».⁴¹¹

De esta manera, el Tribunal afirma que las obligaciones positivas de los Estados se mantienen incluso en aquéllas partes del territorio en las que «su autoridad es

⁴⁰⁵ El resumen de los principales hechos que afectan a esta región se encuentra en TEDH, *Asunto Catan y Otros c. Moldavia y Rusia*, Demandas nº 43370/04, 8252/05, 18454/06, sentencia de 5 de septiembre de 2012, párr. 8-16.

⁴⁰⁶ TEDH, Gran Sala, *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia*, Demanda nº 48787/99, sentencia de 7 de mayo de 2004.

⁴⁰⁷ TEDH, *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia*, párr. 3.

⁴⁰⁸ *Ibid*, párr. 300.

⁴⁰⁹ *Ibid*, párr. 305.

⁴¹⁰ *Ibid*, párr. 312.

⁴¹¹ *Ibid*, párr. 313, cursiva añadida.

limitada». Debe hacerse notar que aquí no utiliza la palabra control, sino autoridad. Así, en estas circunstancias especiales, se exige también a los Estados la adopción de aquellas medidas que sean necesarias para garantizar el disfrute de los derechos y libertades del Convenio. No obstante, consciente de las limitaciones que implica la adopción de tales medidas en un territorio sobre el que no se ejerce control, el Tribunal limita el alcance de las obligaciones positivas a aquellas medidas cuya adopción sea posible para el Estado en las circunstancias concretas (*measures which it is still within its power to take*). E incluso añade más adelante que la implementación de las obligaciones positivas no puede convertirse en una carga desproporcionada para los Estados:

«Nor must these obligations be interpreted in such a way as to impose an impossible or disproportionate burden».⁴¹²

A continuación, el Tribunal concreta en qué consisten las medidas y cómo deben los Estados valorar cuáles son las que deben adoptar en el caso concreto. Así, las medidas pueden ser de carácter diplomático, económico o judicial⁴¹³ y en su adopción hay que valorar el equilibrio entre los siguientes intereses:

«In determining the scope of a State's positive obligations, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest and the interests of the individual, the diversity of situations obtaining in Contracting States and the choices which must be made in terms of priorities and resources».⁴¹⁴

Debe ponderarse, entonces, el interés general y el interés del individuo, así como entre las prioridades y los recursos a disposición del Estado.

En definitiva, el Tribunal concluye que los Estados mantienen su jurisdicción también respecto de aquellas zonas en las que se vean impedidos para ejercer su control, pero esta circunstancia reduce la extensión de su jurisdicción exclusivamente a aquellas obligaciones positivas que estén disponibles para los mismos:

«Nevertheless, such a factual situation reduces the scope of that jurisdiction in that the undertaking given by the State under Article 1 must be considered by the Court only in the light of the Contracting State's positive obligations towards persons within its territory. The State in question must endeavour, with all the legal and diplomatic means available to it vis-à-vis foreign States and international organisations, to continue to guarantee the enjoyment of the rights and freedoms defined in the Convention».⁴¹⁵

⁴¹² *Ibid*, párr. 332.

⁴¹³ *Ibid*, párr. 331.

⁴¹⁴ *Ibid*, párr. 332.

⁴¹⁵ *Ibid*, párr. 333.

En conclusión, en aquellas situaciones en las que se impide a los Estados ejercer el control sobre la totalidad de su territorio, el Tribunal «suaviza» las exigencias de la jurisdicción respecto del territorio que el Estado no controla efectivamente, reconduciendo las mismas al cumplimiento de sus obligaciones positivas, manifestadas en la adopción de las medidas que estén bajo su poder. La distinción es relevante, dado que las obligaciones positivas son deberes de diligencia, que no obligan a un resultado, sino únicamente a desplegar un comportamiento. Los eventuales incumplimientos de las obligaciones negativas en dicha área serían atribuibles a las autoridades de la entidad que controla efectivamente el territorio, en tanto que queda vetado su acceso a las autoridades del Estado soberano. Una cuestión que es criticable respecto del análisis del Tribunal, es la utilización del término «autoridad» en vez de «control», lo cual puede generar confusión respecto de los parámetros del modelo que había establecido hasta el momento.

Finalmente, respecto del análisis concreto de la adopción de las medidas en cuestión por Moldavia, el Tribunal considera que éstas deben desplegarse en dos planos: por un lado, en cuanto al restablecimiento del control sobre el territorio, como expresión de su jurisdicción sobre el mismo, y por otro, respecto de la situación particular de los demandantes.⁴¹⁶ A pesar de que, en opinión del Tribunal, Moldavia había cumplido sus obligaciones en el primer plano, a través de la adopción de diversas medidas en la esfera judicial, legislativa y diplomática para reinstaurar su autoridad sobre el territorio, no consideró lo mismo respecto de las medidas relativas a los demandantes, a pesar de que uno de ellos había sido liberado gracias a su intermediación.⁴¹⁷

Una vez determinada la jurisdicción de Moldavia en el caso, el Tribunal procede al examen de la jurisdicción de Rusia. En este punto el Tribunal aporta un nuevo concepto que no había desarrollado hasta el momento, esto es, el ejercicio de «influencia decisiva»:

«All of the above proves that the «MRT», set up in 1991-92 with the support of the Russian Federation, vested with organs of power and its own administration, remains under the *effective authority*, or at the very least under the *decisive influence*, of the Russian Federation, and in any event that it survives by virtue of the military, economic, financial and political support given to it by the Russian Federation.⁴¹⁸

That being so, the Court considers that there is a *continuous and uninterrupted link of responsibility* on the part of the Russian Federation for the applicants' fate as the Russian Federation's policy of support for the regime and collaboration with it continued beyond 5 May 1998, and after that date the Russian Federation made no

⁴¹⁶ *Ibid*, párr. 339.

⁴¹⁷ *Ibid*, párr. 352.

⁴¹⁸ *Ibid*, párr. 392.

attempt to put an end to the applicants' situation brought about by its agents, and did not act to prevent the violations allegedly committed after 5 May 1998».⁴¹⁹

Así, el Tribunal declara a Rusia responsable de la situación de arresto de los detenidos, por el hecho de que pudo probarse que el MRT había sido instaurado con la ayuda de Rusia, que estaba «bajo la autoridad» o, al menos «la decisiva influencia» de ésta y que sobrevivía gracias a su apoyo económico, financiero y político. Asimismo, declara a Rusia responsable de todos los actos ilícitos cometidos por los separatistas:

«(...) the Court considers that the Russian Federation's *responsibility is engaged* in respect of the unlawful acts committed by the Transdniestrian separatists, regard being had to the military and political support it gave them to help them set up the separatist regime and the participation of its military personnel in the fighting. In acting thus, the authorities of the Russian Federation contributed both militarily and politically to the creation of a separatist regime in the region of Transdniestria, which is part of the territory of the Republic of Moldova».⁴²⁰

Estos fragmentos de la sentencia son problemáticos porque el Tribunal utiliza expresiones imprecisas como «vínculo de responsabilidad continuado e ininterrumpido» o «la responsabilidad queda comprometida». No queda claro cómo realiza el Tribunal este examen de responsabilidad. Milanovic considera que existen dos posibles interpretaciones: o bien, que los actos del MRT han sido siempre atribuibles a Rusia y, por tanto, es Rusia quien ejerce directamente control y jurisdicción sobre el territorio, o bien, que dichos actos no son atribuibles a Rusia, sino que ésta es responsable por no haber desplegado sus obligaciones positivas y no haber evitado las violaciones derechos cometidas por la MRT, en cuyo caso, el Tribunal está estableciendo un estándar (el ejercicio de «autoridad» o, al menos, «influencia decisiva») que es mucho menos exigente que otros que había establecido con anterioridad en otros asuntos, como el ejercicio de poderes públicos o la existencia de una administración subordinada.⁴²¹

Finalmente, otra cuestión llamativa del caso es que el Tribunal reconoció la jurisdicción de Rusia respecto de las víctimas, incluso antes de que hubiera ratificado el Convenio el 5 de mayo de 1998. Debe hacerse notar que el arresto de las víctimas se había producido 6 años antes, entre el 2 y el 4 de junio de 1992.⁴²² El razonamiento del Tribunal consistió en que había que tener en cuenta todos los actos, no sólo el arresto y detención en el que participaron sus soldados, sino también su entrega a las autoridades de Transnistria y su custodia y maltrato por el periodo de más de 12 años que habían transcurrido cuando el Tribunal adoptó el fallo.⁴²³ Es decir, a través del

⁴¹⁹ *Ibid*, párr. 393.

⁴²⁰ TEDH, *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia*, párr. 382.

⁴²¹ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 140.

⁴²² TEDH, *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia*, párr. 188.

⁴²³ *Ibid*, párr. 384.

argumento de que todos los actos deben analizarse como una unidad, el Tribunal extiende la jurisdicción de Rusia respecto de los actos de sus soldados realizados con anterioridad a la ratificación del Convenio, aunque, lógicamente, no pudo determinar su responsabilidad por dichos actos, sino sólo tras dicha ratificación.

Como ha sido expuesto anteriormente, uno de los detenidos en el *Asunto Ilascu*, fue liberado con anterioridad al fallo del Tribunal. Los tres restantes, sin embargo, permanecieron detenidos por las autoridades de la MRT, incluso después de dicho fallo, lo que provocó que dos de ellos presentaran una nueva demanda ante el Tribunal. Son dos las cuestiones que interesa destacar de este caso, denominado *Asunto Ivantoc y Otros c. Moldavia y Rusia*.⁴²⁴ En primer lugar, respecto de Moldavia, el Tribunal consideró que ésta había cumplido sus obligaciones positivas, ya que desde la fecha de la sentencia en el *Asunto Ilascu* (2004) hasta la liberación de los demandantes en 2007, Moldavia había llamado la atención constantemente sobre el tema tanto en sus relaciones bilaterales con Rusia, como en el contexto de su participación en organizaciones internacionales.⁴²⁵ En segundo lugar, respecto de Rusia, parece que el Tribunal suaviza aún más el criterio de la «influencia decisiva» acuñando un nuevo término: la «estrecha relación» (*close relationship*) de Rusia con el régimen separatista, manifestado en la presencia continuada de las tropas rusas en la zona, así como en su apoyo financiero, económico y político:

«It appears from this information that, even after the Court's judgment in July 2004, and at least until the applicants' release in June 2007, the Russian Federation continued to enjoy a *close relationship with the «MRT»*, amounting to providing political, financial and economic support to the separatist regime.

In addition, the Court notes that the Russian army (troops, equipment and ammunition) was at the date of the applicants' release still stationed on Moldovan territory in breach of the Russian Federation's undertakings to withdraw completely and in breach of Moldovan legislation (...).⁴²⁶

Nuevamente, el Tribunal consideró que Rusia ejercía la jurisdicción sobre los detenidos hasta el momento de su liberación, por no haber puesto fin a la situación «provocada por sus agentes» ni haber prevenido las violaciones del MRT tras la fecha de la sentencia en el *Asunto Ilascu*.⁴²⁷ No obstante, sigue sin aclarar si atribuye de manera general los actos del MRT a Rusia o si ésta estaba incumpliendo sus obligaciones positivas.

⁴²⁴ TEDH, *Asunto Ivantoc y otros c. Moldavia y Rusia*, Demanda nº 23687/05, sentencia de 18 de octubre de 2011.

⁴²⁵ *Ibid*, párr. 109 y 111.

⁴²⁶ *Ibid*, 118.

⁴²⁷ *Ibid*, 119-120.

En el periodo posterior a la sentencia del Asunto Al-Skeini, el Tribunal ha continuado examinando casos relativos a la región de Transnistria, de los que se van a destacar, en especial, *Catan y otros c. Moldavia y Rusia* decidido en 2012 por el Tribunal.⁴²⁸

En este caso el TEDH acumuló tres demandas diferentes presentadas por varios grupos de estudiantes y padres de tres colegios situados en la región de Transnistria. Como consecuencia de la adopción de la «Ley de la MRT de Lengua» de 1992, se había prohibido a los colegios utilizar el alfabeto latino, cuyo uso podía incluso ser calificado de delito, así como utilizar los modelos educativos de Moldavia. En el año 2004 las autoridades de la MRT comenzaron a tomar medidas para cerrar los colegios que enseñaban con dicho alfabeto. Varios colegios fueron asaltados y desalojados, así como trasladados de lugar, o se les cortó el suministro de agua y electricidad. Asimismo, los padres de los alumnos fueron amenazados. Como consecuencia de todo ello, los colegios perdieron la mayor parte de sus alumnos.⁴²⁹

A diferencia de los asuntos anteriores, Moldavia no alegó su falta de jurisdicción y solicitó al Tribunal que diera por cumplidas sus obligaciones positivas en la zona.⁴³⁰ El TEDH mantuvo los mismos razonamientos que en el *Asunto Ilascu* y consideró que Moldavia ejercía jurisdicción por el hecho de que la región era «reconocida por el derecho internacional público como parte del territorio de Moldavia».⁴³¹ Asimismo, en su fallo consideró que, efectivamente, había cumplido sus obligaciones positivas.⁴³²

Rusia por su parte fundamentó su defensa en la falta de jurisdicción sobre un territorio que estaba controlado *de facto* por una entidad que no era de su nacionalidad. Además, alegó que no existía ninguna evidencia de que las autoridades rusas habían llevado a cabo actuaciones extraterritoriales.⁴³³ En efecto, tal como argumenta Rusia, la gran diferencia respecto de los asuntos anteriores, es que los soldados rusos no habían intervenido directamente en los hechos denunciados.

No obstante esta diferencia sustancial en los hechos, el Tribunal, tomando como punto de partida que se habían producido en el periodo analizado en el *Asunto Ilascu*,⁴³⁴ consideró que Rusia ejercía jurisdicción «sobre determinados acontecimientos en Transnistria» y que la carga de la prueba en contrario correspondía

⁴²⁸ TEDH, *Asunto Catan y Otros c. Moldavia y Rusia*, Demandas nº 43370/04, 8252/05 y 18454/06, sentencia de 5 de septiembre de 2012.

⁴²⁹ *Ibid*, 43-63.

⁴³⁰ *Ibid*, párr. 89.

⁴³¹ *Ibid*, 110. Versión en español según la traducción del Consejo de Europa.

⁴³² *Ibid*, párr. 145-148.

⁴³³ *Ibid*, párr. 96-97.

⁴³⁴ Concretamente, entre agosto de 2002 y julio de 2004, TEDH, *Asunto Catan y Otros c. Moldavia y Rusia*, párr. 111.

a ésta.⁴³⁵ Respecto de la falta de intervención directa de los soldados rusos, resuelve lo siguiente:

«El Tribunal recuerda que ya ha declarado con anterioridad que un Estado puede en circunstancias excepcionales, ejercer una jurisdicción extraterritorial a través de la aserción de la autoridad y el control por parte de agentes de ese Estado, a través de una o varias personas, como por ejemplo ocurrió en Al-Skeini. Sin embargo, el Tribunal también ha declarado que un Estado puede ejercer una jurisdicción extraterritorial cuando, como consecuencia de una acción militar legal o ilegal, el Estado contratante ejerza un control efectivo sobre una zona fuera del territorio nacional. El Tribunal admite que no hay evidencia alguna que demuestre una participación directa por parte de los agentes rusos en las actuaciones emprendidas contra los colegios de los demandantes. Sin embargo, los demandantes sostienen que Rusia ejercía un control efectivo sobre la «MRT» durante el período en cuestión y el Tribunal debe determinar si fue o no el caso».⁴³⁶

En definitiva, el Tribunal considera que la falta de intervención directa de los agentes rusos en los hechos es irrelevante y el examen de la jurisdicción de Rusia debe realizarse igualmente. Así, el TEDH realizó dicho examen sobre la base de las mismas conclusiones adoptadas en el *Asunto Ilascu* y declaró que la dependencia del MRT del apoyo militar, económico y político de Rusia era una prueba de que estaba bajo su «control efectivo» e «influencia decisiva», razón por la cual los demandantes quedaron sujetos a la jurisdicción de Rusia.⁴³⁷ La diferencia sustancial respecto del *Asunto Ilascu* radica en que el Tribunal a continuación ya no se refiere tan explícitamente a la «supervivencia del MRT» sino a su «elevado grado de dependencia» respecto de las autoridades rusas:

«The Court, therefore, maintains its findings in the *Ilașcu* judgment, that during the period 2002-2004 the «MRT» was able to continue in existence, resisting Moldovan and international efforts to resolve the conflict and bring democracy and the rule of law to the region, only because of Russian military, economic and political support.

In these circumstances, the «MRT»'s *high level of dependency* on Russian support provides a strong indication that Russia exercised effective control and decisive influence over the «MRT» administration during the period of the schools' crisis».⁴³⁸

Cabe preguntarse, entonces, si el Tribunal ha «distendido» aún más el estándar de «influencia decisiva» que consideró necesario en *Ilascu*, de forma que ya no es necesario que se manifieste en la «supervivencia» de la administración local, sino simplemente en su «alto nivel de dependencia».

⁴³⁵ TEDH, *Asunto Catan y Otros c. Moldavia y Rusia*, párr. 112.

⁴³⁶ *Ibid*, 114.

⁴³⁷ *Ibid*, 121-123.

⁴³⁸ *Ibid*, 122.

Un problema que parece no cuestionar el Tribunal afecta a su jurisdicción *ratione temporis*, esto es, el gran lapso de tiempo transcurrido desde que en 1992 las autoridades de la MRT detuvieron a los demandantes en *Ilascu*, hasta las campañas de 2004 contra los colegios en *Catan*. Es razonable pensar que durante este periodo el control ejercido sobre el MRT se hubiera ido diluyendo a medida que esta entidad se iba haciendo más autónoma, prueba de lo cual fue la falta de intervención de los soldados rusos en los hechos denunciados. La cuestión es hasta cuándo se puede o se podrá considerar que la MRT es dependiente de Rusia y está controlada por ésta. Este mismo problema podría señalarse en cuanto a la decisión en *Ivantoc*, en la que el TEDH declaró la jurisdicción de Rusia hasta la liberación de los demandantes en 2007 y asimismo en el *Asunto Mozer c. Moldavia y Rusia* que se analizará a continuación.

Finalmente, respecto de *Catan*, llama la atención cómo el Tribunal, a pesar de que no existió intervención de los agentes rusos, determinó, no sólo su jurisdicción, que justificó en los términos ya expuestos, sino también su responsabilidad. Esta conclusión ha sido duramente criticada por Milanovic, quien considera que es contraria a las normas en materia de responsabilidad internacional de los Estados establecidas por la CDI y la Corte Internacional de Justicia.⁴³⁹

En el mismo sentido que en *Catan* se pronunció el Tribunal en el *Asunto Mozer c. Moldavia y Rusia* de 2016, en el que el demandante alegó su detención ilegal en 2008 por las autoridades del MRT.⁴⁴⁰ Al igual que en *Catan*, tampoco se había producido la intervención de los agentes rusos, pero el Tribunal apreció la jurisdicción de Rusia sobre el mismo fundamento, esto es, el «elevado grado de dependencia» de las autoridades del MRT respecto del apoyo prestado por Rusia.⁴⁴¹ Al igual que en *Catan* e *Ivantoc*, es cuestionable que los criterios de *Ilascu* puedan aplicarse a un suceso ocurrido 16 años más tarde.

Finalmente, respecto de los casos acaecidos en esta región, cabe destacar que en el *Asunto Pisari c. Moldavia y Rusia* adoptado en 2015, el Tribunal, a diferencia de los casos anteriores, aplicó el modelo de la «autoridad y control de los agentes estatales» establecido en *Al-Skeini*, con el fin de determinar la jurisdicción de Rusia.⁴⁴² El Tribunal

⁴³⁹ Marko Milanovic, «Grand Chamber Judgement in *Catan* and Others», Ejitalk.org, (2012), 4.

⁴⁴⁰ TEDH, *Asunto Mozer c. Moldavia y Rusia*, Demanda nº 11138/10, sentencia de 7 de diciembre de 2015. En concreto se trataba de un ciudadano moldavo de minoría alemana que alegó que había sido detenido ilegalmente por las autoridades del MRT y haber sido obligado a confesar en contra de su voluntad. Fue juzgado y sentenciado a 7 años de prisión por un tribunal que no había sido reconocido por el Gobierno Moldavo. Asimismo, denunció también haber sido sometido a condiciones humanas en su detención, durante la que se le había denegado el tratamiento médico que necesitaba y se le había impedido ver a su familia y sacerdote, TEDH, *Asunto Mozer c. Moldavia y Rusia*, 13-27.

⁴⁴¹ TEDH, *Asunto Mozer c. Moldavia y Rusia*, 110.

⁴⁴² TEDH, *Asunto Pisari c. Moldavia y Rusia*, Demanda nº 42139/12, sentencia de 24 de marzo de 2015, 8-13.

no pudo aplicar dicho modelo en sus decisiones en los asuntos *Catan y Otros c. Moldavia y Rusia* y *Mozer c. Moldavia y Rusia* porque en los hechos no habían intervenido soldados ni agentes de Rusia. Por el contrario, la intervención de los agentes rusos sí quedó probada en el *Asunto Pisari c. Moldavia y Rusia*, en el que un joven había fallecido a consecuencia de los disparos efectuados por un miembro de las fuerzas de seguridad rusas en un control policial. Cabe preguntarse, no obstante, si es esta la razón que llevó al Tribunal a aplicar el modelo personal o su voluntad de apartarse de la senda que había seguido en *Ilascu*. Este caso será analizado en el apartado E.2 siguiente.

3. El concepto de «alta integración» con la administración subordinada: los casos de la región de Nagorno-Karabakh

Un tercer supuesto de conflictos territoriales sometidos al enjuiciamiento del TEDH es el relativo al conflicto sobre la región de Nagorno-Karabakh situada al Oeste de Azerbaiyán, en la zona limítrofe con Armenia. Previamente a la desmembración de la URSS, Nagorno-Karabakh era una provincia autónoma de la República Socialista Soviética de Azerbaiyán, poblada fundamentalmente por ciudadanos de origen armenio, y desde 1988 venía solicitando su incorporación a la República Socialista Soviética de Armenia. Dos días después de la declaración de independencia de Azerbaiyán el 30 de agosto de 1991, los separatistas de la región declararon la creación de la República de Nagorno-Karabakh (NKR, por sus siglas en inglés). Pocos meses más tarde, el Parlamento de Azerbaiyán abolió la autonomía de la que previamente había disfrutado la región. Tras la disolución ese mismo año de la URSS, las tropas soviéticas se retiraron de la región y el control militar pasó a la población armenia. En 1992 la situación escaló a un conflicto violento entre azeríes y armenios, a consecuencia del cual la población azerí se desplazó a otras regiones de Azerbaiyán.⁴⁴³

El asunto principal decidido por el TEDH hasta el momento es *Chiragov y otros c. Armenia*. La demanda se presentó por seis ciudadanos de nacionalidad azerbaiyana que tuvieron que huir de la región a consecuencia del conflicto. Los demandantes alegaron que no podían volver a sus lugares de origen situados en una zona ocupada por tropas de Armenia y, en consecuencia, se les había impedido el disfrute de sus viviendas y propiedades.⁴⁴⁴ El Gobierno de Armenia negó su jurisdicción respecto de los demandados porque, según sus alegaciones, no ejerció control efectivo sobre la zona, ni ejerció allí poderes públicos, ni ejerció influencia o control sobre la NKR.⁴⁴⁵

⁴⁴³ TEDH, *Asunto Chiragov y otros c. Armenia*, Demanda nº 13216/05, sentencia, 22 de enero de 2015, párr. 12-20.

⁴⁴⁴ TEDH, *Asunto Chiragov y otros c. Armenia*, párr. 3 y 32-57.

⁴⁴⁵ *Ibid*, 158.

Como se explicará a continuación, en su fallo el Tribunal condenó a Armenia por haber vulnerado el derecho a la propiedad, el derecho a la vivienda y a la vida privada y familiar.⁴⁴⁶

El TEDH en su fallo descartó la aplicación del modelo de autoridad y control de los agentes del Estado y consideró necesario determinar si Armenia ejercitó un control efectivo sobre los territorios. Siguiendo su decisión en el Asunto *Catan*, el Tribunal consideró que tal la valoración dependía principalmente de la implicación militar de Armenia en la zona. No obstante, debían tenerse en cuenta también otros indicativos como el apoyo económico y político prestado por Armenia a la NKR.⁴⁴⁷ En su comprobación de dicho control, manifestó lo siguiente:

«The material available to the Court *does not – and could not be expected to – provide conclusive evidence* as to the composition of the armed forces that occupied and secured control of Nagorno-Karabakh and the seven surrounding districts between the outbreak of war in early 1992 and the ceasefire in May 1994».⁴⁴⁸

«Moreover, in the Court’s view, *it is hardly conceivable* that Nagorno-Karabakh – an entity with a population of less than 150,000 ethnic Armenians – was able, without the substantial military support of Armenia, to set up a defence force in early 1992 that, against the country of Azerbaijan with approximately seven million people, not only established control of the former NKAO but also, before the end of 1993, conquered the whole or major parts of seven surrounding Azerbaijani districts.»⁴⁴⁹

«*The number of Armenian soldiers serving in the «NKR» is in dispute; (...).* The Court need not solve this issue as, based on the numerous reports and statements presented above, it finds it established that the Republic of Armenia, through its military presence and the provision of military equipment and expertise, has been significantly involved in the Nagorno-Karabakh conflict from an early date. (...)».⁴⁵⁰

Es enormemente llamativo cómo el propio Tribunal, que había descartado durante el procedimiento realizar mayores indagaciones sobre los hechos, reconoce en estos fragmentos la falta de pruebas sobre la presencia militar de Armenia en la zona, cuestión, que, sin embargo, es decisiva para fundamentar su fallo, tal como se explicará a continuación.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal continúa en su fundamentación declarando que hay suficientes evidencias para considerar que «las fuerzas armadas de Armenia y la NKR están *altamente integradas*».⁴⁵¹ Entre tales evidencias, el Tribunal

⁴⁴⁶ *Ibid*, 201 y 208.

⁴⁴⁷ *Ibid*, 169.

⁴⁴⁸ *Ibid*, 173, cursiva añadida.

⁴⁴⁹ *Ibid*, 174, cursiva añadida.

⁴⁵⁰ *Ibid*, 180, cursiva añadida.

⁴⁵¹ *Ibid*, 180, traducción de la autora, cursiva añadida.

cita las siguientes: un acuerdo de cooperación militar entre ambas entidades, el hecho de que ciertos políticos hubieran asumido puestos de decisión en Armenia tras haberlos ostentado en la NKR,⁴⁵² el otorgamiento de visados armenios para viajar al extranjero a los residentes de Nagorno-Karabakh, la adopción de leyes por la NKR siguiendo la legislación armenia, el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales armenios en dicho territorio, así como el apoyo financiero de Armenia a la región a través de préstamos interestatales.⁴⁵³ Sobre la base de estas evidencias, el Tribunal llega a la siguiente conclusión:

«All of the above reveals that the Republic of Armenia, from the early days of the Nagorno-Karabakh conflict, has had a *significant and decisive influence* over the «NKR», that the two entities are *highly integrated* in virtually all important matters and that this situation persists to this day. In other words, the «NKR» and its administration survives by virtue of the military, political, financial and other support given to it by Armenia which, consequently, exercises effective control over Nagorno-Karabakh and the surrounding territories, including the district of Lachin. The matters complained of therefore come within the jurisdiction of Armenia for the purposes of Article 1 of the Convention».⁴⁵⁴

En definitiva, aunque el Tribunal sigue empleando las nociones de «influencia decisiva» o «supervivencia de la administración local» sobre las que había fundamentado sus decisiones en asuntos previos como *Ilascu*, es sorprendente cómo ha diluido estos estándares. Por un lado, considera probada la presencia militar de Armenia aunque el número de sus soldados en la zona «estaba en disputa» y no podía darse una «prueba conclusiva» al respecto. En definitiva, considera evidenciada la presencia militar aun a falta de las pruebas que permiten concluirlo. Por otro lado, porque de la sentencia parece inferirse que dicha presencia militar ya no es tan relevante, sino que existen un cúmulo de factores, aunque más difusos y menos contundentes, que el Tribunal tiene también en gran consideración para adoptar su fallo. Finalmente, el Tribunal acuña en la sentencia nuevos términos como «altamente integrados» cuyos contornos son mucho más difusos que el control efectivo del territorio a través de la presencia militar.

Esta cuestión parece que no fue pacífica en la decisión de la sala, ya que tres jueces manifestaron sus opiniones disidentes al respecto. Entre ellos, el juez Pinto de Albuquerque, es muy crítico con la sentencia porque a su parecer, la Gran Sala ha decidido sobre la base de «virtual assertions and unfounded allegations». Considera, asimismo, que el TEDH ha diluido su jurisprudencia establecida en *Al-Skeini*, en la que la presencia militar se señalaba como el principal factor para determinar si existía control efectivo sobre un área situada fuera del territorio. Es incorrecto, en su opinión,

⁴⁵² *Ibid*, 181.

⁴⁵³ *Ibid*, 182-184.

⁴⁵⁴ *Ibid*, 186.

diluir este criterio por la conveniencia del caso. Por último, critica la decisión del Tribunal de no realizar más pruebas sobre la presencia militar. Aunque está claro que el TEDH es un tribunal subsidiario y debe basarse en las pruebas establecidas en los procedimientos internos, existen circunstancias excepcionales en casos de gran repercusión, como el presente, en las que está justificado que el TEDH realice subsiguientes indagaciones.

4. Lugares que no constituyen «áreas»

Como se avanzó anteriormente, la aplicación del modelo de control efectivo sobre un área plantea dificultades cuando lo que se controla no es estrictamente un territorio sino otro tipo de lugares, como edificios, embajadas, centros de detención extraterritoriales, buques o aeronaves. Por un lado, podría alegarse que todo individuo está localizado en un lugar que, a su vez está situado en un territorio, pero, por otro lado, no puede ignorarse, que, a medida que disminuye el tamaño del área, resulta más artificial aplicar este modelo. Por ello, parece que tiene más sentido considerar que la jurisdicción en dichos casos deriva, no del control del lugar, sino del control sobre las propias personas situadas en él, lo cual nos conduciría a la aplicación de un modelo personal. Este es el criterio que ha seguido el TEDH en *Al-Skeini* que sitúa dentro de este modelo de jurisdicción las situaciones que se producen en embajadas y consulados, en centros de detención extraterritoriales y en buques y aeronaves. A ellas se hará referencia en el apartado E siguiente.

En ciertos casos del norte de Chipre, el Tribunal también se encontró con problemas para aplicar el modelo territorial en ciertos lugares que, por su carácter peculiar, no se podían considerar bajo el control de ningún Estado, como la «zona de alto el fuego» habilitada por las Naciones Unidas. Los hechos se produjeron en el contexto de una manifestación que tuvo lugar en 1996 en dicha «zona de alto el fuego». Durante la manifestación, se produjeron enfrentamientos violentos entre los manifestantes y las fuerzas de seguridad del TRCN. Uno de los manifestantes, el Sr. Isaak, fue golpeado hasta la muerte por un grupo de entre 15 y 20 personas entre las que se encontraban miembros de las fuerzas de seguridad del TRCN y contramanifestantes turco-chipriotas. Su caso dio lugar al *Asunto Isaak y otros c. Turquía*.⁴⁵⁵ Tras el funeral del Sr. Isaak se produjeron de nuevo enfrentamientos violentos entre los manifestantes y las fuerzas de seguridad turcas, que dispararon a los manifestantes produciendo la muerte del Sr. Solomou y heridas graves a la Sra. Andreou, cuyos casos también se dirimieron en el TEDH (*Asunto Solomou c. Turquía*)⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ TEDH, *Asunto Isaak c. Turquía*, Demanda nº 44587/98, 3 de junio de 2008, párr. 12-15.

⁴⁵⁶ TEDH, *Asunto Solomou c. Turquía*, Demanda nº 36832/97, 3 de junio de 2008.

y *Asunto Andreou c. Turquía*.)⁴⁵⁷

La complicación que supuso para el Tribunal el hecho de que los sucesos se hubieran producido en la «zona del alto el fuego» puede inferirse del siguiente pasaje de la sentencia en el *Asunto Isaak*:

«In view of the above, even if the acts complained of took place in the neutral UN buffer zone, the Court considers that the deceased was under the authority and/or effective control of the respondent State through its agents (...). It concludes, accordingly, that the matters complained of in the present application fall within the «jurisdiction» of Turkey within the meaning of Article 1 of the Convention and therefore entail the respondent State's responsibility under the Convention».⁴⁵⁸

En un caso posterior, el *Asunto Solomou c. Turquía*, el Sr. Solomou fue disparado mientras se encaramaba a un mástil que portaba la bandera turca, localizado dentro del área controlada por el TRCN, pese a lo cual, no aplica el modelo territorial, al considerar que los hechos se produjeron «parcialmente en la zona del alto el fuego»:

«At the outset, the Court notes that the area in which the acts complained of took place was partly situated in the neutral UN buffer zone. Solomos Solomou violated the ceasefire lines and entered the buffer zone. To this limited extent, he bears responsibility for the tragic course taken by the demonstration (...). Moreover, the flag pole on which the victim was climbing when he was shot was situated in the «TNRC» territory. In this connection, the Court also notes that the UNFICYP report, submitted by the third-party intervener (see paragraph 36 above), confirms that the killing of Solomos Solomou was the result of the «use of force by Turkish or Turkish-Cypriot military personnel.

In view of the above, the Court considers that in any event the deceased was under the authority and/or effective control of the respondent State through its agents (...). It concludes, accordingly, that the matters complained of in the present application fall within the «jurisdiction» of Turkey within the meaning of Article 1 of the Convention and therefore entail the respondent State's responsibility under the Convention».⁴⁵⁹

Finalmente, en el *Asunto Andreou* la particularidad fue que la Sra. Andreou, que también estaba participando en la manifestación, se encontraba fuera de la zona controlada por las autoridades turcas, cerca de control de la Guardia Nacional Greco-Chipriota. A pesar de ello, el TEDH consideró que, dada la cercanía de dicha zona y que las heridas fueron consecuencia directa de las acciones de las autoridades del TRNC, la demandante se encontraba también bajo la jurisdicción de Turquía:

⁴⁵⁷ TEDH, *Asunto Andreou c. Turquía*, Demanda nº 45653/99, 6 de octubre de 2009.

⁴⁵⁸ TEDH, *Asunto Isaak c. Turquía (decisión de admisibilidad)*, 21.

⁴⁵⁹ TEDH, *Asunto Solomou c. Turquía*, párr. 48 y 51.

(...) even though the applicant had sustained her injuries in territory over which Turkey exercised no control, the opening of fire on the crowd from close range, which was the direct and immediate cause of those injuries, had been such that the applicant should be regarded as «within [the] jurisdiction» of Turkey within the meaning of Article 1 of the Convention.⁴⁶⁰

No obstante, en este supuesto el Tribunal no parece aplicar el modelo personal de la autoridad, como en *Isaak y Solomou*, sino que es la circunstancia de la cercanía del lugar donde la Sra. Andreou había resultado herida respecto de la zona controlada por Turquía lo que lleva al Tribunal a la aplicación del modelo territorial. Es decir, realiza la ficción de que los hechos se habían producido efectivamente en la zona controlada por Turquía, aunque no fuera así. Esta cuestión, sin embargo, no es desvelada por el Tribunal en su fallo.

La discusión respecto de qué debe entenderse incluido en el concepto de territorio del Estado a efectos de la aplicación de los tratados de derechos humanos se ha planteado también en relación con la interpretación de la cláusula de jurisdicción de la Convención contra la Tortura. De conformidad con la interpretación del Comité contra la Tortura, la expresión «todo territorio bajo su jurisdicción» incluye también «áreas en las que el Estado ejerce, directa o indirectamente, en todo o en parte, control efectivo de jure o de facto, de acuerdo con el Derecho Internacional».⁴⁶¹ Entre estas «áreas» el Comité incluye también buques y aeronaves, embajadas, bases militares, prisiones o centros de detención. Lo relevante entonces para el Comité no es la naturaleza del lugar, sino el control ejercitado por el Estado, cualquiera que sea el lugar. En sus Observaciones respecto del segundo informe presentado por Estados Unidos, el Comité se refirió, en particular, a la práctica de este país de establecer centros de detención secretos y no sólo consideró aplicable la Convención a los mismos, sino también que la detención de personas en tales centros «constituye *per se* una violación de la Convención».⁴⁶²

5. Recapitulación

El ejercicio de la jurisdicción por los Estados se fundamenta sobre el principio clave de la territorialidad, es decir, existe una presunción de que éstos ejercen normalmente su jurisdicción dentro de sus propios territorios. La trascendencia de este principio ha sido

⁴⁶⁰ TEDH, *Asunto Andreou c. Turquía*, párr. 25.

⁴⁶¹ Comité contra la Tortura, Observación General nº 2, párr. 16.

⁴⁶² Comité contra la Tortura, *Observaciones sobre los informes presentados por los Estados bajo el artículo 19 de la Convención*, Estados Unidos de América, CAT/C/USA/CO/2, 18 de mayo de 2006, párr. 17.

establecida por la jurisprudencia internacional desde los primeros casos en los que se enjuiciaron actos extraterritoriales de los Estados. No obstante, también se han reconocido ciertas «bases de ejercicio extraterritorial de jurisdicción por los Estados». Entre ellas, el «control efectivo sobre un área», también denominado modelo territorial, ha sido uno de los estándares que se ha aplicado con mayor frecuencia por los tribunales internacionales, en especial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La regla de oro de este modelo consiste en que el ejercicio de tal control efectivo sobre un territorio conlleva la obligación del Estado de garantizar en él a su población todos los derechos estipulados por el tratado de derechos humanos en cuestión.

El TEDH diseñó el modelo territorial fundamentalmente en sus sentencias sobre el norte de Chipre, en las que estableció los principios que inspirarían su jurisprudencia posterior. Así, el modelo territorial fue concebido como el ejercicio de «control efectivo sobre un área situada fuera del territorio nacional» como consecuencia de actividades militares, ya fueran éstas lícitas o ilícitas, y efectuadas de manera directa por el propio ejército del Estado, o a través de una administración local subordinada. Era, por tanto, una cuestión de hecho, de la que se derivaban el nacimiento de las obligaciones de los Estados parte del Convenio.

Estos principios básicos, establecidos por el Tribunal en los años 90, se han mantenido prácticamente invariables a lo largo de toda la jurisprudencia del Tribunal, con la salvedad de su decisión en el asunto *Bankovic y Otros c. Bélgica* que marcó un giro hacia la territorialización del CEDH. Así, en *Bankovic*, el TEDH equiparó la jurisdicción a la concepción de tal término en el Derecho internacional general, declarándola absolutamente excepcional y exigiendo para apreciar su concurrencia el «ejercicio de todos o algunos de los poderes públicos normalmente ejercitados por un gobierno soberano».

La concepción territorialista de *Bankovic* se ha ido diluyendo en la jurisprudencia posterior del Tribunal, es especial, su configuración del CEDH como un instrumento restringido al «espacio jurídico europeo», e incluso puede decirse que ha quedado superada.

En los casos posteriores sobre la región de Transnistria, el Tribunal admitió la posibilidad de un ejercicio concurrente de jurisdicción, tanto por el Estado soberano *de iure* como por el Estado que controla *de facto* el territorio. La jurisdicción del primero, no obstante, queda reducida, en tanto que le está impedido el ejercicio de control sobre el territorio, a sus obligaciones positivas, es decir al deber de diligencia de adoptar cuantas medidas estén bajo su poder para garantizar los derechos de los individuos. En definitiva, se adopta una perspectiva realista respecto del cumplimiento de las obligaciones por el Estado soberano, de manera que estas no supongan «una carga imposible o desproporcionada».

Es también a partir de estos casos cuando el Tribunal inicia una tendencia hacia la dilución de los requisitos que deben concurrir para apreciar la jurisdicción del Estado. En efecto, el ejercicio de control efectivo sobre un territorio manifestado en una contundente presencia militar en el mismo, que el Tribunal estableció en los casos del norte de Chipre, va perdiendo peso a medida que evoluciona su jurisprudencia. Así, en *Ilascu* el criterio es la «influencia decisiva» sobre la administración local, que «sobrevive» gracias al apoyo militar, político y económico; en *Ivantoc* el Tribunal se refiere solo a la «estrecha relación» establecida con el régimen separatista a través de la presencia de tropas, pero complementada con otros indicativos como el apoyo financiero, económico y político; y en *Catan* y *Mozer* el criterio empleado es el «elevado grado de dependencia» y no la supervivencia de la administración local.

En conclusión, el Tribunal parece haber adoptado una tendencia hacia la «flexibilización» de las exigencias del modelo territorial para determinar la jurisdicción del Estado, que ya no depende tanto de la máxima «boots on the ground» sino de otros factores más difusos e imprecisos. Si bien esto puede ser justificable en aras de extender al máximo la protección de los derechos humanos, puede ser cuestionable en tanto que genera un elevado grado de incertidumbre jurídica a la hora de determinar las circunstancias en las que puede considerarse existente la jurisdicción extraterritorial de los Estados.

Finalmente, también es dudosa la aplicación del modelo que ha realizado el Tribunal recientemente en asuntos como *Catan*, *Ivantoc*, o *Chiragov*, cuyos actos se produjeron exclusivamente por la administración local dependiente de los Estados demandados, pero sin intervención directa de los agentes de éste último. A pesar de ello, el Tribunal declaró la jurisdicción y la responsabilidad de los Estados demandados, lo cual puede ser problemático en tanto que contradice las normas de atribución de los hechos internacionalmente ilícitos tal como son concebidas por la CDI y el Tribunal Internacional de Justicia.

E. La «autoridad y control de los agentes estatales» sobre individuos o el modelo personal

El segundo de los modelos de jurisdicción extraterritorial sistematizados por *Al-Skeini* es el modelo que denomina la «autoridad y control de los agentes estatales» (*State agent authority and control*). Como otra excepción al principio de territorialidad, la jurisdicción de los Estados puede extenderse fuera de su territorio a través de los actos de sus autoridades que ejerzan «control y autoridad sobre individuos». El TEDH define esta base de jurisdicción extraterritorial de la siguiente manera:

«It is clear that, whenever the State, through its agents, exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section I of the Convention *that are relevant to the situation of that individual*. In this sense, therefore, the Convention rights can be «divided and tailored» (compare *Banković and Others*, cited above, § 75)».⁴⁶³

Debe hacerse notar cómo el Tribunal reconoce aquí que está contradiciendo uno de los principios establecidos en *Bankovic*, esto es, el de que las obligaciones del CEDH no pueden «dividirse o acomodarse» en función de las circunstancias concretas del caso, sino que tienen que aplicarse «en bloque». Consciente aquí el TEDH de que el modelo personal es mucho más extensivo en comparación con la limitación que el control sobre el territorio proporciona al modelo espacial, admite la aplicación extraterritorial del CEDH, pero exclusivamente respecto de los derechos y libertades que guarden relación o afecten a la situación concreta del individuo en cuestión. Es decir, en estos casos en los que no existe un control sobre el territorio, no son exigibles a los Estados la totalidad de los derechos y libertades establecidas en el CEDH que, por otra parte, es muy cuestionable que fueran capaces de cumplir. De esta manera, el TEDH atempera una aplicación extraterritorial del CEDH que sería demasiado extensiva. Está claro que el Reino Unido tiene la obligación de respetar los derechos a la vida, integridad física y libertad de los ciudadanos iraquíes detenidos en Irak, pero sería irrazonable considerar que también debería garantizarles, por ejemplo, el derecho a la educación. El problema que trae este criterio, no obstante, es la determinación exacta de cuáles son los derechos afectados en cada caso, en supuestos en los que no sea tan claro.

El TEDH reconoce también que esta base de jurisdicción había sido tratada por su jurisprudencia anterior de una manera muy general, por lo que considera necesario identificar algunos principios que caractericen a este modelo.⁴⁶⁴ Con dicho objetivo, el TEDH establece tres supuestos o modalidades principales de ejercicio extraterritorial de jurisdicción por los agentes estatales:

1. El ejercicio de funciones diplomáticas. Se refiere el Tribunal a los actos de los agentes diplomáticos o consulares que estén presentes en el extranjero, de conformidad con las normas del Derecho Internacional, en los casos en los que dichos agentes «ejercen autoridad y control sobre otras personas».⁴⁶⁵
2. El ejercicio de poderes públicos en el territorio. En las palabras del Tribunal esta modalidad consiste en el ejercicio, «en virtud del consentimiento, la invitación o la aquiescencia» del Gobierno de un territorio, de «todos o algunos de los

⁴⁶³ TEDH, *Al Skeini y Otros c. Reino Unido*, párr. 137, cursiva añadida.

⁴⁶⁴ *Ibid*, párr. 133.

⁴⁶⁵ *Ibid*, párr. 134.

poderes públicos» que normalmente son ejercitados por dicho Gobierno. Entre ellos, el TEDH incluye el ejercicio de funciones ejecutivas o judiciales.⁴⁶⁶ Este es el modelo que el Tribunal aplicó en el *Asunto Al-Skeini*.

3. La detención o custodia de personas en el extranjero. Esta modalidad consiste en el uso de la fuerza por los agentes estatales mientras actúan fuera de su territorio fundamentalmente en los supuestos de detención o custodia de personas en el extranjero. Como dos modalidades específicas de estos supuestos de detención, el Tribunal distingue, en primer lugar, los centros de detención o prisiones militares en el extranjero, como los dirigidas por Reino Unido en Irak durante su ocupación y posterior administración, de acuerdo a su jurisprudencia mantenida en casos como *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*. En segundo lugar, hace referencia el Tribunal a los casos de ejercicio de control sobre las personas en lugares tan específicos como buques o aeronaves. Lo decisivo para apreciar la jurisdicción del Estado en todos estos supuestos no es el control sobre los edificios, barcos o aviones en los que se encuentren detenidas las personas, sino el poder y control físico sobre éstas:

«The Court does not consider that jurisdiction in the above cases arose solely from the control exercised by the Contracting State over the buildings, aircraft or ship in which the individuals were held. What is decisive in such cases is the *exercise of physical power and control over the person in question*».⁴⁶⁷

Al respecto de este modelo personal, la profesora Andrés de Santa María ordena también los tipos de actos de las autoridades estatales que despliegan sus efectos fuera del territorio propio en dos categorías: en primer lugar, los actos cometidos en el espacio jurídico del CEDH (entre ellos, cita las sentencias del TEDH de 26 de junio de 1992, *Asunto Drodz y Janousek c. Francia y España*; de 23 de marzo de 1995, *Asunto Loizidou c. Turquía*; de 8 de julio de 2004, *Asunto Ilascu y otros c. Moldova y Rusia* y de 15 de noviembre de 2011, *Ivantoç y otros c. Moldova y Rusia*) y, en segundo lugar, los actos cometidos en un territorio fuera del espacio del CEDH (entre estos menciona las sentencias del TEDH de 7 de julio de 2011 en los asuntos *Al-Skeini y otros c. Reino Unido* y al *Jedda c. Reino Unido*). Frente a estos casos, la profesora cita algunos pronunciamientos del TEDH que considera que han restringido el alcance de la eficacia extraterritorial del Convenio, entre los que cita los *Asuntos Bankovic y otros c. Bélgica*, y *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*.⁴⁶⁸

El problema fundamental que plantea este modelo es la dificultad a la hora de determinar cuándo existe un ejercicio de autoridad en una situación concreta.

⁴⁶⁶ *Ibid*, párr. 135.

⁴⁶⁷ *Ibid*, párr. 136, cursiva añadida.

⁴⁶⁸ Paz Andrés Sáenz de Santa María, *Sistema de Derecho Internacional Público*, 3ª ed. (Civitas, Thomson Reuters, 2014), 429.

Mientras que los lindes del control sobre el territorio son, en principio, más sencillos de apreciar en tanto que requieren una presencia militar sobre el mismo, la identificación del ejercicio de autoridad sobre las personas plantea más interrogantes. Es por ello que en este punto se ha manifestado en ocasiones una mayor inconsistencia del TEDH en sus resoluciones. Si bien el bombardeo de la radio televisión serbia no constituyó un ejercicio de autoridad según *Bankovic*, el tiroteo de civiles desde un helicóptero sí lo constituyó en *Pad*. Si bien parece claro que una persona detenida está bajo la autoridad y el control de su captor, cabe preguntarse si el retroceso forzoso de embarcaciones sin intervenir físicamente sobre su tripulación, constituye un ejercicio de autoridad bajo el modelo personal. Un ejemplo habitual al que se refiere la doctrina es que la aplicación de este modelo puede dar lugar al absurdo de que una persona a la que se detiene primero y luego se dispara, estaría bajo la jurisdicción del Estado, mientras si se le dispara primero, quedaría fuera de la protección del Convenio.

Los antecedentes de esta construcción jurisprudencial pueden encontrarse en las primeras decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en los años 70 respecto de la situación en el Norte de Chipre tras su invasión por Turquía el 20 de julio de 1974, aunque, como se ha expuesto, posteriormente el TEDH aplicó a estos supuestos el modelo territorial del control efectivo general del territorio. No obstante, los máximos exponentes de este modelo se encuentran en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Junto con el asunto ya citado *López Burgos c. Uruguay*, cabe destacar el pronunciamiento de la misma fecha del Comité de Derechos Humanos en el caso *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*,⁴⁶⁹ en el que el Comité reproduce literalmente la fundamentación jurídica de *López Burgos*. En ambas resoluciones el Comité concibe la expresión «individuos sujetos a su jurisdicción» en referencia a la «relación entre el individuo y el Estado respecto de una violación de los derechos establecidos en el Pacto», con independencia del lugar en el que dicha violación hubiera ocurrido.⁴⁷⁰ Define la jurisdicción, por lo tanto, en términos personales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos por su parte, en el *Asunto Coard y Otros c. Estados Unidos*, relativo a la invasión por ésta de la isla de Grenada el 25 de octubre de 1983, se pronunció en los siguientes términos sobre la aplicación extraterritorial de la Declaración Americana:

⁴⁶⁹ Comité de Derechos Humanos, *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, Comunicación nº 56/1979, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/56/1979, de 29 de julio 1981, (*Asunto Celiberti de Casariego c. Uruguay*). En este asunto, la demandante fue arrestada junto con sus dos hijos en Brasil por agentes de la policía uruguaya, párr. 2.2 y 9.

⁴⁷⁰ Comité de Derechos Humanos, *López Burgos c. Uruguay*, párr. 12.3 y *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, párr. 10.2. Esta expresión la interpreta el Comité respecto del artículo 1 del Protocolo Opcional al Pacto y no del artículo 2.1 del Pacto.

«Dado que los derechos individuales son inherentes simplemente en virtud de la humanidad de una persona, todos los Estados americanos están obligados a respaldar los derechos protegidos de cualquier persona sujeta a su jurisdicción. Si bien ello se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio de un Estado, en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un *locus* extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al control de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su autoridad y control.»⁴⁷¹

Este fragmento consituye una clara defensa de la universalidad de los derechos humanos como fundamento de la extraterritorialidad de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, a pesar de que ésta no incluye en su texto una cláusula de jurisdicción.

Entre las decisiones adoptadas por la Comisión Europea de Derechos Humanos en esta etapa previa cabe citar la relativa a la admisibilidad de la demanda *Sánchez Ramirez c. Francia*.⁴⁷² Según los hechos alegados por el demandante, de nacionalidad venezolana, mientras se encontraba en su residencia en Sudán, agentes de la policía de este país le habían capturado, drogado y entregado a oficiales policiales franceses que se encontraban en el país quienes, a su vez, le habían trasladado por la fuerza a Francia en un avión militar francés. En su examen, la Comisión inadmitió la demanda por estar manifiestamente mal fundada, pero reconoció la jurisdicción de Francia sobre el Sr. Sánchez Ramirez desde el momento en el que había sido entregado a las autoridades policiales francesas, en los siguientes términos:

«According to the applicant, he was taken into the custody of French police officers and deprived of his liberty in a French military aeroplane. If this was indeed the case, from the time of being handed over to those officers, the applicant was effectively under the authority, and therefore the jurisdiction, of France, even if this authority was, in the circumstances, being exercised abroad».⁴⁷³

Lo decisivo para determinar la jurisdicción de Francia, fue, entonces, la autoridad ejercida en el extranjero por sus agentes. A pesar de estos antecedentes, el modelo fue rechazado de manera tajante en *Bankovic*. Ante la alegación de los demandantes de que el criterio del control efectivo establecido por el TEDH en el *Asunto Loizidou* podía adaptarse a las circunstancias del caso, de manera que las obligaciones positivas

⁴⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto Coard y otros c. Estados Unidos*, Informe Nº 109/99, nº 10.951, de 29 de septiembre de 1999, párr. 37.

⁴⁷² Comisión Europea de Derechos Humanos, *Decisión de 24 de junio de 1996 sobre la admisibilidad de la demanda presentada por Illich Sánchez Ramirez c. Francia*, nº 28780/95.

⁴⁷³ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Illich Sánchez Ramirez c. Francia (Decisión sobre la admisibilidad)*, 161-162.

de los Estados podían considerarse «proporcionales al nivel de control ejercido realmente por éste»,⁴⁷⁴ el Tribunal consideró que tal afirmación equivaldría a considerar que cualquier persona afectada negativamente por un acto de un Estado parte en cualquier lugar del mundo quedaría sujeta a su jurisdicción. Además, añadió el Tribunal el argumento ya mencionado de que los derechos del CEDH no pueden ser divididos y acomodados según las circunstancias concretas del acto extraterritorial en cuestión.⁴⁷⁵

No obstante, con posterioridad a esta sentencia y con carácter previo a la revisión de su jurisprudencia en *Al-Skeini*, el Tribunal aplicó el criterio de la autoridad de los agentes estatales en diversos asuntos como *Issa y Otros c. Turquía*,⁴⁷⁶ *Öcalan c. Turquía*⁴⁷⁷ y *Pad y otros c. Turquía*.⁴⁷⁸ El segundo de ellos analiza la jurisdicción en el contexto de una detención a bordo de una aeronave, por lo que será estudiado en el subepígrafe b) siguiente. Los otros dos casos, serán referidos a continuación.

En el *Asunto Issa y Otros c. Turquía* el Tribunal admitió que, aunque la jurisdicción de los Estados es principalmente territorial, el concepto de jurisdicción «no está necesariamente restringido al territorio de los Estados parte».⁴⁷⁹ En este caso los demandantes alegaron que durante las operaciones militares conducidas por Turquía en el norte de Irak durante marzo y abril de 1995, sus familiares, seis pastores iraquíes, habían sido detenidos, torturados y asesinados por soldados turcos.⁴⁸⁰ El Tribunal, junto con el modelo territorial que fundamentó en el *Asunto Loizidou c. Turquía*, reconoció también como base de la jurisdicción el modelo personal, para lo cual recurrió a la jurisprudencia previa de la Comisión Europea en los casos ya citados *Sánchez Ramírez c. Francia*, y *M. v. Dinamarca*; del Comité de Derechos Humanos en *López Burgos c. Uruguay* y *Celiberti de Casariego c. Uruguay* y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en *Coard y otros c. Estados Unidos*, que previamente había rechazado en el *Asunto Bankovic*. Este modelo fue descrito por el Tribunal en los siguientes términos:

«Moreover, a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully - in the latter State».⁴⁸¹

⁴⁷⁴ TEDH, *Bankovic y Otros c. Bélgica y Otros*, párr 46.

⁴⁷⁵ *Ibid*, párr. 75.

⁴⁷⁶ TEDH, *Asunto Issa y Otros c. Turquía*, Demanda nº 31821/96, sentencia de 19 de octubre de 2004.

⁴⁷⁷ TEDH, *Asunto Öcalan c. Turquía*, Demanda nº 46221/99, sentencia de 22 de abril de 2005.

⁴⁷⁸ TEDH, *Decisión sobre la admisibilidad de la demanda nº 60167/00 presentada por Mansur Pad y Otros c. Turquía*, de 28 de junio de 2007.

⁴⁷⁹ TEDH, *Asunto Issa y Otros c. Turquía*, párr. 68.

⁴⁸⁰ *Ibid*, párr. 12-19.

⁴⁸¹ *Ibid*, párr. 71.

En efecto, el Tribunal hubiera aplicado el estándar de la autoridad y control sobre los pastores, en caso de haberse probado efectivamente que los soldados turcos habían conducido operaciones militares en el lugar donde se produjeron los asesinatos, cuestión que los demandantes no lograron, por lo que el Tribunal tampoco consideró probada la existencia de la jurisdicción de Turquía.⁴⁸²

La decisión sobre la admisibilidad del *Asunto Pad y Otros c. Turquía*, es remarcable porque el Tribunal rechazó el argumento del «espacio jurídico del Convenio» establecido en el Asunto Bankovic. En este caso el Tribunal tuvo que dilucidar si Turquía ejerció jurisdicción sobre siete ciudadanos iraníes que fueron disparados desde un helicóptero por soldados turcos mientras recogían verduras en territorio iraní, concretamente en una zona muy próxima a la frontera con Turquía. De acuerdo con el Tribunal:

«Accordingly, a State may be held accountable for violations of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State which does not necessarily fall within the legal space of the Contracting States, but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State».⁴⁸³

Esta argumentación del Tribunal se produjo aunque Turquía no había negado su jurisdicción, sino que los fallecidos, sospechosos terroristas según el Estado demandado, se encontraban en territorio turco al que habían accedido ilegalmente. El Tribunal no consideró necesario probar si los ciudadanos se encontraban en territorio turco o iraní en el momento del ataque, en tanto que Turquía había reconocido que sus soldados habían abierto fuego desde los helicópteros y habían provocado la muerte de los familiares de los demandantes. Siendo atribuible el acto a Turquía, el Tribunal ya no consideró necesario dilucidar si se encontraban dentro o fuera de territorio turco, sino que los consideró en todo caso bajo la jurisdicción de Turquía. Nótese la contradicción que este caso supone con Bankovic, dada la similitud de los hechos. El bombardeo de la OTAN sobre Serbia, que tampoco entonces era parte del «espacio legal europeo» no se consideró un ejercicio de jurisdicción, pero el ataque de los soldados rusos desde un helicóptero en territorio iraní, sí podía serlo, en caso de que se hubiera probado el lugar exacto del suceso.

El Comité contra la Tortura es uno de los órganos supervisores de los tratados de derechos humanos que ha interpretado de forma más absoluta el modelo personal de jurisdicción extraterritorial. Así, en sus Observaciones sobre el segundo informe de Estados Unidos, el Comité se expresó en unos términos tan amplios como los que siguen:

⁴⁸² *Ibid*, párr. 81.

⁴⁸³ TEDH, *Asunto Pad y Otros c. Turquía*, párr. 53.

«The State party should recognize and ensure that the provisions of the Convention expressed as applicable to «territory under the State party's jurisdiction» apply to, and are fully enjoyed, by *all persons under the effective control of its authorities, of whichever type, wherever located in the world*».⁴⁸⁴

Por el carácter tan especial de esta Convención, cuyo principal objeto es reforzar la prohibición absoluta contra la tortura, es lógico que esta prohibición no puede obligar a los Estados exclusivamente dentro de los límites de sus territorios. Del Preámbulo de la propia Convención ya puede inferirse la intención de los Estados de aplicarla en todo el mundo y respecto de toda persona. En efecto, éste declara que el deseo de los Estados con la Convención es «hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes *en todo el mundo*» y que éstos reconocen «los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana».

Del párrafo transcrito anteriormente se deduce que el Comité interpreta de una manera muy extensiva quiénes deben considerarse las «autoridades del Estado» que someten al individuo a la jurisdicción del Estado, en tanto que se refiere a «cualquier tipo». Asimismo, en su Observación General nº 2, consideró incluidos en tal expresión todos los «funcionarios y otras personas, por ejemplo, agentes, los contratistas privados y demás personas que actúan a título oficial o en nombre del Estado, en colaboración con éste, bajo su jurisdicción y control o de cualquier otra forma al amparo de la ley».⁴⁸⁵

La utilización por el artículo 2.1 de la Convención contra la Tortura de la expresión «todo territorio que esté bajo su jurisdicción» ha generado, no obstante, la controversia sobre si la Convención sería aplicable a aquellas personas que estén fuera de las fronteras del Estado pero en un territorio o lugar que éste no controle. En opinión de Walter Kälin, mientras que las prisiones o centros de detención extraterritoriales quedan cubiertas por las garantías de la Convención, las operaciones «breves» en el extranjero en las que se detenga y someta a tortura a los individuos, no podrían entenderse incluidas en la expresión del artículo 2.1 de la Convención. En su opinión, ésta no aplicaría a tales operaciones y las víctimas tendrían que buscar protección en otros tratados como el PIDCP.⁴⁸⁶ Frente a esta interpretación restrictiva de la Convención, Da Costa defiende que ésta aplica también cuando el Estado ejerce un control extraterritorial sobre personas aunque no controle necesariamente el área o lugar concreto donde éstas se encuentren.⁴⁸⁷ A su parecer, esta es la única interpretación que tiene en cuenta el objeto y fin de la Convención, sus antecedentes

⁴⁸⁴ Comité contra la Tortura, *Observaciones Estados Unidos de América*, párr. 15.

⁴⁸⁵ Comité contra la Tortura, Observación General nº 2, párr. 15.

⁴⁸⁶ Walter Kälin, «Extraterritorial Applicability of the Convention Against Torture», *New York City Law Review* (2007-2008): 301.

⁴⁸⁷ Da Costa, «Convention Against Torture», 301

normativos y sus trabajos preparatorios. La expresión del artículo 2.1 no excluye el control sobre las personas en lugares situados fuera del control del Estado, sino que responde más bien a la realidad de los lugares donde dichas prácticas ocurren, que, por razones evidentes, nunca son lugares públicos o al aire libre.⁴⁸⁸

1. El ejercicio de las funciones diplomáticas y consulares: *M.C. c. Dinamarca*

La decisión en *Bankovic* configuró las embajadas y consulados como un supuesto especial de ejercicio de jurisdicción extraterritorial establecido por el Derecho Internacional, en tanto que se trata de lugares bajo el control del Estado acreditante. De acuerdo con el TEDH en esta sentencia:

«Additionally, the Court notes that other recognised instances of the extra-territorial exercise of jurisdiction by a State include cases involving the activities of its diplomatic or consular agents abroad and on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State. In these specific situations, customary international law and treaty provisions have recognised the extra-territorial exercise of jurisdiction by the relevant State».⁴⁸⁹

Este pasaje ha sido criticado puesto que el Derecho Internacional no reconoce realmente tal base de jurisdicción extraterritorial a los efectos del artículo 1 del CEDH, sino en cuanto al ejercicio de funciones legislativas, es decir, en el contexto de la jurisdicción prescriptiva del Derecho Internacional general, pero no del concepto de jurisdicción en los tratados de derechos humanos. *Bankovic* confunde aquí ambos sentidos de la jurisdicción. En sentido estricto, la base que autoriza a los Estados a realizar actuaciones en el territorio de otros países a través de sus agentes diplomáticos y consulares, es el consentimiento del Estado territorial.⁴⁹⁰ Así, el fundamento del envío de misiones diplomáticas a otros Estados en dicho consentimiento está claramente establecido en el artículo 2 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961⁴⁹¹ que, entre las funciones de las misiones diplomáticas prevé la protección en el Estado receptor de los nacionales del Estado

⁴⁸⁸ *Ibid*, 295-297 y 301.

⁴⁸⁹ TEDH, *Bankovic y Otros c. Bélgica y Otros*, párr. 73.

⁴⁹⁰ Joana Abrisketa, «Las Embajadas y los Consulados en el Exterior: ¿Bases de Jurisdicción Extraterritorial?», en José Martín y Péres de Nanclares (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: Gestación y Contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática 55 (Ministerio de Asuntos Exteriores, 2016), 188.

⁴⁹¹ Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, BOE nº 21, de 24 de enero de 1968, cuyo artículo 2 establece que «el establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo».

acreditante.⁴⁹² Las mismas previsiones se contienen en los artículos 4 (establecimiento de una oficina consular) y en el artículo 5.a (funciones consulares) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.⁴⁹³

Desde la perspectiva de que el título que habilita al Estado acreditante para actuar extraterritorialmente es el consentimiento del Estado receptor, puede concluirse que el establecimiento de las oficinas diplomáticas o consulares no representa ningún elemento «especial» o distintivo respecto de otros edificios situados en el extranjero también con el consentimiento del Estado territorial. Siguiendo esta línea de razonamiento, tampoco los agentes diplomáticos o consulares, con la salvedad de las inmunidades que se les reconocen por el Derecho Internacional, tienen a estos efectos un carácter especial que los distinga de cualquier otro agente del Estado que actúe extraterritorialmente. El consentimiento del Estado territorial convierte al acto extraterritorial en lícito, pero como ya se expuso anteriormente, la licitud del acto conforme al Derecho Internacional no afecta a la existencia de la jurisdicción, que es una cuestión *de facto* más que *de iure*.⁴⁹⁴ En definitiva, el intento de *Bankovic* de configurar los actos de los agentes diplomáticos y consulares como bases «excepcionales» de jurisdicción extraterritorial reconocidas como tal por el Derecho Internacional resulta forzada y artificial.

En la sistematización de las bases de ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en *Al-Skeini*, esta imprecisión parece haberse corregido por el Tribunal, que considera estos supuestos como casos de jurisdicción extraterritorial no por su reconocimiento como tal por el Derecho Internacional, sino por el hecho del control y autoridad que ejercen los agentes diplomáticos y consulares. En efecto, el Tribunal sitúa los actos de los agentes diplomáticos y consulares como primer ejemplo de ejercicio extraterritorial de «autoridad o control de los agentes estatales». De acuerdo con esta sentencia,

«Firstly, it is clear that the acts of diplomatic and consular agents, who are present on foreign territory in accordance with provisions of international law, may amount to an exercise of jurisdiction when these agents exert authority and control over others».⁴⁹⁵

El TEDH reconoce que el Derecho Internacional autoriza la presencia de los agentes diplomáticos y consulares en un territorio extranjero, pero destaca que dicha presencia puede constituir un ejercicio extraterritorial de jurisdicción cuando dichos agentes «ejercitan autoridad y control sobre otros».

⁴⁹² Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, artículo 3.1.b).

⁴⁹³ Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, BOE nº 56, de 6 de marzo de 1970.

⁴⁹⁴ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 156 y 160.

⁴⁹⁵ TEDH, *Al Skeini y Otros c. Reino Unido*, párr. 134.

En conclusión, puede decirse que lo que importa a efectos de determinar la jurisdicción extraterritorial en estos casos no es la autorización para actuar extraterritorialmente prevista por el Derecho internacional sobre la base del consentimiento del Estado receptor, como propone *Bankovic*, sino que es la autoridad y control que ejercen sus agentes sobre otras personas, lo que provoca que éstas queden sujetas a la jurisdicción del Estado acreditante. Esta interpretación es más consistente con la jurisprudencia previa de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que ya se pronunció sobre ello en algunos asuntos en los años setenta, aunque sus resoluciones no se hayan considerado especialmente relevantes en materia de jurisdicción extraterritorial.⁴⁹⁶

Entre ellos, en *M. c. Dinamarca*, la Comisión examinó en 1992 la jurisdicción del embajador danés en Berlín Este, respecto de varios ciudadanos alemanes que habían accedido a su embajada en 1988 con el fin de reclamar al embajador su intermediación con las autoridades de la República Democrática Alemana respecto de la denegación por éstas de los permisos solicitados por los ciudadanos para viajar a la República Federal Alemana.⁴⁹⁷ Ante la negativa de los ciudadanos de abandonar la embajada, el embajador danés solicitó su desalojo por la policía de la RDA, la cual les mantuvo detenidos durante varios días. Posteriormente, fueron condenados a prisión condicional por un tribunal de la RDA.⁴⁹⁸ El razonamiento de la Comisión respecto de la jurisdicción del embajador danés fue el siguiente:

«It is clear, in this respect, from the constant jurisprudence of the Commission that authorised agents of a State, including diplomatic or consular agents, bring other persons or property within the jurisdiction of that State *to the extent that they exercise authority over such persons or property*. In so far as they affect such persons or property by their acts or omissions, the responsibility of the State is engaged. Therefore, in the present case the Commission is satisfied that the acts of the Danish ambassador complained of affected persons within the jurisdiction of the Danish authorities within the meaning of Article 1 of the Convention».⁴⁹⁹

Queda claro entonces, que la Comisión utilizó, como lo hizo posteriormente *Al-Skeini*, un modelo personal para considerar la jurisdicción extraterritorial del embajador danés, con fundamento en el ejercicio por él de autoridad sobre las personas y sus propiedades.⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ Abrisketa, «Las Embajadas y los Consulados», 189.

⁴⁹⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Decisión de admisibilidad de la Demanda nº 17392/90 presentada por M. c. Dinamarca*, de 14 de octubre de 1992, 1.

⁴⁹⁸ Comisión Europea de Derechos Humanos, *M. c. Dinamarca (Decisión de admisibilidad)*, 2.

⁴⁹⁹ *Ibid*, fundamentos de derecho, párr. 1.

⁵⁰⁰ La Comisión no obstante inadmitió la solicitud de los demandantes con fundamento en que la violación del artículo 5 del CEDH alegada por los demandantes se debió a la actuación de las autoridades de la RDA, Estado que no era parte del CEDH, y no de Dinamarca, como pretendían los demandantes.

Por último, cabe destacar que la jurisdicción extraterritorial del Estado acreditante no tiene por qué excluir la jurisdicción del Estado receptor, sino que podría apreciarse la jurisdicción concurrente de ambos Estados. Poniendo como ejemplo el caso *M c. Dinamarca*, el embajador danés ejerció jurisdicción sobre los ciudadanos, pero no por ello hubiera quedado excluida la jurisdicción de la RDA en tanto que ejercía el control efectivo sobre el territorio en el que se situaba la embajada. Por esta razón, es posible preguntarse si, aun no teniendo el consentimiento del embajador danés, la RDA hubiera estado obligada a desplegar sus obligaciones positivas y, por tanto, a entrar en la embajada para evitar un acto delictivo dentro de sus dependencias. Esto plantearía, no obstante, un conflicto de normas a la RDA entre la obligación de desplegar sus obligaciones positivas conforme a los tratados de derechos humanos, y la inviolabilidad de los locales de las oficinas diplomáticas y consulares establecida por el Derecho Internacional.⁵⁰¹

2. El ejercicio de poderes públicos en el territorio: los casos de la invasión de Irak

El segundo de los supuestos o modalidades que calificamos dentro del modelo personal, de conformidad con *Al-Skeini*, requiere para apreciar la existencia de la jurisdicción, el ejercicio de todos o algunos de los poderes públicos que son ejercitados normalmente por los Gobiernos soberanos. Esta modalidad fue la que el Tribunal consideró aplicable al caso *Al-Skeini*, cuyo fallo será valorado a continuación.

En efecto, en *Al-Skeini* el Tribunal consideró que, desde el derrocamiento del partido Ba'ath hasta el acceso al poder del Gobierno interino iraquí, el Reino Unido «asumió el ejercicio de todos o algunos de los poderes ejercitados normalmente por un gobierno soberano», en particular, asumió la autoridad y responsabilidad por el mantenimiento de la seguridad en la zona que se le había asignado del sudeste del país. En consecuencia, el Tribunal consideró que existía un vínculo jurisdiccional de Reino Unido con las víctimas, en los siguientes términos:

«It can be seen, therefore, that following the removal from power of the Ba'ath regime and until the accession of the interim Iraqi government, the United Kingdom (together with the United States of America) assumed in Iraq the exercise of some of the public powers normally to be exercised by a sovereign government. In particular, the United Kingdom assumed authority and responsibility for the maintenance of security in south-east Iraq. In these exceptional circumstances, the Court considers that the United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basra during the period in question, exercised *authority and control over individuals* killed

⁵⁰¹ Milanovic, *Extraterritorial Application*, 159-160.

in the course of such security operations, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention».⁵⁰²

Respecto de todas las víctimas en el asunto, salvo la tercera, no existía duda de que sus fallecimientos se habían producido como consecuencia de los actos de los soldados británicos durante el curso de las operaciones de seguridad que tenían encomendadas. No obstante, esto no estaba tan claro respecto de la tercera víctima, que había fallecido durante un intercambio de disparos entre los soldados británicos y un grupo de iraquíes armado no identificado, por lo que no era posible determinar si realmente había fallecido a consecuencia, o no, de un acto de los soldados británicos. No obstante, el Tribunal reconoció igualmente que, en tanto que la muerte ocurrió en el curso de una operación británica de seguridad, mientras los soldados patrullaban en la zona donde se encontraba el domicilio de la fallecida, debía entenderse que existía también un vínculo jurisdiccional entre el Reino Unido y dicha víctima.⁵⁰³

En definitiva, el TEDH aplica el modelo personal sistematizado previamente en esta misma sentencia, en su segunda modalidad, es decir, cuando «a través del consentimiento, invitación o aquiescencia del Gobierno de un territorio, el Estado parte ejercita todos o algunos de los poderes públicos normalmente ejercitados por tal Gobierno»,⁵⁰⁴ entre las que consideró incluidas las funciones ejecutivas desarrolladas en el curso de las operaciones de seguridad por las patrullas británicas.

En ningún momento pretendió el Tribunal realizar en *Al-Skeini* un examen del eventual ejercicio por Reino Unido de control sobre el territorio en el que se desplegaron sus actuaciones. Es más, según la interpretación de esta sentencia que realizó posteriormente el Tribunal en *Hassan*, una vez determinado el ejercicio de autoridad por Reino Unido y que las víctimas habían muerto en el transcurso de las operaciones de seguridad, era innecesario determinar si también se planteaba la jurisdicción por tener control militar efectivo sobre dicha zona. No obstante lo cual, el Tribunal reconoce que Reino Unido estuvo «lejos de poseer dicho control»:

«(...) el establecimiento de los hechos en *Al-Skeini* incluye material que tendía a demostrar que el Reino Unido estaba *lejos de poseer un control efectivo de la zona del sudeste que ocupaba*, y ésta fue también la conclusión del Tribunal de Apelación, que escuchó evidencias sobre esta cuestión en los procedimientos internos de *Al-Skeini*».⁵⁰⁵

⁵⁰² TEDH, *Al Skeini and Others c. Reino Unido*, párr. 149.

⁵⁰³ *Ibid*, párr. 150.

⁵⁰⁴ *Ibid*, párr. 135.

⁵⁰⁵ TEDH, *Hassan c. Reino Unido*, párr. 67.

La mayor crítica que se puede hacer sobre el fallo de *Al-Skeini* radica en que para el Tribunal no fue suficiente como criterio la presencia del ejército británico y su actuación respecto de las víctimas, sino que consideró necesario valorar si los soldados estaban «ejerciendo poderes públicos normalmente ejercitados por cualquier gobierno soberano». Como éstos tenían encomendados funciones de mantenimiento de la seguridad en la zona, el Tribunal declara la jurisdicción de Reino Unido. Pero, ¿qué hubiera ocurrido si no hubieran ejercido dichos poderes, como en el caso de una intervención no consentida por el Estado territorial? Es posible que el Tribunal esté tratando de mantener una coherencia con la exigencia de ejercicio de poderes públicos que requirió en *Bankovic*, aunque es llamativo cómo, a su vez, la contradice en varios aspectos. En cualquier caso, el Tribunal podría haber situado también el fallo de *Al-Skeini* en la tercera de las modalidades que sistematiza, es decir, «el uso de la fuerza por los agentes del Estado que operan fuera de su territorio» sin necesidad de haber requerido, además, el ejercicio de funciones públicas.

En definitiva, al tratar de conciliar *Al-Skeini* con *Bankovic*, es decir, el ejercicio de «autoridad y control» sobre personas, por un lado, y el ejercicio de «poderes públicos», por el otro, parece que el Tribunal ha generado un tercer modelo *sui generis* de jurisdicción extraterritorial, en el que se combinan elementos del modelo personal (la autoridad y control sobre las personas), con elementos más propios de un modelo territorial (el ejercicio de poderes públicos en el territorio).

También cabe cuestionar el fallo en *Al-Skeini* si se compara con la sentencia adoptada en la misma fecha en al *Asunto Al-Jedda c. Reino Unido*,⁵⁰⁶ en tanto que en esta última sentencia, el TEDH aplica la tercera modalidad de control personal, esto es, la derivada del uso de la fuerza por las autoridades en el extranjero, a pesar de que la víctima también había permanecido detenida en instalaciones militares en Basra dirigidas por las autoridades británicas, es decir, por haber ejercido el uso de la fuerza extraterritorialmente sobre individuo, en este caso, a través del arresto y detención en instalaciones controladas exclusivamente por el Estado parte. Así, el fallo del Tribunal en *Al-Jedda* es como sigue:

«The internment took place within a detention facility in Basra City, controlled exclusively by British forces, and the applicant was therefore within the authority and control of the United Kingdom throughout. The decision to hold the applicant in internment was made by the British officer in command of the detention facility. Although the decision to continue holding the applicant in internment was, at various points, reviewed by committees including Iraqi officials and non-United Kingdom representatives from the Multinational Force, the Court does not consider that the existence of these reviews operated to prevent the detention from being attributable

⁵⁰⁶ TEDH, Gran Sala, *Asunto Al-Jedda c. Reino Unido*, Demanda nº 27021/08, sentencia de 15 de junio de 2011.

to the United Kingdom».⁵⁰⁷

En el *Asunto Jaloud c. Países Bajos*, que se produjo también en el contexto de la ocupación de Irak, el Tribunal también aplicó la segunda modalidad de control personal.⁵⁰⁸ Los hechos tuvieron lugar en el contexto de un control de seguridad en Irak, en el que un civil resultó muerto a consecuencia de los disparos propinados por los soldados holandeses. El control de seguridad se había instalado al amparo de la Misión autorizada por el Consejo de Seguridad para restablecer las condiciones de estabilidad y seguridad en el país.⁵⁰⁹ La diferencia fundamental respecto de *Al-Skeini* fue que los Países Bajos no era una de las potencias ocupantes en Irak, sino que formaba parte de una de las fuerzas de estabilización bajo el mando de Reino Unido. Esta circunstancia fue alegada por Países Bajos para rechazar su jurisdicción en el caso, pero fue denegada por el Tribunal, que consideró que el estatuto de «poder ocupante» no era por sí mismo determinante en el caso y que los Países Bajos tampoco «quedaba desposeída de su jurisdicción» por el hecho de haber aceptado el control operativo de Reino Unido.⁵¹⁰ Así, el Tribunal resolvió que los Países Bajos había ejercitado su jurisdicción, dentro de los límites de la misión de estabilización del país, «a través del ejercicio de su autoridad y control sobre las personas que cruzaban por el control de seguridad».⁵¹¹ No requiere, por lo tanto, el Tribunal el ejercicio de “poderes públicos” sino que esta referencia, restrictiva del concepto de jurisdicción, parece haber desaparecido en el caso a pesar del desempeño también por el contingente holandés de funciones de seguridad y estabilización en la zona.⁵¹²

Con posterioridad, el Tribunal también ha aplicado esta modalidad en *Pisari c. Moldavia y Rusia*, en el contexto de los casos de la región de Transnistria que se analizaron en el apartado D.2 anterior. En este caso se produjo el fallecimiento de un joven a consecuencia de los disparos de un agente ruso que estaba al mando de un control conjunto de las fuerzas de mantenimiento de la paz de Rusia, Moldavia y

⁵⁰⁷ TEDH, *Asunto Al-Jedda c. Reino Unido*, párr. 85. No obstante, este caso es destacable más que por el análisis de jurisdicción, por el análisis de la atribución de la detención a Reino Unido o a las Naciones Unidas, tal como defendía el Gobierno británico en tanto que cuando fue detenido las fuerzas de seguridad de Reino Unido estaban operando como parte de la Fuerza Multinacional autorizada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y, por tanto, sujeto «a la autoridad última de Naciones Unidas». Ver párrafo 64 y el análisis sobre la atribución realizado por el Tribunal en los párrafos 76-84. Respecto a esta sentencia, ver también

⁵⁰⁸ TEDH, Gran Sala, *Asunto Jaloud c. Países Bajos*, Demanda nº 47708/08, sentencia de 10 de septiembre de 2014.

⁵⁰⁹ TEDH, *Asunto Jaloud c. Países Bajos*, 152.

⁵¹⁰ *Ibid*, 142 y 143.

⁵¹¹ *Ibid*, 152.

⁵¹² Javier A. González Vega, «¿Enterrando a Bankovic? La Eficacia Extraterritorial del Convenio Europeo a la Luz de la Sentencia TEDH (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2014 en el *Asunto Jaloud c. Países Bajos*», *Revista Española de Derecho Internacional* 67, nº 1 (2015): 313-314.

Transnistria.⁵¹³ Ninguno de los Estados demandados cuestionaron en el caso su jurisdicción y al Tribunal le basta un solo párrafo para resolver sobre la cuestión:

«The Court reiterates in this context that in certain circumstances, the use of force by a State's agents operating outside its territory may bring the individual thereby brought under the control of the State's authorities into the State's Article 1 jurisdiction. This may include the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State when, in accordance with custom, treaty or other agreement, its authorities carry out executive functions on the territory of another State. In the present case, the checkpoint in question, situated in the security zone, was manned and commanded by Russian soldiers in accordance with the agreement putting an end to the military conflict in the Transdnistrian region of Moldova. Against this background, the Court considers that, in the circumstances of the present case, Vadim Pisari was under the jurisdiction of the Russian Federation».⁵¹⁴

Cabe preguntarse por qué el Tribunal no aplica al caso el modelo territorial, como había venido haciendo hasta el momento en los casos sobre esta región posteriores a *Al-Skeini*. La respuesta más factible es que el Tribunal no pudo aplicar tal modelo, al haberse producido los hechos en una población de la región de Transnistria que estaba controlada por Gobierno moldavo y no la MRT.

3. La detención o custodia de personas en el extranjero: los casos de los centros de detención extraterritoriales y de las detenciones en buques y aeronaves

El TEDH establece una tercera modalidad de «autoridad y control de los agentes estatales» cuando ésta se produce por el uso de la fuerza empleado por los agentes en sus actuaciones extraterritoriales. El Tribunal define este supuesto de la siguiente manera:

«In addition, the Court's case-law demonstrates that, in certain circumstances, the use of force by a State's agents operating outside its territory may bring the individual thereby brought under the control of the State's authorities into the State's Article 1 jurisdiction».⁵¹⁵

El Tribunal considera incluidos en este caso, fundamentalmente, los supuestos de detenciones extraterritoriales de personas, incluyendo tanto los que se produzcan en el contexto de centros de detención situados en el extranjero como a bordo de

⁵¹³ TEDH, *Asunto Pisari c. Moldavia y Rusia*, Demanda nº 42139/12, sentencia de 24 de marzo de 2015, 8-13.

⁵¹⁴ TEDH, *Asunto Pisari c. Moldavia y Rusia*, 33.

⁵¹⁵ TEDH, *Asunto Al-Skeini y Otros c. Reino Unido*, párr. 136.

buques o aeronaves. En los epígrafes que siguen se analizan los principales casos dirimidos por el Tribunal.

a) Centros de detención extraterritoriales

El primer supuesto en el que el TEDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el ejercicio de jurisdicción sobre centros de detención en el extranjero fue *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, decidida en 2009.⁵¹⁶ Los demandantes, dos nacionales iraquíes, alegaron que su detención por fuerzas de seguridad británicas en Basra y su entrega a las autoridades iraquíes supuso una vulneración de, entre otros, los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de la tortura) del Convenio por exponerles a un riesgo real de ser sentenciados a pena de muerte. Durante todo el tiempo que transcurrió desde su detención hasta la entrega a las autoridades iraquíes, estuvieron internados en diferentes centros de detención bajo la dirección de las autoridades británicas.⁵¹⁷

En la decisión sobre la admisibilidad, el Gobierno británico negó la existencia de jurisdicción, sobre la base de la mayor parte de los argumentos utilizados por el TEDH en *Bankovic*, para desvirtuar la existencia de control sobre el territorio.⁵¹⁸ Según su opinión, de *Bankovic* debía deducirse que el ejercicio de la fuerza militar sobre «un

⁵¹⁶ TEDH, *Asunto Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, Demanda nº 61498/08, sentencia, 2 de febrero de 2010.

⁵¹⁷ TEDH, *Asunto Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido (sentencia)*, párr. 3 y 100. Los hechos se sitúan en el contexto de la ocupación de Irak por las naciones integrantes de la Fuerza Multinacional a partir de su invasión en marzo de 2003. Los demandantes ocupaban cargos relevantes en el partido Ba'ath y fueron arrestados en abril y noviembre de 2003 por constituir una amenaza a la seguridad. Posteriormente, fueron acusados de formar parte de un grupo de personas que había tendido una emboscada y asesinado a dos soldados británicos. Durante todo el tiempo de su detención hasta la entrega a las autoridades iraquíes estuvieron internados en diferentes centros de detención bajo la dirección de las autoridades británicas. En diciembre de 2005 los casos fueron transferidos a las autoridades judiciales iraquíes que solicitaron la custodia de los detenidos. Los demandantes reclamaron en los tribunales británicos la ilegalidad de la transferencia, pero en diciembre de 2008 se decretó judicialmente la obligación de las fuerzas británicas de entregar a los detenidos a las autoridades iraquíes. Esta decisión fue apelada por los detenidos, pero el tribunal de apelación confirmó la decisión inicial de que fueran transferidos a las autoridades iraquíes. Se les denegó el recurso ante la Cámara de los Lores. La principal dificultad en los procedimientos internos era la probabilidad de que, en caso de ser entregados a las autoridades iraquíes, los detenidos fueran sentenciados a pena de muerte, la cual había sido reintroducido por las autoridades iraquíes en agosto de 2004, tras su abolición por la Fuerza Multinacional en junio de 2003. Finalmente fueron juzgados y la Corte Supremo iraquí anuló los cargos contra ellos por falta de pruebas en septiembre de 2009, decisión que fue recurrida en casación. Al tiempo de presentar la demanda ante el TEDH los demandantes seguían detenidos.

⁵¹⁸ TEDH, *Decisión sobre la admisibilidad de la Demanda nº 61498/08 presentada por Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, 30 de junio de 2009, párr. 70 y 75-79.

individuo» no era suficiente para constituir un ejercicio de jurisdicción,⁵¹⁹ así como que Reino Unido no había ejercido ningún poder público a través del control de ninguna parte del territorio o de la población de Irak.⁵²⁰

El Tribunal, no obstante, apreció la existencia de la jurisdicción de Reino Unido conforme al siguiente argumento:

«During the first months of the applicants' detention, the United Kingdom was an occupying power in Iraq. The two British-run detention facilities in which the applicants were held were established on Iraqi territory through the exercise of military force. The United Kingdom exercised control and authority *over the individuals* detained in them initially solely as a result of the use or threat of military force. Subsequently, the United Kingdom's *de facto* control over these premises was reflected in law. In particular, on 24 June 2004, CPA Order No. 17 (...) provided that all premises currently used by the MNF should be inviolable and subject to the exclusive control and authority of the MNF.

The Court considers that, given the total and exclusive *de facto*, and subsequently also *de jure*, control exercised by the United Kingdom authorities *over the premises* in question, the individuals detained there, including the applicants, were within the United Kingdom's jurisdiction (...).

In the Court's view, the applicants remained within the United Kingdom's jurisdiction until their physical transfer to the custody of the Iraqi authorities on 31 December 2008».⁵²¹

En definitiva, el Tribunal consideró que, inicialmente, los demandantes habían estado bajo el control y la autoridad de Reino Unido como consecuencia del uso de la fuerza por ésta, en su condición de potencia ocupante en Irak. Posteriormente, dicho control *de facto* se ejerció también *de iure*, al haberse regulado legalmente los centros de detención. No obstante, la decisión del Tribunal es ciertamente confusa respecto de si está aplicando un modelo personal o territorial, lo cual puede deberse a que fue el primer asunto en el que examinó la cuestión de la jurisdicción sobre centros extraterritoriales de detención. En efecto, en los extractos anteriores no queda claro si el control sobre los individuos detenidos se consideró ejercido directamente sobre ellos o, indirectamente, a través del control por Reino Unido, primero *de facto* y luego *de iure*, de los centros de detención en cuestión.

La solución a esta cuestión parece haber quedado resuelta en la sentencia *Al-Skeini*, en la que el Tribunal incardina expresamente este caso como uno de los ejemplos de ejercicio de jurisdicción conforme al modelo personal con fundamento en

⁵¹⁹ TEDH, *Asunto Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido (decisión sobre la admisibilidad)*, párr. 77.

⁵²⁰ *Ibid*, párr. 79.

⁵²¹ *Ibid*, párr. 87-89, cursiva añadida.

el control total y exclusivo ejercido por el Reino Unido sobre las prisiones y los individuos que en ellas se encontraban:

«In *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (...), the Court held that two Iraqi nationals detained in British-controlled military prisons in Iraq fell within the jurisdiction of the United Kingdom, since the United Kingdom exercised total and exclusive control over the prisons and the individuals detained in them».⁵²²

Asimismo, el Tribunal retoma la conclusión de que los centros extraterritoriales de detención quedan sometidos al modelo personal de jurisdicción y no al territorial en un pasaje posterior de *Al-Skeini*, por lo que parece haber dejado zanjada la cuestión:

«The Court does not consider that jurisdiction in the above cases arose solely from the control exercised by the Contracting State over the buildings, aircraft or ship in which the individuals were held. What is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question».⁵²³

Con posterioridad a *Al-Skeini*, en el *Asunto Hassan c. Reino Unido*, un nuevo caso de detención de un civil iraquí en una instalación militar de Basora,⁵²⁴ el Tribunal estimó aplicable esta misma modalidad. En este caso, a diferencia de *Al-Skeini*, el arresto y detención se produjeron durante la fase activa de las hostilidades, y, por tanto, con carácter previo a la asunción por el Reino Unido de las funciones del mantenimiento de la seguridad en el sureste de Irak. Tampoco consideró necesario el Tribunal decidir en este caso si el Reino Unido tenía un control efectivo sobre la zona en cuestión, porque determinó la existencia de jurisdicción por otro motivo,⁵²⁵ esto es, estar sujeto al poder y control físico de los soldados británicos:

«Tras su captura por las tropas británicas en la madrugada del 23 de abril de 2003, hasta que fue internado en Camp Bucca más tarde, Tarek Hassan estaba dentro del poder y control físico de los soldados del Reino Unido y por lo tanto, entraba dentro de la jurisdicción del Reino Unido conforme a los principios esbozados en el ap. 136 de *Al-Skeini*, descrita anteriormente. El Gobierno, en sus observaciones, reconoció que cuando los agentes del Estado operando extra territorialmente detenían a un individuo, éste es un motivo de jurisdicción extra territorial que ha sido reconocido por el Tribunal».⁵²⁶

⁵²² TEDH, *Al Skeini y Otros c. Bélgica y Otros*, párr. 136.

⁵²³ *Ibid*, párr. 136.

⁵²⁴ TEDH, Gran Sala, *Asunto Hassan c. Reino Unido*, Demanda nº 29750/09, sentencia de 25 de junio de 2014.

⁵²⁵ TEDH, *Asunto Hassan c. Reino Unido*, párr. 67.

⁵²⁶ TEDH, *Asunto Hassan c. Reino Unido*, párr. 68, según la traducción realizada por el Consejo de Europa.

Cabe mencionar, aunque excede del objeto de este trabajo, que el TEDH no quedó convencido por la alegación de Reino Unido de que tal base de jurisdicción no resultaba aplicable durante la fase de las hostilidades activas de un conflicto armado, sino que éstas debían regirse por el Derecho Internacional Humanitario. De acuerdo con el Tribunal, debe seguirse en esta materia la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia que declaró que ambos conjuntos de normas son aplicables simultáneamente. Además, afirma que no es posible interpretar el CEDH «en un vacío», sino que, en la medida de lo posible, debe interpretarse en armonía con el resto de las normas del Derecho Internacional.⁵²⁷

b) Buques y aeronaves

El ejercicio de poder y control físico sobre las personas a bordo de buques y aeronaves es la última de las bases del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial que reconoce el Tribunal dentro del modelo de autoridad y control de los agentes estatales. El interrogante principal en referencia a estos casos es si el título que habilita al Estado a ejercer jurisdicción extraterritorial sobre los buques y aeronaves de su nacionalidad y las personas que en ellas se encuentren, deriva de su atribución expresa por el Derecho Internacional. La discusión doctrinal se ha centrado fundamentalmente en la interpretación de la argumentación seguida por el TEDH en el *Asunto Bankovic*. Así, en esta decisión el Tribunal consideró que los buques y aeronaves de pabellón o registrados en un determinado Estado constituían una base excepcional de jurisdicción extraterritorial por dicho Estado en tanto que así lo reconocía el Derecho Internacional general.

Es cierto que el Derecho Internacional, al igual que en el supuesto de las embajadas y consulados, autoriza a los Estados a ejercer jurisdicción sobre los buques o aeronaves que ostenten su pabellón allá donde se encuentren. Se trata de competencias ejercidas por los Estados con fundamento en la nacionalidad de los buques y aeronaves,⁵²⁸ razón por la cual se asemejan a las competencias de carácter

⁵²⁷ *Ibid.* En este asunto, sin embargo, el TEDH consideró no admisible la demanda en cuanto a la violación de los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (la prohibición de la tortura), ya que no se pudo probar que la víctima, tras su liberación por los soldados británicos, hubiera sido torturada y asesinada a manos de éstos. Respecto de la violación del artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), admitió la demanda y la jurisdicción de Reino Unido, pero no consideró infringido dicho artículo al estimar que la detención no fue arbitraria, conforme a los poderes que correspondían a Reino Unido conforme a las Convenciones de Ginebra.

⁵²⁸ Los buques ostentan la nacionalidad del Estado del pabellón, según el artículo 92.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, (CONVEMAR). Las aeronaves tienen la nacionalidad del Estado en el que se

personal, en tanto que no tienen un soporte espacial.⁵²⁹ Además, aunque *Bankovic* no se refirió específicamente a estos casos, el Derecho Internacional otorga también jurisdicción a los Estados en determinadas circunstancias, sobre los buques y aeronaves extranjeros, aunque se encuentren fuera de su territorio nacional.

En efecto, aunque se establece el principio de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón sobre los buques situados en el alta mar y en la zona económica exclusiva,⁵³⁰ la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) establece excepciones de manera que, en determinados supuestos, autoriza a Estados distintos del pabellón a incoar procedimientos penales o disciplinarios, a ejercer el derecho de visita, o incluso, en el caso de la piratería, al apresamiento, detención de los responsables e incautación de bienes de los buques o aeronaves sospechosos de realizar dichas actividades (son los supuestos de abordaje y de ejercicio de funciones policiales en alta mar en los casos de transporte de esclavos, piratería, transmisiones no autorizadas de radio o televisión y el derecho de persecución).⁵³¹ En la zona contigua, la CONVEMAR concede, asimismo, a los Estados ribereños determinadas competencias funcionales sobre los buques extranjeros, en concreto, les autoriza para adoptar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir la infracción de su normativa aduanera, fiscal, de inmigración o sanitaria y

encuentren matriculadas, según el artículo 17 de la Convención de Chicago sobre Aviación Civil Internacional, de 7 de diciembre de 1944.

⁵²⁹ José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 20ª ed. (Tecnos, 2016), 414.

⁵³⁰ Respecto del alta mar el principio se establece en el artículo 91.1. de la CONVEMAR. En cuanto a la zona económica exclusiva, se aplica también dicho artículo conforme al artículo 58.2. Esta zona se extiende, según el artículo 57, hasta 200 millas marinas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. El artículo 56 concede a los Estados ribereños derechos de soberanía respecto de su exploración, explotación, conservación y ordenación de los recursos naturales, así como jurisdicción para autorizar y reglamentar la construcción, operación y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras; para las actividades de investigación científica marítima y para la protección y preservación del medio marino.

⁵³¹ En caso del abordaje, el artículo 97.1 autoriza el ejercicio de la jurisdicción penal también al Estado de la nacionalidad del capitán o de cualquier otra persona al servicio del buque. El artículo 110 otorga el derecho de visita a cualquier buque de guerra o aeronave militar en el caso de la trata de esclavos, piratería y transmisiones no autorizadas, cuando existan motivos razonables para sospechar la realización de tales actividades por los buques extranjeros. En el caso de la piratería, además, el artículo 105 concede a todo Estado el derecho de apresar tanto los buques como las aeronaves, así como de proceder a la detención de las personas e incautación de los bienes que se encuentren a bordo. El artículo 109 concede también a ciertos Estados diferentes del Estado del pabellón el derecho de procesamiento ante sus tribunales en los casos de transmisiones no autorizadas en alta mar. Por último, el artículo 111 concede derecho de persecución en alta mar a los buques de guerra o aeronaves militares respecto de buques extranjeros al Estado ribereño cuando tenga motivos para creer que ha infringido sus leyes y reglamentos, siempre que la persecución se inicie en las aguas interiores, las aguas archipelágicas, el mar territorial o la zona contigua. El derecho de persecución también se otorga cuando las infracciones se han cometido en la zona económica exclusiva o sobre la plataforma continental, según el párrafo segundo de dicho artículo.

para sancionar las infracciones de sus leyes y reglamentos, siempre que tales infracciones se hubieran cometido en su territorio o en su mar territorial.⁵³²

En lo que respecta a las aeronaves, además de las normas ya citadas para ejercer jurisdicción sobre ellas contra los actos de piratería, en materia de seguridad de la navegación aérea y de protección internacional se han adoptado varios Convenios internacionales bajo el auspicio de la Organización de Aviación Civil Internacional, cuya finalidad es extender la jurisdicción penal de los Estados parte con el fin de prevenir y sancionar los delitos contra las personas que se encuentren a bordo de las aeronaves, contra las propias aeronaves y contra los actos que supongan un peligro para la seguridad del vuelo, mientras éstas se encuentren en vuelo y aunque no estén matriculadas en su territorio.⁵³³

En definitiva, estamos ante supuestos en los que el Derecho Internacional permite extender extraterritorialmente su jurisdicción prescriptiva, ejecutiva y judicial sobre los buques o aeronaves, nacionales o extranjeras, en los casos previstos, pero de ningún modo debe entenderse que el Derecho Internacional atribuye jurisdicción en el sentido de los tratados de derechos humanos, como propuso el TEDH en el *Asunto Bankovic*. En cualquier caso, este razonamiento del Tribunal ha quedado diluido en su jurisprudencia posterior, como será expuesto a continuación.

Al respecto de incidentes ocurridos a bordo de aeronaves, cabe citar el *Asunto Öcalan c. Turquía*, que tuvo por objeto la detención por Turquía de Abdullah Öcalan, líder del Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK por sus siglas en inglés) tras haber embarcado en un avión registrado en Turquía en el aeropuerto de Nairobi. El Tribunal consideró en los siguientes términos la sujeción del detenido a la jurisdicción de Turquía:

«The Court notes that the applicant was arrested by members of the Turkish security forces inside an aircraft registered in Turkey in the international zone of Nairobi Airport.

⁵³² La extensión de la zona contigua es de 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial

⁵³³ El Convenio de Tokio, de 14 de septiembre de 1963, sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves, cuyo artículo 4 permite a cualquier Estado parte a perturbar el vuelo de una aeronave a fin de ejercer la jurisdicción penal sobre una infracción cometida a bordo, mientras la aeronave se halle en vuelo en la superficie de alta mar o en cualquier otra zona situada fuera del territorio de un Estado. Asimismo, el Convenio de La Haya, de 16 de diciembre de 1970, sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y el Convenio de Montreal, de 23 de septiembre de 1971, sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación que permiten extender la jurisdicción penal a los Estados parte respecto de los delitos cometidos a bordo de las aeronaves cuando éstas se encuentren en vuelo, aunque no estén matriculadas en sus territorios, si la aeronave aterriza en su territorio o fue dada en arrendamiento a personas que tengan su oficina principal o residencia permanente en su territorio (artículos 4 y 5, respectivamente).

It is common ground that, directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was effectively under Turkish authority and therefore within the «jurisdiction» of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory. It is true that the applicant was physically forced to return to Turkey by Turkish officials and was under their authority and control following his arrest and return to Turkey».⁵³⁴

En definitiva, el hecho de que el detenido se hallara a bordo de un avión de la nacionalidad del Estado que estaba actuando extraterritorialmente y la atribución de competencias extraterritoriales sobre la aeronave a Turquía por el Derecho Internacional en nada parece afectar al análisis de la jurisdicción que realiza el Tribunal. Lo relevante a estos efectos es que el Sr. Öcalan se encontraba bajo la autoridad y el control físico de las autoridades turcas, lo cual contradice directamente el argumento utilizado por el Tribunal en *Bankovic*.

En cuanto a sucesos ocurridos a bordo de buques, cabe citar dos casos principales, el primero de ellos, el *Asunto Medvedyev y Otros c. Francia*,⁵³⁵ adoptado con carácter previo al *Asunto Al-Skeini*, y el segundo, *Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*,⁵³⁶ decidido con posterioridad.

Los hechos del *Asunto Medvedyev y Otros c. Francia* hacen referencia a la interceptación en alta mar en junio de 2002 por parte de una fragata francesa del *Winner*, un barco de bandera camboyana del que se sospechaba que transportaba una gran cantidad de droga para ser desembarcada en las islas canarias.⁵³⁷ Mediante nota diplomática, Camboya autorizó a las autoridades francesas a interceptar el barco,⁵³⁸ interceptación que se produjo mediante el embarque de los agentes franceses en *Winner*, cuya tripulación quedó bajo su custodia hasta su atraque en el puerto francés de Brest 13 días más tarde.⁵³⁹ Al tiempo de producirse la interceptación, Camboya no era parte e la Convención sobre el Derecho del Mar.

En primer lugar el Tribunal tuvo que decidir si desde el momento de la interceptación del *Winner* y durante los trece días hasta que llegó a Brest los demandantes estaban bajo la jurisdicción de Francia, con independencia de la nacionalidad camboyana del barco y que éste se encontraba en alta mar. Aunque el Tribunal cita inicialmente el *Asunto Bankovic*, para reconocer la atribución por el

⁵³⁴ TEDH, *Asunto Öcalan c. Turquía*, párr. 91.

⁵³⁵ TEDH, Gran Sala, *Asunto Medvedyev y Otros c. Francia*, Demanda nº 3394/03, sentencia de 3 de febrero de 2010.

⁵³⁶ TEDH, Gran Sala, *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, Demanda nº 27765/09, sentencia de 19 de enero de 2012.

⁵³⁷ TEDH, *Asunto Medvedyev y Otros c. Francia*, párr. 9 y 12-13.

⁵³⁸ *Ibid*, párr. 10.

⁵³⁹ *Ibid*, párr. 14, 15 y 18.

Derecho Internacional de jurisdicción extraterritorial sobre las actividades desarrolladas a bordo de buques o aeronaves al Estado de su pabellón o matrícula, fundamenta la existencia de jurisdicción de Francia en el «control completo y exclusivo sobre el *Winner* y su tripulación, al menos *de facto*»:

«That being so, the Court considers that, as this was a case of France having exercised full and exclusive control over the Winner and its crew, at least *de facto*, from the time of its interception, in a continuous and uninterrupted manner until they were tried in France, the applicants were effectively within France's jurisdiction for the purposes of Article 1 of the Convention (contrast Bankovic)».⁵⁴⁰

Lo relevante, entonces, para apreciar jurisdicción fue el «control de hecho» ejercido por Francia sobre el barco y su tripulación desde la interceptación hasta su procesamiento en Francia. Es remarcable, asimismo, cómo el Tribunal reconoce expresamente que contradice su decisión en el *Asunto Bankovic*. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal no podía aplicar directamente al caso la decisión de *Bankovic*, en tanto que en este asunto el Tribunal reconoció jurisdicción extraterritorial exclusivamente sobre los barcos del pabellón del propio Estado, mientras que el *Winner* no ostentaba bandera francesa, sino camboyana. No quedó otra opción al Tribunal, entonces, que declarar que lo decisivo es el control y no el pabellón del buque en cuestión.

Otra cuestión que no debe pasarse por alto en el análisis del *Asunto Medvedyev*, aunque no guarda relación con el objeto concreto del caso, es la justificación que realiza el Tribunal de la exclusión de los «actos extraterritoriales instantáneos» del modelo territorial de jurisdicción:

«In its first Loizidou judgment (*preliminary objections*), for example, the Court found that bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party might also arise when as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – it exercised effective control of an area outside its national territory (...). This excluded situations, however, where – as in the Bankovic case – what was at issue was an instantaneous extraterritorial act, as the provisions of Article 1 did not admit of a «cause-and-effect» notion of «jurisdiction»».⁵⁴¹

Esta exclusión se debe, según el Tribunal, a que no es posible admitir una noción de jurisdicción «causa-efecto», que ya fue rechazada expresamente por *Bankovic*, introduciendo aquí la noción de «actos extraterritoriales instantáneos».

El *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, tiene una especial relevancia en este trabajo, ya que versa específicamente sobre las actuaciones de interceptación de refugiados en el mar, cuyo análisis se realizará en el Capítulo 6 siguiente. En este caso,

⁵⁴⁰ *Ibid*, párr. 67.

⁵⁴¹ *Ibid*, párr. 64.

los demandantes, de nacionalidad eritrea y somalí, forman parte de un grupo de unas 200 personas que abandonaron Libia en mayo de 2009 a bordo de tres embarcaciones con la intención de llegar a las costas italianas.⁵⁴² Durante su trayecto, las embarcaciones fueron interceptadas en alta mar por tres buques del Servicio de Vigilancia Aduanera de Italia, tras lo cual fueron trasladados a bordo de dichos buques italianos y entregados a las autoridades libias en Trípoli tras un viaje de 10 horas.⁵⁴³ Según las alegaciones de los demandantes, en ningún momento se les informó del destino al que estaban siendo trasladados ni se les intentó identificar por las autoridades italianas.⁵⁴⁴ En una conferencia de prensa convocada por el Gobierno italiano tras la interceptación, el Ministro del Interior aclaró que la operación era consecuencia de la entrada en vigor de los acuerdos bilaterales sobre la lucha contra la inmigración ilegal firmados con Libia. Durante el año 2009, Italia llevó a cabo nueve operaciones similares en alta mar, con fundamento en dichos acuerdos.⁵⁴⁵

En su fallo, el Tribunal mantiene, al igual que *Medvedyev*, la atribución por el Derecho Internacional de jurisdicción extraterritorial respecto de los buques que ondeen la bandera de un Estado determinado.⁵⁴⁶ Lo más llamativo de la sentencia es cómo distingue el caso en cuestión, en el que los demandantes habían sido trasladados a los buques de bandera italiana, de los hechos ocurridos en el *Asunto Medvedyev*, en el que, por el contrario, las personas interceptadas se mantuvieron, bajo el control de los agentes franceses, a bordo del buque de bandera camboyana. Sobre la base de estas diferentes situaciones fácticas, el Tribunal distingue entre el «control *de jure*» y el «control *de facto*» sobre un navío y su tripulación:

«The Court observes that by virtue of the relevant provisions of the law of the sea, a vessel sailing on the high seas is subject to the exclusive jurisdiction of the State of the flag it is flying. This principle of international law has led the Court to recognise, in cases concerning acts carried out on board vessels flying a State's flag, in the same way as registered aircraft, cases of extra-territorial exercise of the jurisdiction of that State. Where there is control over another, this is *de jure* control exercised by the State in question over the individuals concerned.

The Court observes, furthermore, that the aforementioned principle is enshrined in domestic law in Article 4 of the Italian Navigation Code, and is not disputed by the respondent Government (...). It concludes that the instant case does indeed constitute a case of extra-territorial exercise of jurisdiction by Italy capable of engaging that State's responsibility under the Convention.

⁵⁴² TEDH, *Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, párr. 9

⁵⁴³ *Ibid*, párr. 10 y 11.

⁵⁴⁴ *Ibid*, párr. 11.

⁵⁴⁵ *Ibid*, párr. 13 y 14.

⁵⁴⁶ *Ibid*, párr. 75.

(...) in the case of *Medvedyev and Others*, cited above, the events at issue took place on board the *Winner*, a vessel flying the flag of a third State but whose crew had been placed under the control of French military personnel. In the particular circumstances of that case, the Court examined the nature and scope of the actions carried out by the French officials in order to ascertain whether there was at least *de facto* continued and uninterrupted control exercised by France over the *Winner* and its crew.

The Court observes that in the instant case the events took place entirely on board ships of the Italian armed forces, the crews of which were composed exclusively of Italian military personnel. In the Court's opinion, in the period between boarding the ships of the Italian armed forces and being handed over to the Libyan authorities, the applicants were under the continuous and exclusive *de jure* and *de facto* control of the Italian authorities». ⁵⁴⁷

Aprecia el Tribunal, por lo tanto, que Italia ejerció tanto *control de jure* como *de facto* sobre los pasajeros de las embarcaciones, lo cual puede ser cuestionable en tanto que no es el control legal, sino el de hecho, el que otorga jurisdicción según lo establecido por el propio Tribunal en *Al-Skeini*. Una vez más, para no contradecir su propia jurisprudencia, es decir, ni la base legal de jurisdicción de *Bankovic* ni la base de facto de jurisdicción de *Medvedyev*, el Tribunal llega a una conclusión que puede resultar artificial. El hecho de que el control ejercido fuera conforme al Derecho del Mar y la legislación italiana no influye en la existencia de jurisdicción de Italia, sino que únicamente la legitima. Sobre la base exclusivamente del control de hecho, el Tribunal podía haber llegado a la misma conclusión.

Lo que queda claro, entonces, es que tanto en los casos de embarque de los pasajeros dentro del barco de bandera del Estado que realiza la intervención como en los casos en los que los pasajeros se encuentran a bordo de un barco de bandera extranjera, bajo el control, de las autoridades del Estado que intercepta, existe jurisdicción de tal Estado. Pero, ¿qué ocurre en los supuestos de *push back* en los que no existe contacto físico con los pasajeros sino que se obliga a retroceder a los barcos o a cambiar su ruta?

Como resulta también de los mencionados extractos, el Gobierno Italiano asumió su jurisdicción sobre los buques, pero negó, en cambio su control sobre la tripulación de las embarcaciones interceptadas porque la intervención no constituyó una operación policial marítima sino una operación de salvamento. Así, según sus alegaciones, los buques italianos «se limitaron a intervenir para prestar asistencia a las embarcaciones en peligro», lo cual es una obligación impuesta por el Derecho Internacional, y a «acompañar» a las personas interceptadas a Libia, en cumplimiento

⁵⁴⁷ *Ibid*, párr. 77, 78, 80 y 81.

de los acuerdos bilaterales con este país.⁵⁴⁸ No obstante, el Tribunal rechazó ambos argumentos que, en palabras del tribunal, no servían a Italia para «eludir su jurisdicción».⁵⁴⁹

En conclusión, el pabellón o matrícula de los buques o aeronaves no es relevante para la determinación de la jurisdicción de los Estados, sino el control ejercido sobre ellos y las personas que se encuentren a bordo. La jurisdicción no deriva únicamente, como afirmó *Al-Skeini*, del control ejercido sobre los buques o aeronaves, sino que lo decisivo es el control *de facto* sobre las personas en cuestión. No obstante, en *Hirsi Jamaa* el TEDH parece encontrar una justificación también en el control *de jure*.

Finalmente, el ejercicio de jurisdicción extraterritorial por el Estado fue también apreciada por el Comité contra la Tortura en los Asuntos *Marine I* y *Sonko*.⁵⁵⁰ En el primero de ellos, el Comité consideró existente la jurisdicción de España sobre un barco en el que se encontraban unos 370 inmigrantes. El barco había sido interceptado en aguas internacionales por un buque español de Salvamento Marino y remolcado hasta un lugar cercano a las costas de Mauritania, donde permaneció 8 días varado a la espera de que culminaran las negociaciones diplomáticas entre Senegal, España y Mauritania sobre el destino de sus pasajeros. Veintitrés de ellos permanecieron, además, bajo la custodia de las autoridades españolas en una antigua fábrica de pescado en el puerto de Nouadhibou. El Comité fundamentó su decisión sobre la base del «control de facto constante sobre las víctimas desde el momento de su rescate, durante todo el proceso de su identificación y repatriación y detención por España.

4. Recapitulación

El modelo personal de jurisdicción, denominado por el TEDH «autoridad y control de los agentes del Estado», permite una aplicación mucho más extensiva de los tratados de derechos humanos en un contexto extraterritorial, si se compara con los exigentes requisitos del ejercicio de control efectivo sobre el territorio que deben concurrir en el modelo territorial.

⁵⁴⁸ *Ibid*, párr. 64 y 65.

⁵⁴⁹ *Ibid*, párr. 79 y 81.

⁵⁵⁰ Comité contra la Tortura, Comunicación nº 323/2007, *Asunto J.H.A. c. España*, CAT/C/41/D323/2007, Decisión de 21 de noviembre de 2008 (*Asunto Marine I*); Comité contra la Tortura, *Asunto Sonko v. España*, CAT/C/47/D/368/2008, Decisión aprobada por el Comité en su 47º período de sesiones, del 31 de octubre al 25 de noviembre de 2011.

A través de la aplicación del modelo personal, el TEDH ha logrado extender la aplicación del CEDH a supuestos para los que el modelo territorial se había manifestado insuficiente, por no poder apreciarse en las circunstancias del caso el ejercicio efectivo de control sobre el territorio por el Estado actuante. En este sentido, ha permitido al Tribunal condenar las violaciones de derechos humanos producidas en situaciones, como la existente en Irak tras la intervención militar de la Fuerza Multinacional, en las que difícilmente el Tribunal hubiera podido apreciar el control efectivo de los Estados demandados sobre el territorio en el que operaban.

A pesar de que la decisión de admisibilidad en el *Asunto Bankovic* supuso un duro embate contra el modelo personal, el TEDH parece haber rectificado su posición posteriormente e incluso puede decirse que lo ha venido a reforzar en los últimos años por diversas razones. Por un lado, porque en asuntos que hasta el momento habían sido «tradicionales» de control territorial, como *Isaak c. Turquía* y *Pisari c. Moldavia y Rusia*, el Tribunal ha comenzado a aplicar el modelo personal, cuando la aplicación del modelo territorial resultaba problemática teniendo en cuenta los hechos concretos del caso. Por otro lado, porque el nivel de detalle con el que el Tribunal sistematiza este modelo en *Al-Skeini*, es un reflejo de la trascendencia que el Tribunal otorga a este modelo en materia de jurisdicción extraterritorial.

No obstante esta evolución hacia el modelo personal, el Tribunal ha mantenido atisbos del modelo territorial en la modalidad de «ejercicio de todas o algunas de las funciones públicas normalmente ejercitadas por un gobierno soberano» al exigir no sólo el ejercicio de autoridad y control sobre las personas, sino también el ejercicio de funciones públicas en el territorio, lo cual resulta en un tercer modelo «mixto» que combina elementos de ambos modelos.

Este modelo no es, sin embargo ilimitado. El TEDH ha tenido mucha precaución a la hora de concretar las obligaciones exigibles a los Estados con fundamento en esta base de jurisdicción extraterritorial. Así, apreciada la jurisdicción del Estado, éste no queda obligado a reconocer a los individuos que queden sometidos a ella la totalidad de los derechos del Convenio, sino sólo aquéllos que guarden una relación o sean pertinentes respecto de la situación concreta de los individuos en cuestión. Pretende de esta manera, el Tribunal proporcionar una lectura realista de las capacidades de los Estados en sus actuaciones en el extranjero, de manera que las obligaciones del Convenio no supongan para ellos una carga imposible de cumplir.

El modelo personal ofrece, pues, una gran aptitud para adaptarse a las circunstancias del caso concreto, pero el peligro que presenta es que se fundamenta sobre criterios que pueden ser considerados «más volátiles» que el control estricto sobre el territorio. Así, pueden plantearse problemas para determinar cuáles son los derechos «pertinentes» en la situación concreta o bien si estamos, o no, ante un ejercicio de «autoridad» por el Estado. En relación, por ejemplo, con las prácticas de

control fronterizo extraterritoriales que serán analizadas en el capítulo 5, cabe preguntarse si el Estado ejerce autoridad cuando estaciona funcionarios de enlace de inmigración en aeropuertos extranjeros, cuya función no es decidir sobre el embarque, o no, del pasajero sino simplemente «asesorar» a las compañías aéreas.

VI. Conclusiones

Este capítulo ha pretendido establecer cómo el concepto de jurisdicción en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos difiere respecto de la concepción de la jurisdicción en el Derecho Internacional general. A pesar de que algunas opiniones doctrinales e incluso pronunciamientos jurisprudenciales, como la decisión del TEDH en el *Asunto Bankovic*, han pretendido equiparar ambos conceptos, su asimilación resulta artificial, ya que responden a realidades diferentes. En el DIDH la jurisdicción es una cuestión *de facto*, que provoca el nacimiento de las obligaciones de los Estados cuando éstos ejercen fuera de sus fronteras un control sobre los territorios o las personas. En el Derecho Internacional general, por el contrario, funciona como un criterio *de iure*, que permite identificar si un Estado está ejercitando sus competencias prescriptivas, ejecutivas o judiciales en el extranjero de conformidad con los límites establecidos por el Derecho Internacional.

La determinación del ámbito de aplicación espacial de los tratados de derechos humanos no es un asunto resuelto. Junto a un complejo contexto normativo, en el que no existen dos cláusulas de jurisdicción iguales, cabe mencionar la resistencia de los Estados a ver limitadas sus actuaciones extraterritoriales, que justifican en términos de seguridad nacional, lucha contra el terrorismo o contra la inmigración ilegal. Asimismo, la búsqueda del adecuado equilibrio entre intereses que parecen contrapuestos resulta compleja. Por un lado, la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos no casa bien con la configuración de éstos como instrumentos concebidos para aplicarse en las relaciones entre un Estado y los habitantes de su territorio soberano. No obstante, el título o soberanía sobre un territorio no puede constituir un requisito que excluya la aplicación de los derechos humanos respecto de aquéllos territorios en los que los Estados ejercen un control efectivo *de facto* similar a la titularidad o soberanía sobre su territorio. Por otro lado, una defensa a ultranza de la universalidad de los derechos humanos no puede ignorar el texto de los tratados y la intención de los Estados parte cuando se comprometieron a cumplir los mismos. Finalmente, las mayores dificultades con las que se encuentra un Estado en un contexto extraterritorial deben ser tenidas en consideración a la hora de defender una aplicación «realista» de los tratados de derechos humanos en tal contexto. La imposición a los Estados de «cargas» desproporcionadas o imposibles de cumplir,

vaciaría de contenido la obligación de éstos de proteger a las personas allá donde se encuentren sujetas a su jurisdicción.

El concepto esencial del que depende la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos es la «jurisdicción» del Estado. La búsqueda de su significado jurídico exacto, sin embargo, es compleja. Este concepto no se define en ninguno de los tratados de derechos humanos y sus trabajos preparatorios tampoco arrojan luz sobre el sentido que quisieron darle los Estados negociadores. La diversidad en la formulación de las cláusulas de jurisdicción dificulta también la indagación de un sentido unitario del término.

La jurisprudencia internacional ha contribuido de manera notable a la determinación del sentido del término jurisdicción. En especial, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la más extensa y la que ha desarrollado en mayor medida la «teoría de la jurisdicción extraterritorial en materia de derechos humanos». Sus sentencias, no obstante, no están exentas de ciertas contradicciones fruto de la complejidad y sensibilidad de los escenarios en los que habitualmente se producen los actos extraterritoriales de los Estados, en muchas ocasiones en el contexto de intervenciones militares. A pesar de ello, puede decirse que el TEDH ha realizado a lo largo de su jurisprudencia, especialmente en el *Asunto Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, un gran esfuerzo de sistematización de los principios aplicables en materia de aplicación extraterritorial del CEDH. Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal pueden deducirse dos bases o modelos principales de jurisdicción extraterritorial, que permiten aplicar los tratados de derechos humanos más allá de las fronteras del Estado. En primer lugar, el modelo territorial o espacial, que requiere el «control efectivo sobre el territorio». En segundo lugar, el modelo personal, que exige el «ejercicio de autoridad y control de los agentes del Estado sobre los individuos». En el contexto de este último modelo, el Tribunal ha considerado también como una base de jurisdicción extraterritorial, el «ejercicio por los agentes del Estado, de poderes públicos, con el consentimiento, invitación o aquiescencia del gobierno territorial», lo cual constituye una suerte de tercer modelo mixto que combina elementos de los otros dos.

Frente a una tendencia hacia la extraterritorialidad de los Estados, manifestada sobre todo a partir de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, se observa también, durante los últimos años, una tendencia expansiva del TEDH en su aplicación extraterritorial del CEDH. Por un lado, ha «suavizado» los estándares que había establecido en su jurisprudencia anterior para apreciar la existencia de control sobre el territorio. Por otro lado, cobra cada vez mayor importancia el modelo personal de la «autoridad y control de los agentes estatales», cuya flexibilización para adaptarse a las circunstancias del caso concreto es mucho mayor que el encorsetado modelo territorial. No obstante, esta tendencia expansiva del Tribunal puede verse

contrarrestada por una «dilución» de los principios que sistematizó en *Al-Skeini*, provocada por la necesidad de «adaptar» los modelos a las circunstancias concretas de cada caso.

Este casuismo excesivo de la jurisprudencia del Tribunal resta seguridad jurídica a la materia y dificulta la tarea de establecer unos principios o criterios generales que sirvan de orientación en cada circunstancia. Por ello, algunos autores reclaman la identificación de un modelo único de extraterritorialidad. Entre ellos destaca la propuesta del juez Bonello, que en su opinión concurrente en el *Asunto Al-Skeini* sugiere un «modelo funcional de jurisdicción», fundamentado sobre las cinco funciones esenciales que los Estados están obligados a desplegar conforme al Convenio: no violar los derechos humanos, prevenir sus incumplimientos, investigar las denuncias de abusos de derechos humanos, procesar a los agentes que incumplan las normas de derechos humanos y, finalmente, compensar a las víctimas. Conforme a este modelo, un Estado estaría ejerciendo jurisdicción en el sentido del Artículo 1 del Convenio, siempre que la observancia o el incumplimiento de estas funciones esté bajo su autoridad o control. De esta manera la jurisdicción deja ser territorial o extraterritorial y gira, según el juez, en torno a la asunción de dichas funciones por los Estados, razón por la cual debe apreciarse su jurisdicción siempre que esté en su mano cumplir, o no, las mismas.

No obstante, cabe preguntarse si es posible establecer un «modelo único y unitario» que sea capaz de adaptarse a todas las situaciones. El modelo territorial se ha manifestado insuficiente en algunos casos en los que el estándar del control efectivo sobre el territorio es demasiado alto para apreciar la jurisdicción del Estado. El modelo personal, por su parte, depende de criterios que son más «resbaladizos» y se subordinan al ejercicio de una «autoridad o control» cuya apreciación no siempre es clara. Parece, entonces, que una aplicación combinada de ambos modelos, según las circunstancias del caso, se hace inevitable frente a la diversidad de las actuaciones extraterritoriales de los Estados. Incluso en el modelo único que propone el juez Bonello es necesario determinar cuáles son los criterios que determinan que la observancia o el incumplimiento de las funciones básicas del Convenio está «bajo la autoridad o control» del Estado.

SEGUNDA PARTE: CONTROL EXTRATERRITORIAL DE FRONTERAS Y EL ACCESO AL REFUGIO

CAPÍTULO 4. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

I. Planteamiento del problema. Contraposición de intereses: control fronterizo frente al acceso a la protección

Una de las cuestiones más controvertidas sobre el régimen jurídico de las instituciones del asilo y refugio es la determinación de la extensión espacial de las obligaciones de los Estados frente a las personas necesitadas de protección, en particular respecto de aquéllas que aún no han cruzado las fronteras del Estado de recepción y se encuentran, por lo tanto, fuera de su territorio. Ésta es precisamente una de las áreas del Derecho Internacional donde es más visible la contraposición de dos tipos de intereses en presencia: por un lado, la necesidad más urgente del solicitante de asilo es entrar en el territorio de un Estado extranjero que le proteja del riesgo de persecución.⁵⁵¹ Una vez cruzadas sus fronteras se despliegan todos los derechos establecidos internacionalmente, entre ellos, el de permanecer en el territorio del Estado mientras se examina su solicitud de asilo.⁵⁵² Por otro lado, los Estados, en virtud del principio de soberanía territorial, tienen la facultad y la responsabilidad de controlar sus fronteras y la entrada de extranjeros en su territorio, lo cual constituye una competencia discrecional.⁵⁵³ No existe en Derecho Internacional General la obligación de admitir a extranjeros, sino que los Estados pueden prohibir o condicionar su entrada, aunque con algunas limitaciones derivadas del principio de no discriminación, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o de la aplicación

⁵⁵¹ James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge University Press, 2005), 279.

⁵⁵² Según Hathaway, estos derechos que deberían ser inmediatamente reconocidos al refugiado que consigue cruzar la frontera son los siguientes: permanecer en el territorio mientras se examina su solicitud de asilo y, consiguientemente, no ser devueltos al riesgo de persecución (*non-refoulement*); no ser detenidos arbitrariamente ni penalizados por la entrada irregular; la cobertura de sus necesidades mínimas de subsistencia, así como el respeto a su dignidad y derechos básicos (propiedad, preservación de la unidad familiar, libertad de pensamiento, conciencia y religión y educación); la provisión de documentos de identidad en el país receptor, y, por último, acceso a un sistema de revisión para garantizar el cumplimiento de dichos derechos.

⁵⁵³ José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (Editorial Tecnos, 2016), 245-246. Alejandro Del Valle Gálvez, «Las fronteras de la Unión – El modelo Europeo de Fronteras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12 (2002): 307. Cristina Gortazar Rotaeché, «Los flujos mixtos y la frontera de la Unión», en Rafael Blasco Castany, *El desafío de la inmigración en un mundo global, Capítulo Español del Club de Roma* (Grupo Valenciano, 2010), 239.

de tratados internacionales específicos, como es el caso de la Unión Europea.⁵⁵⁴ Esta facultad discrecional de los Estados constituye una norma de Derecho Internacional consuetudinario en opinión de parte de la doctrina.⁵⁵⁵

Hasta aquí, en principio, las necesidades de protección de los refugiados, de un lado, y las facultades del Estado para limitar el cruce de sus fronteras a los extranjeros, de otro, no deberían entrar en colisión, ya que atañen a dos grupos de personas cuyos derechos y tratamiento jurídico internacional es muy diferente: el refugiado o persona necesitada de protección internacional, cuyo régimen jurídico viene configurado y delimitado por el Derecho Internacional, y el resto de los extranjeros, ya sean migrantes por razones económicas o por cualquier otra causa que no otorgue derecho a protección internacional, cuya regulación, con las excepciones ya referidas, queda a la libre competencia soberana de los Estados.

Ahora bien, el conflicto puede producirse cuando los controles migratorios de los Estados dificultan o impiden el acceso y el disfrute de la protección internacional al conjunto de los sujetos que tratan de acceder a su territorio, sin distinguir entre las dos categorías de extranjeros mencionados. Así, en los últimos años y de manera especial en el ámbito de la Unión Europea, asistimos al fenómeno de la extraterritorialización y externalización de los controles fronterizos de los Estados cuyo fin es «disuadir» o «prevenir» la llegada de migrantes a sus territorios. En su mayor parte, estos controles no discriminan entre las distintas categorías de migrantes, de forma que no cuentan con mecanismos eficaces para diferenciar entre aquél que debe beneficiarse de la protección internacional y el que queda fuera de su ámbito de aplicación.

No debe olvidarse, asimismo, que los flujos migratorios actuales son de naturaleza mixta. En ellos transitan grupos de personas entre las que se incluyen tanto posibles solicitantes de asilo como migrantes por razones económicas o por cualquier otra causa. La necesidad de gestionar estos flujos mixtos se encuentra en el origen de buena parte de las medidas extraterritoriales de control fronterizo emprendidas por los Estados. Éstos han llegado a la convicción de que para evitar la presentación de solicitudes abusivas de asilo y la llegada de flujos irregulares de migrantes ya no basta con actuar espacialmente sobre sus fronteras o espacios sometidos a su jurisdicción, sino que es necesario ir más allá, a través de políticas y medidas que eviten todo tipo de contacto de los migrantes con la frontera del Estado.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional*, 245-246. En el mismo sentido, Araceli Mangas, «Protección internacional y europea ante afluencias masivas de refugiados», *Economía Exterior*, nº 75 (2015-2016): 1-2.

⁵⁵⁵ Araceli Mangas, «Protección internacional y europea», 1.

⁵⁵⁶ En este sentido, Cristina Gortázar Rotaache, «Los flujos mixtos», 249.

La implementación de estas medidas se produce en ocasiones en áreas muy lejanas a la ubicación física de las fronteras de los Estados, incluyendo espacios sujetos a la jurisdicción de otros Estados o no sujetos inicialmente a la jurisdicción de ninguno, como el alta mar. La consecuencia inmediata de este fenómeno es que hoy en día el solicitante de asilo se encuentra con el control fronterizo mucho antes de llegar a las fronteras del Estado en el que pretende solicitar protección, incluso en ocasiones antes de haber logrado salir del territorio del Estado donde sufre persecución.⁵⁵⁷ La cobertura de la necesidad más evidente del refugiado, esto es, entrar en el territorio de un Estado que le ofrezca protección, puede encontrarse, entonces, con obstáculos insalvables, en un contexto jurídico en el que, además, no están claros cuáles son los límites que constriñen a los Estados en el desarrollo de sus actuaciones extraterritoriales de control fronterizo.

Son muy numerosos los casos que en la práctica ilustran la tensión entre las obligaciones de los Estados de proteger conforme al marco internacional existente y sus actividades de «disuasión» o «prevención» de la llegada de migrantes, incluyendo refugiados, a sus territorios. Un número muy significativo de ellos involucran a Estados miembros de la Unión Europea. Como muestra, en 2004 el Gobierno británico, en el contexto de un proceso judicial ante la Cámara de los Lores, defendió que el emplazamiento de oficiales de inmigración en aeropuertos extranjeros para impedir la salida de pasajeros «no deseados» con destino a Reino Unido no contradice la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.⁵⁵⁸ El Gobierno italiano ha defendido en varias ocasiones que los «*push-back*» o retrocesos forzosos de barcos en los que viajaban individuos de nacionalidad libia, producidos en aguas territoriales de Libia, son legales de conformidad con los acuerdos bilaterales firmados entre Italia y dicho país entre 2007 y 2009.⁵⁵⁹ El Gobierno español, por su parte, argumentó que la interceptación de un barco en aguas territoriales de un tercer país no supone un ejercicio de jurisdicción sobre las personas a bordo que origine el surgimiento de obligaciones internacionales de protección.⁵⁶⁰

Es muy llamativo cómo en estos casos los Estados defienden que sus actividades extraterritoriales son perfectamente compatibles con el régimen jurídico internacional de protección de los refugiados, en particular, del principio de *non-refoulement*.⁵⁶¹ Así,

⁵⁵⁷ Thomas Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control* (Cambridge University Press, 2011), 1. Maarten Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (Hart Publishing, 2012), 4.

⁵⁵⁸ Cámara de los Lores, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)*, de 9 de diciembre de 2004, (2004) UKHL 55. (*Roma Rights*)

⁵⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, nº 27765/09, párr. 92.

⁵⁶⁰ Comité contra la Tortura, J.H.A. c. España, de 21 de noviembre de 2008, Comunicación nº 323/2007, CAT/C/41/D323/2007, párr. 6.1.

⁵⁶¹ Este principio será analizado en el apartado III de este capítulo.

aunque han desplegado un extraordinario abanico de medidas disuasorias que impiden de facto el acceso de los refugiados a su territorio, no reniegan, al menos explícitamente, del marco internacional que los obliga. Asistimos así a un fenómeno de creciente distanciamiento entre la retórica de los Estados y su actitud en la práctica.⁵⁶² Por un lado, declaran su compromiso con el Derecho Internacional de los refugiados, pero, por otro, el hecho de que tiendan a considerar que sus obligaciones de protección no surgen hasta que el refugiado haya cruzado sus fronteras y que simultáneamente hayan ideado una extensa batería de medidas para evitar precisamente dicho cruce, pone en duda su compromiso real con dicho sistema jurídico. Se ha advertido por ello que los Estados están adoptando una «actitud esquizofrénica» hacia el Derecho Internacional de los refugiados, que ha dado lugar a lo que los profesores Gammeltoft-Hansen y Hathaway han denominado las «políticas de no-entrada» cuyo objetivo es evitar la entrada de los refugiados al territorio del Estado.⁵⁶³

El problema radica en determinar hasta qué punto dichas actuaciones extraterritoriales de control fronterizo son lícitas en Derecho Internacional, ya que constituyen un desafío no sólo para el marco jurídico internacional de protección de los refugiados, principalmente el principio de no devolución,⁵⁶⁴ sino también para otros derechos humanos nucleares como la libertad de circulación⁵⁶⁵ y el derecho a salir libremente de cualquier país, incluido el propio.⁵⁶⁵ Las preguntas que surgen son múltiples: ¿Hasta dónde puede extender el Estado sus competencias de control de fronteras? ¿Pueden ubicarlas físicamente donde lo consideren necesario? ¿Hasta dónde llegan sus obligaciones de protección de los refugiados en un contexto extraterritorial? ¿Hasta qué punto el Estado ejerce jurisdicción respecto de las actuaciones de control fronterizo llevadas a cabo por terceros Estados o entes

⁵⁶² Thomas Gammeltoft-Hansen y James C. Hathaway, «Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence», *Columbia Journal of Transnational Law* 53 (2015): 235. Guy S. Goodwin-Gill y Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (Oxford University Press, 3ª ed., 2007), Médicos Sin Fronteras, *Migrants, Refugees and Asylum Seekers: Vulnerable People at Europe's Doorstep* (MSF, 2009); Comisión de Ayuda al Refugiado (CEAR) Euskadi, *The Externalization of Borders: Migration Control and the Right to Asylum: A Framework for Advocacy* (CEAR, 2012).

⁵⁶³ Gammeltoft-Hansen y Hathaway, «Non-Refoulement in a World», 241. En el mismo sentido, Guy S. Goodwin-Gill y Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (Oxford University Press, 3ª ed., 2007), 369–371; Elspeth Guild y Didier Bigo, «The transformation of European Border Controls» en Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 257; Maarten Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (Hart Publishing, 2012), 166; Violeta Moreno Lax, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea» *International Journal of Refugee Law* 23 nº 2 (2011): 174.

⁵⁶⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la ONU en París el 10 de Diciembre de 1948, art. 13(1). Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la resolución de la Asamblea General de la ONU 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, art. 12.1.

⁵⁶⁵ PDCP, art. 12.2 y DUDH, art. 13.2.

privados? Estas son las preguntas a las que tratarán de dar respuesta en esta segunda parte. Para ello, se analizará en qué medida el marco extraterritorial de aplicación de las normas de derechos humanos que ha sido objeto de estudio en los capítulos anteriores puede erigirse en un nuevo marco de protección de los refugiados en contextos extraterritoriales y, por tanto, en un límite para las actuaciones estatales de control fronterizo en aquéllas circunstancias en las que el Derecho Internacional de los refugiados no ofrece respuesta o se ha mostrado ineficaz.

El objeto principal de esta segunda parte es examinar las prácticas extraterritoriales de control fronterizo a la luz del marco internacional de protección de los refugiados. Para ello, se analiza el ámbito espacial de aplicación de las normas que constituyen dicho marco, con el fin de determinar si pueden constituir un límite a la libertad de los Estados para embarcarse en actuaciones extraterritoriales de control de fronteras. Dentro de dicho sistema de normas, ocupa un lugar primordial la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, a cuyo análisis se dedicará buena parte del capítulo 6.⁵⁶⁶ Junto con esta importante Convención coexisten otros instrumentos jurídicos que también otorgan protección a los derechos de los refugiados, en particular, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en el ámbito de las interceptaciones de refugiados en el mar, el Derecho del Mar.

Con carácter previo, no obstante, es necesario enmarcar el debate haciendo referencia a varias cuestiones: en primer lugar, en el apartado II, se expondrán brevemente algunas de las principales dificultades relativas a la configuración jurídica de las instituciones del asilo y refugio que, aunque antiguas, siguen al frente del debate hoy en día. En segundo lugar, en el apartado III, se profundizará en el estudio del concepto de frontera y su evolución, dado que la determinación del lugar donde se sitúa es fundamental para dilucidar cuándo una actuación tiene naturaleza extraterritorial.

En tercer lugar, en el capítulo V, se realizará una delimitación de los distintos supuestos de hecho o prácticas estatales que tienen relevancia jurídica en este estudio, con la finalidad de delimitar cuáles son las normas aplicables a cada uno de ellos. Así, el régimen jurídico difiere cuando se trata de refugiados en tránsito que han logrado salir del país donde sufren persecución y cuando se trata de refugiados que no han conseguido cruzar su frontera.

⁵⁶⁶ Ver capítulo 6, apartado I.

II. Las fronteras del Estado: evolución histórica del concepto de frontera y de las actuaciones de control fronterizo

A partir de la consolidación de la sociedad internacional contemporánea de Estados, la frontera se concibe como una «línea permanente» que establece un «obligado límite de la soberanía del Estado y de sus principales competencias territoriales» y delimita el lugar de validez primordial del ordenamiento jurídico de cada Estado.⁵⁶⁷ Además de servir de límite al ejercicio de las competencias territoriales de los Estados (frontera-límite), en dicha configuración destaca la función de las fronteras como lugar geográfico en el que se ejercen competencias específicas de vigilancia y control fronterizo, desarrolladas por los cuerpos aduaneros y policiales en el mismo lugar físico donde está trazada la frontera-línea (frontera-lugar).⁵⁶⁸ Es respecto de esta última función y, en concreto, respecto de sus dos elementos principales, esto es, el lugar donde se desarrollan físicamente los controles fronterizos y los actores involucrados en el control, donde el proceso de evolución de la noción de frontera ha sido más espectacular.

En relación con el primero de los elementos, es preciso aclarar que no necesariamente debe existir una coincidencia estricta entre el lugar físico en el que se sitúan la «frontera-línea» y la «frontera-lugar de control». La tendencia de los Estados ha sido la de instalar los controles sobre el trazado de la línea político-jurídica acordada internacionalmente, pero muy frecuentemente no se ha venido produciendo esta coincidencia. El caso paradigmático son los controles transfronterizos situados en los aeropuertos internacionales.⁵⁶⁹ Ahora bien, esta posible disociación entre «frontera-línea» y «frontera-lugar de control» se ha exacerbado en el contexto de las nuevas modalidades de control extraterritorial fronterizo, hasta el punto de que puede darse la circunstancia de que un Estado controle sus fronteras desde el territorio de Estados situados geográficamente muy lejos o desde lugares no sujetos a la jurisdicción de ningún Estado, como el alta mar.

Esta evolución se hace especialmente visible en el ámbito de la Unión Europea, donde la concepción clásica de frontera externa de cada Estado Miembro, ya sea terrestre, marítima o aérea, ha sido sustituida, tras la supresión de las fronteras interiores, por el concepto de «frontera externa de la Unión».⁵⁷⁰ Al mismo tiempo, los

⁵⁶⁷ Un completo análisis sobre la evolución histórica del concepto y funciones de frontera tanto en Derecho Internacional como en el contexto específico de la UE se encuentra en Alejandro Del Valle Gálvez, «Las fronteras de la Unión – El modelo Europeo de Fronteras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12 (2002): 299-341

⁵⁶⁸ Del Valle Gálvez, «Las fronteras de la Unión», 305-307.

⁵⁶⁹ *Ibid*, 307.

⁵⁷⁰ Acervo de Schengen – Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de

Estados miembros han entrado en un proceso de transferencia al exterior de sus actividades de control fronterizo a través de mecanismos como la exigencia de visado o el estacionamiento de oficiales de inmigración en fronteras extranjeras.⁵⁷¹

En la esfera concreta del control migratorio ya no se entiende la frontera como una «línea física» que delimita el espacio de ejercicio de soberanía sobre un territorio, sino más bien como una «ruta» o «itinerario». Asistimos a un fenómeno de «estiramiento» del concepto de frontera, en el que la tradicional dicotomía «dentro/fuera» del territorio soberano ha quedado superada por un «concepto fluido de frontera», en cuya gestión se involucra también a países vecinos de la UE y a terceros Estados de origen y tránsito de refugiados.⁵⁷²

En cuanto al segundo de los elementos, el referido a los actores involucrados en el control fronterizo, las actividades de control ya no se efectúan exclusivamente por los oficiales de policía y aduanas de los propios Estados, sino que nos encontramos con una variedad de situaciones en las que es posible que las embajadas de un Estado decidan, en virtud de acuerdos internacionales, sobre la concesión de visados respecto de los nacionales de otro país, que actores privados intervengan en el proceso de control, ya sea a través de la externalización de la concesión de visados⁵⁷³ o de la obligación de las compañías transportistas de verificar la tenencia de documentos de identidad y de viaje de los pasajeros, o que terceros Estados participen en el control, asumiendo personalmente la responsabilidad de prevenir que los migrantes abandonen sus países hacia la UE, bajo la forma de acuerdos bilaterales con la UE o con sus Estados miembros.⁵⁷⁴

Nuevamente, en el contexto específico de la integración europea es donde la evolución de este elemento ha sido más remarcable. El punto de partida puede ubicarse en el espacio de libertad, seguridad y justicia instaurado por el Tratado de Ámsterdam, que se configuró como un ámbito de competencias compartidas entre la

Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, D.O. L 239/19. Ver, en este sentido, el fenómeno de «reajuste» del concepto de frontera exterior al que se refiere Javier Roldán Barbero, «La aplicación territorial del Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 51 (2015): 475-476.

⁵⁷¹ Evelien Brouwer, «Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the responsibility of the EU and its Member States» en Bernard Ryan y Valsamis Mitsilegas (eds), *Extraterritorial Migration Control. Legal Challenges* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 199-200.

⁵⁷² Maribel Casas, Sebastian Cobarrubias y John Pickles, «Stretching Borders Beyond Sovereign Territories? Mapping EU and Spain's Border Externalization Policies» *Geopolítica(s) Revista de estudios sobre espacio y poder*, nº 2(1) (2011): 75.

⁵⁷³ Los problemas jurídicos que plantea la contratación de empresas privadas para la tramitación de visados se analizan en Montserrat Abad Castelos, «La Participación de Empresas Privadas en la Tramitación Externa de Visados: Algunos Problemas Jurídico Internacionales en Presencia, con Especial Énfasis en el Carácter No Inviolable de sus Instalaciones», *Revista Española de Derecho Internacional* IX, nº 2 (2008): 523-538.

⁵⁷⁴ Brouwer, «Extraterritorial Migration Control and Human Rights», 199-200.

UE y los Estados miembros.⁵⁷⁵ Ello trajo como consecuencia inmediata que la labor individual de control fronterizo que ejercía cada uno de los Estados de la UE por separado, fuera sustituido por un «control conjunto o compartido» de todos los Estados, bajo una normativa común que exigía y exige que el control de acceso realizado por las autoridades de un Estado sea reconocido mutuamente por los demás Estados.⁵⁷⁶ Además, cada vez son más habituales las actuaciones conjuntas de control fronterizo entre varios Estados miembros bajo la coordinación de nuevos mecanismos institucionales, en especial, de la agencia Frontex.

En definitiva, la manera en la que los Estados ejercen el control sobre sus fronteras ha experimentado una evolución notable. Si tradicionalmente las actuaciones de los Estados estuvieron encaminadas principalmente a blindar sus fronteras para evitar la entrada irregular de extranjeros, en la actualidad el control es de naturaleza no solo territorial sino también extraterritorial: se trata de evitar que el migrante salga de su país de origen o del país de tránsito en el que se encuentre. Los Estados ya no esperan a que el migrante llegue a sus fronteras, sino que han adoptado una actitud pro activa que se enmarca en el convencimiento de que la «carga» que para los Estados representa la inmigración ilegal o las solicitudes falsas de asilo únicamente se puede afrontar mediante el control de los movimientos de los migrantes mucho antes de que se presenten en las fronteras de éstos.⁵⁷⁷

Un ejemplo que ilustra de modo muy claro esta tendencia se deduce de unas declaraciones de 2015 del Director General de la Guardia Civil española, Arsenio Fernández de Mesa que por su claridad merece la pena reproducirlas aquí:

«Arsenio Fernández de Mesa, ha destacado que la Guardia Civil, por medio de su Jefatura Fiscal y de Fronteras, lleva desarrollando numerosas actividades desde el año 2004 con el objetivo de cambiar la orientación desde un modelo de afrontar los riesgos en nuestras propias fronteras exteriores, que era más pasivo, hacia un modelo más proactivo, tratando de implantar un Sistema de vigilancia de alerta temprana, mediante el impulso del SIVE y de los medios navales y aéreos, así como, en el ámbito internacional, más allá de nuestras fronteras, trasladando la lucha contra la inmigración irregular y las actividades criminales trasfronterizas a los países terceros tanto de origen como de tránsito o a la colaboración con países vecinos, europeos o norteafricanos».⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ (TFUE, art 4.2.j) Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea OJ C 326/52, 26 de octubre de 2012.

⁵⁷⁶ Del Valle Gálvez, «Las fronteras de la Unión», 335-336.

⁵⁷⁷ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 3.

⁵⁷⁸ Guardia Civil, «Tenemos la obligación de luchar contra las mafias y dar una respuesta clara a quienes necesitan más que nadie ayuda humanitaria», comunicado de prensa, 23 de abril de 2015, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5321.html>.

Esta nueva concepción de fronteras supone incluso un desafío a los conceptos tradicionales de jurisdicción y soberanía territorial. Si la frontera ya no es una línea, sino un «itinerario o ruta» y ya no se gestiona exclusivamente por el Estado territorial, la cuestión es ¿dónde empiezan y terminan la jurisdicción y soberanía sobre el territorio?, ¿quién las ejerce?, ¿dónde empieza la migración hacia la UE y cuándo tienen jurisdicción la UE o los Estados miembros para intervenir en la trayectoria de los refugiados o migrantes?⁵⁷⁹ La respuesta a estas cuestiones será uno de los cometidos de esta parte.

III. Asilo y refugio en el Derecho Internacional y su vinculación con el control fronterizo

Una primera dificultad en relación con la configuración jurídica de las instituciones del asilo y refugio es la propia distinción entre ambas en un contexto de gran proliferación de normas, especialmente en el ámbito de la Unión Europea, lo que ha provocado una evolución sustancial del significado de estos conceptos. Igualmente, la cuestión sobre si existe un derecho subjetivo al asilo que el individuo pueda invocar frente al Estado sigue ocupando un lugar destacado en la literatura y jurisprudencia sobre la materia. Ambas dificultades están íntimamente ligadas: los contornos entre las dos instituciones se desdibujan bajo el impulso del progresivo desarrollo normativo de la protección del refugiado, de forma que lo que tradicionalmente se ha denominado «concesión graciosa» del Estado tiende a configurarse hoy como un verdadero derecho humano individual.

Como punto de partida, cabe señalar que la expresión tan utilizada «derecho de asilo» ha de ser precisada para evitar confusiones terminológicas. Efectivamente, esta expresión recoge dos sentidos jurídicos distintos: por un lado, el derecho del Estado a otorgar asilo a un extranjero en su propio territorio y, por otro, el «hipotético derecho al asilo como derecho individual de la persona».⁵⁸⁰ El primero de ellos se refiere a un derecho del Estado derivado del ejercicio de su soberanía sobre su territorio. Es lo que suele denominarse «asilo territorial» y se califica como una «concesión graciosa o prerrogativa» del Estado, que le faculta a conceder la entrada en el territorio a los extranjeros perseguidos en sus países, así como a otorgarles protección mientras se

⁵⁷⁹ Casas, Cobarrubias y Pickles, «Stretching Borders Beyond Sovereign Territories?», 77-78 y 86.

⁵⁸⁰ Fernando M. Mariño Menéndez, «La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el Derecho Europeo», en *El derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, ed. de Fernando M. Mariño Menéndez (Editorial Trotta, 2002), 466.

encuentren dentro su territorio.⁵⁸¹ Este se encuentra enunciado expresamente en la Declaración sobre el Asilo Territorial adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967, según la cual: «El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo, deberá ser respetado por los demás Estados».⁵⁸²

Frente a este sentido, cobra cada vez más relevancia en el Derecho Internacional contemporáneo un segundo sentido, que equipara el derecho de asilo, o más bien el «derecho *al* asilo» a un verdadero derecho humano que puede reclamarse por el individuo frente al Estado. A pesar de que es innegable la tendencia creciente en el panorama jurídico internacional a considerar el derecho al asilo como un derecho humano, sobre todo bajo el extraordinario desarrollo que está experimentando el proceso de humanización del Derecho Internacional, una mayoría de la doctrina opina que aún no está configurado como tal.⁵⁸³ Esto se debe fundamentalmente a la resistencia que han mostrado los Estados a otorgarle dicha cualidad, lo cual explica que el derecho al asilo no se encuentre recogido en los catálogos de derechos incluidos en los principales tratados de derechos humanos.⁵⁸⁴ No obstante, es preciso profundizar más en este segundo sentido y en su evolución actual en el ordenamiento jurídico internacional. Se ha entendido que comprende tres derechos distintos: el derecho a *solicitar* asilo, el derecho a *obtenerlo* y el derecho a *gozar* del asilo.⁵⁸⁵ Dos de ellos, se encuentran expresamente reconocidos por el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país».⁵⁸⁶ Este reconocimiento se complementa con el artículo 13.2 de la misma Declaración, que establece el derecho de toda persona a «salir de cualquier país, incluso del propio». El derecho a *obtener* el asilo no está, sin embargo, reconocido directamente ni en la Declaración Universal de los Derechos Humanos ni en los principales tratados internacionales de derechos humanos. Ello no significa, sin embargo, que quede totalmente desprotegido en el Derecho Internacional, como se expone a continuación.

⁵⁸¹ Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed. coordinada por Concepción Escobar Hernández (Tecnos, 2013), 637. En el mismo sentido, Atle Grahl-Madsen, *Territorial Asylum*. (Almqvist & Wiksell International, 1980), 45-46.

⁵⁸² Asamblea General de Naciones Unidas, 1631ª sesión plenaria, Declaración sobre el Asilo Territorial 2312 (XXII), artículo 1.1. (Declaración sobre el Asilo Territorial).

⁵⁸³ Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional*, 637-639; Javier A. González Vega, «Mitos y Mistificaciones: La Unión Europea y la Protección Internacional (A propósito de la “Crisis de los Refugiados”)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 56 (2016): 67.

⁵⁸⁴ Mariño Menéndez, «La singularidad del asilo territorial», 466.

⁵⁸⁵ *Ibid*, 467-473. En el mismo sentido, Maarten Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (Hart Publishing, 2012) 104-106.

⁵⁸⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución A/RES/3/217/A, de 10 de diciembre de 1948.

Efectivamente, el «derecho a *obtener* el asilo» está protegido indirectamente en el Derecho Internacional a través de la regulación del principio de no devolución o *non refoulement*. Es en este punto donde se entrelazan las instituciones del asilo y refugio, de forma que los límites entre ambas figuras aparecen cada vez más desdibujados. Estas instituciones se han considerado dos categorías autónomas en el Derecho Internacional, con importantes rasgos distintivos, algunos de los cuales serán mencionados a continuación. Se distinguen, en primer lugar, porque mientras que ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos ni la Declaración de Asilo Territorial establecen las causas de persecución que permiten solicitar el asilo, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados las concreta taxativamente.⁵⁸⁷ Es diferente también el régimen jurídico de protección que conceden una y otra institución. Frente al derecho del asilado a recibir una «efectiva protección territorial» por parte del Estado que le concede el asilo, el reconocimiento del estatuto de refugiado no obliga al Estado a conceder automáticamente permisos de residencia y trabajo en el territorio, lo cual dependerá de la regulación doméstica, sino que la máxima garantía que ofrece es la de no ser devuelto a los territorios donde su vida o libertad peligre.⁵⁸⁸

Por otro lado, el desarrollo extraordinario experimentado por el concepto del asilo, sobre todo a través de diversas regulaciones de la Unión Europea, ha difuminado los contornos entre ambas instituciones. Así, el Código de Fronteras Schengen,⁵⁸⁹ la Directiva 2011/95⁵⁹⁰ y los Reglamentos de Dublín,⁵⁹¹ han generado un nuevo concepto de asilo de aplicación obligada para los Estados miembros. De acuerdo con él, el derecho de asilo se configura como la protección territorial que el Estado otorga a un individuo por las causas enumeradas en la Convención de Ginebra. Es decir, el asilo únicamente puede concederse por determinadas causas, por lo que se restringe su

⁵⁸⁷ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas) convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950, artículo 1.A.2. («Convención sobre el Estatuto de los Refugiados» o «Convención de Ginebra»).

⁵⁸⁸ Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional*, 639-640. En el mismo sentido, Gloria Fernández Arribas, *Asilo y Refugio en la Unión Europea* (Comares, 2007), 5-7.

⁵⁸⁹ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen) (texto codificado)

⁵⁹⁰ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, D.O. UE L337/9. Su artículo 2 d) recoge la definición de refugiado de la Convención de Ginebra.

⁵⁹¹ 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) (Reglamento Dublín III).

ámbito conceptual. Como contrapartida a esta restricción, las normas de la Unión Europea otorgaron un derecho subjetivo al examen de la solicitud de asilo por uno de los Estados parte, lo cual significa en la práctica un derecho a obtener el asilo si se cumplen las condiciones previstas por la Convención de Ginebra.⁵⁹² La obligación de los Estados de «recibir» las solicitudes de asilo ha sido fundamentada también por otros autores en el Derecho Internacional General, con fundamento en la cada vez mayor orientación de la institución del asilo hacia la protección de los derechos humanos, así como en la regulación del principio de no devolución y de las normas que obligan a prevenir las violaciones de derechos humanos. Esta obligación llevaría aparejada la de no impedir su ejercicio, mediante el establecimiento de obstáculos a la efectiva presentación de solicitudes.⁵⁹³

Finalmente, es obligado mencionar para concluir este marco conceptual la distinción entre el llamado «asilo territorial o interno», al que ya se ha hecho referencia, y el «asilo extraterritorial», al que se hará referencia en las líneas que siguen. El primero se configura como el derecho del Estado a conceder asilo en su propio territorio. Frente a él, tradicionalmente se hacía referencia a otro tipo de asilo, llamado «diplomático o extraterritorial» porque consistía en la solicitud de asilo en embajadas u otras dependencias de un Estado situadas en el territorio de otro Estado. El debate jurídico en torno a esta figura se centraba en el conflicto que generaba entre el Estado concedente del asilo y el Estado territorial, ya que podía ser visto como una violación de la soberanía territorial de éste último, planteando dudas sobre su legitimidad en Derecho Internacional.⁵⁹⁴

La figura del asilo diplomático, con la notable excepción de los tratados regionales vigentes en determinados países latinoamericanos, especialmente la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Diplomático,⁵⁹⁵ es una práctica controvertida y con una deficiente base jurídica en Derecho Internacional cuando no existe el consentimiento del Estado territorial. Incluso, en opinión de la mayoría de la

⁵⁹² Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional*, 640-642, redactado por Concepción Escobar Hernández. Ver también María-Teresa Gil-Bazo, «Asylum as a General Principle of International Law», *International Journal of Refugee Law* 27, nº 1 (2015): 4-5 y Claribel de Castro Sánchez, «Unión Europea: ¿amante de los derechos humanos? El difícil equilibrio entre seguridad y derecho de asilo en perspectiva europea», en Joaquín Alcaide Fernández y Eulalia W. Petit De Gabriel (eds.), *España y la Unión Europea en el Orden Internacional. XXVI Jornadas Ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* (Tirant lo Blanch, 2017), 1147-1148.

⁵⁹³ Mariño Menéndez, «La singularidad del asilo territorial», 467.

⁵⁹⁴ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 104-105. También se refieren a la distinción autores como Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional*, 636; Cristina J. Gortázar Rotaeché, *Derecho de Asilo y «No Rechazo» del Refugiado* (Dykinson, 1997) 59-65; Kay Hailbronner y Jana Gogolin, *Asylum, Territorial* en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law, 2013).

⁵⁹⁵ Convención sobre Asilo Diplomático, adoptada en Caracas, Venezuela, el 28 de marzo de 1954.

doctrina, queda fuera de la protección de la Convención de Ginebra,⁵⁹⁶ dado que el solicitante no cumple una de las condiciones del concepto de refugiado al no estar «fuera del país de su nacionalidad (...) o del país donde antes tuviera su residencia habitual».⁵⁹⁷

No obstante, el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la proliferación de las prácticas estatales de externalización de los controles migratorios, han motivado que últimamente se reclame una reconfiguración de este concepto en el Derecho Internacional. Ello no sólo porque sería necesario ampliarlo a otro tipo de solicitudes extraterritoriales de asilo, como las realizadas en buques o en bases militares, sino porque habría que analizar si bajo determinadas circunstancias, de carácter fundamentalmente humanitario, el Estado frente a quien se solicita el asilo estaría sujeto a una obligación de derechos humanos de conceder protección, y cómo podría conciliarse dicha concesión con sus obligaciones internacionales frente al Estado territorial.⁵⁹⁸ No obstante, la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, excluye de su ámbito de aplicación las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las representaciones de los Estados miembros.⁵⁹⁹

En definitiva, cabe concluir que en la actual configuración del Derecho Internacional del asilo y el refugio, la máxima garantía de protección del individuo viene constituida por el principio de no devolución, que, como se ha mencionado anteriormente, supone también una protección indirecta del, aún no codificado, «derecho a obtener el asilo». A pesar de encontrarse codificado tanto en la Convención de Ginebra y en la Declaración de Asilo Territorial, como en algunos de los principales tratados de derechos humanos, estamos asistiendo en la actualidad a una proliferación de actuaciones y políticas de los Estados que niegan u obstaculizan su

⁵⁹⁶ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 114; Gortázar Rotaecche, *Derecho de Asilo y «No Rechazo»*, 63-64. En contra, sin embargo, se manifiestan autores como Lauterpacht y Bethlehem para quienes el principio de no devolución regulado en la Convención de Ginebra también podría invocarse cuando el refugiado o solicitante de asilo se encuentra dentro de su país, pero bajo la protección de otro Estado parte de la Convención, como por ejemplo, cuando se encuentre en una misión diplomática de otro Estado o bajo la protección de las fuerzas armadas de otro país que en misiones de mantenimiento de la paz. Ver en este sentido, Sir Elihu Lauterpacht y Daniel Bethlehem, «The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion», en Erika Feller, Volker Türk y Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press y UNHCR, 2003), 122, párr. 114.

⁵⁹⁷ Convención de Ginebra, artículo 1.A.2.

⁵⁹⁸ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 106-114.

⁵⁹⁹ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), D.O. UE L 180/60, art. 3.2. Ello no impide, sin embargo, que los Estados miembros pudieran prever la posibilidad de solicitar asilo en sus representaciones diplomáticas o consulares en el extranjero.

aplicación en un contexto extraterritorial, lo cual justifica el estudio de su ámbito de aplicación espacial, cuestión que será acometida en el capítulo 6.

Finalmente, una última cuestión que conviene añadir es el *carácter declarativo* del reconocimiento formal de la condición de refugiado. Efectivamente, el deber de protección de los Estados surge con independencia de que se haya producido, o no, dicho reconocimiento, siempre que se den los criterios establecidos en la definición de refugiado contenida en el artículo 1.A.2 de la Convención y no concurra ninguno de los supuestos de exclusión de dicha condición establecidas también en el artículo 1 (párrafo F).⁶⁰⁰ En palabras de ACNUR: «a person does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he or she is a refugee».⁶⁰¹

⁶⁰⁰ Entre otros, Guy S. Goodwin-Gill y Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3ª ed. (Oxford University Press, 2007), 244; Lauterpacht and Bethlehem, «The Scope and Content», 116-118; Kees Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement* (Intersetia, 2009), 47; Fernández Arribas, *Asilo y Refugio*, 8.

⁶⁰¹ ACNUR, «Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol (2007)», párr. 6.

CAPÍTULO 5. LAS ACTUACIONES EXTRATERRITORIALES DE CONTROL FRONTERIZO: SISTEMATIZACIÓN DE CASOS⁶⁰²

I. Introducción

El análisis de las prácticas extraterritoriales de control fronterizo está siendo objeto de una atención creciente por la doctrina y los medios de comunicación en los últimos años y ello de manera especial en el continente europeo, tras los éxodos masivos de personas que huyen de los conflictos en países como Siria o Libia. Los términos acuñados son muy variados y en algunos casos hacen referencia a fenómenos jurídicos diversos. Además de «políticas de no-entrada», se ha hecho referencia a términos anglosajones como «outsourcing» y «offshoring», así como a «externalización o extraterritorialización de los controles migratorios», «gobernanza migratoria externa», «control remoto migratorio»,⁶⁰³ «des-territorialización de los controles fronterizos»,⁶⁰⁴ «políticas de procesamiento extraterritorial»,⁶⁰⁵ «interceptación de refugiados y solicitantes de asilo en alta mar»,⁶⁰⁶ «neo-refoulement»⁶⁰⁷ o «*limes imperii*».⁶⁰⁸

⁶⁰² La investigación objeto de este capítulo se ha realizado parcialmente en el marco del Séptimo Programa Marco financiado por la Comisión Europea (FP7/2007-2013), en virtud del Grant Agreement FRAME (Fostering Human Rights Among European Policies) nº 320000. Durante el desarrollo del proyecto FRAME, la doctoranda realizó la siguiente contribución en uno de los informes del proyecto: Maria Nagore Casas, «The instruments of pre-border control in the EU: A new source of vulnerability for asylum seekers?» en Mikkaela Heikla et al, *The Protection of Vulnerable Individuals in the Context of EU Policies on Border Checks, Asylum and Immigration*, (FRAME Report D11.3, 2016), 47-76, <http://www.fp7-frame.eu/reports/>.

⁶⁰³ Maarten den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 3. Ver también Frank McNamara, «Member State Responsibility for Migration Control within Third States — Externalisation revisited» *European Journal of Migration and Law* 15 (2013):326.

⁶⁰⁴ Seline Trevisanut, «The Principle of Non-Refoulement and the De-Territorialization of Border Control at Sea» *Leiden Journal of International Law* 27 (2014):661.

⁶⁰⁵ Karin Fathimath Afeef, *The Politics of Extraterritorial Processing: Offshore Asylum Policies in Europe and the Pacific*, (Refugee Studies Centre Working Paper, nº 36, 2006), 2.

⁶⁰⁶ Comité Permanente del Comité Ejecutivo de ACNUR, «Interception of Asylum-Seekers and Refugees: the International Framework and recommendations for a Comprehensive Approach» EC/50/SC/CRP.17, 9 de junio de 2000.

⁶⁰⁷ Jennifer Hyndman y Alison Mountz, «Another Brick in the Wall? Neo-Refoulement and the Externalization of Asylum by Australia and Europe», *Government and Opposition* 43 nº 2 (2008):249.

Algunos de estos términos inciden en el aspecto del ámbito espacial al que se extienden las actuaciones, es decir, en su carácter «extraterritorial», «externo» o «remoto», mientras que otros destacan el elemento de «externalización», «subcontratación» o ejecución de las actividades por sujetos privados independientes del Estado, como empresas de seguridad, compañías transportistas o terceros Estados. Ambos aspectos o elementos plantean dificultades desde un punto de vista jurídico. De una parte, el elemento de «extraterritorialidad» de las medidas pone en tela de juicio la legalidad del desarrollo de controles migratorios en lugares distintos de los puestos fronterizos o puntos legales de entrada al territorio y presenta la necesidad de determinar el alcance espacial de las normas de protección de los refugiados y los supuestos en los que el Estado ejerce jurisdicción extraterritorialmente. De otra parte, el elemento de «externalización» añade al debate, además, la cuestión de la atribución de la conducta y eventual responsabilidad del Estado cuyas actuaciones son gestionadas por terceros (Estados o empresas privadas).

En el presente estudio, por razones de simplificación así como de coherencia con el marco teórico expuesto en el capítulo 3, se empleará el término «extraterritorialidad» en referencia al conjunto de estas prácticas o medidas, ya sean ejecutadas directamente por el Estado a través de sus propios agentes o funcionarios, o por terceros sujetos independientes del Estado pero conectados a él por algún vínculo convencional o contractual, dado que también en este último caso estamos ante actuaciones de naturaleza extraterritorial.

La práctica de los Estados presenta un extenso abanico de actuaciones de control fronterizo cuyas especificidades propias exigen que su análisis jurídico se realice de manera individualizada. Se han realizado sin embargo, por el momento, pocos trabajos de sistematización y clasificación de estas actuaciones que han sido abordadas con carácter general. A ellos se hará referencia a continuación, para posteriormente proponer una tipología de actuaciones que será la que guíe la estructura de este capítulo.

Una de las clasificaciones más aceptadas por la doctrina es la desarrollada por el ACNUR, que distingue entre medidas de interceptación «físicas o activas» y «pasivas o legales».⁶⁰⁹ A pesar de que no existe una definición admitida internacionalmente de

⁶⁰⁸ Alejandro del Valle Gálvez, «Unión Europea, Crisis de Refugiados y Limes Imperii», *Revista General de Derecho Europeo* 38 (2016):1.

⁶⁰⁹ Programa del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado, Comité en Pleno, «La interceptación de solicitantes de asilo y refugiados: el marco internacional y recomendaciones para un enfoque integral» [2000] EC/50/SC/CRP.17, 9 de junio de 2000. Esta clasificación es seguida por autores como Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (Oxford University Press, 3rd edn, 2007), 371-372 y Violeta Moreno Lax, «Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees», *European Journal of Migration and Law* 10, (2008): 322-323.

«interceptación», el Comité Ejecutivo del ACNUR (ExCom) propuso una definición en el año 2000 que es utilizada con frecuencia por la doctrina.⁶¹⁰ De acuerdo con ella, la interceptación incluye «todas aquellas medidas aplicadas por un Estado *fuera de su territorio nacional* con el fin de prevenir, interrumpir o detener el movimiento de personas sin la documentación requerida a través de fronteras internacionales por tierra, aire o mar, rumbo al potencial país de destino».⁶¹¹ Esta definición, en la que se destaca el carácter extraterritorial de las medidas de interceptación, comprende tanto «medidas físicas o activas», principalmente la interceptación de barcos en el mar, como «medidas pasivas o administrativas» como el despliegue de oficiales de control migratorio en países extranjeros, la exigencia de visados, las sanciones a transportistas o la asistencia financiera o de otro tipo a los Estados de origen o de tránsito de los refugiados.

Gammeltoft-Hansen y Hathaway, por su parte, distinguen entre «prácticas tradicionales de no-entrada» y «prácticas de no-entrada de nueva generación». Entre las primeras, cuyo uso está muy consolidado entre los Estados, citan el control de visas, las sanciones a transportistas, la interceptación en alta mar o la declaración de zonas internacionales. Junto con ellas, se han desarrollado un nuevo conjunto de prácticas basadas en la cooperación con los países de origen o tránsito de los refugiados, que ellos clasifican en siete tipos dependiendo del grado de colaboración requerido del tercer Estado: recurso a las relaciones o acuerdos diplomáticos; ofrecimiento de incentivos financieros directos a los Estados de origen o tránsito; provisión de equipamiento, dispositivos de control o formación a las autoridades encargadas del control fronterizo; despliegue de oficiales de inmigración con funciones de apoyo o consultivas en los puntos de cruce fronterizo; el establecimiento de programas conjuntos de interceptación de migrantes; la asunción directa de funciones de control migratorio por los Estados de destino en el territorio de los Estados de origen y, finalmente, el establecimiento de agencias internacionales como FRONTEX a las que se autoriza para desarrollar operaciones de interceptación en lugares bajo la jurisdicción de los Estados de origen o tránsito.⁶¹²

Otra posible clasificación es la que incide en la distinción entre los aspectos de «extraterritorialidad» y «externalización» mencionados al inicio de este epígrafe. En concreto, diferencia entre formas de control migratorio «extraterritoriales o deslocalizadas» y formas de control migratorio «externalizadas o privatizadas». Entre las primeras, se incluye la deslocalización de las autoridades migratorias del Estado a través de mecanismos como la gestión de visados en consulados, el envío de oficiales de inmigración a países estratégicos de tránsito o el despliegue de barcos de guerra

⁶¹⁰ Moreno Lax, «Must EU Borders», 322 y 323; Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee*, 371-372.

⁶¹¹ Programa del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado, «La interceptación de solicitantes», párr. 10, cursiva añadida.

⁶¹² Gammeltoft Hansen y Hathaway, «Non-Refoulement in a World», 241-243.

para interceptar botes en alta mar. Las segundas consisten fundamentalmente en la delegación del control migratorio a terceros países y actores privados. Bajo esta última categoría, son los propios países de origen o de tránsito de refugiados los que ejecutan funciones de control de salida, y son las compañías aéreas y otros transportistas las que realizan la función de control de documentación y visados, bajo la amenaza de imposición de sanciones económicas, o incluso son compañías privadas de seguridad las que desarrollan actuaciones de control, tanto en fronteras como en ultramar.⁶¹³

Teniendo en cuenta que el foco central de este estudio es el ámbito espacial de aplicación de las normas internacionales de protección de los refugiados, la clasificación más adecuada para estructurar el capítulo es la que atiende al lugar de ejecución del control fronterizo. Se distinguirá, entonces, entre: a) prácticas de control fronterizo realizadas en (o desde) el territorio del Estado o en sus fronteras, a las que denominaremos «prácticas territoriales de control fronterizo»; b) prácticas desarrolladas en los «territorios escindidos» o en las llamadas «zonas internacionales» o «zonas de tránsito» y, por último, c) prácticas extraterritoriales, ejecutadas más allá del territorio del Estado. La atención se centrará en estas últimas, que serán el objeto principal de análisis en este capítulo. No obstante, se hará también referencia a las dos primeras categorías, por cuanto que las primeras pueden suponer el «bloqueo físico» de los refugiados en zonas localizadas fuera de las fronteras del Estado al que quieren acceder o incluso su «órbita perpetua»,⁶¹⁴ a la espera de que un Estado les autorice a entrar en su territorio, y las segundas les colocan en un «limbo jurídico» en el que ni el derecho interno ni el Derecho Internacional se declaran aplicables. Ambas plantean igualmente interesantes problemas de jurisdicción que se abordan en sus respectivos epígrafes.

Asimismo, frente a la división entre medidas «pasivas» y «activas», se propone clasificar las medidas extraterritoriales de control fronterizo en *medidas directas*, que requieren la presencia física del Estado en el lugar de su implementación y las *medidas indirectas*, que se materializan a través de normas de los Estados o de acuerdos con terceros países, de forma que su puesta en práctica se realiza por sujetos distintos del Estado que desarrolla el control fronterizo, fundamentalmente por las compañías transportistas y los países de origen de los refugiados. Esta última categorización nos parece más apropiada que la utilización del término medidas «pasivas» dado que éste genera confusión, en tanto que este tipo de medidas también conlleva una actuación del Estado para legislar o llegar a acuerdos con terceros países.

El siguiente cuadro presenta esta clasificación. Se distingue, en primer lugar, entre medidas realizadas en el territorio, en las llamadas «zonas de tránsito» o «zonas internacionales» y en lugares situados fuera del territorio del Estado. Estas últimas

⁶¹³ Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 15-16.

⁶¹⁴ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 279.

prácticas extraterritoriales pueden subdividirse, a su vez, entre aquellas realizadas en zonas sujetas a la jurisdicción territorial de un tercer Estado o en zonas no sujetas, en principio, a la jurisdicción de ningún Estado como el alta mar. Asimismo, se integra la distinción entre medidas directas e indirectas. Entre las primeras se incluyen los supuestos de interceptación de refugiados en el mar y ubicación de funcionarios de enlace de inmigración en el extranjero, mientras que entre las segundas se comprenden el requerimiento de visados de entrada, la imposición de obligaciones y sanciones a los transportistas y la financiación, equipamiento o formación de los Estados de origen para el desarrollo de controles fronterizos. Igualmente se han reflejado (en color verde) los supuestos en los que se produce la actuación conjunta de varios sujetos que pueden plantear problemas de delimitación de la jurisdicción y responsabilidad entre ellos.

En los epígrafes que siguen se analizan estas medidas, siguiendo la clasificación propuesta por el cuadro.

Prácticas estatales de control fronterizo

En el territorio o en frontera

- *Negativa de entrada*
- *Cierre de fronteras*
- *Construcción de barreras físicas*
- *Expulsiones sumarias*
- *Obstaculización del acceso a los procedimientos de solicitud de asilo*
- *Iniciativas de repatriación voluntaria*
- *Acuerdos de readmisión*
- *Noción de país seguro y primer país de llegada*

En «zonas de tránsito» o «zonas internacionales»

- *Escisiones ficticias de territorio y declaración de zonas internacionales o de tránsito*

Fuera del territorio (extraterritoriales)

Zonas bajo jurisdicción de terceros Estados

Medidas directas

- *Oficiales de enlace de inmigración en el territorio de terceros Estados*
- *Intercepción y operaciones de «push-back» en aguas territoriales de terceros Estados:*
 - Unilaterales
 - *Bajo la coordinación de Frontex*
 - *En coordinación con los Estados de origen: shiprider agreements*

Medidas indirectas

- *Visados de entrada*
- *Obligaciones y sanciones a transportistas*
- *Financiación, equipamiento o formación a los Estados de origen*

Zonas no sujetas a la jurisdicción de los Estados

Medidas directas

- *Intercepción y operaciones de «push back» en alta mar:*
 - Unilaterales
 - *Bajo la coordinación de Frontex*
 - *En coordinación con los Estados de origen: shiprider agreements*

II. Las prácticas territoriales de control fronterizo

En el análisis de estas prácticas hay que partir del principio ya mencionado anteriormente según el cual la admisión de extranjeros en el territorio del Estado es una competencia discrecional del mismo, cuya regulación se produce por sus disposiciones internas.⁶¹⁵ El Estado goza de libertad a la hora de reglamentar la entrada de extranjeros en su territorio, aunque con ciertos límites derivados tanto del Derecho Internacional General que, por aplicación del principio de no discriminación, prohíbe que los Estados denieguen la entrada a nacionales de un determinado país o grupos pertenecientes a una etnia concreta,⁶¹⁶ del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho de la Unión Europea y el estatuto especial de los ciudadanos de la Unión. En nuestro país, el derecho a la libertad personal, reconocido por el artículo 17 de la Constitución Española, no incluye el derecho a entrar en España. Éste derecho únicamente pueden ejercitarlo quienes tengan nacionalidad española, mientras que los extranjeros pueden ejercerlo con sujeción a los requisitos establecidos legalmente, entre ellos, la obtención de un visado, de conformidad con la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero.⁶¹⁷

Entre el tipo de actuaciones ejecutadas por los Estados en sus propios territorios o en sus fronteras pueden citarse la simple negativa de entrada, el cierre de fronteras, la construcción de barreras físicas, las expulsiones sumarias, la obstaculización del acceso a los procedimientos de solicitud de asilo, o las iniciativas de repatriación voluntaria.⁶¹⁸ Los ejemplos más paradigmáticos son la simple negativa de entrada y el cierre de fronteras que puede ir acompañado, además, de la construcción de barreras físicas.

La negativa de entrada de buques a puerto es una de las prácticas más habitualmente utilizadas por los Estados. Un caso histórico que, aunque previo a la Convención de 1951, no puede dejar de citarse, es el del transatlántico alemán *St. Luis*, que en 1939 partió de Hamburgo hacia La Habana con más de 900 pasajeros judíos de nacionalidad alemana que huían del Tercer Reich. Tanto Cuba como Estados Unidos denegaron el desembarco de los pasajeros en sus puertos y, tras meses de intensas negociaciones, el barco se vio finalmente obligado a regresar a Europa, donde más de

⁶¹⁵ Díez de Velasco, *Instituciones*, actualizado por Concepción Escobar, pag 627, capítulo XXV.

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, art. 25.

⁶¹⁸ Un estudio exhaustivo de casos históricos puede encontrarse en Hathaway, *The Rights of Refugees*, 279-289.

250 pasajeros del total de los que transportaba murieron en campos de concentración.⁶¹⁹

La historia más reciente deja multitud de casos similares, en los que también se han visto involucrados Estados miembros de la UE.⁶²⁰ En 2001 un barco de bandera sueca en el que viajaban 156 pasajeros, en su mayoría de nacionalidad liberiana, que huían del conflicto civil en su país, permaneció prácticamente un mes «vagando» por aguas marítimas de África Occidental ante la negativa de acogida por Ghana, Benín y Togo. Finalmente, con la intervención del ACNUR, Nigeria permitió el desembarco de los pasajeros por razones humanitarias.⁶²¹ En 2004 un barco de bandera alemana fletado por la ONG *Cap Anamur* de la misma nacionalidad rescató a 37 personas en el Sur del Mediterráneo. El barco permaneció más de 10 días varado frente a las costas de Sicilia, ante la negativa de Italia de autorizar el desembarco bajo el argumento de que la responsabilidad por los naufragos recaía en Malta, por cuyas aguas territoriales había transitado dicho barco.⁶²² Finalmente, los naufragos fueron desembarcados en Italia por razones humanitarias,⁶²³ aunque días después la mayor parte fueron

⁶¹⁹ Ver United States Holocaust Memorial Museum, «Voyage of the St. Louis» in *Holocaust Encyclopedia* disponible en <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005267>, Mike Lanchin, «SS St Louis: The ship of Jewish refugees nobody wanted», BBC News, Magazine, 13 de mayo de 2014, disponible en <http://www.bbc.com/news/magazine-27373131>, Hathaway, *The Rights of Refugees*, 280.

⁶²⁰ Existen muchos otros casos en otros lugares del mundo, como el llamado «incidente del Tampa» en 2001 en el que Australia negó la entrada de un barco noruego con 400 personas, o la llamada «crisis de los refugiados Rohingya», grupo étnico que viene huyendo de las políticas represivas del gobierno de Myanmar desde la década de los años setenta. Son especialmente dramáticos los casos de Rohingyas abandonados en el mar a la espera de que algún país de la región del sudeste asiático les deje atracar en sus costas. ACNUR, «Abandoned at sea», *UNHCR Tracks*, acceso el 28 de julio de 2016, <http://tracks.unhcr.org/2015/08/abandoned-at-sea/>. Una exhaustiva enumeración de todos estos casos se contiene en Ruth Weinzierl y Urszula Lisson, «Border Management and Human Rights. A study of EU Law and the Law of the Sea» (German Institute for Human Rights, 2007) 20-21 y Hathaway, *The Rights of Refugees*, 279-280.

⁶²¹ ACNUR, «Month-long Liberian boat-people saga ends in Nigeria», *UNHCR news*, acceso el 28 de julio de 2016, <http://www.unhcr.org/news/latest/2001/6/3b39d32f18/month-long-liberian-boat-people-saga-ends-nigeria.html>.

⁶²² ACNUR, «Italy boat: UNHCR urges disembarkation on humanitarian grounds», *UNHCR news*, 9 de julio de 2004, acceso el 27 de julio de 2016, <http://www.unhcr.org/news/briefing/2004/7/40ee70780/italy-boat-unhcr-urges-disembarkation-humanitarian-grounds.html?query=Cap%20Anamur>.

⁶²³ ACNUR, «UNHCR welcomes decision to allow boat people to disembark in Italy», *UNHCR news*, 13 de julio de 2004, acceso el 27 de julio de 2016, <http://www.unhcr.org/news/briefing/2004/7/40f3c1064/unhcr-welcomes-decision-allow-boat-people-disembark-italy.html?query=Cap%20Anamur>.

expulsados a Ghana y Nigeria a través de un proceso duramente criticado por el ACNUR.⁶²⁴

Entre estos casos también pueden citarse algunos en los que han intervenido barcos de bandera española. En julio de 2006 un pesquero español rescató a 100 millas de la costa de Malta a 51 migrantes procedentes la mayoría de ellos de Eritrea y Sudán. Malta rechazó la entrada del buque en puerto bajo el pretexto de que los migrantes habían sido rescatados fuera de sus aguas territoriales, lo cual mantuvo al barco en un «limbo legal» durante 8 días hasta que finalmente Malta admitió el desembarco, una vez que España se comprometió a acoger a la mayoría de migrantes en su territorio, y a distribuir el resto entre diversos países europeos.⁶²⁵ Igualmente, es de obligada mención el tan comentado caso del *Marine I*, barco español que rescató a 369 pasajeros procedentes de diversos países asiáticos y africanos. Las negociaciones diplomáticas entre España, Senegal y Mauritania para decidir el lugar de desembarco se prolongaron durante más de una semana, tiempo durante el cual el barco permaneció varado cerca de las costas mauritanas.⁶²⁶ Este caso será analizado con más detenimiento en el apartado IV.A.1 en relación con las medidas de interceptación en el mar.

La historia tampoco está exenta de casos en los que las autoridades de un determinado Estado han cerrado sus fronteras para evitar la entrada de nacionales o grupos étnicos procedentes de un tercer Estado. Entre estos casos cabe citar el cierre por el gobierno turco de su frontera con Irak en 1991 para evitar la entrada de los kurdos que huían de este país tras la Guerra del Golfo. Cientos de miles de kurdos quedaron atrapados en los pasos de montaña a lo largo de la frontera turco-iraquí.⁶²⁷

⁶²⁴ ACNUR, «UNHCR criticizes handling of Cap Anamur asylum claims», *UNHCR news*, 23 de julio de 2004, acceso el 27 de julio de 2016, <http://www.unhcr.org/news/press/2004/7/4100d8bc4/unhcr-criticizes-handling-cap-anamur-asylum-claims.html?query=Cap%20Anamur>. El caso fue muy notorio también porque parte de la tripulación fue acusada de tráfico de personas, en un juicio que comenzó en Italia en noviembre de 2006 y del que todos los imputados fueron absueltos cinco años más tarde. «Cap Anamur, la sentenza dopo 5 anni tutti assolti gli ufficiali della nave», *La Repubblica*, 7 de octubre de 2009, acceso el 27 de julio de 2016, http://www.repubblica.it/2009/09/sezioni/cronaca/immigrati-12/cap-anamur/cap-anamur.html?refresh_ce.

⁶²⁵ «Héroes por accidente. La tripulación del 'Francisco y Catalina', premiada», *El Mundo.es*, 23 de julio de 2006, acceso el 28 de julio de 2016, <http://www.elmundo.es/elmundo/2006/07/20/solidaridad/1153414175.html>. Human Rights Watch, *World Report 2007. Events of 2006* (Human Rights Watch, 2007), 382. ACNUR, «UNHCR welcomes positive outcome for 51 boat people off Malta», *UNHCR news*, 21 de julio de 2006, acceso 28 de julio de 2016, <http://www.unhcr.org/news/latest/2006/7/44c0f8e94/unhcr-welcomes-positive-outcome-51-boat-people-malta.html>

⁶²⁶ Comité contra la Tortura, *J.H.A. c. España*, de 21 de noviembre de 2008, Comunicación nº 323/2007, CAT/C/41/D323/2007,

⁶²⁷ ACNUR, *The State of the World's Refugees 2000: Fifty Years of Humanitarian Action* (ACNUR, 2000), 212.

Igualmente, puede citarse el cierre temporal en abril de 1999 por la antigua República Yugoslava de Macedonia de sus fronteras, con el fin de detener la entrada de decenas de miles albanos-kosovares que huían de los ataques de las fuerzas serbias durante la guerra de Kosovo, dejándolos bloqueados en la frontera macedonia.⁶²⁸ Tampoco puede obviarse el que, sin lugar a dudas, es el caso más reciente y remarcable, por cuanto que ha tambaleado los cimientos de la libre circulación de personas en la Unión Europea. Se trata del cierre de las fronteras de Hungría con Serbia y la culminación en septiembre de 2015 de la construcción de una valla en los 200 km de frontera húngara con Serbia y Croacia, que impidió el acceso a miles de refugiados que pretendían transitar por Hungría con destino a diversos países europeos. Esta ruta de acceso por los Balcanes se desvió, entonces, hacia Croacia, que cerró también sus pasos fronterizos con Serbia.⁶²⁹ La valla de Hungría se une así a las de Bulgaria con Turquía, Grecia con Turquía y Ceuta y Melilla con Marruecos y, confirmando la tendencia de los Estados europeos de construir la denominada «Europa fortaleza».⁶³⁰

III. Las escisiones jurídicas del territorio y las zonas internacionales o de tránsito

Dentro de las medidas de control fronterizo «clásicas»⁶³¹ a las que recurren habitualmente los Estados en el diseño de sus políticas de gestión de los flujos migratorios se incluye la «escisión ficticia» de determinadas áreas o zonas de su territorio, a efectos de la realización de controles migratorios, y la designación de «zonas internacionales» o de «tránsito» en aeropuertos, puertos y estaciones de tren con tránsito internacional de pasajeros a las que se declara «fuera del territorio del país». Son medidas ciertamente peculiares, que desafían la propia esencia o razón de ser del Estado y sus elementos constitutivos. A través de ellas, los Estados «extirpan» jurídicamente determinadas áreas o zonas de su territorio y renuncian al ejercicio de jurisdicción y competencias soberanas sobre ellas. De esta manera, se origina la ficción legal de que los extranjeros que se encuentran en ellas no han cruzado la frontera ni

⁶²⁸ ACNUR, *The State of the World's Refugees 2000*, 234

⁶²⁹ William Spindler, «2015: The year of Europe's refugee crisis», *UNHCR news*, 8 de diciembre de 2015, acceso el 28 de julio de 2016, <http://www.unhcr.org/news/stories/2015/12/56ec1ebde/2015-year-europes-refugee-crisis.html>. Amnistía Internacional, *Amnesty International Report 2015/16: The State of the World's Human Rights* (Amnistía Internacional, 2016), 42-43. Guillermo Abril y Carlos Spottorno, «Europa cierra la frontera», *El País Semanal*, 3 de abril de 2016, acceso el 28 de julio de 2016, <http://elpaissemanal.elpais.com/documentos/europa-cierra-la-frontera/#!/foto/1>.

⁶³⁰ CEAR, *Informe 2016: Las personas refugiadas en España y Europa* (CEAR, 2016), 46.

⁶³¹ Gammeltoft Hansen y Hathaway, «Non-Refoulement in a World», 244-245.

entrado legalmente en el país, a pesar de que físicamente se encuentren dentro del mismo.

Los ejemplos que pueden observarse en la práctica internacional son ciertamente numerosos. Entre ellos, la llamada «política de pies secos-pies mojados» («wet-foot, dry-foot policy») que puso en marcha Estados Unidos en 1995 a través de una modificación en la Ley de Ajuste Cubano de 1966. Esta modificación dio luz verde a la interceptación y repatriación directa de los inmigrantes cubanos que se encontraran en alta mar o en aguas territoriales estadounidenses (pies mojados), mientras que aquéllos inmigrantes que conseguían llegar a las costas de Estados Unidos podían solicitar su permanencia en el país (pies secos).⁶³² De esta manera, el mar territorial de Estados Unidos situado entre Cuba y dicho país quedaba excluido del territorio del Estado a efectos de solicitar asilo.⁶³³ Esta política ha sido derogada recientemente por el Presidente Obama, de forma que los inmigrantes cubanos que consigan acceder ilegalmente a las costas de Estados Unidos recibirán el mismo trato que los extranjeros de cualquier otra nacionalidad.⁶³⁴

Asimismo, Australia ha seguido desde 2001 una política de escisión de más de 3.500 islas, algunos puertos y áreas de su mar territorial respecto de la llamada «zona de migración» a través de sucesivas reformas de la Ley de Migración de 1958. El objetivo expreso de las reformas ha sido el de limitar la posibilidad de hacer solicitudes de visa válidas en todas aquéllas zonas que se declaren «extirpadas» del territorio australiano,⁶³⁵ lo que habilita para arrestar y devolver a otros países a las personas que llegan desde ultramar a las zonas escindidas.⁶³⁶ La Ley de Migración es el instrumento a través del cual se implementa la Convención de los Refugiados en Australia, por lo que queda impedida también cualquier solicitud de asilo.⁶³⁷ A pesar de que esta política ha sido duramente criticada tanto en el propio senado australiano como entre diversas instituciones y ONGs,⁶³⁸ lejos de ser abolida, se ha consolidado a través de una

⁶³² Alberto J. Perez, «Wet Foot, Dry Foot, No Foot: The Recurring Controversy Between Cubans, Haitians, and the United States Immigration Policy», *Nova Law Review* 28, nº 2, (2004):9. Ver también Javier Arteaga, «The Cuban Adjustment Act of 1966: More than Forty Years Later a Proposal for the Future», *Florida International University (FIU) Law Review* 3, nº 2, (2008): 529-530.

⁶³³ Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 115.

⁶³⁴ El anuncio se emitió por la Casablanca el 13 de enero de 2017, ver, entre otras noticias, CNN politics, «US ending 'wet foot, dry foot' policy for Cubans» <http://edition.cnn.com/2017/01/12/politics/us-to-end-wet-foot-dry-foot-policy-for-cubans/>.

⁶³⁵ Migration Amendment (Excision from Migration Zone) Act 2001, nº 127, 2001, parte 1, subsección 5(1), nota, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004A00887>; Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 116.

⁶³⁶ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 298-299

⁶³⁷ Andreas Fischer Lescano, Tillmann Löhr y Timo Tohidipur, «Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law», *International Journal of Refugee Law* 21, nº 2 (2009): 262.

⁶³⁸ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 298-299

última modificación en 2013 a la Ley de Migración, mediante la que se ha extendido la «zona escindida» a todas las llegadas no autorizadas por mar a cualquier punto de la costa del territorio australiano.⁶³⁹

En el continente europeo, asimismo, abundan las legislaciones internas que declaran la existencia de «zonas internacionales» principalmente en aeropuertos, pero también en puertos y estaciones de tren internacionales, en las que se considera que el extranjero que se encuentre en ellas aún no ha cruzado legalmente la frontera del país. Se trata de una ficción jurídica que tiene su razón de ser en la necesidad de adaptar la función de control fronterizo a las particularidades de los medios modernos de transporte internacional de pasajeros, en especial al transporte aéreo.⁶⁴⁰ Las zonas internacionales o de tránsito de los aeropuertos internacionales constituyen uno de los espacios en los que más nítidamente se manifiesta la separación conceptual entre la frontera como «línea geográfica» y la frontera como «lugar de realización de la función del control fronterizo». Los Estados han configurado una ficción jurídica fronteriza que consiste en trasladar la función de control de fronteras a lugares como aeropuertos o estaciones de tren por los que normalmente no discurren fronteras-línea. Y ello con una particularidad adicional especialmente visible en los aeropuertos, que consiste en que estas funciones de control no se realizan en las puertas de los aviones o en los puntos de embarque correspondientes, sino en otros lugares más adecuados de las instalaciones aeroportuarias, de manera que entre ambos puntos se generan espacios de tránsito de pasajeros sujetos a un estatuto especial,⁶⁴¹ que incluso puede requerir la posesión de un tipo específico de visado.⁶⁴²

Asimismo, en relación con estas zonas, se evidencia igualmente con claridad la disociación entre los conceptos de «presencia legal» en el territorio de un país y mera «presencia física». La mera presencia física no es suficiente para entender que existe presencia legal en el territorio, sino que únicamente el cumplimiento de los requisitos

⁶³⁹ Migration Amendment (Unauthorised Maritime Arrivals and Other Measures) Act 2013, nº 35, 2013, subsection 4(5), <https://www.legislation.gov.au/Details/C2013A00035>. Gammeltoft Hansen y Hathaway, «Non-Refoulement in a World», 245.

⁶⁴⁰ Alejandro del Valle Gálvez, «Las Zonas Internacionales o Zonas de Tránsito de los Aeropuertos, Ficción Liminar Fronteriza», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2005): 2.

⁶⁴¹ Del Valle Gálvez, «Las Zonas Internacionales», 4-5.

⁶⁴² Es el llamado visado de tránsito, que habilita para transitar por la zona internacional de los aeropuertos, exigido por la normativa europea (artículo 3 del Reglamento (EC) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, que establece un Código Comunitario de Visados (Código de Visados) y en nuestro país por el artículo 25.bis.2.a) de la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería, de 11 de enero.

de entrada establecidos por la legislación doméstica de los Estados convierte la entrada física en entrada legal en el territorio.⁶⁴³

Con carácter previo al análisis de las complejidades jurídicas que el empleo de estas ficciones jurídicas implica para la protección internacional de los solicitantes de asilo, conviene precisar que los términos utilizados por los Estados para referirse a las áreas o zonas en cuestión son muy diversos, aunque la expresión más común es «zona internacional».⁶⁴⁴ No obstante, como bien aprecia Del Valle, esta denominación puede generar la idea confusa de que el ordenamiento jurídico interno del Estado no es aplicable en ellas o de que se trata de zonas con un estatuto internacionalizado, lo cual no es correcto, ya que no están reguladas como tal por el Derecho Internacional.⁶⁴⁵ Más adecuada es la utilización de la expresión «zona de tránsito» a la que recurren, entre otras, el Código de visados de la Unión Europea que, concretamente, utiliza la expresión «áreas internacionales de tránsito de los aeropuertos»⁶⁴⁶ y el Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional, que se refiere en su Anexo 9 a las «zonas de tránsito directo» de los aeropuertos internacionales.⁶⁴⁷ Esta denominación permite expresar mejor la principal actividad que se desarrolla en estas zonas, es decir, el tránsito de personas para entrar o salir de un Estado a otro por vía aérea.⁶⁴⁸ Así, el Convenio de Chicago las define como «zona especial que se establece en los aeropuertos internacionales, con la aprobación de las autoridades competentes y bajo su supervisión o control directos, en la que los pasajeros pueden permanecer durante el tránsito o trasbordo sin solicitar entrada al Estado».⁶⁴⁹

El establecimiento de estas áreas de tránsito y su sujeción a normas procedimentales especiales no debería, en principio, plantear problemas de índole jurídica. El Derecho Internacional no impide a los Estados regular procedimientos especiales en las fronteras tendentes a evitar la entrada ilegal de extranjeros en el país,⁶⁵⁰ ni concebir estatutos jurídicos diferenciados para aquéllos que están

⁶⁴³ Tugba Basaran, «Legal borders in Europe: The waiting zone», en Peter Burgess y Serge Gutwirth (eds.) *A Threat Against Europe. Security, Migration and Integration* (Brussels University Press, 2011), 63. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español en su auto 271/2008, de 15 de septiembre, fundamento jurídico 5, que considera que los individuos que se encuentran en la zona de tránsito de un aeropuerto español no han entrado, «jurídicamente hablando» en España.

⁶⁴⁴ Una enumeración se contiene en Del Valle Gálvez, «Las Zonas Internacionales», 2-3.

⁶⁴⁵ Del Valle Gálvez, «Las Zonas Internacionales», 4 y 10.

⁶⁴⁶ Artículo 3 del Código de Visados.

⁶⁴⁷ Convenio sobre Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, Anexo 9, Capítulo 1. A (Convenio de Chicago).

⁶⁴⁸ Del Valle, «Las Zonas Internacionales», 4.

⁶⁴⁹ Convenio de Chicago, Anexo 9, Capítulo 1. A.

⁶⁵⁰ Gammeltoft Hansen, *Access to Asylum*, 119. Esta finalidad legítima de prevenir la inmigración ilegal es también reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Amuur c Francia* al que se hará referencia más adelante, párr. 43.

esperando a ser admitidos en el país, menos garantistas que los reconocidos a aquéllos que ya han entrado legalmente en él.⁶⁵¹ Las dificultades surgen cuando la ficción jurídica fronteriza se transforma en «ficción jurídica extraterritorial», de manera que las zonas de tránsito se configuran como áreas respecto a las que el Estado dice no ostentar jurisdicción o renuncia voluntariamente al ejercicio de determinadas competencias personales y territoriales sobre ellas, o se limitan indebidamente las garantías constitucionales o derechos fundamentales de las personas que allí se encuentran, o el Estado renuncia a darles una regulación, generando una indefinición o vacío jurídico normativo.⁶⁵² La creación de estas zonas de vacío legal, en ocasiones calificadas como «tierra de nadie»,⁶⁵³ han dado lugar a casos que han alcanzado una gran notoriedad internacional, entre ellos, el del refugiado iraní Mehran Karimi Nasseri, que vivió durante casi 18 años en una de las terminales del aeropuerto Charles de Gaulle de París,⁶⁵⁴ o, más recientemente, el del ex analista de la CIA Edward Snowden, que quedó atrapado en 2013 en la zona de tránsito del aeropuerto Sheremetyevo de Moscú, mientras las autoridades rusas declaraban que «técnicamente» Snowden estaba fuera del territorio ruso y no sujeto por tanto a la jurisdicción de este país.⁶⁵⁵

Algunos de estos casos han sido objeto de examen por tribunales internos e internacionales. En *Amuur c. Francia* el TEDH examinó la posible violación por Francia del derecho a la libertad de cuatro ciudadanos somalíes que quedaron confinados durante 20 días en la zona internacional del aeropuerto París-Orly tras haber sido rechazados en el control policial bajo el argumento de que sus pasaportes habían sido falsificados. Todos ellos alegaban huir de Somalia por el peligro que corrían sus vidas tras el derrocamiento del régimen del presidente Siyad Barre. Incluso varios miembros de sus familias habían sido ya asesinados. La Oficina Francesa para la Protección de los Refugiados rechazó sus solicitudes de asilo por considerar que carecía de competencia

⁶⁵¹ Goodwin Gill, *The Refugee in International Law*, 254.

⁶⁵² Tugba Basaran, «Legal borders in Europe», 64. Del Valle, «Las Zonas Internacionales», 7.

⁶⁵³ Del Valle «Las Zonas Internacionales», 9.

⁶⁵⁴ En 1992 un Tribunal francés sentenció que no se podía expulsar de Francia a Mehran Karimi Nasseri e incluso en 1999 se le otorgaron documentos de identidad y residencia válidos en Francia, por lo que hubiera podido abandonar el aeropuerto, aunque optó voluntariamente por permanecer en él. Dimitris Papadopoulos y Vassilis Tsianos, «The Autonomy of Migration: The Animals of Undocumented Mobility» en *Deleuzian Encounters. Studies in Contemporary Social Issues* editado por Anna Hickey-Moody y Peta Malins, (Eds.) (Palgrave Macmillan, 2007): 224. Don Mills, «After 11 years, 'Alfred' can finally check out of Paris airport he called home», *National Post*, 21 de septiembre 1999; Lukas I. Alpert, «Stuck in Transit Zone, Snowden Enters a Limbo Familiar to Refugees; NSA Leaker Is 17 Years Short of Iranian's Mark for Hunkering Down in Airport», *Wall Street Journal (Online)*, 26 de junio 2013.

⁶⁵⁵ Este caso se analiza en profundidad en Ruwantissa Abeyratne, «Extradition and the airport transit lounge - the Snowden case» *Journal of Transport Security* 7 (2014): 17-26. Sacha Gervasi, «The terminal dilemma facing a man suspended in limbo», *Financial Times*, 29 de junio de 2013, p.7; Lukas I. Alpert, «Stuck in Transit Zone».

al no ostentar los solicitantes un permiso de residencia temporal en Francia. Efectivamente, de acuerdo con la normativa vigente en aquél momento en Francia, únicamente estaban legitimados para solicitar asilo aquéllas personas a las que ya se había admitido en territorio francés, lo cual exigía cruzar el control policial del aeropuerto. En caso de rechazo en el control policial, los pasajeros debían permanecer en la zona internacional del aeropuerto, a la espera de ser trasladados a sus países de origen. A los eventuales solicitantes de asilo se les permitía realizar la llamada «solicitud de asilo en frontera» cuyo examen dependía de la resolución discrecional del Ministerio del Interior sobre su admisión en territorio francés.⁶⁵⁶

En su fallo, el TEDH condenó a Francia por estimar que la detención de los solicitantes en la zona de tránsito del aeropuerto era equivalente en la práctica a una privación de libertad prohibida por el artículo 5.1 del CEDH y a una restricción del derecho a abandonar el propio país. No obstante, en lo que a este estudio respecta, lo fundamental de la decisión es la interpretación que el Tribunal realiza de la naturaleza jurídica de las zonas internacionales de los aeropuertos. De acuerdo al Tribunal, a pesar de su denominación, «la zona internacional no tiene un estatuto extraterritorial» y los individuos situados en ella quedan sujetos a la normativa francesa. Prueba de ello es que no se cuestionó el derecho de Francia de legislar sobre los derechos de los extranjeros confinados en dicha zona.⁶⁵⁷

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional español en un auto dictado unos meses antes de la resolución del TEDH, en el que se sometió a examen el trato recibido por dos personas de nacionalidad nigeriana a quienes los servicios policiales del entonces aeropuerto Madrid-Barajas denegaron la entrada en España. Los pasajeros fueron obligados a permanecer en la «sala de rechazados» de la zona de tránsito de dicho aeropuerto durante más de 21 días, durante los cuales su solicitud de asilo fue inadmitida a trámite por el Ministerio de interior,⁶⁵⁸ inadmisión que, de acuerdo con la Ley de Extranjería vigente en aquél momento, acarreaba la imposibilidad de que entraran legalmente en territorio español, al carecer también los solicitantes de visado.⁶⁵⁹ De acuerdo con el Tribunal, sin perjuicio de que quienes no ostentan la nacionalidad española carecen del derecho constitucional a entrar en España, que únicamente pueden ejercitar con sujeción a los requisitos establecidos por las leyes, ello no permite deducir que

«(...) la llamada «zona internacional» del aeropuerto, donde se encontraban los demandantes, no sea territorio español. Tanto el espacio aéreo como los aeropuertos

⁶⁵⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Amuur c. Francia*, nº 19776/92, 25 de junio de 1996, párr. 16 y 19. (*Amuur c. Francia*)

⁶⁵⁷ *Amuur c. Francia*, párr. 52.

⁶⁵⁸ Tribunal Constitucional (Sala Primera), Auto nº 55/1996, de 6 de marzo, Antecedentes, párr. II. (Auto nº 55/1996)

⁶⁵⁹ Auto nº 55/1996, fundamento jurídico 4.

están sometidos a la soberanía española, tal y como declaran (...) la Ley sobre Navegación Aérea (...) y el Convenio sobre Aviación Civil Internacional (...). Precisamente, los funcionarios del servicio de control de fronteras actúan en ejercicio de las potestades públicas inherentes a la soberanía plena y exclusiva del Estado sobre el espacio aéreo y los aeropuertos aduaneros, (...).⁶⁶⁰

La pertenencia de las zonas de tránsito o de rechazados al territorio español ha sido confirmada posteriormente por este mismo tribunal en otro auto de 2008⁶⁶¹ y en su sentencia de 27 de febrero de 2002, en la que el Tribunal, basándose en los criterios establecidos por el artículo 1 CEDH y la jurisprudencia del TEDH en el caso *Amuur c. Francia*, determina que lo relevante desde la perspectiva propia de los derechos fundamentales no es realmente la ubicación territorial de las dependencias aduaneras sino «la existencia de una situación legal de sometimiento de los solicitantes de asilo a un poder público español».⁶⁶²

Esta posición jurisprudencial encuentra también apoyo en nuestra doctrina. De acuerdo con Del Valle, debe rechazarse cualquier ficción de extraterritorialidad respecto de estas zonas, que deben considerarse situadas dentro del territorio del Estado y bajo su exclusiva soberanía. La razón de ser de su establecimiento es la de controlar la entrada de personas y mercancías y asegurar el cumplimiento de la normativa interna aplicable, sin afectar en absoluto a la delimitación convencional de fronteras con el resto de los Estados.⁶⁶³

Igualmente, la propia concepción del territorio en el Derecho Internacional, como un elemento constitutivo del Estado dentro de cuyos límites éste ejerce su autoridad,⁶⁶⁴ avala esta posición. No puede negarse que sobre estas zonas el Estado ejerce su autoridad, ejercicio que se manifiesta a través del propio acto de creación de estas zonas; de la regulación prolífica a la que suelen estar sujetas, incluyendo normas de policía, aduanas, seguridad y salud públicas, impositivas o de inmigración; de la expedición de visados de tránsito; o, en general, del ejercicio por los funcionarios del servicio de control de fronteras de las «potestades públicas inherentes a la soberanía

⁶⁶⁰ *Ibid* 3.

⁶⁶¹ Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Auto nº 271/2008, de 15 de septiembre, fundamento jurídico 5, conforme al que «aunque las «zonas de tránsito» o de «rechazados» de los aeropuertos españoles sean territorio español (...) y pese a que quienes allí se encuentran están sometidos a un poder público español (...), éstos no han entrado, jurídicamente hablando, en este país».

⁶⁶² Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia nº 53/2002, de 27 de febrero, fundamento jurídico 4 b).

⁶⁶³ Del Valle, «Las Zonas Internacionales», 10. En el mismo sentido, Hathaway, *The Rights of Refugees*, 172.

⁶⁶⁴ Paz Andrés Sáenz de Santa María, *Sistema de Derecho Internacional Público* (Editorial Aranzadi, 3ª ed., 2014), consultado en versión digital.

plena y exclusiva del Estado sobre los aeropuertos». ⁶⁶⁵ Si el Estado ejerce autoridad sobre ellas es justamente porque son parte de su territorio nacional. Existe en el Derecho Internacional una íntima conexión entre el concepto de territorio y la efectividad del ejercicio de poderes estatales sobre el mismo, que se manifiesta en las funciones propias del territorio: por un lado, éste sirve a la función de determinar la existencia del Estado, para lo cual se requiere que exista un control efectivo sobre el mismo, así como sobre la población situada en él. Por otro lado, el ejercicio de poderes sobre el territorio es también necesario para dar lugar a la adquisición de la soberanía territorial sobre el mismo: no es posible reivindicar soberanía sobre un determinado territorio si no se ejercen poderes en él. ⁶⁶⁶ La razón última de que el Estado ejerza poderes sobre las zonas internacionales o de tránsito es que en realidad éstas forman parte de su territorio nacional.

Asimismo, las normas convencionales aplicables confirman que el Estado ejerce plena soberanía sobre estos espacios. Así, la Convención de Chicago requiere la aprobación de estas zonas por «las autoridades competentes» y recalca que se encuentran bajo su «supervisión o control directos». ⁶⁶⁷ Igualmente, para las zonas de territorio escindidas o puertos, la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar proclama la soberanía del Estado ribereño sobre las doce millas náuticas que constituyen su mar territorial. ⁶⁶⁸ Cabe mencionar también en este punto que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impide que los Estados incumplan las obligaciones asumidas en virtud de un tratado mediante la adopción de legislación interna que entre en conflicto con aquéllas. ⁶⁶⁹

En definitiva, existen sólidos argumentos para sostener que las pretendidas «zonas internacionales» o «partes escindidas a efectos de control migratorio» forman parte del territorio nacional del Estado en el que se encuentran. La cuestión es, entonces, si los Estados están facultados para restringir o incluso no aplicar sus obligaciones internacionales en dichas áreas de su territorio. El Derecho Internacional, no obstante, plantea serias objeciones a esta posibilidad. La primera y más esencial deriva del principio fundamental de la soberanía del Estado y su proyección funcional: el Derecho Internacional reconoce soberanía al Estado precisamente para que éstos realicen su función primordial de protección de los intereses generales de los individuos que se asientan sobre su territorio. En palabras del profesor Pastor Ridruejo, «la justificación y el fundamento último de la soberanía reside en el

⁶⁶⁵ Auto nº 55/1996, fundamento jurídico 3.

⁶⁶⁶ Andrés de Santamaría, *Sistema de Derecho Internacional Público*, consultado en versión digital.

⁶⁶⁷ Convenio de Chicago, Anexo 9, Capítulo 1. A.

⁶⁶⁸ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, Artículo 2.

⁶⁶⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), Artículo 27.

cumplimiento de tal función». ⁶⁷⁰ De ahí que, como principio, debe considerarse que un Estado ejerce jurisdicción sobre la totalidad de su territorio. Los Estados no pueden renunciar al ejercicio de jurisdicción por voluntad propia ni pueden crear libremente situaciones de extraterritorialidad. ⁶⁷¹ Siguiendo esta línea, podría incluso argumentarse que el estudio del régimen jurídico de las zonas internacionales o de tránsito excede del debate sobre extraterritorialidad, en cuanto que constituyen partes del territorio del Estado.

De lo anterior no se deduce que el Derecho Internacional impida a los Estados crear ficciones jurídicas destinadas a distinguir la entrada física respecto de la entrada formal en su territorio, ni otorgar menos derechos a quienes no hayan accedido aún formalmente a él. Esto es, además, coherente con el sistema de concesión de derechos previsto en la Convención de Ginebra, que se incrementa a medida que se estrecha el vínculo del refugiado con el Estado. Así, se entiende que al refugiado que se encuentra legalmente en el territorio de un país se le deben garantizar un mayor número de necesidades que al refugiado que se encuentra simplemente en el territorio del Estado pero aún no ha accedido legalmente a él. ⁶⁷² No debe olvidarse, sin embargo, que, con independencia del estatuto concedido a estas personas por las legislaciones internas, para el Derecho Internacional la presencia física es jurídicamente relevante y presupone la existencia de un vínculo con el Estado a efectos de determinar la eventual responsabilidad de éste en las situaciones que den lugar a ella. Por ello, no puede argumentarse válidamente que el Estado no es responsable por los actos de sus oficiales por el mero hecho de que éstos se encuentren en una zona de tránsito. ⁶⁷³

En conclusión, las zonas de tránsito son parte del territorio del Estado en el que se localizan y están bajo su autoridad soberana, no pudiendo el Estado renunciar a ejercer jurisdicción sobre ellas o crear a su antojo situaciones de extraterritorialidad que limiten sus obligaciones respecto de los refugiados que en ellas se encuentren. Éstos deben tener garantizados en dichas zonas todos los derechos que la Convención de Ginebra otorga a los refugiados que estén presentes en el territorio del Estado, entre ellos, no ser devueltos al lugar de persecución, tramitar sus solicitudes de asilo, el derecho a la libertad religiosa, a recibir documentos de identidad, a no ser penalizados por su entrada ilegal y no quedar sujetos a más restricciones de circulación que las estrictamente necesarias. ⁶⁷⁴

⁶⁷⁰ Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional*, 112.

⁶⁷¹ Gammeltoft Hansen, *Access to Asylum*, 118-119.

⁶⁷² Sin perjuicio de que la Convención de Ginebra en su artículo 31 impide sancionar a los refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio.

⁶⁷³ Goodwin Gill, 253-254

⁶⁷⁴ Convención de Ginebra, artículos 33.1, 4, 27 y 31.

IV. Las prácticas extraterritoriales de control fronterizo

A. Medidas directas

Este tipo de medidas se caracterizan por la presencia física del Estado en el lugar en el que se implementan. De conformidad con el Comité Ejecutivo de ACNUR, las medidas de interceptación son aquellas que pueden tener alguna de las siguientes finalidades, respecto de las personas que no ostenten la documentación o autorización necesaria para entrar en el territorio de un Estado:

- «Impedir que las personas inicien un viaje internacional,
- Impedir otros desplazamientos internacionales de las personas que han comenzado su viaje, o
- Controlar los buques respecto de los cuales haya motivos razonables para pensar que transportan personas en contravención del derecho marítimo nacional o internacional».⁶⁷⁵

Los epígrafes siguientes analizan las dos principales medidas directas de interceptación de refugiados y migrantes, por un lado, su interceptación en el mar y, por otro, la ubicación de funcionarios de enlace de inmigración en el territorio extranjero.

1. Interceptación de refugiados en el mar

a) Planteamiento del problema

El mar ha sido históricamente una de las principales rutas migratorias a través de la cual los refugiados han emprendido su viaje hacia destinos más seguros. Algunos de los casos más destacables han sido ya citados en otros apartados de este estudio,⁶⁷⁶ desde el éxodo judío hasta la huída masiva de refugiados indochinos en los años 70.⁶⁷⁷ Si bien inicialmente el cierre de los puertos se configuró como la principal medida que emplearon los Estados para evitar el desembarco de refugiados en sus costas, en la práctica más reciente se observa una evolución hacia prácticas más «activas», en las

⁶⁷⁵ ACNUR, Comité Ejecutivo, «Conclusión sobre las Salvaguardias de Protección de las Medidas de Interceptación», nº 97 (LIV) (2003), 2.

⁶⁷⁶ Ver los casos del buque alemán *St. Louis* en 1939, la intervención de Australia en el llamado «Incidente del Tampa», la llamada crisis de los refugiados Rohingya, la negativa de Italia al desembarco de los pasajeros del barco *Cap Anamur*, o el caso del barco español *Marine I*, en el epígrafe (*prácticas territoriales de control fronterizo*).

⁶⁷⁷ Ver ACNUR, «Flight from Indochina», en *The State of the World's Refugees 2000: Fifty years of Humanitarian Action* (ACNUR, 2000), <http://www.unhcr.org/3ebf9bad0.html>.

que los Estados ya no esperan a que las embarcaciones accedan a sus costas o incluso a su franja de mar territorial, sino que proceden a su interceptación directa en el mar, tanto en las zonas marítimas sometidas a su jurisdicción territorial, como en aguas territoriales bajo la soberanía de terceros Estados o incluso en el alta mar. El propósito de este apartado es enunciar las principales prácticas estatales de interceptación en el mar en un contexto extraterritorial, es decir, aquéllas desarrolladas en el alta mar o en el mar territorial de terceros Estados, así como exponer las principales dificultades jurídicas que plantea su ejecución desde el punto de vista del acceso a los procedimientos de solicitud de asilo por los refugiados y del ejercicio de jurisdicción sobre éstos por los Estados.

El Derecho Internacional faculta a los Estados para controlar sus fronteras marítimas e impedir la entrada de aquéllas personas que no cumplan los requisitos establecidos por sus legislaciones internas de inmigración. Más allá de la línea geográfica que delimita dichas fronteras, el análisis jurídico adquiere un grado elevado de complejidad y cabe hacerse preguntas como las siguientes: ¿El Derecho Internacional permite a los Estados efectuar controles fronterizos en zonas no sujetas a su jurisdicción territorial? En caso de actuaciones en el mar territorial de terceros Estados, parece claro que sería necesario obtener su autorización, pero ¿qué ocurre respecto de los controles ejercidos en alta mar? ¿Puede entenderse que el Estado ejerce jurisdicción sobre los refugiados cuando las interceptaciones ocurren en dichos espacios no sujetos a su control territorial? ¿Cómo afecta al análisis legal jurisdiccional la modalidad de la operación de interceptación, en especial, aquéllas que no consisten en el apresamiento físico de los refugiados sino en su escolta o retroceso forzosos («*push-back*»)? ¿Cuáles son los criterios para identificar al actor que ejerce jurisdicción en los casos de intervención conjunta de varios Estados, ya sea en operaciones coordinadas por agencias como Frontex o en operaciones formalizadas a través de los llamados acuerdos «*shiprider*» con los Estados de origen? Asimismo, la identificación de las obligaciones jurídicas que surgirían para los Estados en caso de establecerse su jurisdicción también plantea diversas dificultades. La cuestión central es determinar si los Estados tienen las mismas obligaciones jurídicas de protección de los refugiados cuando la interceptación se produce en zonas marítimas sujetas a la jurisdicción territorial de terceros Estados o en el alta mar. Esta cuestión es relevante, especialmente, respecto de la aplicación extraterritorial del principio de *non refoulement* así como desde la perspectiva del acceso de los refugiados a los procedimientos de asilo. ¿Están obligados los Estados a garantizar el acceso a los procedimientos de solicitud de asilo en alta mar?

La diversidad de interrogantes jurídicos explica que ésta sea precisamente una de las medidas de control fronterizo que ha dado lugar a un mayor número de estudios doctrinales, tanto desde una perspectiva multidisciplinar que aborda las interacciones

entre los diversos conjuntos normativos aplicables (Derecho Internacional de los Refugiados, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho de la Unión Europea, Derecho del Mar, Derecho Penal Internacional),⁶⁷⁸ como desde un enfoque más sectorial dirigido a analizar cuestiones más concretas como la aplicación del principio de no devolución en el contexto marítimo,⁶⁷⁹ la interacción entre refugio y las obligaciones de rescate y protección en el mar,⁶⁸⁰ la distribución de responsabilidades en actuaciones conjuntas o coordinadas por Frontex⁶⁸¹ o, finalmente, la valoración de pronunciamientos judiciales concretos que han alcanzado gran notoriedad.⁶⁸²

⁶⁷⁸ Ver, entre otros, Samuel Cogolati, Nele Verlinden y Pierre Schmitt, *Migrants in the Mediterranean: Protecting human rights. Study for the European Parliament's Committee on Subcommittee on Human Rights* (European Parliament, 2015), 1-60; Natalie Klein, «A Case for Harmonizing Laws on Maritime Interceptions of Irregular Migrants», *International and Comparative Law Quarterly* 63; (2014): 787-814; Andreas Fischer-Lescano, Tillmann Löhr y Timo Tohidipur, «Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law», *International Journal of Refugee Law* 21, nº 2, (2009): 256-296; Efthymios Papastavridis, «Interception of Human Beings on the High Seas: A Contemporary Analysis under International Law», *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 36, nº 2, (2009): 146-228;

⁶⁷⁹ Entre otros, Guy S. Goodwin Gill, «The Right to Seek Asylum: Interception at sea and the principle of Non-Refoulement», *International Journal of Refugee Law* 23, nº 3 (2011): 443-457; Barbara Miltner, «Human Security and protection from refoulement in the maritime context», en Alice Edwards y Carla Ferstman (eds.), *Human Security and Non-Citizens. Law Policy and International Affairs*, (Cambridge University Press, 2010);

⁶⁸⁰ Ver, entre otros, Cristina J. Gortázar Rotaecche, «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 José Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *La Dimensión Exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea* (Iustel, 2012), 217-234; Ruth Weinzierl y Urszula Lisson, *Border Management and Human Rights. A Study of EU Law and Human Rights*, (German Institute for Human Rights, 2007), 1-95; Richard Barnes, «Refugee Law at Sea», *The International and Comparative Law Quarterly* 53, nº 1, (2004): 47-77;

⁶⁸¹ Entre otros, Juan Santos Vara y Soledad R. Sánchez-Tabernero, In Deep Water: Towards a Greater Commitment for Human Rights in Sea Operations Coordinated by Frontex?, *European Journal of Migration and Law* 18 (2016): 65-87. Mariola Urrea Corres, El control de fronteras de la Unión Europea y su dimensión exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de Frontex, en Martín y Pérez de Nanclares, *La Dimensión Exterior*, 235-254; Violeta Moreno-Lax, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea», *International Journal of Refugee Law* 23, nº2 (2011): 174-220; Anneliese Baldaccini, «Extraterritorial Border Controls in the EU: the Role of Frontex in Operations at Sea», en Bernard Ryan y Valsamis Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 229-255; Sergio Carrera, «The EU Border Management Strategy. Frontex and the Challenges of Irregular Migration in the Canary Islands», *CEPS Working Document* 261 (2007): 1-33.

⁶⁸² Una de las sentencias que ha dado lugar a mayor número de estudios doctrinales es el *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, dirimido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que será expuesto más adelante. Ver, en relación a este caso, Juan Antonio Carrillo Salcedo, «Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia», en Santiago Torres Bernáñez (coord.), *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar del Siglo XXI: Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, (Iprolex, 2013), 687-693; M^a Dolores Bollo Arocena, «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», en Torres, *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar*, 647-666;

En el epígrafe segundo se realizará un recorrido por las principales prácticas estatales a nivel internacional, con especial atención hacia las actuaciones de algunos de los Estados miembros de la UE, especialmente Italia y España, que han sido dos de los Estados que más activamente han emprendido este tipo de actuaciones en el mar. Las operaciones desarrolladas bajo la coordinación de Frontex serán abordadas por separado, en el epígrafe tercero, mientras que en el apartado cuarto se analizarán las especificidades que plantean las operaciones de rescate y salvamento en el mar. Estos dos últimos epígrafes introducen dos de los temas que han generado mayores dificultades en el análisis jurídico: la multiplicidad de actores con funciones de vigilancia y control en los espacios marinos y la fragmentación del Derecho Internacional en este contexto. A ellos se hará referencia brevemente a continuación.

La presencia de múltiples actores con funciones de control fronterizo es especialmente acusada en zonas geográficas como el mar Mediterráneo, por donde discurren actualmente las principales rutas migratorias desde África hacia Europa. En efecto, el cuadro de autoridades nacionales con funciones fronterizas es muy diverso: cuerpos policiales, guardias fronterizos, oficiales de aduanas e incluso cuerpos cuasi-militares. En muchos Estados miembros, además, coexisten varios cuerpos distintos con competencias en la materia. A ellos debe unirse la actuación coordinadora de Frontex e incluso, desde junio de 2015, una operación militar naval, EUNAVFOR MED, emprendida en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa, también conocida como *Operación Sofía*.⁶⁸³ Esta actuación concurrente de múltiples sujetos complica enormemente la tarea de identificar los actores que ejercen jurisdicción y que, por tanto, deben asumir obligaciones respecto de los refugiados interceptados.

Por otro lado, este es uno de los contextos en los que la fragmentación del Derecho Internacional se hace más patente, lo cual trae como dificultad la determinación de la norma cuya aplicación debe ser prioritaria. Entre los diversos cuerpos jurídicos aplicables ocupa un lugar destacado el Derecho del Mar, por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque determina los límites de la soberanía de los Estados en cada uno de los espacios marinos establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar,⁶⁸⁴ en especial, teniendo en cuenta el objeto de este estudio, las facultades del Estado de interceptación de buques en zonas no sujetas a su jurisdicción como el alta mar; en segundo lugar, porque establece la

Claribel de Castro Sánchez, «TEDH – Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. C. Italia, 27765/09», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 46 (2013): 1119-1135; «Violeta Moreno Lax, Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?», *Human Rights Law Review* 12, nº 3 (2012): 574-598.

⁶⁸³ Sergio Carrera, Sergio Carrera, Steven Blockmans, Jean-Pierre Cassarino, Daniel Gros y Elspeth Guild, *The European Border and Coast Guard. Addressing migration and asylum challenges in the Mediterranean?*, CEPS Task Force Report (CEPS, 2017), 32-36.

⁶⁸⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, en vigor desde el 16 de Noviembre de 1994 (CONVEMAR).

obligación de los Estados y de los capitanes de buques mercantes de prestar auxilio a las personas en peligro en el mar,⁶⁸⁵ obligación cuya relevancia es mayúscula en un momento en el que la cifra de las muertes registradas el Mediterráneo ha sido, por desgracia, la mayor de la historia. Desde el punto de vista del Derecho Internacional cabe preguntarse frente a esta fragmentación, cómo debe conciliarse la facultad de los Estados de controlar sus fronteras con su obligación de salvar vidas o de atender a las necesidades de protección de los refugiados interceptados en el mar.

b) Principales prácticas estatales de interceptación de refugiados en el mar

Uno de los principales precedentes en la práctica estatal que debe mencionarse es la campaña de interceptación de ciudadanos haitianos emprendida por Estados Unidos desde principios de la década de los años ochenta del siglo pasado. Goodwin-Gill incluso califica esta campaña como el «modelo» que ha inspirado las prácticas estatales que se han producido con posterioridad.⁶⁸⁶ Mediante una orden presidencial dictada por Ronald Reagan en 1981,⁶⁸⁷ se autorizó a los guardacostas estadounidenses a interceptar a los migrantes haitianos que trataban de acceder a sus costas, ya se encontraran dentro o fuera de las aguas territoriales de EEUU, y a devolverlos a su país de origen. Aunque inicialmente se garantizó el cumplimiento del principio de no devolución de aquéllos migrantes que tuvieran la condición de refugiados,⁶⁸⁸ el derrocamiento del Presidente Jean Bertrand Aristide en 1991 provocó un espectacular incremento del éxodo por mar, lo cual motivó un cambio de estrategia del Gobierno estadounidense respecto de la implementación de este principio. Así, tras un breve periodo de suspensión de las interceptaciones, el Gobierno ordenó su reanudación mediante nueva orden ejecutiva de mayo de 1992.⁶⁸⁹ Esta orden, que revocó la

⁶⁸⁵ CONVEMAR artículo 98, Convenio Internacional para la Seguridad de la vida en el mar (Convenio SOLAS) hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974, en vigor desde el 25 de mayo de 1980, capítulo V, norma 10; Convenio internacional sobre Búsqueda y Salvamento marítimos (Convenio SAR), hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979, en vigor desde el 22 de junio de 1985, Anexo, capítulo 2, norma 2.1.

⁶⁸⁶ Guy S. Goodwin-Gill, «The Rights to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement», *International Journal of Refugee Law* 23, nº 3 (2010): 443.

⁶⁸⁷ Esta orden fue dictada por el presidente Ronald Reagan el 29 de septiembre de 1981, Executive Order 12324 – Interdiction of Illegal Aliens. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=44317> 24 de enero de 2017.

⁶⁸⁸ De acuerdo con la sección 2.c.3) de la Orden, autorizaban a la guardia costera a devolver la embarcación y su tripulación al país de origen, bajo la condición de que ninguna persona refugiada fuera devuelta sin su consentimiento.

⁶⁸⁹ Executive Order 12807, Interdiction of Illegal Aliens, de 24 de mayo de 1992, dictada por el presidente George Bush. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=23627>

anteriormente mencionada, negaba expresamente la aplicación del principio de no devolución a las personas situadas fuera del territorio de Estados Unidos,⁶⁹⁰ cuya aplicación quedaba sujeta a la «irreversible discreción» del Fiscal General.⁶⁹¹ La legalidad de esta orden fue cuestionada ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Sale v. Haitian Center Council*.⁶⁹² En su sentencia, cuyo análisis se realizará en profundidad más adelante,⁶⁹³ el Tribunal defendió la legalidad de la orden y la inaplicabilidad del principio de *non refoulement* a extranjeros interceptados en alta mar.⁶⁹⁴

Junto con Estados Unidos, Australia ha sido uno de los Estados que ha emprendido más campañas de detención de migrantes en el mar. Así, en 2001 puso en marcha la llamada «Solución Pacífico» (*Pacific Solution*) con la finalidad de detener cualquier intento de llegada de refugiados a las costas australianas. La medida se adoptó tras el incidente del barco mercante noruego *MV Tampa*, al que Australia denegó la entrada en sus puertos después de haber rescatado a más de 400 refugiados que habían huido de Afganistán.⁶⁹⁵ En virtud de esta «Solución», todo solicitante de asilo que llegara por mar a sus costas sería trasladado a centros de procesamiento extraterritoriales situados en los Estados de Papua Guinea y Nauru, países a los que se atribuía la responsabilidad de procesar las solicitudes de asilo, bajo su propia normativa interna.⁶⁹⁶

⁶⁹⁰ «2) The international legal obligations of the United States under the United Nations Protocol Relating to the Status of Refugees (U.S. T.I.A.S. 6577; 19 U.S.T. 6223) to apply Article 33 of the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees do not extend to persons located outside the territory of the United States»; considerando número 2.

⁶⁹¹ Sección 2.c.3.: To return the vessel and its passengers to the country from which it came, or to another country, when there is reason to believe that an offense is being committed against the United States immigration laws, or appropriate laws of a foreign country with which we have an arrangement to assist; provided, however, that the Attorney General, in his unreviewable discretion, may decide that a person who is a refugee will not be returned without his consent.

⁶⁹² Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Sale v. Haitian Centers Council, INC.*, 21 de junio de 1993, 509 U.S. 155 (1993) (*Asunto Sale*).

⁶⁹³ Ver epígrafe 6.I.

⁶⁹⁴ Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Asunto Sale*, 187.

⁶⁹⁵ Los pormenores de este «incidente» se detallan en Peter D. Fox, «International Asylum and Boat People: The Tampa Affair and Australia's «Pacific Solution», *Maryland Journal of International Law* 25, (2010): 356 a 373 y Susan Kneebone, «Controlling Migration by Sea: The Australian Case», en Ryan y Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control*, 356-362.

⁶⁹⁶ Jared L. Lacertosa, «Unfriendly Shores: an Examination of Australia's «Pacific Solution» under International Law», *Brooklyn Journal of International Law* 40, nº 1, (2014):322 y 331. Australian Human Rights Commission, *Human Rights Issues raised by the Third Country Processing Regime* (Australian Human Rights Commission, 2013), 3. Este mecanismo no tiene naturaleza extraterritorial, dado que los refugiados han entrado en territorio australiano, pero es un importante precedente de la política migratoria de este país.

A pesar de las duras críticas recibidas,⁶⁹⁷ el compromiso del gobierno australiano con esta línea política de impedir cualquier llegada por mar se vio confirmado con el lanzamiento en septiembre de 2013 de la llamada «Operación Fronteras Soberanas» (*Operation Sovereign Borders*), operación de carácter militar dirigida a combatir el tráfico de personas y a proteger las fronteras australianas. El funcionamiento de esta campaña es muy sencillo: toda persona que intente llegar ilegalmente a las costas australianas es devuelto a su país de procedencia, sin excepción alguna.⁶⁹⁸ En la información facilitada por el Gobierno no se hace mención alguna a las necesidades de protección de los refugiados. Aquéllos que pretendan obtener protección en Australia deben solicitar una de las categorías de visado previstas para ello, cuyo número disponible, tal como advierte el propio Gobierno australiano, es muy inferior al número de solicitudes recibidas.⁶⁹⁹ Aunque los detalles concretos de la operación no se han hecho públicos por razones de seguridad, diversos medios de comunicación han revelado datos sobre la operativa seguida en la práctica por las autoridades australianas. Según estas informaciones, las autoridades australianas interceptan barcos indonesios, incluso cuando éstos se encuentran en aguas internacionales, trasladan a sus pasajeros a botes salvavidas provisionados con agua, comida y medicamentos y remolcan los botes hasta el inicio o el interior del área marítima territorial de Indonesia.⁷⁰⁰

En el ámbito de la Unión Europea, la cifra de personas que han intentado acceder por el Mar Mediterráneo en los últimos años ha crecido de manera significativa.⁷⁰¹ De acuerdo con los datos aportados por la Comisión Europea, más de

⁶⁹⁷ Peter D. Fox, «International Asylum and Boat People: The Tampa Affair and Australia's «Pacific Solution», *Maryland Journal of International Law* 25, (2010): 356 a 373; Tara Magner, «A Less than «Pacific» Solution for Asylum Seekers in Australia», *International Journal of Refugee Law* 16, nº 1 (2004): 82-83; Susan Kneebone, «The Pacific Plan: The Provision of 'Effective Protection'?, *International Journal of Refugee Law* 18, nº 3-4 (2006): 708-711.

⁶⁹⁸ Ver, Gobierno australiano, Departamento de Inmigración y Protección Fronteriza, <http://www.osb.border.gov.au/Outside-Australia>

⁶⁹⁹ Gobierno de Australia, Departamento de Inmigración y Control Fronterizo, <http://www.border.gov.au/Trav/Refu/Offs>.

⁷⁰⁰ ABC News, «Asylum seekers towed back in lifeboat: New video emerges as Defence Minister criticises ABC», 18 de marzo de 2014, <http://www.abc.net.au/news/2014-02-07/video-emerges-of-lifeboat-towback-operation/5245280>, George Roberts, ABC News, «Another orange lifeboat carrying asylum seekers arrives on Indonesia's Java coast: military source», 24 de febrero de 2014, <http://www.abc.net.au/news/2014-02-25/another-orange-lifeboat-carrying-asylum-seekers-arrives-in-indo/5281484>, BBC News, Australia asylum: Why is it controversial?, 3 de agosto de 2016, <http://www.bbc.com/news/world-asia-28189608>. Ver también Natalie Klein, «A Case for Harmonizing Laws», 788 y 793-794 y Peter Chambers, «The Embrace of Border Security: Maritime Jurisdiction, National Sovereignty, and the Geopolitics of Operation Sovereign Borders», *Geopolitics* 20, nº 2, (2015): 404-437.

⁷⁰¹ No obstante, el descenso de las entradas a través de la ruta del Mediterráneo Este ha disminuido en 2016 (de 885.386 personas a 182.277) según los datos proporcionados por Frontex en su Análisis Anual de Riesgos de 2017. Frontex, *Risk Analysis for 2017* (Frontex, 2017), 18.

181.000 refugiados y migrantes trataron de acceder a Europa por la ruta del Mediterráneo Central durante 2016, la cifra más alta hasta la fecha,⁷⁰² y, según su análisis, es poco previsible que los factores que origina los flujos migratorios por mar hacia Europa desaparezcan en un futuro cercano, por lo que se estima que las llegadas por esta ruta seguirán siendo constantes por el momento.⁷⁰³ En un contexto de percepción creciente de “vulnerabilidad e inseguridad marítima en la UE”, en palabras del profesor Sobrino Heredia,⁷⁰⁴ la interceptación de barcos en el mar se ha configurado como una de las medidas de control fronterizo a la que se ha venido prestando un apoyo creciente desde las instituciones europeas. Ello no sólo con la creación y reforzamiento de Frontex, sino más recientemente con el establecimiento de una «presencia permanente de la UE en el mar»⁷⁰⁵ a través de la creación en junio de 2015 de la Fuerza Naval de la Unión Europea – Mediterráneo (operación EUNAVFOR MED Sophia),⁷⁰⁶ que se encuentra actualmente en su segunda fase, y en cuyo mandato se encuentra expresamente la interceptación y desvío de buques en alta mar. En concreto, la Decisión del Consejo autoriza a la Fuerza Naval a «*visitar, registrar, apresar y desviar, en alta mar*, los buques sospechosos de ser empleados para el tráfico o la trata de migrantes».⁷⁰⁷

Algunos de los países de la UE que más han empleado este tipo de medidas de control fronterizo, de manera individual o bajo la coordinación de Frontex, han sido Grecia, Malta⁷⁰⁸ y, especialmente, Italia y España, a cuyas prácticas se referirán los apartados que siguen. Las actuaciones de estos dos países merecen ser objeto de estudio separado no sólo porque han ocupado gran parte de los estudios doctrinales y de los informes de las ONGs, sino también porque han dado lugar a algunos de los pronunciamientos judiciales más relevantes en materia de ejercicio de jurisdicción en el mar.

⁷⁰² Comisión Europea y Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, «Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo. Migración en la ruta del Mediterráneo Central. Gestionar los flujos, salvar las vidas en el mar», 25 de enero de 2017, JOIN(2017) 4 final.

⁷⁰³ JOIN(2017) 4 final, 2.

⁷⁰⁴ José Manuel Sobrino Heredia, «La protección marítima, nueva dimensión de la Política Marítima de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 27 (2007): 424.

⁷⁰⁵ JOIN(2017) 4 final, 2.

⁷⁰⁶ El establecimiento de la operación militar se ha realizado por la Decisión (PESC) 2015/778 del Consejo, de 18 de mayo de 2015, relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED), D.O. nº L 122/31, de 19 de mayo de 2015. (Decision (PESC) 2015/778).

⁷⁰⁷ Decision (PESC) 2015/778, artículo 2.2.b).i; JOIN(2017) 4 final, 5, cursiva añadida. Su mandato actual está previsto hasta julio de 2017.

⁷⁰⁸ Algunas prácticas en relación con estos países, pueden consultarse en Weinzierl and Lisson, *Border Management*, 19, 20 y 23; y Cogolati, Verlinden y Schmitt, *Migrants in the Mediterranean*, 31 a 34.

(1) Prácticas de interceptación en el mar desarrolladas por Italia

En Italia la prevención de la llegada de migrantes por mar se empezó a configurar como una prioridad política cuando, a raíz del colapso del régimen comunista en Albania, miles de nacionales de este país trataron de acceder por barco a las costas italianas a principios de la década de los años noventa.⁷⁰⁹ Entre las medidas promovidas por las autoridades italianas para detener las entradas ilegales en su país, merece ser destacado el acuerdo de 25 de marzo de 1997 con el gobierno albanés, en el que se autorizaba a los barcos militares italianos a detener, tanto en aguas territoriales albanesas como internacionales, cualquier barco que transportara ciudadanos albaneses que pretendieran acceder ilegalmente a las costas de Italia. Pocos días más tarde de la firma de este acuerdo, 58 albaneses perecieron ahogados en el mar en el hundimiento del barco albanés *Kater me Rades* a 35 millas náuticas de la costa italiana como consecuencia de la colisión con un buque de guerra italiano. Algunos de los sobrevivientes de este trágico incidente presentaron una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Xhavara contra Italia y Albania*), cuya sentencia será analizada en epígrafes posteriores de este estudio.⁷¹⁰ Aunque fue inadmitida por falta de agotamiento de los recursos internos e incompatibilidad con las disposiciones del Convenio, merecen ser destacadas las valoraciones jurídicas que realiza el Tribunal del ejercicio de jurisdicción sobre los fallecidos por las autoridades italianas, así como del acuerdo firmado con Albania.⁷¹¹

Más recientemente, la campaña de retrocesos forzados o *push-back* llevadas a cabo por las autoridades italianas respecto de embarcaciones procedentes de Libia, ha ocupado un lugar central en el debate doctrinal en relación con los controles fronterizos en el contexto marítimo. La cooperación bilateral entre Italia y Libia con el fin de luchar contra la inmigración clandestina se remonta a finales del año 2000, aunque es a partir de 2007 cuando se intensifica a través de la firma de una serie de acuerdos y protocolos que, por primera vez, concretan las medidas operativas a cumplir por las autoridades italianas y libias.⁷¹² A través de ellos, las partes acordaron

⁷⁰⁹ Alessia Di Pascale, «Migration Control at Sea: the Italian Case», en Ryan y Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control*, 283 y 292-296. Ver también Derek Lutterbeck, «Policing Migration in the Mediterranean», *Mediterranean Politics* 11 (2006): 61-64.

⁷¹⁰ Ver capítulo 6, apartado II.F.

⁷¹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Viron Xhavara et Quinze Autres contre l'Italie et l'Albanie*, 11 de enero de 2001, (*Xhavara contra Italia y Albania*).

⁷¹² Protocollo Tra la Repubblica Italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista, Firmato a Tripoli il 29 dicembre 2007, <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Protocollo-Italia-Libia-19972.pdf>; Protocollo aggiuntivo tecnico operativo al protocollo di collaborazione tra la Repubblica italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista, per fronteggiare il fenomeno della immigrazione clandestina, Firmato a Tripoli il 29 dicembre 2007, <http://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/protocollo.italia.libia.tripoli.dicembre.2007.pdf>; Trattato di amicizia,

el establecimiento de patrullas conjuntas compuestas por oficiales de ambos Estados habilitadas para operar tanto en aguas territoriales libias como en aguas internacionales. En estos acuerdos iniciales la responsabilidad por las actuaciones desarrolladas en su cumplimiento se atribuía a las autoridades libias, mientras que Italia asumía la obligación de facilitar diversas embarcaciones así como formación, asesoramiento y asistencia técnica para su utilización.⁷¹³

A pesar de que en ninguno de estos acuerdos se autorizaba a Italia a interceptar las embarcaciones en aguas que no estuvieran sujetas a su jurisdicción,⁷¹⁴ ACNUR y diversas ONGs denunciaron devoluciones forzosas de 834 personas a Libia interceptadas por Italia en nueve operaciones desarrolladas en 2009 en alta mar.⁷¹⁵ Entre ellas, merece especial atención una de ellas, que tuvo lugar el día 6 de mayo de 2009 y dio lugar a la condena de Italia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia en el caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*.⁷¹⁶ La demanda ante el Tribunal fue presentada por 11 somalíes y 13 eritreos que formaban parte de un grupo de, aproximadamente, 200 personas que partieron en barco de Libia rumbo a las costas italianas. El barco fue interceptado en alta mar por tres buques del Servicio de Vigilancia Aduanera de la policía italiana y sus pasajeros fueron trasladados a buques militares italianos y devueltos a Trípoli.⁷¹⁷ Esta sentencia, que se ha convertido en una de las máximas referencias hasta el momento en materia de jurisdicción extraterritorial, a la que se hizo referencia en el Capítulo 2, apartado V.E.3.b), será también analizada en el Capítulo 6, apartado II.F.

partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008, http://www.camera.it/dati/leg16/lavori/schedela/apritelecomando_wai.asp?codice=16pdl0017390;

⁷¹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, Demanda nº 27765/09, 23 de febrero de 2012, párr. 19 – 21 (*Hirsi Jamaa c. Italia*).

⁷¹⁴ Mariagiulia Giuffré, «State Responsibility Beyond Borders: What Legal Basis for Italy's Push-backs to Libya?», *International Journal of Refugee Law* 24, nº 4 (2012): 700-703. Ver también *Hirsi Jamaa c. Italia*, párr. 19.

⁷¹⁵ *Hirsi Jamaa c. Italia*, párr. 101.

⁷¹⁶ TEDH, Gran Sala, *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, Demanda nº 27765/09, sentencia de 19 de enero de 2012.

⁷¹⁷ *Hirsi Jamaa c. Italia*, párr. 10.

(2) Prácticas de interceptación en el mar desarrolladas por España

En España, la estrategia de interceptación seguida por la Guardia Civil, cuerpo competente en materia de control fronterizo marítimo de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad,⁷¹⁸ se fundamenta en tres pilares: (i) la cooperación e intercambio de información con los países de origen y tránsito, materializada a través de diferentes instrumentos:⁷¹⁹ las redes SEAHORSE⁷²⁰ y WEST-SAHEL,⁷²¹ el despliegue de oficiales de enlace en terceros países,⁷²² el establecimiento de patrullas marítimas conjuntas y la creación de Centros de Cooperación Policial en terceros Estados;⁷²³ (ii) la vigilancia aeronaval con patrullas en aguas internacionales y

⁷¹⁸ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, artículos 11.2.b) y 12.1.B.d). En 2008 se crearon los Centros de la Guardia Civil para la vigilancia marítima de costas y fronteras, mediante Orden PRE/2523/2008, de 4 de septiembre, del Ministerio de Presidencia, BOE nº 215, de 5 septiembre 2008.

⁷¹⁹ Guardia Civil, Arsenio Fernandez de Mesa imparte la conferencia «Reflexiones sobre la Guardia Civil» en el XXXVI Curso de Defensa Nacional, comunicado de prensa, 15 de noviembre de 2016, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/6000.html>.

⁷²⁰ Este proyecto fue promovido por España en el marco del programa de financiación AENEAS de la Comisión Europea. Inicialmente fue concebido para la realización de acciones de cooperación fronteriza (cursos de formación marítima y de inmigración, patrullas mixtas, oficiales de enlace) con terceros Estados como Marruecos, Mauritania, Senegal y Cabo Verde. Con posterioridad, sus objetivos se ampliaron al establecimiento de una red segura de comunicación por satélite para el intercambio de información relativa a la lucha contra la inmigración irregular entre los países participantes. En un primer momento, esta red de comunicación agrupaba a Estados de la zona del Océano Atlántico (Portugal, España, Marruecos, Mauritania, Senegal y Cabo Verde) y posteriormente se extendió a determinados países del Mediterráneo, incorporando a Estados como Francia, Italia, Malta, Grecia, Chipre y Libia. Ver Comisión Europea, https://ec.europa.eu/anti-trafficking/eu-projects/seahorse-network_en y Guardia Civil, «Nuevo marco de colaboración entre países del Mediterráneo para luchar contra la inmigración irregular», comunicado de prensa, 19 de septiembre de 2013, <http://www.guardiacivil.es/va/prensa/noticias/4582.html>. En el futuro próximo se prevé un fortalecimiento de este proyecto, para lo que se ha previsto la firma de un acuerdo entre la Comisión y la Guardia Civil para incrementar la financiación del proyecto en un millón de euros con el fin de formar a la guardia costera libia. Ver JOIN(2017) 4 final, 7.

⁷²¹ Este proyecto, cofinanciado por la Unión Europea y España, tiene como objetivo realizar actividades de formación y cesión de material y medios para el control de las fronteras terrestres Mauritania, Senegal, Níger y Malí, con la finalidad de reducir el número de migrantes que viajan hacia el Norte de África para dirigirse posteriormente a Europa. Ver Guardia Civil, «Nuevo proyecto de colaboración de la Guardia Civil con Mauritania para reducir la inmigración irregular», comunicado de prensa, 7 de marzo de 2014, <http://www.guardiacivil.es/va/prensa/noticias/4806.html>.

⁷²² Ver apartado A.2 siguiente.

⁷²³ A través del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos en materia de cooperación policial transfronteriza, hecho «*ad referendum*» en Madrid el 16 de noviembre de 2010, BOE nº 116, de 15 mayo 2012, se crean dos centros de cooperación policial, uno situado en España en la ciudad de Algeciras y el otro en Marruecos, en la ciudad de

en aguas sometidas a la jurisdicción de los países de origen y tránsito y (iii) el llamado sistema de «detección-reacción» basado en el Servicio Marítimo, el Servicio Aéreo y el Sistema Integral de Vigilancia Exterior (SIVE).⁷²⁴

Efectivamente, España inició a partir de 2006 una nueva estrategia de despliegue de sus efectivos en aguas territoriales de países como Mauritania y Senegal con motivo del incremento de la llegada de inmigrantes a las costas canarias que se conoció como «la crisis de los cayucos». Desde entonces, España ha participado en diez operaciones similares financiadas y coordinadas por FRONTEX,⁷²⁵ de las cuales ha liderado tres (*Hera*, *Índalo* y *Minerva*), que serán brevemente referidas a continuación.

De ellas, la única que se realiza en aguas no sujetas a la jurisdicción española es la operación *Hera*. Lanzada inicialmente en 2006 y desplegada cada año desde entonces durante los meses de verano (coincidiendo con el incremento de las salidas desde la costa oeste africana hacia Canarias), la operación *Hera* tiene como principal fin evitar la entrada irregular de inmigrantes por vía marítima desde la costa Oeste africana hacia Canarias, principalmente desde Senegal y Mauritania. La eficacia de esta operación para detener la inmigración irregular ha sido puesta de manifiesto en diversas ocasiones por el Gobierno español, hasta el punto de que, según los datos que aporta, frente a los más de 30.000 inmigrantes irregulares que llegaron a Canarias durante el año 2006, en el periodo de 2009 hasta 2015 no llegó ninguna embarcación a Canarias procedente de Senegal.⁷²⁶ No obstante, la legalidad de los medios empleados

Tánger, artículo 4. Asimismo, en el marco del proyecto «West Sahel II» se creó un Centro de Cooperación Policial Internacional con sede en Mauritania con la finalidad de coordinar el patrullaje conjunto entre la Guardia Civil y las Gendarmerías de Mauritania, Senegal y Mali en las fronteras de estos Estados. Ver Guardia Civil, «El Director General de la Guardia Civil y el Director General de la Gendarmería de Mauritania firman un Memorando de cooperación en materia de inmigración irregular», comunicado de prensa, 28 de marzo de 2014, <http://www.guardiacivil.es/va/prensa/noticias/4848.html>.

⁷²⁴ Se trata de un sistema operativo gestionado por la Guardia Civil que localiza a través de radares y transmite en tiempo real a un centro operativo la información sobre cualquier embarcación que se aproxime a las costas españolas. Ver, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/especiales/sive/index.html> y la Orden PRE/2523/2008, de 4 de septiembre, del Ministerio de Presidencia, por la que se crean los Centros de la Guardia Civil para la vigilancia marítima de costas y fronteras, BOE nº 215, de 5 septiembre 2008. Una exposición de las prácticas españolas se contiene en María-Teresa Gil-Bazo, «The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Revisited», *International Journal of Refugee Law* 18, nº 3-4 (2006): 575-578.

⁷²⁵ Un histórico de las operaciones puede encontrarse en Frontex, <http://frontex.europa.eu/operations/archive-of-operations/>. Ver también Guardia Civil, «Tenemos la obligación de luchar contra las mafias y dar una respuesta clara a quienes necesitan más que nadie ayuda humanitaria», comunicado de prensa, 23 de abril de 2015, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5321.html>.

⁷²⁶ Ministerio del Interior, «Jorge Fernández Díaz: «El compromiso de España y del Ministerio del Interior con Senegal es firme para luchar juntos contra el terrorismo, el narcotráfico y las redes que trafican con seres humanos», comunicado de prensa, 19 de enero de 2015,

por las autoridades españolas, a través del retroceso o desvío forzoso de las embarcaciones, ha sido cuestionada duramente por la doctrina, las ONGs y ACNUR por ignorar la normativa internacional de protección de los refugiados.⁷²⁷

Las otras dos operaciones (*Índalo* y *Minerva*) no tienen naturaleza extraterritorial para España dado que se desarrollan en aguas y puertos españoles, aunque sí para el resto de los países participantes en ellas, ya que se trata de operaciones conjuntas en las que, bajo el liderazgo de España, intervienen, en zonas sujetas a jurisdicción territorial española, un número muy considerable de países de la UE.⁷²⁸ La operación *Índalo* se inició en 2006 y se activa todos los años durante los meses de verano. Se desarrolla en aguas territoriales de Cádiz, Málaga, Granada, Almería y Murcia con el fin de controlar las fronteras marítimas y aéreas.⁷²⁹ La operación *Minerva* se puso en marcha por primera vez en 2007 y se despliega, también en los meses de verano, en los puertos de Algeciras, Almería, Tarifa y Ceuta. Tiene como objetivo combatir los flujos de migración irregular desde África, fundamentalmente desde Marruecos y Argelia, durante la fase de retorno de las operaciones anuales de paso del estrecho.⁷³⁰

Asimismo, la Guardia Civil española participa con el empleo de medios navales y aéreos en operaciones conjuntas auspiciadas por otros países europeos bajo la coordinación de Frontex, entre las que destacan las Operaciones *Poseidón*, desplegada

http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3172795. Ministerio del Interior, «España reforzará con *Senegal* la lucha antiterrorista y contra el crimen organizado tras los éxitos obtenidos contra la inmigración irregular», comunicado de prensa, 3 de febrero de 2014, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/1637084.

⁷²⁷ Ver, entre otros, Cogolati, Verlinden y Schmitt, *Migrants in the Mediterranean*, 32; Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 121; ACNUR, *Protección de los Refugiados y Migración Internacional: Revisión del papel de ACNUR en las Islas Canarias, España*, (ACNUR, 2009), pár 29 a 31; Weinzierl and Lisson, *Border Management*, 22-23; CEAR, *Externalización de Fronteras*, 14; Carrera, *The EU Border Management*, 21 y 25.

⁷²⁸ En la Operación *Índalo* 2016 participaron Bélgica, República Checa, Francia, Italia, Letonia, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania y Suecia. Guardia Civil, «El Director General de la Guardia Civil presenta las operaciones EPN-INDALO, EPN-HERA 2016», nota de prensa, 1 de agosto de 2016, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5887.html>. En la Operación *Minerva* de 2015, participaron Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Estonia, Eslovaquia, Francia, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia y Suiza, <http://frontex.europa.eu/operations/archive-of-operations/q1RyOO>.

⁷²⁹ Guardia Civil, «El Director General de la Guardia Civil presenta las operaciones EPN-INDALO y EPN-HERA 2016», nota de prensa, 1 de agosto de 2016, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5887.html>. Guardia Civil, «El Director General de la Guardia Civil presenta en Málaga los medios que participarán en la operación INDALO 2015», comunicado de prensa, 1 de junio de 2015, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5363.html>.

⁷³⁰ Frontex, <http://frontex.europa.eu/operations/archive-of-operations/q1RyOO>. Guardia Civil, «El Director General de la Guardia Civil presenta las operaciones EPN-INDALO y EPN-HERA 2016», nota de prensa, 1 de agosto de 2016, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5887.html>.

en el Mediterráneo Oriental bajo el liderazgo de Grecia y *Tritón*, desarrollada en el Mediterráneo central bajo la dirección de Italia, en la que la Guardia Civil rescató a 2.938 personas durante la primera mitad de 2016.⁷³¹

Con la finalidad de dar cobertura a las actuaciones españolas en aguas de terceros Estados, España ha concluido acuerdos bilaterales y Memorandos de Entendimiento (MoU) en materia de vigilancia fronteriza marítima con países como Mauritania,⁷³² Senegal,⁷³³ Gambia, Guinea Bissau, Guinea Conakry,⁷³⁴ Mali⁷³⁵ y Cabo Verde. Este último es el único cuyo contenido es público,⁷³⁶ razón por la cual es uno de los más analizados por la doctrina.⁷³⁷ A su estudio se dedicarán los párrafos siguientes. La información sobre el contenido de los acuerdos no publicados es escasa y se limita a los datos incluidos en las notas de prensa emitidas por el Ministerio del Interior y la Guardia Civil.

⁷³¹ Guardia Civil, «El Director General de la Guardia Civil recibe al Buque Río Segura tras participar en la Operación Tritón en aguas italianas», comunicado de prensa, 5 de julio de 2016, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5834.html>. Ver también Frontex, <http://frontex.europa.eu/operations/archive-of-operations/>.

⁷³² En funcionamiento desde mayo de 2006, en el marco del proyecto Atlantis de colaboración con las autoridades mauritanas, cofinanciado por la Comisión Europea. Ministerio del Interior, «El Director General de la Guardia Civil visita a las unidades desplegadas en Mauritania», comunicado de prensa, 21 de junio de 2006, <http://bit.ly/2k71jzo>. En 2014 se firmó un nuevo Memorando en el que se prevé la creación, por primera vez, de patrullas mixtas terrestres, además de las patrullas conjuntas de vigilancia marítima en las aguas territoriales y zona contigua de Mauritania, que quedan reforzadas en este Memorando, al amparo del proyecto «Cabo Blanco». Guardia Civil, «El director general de la Guardia Civil y el director general de la Gendarmería de Mauritania firman un Memorando de cooperación en materia de inmigración irregular», Comunicado de prensa, 28 de marzo de 2014, <http://bit.ly/2j83fb2>.

⁷³³ Ministerio del Interior, «Rubalcaba acuerda con las autoridades de Senegal realizar patrullas conjuntas para controlar la inmigración irregular que sale de sus costas», comunicado de prensa, 22 de agosto de 2006, <http://bit.ly/2k70PsS>. La finalidad del acuerdo es «impedir la salida de cayucos con inmigrantes ilegales hacia Canarias».

⁷³⁴ Ministerio del Interior, «Interior firma tres acuerdos con Gambia, Guinea Conakry y Guinea Bissau para la vigilancia y control de los espacios marítimos», comunicado de prensa, 28 de febrero de 2008, <http://bit.ly/2j844AA>. Según la nota de prensa, los acuerdos permiten la actuación de la Guardia Civil en la Zona Económica Exclusiva de los tres Estados para el control de los cayucos y pateras.

⁷³⁵ Guardia Civil, «Tenemos la obligación de luchar contra las mafias y dar una respuesta clara a quienes necesitan más que nadie ayuda humanitaria», comunicado de prensa, 23 de abril de 2015, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5321.html>

⁷³⁶ Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo soberanía y jurisdicción de Cabo Verde, hecho en Praia el 21 de febrero de 2008, BOE nº 136, de 5 de junio de 2009. (Acuerdo entre España y Cabo Verde sobre vigilancia conjunta marítima). Entró en vigor el 3 de abril de 2009. Ministerio del Interior, «España y Cabo Verde realizarán misiones conjuntas de vigilancia para luchar contra el narcotráfico y la inmigración ilegal», comunicado de prensa, 7 de marzo de 2007, <http://bit.ly/2k4f7dB>. Se trata de misiones conjuntas de vigilancia aérea de los espacios marítimos bajo la soberanía o la jurisdicción caboverdiana.

⁷³⁷ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 256-258.

La naturaleza extraterritorial del Acuerdo con Cabo Verde se hace evidente desde su propio título: «Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos *bajo soberanía y jurisdicción de Cabo Verde*». Su objeto es la vigilancia y patrullaje conjuntos sobre dichos espacios⁷³⁸ y tiene como precedente el MoU firmado en 2007 con el mismo fin, aunque el contenido de éste último no se hizo público.⁷³⁹ A través de este Acuerdo, España se obliga a atender con sus medios «en la medida de sus posibilidades» las solicitudes de apoyo de Cabo Verde para interceptar embarcaciones «sospechosas de realizar actividades de tráfico ilegal de personas».⁷⁴⁰ Se prevén tres formas de patrullaje conjunto: (i) patrullaje con embarcaciones o aeronaves de ambos países, (ii) patrullaje con embarcaciones y aeronaves de España, «con presencia *efectiva y obligatoria* a bordo de personal de la parte caboverdiana» y (iii) patrullaje con embarcaciones y aeronaves de Cabo Verde con presencia (aunque no efectiva ni obligatoria) de personal español.⁷⁴¹ Los detalles concretos relativos a estos procedimientos conjuntos no se especifican, sino que su determinación se deja al ulterior acuerdo entre las partes.⁷⁴²

Las modalidades ii y iii constituyen los denominados acuerdos «shiprider» o acuerdos sobre embarque (*shiprider agreement*), cuyo objeto es obtener de una manera rápida y efectiva la prestación del consentimiento por parte del Estado en cuyas aguas jurisdiccionales se produce la interceptación. Este tipo de acuerdos, muy habituales en la lucha contra el narcotráfico y el tráfico de personas en el contexto marítimo, permiten a los terceros Estados retener un cierto control sobre la interceptación de barcos que ostenten su bandera o que se realicen en las zonas marítimas sometidas a su jurisdicción, al tiempo que permiten a los Estados que realizan la interceptación conseguir de una manera inmediata el consentimiento de los primeros Estados.⁷⁴³ El problema fundamental que plantean es la identificación del Estado bajo cuya jurisdicción deben considerarse las personas interceptadas, ya que han sido utilizados como pretexto para atribuir los actos de interceptación a los terceros Estados con los que se formalizan los acuerdos.⁷⁴⁴ El estudio de este tipo de acuerdos se abordará en el apartado II.F.2 del Capítulo 6.

⁷³⁸ Acuerdo entre España y Cabo Verde sobre vigilancia conjunta marítima, art. 1, cursiva añadida.

⁷³⁹ Memorando de Entendimiento (MOU) entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Cabo Verde sobre la vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo jurisdicción o soberanía de Cabo Verde, hecho en Madrid el 7 de marzo de 2007. Ver también el Preámbulo del Acuerdo entre España y Cabo Verde sobre vigilancia conjunta marítima

⁷⁴⁰ Acuerdo entre España y Cabo Verde sobre vigilancia conjunta marítima, artículo 3.3.

⁷⁴¹ *Ibid*, artículo 3.1, cursiva añadida.

⁷⁴² *Ibid*, artículo 6.6.

⁷⁴³ Michael Byers, «Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative», *The American Journal of International Law* 98, nº 3 (2004): 539.

⁷⁴⁴ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 256-258.

Finalmente, es obligado referirse a la ruta de acceso a través del Estrecho de Gibraltar, que ha sido tradicionalmente una de los principales puntos de entrada a Europa a través del mar. La cooperación de España y Marruecos en materia de interceptación se ha producido tanto en las fronteras terrestres como marítimas a través de la creación de comisarías o «centros de cooperación policial» conjuntas en Tánger y Algeciras y el despliegue de oficiales de enlace en los aeropuertos, el establecimiento de patrullas mixtas de la Guardia Civil y la Gendarmería marroquí, la participación de Marruecos en el programa de vigilancia marítima *Seahorse Atlántico*⁷⁴⁵ o la formación de un equipo conjunto hispano-marroquí con la labor de analizar el fenómeno migratorio e intercambiar información en materia de inmigración irregular.⁷⁴⁶

Un caso especialmente dramático acaecido en esta ruta marítima que dio lugar a la condena de España ante el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, es el que trae causa en la Comunicación 368/2008,⁷⁴⁷ presentada por una ciudadana senegalesa cuyo hermano había fallecido en aguas territoriales marroquíes durante una intervención de control fronterizo de la Guardia Civil española. De conformidad con los hechos alegados por la autora de la Comunicación, durante la noche del 26 de septiembre de 2007 un grupo de cuatro migrantes africanos, entre los que se encontraba su hermano, intentaron acceder a nado a la costa de Ceuta desde Marruecos. Cuando aún se encontraban en aguas jurisdiccionales marroquíes, fueron interceptados por una embarcación de la Guardia Civil, subidos a ella y, sin ser preguntados ni haberse mantenido ninguna comunicación con ellos, fueron trasladados hasta las cercanías de la playa de Bastiones, también en aguas jurisdiccionales de Marruecos. Allí los oficiales de la Guardia Civil les arrojaron al mar. El Sr. Sonko se agarró previamente a la barandilla de la embarcación pero los guardias civiles emplearon la fuerza para soltarlo y echarlo al mar. Previamente, habían pinchado los flotadores de tres de los migrantes, incluido el del fallecido. Frente a los gritos de auxilio del Sr. Sonko, uno de los agentes se arrojó al agua para intentar

⁷⁴⁵ Estos centros se crearon en virtud del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos en materia de cooperación policial transfronteriza hecho «ad referendum» en Madrid el 16 de noviembre de 2010 (núm. 116 de 15 de mayo de 2012).

⁷⁴⁶ Ministerio del Interior, «El ministro del Interior traslada al embajador marroquí en España que Marruecos es «un socio estratégico, aliado y amigo»», comunicado de prensa, 18 de diciembre de 2014, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3014892; Ministerio del Interior, «España y Marruecos crearán dos centros de cooperación policial conjunta en Algeciras y Tánger», comunicado de prensa, 28 de febrero de 2012, <http://bit.ly/2hngMu3>; Ministerio del Interior, «Los ministros del Interior de España y Marruecos inauguran las comisarías conjuntas de Tánger y Algeciras», comunicado de prensa, 28 de mayo de 2012, <http://bit.ly/2heURTa>.

⁷⁴⁷ Comité contra la Tortura, Decisión aprobada por el Comité en su 47º período de sesiones, 31 de octubre a 25 de noviembre de 2011, CAT/C/47/D/368/2008. (*Sonko c. España*)

rescatarlo, pero fue demasiado tarde y, una vez en la orilla, el Sr. Sonko falleció.⁷⁴⁸ España alegó por su parte que los flotadores no fueron pinchados, que el auxilio y rescate se produjo en aguas marroquíes, que los inmigrantes no hablaban una lengua que fuera comprensible para los agentes de la Guardia Civil y que su actuación había respetado los protocolos de actuación en materia de inmigración por mar y las leyes españolas y los convenios internacionales suscritos por España.⁷⁴⁹ El Comité no consideró verosímil la versión de los hechos de España y condenó a ésta en su Decisión de 25 de noviembre de 2011, por violación de los artículos 12 y 16 de la Convención contra la Tortura. La fundamentación jurídica seguida por el Comité en materia de jurisdicción será expuesta en el apartado II.F del capítulo 6.

c) Las operaciones de interceptación en el mar coordinadas por Frontex

La «gestión integrada de fronteras», recogida como una finalidad en el artículo 77 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, implica el establecimiento de normas comunes sobre estándares y procedimientos uniformes a seguir por los Estados miembros en el control de sus fronteras externas. Se trata de uno de los objetivos primordiales que permiten garantizar la libertad de circulación dentro de la Unión Europea y el funcionamiento efectivo del espacio de libertad, seguridad y justicia. En el contexto de este concepto, se creó en 2004 la entonces denominada Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea (Frontex), con el fin principal de «coordinar la cooperación operativa entre los Estados Miembros en el área de la gestión de las fronteras externas»,⁷⁵⁰ mandato que, a partir de la entrada en vigor de la reforma de la Agencia llevada a cabo en 2016,⁷⁵¹ se ha ampliado considerablemente, como se expondrá más adelante.

⁷⁴⁸ *Sonko c. España*, párr. 2.1 y 2.2.

⁷⁴⁹ *Ibid*, párr. 4.3.

⁷⁵⁰ Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros la Unión Europea, OJ L349/1, modificado por el Reglamento (UE) 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, OJ L3014/1, Preámbulo 3 y artículo 1. (Reglamento Frontex 2004).

⁷⁵¹ Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo.

De acuerdo con los datos proporcionados por Frontex, en el marco de las operaciones conjuntas marítimas desarrolladas en 2015 se interceptaron 972.422 migrantes, lo que supone un sustancial incremento respecto de las cifras de 2014, año en el que se computaron 217.776 personas interceptadas.⁷⁵² Las dos principales operaciones conjuntas que se están desarrollando actualmente en mar bajo su coordinación son *Poseidón*, situada en el Mediterráneo oriental, con Grecia como Estado de acogida y *Tritón*, localizada en el Mediterráneo central, liderada por Italia.⁷⁵³ En el momento de redacción de este apartado, no está disponible el Informe General de Frontex de 2016, por lo que no se puede comprobar el dato sobre las personas interceptadas para 2016, aunque sí se ha hecho público el dato de las entradas ilegales en la UE a través de todas las rutas marítimas, que ha experimentado un notable descenso frente a 2015 (365.378 cruces ilegales en 2016, frente a 1.033.814 en 2015),⁷⁵⁴ como consecuencia, según Frontex, de la disminución de la presión migratoria en las fronteras externas con Turquía desde la entrada en vigor en marzo de 2016 de la Declaración conjunta UE-Turquía.⁷⁵⁵ Una crítica habitual a la información proporcionada por Frontex es que se limita a establecer los datos numéricos de las personas que han sido interceptadas, rescatadas o devueltas, pero, con la salvedad de su nacionalidad, se conoce muy poco sobre su perfil, sus necesidades de protección internacional y, en general, sobre el desenlace de las operaciones de interceptación.⁷⁵⁶

Las dificultades que ha planteado la intervención de Frontex en las operaciones de interceptación en el mar son múltiples. En primer lugar, la doctrina y las ONGs han cuestionado la protección de los derechos humanos de los migrantes y refugiados en dichas operaciones, e incluso se han denunciado violaciones de estos derechos en las prácticas de determinados Estados como Grecia, Italia, Chipre y España en el marco de las mismas.⁷⁵⁷ Asimismo, se ha identificado una correlación entre el despliegue de las

⁷⁵² Frontex, *Informe General 2015* (Frontex, 2016), 51. En el momento de redacción de este apartado no estaba disponible el Informe General de 2016.

⁷⁵³ *Ibid*, 17. Esta operación ha sido ampliada hacia el Sur a partir de julio de 2015, ver JOIN(2017)4 final, 6.

⁷⁵⁴ Frontex, *Risk Analysis for 2017* (Frontex, 2017), 47.

⁷⁵⁵ *Ibid*, 8. Ver, respecto de la Declaración, el apartado B.3 siguiente.

⁷⁵⁶ Anneliese Baldaccini, 'Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operations by Sea' in Berdard Ryan and Valsamis Mitsilegas (eds), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges* (Martinus Nijhoff Publishers 2010), 243. Violeta Moreno Lax, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea» (2011) 23(2) *International Journal of Refugee Law* 174, 182. «Goodwin Gill, «The Right to Seek Asylum», 450.

⁷⁵⁷ Baldaccini, «Extraterritorial Border Controls», 243–244; Cogolati, Verlinden y Schmitt, «Migrants in the Mediterranean», 31; ECRE, *Memorandum on the Occasion of the Spanish Presidency (January 2010-June 2010)* (ECRE, 2010), 10. Human Rights Watch, *The EU's Dirty Hands: Frontex Involvement in Ill-Treatment of Migrant Detainees in Greece* (Human Rights Watch, 2011); Moreno Lax, «Seeking Asylum», 184; Roberta Mungianu, *Frontex and Non-Refoulement. The International Responsibility of the EU*, (Cambridge, 2016), 3; Maria Nagore Casas, «The instruments of pre-border control in the EU: A new source of vulnerability for asylum seekers?», en Mikkaela Heikla et al, *The Protection of*

operaciones de Frontex en el mar y el desvío de las rutas migratorias hacia otras vías más largas y peligrosas. Un ejemplo reciente ha sido documentado por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) en la ruta norte desde Turquía hacia la costa de Lesbos. Tras una intensificación de los controles en esta ruta, de aproximadamente 9 km, se observó una modificación en la trayectoria de las embarcaciones hacia una vía más larga y peligrosa, de unos 21 km.⁷⁵⁸ Incluso Williams y Mountz en un reciente estudio han concluido que existe una verdadera relación causal entre el incremento de las actuaciones de vigilancia y control fronterizo en el mar y la intensificación de la precariedad y asunción de riesgos de los migrantes que pretenden acceder a los Estados de destino por mar.⁷⁵⁹

Además de estas dificultades, cabe mencionar el problema fundamental que plantea la participación de Frontex en cuanto a la identificación del actor bajo cuya jurisdicción se encuentran los refugiados interceptados. Efectivamente, una de las cuestiones que más complicaciones ha planteado es la determinación las funciones reales que desempeña Frontex en las operaciones desarrolladas bajo su coordinación. Incluso cabría preguntarse con carácter previo si la Agencia está facultada para actuar más allá de las fronteras marítimas de los Estados miembros en espacios, como el alta mar, no sujetos a su jurisdicción territorial.⁷⁶⁰ Aunque el examen de la extensión geográfica del mandato de Frontex y de las implicaciones que su intervención tiene a efectos de determinar la jurisdicción sobre las personas interceptadas se realizará en el apartado II.F.4 del capítulo 6, es conveniente presentar aquí algunas de las novedades que ha introducido el nuevo Reglamento de Frontex, vigente desde octubre de 2016,⁷⁶¹ respecto del mandato y la distribución de responsabilidades entre Frontex y los Estados miembros. A ello se dedicarán los párrafos siguientes.

En lo que respecta al mandato de Frontex, ha de destacarse que ha experimentado una notable ampliación bajo la regulación de 2016. El nuevo

Vulnerable Individuals in the Context of EU Policies on Border Checks, Asylum and Immigration, (FRAME Report D11.3, 2016), 47-76, <http://www.fp7-frame.eu/reports/>.

⁷⁵⁸ CEAR, *Lesbos, 'zona cero' del derecho de asilo* (CEAR 2016), 9. Respecto del desvío de las rutas migratorias hacia otras más peligrosas, ver también Weinzierl y Lisson, *Border management*, 18.

⁷⁵⁹ Keegan Williams y Alison Mountz, «Rising tide. Analyzing the relationship between externalización and migrant deaths and boat losses», en Ruben Zaiotti (ed.), *Externalizing Migration Management. Europe, North America and the spread of «remote control» practices* (Routledge, 2016), 31-49.

⁷⁶⁰ Al aspecto de una eventual «extraterritorialización del Derecho Comunitario» se refiere Pablo Antonio Fernández Sánchez, «El marco jurídico de las relaciones exteriores de la Unión Europea en materia de inmigración», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 27 (2007): 504.

⁷⁶¹ Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) nº 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo.

Reglamento crea la «Guardia Europea de Fronteras y Costas», compuesta por la nueva Agencia y por «las autoridades nacionales de los Estados miembros responsables de la gestión de las fronteras, incluidos los guardias de costas en la medida en que lleven a cabo tareas de control fronterizo».⁷⁶² La nueva Agencia, denominada a partir de ahora «Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas»,⁷⁶³ mantiene la misma personalidad jurídica que la anterior, con la plena continuidad de sus actividades y procedimientos,⁷⁶⁴ pero con un sensible incremento de sus funciones,⁷⁶⁵ bajo un concepto ciertamente amplio de la «gestión europea integrada de las fronteras», noción que por primera vez se define en un Reglamento de la UE. En efecto, el principal mandato de la Guardia Europea de Fronteras y Costas es «garantizar una gestión europea integrada de las fronteras exteriores», noción que comprende no sólo el control fronterizo, sino también las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar,⁷⁶⁶ la cooperación entre los Estados miembros y entre las autoridades nacionales responsables del control fronterizo y con terceros países, el análisis de los riesgos y las amenazas para las fronteras exteriores, el retorno de nacionales de terceros países o los mecanismos de solidaridad dentro de la UE.⁷⁶⁷ En consonancia con este concepto amplio de gestión integrada de las fronteras exteriores, el nuevo Reglamento enumera veintiún funciones de la Agencia, un número nada desdeñable que contrasta con las seis tareas que le encomendaba el Reglamento inicial de 2004.

Precisamente, el Reglamento de 2004, modificado en 2011, no incorporó en el mandato de Frontex el control y vigilancia de las fronteras exteriores de la Unión, sino la mera coordinación y asistencia técnica a los Estados miembros en sus actuaciones en este campo.⁷⁶⁸ Desde Frontex se insistía en que su papel era el de mero «coordinador» o «facilitador», con actividades suplementarias a las desarrolladas por los Estados miembros,⁷⁶⁹ a pesar de que desde diversas instancias se advertía de su creciente influencia en la ejecución de las políticas migratorias de la Unión⁷⁷⁰ y de la falta de claridad en la determinación del alcance exacto de su papel coordinador y de

⁷⁶² Reglamento Frontex 2016, art. 3.

⁷⁶³ *Ibid*, art. 6.1, aunque se mantiene el acrónimo Frontex.

⁷⁶⁴ *Ibid*, preámbulo 11.

⁷⁶⁵ *Ibid*, art. 8.

⁷⁶⁶ Aunque de manera subsidiaria, porque se limitan a aquéllas que «tengan lugar en situaciones que puedan presentarse durante las operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas», artículo 4 b).

⁷⁶⁷ Reglamento Frontex 2016, artículo 4.

⁷⁶⁸ Reglamento Frontex 2004, artículo 1.2.

⁷⁶⁹ Frontex, Illka Laitinen (ex- Director Ejecutivo), «Frontex, facts and myths», 11 de junio de 2007, <http://frontex.europa.eu/news/frontex-facts-and-myths-BYxkX5>.

⁷⁷⁰ Human Rights Watch, *The EU's Dirty Hands*, 11.

su modo de operar en la práctica.⁷⁷¹ Sin perjuicio de que este papel de coordinador o facilitador se mantiene en muchas áreas de su mandato, el nuevo Reglamento le ha otorgado funciones expresas de supervisión de los flujos migratorios y de la gestión de las fronteras exteriores de los Estados miembros.⁷⁷² De forma paralela a esta mayor asignación de poderes ejecutivos, el Reglamento le ha dotado de mayores recursos, con un cuerpo permanente de, al menos, 1.500 guardias de fronteras y otro personal competente, que deberán ser puestos a su disposición por los Estados miembros,⁷⁷³ la posibilidad de desplegar expertos de su propio personal en terceros países en calidad de funcionarios de enlace⁷⁷⁴ y un incremento notable de su presupuesto.⁷⁷⁵

Ante esta ampliación de las funciones de la nueva Agencia, cabe preguntarse si se ha visto correspondida en la nueva regulación con una mayor atribución de responsabilidades por su desempeño. La cuestión de la responsabilidad de Frontex en las operaciones coordinadas en el mar es, sin duda, uno de los aspectos de la Agencia sobre los que más han reflexionado la doctrina y las ONGs.⁷⁷⁶ De conformidad con el Reglamento de 2004, la responsabilidad por el control y vigilancia de las fronteras exteriores recaía *exclusivamente* en los Estados miembros, mientras que el papel de Frontex se limitaba a «facilitar» y «hacer más eficaz» la aplicación de normativa comunitaria en materia de gestión de las fronteras exteriores.⁷⁷⁷ El nuevo Reglamento, por su parte, proclama en su artículo 5 que la gestión europea integrada de las fronteras será una «responsabilidad compartida» de la Agencia y de las autoridades nacionales encargadas de la gestión de las fronteras. Así, en un primer momento cabría deducir que se ha abandonado el sistema de responsabilidad exclusiva de los Estados por el control fronterizo que proclamaba el Reglamento de 2004. Sin embargo, a pesar de las expectativas que en materia de responsabilidad había generado el nuevo Reglamento,⁷⁷⁸ es difícil argumentar que dicho sistema haya quedado desplazado o que la cuestión del reparto de responsabilidades entre la UE y los Estados miembros haya sido aclarada definitivamente. Efectivamente, tras introducir la noción de responsabilidad compartida, el artículo 5 continúa con la siguiente provisión: «los Estados miembros serán los *principales responsables* de la gestión de su sección de las

⁷⁷¹ Baldaccini, «Extraterritorial Border Controls», 229–230; Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 179–181.

⁷⁷² Reglamento Frontex 2016, art. 8.1 apartados a) y c)

⁷⁷³ *Ibid*, art. 20.5.

⁷⁷⁴ *Ibid*, art. 55.

⁷⁷⁵ La evolución en el presupuesto de Frontex ha sido muy significativa: de 6,2 millones de euros en 2004 a más de 250 millones de euros en 2016, ver <http://frontex.europa.eu/about-frontex/governance-documents/>, acceso 20 de febrero de 2017.

⁷⁷⁶ Jorrit Rijpma, *The Proposal for a European Border and Coast Guard: evolution o revolution in external border management? Study for the LIBE Committee*, (Parlamento Europeo, 2016), 29; Mungianu, *Frontex and Non-refoulement*, 48-88.

⁷⁷⁷ Reglamento Frontex 2004, art. 1.2.

⁷⁷⁸ Philippe De Bruycker, «The European Border and Coast Guard: A new Model Built on an Old Logic», *European Papers* 1, nº 2 (2016): 568.

fronteras exteriores». ⁷⁷⁹ Parece que los Estados ya no son los únicos, aunque sí los máximos responsables de dicha gestión. ¿Cómo debe interpretarse entonces la noción de *responsabilidad compartida* entre la agencia y los Estados miembros?

A esta pregunta tratan de responder los dos últimos párrafos del artículo 5, según los cuales, los Estados miembros «garantizarán la gestión de sus fronteras exteriores, tanto en su propio interés como en el común de todos los Estados miembros», ⁷⁸⁰ mientras que la Agencia «apoyará la aplicación de las medidas de la Unión relacionadas con la gestión de las fronteras exteriores, mediante el refuerzo, la evaluación y coordinación de las acciones de los Estados miembros para la ejecución de dichas medidas». ⁷⁸¹ Cabe deducir, entonces, que esta fórmula perpetúa la antigua distribución de responsabilidades entre la agencia y los Estados: éstos siguen teniendo el papel de responsables principales, mientras que el papel de la agencia se limita a «apoyar, reforzar y coordinar» sus actuaciones. Por esta razón, la crítica fundamental a la nueva Guardia es que «no es más que un nombre». ⁷⁸² La nueva Regulación no ha creado realmente una Guardia Europea de Fronteras y Costas, sino que se trata, en palabras de De Bruycker, de una «ficción legal» consistente en la suma de la Agencia y de las autoridades nacionales. ⁷⁸³ A pesar del refuerzo de su mandato, Frontex no gestiona realmente las fronteras europeas sino que los controles fronterizos siguen siendo implementados por los Estados. La Agencia seguirá dependiendo de las contribuciones de los Estados y de su voluntad política para cooperar; no tendrá su propio personal, ni poderes de dirección sobre las autoridades nacionales de los Estados miembros. ⁷⁸⁴

Finalmente, debe hacerse mención al Reglamento 656/2014, ⁷⁸⁵ que constituye un código de conducta para Frontex y los Estados miembros en relación con las operaciones coordinadas en el mar. Este Reglamento, cuya vigencia se ha mantenido tras la aprobación del nuevo Reglamento de Frontex, es de aplicación tanto en operaciones de interceptación, ya sean en el mar territorial, en el alta mar o en la zona contigua, como en las situaciones de búsqueda y salvamento que puedan presentarse en el curso de las operaciones coordinadas por Frontex. El Reglamento sustituye a la

⁷⁷⁹ Reglamento Frontex 2016, art. 5.1 y Preámbulo apartado 6.

⁷⁸⁰ *Ibid*, art. 5.2.

⁷⁸¹ *Ibid*, art. 5.3.

⁷⁸² Sergio Carrera y Leonhard den Hertog, «A European Border and Coast Guard: What's in a name?», *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe* 88, (2016): 1-19.

⁷⁸³ De Bruycker, «The European Border and Coast Guard», 563-564.

⁷⁸⁴ Sergio Carrera y otros, «The European Border and Coast Guard», 48.

⁷⁸⁵ Reglamento (UE) nº 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de las Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, OJ L 189/93. (Reglamento 656/2014).

Decisión 2010/252/EU del Consejo,⁷⁸⁶ que fue declarada nula por el Tribunal de Justicia de la UE en 2012, al considerar que el Consejo se había excedido de las competencias de ejecución en materia de vigilancia fronteriza que le otorgaba el Código de Fronteras Schengen al introducir nuevos elementos esenciales en dicha regulación.⁷⁸⁷ Como será expuesto en el apartado D.4 del capítulo 6, la Decisión del Consejo codificó por primera vez la prohibición de refoulement en un contexto extraterritorial, aunque suscitó numerosas críticas por no incluir las garantías procedimentales establecidas en el Código de Fronteras Schengen, en especial, la necesidad de fundamentar las decisiones denegatorias de la entrada y la posibilidad de recurrir contra dichas decisiones.⁷⁸⁸ El Reglamento 656/2014 responde en parte a dichas críticas, con una regulación detallada en su artículo 4 de la protección de los derechos fundamentales y el principio de no devolución, aunque sigue sin hacer referencia expresa a las garantías procesales.

d) Las operaciones de rescate y salvamento en el mar

De conformidad con los datos proporcionados por ACNUR, 2016 fue el año más «mortífero» para los refugiados y migrantes que han tratado de cruzar el mar Mediterráneo camino de Europa.⁷⁸⁹ El 22 de diciembre de 2016 la guardia costera italiana informó del hundimiento de dos botes en el que, según sus estimaciones, perecieron aproximadamente 100 personas, lo que elevó la cifra de fallecidos en el Mediterráneo durante dicho año a más de 5.000 personas, el mayor número registrado hasta el momento.⁷⁹⁰ En los dos primeros meses de 2017, esta cifra

⁷⁸⁶ Council Decision 2010/252/EU of 26 April 2010 supplementing the Schengen Borders Code as regards the surveillance of the sea external borders in the context of operational cooperation coordinated by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, [2010] OJ L111/20.

⁷⁸⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-355/10 *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, 5 de septiembre de 2012, párr. 47-67.

⁷⁸⁸ Maarten den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (Hart Publishing 2012), 200–203. Sobre la aprobación del Reglamento 656/2014, ver también el artículo de este mismo autor Maarten den Heijer, «Frontex and EU approaches to boat migration», en Ruben Zaioti (ed.), *Externalizing Migration Management. Europe, North America and the spread of «remote control» practices*, (Routledge, 2016), 53-71.

⁷⁸⁹ ACNUR, «Mediterranean death toll soars, 2016 is deadliest year yet», nota de prensa de 25 de octubre de 2016, <http://www.unhcr.org/news/latest/2016/10/580f3e684/mediterranean-death-toll-soars-2016-deadliest-year.html>.

⁷⁹⁰ ACNUR, «Mediterranean Sea: 100 people reported dead yesterday, bringing year total to 5,000», nota de prensa de 23 de diciembre de 2016, <http://www.unhcr.org/news/briefing/2016/12/585ce804105/mediterranean-sea-100-people-reported-dead-yesterday-bringing-year-total.html>. Ver también, Organización Internacional para las Migraciones, «Recorded deaths in the Mediterranean Sea by month, 2014-2017», disponible en <https://missingmigrants.iom.int/mediterranean>, acceso el 28 de febrero de 2017.

ascendía ya, según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), a 485 personas.⁷⁹¹ Teniendo en cuenta la fragilidad de las embarcaciones en las que los refugiados y migrantes emprenden el viaje y la habitual situación de hacinamiento en ellas, es muy frecuente que en un número muy elevado de los trayectos se produzcan situaciones de peligro para su vida y salud, fenómeno que se ha visto exacerbado por la actuación de los traficantes de migrantes a los que éstos se ven forzados a recurrir en la mayor parte de los casos.⁷⁹²

A pesar de que la obligación de rescate en el mar de los Estados y de los capitanes de buques mercantes está firmemente establecida en Derecho Internacional,⁷⁹³ existen numerosos vacíos legales y dificultades en su implementación que en ocasiones han impedido una solución rápida y eficaz de estas situaciones.⁷⁹⁴ La existencia de controversias sobre la identificación del Estado concreto a quien corresponde asumir la obligación de rescate, la contraposición entre dicha obligación y los objetivos de la lucha contra la inmigración irregular o la reticencia de algunos Estados a hacerse cargo de las personas rescatadas son algunos de los factores que han provocado situaciones de inacción en la práctica que han complicado el normal desenvolvimiento de las operaciones de rescate.⁷⁹⁵ La cuestión que subyace realmente en estos casos es cómo conciliar, en el contexto actual de flujos migratorios mixtos, la obligación de los Estados de prestar auxilio en el mar con su derecho soberano a controlar sus fronteras marítimas y la entrada de extranjeros en su territorio.⁷⁹⁶

Como ha sido mencionado anteriormente, una de las dificultades en el estudio de las operaciones de interceptación de refugiados en el mar es la multitud de órdenes legales aplicables y la fragmentación del Derecho Internacional en este contexto y, lo que lleva a la necesidad de estudiar la interacción entre los diversos conjuntos jurídicos aplicables. En el caso concreto de las operaciones de rescate en el mar, la cuestión fundamental consiste en determinar si la obligación de los Estados de prestar

⁷⁹¹ Esta cifra puede consultarse en Organización Internacional para las Migraciones, <http://missingmigrants.iom.int>, fecha de último acceso: 28 de febrero de 2017.

⁷⁹² El fenómeno del tráfico ilícito de personas por mar es analizado en Montserrat Abad Castelos, «El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las Organizaciones Internacionales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 14 (2010): 137-162.

⁷⁹³ CONVEMAR artículo 98, Convenio Internacional para la Seguridad de la vida en el mar (Convenio SOLAS) hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974, en vigor desde el 25 de mayo de 1980, capítulo V, norma 10; Convenio internacional sobre Búsqueda y Salvamento marítimos (Convenio SAR), hecho en Hamburgo el 27 de abril de 1979, en vigor desde el 22 de junio de 1985, Anexo, capítulo 2, norma 2.1.

⁷⁹⁴ Respecto de los problemas del contenido de la obligación de salvamento en el Derecho Internacional ver Jorge Antonio Quindimil López, «La Unión Europea, Frontex y la Seguridad en las Fronteras Marítimas. ¿Hacia un Modelo Europeo de Seguridad Humanizada en el Mar?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 41 (2012): 82-87.

⁷⁹⁵ ACNUR, *Refugees and Asylum-Seekers in Distress at Sea – how best to respond? Expert Meeting in Djibouti, 8 to 10 November 2011, Summary Conclusions*, (ACNUR, 2011), para 9.

⁷⁹⁶ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial*, 230.

auxilio a las personas en peligro en el mar establecida por el Derecho del Mar desplaza al principio de *non refoulement* establecido por el Derecho de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, una de las preocupaciones identificadas en la práctica de los Estados por la doctrina en este tipo de operaciones es que en ciertas ocasiones han pretendido justificar la inaplicabilidad de las normas de protección de los refugiados bajo el pretexto de que en las operaciones de rescate sus obligaciones se limitan a salvar vidas y trasladar a los rescatados a un lugar seguro.⁷⁹⁷ Un ejemplo que ilustra esta posición lo constituyen las alegaciones de España en el procedimiento de queja presentado ante el Comité contra la Tortura en el caso *Sonko*, en el que la defensa española defendió que «la obligación de los buques que realicen un salvamento de personas siniestradas o en peligro en la mar consiste en prestarles auxilio, conducirles a un «lugar seguro» y proporcionarles un trato humanitario»,⁷⁹⁸ pero en ningún momento consideró la obligación de la Guardia Civil de darles acceso al territorio español y a los procedimientos de asilo o inmigración.

Asimismo, cabría preguntarse si dicha obligación de desembarco en un «lugar seguro», establecida por los Convenios SOLAS y SAR,⁷⁹⁹ debe interpretarse a la luz del principio de *non refoulement* y, por tanto, requeriría la verificación por los Estados de que las personas rescatadas no están siendo desembarcadas en un lugar en el que su vida o libertad corra peligro.⁸⁰⁰ Otra dificultad adicional es que la mencionada obligación de rescate no se completa con una obligación correlativa de los Estados de admitir el desembarco de los refugiados en sus puertos. Así, son múltiples los casos en los que los refugiados han permanecido varios días bloqueados en el mar a la espera de un Estado que autorizase el desembarco en sus puertos, entre ellos, los casos del buque alemán *Cap Anamur* y de los buques españoles *Francisco y Catalina* y *Marine I*.⁸⁰¹

Finalmente, debe hacerse una mención a la operación *Mare Nostrum* emprendida y financiada exclusivamente por el Gobierno Italiano, por ser una de las pocas operaciones de esta naturaleza cuyo mandato principal ha sido el salvamento marítimo. Esta operación fue puesta en marcha en 2013 para hacer frente a la situación de emergencia humanitaria en el Estrecho de Sicilia, tras un incidente en el que murieron más de 300 personas en un área cercana a las costas de Lampedusa. Fue cancelada un año más tarde, coincidiendo con la puesta en marcha de la operación

⁷⁹⁷ Baldaccini, «Extraterritorial Border Controls», 243; Santos Vara y Sánchez Tabernero, «In Deep Water», 66.

⁷⁹⁸ *Asunto Sonko*, párr. 4.3.

⁷⁹⁹ Convenio SOLAS, norma 33.1-1, tras su modificación por la Resolución 153(78) de 20 de mayo de 2004 de la Organización Marítima Internacional y Convenio SAR, Anexo, norma 3.1.9, tras su modificación por la Resolución 155(78) de 20 de mayo de 2004 de la Organización Marítima Internacional.

⁸⁰⁰ Weinzierl y Lisson, *Border Management*, 38.

⁸⁰¹ Ver el apartado II del Capítulo 5.

Tritón coordinada por Frontex,⁸⁰² decisión que fue muy criticada desde diversas instancias.⁸⁰³ Las críticas se centraron fundamentalmente en que el objeto de la nueva operación conjunta de Frontex no sería el rescate, sino el control fronterizo, a lo que se unía que su presupuesto inicial constituía escasamente un tercio de lo que Italia había invertido en la operación *Mare Nostrum*.⁸⁰⁴

A propósito de la primera de las críticas, debe recordarse que en el mandato legal de Frontex no se ha incorporado nunca directamente el salvamento marítimo.⁸⁰⁵ La mención más explícita en dicho sentido se ha incluido en el nuevo Reglamento de Frontex de 2016 en el que, entre sus funciones, se incluye la de «prestar ayuda técnica y operativa a los Estados miembros y a terceros países, de conformidad con el Reglamento (UE) 656/2014 y el Derecho Internacional, para *apoyar* las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar». Ahora bien, esta función de «apoyo» tiene naturaleza accesoria ya que el Reglamento solo se refiere a las operaciones de búsqueda y salvamento que, de manera accesoria, «puedan presentarse durante las operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas».⁸⁰⁶ No obstante, a pesar de que el hecho de que la operación esté coordinada por Frontex no modifica la determinación de los sujetos obligados a prestar auxilio en el mar, que continúan siendo los Estados miembros, cabría preguntarse si puede apreciarse la responsabilidad de Frontex o de la UE por las actuaciones extraterritoriales de los Estados realizadas bajo su coordinación en las que se produzca el fallecimiento de refugiados en el mar o por la correlación entre el incremento de controles fronterizos y el aumento de los fallecimientos en el mar, cuya causalidad han defendido autores como Williams y Mountz.⁸⁰⁷

⁸⁰² Ministro della Difesa, Marina Militare, «Mare Nostrum Operation», <http://www.marina.difesa.it/EN/operations/Pagine/MareNostrum.aspx>.

⁸⁰³ Reuters, «Italy to end sea rescue mission that saved 100,000 migrants», 31 de octubre de 2014, <http://www.reuters.com/article/us-italy-migrants-eu-idUSKBN0IK22220141031>; Amnistía Internacional, «Italy: ending Mare Nostrum search and rescue operation would 'put lives at risk'», nota de prensa, 17 de octubre de 2014, <https://www.amnesty.org/en/press-releases/2014/10/italy-ending-mare-nostrum-search-and-rescue-operation-would-put-lives-risk/>; Adam Taylor, The Guardian, «Italy ran an operation that saved thousands of migrants from drowning in the Mediterranean. Why did it stop?», The Washington Post, 20 de abril de 2015, https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/04/20/italy-ran-an-operation-that-save-thousands-of-migrants-from-drowning-in-the-mediterranean-why-did-it-stop/?utm_term=.e2bbbe738a9b

⁸⁰⁴ Frontex, «Operación Triton. Winter Developments», nota de prensa, 21 de diciembre de 2014, <http://frontex.europa.eu/feature-stories/operation-triton-winter-developments-qXDamY>.

⁸⁰⁵ A pesar de ello, Frontex incluye en sus Informes Generales el número de personas rescatadas en el mar. En 2015, los activos que intervinieron en las actividades coordinadas por la Agencia, rescataron a 254.693 migrantes. Frontex, *Informe General 2015*, 51.

⁸⁰⁶ Reglamento Frontex 2016, artículo 8.1.f) y 4.b).

⁸⁰⁷ Keegan Williams y Alison Mountz, «Rising tide», 31.

2. Los Funcionarios de Enlace de Inmigración

a) Introducción y planteamiento del problema

Una segunda medida de interceptación *directa* muy extendida entre los Estados consiste en el envío de sus propios oficiales, funcionarios o agentes de inmigración a terceros Estados, con la misión de verificar que las personas que pretendan viajar a sus territorios estén debidamente documentadas y cumplan los requisitos de acceso establecidos en las legislaciones nacionales. Los destinos más habituales de estos funcionarios suelen coincidir con aquéllos países de origen o tránsito respecto de los cuales los Estados tienen un interés especial en controlar los movimientos migratorios hacia sus fronteras, por tratarse de los lugares de los que proceden la mayor parte de los refugiados o inmigrantes que acceden a sus territorios.⁸⁰⁸

Estos agentes reciben distintas denominaciones en los diversos instrumentos jurídicos que regulan su estatuto, entre ellas, «funcionarios de enlace de transporte aéreo», «consejeros documentales», o «funcionarios de enlace policiales».⁸⁰⁹ En Gran Bretaña se conocen como «Gestores de Enlace de Inmigración» (*Immigration Liaison Managers*), en Canadá como «Funcionarios de Control de la Inmigración» (*Immigration Control Officers*) y en el Convenio de Prüm relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, al que se hará referencia más adelante, se acuña el nombre de «Asesores en materia de documentos» (*Document Advisors*). La denominación más habitual es la utilizada en el Derecho de la Unión Europea, que se refiere a ellos como «Funcionarios de Enlace de Inmigración» («*Immigration Liaison Officers*» o «*ILOs*»), nomenclatura que se empleará a lo largo de este apartado.

Las funciones asignadas a los funcionarios varían también en los diferentes instrumentos jurídicos, aunque, con carácter general, su misión principal es asesorar a las compañías transportistas, fundamentalmente a las compañías aéreas, o a los funcionarios de terceros Estados, sobre la validez de los documentos de viaje presentados por los pasajeros antes de embarcar.⁸¹⁰ A través de ellos, los Estados se aseguran de la correcta implementación de otras dos de las medidas de control fronterizo más extendidas, por un lado, la exigencia de visados de entrada a sus territorios y, por otro, la imposición a los transportistas internacionales de las obligaciones de verificar los documentos de viaje necesarios para entrar en su territorio, de hacerse cargo de aquéllos pasajeros a quienes se hubiera denegado la entrada y de hacer frente a las sanciones en caso de incumplimiento de estas

⁸⁰⁸ ECRE, *Defending Refugees' Access to Protection in Europe*, (ECRE, 2007), 30.

⁸⁰⁹ Comisión de las Comunidades Europeas, Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) no 377/2004 del Consejo, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración, COM(2009) 322 final, 8 de julio de 2009, 2.

⁸¹⁰ Goodwin Gill and Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 377.

obligaciones.⁸¹¹ Una de las cuestiones jurídicas más problemáticas que, como se expondrá más adelante, plantea la aplicación conjunta de estas medidas es que producen el resultado de impedir que los refugiados salgan de su propio país de origen, lo cual trae como consecuencia la inaplicabilidad del concepto de refugiado que establece la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.⁸¹²

El objetivo principal de este apartado será exponer las principales prácticas estatales respecto de estos funcionarios (epígrafes b y c), con la finalidad de identificar (epígrafe d) las dificultades jurídicas que implican respecto del acceso de los refugiados a la protección en el territorio de otros Estados y de la determinación de la jurisdicción de los Estados que envían a los agentes. La cuestión fundamental es dilucidar hasta qué punto puede considerarse que el Estado está ejerciendo jurisdicción sobre aquéllas personas a quienes se deniega el inicio del viaje internacional, en tanto que, en principio, la función principal de estos funcionarios es simplemente «asesorar» a las compañías transportistas las cuales retienen la decisión última sobre los pasajeros en cuestión.

b) La práctica de los Estados con relación a los Funcionarios de Enlace de Inmigración

Los primeros Estados en enviar este tipo de agentes al extranjero fueron Estados Unidos y Canadá, aunque es una medida muy extendida entre los países de la Unión Europea, especialmente Reino Unido, Francia, los Países Bajos y Rumanía.⁸¹³ Además, en el ámbito de la Unión Europea, como se expondrá en el epígrafe siguiente, junto con la Red de Funcionarios de Enlace de Inmigración creada para coordinar el trabajo de los funcionarios de los propios Estados miembros,⁸¹⁴ ésta ha desplegado recientemente su propio cuerpo de Funcionarios Europeos de Enlace (*European Migration Liaison Officers* o *EMLOs*) y ha reforzado las funciones de los Funcionarios de Enlace de Frontex.

⁸¹¹ Ver Apartado B.2 siguiente

⁸¹² De acuerdo con su artículo 1 es refugiado aquél que se encuentre «fuera del país de su nacionalidad».

⁸¹³ ECRE, *Defending Refugees' Access*, 30. Ver, asimismo, Consejo de la UE, Draft Common Manual for Immigration Liaison Officers (ILOs) posted abroad by the Member States of the European Union, 8418/06, 25 de abril de 2006.

⁸¹⁴ Reglamento (CE) nº 377/2004 del Consejo de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración, D.O. de 2 de marzo de 2004 (nº L 64/1), modificado por el Reglamento (UE) nº 493/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 377/2004 del Consejo sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración, D.O. de 27 de mayo de 2011 (nº L 141/13),

El Departamento de Operaciones Internacionales de Estados Unidos cuenta con 24 oficinas situadas en embajadas y consulados de 21 países, entre cuyas funciones se encuentran las de detectar el fraude en los documentos de viaje y comprobar la veracidad de las solicitudes de inmigración y asilo. Entre los funcionarios destinados en estos países, Estados Unidos incluso ha creado un cuerpo específico de «Oficiales de Detección del Fraude y Seguridad Nacional» que han sido destinados a países como México, Alemania e India.⁸¹⁵ Por su parte, Canadá constituyó en 1989 una «Red de Funcionarios de Control de la Inmigración», cuyos agentes son enviados al extranjero con la finalidad de proporcionar asesoramiento y asistencia a las compañías aéreas y autoridades locales. Sus funciones principales consisten en identificar e interceptar pasajeros indocumentados o indebidamente documentados que tratan de acceder a Canadá. En un informe del año 2001 el Gobierno canadiense reconoció el éxito de los resultados obtenidos por estos funcionarios en la reducción de pasajeros indebidamente documentados y en la disminución de las entradas ilegales en el país.⁸¹⁶ Actualmente, según la Agencia de Fronteras canadiense, ésta opera en «cientos» de localizaciones distintas, tanto en Canadá como en el resto del mundo, incluyendo 117 cruces fronterizos y 13 aeropuertos internacionales.⁸¹⁷

El Reino Unido fue uno de los Estados europeos pionero en el envío de este tipo de funcionarios al extranjero. Los primeros Funcionarios de Enlace Aeroportuarios fueron desplegados por este país en 1993⁸¹⁸ y su número se ha ido incrementando cada año, hasta la actual red de funcionarios que cubre más de 120 países en el mundo.⁸¹⁹ En 2008 recibieron una nueva denominación, «Gestores de Enlace de Inmigración» (*Immigration Liaison Managers*) y se fusionaron con la Unidad de Evaluación de Riesgos (*Risk Assessment Unit*), dando lugar a la actual red que integra ambos cuerpos (*Risk and Liaison Overseas Network* o *RALON*). Las funciones esenciales encomendadas a esta red consisten en el apoyo en la gestión de los visados tramitados en el extranjero por el Reino Unido, la prevención de la llegada de pasajeros aéreos

⁸¹⁵ U.S. Citizenship and Immigration Services, *International Operations Division. Overview*, (U.S. Citizenship and Immigration Services, 2017), 2-6.

⁸¹⁶ Gobierno de Canadá, Departamento de Inmigración, Refugiados y Ciudadanía, *Review of the Immigration Control Officer Network – Final Report*, <http://www.cic.gc.ca/english/resources/audit/ico/01summary-e.asp>. En dicha fecha se contabilizaron 38 posiciones en el extranjero de estos funcionarios en el extranjero y «9 posiciones de facto».

⁸¹⁷ Canada Border Services Agency, «Canada 150. A brief history of Border Services in Canada» (Canada Border Services Agency, 2017) disponible online, <http://www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/canada150/menu-eng.html>

⁸¹⁸ Sophie Scholten, *The Privatisation of Immigration Control through Carrier Sanctions. The Role of Private Transport Companies in Dutch and British Immigration Control* (Brill Nijhoff, 2015), 122.

⁸¹⁹ Gobierno de Reino Unido, Visados e Inmigración de Reino Unido, *Guidance. Passenger documents: get help to reduce your charges*, disponible on line, <https://www.gov.uk/government/publications/passenger-documents-help-for-carriers-to-reduce-charges/passenger-documents-get-help-to-reduce-your-charges>

indebidamente documentados y la investigación de grupos criminales en materia de visados y rutas aéreas.⁸²⁰ Actualmente están desplegados en 37 países, elegidos según el criterio de la procedencia o tránsito de la mayor parte de los pasajeros indebidamente documentados que llegan a Reino Unido.⁸²¹ Cada uno de los gestores tiene asignadas funciones no sólo respecto del país en el que está localizado sino también de un número adicional de países de la región, por lo que de esta manera la red cubre más de 120 países en todo el mundo.⁸²²

La función principal de los Gestores de Enlace de Inmigración integrados en la red *RALON* es asesorar a las compañías aéreas con el fin de «prevenir o impedir el embarque de pasajeros indebidamente documentados».⁸²³ El Gobierno británico fomenta de manera muy activa que las compañías aéreas utilicen estos funcionarios,⁸²⁴ hasta el punto de que la guía disponible para dichas agencias en la página web sobre Visados e Inmigración del Gobierno británico lleva como título «Passangers documents: *help get to reduce your charges*». En la Guía se recurre frecuentemente a esta conexión entre el recurso a los Gestores y la prevención en la imposición de sanciones a las compañías. De conformidad con dicha Guía, uno de los objetivos de las funciones de la red *RALON* es que las compañías aéreas disminuyan el número de «llegadas indebidamente documentadas» a Reino Unido y, de esta manera, las «potenciales sanciones que podrían imponerse contra dichas llegadas».⁸²⁵

Los métodos de trabajo fundamentales de los Gestores se basan en la impartición de cursos de formación sobre visados y pasaportes a los empleados de las compañías y a las autoridades locales; la asistencia *ad hoc* en el mismo momento del embarque de los pasajeros y el asesoramiento sobre posibles pasajeros que, aún estando indebidamente documentados, «podrían ser admisibles» en el Reino Unido y aquéllos a los que se debería impedir viajar «sin el asesoramiento» de los Gestores. Su función esencial es, por tanto, de «asesoramiento». No se les ha dotado, sin embargo, de poderes ejecutivos en el extranjero, por lo que sus instrucciones no son vinculantes para las compañías, quienes ostentan la decisión final sobre el embarque de los pasajeros y carecen, asimismo, de poderes para arrestar o detener personas.⁸²⁶ Sin perjuicio de esta carencia de poderes ejecutivos, se ha evidenciado que su

⁸²⁰ David Bolt, Independent Chief Inspector of Borders and Immigration, *An Inspection of the Intelligence Functions of Border Force and Immigration Enforcement. November 2015-May 2016* (Open Government Licence, 2016), 8.

⁸²¹ Un mapa de las localizaciones de estos gestores se encuentra en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/278158/ralon-map.pdf

⁸²² Visados e Inmigración de Reino Unido, *Guidance. Passenger documents*

⁸²³ *Ibid.*

⁸²⁴ Scholten, *The Privatisation of Immigration Control*, 123.

⁸²⁵ Visados e Inmigración de Reino Unido, *Guidance. Passenger documents*.

⁸²⁶ *Ibid.*

asesoramiento es seguido por las compañías en la mayor parte de las ocasiones⁸²⁷ y las propias cifras proporcionadas por el Gobierno británico avalan esta tendencia. Así, en un informe del año 2010 se estimó que en el periodo de 2004 a 2009, la red *RALON* había prevenido la entrada en el Reino Unido de más de 210.000 pasajeros indebidamente documentados.⁸²⁸

En relación con la actuación del Reino Unido, es preciso, finalmente hacer una referencia al caso *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport*, también conocido como *Roma Rights* dirimido ante la Cámara de los Lores británica.⁸²⁹ En febrero de 2001 los gobiernos del Reino Unido y la República Checa adoptaron un acuerdo en virtud del cual se autorizaba a oficiales de inmigración británicos la realización de controles fronterizos en el aeropuerto de Praga respecto de aquéllos viajeros que pretendían viajar al Reino Unido. En esta ocasión, el Reino Unido dotó a estos oficiales de verdaderos poderes ejecutivos que les autorizaban a efectuar los controles y a rechazar de manera vinculante el embarque de pasajeros. En concreto, en el caso se dirime la denegación de la salida del territorio de la República Checa a seis nacionales romaníes, varios de los cuales habían manifestado su intención de solicitar asilo a su llegada a Reino Unido.

En su sentencia de 2004, que será expuesta con mayor detenimiento en el Capítulo 6, apartado I, la Cámara de los Lores adoptó una postura muy restrictiva respecto de la aplicabilidad de la prohibición de devolución en el control migratorio extraterritorial del Estado. La Cámara denegó su aplicación en la propia frontera de los Estados,⁸³⁰ e incluso puso en cuestión que la actuación de los oficiales británicos pudiera calificarse como un ejercicio de jurisdicción extraterritorial sobre los pasajeros rechazados.⁸³¹

Junto con Reino Unido, los Países Bajos constituye uno de los primeros Estados de la Unión Europea que destinó Funcionarios de Enlace de Inmigración al extranjero. Estos funcionarios se ubican desde 1994 en lugares estratégicos para este país, sobre la base de la existencia de una «relación migratoria». Su función principal consistía inicialmente en el asesoramiento a los transportistas internacionales con el fin de

⁸²⁷ Sile Reynolds y Helen Muggerridge, British Refugee Council, *Remote Controls: how UK border controls are endangering the lives of refugees*, (British Refugee Council, 2008), 36. En el mismo sentido, Scholten, *The Privatisation of Immigration Control*, 130 y 132.

⁸²⁸ Home Office, UK Border Agency, *Protecting our border, protecting the public. The UK Border Agency's five year strategy for enforcing our immigration rules and addressing immigration and cross border crime* (UK Border Agency, 2010), 17.

⁸²⁹ Cámara de los Lores, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another* (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants), de 9 de diciembre de 2004, (2004) UKHL 55. (*Roma Rights*)

⁸³⁰ *Roma Rights*, párr. 17.

⁸³¹ *Ibid*, párr. 21.

evitar la llegada de pasajeros inadmisibles al territorio neerlandés, aunque en los últimos años el Gobierno de este país ha optado por intensificar sus funciones en el área de la repatriación de inmigrantes ilegales,⁸³² razón por la cual es habitual que estos oficiales no estén localizables en los aeropuertos sino en los consulados holandeses en el extranjero.⁸³³ Al igual que en el caso británico, el porcentaje de ocasiones en las que los transportistas internacionales siguen su asesoramiento es muy elevado,⁸³⁴ aunque en determinados casos dudosos los empleados de las compañías aéreas reconocen no seguir su consejo cuando los intereses comerciales en juego deben ser priorizados.⁸³⁵

c) Los Funcionarios de Enlace de Inmigración en la Unión Europea

En el contexto de la Unión Europea el desarrollo normativo en materia de funcionarios de enlace de inmigración tuvo como punto de partida una Acción Conjunta adoptada por el Consejo en 1996,⁸³⁶ en virtud de la cual se creó un marco de referencia para «el desarrollo de iniciativas concertadas sobre funcionarios de enlace». El fin pretendido por este marco era fomentar la cooperación entre los Estados miembros que ya habían desplegado dichos funcionarios, no sólo respecto de materias relacionadas con la lucha contra la inmigración ilegal, sino también en lo relativo a las formas de combatir la delincuencia internacional.⁸³⁷ Tras diversas iniciativas de coordinación de medios y recursos financieros en materia de controles pre-fronterizos,⁸³⁸ la creación de una Red de Funcionarios de Enlace de Inmigración fue propuesta por primera vez por la Comisión Europea en su Comunicación de 2001 relativa a una Política Común de Inmigración Ilegal,⁸³⁹ sobre la base de experiencias anteriores como la red de funcionarios de enlace de inmigración en los Balcanes

⁸³² Scholten, *The Privatisation of Immigration Control*, 122.

⁸³³ *Ibid*, 126.

⁸³⁴ Sophie Scholten and Paul Minderhoud, «Regulating Immigration Control: Carrier Sanctions in the Netherlands», *European Journal of Migration and Law* 10, (2008): 138.

⁸³⁵ Scholten, *The Privatisation of Immigration Control*, 131.

⁸³⁶ Acción común de 14 de octubre 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se define un marco de orientación común para las iniciativas de los Estados miembros sobre funcionarios de enlace, 96/602/JAI, D.O. nº 268/2, de 19 de octubre de 1996. (Acción común 96/602/JAI)

⁸³⁷ Acción común 96/602/JAI, artículo 1.

⁸³⁸ Estas iniciativas previas a la creación de la Red de Funcionarios de Enlace de Inmigración se exponen en Scholten y Minderhoud, «Regulating Immigration Control», 138-139.

⁸³⁹ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una Política Común de Inmigración Ilegal, COM(2001) 672 final, de 15 de noviembre de 2001, 17.

Occidentales dirigida por Bélgica. La Red de Funcionarios de Enlace de Inmigración fue definitivamente creada tres años más tarde, mediante el Reglamento 377/2004 del Consejo sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración.⁸⁴⁰

El Reglamento 377/2004 define el Funcionario de Enlace de Inmigración (FEI) como «el representante de uno de los Estados miembros, destinado en el extranjero por el servicio de inmigración u otra autoridad competente para *establecer y mantener contactos* con las autoridades del país anfitrión a fin de contribuir a la prevención y al combate de la inmigración ilegal, a la repatriación de los inmigrantes ilegales y a la gestión de la migración legal». Es llamativo, sin embargo, que no se enumeren expresamente en el Reglamento las funciones de estos funcionarios, más allá de lo establecido en la definición, ni que se haga mención alguna a la función de asesoramiento a los transportistas internacionales. La única referencia a éstos se incluye en el artículo 4, que requiere a los FEI que coordinen sus posiciones respecto de las relaciones con los transportistas comerciales.⁸⁴¹

La función de asesoramiento a los transportistas internacionales tampoco se incluyó en el Borrador de Manual para Funcionarios de Enlace de Inmigración elaborado por el Consejo en 2006, a través del cual se pretendía establecer una guía de buenas prácticas e información útil para facilitar la cooperación entre los Funcionarios.⁸⁴² Esta notable omisión en el marco jurídico de los FEI ha sido objeto de críticas desde diversos sectores de la doctrina, ya que se ha evidenciado que es una de las funciones esenciales que éstos desarrollan en la práctica y que los Estados miembros han incorporado mayoritariamente a sus legislaciones internas.⁸⁴³ En este sentido, debe destacarse la trascendente remisión que el artículo 1.4. del Reglamento 377/2004 hace a las legislaciones internas de éstos, según el cual: «el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de los cometidos de los funcionarios de enlace

⁸⁴⁰ Reglamento (CE) nº 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración, D.O. nº L 64/1, D.O. de 2 de febrero de 2004, modificado por el Reglamento (UE) nº 93/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 377/2004 del Consejo sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración, D.O. nº L141/13, de 27 de mayo de 2011.

⁸⁴¹ Reglamento 377/2004, artículo 4.1

⁸⁴² Consejo de la UE, Draft Common Manual for Immigration Liaison Officers (ILOs) posted abroad by the Member States of the European Union Brussels, 8418/06, 25 de abril de 2006, 5. Este borrador no ha sido aprobado definitivamente.

⁸⁴³ Frank McNamara, «Member State Responsibility for Migration Control within Third States — Externalisation revisited», *European Journal of Migration and Law* 15, (2013): 329. Respecto de los Países Bajos, ver Scholten y Minderhoud, «Regulating Immigration Control», 139-140, así como Reynolds y Muggeridge, *Remote Controls*, 35-36, respecto de Reino Unido. Asimismo, los Estados miembros de la UE que son parte del Convenio de Prüm, al que se hará referencia más adelante, que prevé el envío de Asesores en materia de documentos a terceros Estados, entre cuyas funciones, se encuentra precisamente la de asesoramiento y formación a los transportistas internacionales.

de inmigración en el marco de sus responsabilidades conforme a la legislación nacional, a las normas o procedimientos o a los acuerdos especiales concluidos con el país anfitrión o con organizaciones internacionales».⁸⁴⁴ Puede entenderse, entonces, que la función de asesoramiento está implícita en la remisión a las legislaciones internas, aunque hubiera sido conveniente su incorporación expresa al Reglamento 377/2004.

A estas críticas se une la propia falta de información y transparencia sobre las actividades que los FEI desarrollan realmente en la práctica.⁸⁴⁵ El artículo 6 del Reglamento 377/2004 establece la obligación del Estado que ejerza la Presidencia de la UE de elaborar informes bianuales para el Parlamento, el Consejo y la Comisión sobre las actividades de las redes de funcionarios de enlace en países o regiones de especial interés para la UE. No obstante, este documento tiene carácter restringido, por lo que su información no ha trascendido públicamente.⁸⁴⁶ Asimismo, la Comisión debe presentar cada año al Parlamento y al Consejo un resumen fáctico y recomendaciones sobre el desarrollo de estas redes,⁸⁴⁷ pero la propia Comisión reconoció en 2009 que no se habían presentado ni estos informes ni todos los informes bianuales de la Presidencia.⁸⁴⁸

Esta falta de información obstaculiza los análisis para determinar el grado de control que ejercen los FEI respecto de los refugiados a quienes no se permite el viaje a los Estados de destino. Algunos autores consideran incluso que es indicativa de que el trabajo de los FEI es normalmente restrictivo en su naturaleza y de que podría ser determinante para las decisiones adoptadas por los transportistas.⁸⁴⁹ Asimismo, impide el conocimiento sobre si en la práctica se ofrece la oportunidad a los pasajeros de manifestar su deseo de solicitar asilo e incluso sobre si existen refugiados entre las personas a las que se impide el acceso al territorio de los Estados de destino, cuestión que ha sido un motivo de preocupación en la doctrina, las ONGs,⁸⁵⁰ y el propio Parlamento Europeo. En concreto, éste ha solicitado información en varias ocasiones sobre el número de FEI desplegados por los Estados miembros, el contenido de las

⁸⁴⁴ Reglamento 377/2004, artículo 1.4.

⁸⁴⁵ ECRE, *Defending Refugees' Access*, 31; Reynolds y Muggeridge, *Remote Controls*, 36; Scholten, *The Privatisation of Immigration Control*, 133; Mc Namara, «Member State Responsibility», 330.

⁸⁴⁶ Este carácter se establece en la Decisión de la Comisión 2005/687/CE, de 29 de septiembre de 2005, relativa al modelo de informe sobre las actividades de las redes de funcionarios de enlace de inmigración y sobre la situación de la inmigración ilegal en el país anfitrión, Anexo.

⁸⁴⁷ Reglamento 377/2004, artículo 6.3.

⁸⁴⁸ Comisión de las Comunidades Europeas, Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) no 377/2004 del Consejo, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración, COM(2009) 322 final, 8 de julio de 2009, 4. En el mismo sentido, Scholten, *The Privatisation of Immigration Control*, 133.

⁸⁴⁹ Mc Namara, «Member State Responsibility», 330.

⁸⁵⁰ Reynolds y Muggeridge, *Remote Controls*, 37; Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 178.

conclusiones de los informes bianuales y la eficiencia en la práctica de la red de Funcionarios. Asimismo, ha requerido que los informes bianuales sean puestos a su disposición y que se introduzcan en ellos información sobre asilo.⁸⁵¹ Finalmente, es preciso mencionar que en el año 2016 la Comisión Europea contrató la elaboración de una evaluación sobre la eficacia del Reglamento 377/2004 y su posible modificación,⁸⁵² cuyo texto final tenía que ser entregado el 31 de diciembre de 2016. En los términos de referencia de esta evaluación la propia Comisión reconoce las deficiencias en el conocimiento de las actividades reales de los FEI de los Estados miembros, como consecuencia de la escasa contribución a los informes bianuales de los propios FEI,⁸⁵³ por lo que es de esperar que si se emprende una revisión del Reglamento 377/2004, ésta sea una cuestión fundamental a abordar.

Por otro lado, en 2011 se reformó el Reglamento 377/2004 con la finalidad, entre otras, de incrementar la cooperación entre la Red de Funcionarios de Enlace de Inmigración y Frontex, de manera que la Agencia, que en aquél momento no contaba con representación permanente en terceros países, pudiera acceder a la información recabada por los FEI para realizar una de las funciones que se le había encomendado, esto es, la elaboración de análisis de riesgos.⁸⁵⁴ Por otro lado, en la reforma del Reglamento 2007/2004 de Frontex, también efectuada en el año 2011, se autorizó por primera vez a la Agencia a enviar su propios funcionarios de enlace a terceros Estados y se integró a dichos funcionarios en las redes locales o regionales de los Funcionarios de Enlace de Inmigración de los Estados miembros.⁸⁵⁵ Adicionalmente, el papel de los Funcionarios de Enlace de Frontex ha sido reforzado a través la reforma de la Agencia

⁸⁵¹ Parlamento Europeo, Written Question by Agustín Díaz de Mera García Consuegra (PPE- DE) to the Council, «Immigration liaison officers seconded to Africa», E-5314/07, 29 de octubre de 2007, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2007-5314&language=EN>; Parlamento Europeo, Written Question by Agustín Díaz de Mera García Consuegra (PPE- DE) to the Council, «Conclusions of the six-monthly report on Immigration Liaison Officers» E-5316/07 29 de octubre de 2007, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2007-5316&language=EN>; Parlamento Europeo, Written Question by Jeanine Hennis-Plasschaert (ALDE) to the Commission, «Immigration Liaison Officers (ILOs)», E-2276/09, 3 de abril de 2009, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2009-2276+0+DOC+XML+V0//EN>

⁸⁵² COM(2015) 285 final, 7. Ver también Comisión Europea, Grupo de Expertos sobre Funcionarios de Enlace de Inmigración, «Minutes of the meeting of the Expert Group on Immigration Liaison Officers (ILOs) Network – 20 May 2016», 6.

⁸⁵³ Comisión Europea, Evaluation of the Council Regulation (EC) No 377/2004 of 19 February 2004 establishing network of immigration liaison officers, 5, http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_home_068_evaluation_ilo_regulation_en.pdf.

⁸⁵⁴ Reglamento 493/2011, Preámbulo 3 y 4.

⁸⁵⁵ Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros la Unión Europea, OJ L349/1, modificado por el Reglamento (UE) 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, OJ L3014/1, artículo 14.3.

emprendida en 2016.⁸⁵⁶ Uno de sus objetivos es, precisamente, fortalecer los recursos humanos y financieros de la Agencia. De acuerdo con el nuevo Reglamento, los Funcionarios de Enlace de Frontex pueden ser destinados tanto en los Estados miembros, con el fin de «supervisar la gestión de las fronteras exteriores»,⁸⁵⁷ como en terceros países.⁸⁵⁸ Estos últimos, que seguirán formando parte de las redes locales o regionales de los Funcionarios de Enlace de Inmigración de los Estados miembros, serán desplegados prioritariamente en «aquéllos terceros países que, en función del análisis de riesgos, sean *países de origen o tránsito para la migración ilegal*».⁸⁵⁹ La lista de estos países debe ser aprobada anualmente por el Consejo de Administración de Frontex, que deberá solicitar a la Comisión un dictamen previo al envío de los Funcionarios, así como informar debidamente de ello al Parlamento.⁸⁶⁰ En 2016 Frontex destinó a Turquía su primer Funcionario de Enlace y, según el Análisis de Riesgos que ha elaborado para 2017, se prevé el envío durante 2017 de otros Funcionarios de este tipo a países prioritarios de África y de los Balcanes Occidentales, aunque no se han especificado los países en cuestión.⁸⁶¹

Finalmente, cabe destacar respecto de los Funcionarios de Enlace de Frontex que entre las funciones que se les asignan en el nuevo Reglamento de 2016 tampoco se encuentra la de asesoramiento a las autoridades locales o a los transportistas internacionales. Al igual que en el Reglamento 377/2004, la misión fundamental que se les encomienda es *establecer y mantener contactos* con la autoridades competentes de los terceros países, con el fin, por un lado, de contribuir a la prevención y a la lucha contra la migración ilegal, y, por otro lado, de facilitar el retorno de las personas que sean objeto de una decisión de retorno por parte de los Estados miembros.⁸⁶²

Junto con los Funcionarios de Enlace de Frontex, la Unión Europea ha desplegado su propio cuerpo de funcionarios, denominados Funcionarios de Enlace Europeos en materia de Migración (*European Migration Liaison Officers* o *EMLOs*). Como reacción a los naufragios de refugiados ocurridos en el Mediterráneo, el Consejo Europeo decidió, en su reunión extraordinaria de 23 de abril de 2015, desplegar estos funcionarios en ciertos países clave, con el objeto de «recabar información sobre los flujos migratorios, coordinarse con los funcionarios de enlace nacionales y cooperar directamente con las

⁸⁵⁶ Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) nº 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo. (Reglamento Frontex 2016).

⁸⁵⁷ Reglamento Frontex 2016, art. 8.1.c) y 12.

⁸⁵⁸ *Ibid*, art. 55.

⁸⁵⁹ *Ibid*, art. 55.2.

⁸⁶⁰ *Ibid*, art. 55.4.

⁸⁶¹ Frontex, *Risk Analysis for 2017*, (Frontex 2017), 7.

⁸⁶² Reglamento Frontex 2016, artículo 55.3.

autoridades locales».⁸⁶³ Esta decisión fue posteriormente confirmada por la Agenda Europea de Migración adoptada por la Comisión el 13 de mayo de 2015⁸⁶⁴ y por el Plan de Acción de la UE contra el Tráfico Ilícito de Migrantes adoptado también por la Comisión en mayo de 2015.⁸⁶⁵ Estos Funcionarios se están ubicando en las Delegaciones de la UE en el extranjero con la misión fundamental de asegurar la representación de la UE y de sus intereses en los Estados de acogida.⁸⁶⁶ En enero de 2017 la Unión Europea contaba ya con trece Funcionarios de Enlace Europeos en materia de Migración en Egipto, Etiopía, Jordania, Líbano, Mali, Níger, Nigeria, Paquistán, Senegal, Serbia, Sudán, Túnez y Turquía.⁸⁶⁷

Frente a la diversidad de Funcionarios en el contexto europeo (Funcionarios de Enlace de Inmigración de los Estados miembros, Funcionarios de Enlace de Inmigración de Frontex y Funcionarios de Enlace Europeos en materia de Migración) que se acaba de exponer, cabe preguntarse si es previsible que se produzcan solapamientos y duplicación de sus funciones, así como deficiencias en su coordinación. Este problema puede verse agudizado, además, si se tiene en cuenta la existencia, dentro del seno de los propios Estados miembros de la UE, de iniciativas multilaterales independientes de las redes de funcionarios mencionadas hasta ahora. Es el caso del Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal (Convenio de Prüm), que fue adoptado en 2005 por siete países miembros de la UE (Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, los Países Bajos y Austria), tan sólo un año más tarde de la adopción del Reglamento 377/2004.⁸⁶⁸

El Convenio de Prüm pretende fortalecer la cooperación transfronteriza entre los Estados contratantes, en especial en cuanto al intercambio de información entre ellos, en los ámbitos a los que se hace referencia en su denominación.⁸⁶⁹ En el campo de la

⁸⁶³ Consejo Europeo, «Reunión extraordinaria del Consejo Europeo, 23 de abril de 2015 – declaración», párr. 3.i), <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/>

⁸⁶⁴ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Una Agenda Europea de Migración, COM(2015) 240 final, 13 de mayo de 2015, 9.

⁸⁶⁵ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015 - 2020)», COM(2015) 285 final, 27 de mayo de 2015, 6-7.

⁸⁶⁶ Consejo de la UE, «Concept paper on the deployment of European Migration Liaison Officers», 13435/15, 4 de noviembre de 2015, 4-5.

⁸⁶⁷ Comisión Europea, «DG HOME hosts European Migration Liaison Officers (EMLOs)» (comunicado de prensa), 18 de enero de 2017, https://ec.europa.eu/home-affairs/news/dg-home-hosts-european-migration-liaison-officers-emlos_en.

⁸⁶⁸ Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005. (Convenio de Prüm)

⁸⁶⁹ Convenio de Prüm, artículo 1.

migración ilegal, los Estados contratantes se comprometen a enviar «Asesores en materia de documentos» a Estados que se «hayan calificado como Estados de origen o tránsito de la migración ilegal»,⁸⁷⁰ cuya función principal es el *asesoramiento y la formación* a tres grupos de sujetos (i) a los representantes en el extranjero de las Partes del Convenio, en materia de pasaportes y visados, especialmente, sobre el reconocimiento de documentos falsos o manipulados, (ii) a las empresas de transporte, en relación con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo de Schengen y del Convenio de Chicago relativo a la Aviación Civil Internacional, con el reconocimiento de documentos falsos o manipulados y con las disposiciones de los Estados en materia de entrada y (iii) a las autoridades e instituciones del Estado de acogida con competencias en materia de control policial fronterizo.⁸⁷¹

A pesar de las continuas referencias en el Convenio de Prüm al Derecho de la Unión, incluido el Reglamento 377/2004, y del hecho de que se prevea en él expresamente que su firma está abierta al resto de los Estados miembros y que se pretende su integración en el marco jurídico de la UE, su adopción ha sido duramente criticada. Las críticas de los autores se centran en la contradicción que supone que los Estados contratantes declaren actuar «teniendo en cuenta» el marco jurídico europeo de los Funcionarios de Enlace de Inmigración, pero lo hagan, en cambio, fuera de su ámbito de aplicación. De acuerdo con los referidos autores, esta iniciativa multilateral supone ignorar el control del Parlamento Europeo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, además, es una importante causa de confusión en la práctica, ya que plantea dificultades en la Red de Funcionarios de Enlace de Inmigración para determinar cuándo un FEI de un Estado contratante está actuando de acuerdo al Reglamento 377/2004 o de conformidad con el Convenio de Prüm. El mero hecho de que los Estados contratantes del Convenio de Prüm puedan reservarse información exclusivamente entre ellos, no accesible para el resto de los Estados miembros de la UE que no participan en el Convenio, puede calificarse, según estos autores, de «ofensiva».⁸⁷²

d) Los Funcionarios de Enlace de Inmigración y el refugio

La utilización de este tipo de oficiales por los Estados plantea diversas dificultades jurídicas desde la perspectiva de la garantía de los derechos de los refugiados y el acceso por éstos al territorio de otros Estados que les proporcionen

⁸⁷⁰ *Ibid*, artículo 20.1.

⁸⁷¹ *Ibid*, artículo 21.

⁸⁷² Thierry Balzacq, Didier Bigo, Sergio Carrera y Elspeth Guild, *Security and the Two-Level Game: The Treaty of Prüm, the EU and the Management of Threats*, CEPS Working Document 234, (2006): 11-12.

protección. Un primer problema radica en que el marco normativo que regula el funcionamiento de los FEI no hace referencia alguna a los derechos de los refugiados, salvo ciertas referencias muy puntuales y genéricas. Esta cuestión se hace patente tanto en las normativas nacionales de los Estados,⁸⁷³ como en el marco jurídico de la UE. Respecto de este último, en la versión inicial del Reglamento de 2004 no se incluyó ninguna mención a las obligaciones de los Estados respecto de los refugiados y solicitantes de asilo. En su modificación de 2011, la única que se contiene es el requerimiento a los FEI para que éstos se intercambien información sobre «la experiencia relacionada con el acceso de los solicitantes de asilo a la protección».⁸⁷⁴ En el nuevo Reglamento de Frontex tampoco se incluyen explícitamente funciones de los Funcionarios respecto de cuestiones relativas al asilo,⁸⁷⁵ y, respecto del nuevo cuerpo de Funcionarios de Enlace Europeos en Materia de Migración, la única referencia que existe, aunque muy genérica, es la inclusión del «asilo» entre las materias de las que pueden ocuparse en el desempeño de sus funciones.⁸⁷⁶

En definitiva, las actividades encomendadas a los FEI responden, fundamentalmente, a materias relativas a la documentación exigible a los pasajeros para acceder al territorio nacional, su manipulación o falsificación, el retorno de los inmigrantes ilegales o, en general, cuestiones relacionadas con la seguridad nacional y la lucha contra la inmigración ilegal, pero en ningún momento hacen alusión a la identificación de posibles personas necesitadas de protección internacional.⁸⁷⁷ Sus funciones se circunscriben, por tanto, a la verificación de los documentos, no a las razones que motivan a las personas a viajar ni a la investigación de sus necesidades de protección.⁸⁷⁸ Por esta razón, uno de los problemas apuntados por la doctrina es que se configura como una medida de control fronterizo extraterritorial que no distingue entre refugiados y otros pasajeros no documentados o indebidamente documentados,⁸⁷⁹ a lo cual se une la habitual falta de formación de los Funcionarios en relación con materias relativas al asilo.⁸⁸⁰

Frente a esta escasa atención a los derechos de los refugiados, especialmente en el contexto de la UE, es conveniente destacar la posición adoptada por otras iniciativas de coordinación a nivel internacional, entre las que debe destacarse el Código de

⁸⁷³ Reynolds y Muggeridge, *Remote Controls*, 36.; Mc Namara, «Member State Responsibility», 229, Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 179.

⁸⁷⁴ Reglamento 377/2004, artículo 4.a) tras su modificación por el artículo 1 del Reglamento 493/2011.

⁸⁷⁵ Reglamento de Frontex 2016, artículos 12 y 55.

⁸⁷⁶ Consejo de la UE, *Concept paper*, 4

⁸⁷⁷ Reynolds y Muggeridge, *Remote Controls*, 36; es muy claro también en este sentido el texto del Convenio de Prüm, artículo 21 y el Reglamento de Frontex 2016, artículo 56.

⁸⁷⁸ Goodwin Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 377.

⁸⁷⁹ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 178.

⁸⁸⁰ Goodwin Gill y McAdam, *The Refugee in International Law*, 377.

Conducta para Funcionarios de Enlace de Inmigración que la Asociación Internacional de Transporte Aéreo elaboró en 2002. En este Código se recogió expresamente la obligación de los Funcionarios de remitir las eventuales solicitudes de asilo que pudieran recibir a las oficinas correspondientes de ACNUR, de las misiones diplomáticas o de las ONGs existentes.⁸⁸¹ Resulta llamativo cómo, aun siendo éste el marco de cooperación del que se servían los Estados Miembros de la UE con anterioridad a la aprobación del Reglamento 377/2004, éstos no lo tuvieron en cuenta al adoptar el mismo. En cualquier caso, siendo los Funcionarios de Enlace de Inmigración agentes u oficiales de los Estados que están obligados a cumplir su legislación nacional en las mismas condiciones que el resto de sus funcionarios, parece lógico que, entre sus funciones, se hubiera incorporado el asesoramiento en materia de derechos de los refugiados.⁸⁸²

A la falta de reconocimiento del marco internacional de protección de refugiados en la normativa vigente sobre los Funcionarios de Enlace de Inmigración, se une el problema, ya apuntado anteriormente, de la falta de información y transparencia sobre las funciones que desarrollan efectivamente en la práctica. Una consecuencia que se deriva de esta falta de claridad es la dificultad para determinar el grado de control ejercido, en su caso, por los Funcionarios sobre los pasajeros cuando «aconsejan» a las compañías transportistas sobre su embarque o no y, por tanto, para la identificación de la jurisdicción de los Estados que les envían. A pesar de que las compañías transportistas retienen el poder último de decisión sobre el embarque o no del pasajero en cuestión, la práctica ha evidenciado que los Funcionarios de Enlace de Inmigración ejercen una influencia notable sobre ellas, sobre todo si se tiene en cuenta que los Funcionarios representan a los Estados que podrían multarles en caso de que trasladen a pasajeros no documentados o indebidamente documentados.⁸⁸³ La falta de claridad en la definición de las funciones de los FEI dificulta también la determinación de la verdadera naturaleza jurídica de estos agentes y, en concreto, si en el contexto de la UE podrían calificarse como «guardias fronterizos» a efectos del Código de Fronteras Schengen, quedando obligados a aplicar las garantías de protección de los refugiados establecidas en él.⁸⁸⁴

Para terminar, debe hacerse mención a una de las cuestiones que ha generado mayor controversia respecto del despliegue de Funcionarios de Enlace de Inmigración por los Estados, sobre todo si se tiene en cuenta que estos Funcionarios no actúan de manera aislada, sino dentro de un sistema de instrumentos que se implementan conjuntamente. Efectivamente, la combinación del despliegue de Funcionarios de

⁸⁸¹ Asociación Internacional de Transporte Aéreo, *A Code of Conduct for Immigration Liaison Officers*, (IATA, 2002), apartado 2.3.

⁸⁸² ECRE, *Defending Refugees' Access to Protection in Europe*, (ECRE, 2007), 32.

⁸⁸³ McNamara, «Member State Responsibility», 330.

⁸⁸⁴ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 179.

Inmigración con la exigencia de visados de entrada y la imposición de sanciones a los transportistas, puede producir el efecto de «atrapar a los refugiados en su propio país»,⁸⁸⁵ lo cual afecta seriamente a sus oportunidades de huir de las razones de la persecución y de encontrar protección en otros Estados.⁸⁸⁶ Si se acoge la definición de «intercepción» propuesta por ACNUR en la Conclusión de su Comité Ejecutivo 97 (LIV) (2003), podría incardinarse como de una de las medidas que pretende «impedir que las personas inicien un viaje internacional».⁸⁸⁷ Desde un plano técnico jurídico, conlleva, además, la exclusión de la aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, al no satisfacerse uno de los requisitos del concepto de refugiado establecido en su artículo 1, esto es, el de encontrarse fuera de su país de origen y plantea, por último, problemas respecto del derecho a salir del país, incluido el propio, enunciado, entre otros instrumentos, en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A estas cuestiones jurídicas se dedicará el epígrafe II.G del Capítulo 6.

⁸⁸⁵ Hathaway, *Rights of Refugees*, 291.

⁸⁸⁶ ECRE, *Defending Refugees' Access to Protection in Europe*, (ECRE, 2007)

⁸⁸⁷ Comité Ejecutivo de ACNUR, «Conclusión sobre las salvaguardias de protección de las medidas de intercepción», n° 97 (LIV), 2.

B. Medidas indirectas

1. La solicitud de visados de entrada

La exigencia de visados para entrar en el territorio de un Estado es uno de los instrumentos que forma parte de la gran mayoría de las políticas nacionales de inmigración en el mundo.⁸⁸⁸ Consisten en una autorización legal que emite un Estado para permitir la entrada, permanencia o tránsito de extranjeros en su territorio.⁸⁸⁹ Su emisión e inspección se efectúan habitualmente en el extranjero, ya que las entidades encargadas de expedirlos son las misiones diplomáticas u oficinas consulares del Estado cuyo territorio es el destino de la visita,⁸⁹⁰ y el control de su tenencia se efectúa también en el país de salida por compañías aéreas u otras compañías de transporte. Esta característica los configura como uno de los mecanismos tradicionales de control fronterizo «remoto» o «a distancia» en el que mejor se plasma la transformación del concepto de frontera al que se hizo referencia anteriormente. La concepción clásica de frontera como límite físico vinculado a la noción de territorio soberano ha evolucionado hacia un concepto enormemente amplio, en el que es el individuo quien, al desplazarse de un lugar a otro, «activa» los controles fronterizos mucho antes de cruzar las fronteras que dan acceso legal al territorio. El foco de atención se centra ahora en el acto de «salir del país de la nacionalidad» más que en el de entrar en el territorio de otro.⁸⁹¹ El presente análisis se centrará precisamente en este carácter extraterritorial de las políticas de gestión de visados, con el fin de determinar de qué

⁸⁸⁸ Goodwin Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 374. En el mismo sentido, Morten Kjærum, «Refugee Protection between State Interests and Human Rights: Where is Europe Heading?», *Human Rights Quarterly* 24, nº 2 (2002): 515.

⁸⁸⁹ Evelien Brouwer, «Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the responsibility of the EU and its Member States», en Bernhard Ryan y Valsamis Mitsilegas (eds.) *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges* (Brill, 2010), 201.

⁸⁹⁰ En el ámbito europeo la expedición de los visados por las misiones diplomáticas o consulados se regula en los artículos 2.9, 4.1 y 5 del Reglamento (CE), nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), D.O. L 243/1. En España se regula en el artículo 27.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería (Ley española de extranjería). No obstante, con sujeción a determinados requisitos, también podrían emitirse por las autoridades correspondientes en los puestos fronterizos del Estado, posibilidad que se regula, por ejemplo en el artículo 4.2 del Código de Visados y 25.4 de la Ley española de extranjería.

⁸⁹¹ Elspeth Guild y Didier Bigo, «Policing at a distance: Schengen visa policies» en *Controlling Frontiers. Free Movement Into and Within Europe*, ed. De Didier Bigo y Elspeth Guild (Ashgate Publishing, 2005), 203-204. Ver también Elspeth Guild, «The Border Abroad – Visas and Border Controls», en Kees Groenendijk, Elspeth Guild y Paul Minderhoud (eds.) *In Search of Europe's Borders* (Kluwer Law International, 2003), 87 – 104.

manera afectan al derecho a solicitar asilo y en qué medida pueden dificultar su ejercicio.

El punto de partida a la hora de examinar la interacción entre la protección de los derechos de los refugiados y las políticas de visados es el reconocimiento de que éstas son instrumentos lícitos de control migratorio, cuya utilización por los Estados no infringe, en principio, ninguna norma de Derecho Internacional. Constituyen, así, una opción más dentro del abanico de medidas con las que cuenta el Estado para controlar sus fronteras y el acceso de extranjeros a su territorio. Incluso hay autores que consideran que pueden instrumentar políticas razonables de restricción a la entrada de personas, incluidos los solicitantes de asilo, cuando existen otras posibilidades de protección alternativas como zonas de seguridad garantizadas internacionalmente.⁸⁹²

No obstante, el carácter problemático de las políticas de visados surge cuando son utilizadas para fines no permitidos por el Derecho Internacional, como sustentar un sistema de discriminación racial o, lo que interesa realmente en este análisis, obstruir el acceso de los individuos a la protección otorgada por la institución del asilo. Esta aptitud de las políticas de visados para impedir dicho acceso puede explicarse por tres tipos de causas o problemas en su implementación, a los que se hará referencia a continuación.

El primero de los problemas se refiere a que los visados han sido y son utilizados por algunos Estados como medida para frenar el incremento de solicitudes de asilo por parte de nacionales de determinados países. Un caso emblemático en Europa fue la introducción en 1992 por ciertos Estados, junto con otras medidas, del requisito del visado para los ciudadanos bosnios como respuesta al éxodo de refugiados procedentes de Bosnia-Herzegovina.⁸⁹³ Esta medida se mostró ciertamente efectiva, como documentan algunos estudios, de acuerdo con los cuales, fue uno de los principales motivos del llamativo descenso en Europa de las solicitudes de asilo entre los años 1992 y 1999.⁸⁹⁴ De hecho, el carácter generalizado y rutinario de los controles

⁸⁹² Godwin Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 374. En este sentido también Kjærsum, «Refugee Protection», 515.

⁸⁹³ El caso bosnio se explica en profundidad en Nils Coleman, «Non-Refoulement Revised. Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law», *European Journal of Migration and Law* 5 (2003): 25 – 33. En el mismo sentido, Goodwin Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 374, nota al pie 117. Un análisis de otros ejemplos de introducción de visados para afrontar incrementos en las solicitudes de asilo se incluye en Hathaway, *The Rights of Refugees*, 291-293.

⁸⁹⁴ ACNUR, «Asylum in the industrialized world», en *The State of the World's Refugees 2000: Fifty Years of Humanitarian Action* (ACNUR, 2000), 158-165. En este sentido también, Kjærsum, «Refugee Protection», 515 y Sarah Collinson, «Visa Requirements, Carrier Sanctions, 'Safe Third Countries' and 'Readmission': The Development of an Asylum 'Buffer Zone' in Europe», *Transactions of the Institute of British Geographers* 21, nº 1 (1996): 80. Incluso se ha hablado del «efecto dominó» en la imposición de visados, ya que los Estados temen que sin un régimen de visados puedan

de visados hace de esta medida un instrumento mucho más efectivo contra los movimientos de refugiados que otro tipo de medidas como las interceptaciones activas, que son más selectivas y no se implementan con carácter tan habitual.⁸⁹⁵

Algunos Estados como Reino Unido y Nueva Zelanda han reconocido explícitamente que uno de los propósitos de las políticas de visados es precisamente reducir el número de solicitudes de asilo⁸⁹⁶ e incluso esta utilidad fue reconocida por la Cámara de los Lores en el caso *Roma Rights*.⁸⁹⁷ Por esta razón, la imposición de visados a los nacionales de Estados de origen de refugiados se ha calificado como uno de los mayores «impedimentos» en la huida de las personas refugiadas⁸⁹⁸ o como el «mecanismo más explícito de bloqueo», ya que les niega la oportunidad de acceder a los sistemas de migración legal.⁸⁹⁹ En efecto, los Estados no emiten normalmente visados para acceder a los sistemas nacionales de protección de refugiados, factor al que se une la urgencia y circunstancias de la huida, que hacen prácticamente imposible o muy difícil que éstos puedan solicitar y obtener los visados.

Si el acceso al territorio del país se condiciona a la obtención de un visado y los Estados no han previsto, por el momento, visados con el propósito de acceder a los sistemas de concesión de asilo, se cierran las vías legales posibles para el refugiado, que se verá obligado o a obtener un visado sobre premisas falsas o a entrar irregularmente en el país.⁹⁰⁰ Es más, uno de los factores explicativos del incremento de la actividad de las redes de traficantes de migrantes se ha situado justamente en la implementación de las políticas de visados y la inexistencia de medidas legales alternativas de entrada para los refugiados.⁹⁰¹ Las tecnologías utilizadas por estas redes para falsificar documentación son, además, cada vez más sofisticadas y difíciles

convertirse en el destino preferido por los solicitantes de asilo. En este sentido, Goodwin Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 375 y Coleman, «Non-Refoulement Revised», 30.

⁸⁹⁵ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 312. Respecto de la exigencia de visados como «escollo procedimental» que impide el acceso de los solicitantes de asilo al territorio de los Estados, ver también José Manuel Peláez Marón, «La Unión Europea y los refugiados: Entre la obligación y el recelo, ¿freno o impulso para la protección de los refugiados?», en Pablo Antonio Fernández Sánchez (ed.), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados* (Publicaciones Universidad de Huelva, 2002), 35-36.

⁸⁹⁶ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 292.

⁸⁹⁷ *Roma Rights*, para 28.

⁸⁹⁸ CEAR-EUSKADI, *Externalización de Fronteras: Control Migratorio y Derecho de Asilo. Documento Marco de Incidencia Política* (CEAR, 2013). En el mismo sentido, Thomas Gammeltoft-Hansen y Hans Gammeltoft-Hansen, «The Right to Seek – Revisited. On the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU», *European Journal of Migration and Law* 10 (2008): 449.

⁸⁹⁹ John Morrison y Beth Crosland, «The Trafficking and Smuggling of Refugees: the End Game in European Asylum Policy?», *New Issues in Refugee Research*, Working Paper nº 39 (ACNUR, 2001): 28.

⁹⁰⁰ Goodwin Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 375. Hathaway, *The Rights of Refugees*, 311.

⁹⁰¹ Coleman, «Non-Refoulement Revised», 517.

de detectar⁹⁰² en una suerte de «juego del gato y el ratón» en el que se ha constatado que por cada vía irregular de entrada a la que ponen freno los controles fronterizos, surgen dos nuevas más de la mano de cada vez más «imaginativos» traficantes de personas.⁹⁰³

Un segundo bloque de problemas deriva del modo en el que operan los controles de visados. La comprobación del visado se realiza habitualmente en el país de origen de los pasajeros por parte de las compañías aéreas o transportistas, sobre quienes recae las obligaciones de comprobar que los pasajeros ostentan la documentación de viaje necesaria para entrar en el territorio del Estado de destino, de devolver a aquéllos extranjeros que son rechazados en la frontera del Estado y de afrontar el pago de sanciones económicas en caso de incumplimiento de estas obligaciones. Por esta razón, la imposición de visados debe analizarse en íntima conexión con las sanciones a los transportistas, a las que se hará referencia en el apartado siguiente.⁹⁰⁴ La exigencia de visado por sí sola no impide el desplazamiento de los refugiados, sino que es la combinación de ambas medidas lo que impide la salida de los refugiados de su país de origen. La consecuencia jurídica inmediata es que, al impedir su salida, no se cumple una de las condiciones exigidas para la aplicación del concepto de refugiado del artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, por lo que se les priva de esta manera la aplicación del principal instrumento legal para su protección.⁹⁰⁵

Finalmente, un tercer conjunto de problemas está relacionado con la falta de atención a las necesidades de protección de los refugiados que generalmente se puede observar en las regulaciones internas de los Estados sobre visados. Así, estas regulaciones no suelen exceptuar a los refugiados de la obligación de obtenerlos.⁹⁰⁶ Es decir, los Estados no sólo no han previsto visados para solicitar asilo sino que, además, exigen su tenencia a los refugiados en las mismas condiciones que a cualquier otro

⁹⁰² Gammeltoft Hansen y Hathaway, «Non-Refoulement in a World», 237 y 246.

⁹⁰³ *Ibid*, 235 y 237. En el mismo sentido, Oficina de la Cruz Roja en la UE, *Addressing the Vulnerabilities linked to Migratory Routes to the European Union*, RCEU 12/2015-002, Position Paper 1, acceso el 7 de noviembre de 2016, http://www.redcross.eu/en/upload/documents/pdf/2015/Migration/RCEU_PP_Migratory%20Routes%20to%20the%20EU_print_final.pdf y CEAR, *The Externalization of Borders: Migration Control and the Right to Asylum: A Framework for Advocacy* (CEAR, 2012), 9.

⁹⁰⁴ Ver apartado B.2.

⁹⁰⁵ Gammeltoft-Hansen y Gammeltoft-Hansen, «The Right to Seek», 448-449. Hathaway, *The Rights of Refugees*, 310.

⁹⁰⁶ Esto debe tenerse en cuenta sin perjuicio de que en el ámbito de la UE para aquéllos refugiados que hayan logrado llegar a la frontera sin visado, es posible la expedición de visados en frontera, así como la autorización de entrada por razones humanitarias, de interés nacional o para el cumplimiento de obligaciones internacionales. La legislación española, por ejemplo, exceptúa el requisito para los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo «en el momento de su entrada en España».

extranjero. La normativa no discrimina, entonces, entre personas necesitadas de protección internacional y personas que migran por otros motivos. Esta deficiencia normativa es una de las mayores críticas a la política común de visados de la Unión Europea y, en concreto, a la elaboración de la llamada «lista negra» de países cuyos nacionales deben ostentar un visado para entrar en el territorio de cualquiera de los Estados Miembros, en la que se incluyen un número considerable de países de origen de refugiados. De hecho, el Código de Visados de la Unión Europea, al que se hará referencia a continuación, no menciona el derecho de asilo ni una sola vez en su articulado.⁹⁰⁷

a) La política común de visados de la UE

La política común de visados de la UE es una de las piedras angulares de la gestión de las fronteras externas de la Unión y del acervo Schengen, por lo que merece dedicarle un apartado especial. La normativa europea tiene por objeto los visados otorgados a nacionales de terceros países no miembros de la Unión Europea para estancias cortas, que son aquéllas estancias en el territorio de los Estados Miembros que no excedan de 90 días dentro de cualquier periodo de 180 días,⁹⁰⁸ así como los visados de tránsito por el territorio de los Estados miembros y los visados de tránsito por las zonas internacionales de los aeropuertos.⁹⁰⁹ La normativa se dirige principalmente a armonizar dos cuestiones esenciales de los sistemas nacionales de visados: en primer lugar, la determinación de los países cuyos nacionales deben obtener un visado para cruzar las fronteras externas de la Unión y, en segundo lugar, ciertos procedimientos y condiciones comunes para la expedición de visados por los Estados miembros.

La política de visados de la Unión Europea y su relación con la normativa internacional de protección de los refugiados ha sido criticada desde diversos sectores académicos. Una de las objeciones principales, que se desarrollará a lo largo de este apartado, es que el régimen de visados de la UE se ha desarrollado en total desconexión con dicha normativa.⁹¹⁰ Igualmente, se ha objetado que esta política tiene el efecto práctico de «dividir el mundo en dos categorías:» aquéllas personas a las que se requiere la obtención de un visado con carácter previo a la salida del país y aquéllos

⁹⁰⁷ Reglamento (CE), nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), D.O. L 243/1.

⁹⁰⁸ Código de Visados, artículo 1.1, modificado por el Reglamento (UE) 610/2009 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013, que sustituye el plazo vigente hasta 2013 de tres meses en un periodo máximo de 6 meses.

⁹⁰⁹ Código de Visados, artículo 1.1.

⁹¹⁰ En este sentido, Violeta Moreno Lax, «Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees», *European Journal of Migration and Law* 10 (2008): 325.

a los que no se les exige.⁹¹¹ Los segundos pueden disfrutar ampliamente de su derecho de libre circulación y se encontrarán con la frontera del Estado cuando lleguen físicamente a ella. Las posibilidades de desplazamiento para los primeros, por el contrario, se restringen de manera considerable. Para ellos la frontera del Estado de destino se sitúa en sus propio país de origen, en el momento en el que se les requiere mostrar su documentación de viaje debidamente visada por las compañías transportistas. En caso de que se aventurasen a viajar sin haber obtenido previamente el visado, serían, en principio, rechazados en la frontera.⁹¹² Para los segundos, los controles se reducen, con la finalidad de no perjudicar el comercio y el turismo, mientras que un número nada desdeñable de países de origen de refugiados engrosan las listas negras, entre ellos, Afganistán, Irak, Siria, Somalia o Sudán.⁹¹³

La exigencia de visados en el ámbito europeo se estableció inicialmente en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.⁹¹⁴ Posteriormente, el Tratado de Maastricht de 1992 insertó en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea el poder del Consejo para adoptar un listado de países a cuyos nacionales se les debía solicitar visado.⁹¹⁵ Este poder se ejercitó por primera vez por el Consejo en 1995,⁹¹⁶ a través de un Reglamento que fue anulado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y fue reemplazado por el Reglamento 574/1999, cuyo contenido fue esencialmente el mismo.⁹¹⁷ Hasta este momento, el poder de

⁹¹¹ Guild, «The Border Abroad», 90-91. Gammeltoft-Hansen and Gammeltoft-Hansen, «The Right to Seek», 448-449.

⁹¹² Guild «The Border Abroad», 90-91.

⁹¹³ Moreno Lax, «Must EU Borders», 324-325.

⁹¹⁴ Acervo de Schengen – Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, D.O. L 239/19, artículo 5.1, que estableció los requisitos generales de entrada de los extranjeros en el área Schengen, derogado por el artículo 39.1 del Código de Fronteras Schengen de 2006 (Reglamento (EC) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006).

⁹¹⁵ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, D.O. C 191/1, artículo G.23, que insertó el artículo 100c.1 en el a partir de entonces Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

⁹¹⁶ Reglamento del Consejo (CE) nº 2317/95, de 25 de septiembre de 1995, que establece los terceros países cuyos nacionales deben estar en posesión de visados para cruzar las fronteras externas de los Estados Miembros, D.O. L 234. Fue anulado por el Tribunal de Justicia el 10 de junio de 1997, caso C-392/95, *Parlamento c. Consejo*, por haberse obviado la consulta al Parlamento Europeo respecto de las modificaciones que el Consejo había realizado en la propuesta inicial de la Comisión. La evolución histórica en relación con la normativa de la UE en esta materia se explica detalladamente en Steve Peers, Elspeth Guild y Jonathan Tomkin, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition. Volume 1: Visas and Border Controls* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 223-226.

⁹¹⁷ Reglamento (CE) nº 574/1999 del Consejo, de 12 de marzo de 1999, por el que se establecen los terceros países cuyos nacionales deben estar en posesión de visados para cruzar las fronteras exteriores de los Estados Miembros.

reglamentar la lista de países afectaba únicamente a aquéllos cuyos nacionales debían cumplimentar el requisito, la denominada «lista negra», pero se dejaba libertad a los Estados Miembros para imponer, o no, visados a los países que no estuvieran en la lista. Fue el Tratado de Amsterdam el que insertó en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea el poder para establecer un listado de Estados cuyos nacionales estaban exentos del requisito de visado, es decir, autorizó también la armonización de una «lista blanca».⁹¹⁸ Tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam en 1999, se ejerció el poder de establecer estos listados, tanto la lista negra como la blanca, a través de la adopción del Reglamento 539/2001 del Consejo,⁹¹⁹ actualmente en vigor, en el que se establece una lista negra de 135 países, entre los que figuran países de procedencia de refugiados como Afganistán, Irak, Siria, Somalia y Sudán.

El Reglamento 539/2001 no incluye ninguna referencia a los refugiados ni a los solicitantes de asilo. Entre los criterios mencionados en el Preámbulo de esta disposición para determinar los países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de obtener visado, se mencionan «la inmigración clandestina, el orden público y la seguridad», o «las relaciones exteriores de la Unión con los terceros países», sin que se realice mención alguna a las obligaciones de los Estados de protección internacional.⁹²⁰ Únicamente, respecto de los «refugiados reconocidos», se establece que estarán obligados a obtener visado o estarán exentos del mismo en función de si el tercer país en el que residan y que haya expedido sus documentos de viaje esté incluido en una lista u otra.⁹²¹ Es decir, aún a los refugiados que hayan sido reconocidos formalmente como tal por un tercer Estado se les exige contar con el preceptivo visado si proceden de un país incluido en la lista negra. Respecto de los refugiados no reconocidos formalmente, la regulación guarda silencio.⁹²²

Además de los listados, la normativa europea ha armonizado determinados procedimientos y condiciones para la expedición tanto de visados de estancias cortas, como visados de tránsito por el territorio de los Estados miembros y visados de

⁹¹⁸ Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, de 10 de noviembre de 1997, D.O. C 340, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999. El Tratado de Amsterdam derogó el Artículo 100c y estableció este poder en el artículo 62.2.b.i).

⁹¹⁹ Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, DO L81/1, (Reglamento 539/2001), Anexo I.

⁹²⁰ Reglamento 539/2001, Preámbulo 5.

⁹²¹ *Ibid*, Preámbulo 7) y art. 3.

⁹²² Debe tenerse en cuenta aquí que la declaración formal de refugiado no es constitutiva sino meramente declarativa, un refugiado lo es cuando cumple las condiciones establecidas en el artículo 1 de la Convención de Ginebra, aunque no haya sido reconocido como tal. Ver el epígrafe III del Capítulo 4.

tránsito por las zonas internacionales de los aeropuertos.⁹²³ Esta armonización se ha llevado a cabo principalmente a través del Código de Visados de 2009 que reemplaza la regulación anterior sobre esta cuestión, dispersa en diferentes normas.⁹²⁴ En este Código tampoco se reconoce a los refugiados un estatuto especial. En lo que se refiere a su ámbito de aplicación, el Código se limita a aclarar que abarca aquéllos nacionales sometidos a la obligación de obtener un visado de conformidad con el listado de países dispuesto por el Reglamento 539/2001.⁹²⁵ Es decir, en este Código se les otorga también el mismo tratamiento que a los nacionales del Estado en el que residan, con independencia de su reconocimiento como refugiados. Tampoco en esta norma se hace alusión alguna respecto de los refugiados que no hayan sido aún formalmente reconocidos.

Por su parte, el Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen) exige igualmente el visado a los nacionales de cualquier país que esté incluido en la lista negra.⁹²⁶ La primera conclusión que se extrae del estudio de la normativa europea hasta el momento es, entonces, que el visado es exigible a los refugiados en las mismas condiciones que a cualquier otro extranjero.⁹²⁷ La pregunta que surge a continuación es qué ocurre con aquéllos refugiados que, aún no teniendo visado, consiguen llegar a la frontera del país de destino. Respecto a éstos, tanto el Código de Fronteras Schengen como el Código de Visados permiten a los Estados autorizarles la entrada, siempre que cumplan con los requisitos para que les sea expedido un visado en frontera.⁹²⁸ No obstante, a diferencia del Código de Visados y del Reglamento 539/2001, el Código de Fronteras Schengen no es ajeno a las dificultades que para los refugiados supone cumplimentar estos requisitos. Por esta razón el Código De Fronteras Schengen estipula en su artículo 14 que la negativa de entrada «no será un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional».⁹²⁹ La duda que se presenta inmediatamente es si esta disposición libera a los refugiados de la necesidad de obtener un visado: por una parte, parece que el

⁹²³ Código de Visados, art. 1.1.

⁹²⁴ Fundamentalmente, el Código de aplicación del Convenio Schengen de 1985 y la Instrucción Consular Común.

⁹²⁵ Código de Visados, art. 1.2.

⁹²⁶ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen) (texto codificado), D.O. L 77/1, artículo 6.1.b).

⁹²⁷ En el ámbito del Consejo de Europa y para aquéllos refugiados que residan legalmente en el territorio de los Estados firmantes, debe citarse también el Acuerdo Europeo nº 31 sobre la abolición de visados para los refugiados, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, cuyo objetivo es facilitar la libre circulación de los refugiados por el territorio de los Estados firmantes. Ratificado por 23 de los Estados miembros del Consejo de Europa, no son parte del mismo Estados como Grecia, Turquía, Rusia o Ucrania.

⁹²⁸ Código de Fronteras Schengen, artículo 6.5.b y Código de Visados, artículos 35 y 36.

⁹²⁹ Código de Fronteras Schengen, artículo 14.1.

requisito del visado es de obligado cumplimiento para los refugiados, ya que ninguna excepción se establece para ellos en las normas que específicamente regulan el requisito del visado en la Unión Europea. Por otro lado, sin embargo, parece que la negativa a entrar no puede anteponerse a las obligaciones internacionales en materia de asilo y protección internacional.

En opinión de una buena parte de la doctrina,⁹³⁰ debe entenderse que los refugiados quedan eximidos de la obligación de obtener un visado, ya que es lo que resulta más congruente con otras disposiciones normativas europeas aplicables, entre ellas, el texto del propio Código de Aplicación del Acuerdo de Schengen que instauró los visados, según el cual, las condiciones de entrada tampoco pueden ser un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales reguladoras del derecho de asilo.⁹³¹ En el mismo sentido, el artículo 4 del Código de Fronteras Schengen de 2016 dispone que «en la aplicación del presente Reglamento, los Estados miembros actuarán dentro del pleno respeto del (...) Derecho internacional aplicable, incluida la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951; de las obligaciones relativas al acceso a la protección internacional, en especial el principio de no devolución, y de los derechos fundamentales».⁹³²

A su vez, esta es la interpretación más coherente con el hecho de que se autorice a los Estados la expedición de visados por «motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales» para aquéllos nacionales de terceros países que no cumplan con los requisitos de documentación establecidos para cruzar las fronteras exteriores⁹³³ o de «visados de validez territorial limitada» en caso de que el Estado miembro considere necesario establecer una excepción al principio de obligado cumplimiento de las condiciones de entrada del Código de Fronteras Schengen, igualmente por «razones humanitarias, de interés nacional o debido a obligaciones internacionales».⁹³⁴ A nuestro juicio, entre las «obligaciones internacionales» de los Estados deben entenderse incluidas las derivadas de la Convención de Ginebra de 1951 y demás normas internacionales de protección de los refugiados. No obstante, resulta ciertamente llamativo que, aún cuando se trate de dar cumplimiento a «obligaciones internacionales», la emisión de visados se configure como una facultad discrecional de los Estados. La expedición por los Estados miembros de la UE de este tipo de visados ha despertado un elevado interés recientemente, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto X y X c. Bélgica, por lo que se hará una breve referencia a los mismos en el epígrafe b siguiente.

⁹³⁰ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 173-174. En el mismo sentido, respecto de los visados humanitarios, Moreno Lax, «Must EU borders», 327-328.

⁹³¹ Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, artículo 5, párrafo segundo.

⁹³² En el mismo sentido, el Preámbulo de esta disposición, en su apartado 36.

⁹³³ Código de Fronteras Schengen 2016, artículo 6.5.c.

⁹³⁴ Código de Visados, artículo 25.1.a.i.

Finalmente, esta interpretación es consistente, con legislaciones internas como la española, cuya Ley Orgánica de Extranjería dispone que los requisitos de entrada en el territorio español no serán de aplicación «a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España».⁹³⁵

No obstante, aún considerando superada la anterior contradicción normativa, las dificultades de acceso a la protección internacional no desaparecen para los refugiados. En primer lugar, es una paradoja que a los refugiados no se les exceptúe de este requisito hasta el mismo momento en el que éstos se disponen a cruzar las fronteras exteriores de la Unión, es decir, cuando se activan las condiciones de entrada establecidas en el Código Schengen de Fronteras y las legislaciones internas de los Estados.⁹³⁶ Cabe preguntarse por qué, si el resultado final de la interpretación sistemática de la normativa europea es que los refugiados no tienen que obtener un visado, no se ha previsto una excepción explícita en dicho sentido en el Código de Visados. Es muy ilustrativo en este sentido el mencionado texto de la Ley española de extranjería, para la cual el requisito se exceptúa a los solicitantes de asilo en el mismo «momento de su entrada en España»,⁹³⁷ pero no antes. La regulación parece obviar que para estar en condiciones de entrar en España, los refugiados han tenido previamente que salir de sus países de origen y, por tanto, que someterse al control de sus visados por las compañías de transporte.

En segundo lugar, este análisis debe completarse a la luz de las prácticas de los Estados Miembros y del resto de instrumentos que éstos emplean para hacer efectivas las condiciones de entrada en su territorio. En efecto, la práctica pone en evidencia que el procedimiento estándar en los aeropuertos extranjeros es que los oficiales de inmigración o los transportistas se limiten a verificar simplemente si los individuos poseen el visado, sin consideración de ningún tipo por los derechos de los eventuales refugiados,⁹³⁸ lo cual se encuentra directamente relacionado con el hecho de que estén a expensas de las posibles sanciones impuestas por el Estado de llegada en caso de que incumplan sus obligaciones de comprobación de documentos de viaje. Asimismo, el Código de Fronteras Schengen requiere otras condiciones de entrada que es muy poco probable que los refugiados puedan cumplir, entre ellos, la justificación documental del objeto y condiciones de su estancia, así como de que disponen de medios de subsistencia suficientes para ella y para el regreso a su país de origen o, al menos, que están en condiciones de obtener legalmente estos medios.⁹³⁹

⁹³⁵ Ley española de extranjería, artículo 25.3.

⁹³⁶ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 173–174.

⁹³⁷ Ley española de extranjería, artículo 25.3.

⁹³⁸ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 173–174.

⁹³⁹ Código de Fronteras Schengen, artículo 6.1.c.

En conclusión, sorprende la imprecisión y falta de claridad con que la normativa europea afronta la regulación de la exigencia de visado para los refugiados, a cuya protección, no debe perderse de vista, se han vinculado todos los Estados Miembros de la Unión Europea. Asimismo, aún en el caso de que se considere salvada la contradicción normativa y, por tanto, que los refugiados están exentos de la obligación de poseer un visado, el acceso de éstos a territorio europeo no se hace más fácil, ya que, en realidad, lo que se impide al refugiado no es «entrar», sino «salir» de su país. La consecuencia directa de la aplicación conjunta de la normativa de visados y de sanciones a transportistas es la privación de derecho del eventual refugiado a salir de su país.

b) La expedición de visados humanitarios y de validez territorial limitada en la Unión Europea

El artículo 6.5.c del Código de Fronteras Schengen de 2016 permite a los Estados excepcionar los requisitos de entrada para los nacionales de terceros países establecidos en el párrafo 1 del mismo artículo, entre ellos el de estar en posesión de un visado válido. En concreto, este precepto establece:

6.5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:

c) por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro *podrá* autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros.⁹⁴⁰

Por su parte, el artículo 25.1.a.i del Código de Visados faculta a los Estados para emitir visados de validez territorial limitada (VVTL), aunque el solicitante no cumpla algunos de los requisitos de entrada establecidos en el Código de Fronteras Schengen. Estos visados son aquellos que se consideran válidos «para el territorio de uno o más Estados miembros, pero no de todos».⁹⁴¹ De conformidad con dicho artículo:

25.1. Se *expedirá* un visado de validez territorial limitada excepcionalmente en los casos siguientes:

a) Cuando el Estado miembro de que se trate *considere* necesario, por razones humanitarias o de interés nacional o debido a *obligaciones internacionales*,

⁹⁴⁰ Código de Fronteras Schengen 2016, art. 6.5.c., cursiva añadida.

⁹⁴¹ Código de Visados, art. 2.4.

i) establecer una excepción al principio de obligado cumplimiento de las condiciones de entrada fijadas en el artículo 5, apartado 1, letras a), c), d) y e), del Código de fronteras Schengen.⁹⁴²

La interpretación del concepto de «obligaciones internacionales» a la que se refiere este artículo fue una de las cuestiones centrales planteadas por el *Conseil du Contentieux des Étrangers* belga en la cuestión prejudicial que sometió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el *Asunto X y X c. Bélgica*, resuelta por el Tribunal en su sentencia de 7 de marzo de 2017.⁹⁴³ Este asunto versa sobre la denegación por la Oficina de Extranjería belga de los visados de validez territorial limitada que habían sido solicitados por una familia siria ante la embajada de Bélgica en Beirut. Los demandantes explicaron en el litigio principal que los visados solicitados tenían por finalidad «permitirles abandonar la ciudad asediada de Aleppo para presentar una petición de asilo en Bélgica».⁹⁴⁴ Por su parte la Oficina de Extranjería belga motivó su decisión denegatoria en que los demandantes tenían la intención de permanecer más de 90 días en Bélgica, que el artículo 3 del CEDH no obliga a los Estados a admitir en sus territorios a las personas «que vivan una situación catastrófica» y que las representaciones diplomáticas belgas no figuran entre las autoridades ante las que un extranjero puede solicitar asilo.⁹⁴⁵ El Estado belga por su parte alegó ante el órgano jurisdiccional remitente que no queda obligado, ni por el artículo 3 del CEDH ni por el artículo 33 de la Convención de Ginebra a admitir en su territorio a un nacional de un tercer país, «siendo su única obligación a este respecto la de no devolver a ese nacional».⁹⁴⁶

El *Conseil du Contentieux des Étrangers* belga en su cuestión prejudicial solicitó al TJUE que se pronunciase sobre si las «obligaciones internacionales» mencionadas en el artículo 25 del Código de Visados incluyen los derechos garantizados en los artículos 4 (prohibición de la tortura) y 18 (derecho de asilo) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como el artículo 3 del CEDH (prohibición de la tortura) y 33 de la Convención de Ginebra (non-refoulement). En caso de ser así, el

⁹⁴² Código de Visados, art. 25.1.a.i., cursiva añadida. La referencia debe entenderse ahora al artículo 6 del Código de Fronteras Schengen de 2016, tras la derogación del Código de 2006 (Reglamento 56272006, de 15 de marzo de 2006). Es decir, este artículo permite a los Estados emitir VVTL aunque los solicitantes no estén en posesión de documentos de viaje válidos (apartado 6.1.a del Código de fronteras Schengen), o de los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia y de que se dispone de medios de subsistencia para la estancia y para el regreso (apartado 6.1.c), o aunque estén inscritos como no admisibles en el Sistema de Información Schengen (apartado 6.1.d) o aunque supongan una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales (apartado 6.1.e.).

⁹⁴³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Asunto X y X c. Bélgica*, sentencia de 7 de marzo de 2017, C-638/16 PPU, C:2017:173.

⁹⁴⁴ TJUE, *Asunto X y X c. Bélgica*, párr. 19 y 20.

⁹⁴⁵ *Ibid*, párr. 21.

⁹⁴⁶ *Ibid*, párr. 24.

Conseil cuestiona al TJUE si el Estado miembro está obligado a expedir un visado de validez territorial limitada cuando resulte probado el riesgo de infracción de tales artículos, sin perjuicio del margen de apreciación del que dispone el Estado miembro en relación con las circunstancias del asunto.

El TJUE, en contra de la opinión del Abogado General Mengozzi, no contesta a las preguntas anteriores, sino que, en su facultad de proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para resolver el asunto aun cuando no hubieran sido alegados por el órgano jurisdiccional nacional,⁹⁴⁷ resuelve que las autoridades belgas calificaron erróneamente las solicitudes de asilo como visados de corta duración, y que la solicitud realizada en concreto por la familia siria no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Código de Visados, sino que «sólo está sujeta al Derecho nacional».⁹⁴⁸ El argumento principal del Tribunal es que se trata de un visado de validez territorial solicitado con la intención de presentar, una vez dentro del Estado miembro, una solicitud de protección internacional y, por tanto, de permanecer en dicho Estado miembro más de 90 días en un periodo de 180. Esto queda excluido de la normativa europea de visados, que, como se expuso con anterioridad, únicamente armoniza las obligaciones de los Estados respecto de los visados de corta duración. Por lo tanto, según el Tribunal, no es una cuestión de Derecho de la UE, sino de Derecho interno de cada uno de los Estados miembros.

Este argumento del TJUE se encontraba con un problema, ya que, en principio, las dudas razonables del Estado acerca de la intención del solicitante de abandonar su territorio antes de la expiración del plazo de duración del visado se tratan en el Código de Visados (artículo 32.1.b) como *causas de denegación* del visado, no como supuestos de exclusión de la aplicación del Código. Por esta razón, el TJUE trata de conciliar su argumento con el artículo 32.1.b. en los siguientes términos:

«Esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que, según el artículo 32, apartado 1, letra b), del Código de visados, la existencia de «dudas razonables acerca de [la] intención [del solicitante] de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración del visado solicitado» constituya un motivo para denegar el visado y no un motivo para no aplicar el Código».⁹⁴⁹

Lo que no hace el tribunal es aportar ninguna justificación al respecto, a pesar de que los efectos jurídicos de una u otra calificación sean tan diversos.⁹⁵⁰ Tampoco hace alusión el Tribunal a que el artículo 32.1.b establece las causas de denegación «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 25.1», es decir, el Estado podría decidir no

⁹⁴⁷ *Ibid*, párr. 39.

⁹⁴⁸ *Ibid*, párr. 51.

⁹⁴⁹ TJUE, *ibid*, párr. 46

⁹⁵⁰ En principio, la denegación del visado da derecho a recurso al solicitante, pero no queda claro en la norma si el recurso también existe en el caso de los VVLT.

denegar el visado aunque tuviera dudas sobre la intención del solicitante de permanecer más allá del plazo del VVTL. Esto es así porque precisamente estos visados pretenden excepcionar los requisitos de entrada en el territorio de los Estados miembros, por lo que, si el Estado ha decidido concederlos, también deben quedar excepcionados del régimen ordinario de las causas de denegación. En definitiva, el Código de Visados autoriza al Estado a emitir VVLT aunque tenga dudas sobre la intención del solicitante de abandonar el territorio. Si esto es una facultad que concede el propio Código de Visados a los Estados ¿cómo puede ser que no quede comprendido dentro del ámbito de aplicación del Código de Visados, según el Tribunal? El hecho de que se trate de una facultad discrecional del Estado conceder los VVTL, o no, no excluye la aplicación del Derecho de la Unión, respecto de lo que éste regule.

Añade el Tribunal que no es posible llegar a otra conclusión porque ello

«equivaldría a permitir a los nacionales de terceros países, habida cuenta de que el Código de visados fue concebido para la expedición de visados para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros no superiores a 90 días por período de 180 días, que presenten solicitudes de visado, basándose en dicho Código, con la finalidad de obtener la protección internacional en el Estado miembro de su elección, lo cual iría en contra de la estructura general del sistema establecido por el Reglamento n.º 604/2013».

Es decir, según el Tribunal, permitir a un nacional de un tercer país solicitar un VVTL con la intención posterior de solicitar asilo infringiría el sistema Dublín de determinación del Estado responsable de examinar las solicitudes de asilo. No obstante, a nuestro juicio, resulta complicado entender en qué consiste tal infracción. El hecho de que un Estado emita un VVTL por motivos humanitarios implica que éste ha permitido, en ejercicio de una facultad legítima, el acceso en su territorio de un individuo determinado por razones humanitarias o para cumplir sus obligaciones internacionales. En dichos casos, el sistema de Dublín establece que dicho Estado será responsable del examen de la solicitud de protección internacional,⁹⁵¹ lo mismo que si el individuo ha entrado irregularmente en un Estado miembro, es éste Estado quien debe responsabilizarse de examinar la solicitud. ¿Quiere decir el Tribunal que en caso de que Bélgica no hubiera emitido el visado, los solicitantes hubieran tenido que entrar irregularmente a través de otro Estado que hubiera sido el responsable de examinar sus solicitudes de asilo en vez de Bélgica? A nuestro juicio se trata de dos procesos jurídicos distintos que hacen referencia a instituciones diferentes. Bélgica está

⁹⁵¹ Reglamento (UE) n.º 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) (Reglamento Dublin III), art. 12.

facultada a emitir visados de validez territorial limitada, en los supuestos establecidos en el artículo 25.1 del Código de Visados. Esto debe entenderse sin perjuicio de que Bélgica siempre estará obligada a examinar las solicitudes de asilo que se presenten en su territorio por solicitantes que ostenten un visado válido, ya se trate de un visado ordinario o de un visado de validez territorial limitada. En cualquier caso, como la emisión de VVTL podría conllevar la obligación de examinar la solicitud de asilo, Bélgica, en principio, podría decidir denegarlo.

El último argumento que emplea el Tribunal hace referencia a que, de llegar a otra conclusión, se estaría obligando a los Estados miembros a permitir en la práctica las solicitudes de asilo en sus representaciones diplomáticas en el extranjero, cuando dichas solicitudes no están contempladas por la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Esta Directiva se aplica únicamente a las solicitudes de asilo presentadas en el territorio, la fronteras, las aguas territoriales y las zonas de tránsito de los Estados miembros y excluye de la regulación las solicitudes presentadas en sus representaciones diplomáticas.⁹⁵² No obstante, el hecho de que las solicitudes de asilo en representaciones diplomáticas no estén reguladas por la Directiva 2013/32/UE no quiere decir que estén prohibidas. De hecho, la Directiva 2011/95/UE sobre requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de la protección internacional, permite a los Estados dictar normas más favorables para determinar quién reúne los requisitos para ser reconocido como refugiado y para determinar el contenido de la protección internacional, por lo que, a nuestro juicio, un Estado podría admitir las solicitudes de asilo presentadas en representaciones diplomáticas sin que ello suponga infringir el Derecho de la Unión Europea.

En definitiva, a nuestro juicio, el Tribunal ha perdido una gran oportunidad de interpretar el significado del artículo 25.1. del Código de Visados, cuyo texto es ciertamente confuso, ya que si bien en su primer inciso exige a los Estados que emitan los VVTL («se expedirá»), posteriormente lo deja al arbitrio de éstos («cuando el Estado miembro de que se trate *considere necesario*») incluso cuando su expedición pretenda el cumplimiento de «obligaciones internacionales». La cuestión clave respecto de dicho artículo es cuáles son dichas obligaciones internacionales y si su cumplimiento obliga al Estado a emitir VVTL o se trata de una facultad discrecional de éstos. Al excluir el Tribunal la cuestión del Derecho de la Unión, no se pronuncia sobre ello ni interpreta un artículo que está formulado en unos términos tan imprecisos. Si la excepción a los requisitos de entrada en el territorio de los Estados miembros viene

⁹⁵² Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), art. 3.

permitida por el Derecho de la Unión, es razonable esperar del Tribunal que interprete las condiciones en las que cabe dicha excepción. Asimismo, cabe preguntarse qué hubiera decidido el Tribunal si los solicitantes no hubieran alegado en el procedimiento ante las autoridades belgas su intención de solicitar asilo en Bélgica, sino simplemente que huían de la ciudad asediada de Aleppo para proteger sus vidas, es decir, por razones puramente humanitarias.

Frente a la argumentación del Tribunal, debe hacerse mención a la opinión del Abogado General Mengozzi, que en sus Conclusiones en el Asunto, defendió que el artículo 25.1 del Código de Visados no se limita simplemente a facultar a los Estados la emisión de los VVTL, sino que exige a éstos la expedición de los visados «si existen razones serias y fundadas para creer que la denegación de expedir dicho documento tiene como consecuencia directa que este nacional correrá el riesgo de sufrir tratos prohibidos por el artículo 4 de la Carta, al privarle de una vía legal para ejercer su derecho de solicitar protección internacional en dicho Estado miembro». ⁹⁵³ Dado que es inusual que el Tribunal se aparte de las Conclusiones Generales del Abogado General, este caso es especialmente llamativo. Frente al formalismo del Tribunal, el Abogado General Mengozzi apeló al Derecho de la Unión en términos generales y allanó el camino al Tribunal para que fuera más lejos (*plus loin*), más concretamente, le invitó a hacerlo en estos términos:

«À l’heure où les frontières se ferment et où les murs s’érigent, les États membres ne fuient pas leurs responsabilités, telles qu’elles découlent du droit de l’Union ou, permettez-moi l’expression, du droit de leur et de notre Union. (point 4).

Dans la présente affaire, la Cour a cependant l’occasion d’aller plus loin, comme je l’y invite, en consacrant la voie légale d’accès à la protection internationale qui résulte de l’article 25, paragraphe 1, sous a), du Code des Visas. Que l’on ne se méprenne pas : ce n’est pas parce que l’émotion le dicte, mais parce que le droit de l’Union le commande». ⁹⁵⁴

Finalmente, es preciso mencionar que, aunque no formaba parte del objeto de las cuestiones prejudiciales sometidas al Tribunal, el *Conseil du Contentieux des Étrangers* en el procedimiento interno se pregunta si la aplicación de la política de visados puede constituir un ejercicio de la jurisdicción por los Estados en el sentido del artículo 1 del CEDH. Asimismo, considera, que a diferencia de dicho Convenio, la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE no depende del ejercicio

⁹⁵³ Petición de decisión prejudicial planteada por el *Conseil du Contentieux des Étrangers* (Bélgica) el 12 de diciembre de 2016, *Asunto X y X c. Bélgica*, Conclusiones del Abogado General M. Paolo Mengozzi, de 7 de febrero de 2017, C638/16 PPU, EU:C:2017:93, párr. 176.

⁹⁵⁴ *Ibid*, párr. 4 y 175.

de la jurisdicción, sino de que se esté aplicando el Derecho de la Unión, por lo que no tiene una aplicación territorial limitada.⁹⁵⁵

2. Las obligaciones de los transportistas internacionales y el régimen de sanciones por su incumplimiento

El mero hecho de no poseer un visado no impide por sí sólo el acceso al territorio de los Estados y a sus sistemas nacionales de protección internacional. En efecto, los eventuales refugiados podrían presentarse en las fronteras del Estado y hacer una solicitud de asilo, a pesar de no ostentar un visado. Dicha solicitud tendría que ser examinada por las autoridades nacionales, quienes están sujetas, en principio, a la prohibición de *refoulement*. No obstante, las políticas estatales de visados no pueden analizarse de manera aislada, sino que es necesario su examen dentro del sistema global de medidas de control migratorio de los Estados. En especial, deben estudiarse en íntima relación con las obligaciones impuestas a las compañías aéreas y transportistas internacionales y el régimen de sanciones a éstas en caso de incumplimiento. Efectivamente, es precisamente esta medida la que ha convertido la necesidad de ostentar un visado en una precondition sin la cual los individuos no son autorizados a salir de su país de origen. Es, asimismo, una de las medidas que está más extendida en la práctica. Ha sido, por ello, calificada como una de las herramientas básicas de los Estados en la implementación de controles migratorios remotos y uno de los principales obstáculos al que se enfrentan los refugiados para acceder al territorio del Estado deseado de destino y solicitar asilo.⁹⁵⁶

Los autores sitúan a Reino Unido y Estados Unidos como pioneros en la imposición de obligaciones de control de pasajeros a las compañías de transporte, ya desde finales del siglo XVIII y principios del XIX, pero fue realmente a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado cuando este tipo de medidas se extendió a lo largo del mundo industrializado y, particularmente, de Europa.⁹⁵⁷ La obligación de los Estados de adoptar legislación interna dirigida a incorporar las sanciones a los transportistas se exige en diversos instrumentos internacionales que gozan de una alta ratificación por los Estados, por lo que, actualmente, la gran mayoría de los países del

⁹⁵⁵ TJUE, *Asunto X y X c. Bélgica*, párr. 25 y 26.

⁹⁵⁶ Gammeltoft Hansen, *Access to Asylum*, 160.

⁹⁵⁷ *Ibid.* Este autor profundiza en la evolución histórica en EEUU. En el mismo sentido, Collinson, «Visa Requirements, Carrier Sanctions», 80; Sophie Scholten y Paul Minderhoud, «Regulating Immigration Control: Carrier Sanctions in the Netherlands», *European Journal of Migration and Law* 10 (2008): 124; Ece Basaran, «Evaluation of the «Carriers' Liability» Regime as Part of the EU Asylum Policy under Public International Law», *Uluslararası Hukuk ve Politika* 4, nº 15 (2008): 152. ACNUR, *UNHCR Position: Visa Requirements and Carrier Sanctions* (1995), 1, acceso el 3 de noviembre de 2016, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b33a10.html>.

mundo están sujetos a dicha obligación y, de hecho, la han incorporado efectivamente a sus legislaciones internas.⁹⁵⁸ Entre los referidos instrumentos internacionales cabe citar el Anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional,⁹⁵⁹ así como los Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.⁹⁶⁰ Es una medida que, asimismo, forma parte del acervo Schengen en el ámbito regional de la Unión Europea, normativa a la que se hará referencia particular más adelante.

Del texto de estos instrumentos internacionales pueden inferirse los tres elementos que habitualmente constituyen el contenido de esta medida. Primero, la obligación de comprobar los documentos de viaje de los pasajeros por parte de las compañías. Segundo, la obligación de hacerse cargo de los viajeros no documentados desde que se les considera no admisibles y de devolverlos al punto donde iniciaron el viaje o a otro lugar donde sean admisibles. Tercero, el sometimiento a multas en caso de incumplir estas obligaciones. El objetivo primordial para el que se han diseñado es evitar la llegada de inmigrantes no documentados que viajen directamente de sus países de origen a países occidentales, por lo que pretenden incidir sobre todo en el transporte aéreo internacional.

El análisis jurídico de estas prácticas debe partir de la consideración de que son medidas lícitas desde la perspectiva del Derecho Internacional y que, en principio, no deberían interferir en la protección jurídica internacional otorgada a los refugiados.

⁹⁵⁸ Tilman Rodenhäuser, «Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control», *International Journal of Refugee Law* 26, nº 2 (2014): 226.

⁹⁵⁹ Convenio sobre Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, Anexo 9, Capítulo 5 (personas no admisibles y deportadas), estándares 5.9 (El explotador de aeronaves será responsable de los costos de la custodia y cuidado de una persona documentada inapropiadamente desde el momento en que se considera no admisible y se le entrega nuevamente al explotador de aeronaves para su retiro del Estado) y 5.11 (El explotador de aeronaves trasladará a la persona no admisible: a) al punto donde inició su viaje; o b) a cualquier otro lugar donde sea admisible). Se trata de una norma y método recomendado elaborado por la OACI e incorporado al Convenio como Anexo, aunque tienen gran impacto sobre las legislaciones internas de los Estados parte. Ver en este sentido, Rodenhäuser, «Another Brick in the Wall», 227.

⁹⁶⁰ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Ambos incluyen un artículo 11 (*medidas fronterizas*) cuyo texto es idéntico. En concreto, sus párrafos 3 y 4 establecen: 3. Cuando proceda y sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables se preverá, entre esas medidas, la obligación de los transportistas comerciales, incluidas las empresas de transporte, así como los propietarios o explotadores de cualquier medio de transporte, de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar en el Estado receptor. 4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para prever sanciones en caso de incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 3 del presente artículo.

Así, los Protocolos contra el Tráfico de Migrantes y Trata de Personas estipulan que las obligaciones de los transportistas deberían establecerse «sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables», entre las que deben entenderse incluidas sin lugar a dudas la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y otros tratados internacionales en los que se contengan normas de protección de los refugiados. De manera mucho más explícita, el Anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional recoge la obligación de respetar la prohibición de devolución: «Nada en esta disposición deberá interpretarse en el sentido de permitir el regreso de una persona que busque asilo en el territorio de un Estado contratante a un país donde su vida o libertad pudieran verse amenazadas por razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o de sus opiniones políticas».

No obstante, el carácter problemático de las sanciones a los transportistas para la protección de los refugiados se ha explicado por la doctrina por diversas razones que versan principalmente sobre el modo en el que operan en la práctica. El principal argumento crítico en este sentido es que trasladan a las compañías transportistas la responsabilidad de examinar la tenencia y validez de los visados y documentos de viaje, tarea que constituye una función estatal para cuyo desempeño no estarían autorizadas, en principio, dichas compañías. Además, como no puede ser de otro modo, las compañías transportistas se rigen por principios de mercado: si los costes de las multas exceden de los beneficios por la venta de billetes, en ningún caso se arriesgarán a transportar a pasajeros sin documentación, sean o no eventuales solicitantes de asilo, estén o no en riesgo de ser perseguidos.⁹⁶¹ Su única motivación será verificar la tenencia de los documentos para evitar las sanciones, sin tener en consideración las eventuales necesidades de protección internacional de los viajeros. De hecho, se ha considerado como la principal causa del notable descenso de las solicitudes de asilo en aeropuertos internacionales.⁹⁶² A este problema se une que los empleados de las compañías carecen habitualmente de la formación y experiencia

⁹⁶¹ Noll, *Negotiating Asylum*, 177. En el mismo sentido, Goodwin Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 377; Sophie Scholten y Paul Minderhoud, «Regulating Immigration Control», 135; Gammeltoft Hansen, *Access to Asylum*, 169-170 y ACNUR, *Position on Conventions Recently Concluded in Europe (Dublin and Schengen Conventions)*, (1991), acceso el 3 de noviembre de 2016, <http://www.unhcr.org/protection/operations/43662e942/unhcr-position-conventions-recently-concluded-europe-dublin-schengen-conventions.html>. En el ámbito europeo las sanciones pecuniarias oscilan entre 3.000 y 5.000 euros por persona transportada o si se trata de sanciones impuestas a tanto alzado con independencia del número de personas transportadas, el importe mínimo establecido para cada infracción son 500.000 euros, de acuerdo con el artículo 4.1. de la Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

⁹⁶² Collinson, «Visa Requirements, Carrier Sanctions», 80.

necesarias para comprobar si dichas necesidades existen,⁹⁶³ además de que están sujetos a estrictas limitaciones de tiempo y al carácter altamente expeditivo de los procedimientos de embarque.⁹⁶⁴ La falta de formación, en especial, ha sido una de las principales deficiencias señaladas tanto por la doctrina como por las principales ONGs en referencia tanto al sistema europeo como al caso español.⁹⁶⁵

Si esta cuestión se traslada a un plano técnico-jurídico, el principal problema que plantean las sanciones a los transportistas es el de quién asume la responsabilidad por sus actuaciones. Esta medida conlleva una privatización del control migratorio, a través de la cual las funciones estatales son asumidas por compañías privadas que no están sujetas ni al Derecho Internacional de los Refugiados, ni al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁹⁶⁶ En este contexto, es necesario dilucidar si su actuación puede dar lugar a responsabilidad de los Estados por incumplimiento de sus obligaciones internacionales de protección de los refugiados y, en particular, de la prohibición de *non-refoulement*, en aquéllos casos en los que las compañías transportistas denieguen el embarque de pasajeros que estén en riesgo de persecución.⁹⁶⁷ Asimismo, se pone en cuestión si es posible responsabilizar al Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de derechos humanos, notablemente, del derecho a salir del propio país que regula el artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁹⁶⁸ La pregunta previa debería ser, entonces, si puede apreciarse que existe jurisdicción del Estado sobre aquéllos refugiados a quienes las compañías transportistas han rechazado por no estar en posesión de la documentación requerida por su normativa interna. Finalmente, algunos autores defienden que la imposición de sanciones a transportistas podría ser contraria a la prohibición de penalizar a los refugiados por entrar irregularmente en el país que se prevé en el artículo 31 de la Convención de Ginebra.⁹⁶⁹

⁹⁶³ Goodwin Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 377. En el mismo sentido, Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 175.

⁹⁶⁴ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 175.

⁹⁶⁵ Angeles Solanes Corella, «Derechos Humanos y Asilo: Sobre las Deficiencias del SECA y la Regulación Jurídica Española», *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá VII* (2014): 187-189.

⁹⁶⁶ Gammeltoft-Hansen y Gammeltoft-Hansen, «The Right to Seek-Revisited», 451.

⁹⁶⁷ Gammeltoft Hansen, *Access to Asylum*, 174-175.

⁹⁶⁸ Goodwin Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 380-384.

⁹⁶⁹ Antonio Cruz, «Carriers Liability in the Member States of the European Union», *CCME (Churches Commission for Migrants in Europe) Briefing Paper 17* (1994): 16.

a) Las obligaciones y sanciones a transportistas en el ámbito de la Unión Europea

Uno de los sistemas más completos de imposición de sanciones a transportistas es, una vez más, el desarrollado en el ámbito de la Unión Europea. Las normas principales que configuran el sistema europeo en esta materia son el artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985⁹⁷⁰ y la Directiva 2001/51/CE del Consejo por la que se completan las disposiciones dicho artículo.⁹⁷¹ Esta normativa se completa con otras dos Directivas, una de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea⁹⁷² y otra de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas.⁹⁷³

El mencionado artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen establece la obligación de los Estados Miembros de introducir en sus legislaciones nacionales tres tipos de obligaciones para las compañías que trasladan nacionales de terceros países hasta las fronteras externas de la Unión: (i) la obligación de hacerse cargo de los extranjeros a quienes se niegue la entrada en el territorio de uno de los Estados Miembros y de devolverlos al tercer Estado desde el que fueron transportados o que emitió sus documentos de viaje o a cualquier otro tercer Estado donde se garantice su admisión;⁹⁷⁴ (ii) la obligación de verificar que el viajero ostenta los documentos de viaje exigidos para entrar en el territorio de los Estados Miembros; así como (iii) la obligación de hacer frente a las sanciones para el caso de que las compañías trasladen a viajeros que no estén en posesión de los documentos de viaje necesarios. La Directiva 2001/51/CE, por su parte, desarrolla algunas cuestiones relativas a estas obligaciones, estableciendo unos baremos de cuantías para las sanciones pecuniarias, aunque deja libertad a los Estados para que establezcan sanciones de otro tipo como la inmovilización, incautación o decomiso del medio de

⁹⁷⁰ Acervo de Schengen – Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985, art. 26.

⁹⁷¹ Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. (Directiva 2001/51/CE)

⁹⁷² Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea, DO L 321/26

⁹⁷³ Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, DO L 261/24

⁹⁷⁴ Nótese que la norma se refiere a «documentos de viaje», sin hacer referencia explícita a visados, que se incluyen como un apartado separado en el listado de requisitos a cumplir para cruzar las fronteras exteriores de la Unión. Esto ha sido criticado como una imprecisión de la Directiva que da lugar a incertidumbre respecto de las obligaciones de los Estados, aunque algunos de ellos imponen también las sanciones en caso de falta de visado. Ver en ese sentido Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 176-177

transporte, o la suspensión provisional o retirada de la autorización de explotación a la compañía transportista.⁹⁷⁵

La pregunta obligada en este análisis es, nuevamente, si en la normativa europea se establece algún tipo de excepción en virtud de la cual no se penalice a las compañías transportistas cuando trasladen a personas cuya intención sea solicitar asilo en el Estado de destino. En este sentido, es interesante destacar que en la propuesta de Directiva se establecía una excepción en este sentido, concretamente, cuando las personas fueran admitidas en el territorio del Estado Miembro con la finalidad de realizar una solicitud de asilo. No obstante, esta excepción fue eliminada de la versión final de la Directiva, ya que, en palabras de la delegación alemana, la misma podría «hacer inefectivas las sanciones e incrementar las solicitudes de asilo».⁹⁷⁶ En su lugar, se introdujo en el Preámbulo de la Directiva y en su artículo 4.2 la mención mucho más imprecisa de que las sanciones se aplicarán «sin perjuicio de las obligaciones de cada Estado miembro en caso de que un nacional de un tercer país busque protección internacional». Se trata de una reproducción de lo que ya se había dispuesto en el inciso inicial del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. La cuestión es, entonces, determinar si lo que pretenden estas disposiciones es excluir a los refugiados del sistema de sanciones a transportistas.

En opinión de algunos autores, la normativa europea en esta materia no puede aplicarse en detrimento de los derechos de los refugiados.⁹⁷⁷ Las sanciones sólo pueden imponerse respecto de aquéllos extranjeros a quienes se hubiera *denegado* la entrada en el territorio de los Estados miembros. Dicha denegación debe realizarse siempre, según el Código de Fronteras Schengen, respetando las normas internacionales sobre el derecho de asilo y entre ellas debe considerarse el artículo 9 de la Directiva de Procedimientos, de conformidad con el que los Estados miembros están obligados a admitir a los solicitantes de asilo mientras se tramita su solicitud de asilo.⁹⁷⁸ Estaríamos ante un supuesto de admisión en el territorio, aunque fuera de manera provisional hasta que se dicte una resolución sobre la solicitud de asilo, por lo que existen argumentos para defender que no entra en juego el sistema de sanciones a transportistas. Asimismo, otro argumento a favor de la exclusión toma como punto de partida la consideración de que el Código de Fronteras Schengen exceptúa a los solicitantes de asilo del requisito del visado y demás documentos de viaje,⁹⁷⁹ por lo

⁹⁷⁵ Directiva 2001/51/CE, artículos 4 y 5.

⁹⁷⁶ Steeve Peers, Elspeth Guild, Diego Acosta Arcarazo, Kees Groenendijk y Violeta Moreno Lax (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition. Volume 2: EU Immigration Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 365-366.

⁹⁷⁷ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 174-175.

⁹⁷⁸ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), D.O. L 180/60, artículo 9.1. (Directiva de Procedimientos)

⁹⁷⁹ Ver el apartado B.1 sobre los visados.

que, no estando sujetos a tal obligación, también tendría sentido considerar a los refugiados fuera del sistema de sanciones a transportistas,⁹⁸⁰ sobre todo si se tiene en cuenta que las sanciones a transportistas se configuran como una medida complementaria a la solicitud de visados.

No obstante, se han planteado también ciertas objeciones que puede plantear en la práctica la exclusión de los refugiados del sistema de sanciones: por una parte, es problemático que recaiga sobre los transportistas la responsabilidad de examinar si en el caso concreto una persona debería considerarse excluida o no del régimen, sobre todo teniendo en cuenta las motivaciones ya citadas de las compañías y sus limitaciones temporales y de formación. Por otro lado, puede alegarse que la exclusión de los refugiados del sistema de sanciones podría poner en riesgo el propio sistema en su conjunto, al ser un aliciente para que cualquier migrante que viaje sin documentación manifieste su intención de solicitar asilo,⁹⁸¹ por lo que podría verse como un factor de generación de solicitudes falsas de asilo.

La conclusión principal que se extrae del análisis de la normativa europea es, una vez más, que ésta adolece de la claridad que sería esperable en un ámbito como el de la protección a los refugiados en el que todos los Estados Miembros han asumido obligaciones con carácter vinculante, lo cual contrasta con una mayor precisión de algunos instrumentos internacionales como el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, que incluye referencias explícitas a la prohibición de *non refoulement*.

3. Financiación, equipamiento o formación a terceros Estados para el desarrollo de actuaciones de control fronterizo

La cooperación internacional con los Estados de origen o tránsito de refugiados es el eje sobre el que se sostiene la llamada «nueva generación» de medidas extraterritoriales de control fronterizo.⁹⁸² La práctica de los Estados muestra, bajo formas jurídicas muy diversas, una tipología realmente variada de iniciativas basadas en la cooperación internacional, algunas de las cuales ya han sido analizadas en otros epígrafes de este trabajo.⁹⁸³ En palabras de Gammeltoft Hansen, lo que los Estados de

⁹⁸⁰ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 174-175.

⁹⁸¹ *Ibid*, 175-176.

⁹⁸² Gammeltoft Hansen y Hathaway las clasifican en siete grupos ordenados de menor a mayor grado de intervención por parte de los Estados de destino: ver la referencia a esta clasificación en epígrafe I de este capítulo. Gammeltoft Hansen y Hathaway, «*Non-Refoulement in a World*», 243 y 248 - 257.

⁹⁸³ Es el caso de los funcionarios de enlace de inmigración (apartado A.2), el establecimiento de agencias internacionales como Frontex y la realización de operaciones conjuntas de interceptación en el mar (apartado A.1.c) o la asunción directa de funciones de control por el Estado de destino en

destino pretenden con ellas es, principalmente, trasladar a terceros países la ejecución de las actividades de control fronterizo, con el fin último de reducir el número de llegadas espontáneas a sus propios territorios. En efecto, la interpretación de lo que pretenden los Estados en términos jurídicos parece diferir de lo que pretenden en términos fácticos, pero gradualmente se acercan los objetivos de capacitación de terceros Estados con los de la contención de la migración, no en una forma expresa o directa en los textos jurídicos, pero sí de manera tangencial e implícita. Al tratarse de medidas que son implementadas por los propios Estados de origen o en territorios bajo su jurisdicción, los Estados de destino consiguen el objetivo de contener los movimientos migratorios al mismo tiempo que pretenden garantizar su «inmunidad» respecto de toda responsabilidad por las actuaciones desarrolladas bajo la soberanía de otro Estado.⁹⁸⁴

Hasta el presente apartado han sido objeto de estudio medidas en las que el propio Estado de destino implementaba extraterritorialmente sus políticas migratorias de contención de refugiados, bien *directamente* a través de sus propios agentes (interceptación en el mar y despliegue de oficiales de enlace de inmigración en terceros Estados) o *indirectamente*, mediante la intervención de compañías privadas (solicitud de visados y sanciones a transportistas). En las líneas que siguen, el análisis se enfocará, en cambio, en otras medidas que se caracterizan por un «menor grado de intervención» del Estado de destino, dado que consisten en la mera provisión de financiación, equipamiento, entrenamiento o formación a los Estados de origen o tránsito de refugiados, como contrapartida a la asunción directa por ellos de las funciones de control fronterizo. Así, estos últimos Estados están implementando, indirectamente, las políticas migratorias de los Estados de destino, aunque son los primeros y no los segundos, quienes retienen habitualmente la decisión última sobre la manera concreta en la que se van a ejecutar las políticas.⁹⁸⁵

La mayor parte de estas medidas tienen como objetivo principal desarrollar la capacitación de los Estados de origen o tránsito de refugiados para fortalecer, por una parte, sus sistemas de control fronterizo y de esta manera reducir las salidas de refugiados hacia los Estados de destino y, por otra parte, para reforzar sus sistemas de protección de refugiados, con la finalidad de facilitar el acceso a la protección en estos países y evitar la necesidad de movimientos subsecuentes. La lógica que subyace bajo ellas toma como punto de partida la idea de que las regiones de origen en las que se concentran la mayor parte de los refugiados existentes en el mundo son quiénes

el territorio de los Estados de origen (ver el análisis del Asunto Roma Rights en el capítulo 6, apartado I).

⁹⁸⁴ Gammeltoft Hansen y Hathaway, «Non-Refoulement in a World», 243.

⁹⁸⁵ Frank Mc Namara, «Member State Responsibility for Migration Control within Third States – Externalisation Revisited», *European Journal of Migration and Law* 15, (2013): 326-327.

deben asumir la responsabilidad por su protección física. Es lo que se ha venido a denominar el sistema de «responsabilidad *común pero diferenciada*» en el que los Estados de destino asumen, como contrapartida, el papel de meros financiadores de los sistemas de protección en dichas regiones.⁹⁸⁶ Bajo este prisma, lo trascendente no es tanto el país concreto en el que se conceda el asilo, sino el hecho de que se conceda. Es decir, la protección se presume concedida. Las ventajas para los Estados de destino son claras, ya que contribuyen a reducir las llegadas espontáneas de refugiados a sus territorios, al mismo tiempo que les permite hacer frente a sus obligaciones de protección internacional minimizando sus costes políticos, económicos y sociales.⁹⁸⁷

Desde un punto de vista formal, esta cooperación con los terceros Estados puede materializarse bien a través de figuras de naturaleza eminentemente política, como relaciones o acuerdos diplomáticos, o bien a través de acuerdos internacionales generadores de obligaciones jurídicamente vinculantes. El recurso a iniciativas políticas es muy frecuente en el ámbito de la UE, que mantiene diálogos migratorios con las regiones y países de origen y tránsito situados a lo largo de las principales rutas migratorias hacia su territorio, así como asociaciones de movilidad con socios especialmente estratégicos. Este tipo de prácticas suele ofrecer mayores dificultades a la hora de abordar su estudio, no sólo porque su naturaleza jurídica puede ser incierta en determinados casos,⁹⁸⁸ sino también porque los Estados suelen ser reacios a dar publicidad al contenido de los compromisos políticos alcanzados, lo cual ha sido objeto de crítica tanto por la doctrina como por tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁹⁸⁹ Entre los acuerdos jurídicos internacionales, cabe destacar los llamados «acuerdos de nueva generación» firmados en el marco de las relaciones bilaterales de determinados Estados de la UE como España y Francia con sus

⁹⁸⁶ Hathaway propuso este sistema de responsabilidad común pero diferenciada entre Estados para la protección de los refugiados en James. C. Hathaway, «Preface: Can International Refugee Law be made Relevant Again?», en James C. Hathaway, ed., *Reconciling International Refugee Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1997), xxiv-xxv.

⁹⁸⁷ Alexander Betts y James Milner, *The Externalisation of EU Asylum Policy: The Position of African States* (Centre on Migration, Policy and Society. University of Oxford, Working Paper 36, 2006), 7-9.

⁹⁸⁸ Sobre la problemática de la naturaleza jurídica de las asociaciones de movilidad, Sara Iglesias Sánchez, «Migration Agreements between the European Union and Third States», en Guy S. Goodwin-Gill y Philippe Weckel (eds.), *Migration and Refugee Protection in the 21st Century. International Legal Aspects* (Academia de Derecho Internacional de la Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2015), 187 y 188.

⁹⁸⁹ Paula García Andrade, *La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria. Un problema de reparto de competencias* (Tirant Lo Blanch, 2015), 535. Paula García Andrade, «Extraterritorial Strategies to Tackle Irregular Immigration by Sea: A Spanish Perspective», en Bernard Ryan y Valsamis Mitsilegas, eds., *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 319-320. Aderanti Adepoju, Femke van Noorlos y Annelies Zoomers, «Europe's Migration Agreements with Migrant-Sending Countries in the Global South: A Critical Review», *International Migration* 48, nº 3 (2010): 46. Esta opacidad ha sido criticada también por el TEDH en el caso *Khlaifia v. Italia*, núm. 16483/2, de 1 de febrero de 2016, 156.

principales socios en materia migratoria⁹⁹⁰ o las cláusulas migratorias insertadas en acuerdos globales de cooperación y asociación con terceros Estados o regiones en el ámbito de la UE.⁹⁹¹

Desde una perspectiva sustantiva, pueden concluirse como acuerdos o compromisos sectoriales, en materia, por ejemplo, de readmisión y control de fronteras, o bien acogerse a un «enfoque global» con un objeto mucho más extenso, con el fin de aglutinar en un mismo documento todos los aspectos del fenómeno migratorio (readmisión y control de fronteras, facilitación y exención de visados, regulación de canales de migración legal, vínculo entre migración y desarrollo).⁹⁹² En cuanto a su contenido concreto, pueden consistir en la provisión de financiación a terceros Estados, directamente o mediante proyectos concretos financiados a través de la ayuda oficial al desarrollo, o bien, en la facilitación de equipamiento, dispositivos de control o formación a las autoridades encargadas del control fronterizo. Es muy frecuente que se trate de iniciativas sujetas a una política rígida de condicionalidad, especialmente visible en el ámbito de la UE, a través de incentivos, tanto positivos, como la conclusión de acuerdos que ofrecen vías de migración legal o la propia adhesión a la UE, como negativos, como la retirada o disminución de los fondos destinados a cooperación al desarrollo o la ayuda humanitaria.⁹⁹³

La finalidad de este epígrafe será exponer ejemplos de algunas de las principales prácticas estatales, con especial atención a las medidas desarrolladas en el ámbito de la UE así como en España, que ha sido tradicionalmente uno de los países europeos más activos en su utilización (apartados a y b). Asimismo, se enunciarán los principales interrogantes jurídicos que plantean (apartado c), cuyo estudio en detalle se abordará en el epígrafe II.H del capítulo 6. El tema jurídico central será dilucidar si existe un nexo entre la actuación de los Estados de destino que facilitan fondos, equipamiento o formación para que los Estados de origen o tránsito «contengan» la salida de refugiados y migrantes y la restricción del derecho a solicitar el asilo por quienes ven frustrado su camino hacia Europa como consecuencia de la ejecución de estos acuerdos.

⁹⁹⁰ Paula García Andrade, *La acción exterior de la Unión Europea*, 525-545.

⁹⁹¹ Un ejemplo destacable es el artículo 13 del Acuerdo de Cotonú con los países de África, del Caribe y del Pacífico, al que se hará referencia más adelante.

⁹⁹² Paula García Andrade, *La acción exterior de la Unión Europea*, 493-494.

⁹⁹³ Paula García Andrade e Iván Martín, *EU Cooperation with third countries in the field of migration. Study for the LIBE Committee* (European Parliament, 2015), 28, 31 y 36.

a) La capacitación a los terceros Estados en la política exterior de asilo de la UE

La Unión Europea ha configurado la cooperación con los terceros Estados en materia fronteriza como uno de los pilares de la dimensión exterior de su política migratoria y de asilo. En materia de asilo, el título competencial que habilita a la UE para esta cooperación es el artículo 78.2.g) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que autoriza al Parlamento y al Consejo para que adopten medidas relativas al Sistema Europeo Común de Asilo, incluyendo la «asociación y la cooperación con los terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal».⁹⁹⁴

La necesidad de cooperar con los Estados de origen y tránsito en esta materia aparece ya desde los primeros estadios de la comunitarización de la política migratoria y de asilo.⁹⁹⁵ Así, en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, la colaboración con estos Estados se configura como uno de los ejes fundamentales de dicha política y, en general, de los retos que plantea la gestión de los flujos migratorios para las fronteras externas de la Unión.⁹⁹⁶ El amplio marco político en el que se incardina esta cooperación con terceros Estados es el Enfoque Global de la Migración adoptado por el Consejo Europeo en diciembre de 2005 (EGM, o GAM por sus siglas en inglés),⁹⁹⁷

⁹⁹⁴ Existe un debate doctrinal sobre si se trata de una verdadera competencia externa explícita transferida a la UE o un objetivo que tiene la forma de una competencia interna de la que se puede deducir una competencia implícita externa sobre asilo. Ver en este sentido, en Paula García Andrade e Iván Martín, *EU Cooperation with third countries*, 18-19 y Sara Iglesias Sánchez, «Migration Agreements», 170-171.

⁹⁹⁵ Estudios detallados sobre la dimensión exterior de las políticas migratorias y de asilo de la UE pueden encontrarse en Paula García Andrade e Iván Martín, *EU Cooperation with third countries*, Sara Iglesias Sánchez, «Migration Agreements»; Paula García Andrade, *La acción exterior de la Unión Europea*; José Martín y Pérez De Nanclares (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE: en busca de una acción de la UE eficaz, coherente y coordinada*, (Iustel, 2012).

⁹⁹⁶ Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, *Conclusiones de la Presidencia*, conclusiones nº 11, 12, 22 y 26, acceso el 30 de diciembre de 2016 http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#top.

⁹⁹⁷ Consejo Europeo de Bruselas, 15 y 16 de diciembre de 2005, *Conclusiones de la Presidencia, Anexo I, Enfoque Global de la Migración: Medidas Prioritarias Centradas en África y el Mediterráneo*. Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Prioridades de actuación frente a los retos de la inmigración: Primera etapa del proceso de seguimiento de Hampton Court*, 30 de noviembre de 2005, COM(2005) 621 final.

rebautizado en 2011 como Enfoque Global de la Migración y la Movilidad (EGMM o GAMM por sus siglas en inglés).⁹⁹⁸

La capacitación de los terceros Estados en materia de gestión de fronteras y el suministro para ello de asistencia técnica y financiera figuran desde un principio como iniciativas clave a emprender por la Unión en el contexto del EGM.⁹⁹⁹ Esta prioridad se mantiene en subsecuentes marcos programáticos políticos como los Programas Multianuales de La Haya (2005-2009)¹⁰⁰⁰ y Estocolmo (2010-2014)¹⁰⁰¹ en los que se definen las principales líneas estratégicas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Igualmente, la Agenda Europea sobre Migración aprobada en 2015 por la Comisión Europea propone como uno de los pilares de la nueva estrategia migratoria la «gestión de las fronteras y el aseguramiento de las fronteras exteriores» mediante medidas como el fortalecimiento de la capacidad de los terceros países para gestionar sus fronteras, tanto a través de Frontex como de los instrumentos de financiación de la Política Europea de Vecindad y de la política de Cooperación al Desarrollo.¹⁰⁰² Recientemente, en el marco de esta Agenda, la Comisión ha propuesto la creación de un nuevo «Marco de Asociación» con terceros países, en virtud del cual se pretende conseguir una intervención coherente y coordinada de la UE y sus Estados Miembros

⁹⁹⁸ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*, 18 de noviembre de 2011, COM(2011) 743 final. Consejo de la UE, *Conclusiones sobre el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*, 3 mayo de 2012, 9417/12.

⁹⁹⁹ COM(2005) 621 final, 6-7. En el marco del nuevo EGMM, la capacitación de los terceros Estados para reforzar la gestión de sus fronteras y sus sistemas de asilo se contempla, respectivamente, en el Segundo Pilar (Prevenir y reducir la migración irregular y la trata de seres humanos) y Tercer Pilar (Promover la protección internacional y potenciar la dimensión exterior de la política de asilo), COM(2011) 743 final, 17 y 19. Consejo de la UE, *Conclusiones sobre el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*, conclusión 19.

¹⁰⁰⁰ Consejo Europeo de Bruselas, 4 y 5 de noviembre de 2004, *Conclusiones de la Presidencia, Anexo I, Programa de la Haya. Consolidación de la Libertad, la Seguridad y La Justicia en la Unión Europea*, 20-22. Su apartado 1.6 (Dimensión externa del asilo y la migración) versa fundamentalmente sobre la asociación con terceros estados, de origen y tránsito, para apoyarles, utilizando fondos comunitarios, en sus esfuerzos por mejorar sus capacidades de gestión migratoria, de control de fronteras y de protección de los refugiados. Ver también, Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, 10 de mayo de 2005, COM(2005) 184 final.

¹⁰⁰¹ Consejo Europeo, *Programa de Estocolmo — Una Europa Abierta y Segura que Sirva y Proteja al Ciudadano*, 4 de mayo de 2010, 2010/C 115/01, 26. En su punto 5 (Acceso a Europa en un Mundo Globalizado) se invita al Consejo y a la Comisión para que «respalden un aumento de la creación de capacidad en los terceros países para que puedan proceder a un control eficaz de sus fronteras exteriores».

¹⁰⁰² Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Europea sobre migración*, 13 de mayo de 2015, COM(2015) 240 final. Respecto de los acuerdos de trabajo concluidos por Frontex, ver Juan Santos Vara, «The External Activities of AFSJ Agencies: The Weakness of Democratic and Judicial Controls», *European Foreign Affairs Review* 20, nº1 (2015): 121 y 135.

en sus relaciones con ellos. Su meta primordial es «lograr asociaciones de amplio alcance» con los terceros Estados «a fin de gestionar la migración», a través de la conclusión de pactos globales que se conciben como «paquetes» de instrumentos, herramientas e incentivos procedentes de las diferentes políticas de la UE (vecindad, desarrollo, seguridad, comercio, movilidad, etc.).¹⁰⁰³ En esta propuesta subyacen, asimismo, los objetivos de contención de migrantes y refugiados para que permanezcan «lo más cerca posible de sus hogares y evitar que emprendan viajes peligrosos»¹⁰⁰⁴ y de capacitación de los terceros Estados, tanto respecto del ámbito de la gestión de fronteras como de la protección de los refugiados.¹⁰⁰⁵

La Política Europea de Vecindad también constituye un destacado marco político bajo el que la UE está desarrollando la capacitación de los Estados vecinos para controlar sus fronteras a través de la financiación de equipamiento técnico y medios de transporte para el control y vigilancia fronterizos.¹⁰⁰⁶

Con todo, el conjunto de instrumentos desarrollados en el seno de la UE para la consecución de los objetivos del EGMM resulta enormemente diversificado. Dentro de este elenco figuran tanto instrumentos de carácter político, como jurídico y operativo. Entre los primeros, destacan los diálogos migratorios, regionales¹⁰⁰⁷ y bilaterales,¹⁰⁰⁸ así como las Asociaciones de Movilidad,¹⁰⁰⁹ y las Agendas Comunes sobre Migración y Movilidad.¹⁰¹⁰ En un plano jurídico cabe citar los acuerdos específicos en materia

¹⁰⁰³ Comisión, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo y al Banco Europeo de Inversiones sobre la *Creación de un nuevo Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración*, 7 de junio de 2016, COM(2016) 385 final, 6.

¹⁰⁰⁴ COM(2016) 385 final, 6.

¹⁰⁰⁵ COM(2016) 385 final, 6.

¹⁰⁰⁶ Thomas Gammeltoft-Hansen y Hans Gammeltoft-Hansen, «The Right to Seek-Asylum Revisited. On the Un Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU», *European Journal of Migration and Law* 10 (2008): 452.

¹⁰⁰⁷ Las regiones prioritarias para la UE en este ámbito son el área del Sur del Mediterráneo y África Subsahariana, a través del Proceso de Rabat, la Asociación UE – África de Migración, Movilidad y Empleo y el Diálogo Migratorio UE-ACP (países de África, Caribe y Pacífico), los países del Este a través del Proceso de Praga, el Proceso de Budapest y el Panel sobre Migración y Asilo de la Asociación del Este, y Latinoamérica, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/international-affairs/global-approach-to-migration_en acceso el 12 de enero de 2017.

¹⁰⁰⁸ A fecha junio de 2016 la UE mantenía diálogos de alto nivel sobre migración con 16 países, entre ellos, Afganistán, Etiopía, Libia, Mali, Marruecos, Níger, Senegal y Túnez. Anexo 2 (*Diálogos de Alto Nivel*) a la Comunicación de la Comisión COM(2016) 385 final.

¹⁰⁰⁹ La UE ha firmado este tipo de acuerdos, que se formalizan a través de la firma de declaraciones conjuntas entre la UE, sus Estados miembros participantes y el tercer Estado en cuestión, con Cabo Verde (2008), Moldavia (2008), Georgia (2009), Armenia (2011), Marruecos (2013), Azerbaiyán (2013), Túnez (2013), Jordania (2013) y Belorrusia. Salvo en el caso de Túnez, puede accederse a su contenido en https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/international-affairs/global-approach-to-migration_en. España participa en los de Cabo Verde, Marruecos, Túnez y Jordania.

¹⁰¹⁰ Firmadas con Etiopía y Nigeria, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/international-affairs/global-approach-to-migration_en acceso el 12 de enero de 2017.

migratoria (principalmente, los acuerdos de readmisión y los acuerdos de facilitación de visados) y las cláusulas migratorias en acuerdos de asociación y cooperación globales con terceros Estados.¹⁰¹¹ En un contexto más operativo figuran los Programas Regionales de Protección, denominados desde 2012 Programas Regionales de Desarrollo y Protección, cuya finalidad es incrementar la capacidad de protección de los países de origen de refugiados,¹⁰¹² o la cooperación con terceros Estados desarrollada por las agencias Frontex y EASO (Oficina Europea de Apoyo al Asilo). No corresponde hacer aquí un análisis detallado de estos instrumentos,¹⁰¹³ sino únicamente constatar que un componente esencial de todos ellos es la lucha contra la inmigración irregular a través de la mejora de la gestión fronteriza y de los flujos migratorios por los terceros Estados y la protección en origen de los refugiados, elementos que se erigen habitualmente en pre-condiciones para la negociación de incentivos en forma de mecanismos de migración legal o acuerdos de facilitación de visados.¹⁰¹⁴ Estas áreas (lucha contra la inmigración legal y el aumento de capacidades de protección en las regiones de origen) son, igualmente, las que reciben mayor financiación en los programas de la UE.¹⁰¹⁵

Una de las iniciativas de la UE que ha recibido mayor atención recientemente es el «Plan de Acción conjunto UE-Turquía».¹⁰¹⁶ En virtud de este acuerdo, la UE se comprometió a movilizar fondos en favor de Turquía por valor de 3.000 millones de Euros durante los años 2016 y 2017 para hacer frente a la acogida de los refugiados sirios en territorio turco¹⁰¹⁷ así como para «prevenir los flujos de migración irregular»

¹⁰¹¹ El predecesor de este tipo de cláusulas es el artículo 13 del Acuerdo de Cotonú con los países de África, del Caribe y del Pacífico. Acuerdo 2000/483/EC de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, DOCE L 317 de 15 de diciembre de 2000, revisado en Luxemburgo el 25 de junio de 2005 y en Ouagadougou el 22 de junio de 2010.

¹⁰¹² En cuanto a estos programas, puede consultarse https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/external-aspects_en. Ver también Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo sobre los Programas Regionales de Protección, 1 de septiembre de 2005, COM(2005) 388 final.

¹⁰¹³ Se analizan en detalle en Paula García Andrade e Iván Martín, *EU Cooperation with third countries*, 22-69 y Paula García Andrade, *La acción exterior de la Unión Europea*, capítulos 4, 5 y 6.

¹⁰¹⁴ No debe olvidarse, sin embargo, que el retorno y la readmisión de los migrantes irregulares es el objetivo por excelencia del EGMM. Ver en este sentido, Paula García Andrade e Iván Martín, *EU Cooperation with third countries*, 37. Los acuerdos de readmisión no son objeto de estudio en este epígrafe, dado que no conllevan la realización de actuaciones de naturaleza extraterritorial por parte de los Estados de destino.

¹⁰¹⁵ Paula García Andrade e Iván Martín, *EU Cooperation with third countries*, 51 y 55.

¹⁰¹⁶ Plan de Acción Conjunto UE – Turquía, acordado en Bruselas el 15 de octubre de 2015 ad referendum, MEMO/15/5860, 1. El plan de acción se puso en marcha en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno con Turquía celebrada el 29 de noviembre de 2015.

¹⁰¹⁷ En febrero de 2016 la cifra de refugiados sirios asentados en Turquía ascendía a 2.582.600, de acuerdo con los datos facilitados por la Comisión Europea, según comunicación recibida del Ministerio turco de Asuntos Exteriores. Comisión, Anexo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias

desde dicho país hacia la UE.¹⁰¹⁸ Entre los objetivos del Plan se encuentran, literalmente, «poner orden en los flujos migratorios y contribuir a contener la migración irregular»,¹⁰¹⁹ para lo cual Turquía asumió, entre otros, los compromisos de fortalecer la capacidad de interceptación de su guarda costera y de incrementar su cooperación con las autoridades búlgaras y griegas para prevenir la migración irregular por las fronteras terrestres.¹⁰²⁰

El 16 de marzo de 2016 el Consejo Europeo y Turquía reafirmaron la vigencia del Plan a través de una declaración conjunta en la que se acordaron ocho líneas de actuación adicionales. Como contrapartida de la readmisión por parte de Turquía de todo inmigrante irregular que hubiera llegado a las islas griegas desde su territorio, la UE se comprometió a acelerar el desembolso de los fondos comprometidos inicialmente, así como a realizar un desembolso adicional de otros 3.000 millones de Euros hasta finales de 2018, a condición de la utilización previa de la cuantía inicial y del cumplimiento del resto de los compromisos pactados. Asimismo, la UE se obligaba a reasentar en la UE a un sirio por cada uno que hubiera sido devuelto a Turquía desde las islas griegas y a acelerar las negociaciones tanto del dialogo de liberalización de visados para ciudadanos turcos como del proceso de adhesión de Turquía a la UE.¹⁰²¹

en el marco de la Agenda Europea de Migración, *Plan de acción conjunto UE-Turquía - Informe de ejecución. Período: 17 de diciembre de 2015 a 31 de enero de 2016*, 10 de febrero de 2016 COM(2016) 85 final, 5.

¹⁰¹⁸ Esta financiación se ha hecho operativa a través del «Mecanismo para los refugiados en Turquía», creada por Decisión de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, sobre la *Coordinación de las acciones de la Unión y de los Estados miembros mediante un mecanismo de coordinación, el Mecanismo para Turquía en favor de los refugiados*, (2015/C 407/07), DOCE C 407/8, modificada por Decisión, de 10 de febrero de 2016, relativa al *Mecanismo para los refugiados en Turquía y por la que se modifica la Decisión C(2015) 9500 de 24 de noviembre de 2015*, 2016/C 60/03, DOCE C 60/3.

¹⁰¹⁹ Anexo de la Comunicación COM(2016) 85 final, 1.

¹⁰²⁰ Comisión, *Plan de Acción Conjunto UE-Turquía*, (2015), MEMO/15/5860, 1–2. Otras obligaciones que asume Turquía son readmitir a los migrantes irregulares no solicitantes de protección internacional procedentes de territorio turco y alinear sus políticas, legislación y capacidades administrativas en materia de visados de acuerdo con los términos pactados con la UE, especialmente con respecto a los países que representan una importante fuente de migración ilegal para Turquía y la UE.

¹⁰²¹ Consejo Europeo, «Declaración UE-Turquía», 18 de marzo de 2016, Comunicado de Prensa 144/16, <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>, acceso el 9 de enero 2017. Respecto de los problemas en el plano formal y sustancial de la Declaración, ver Javier A. González Vega, «El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la Declaración UE-Turquía» en EuroBasque, *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE*, XV Premio de Investigación Francisco Javier de Landaburu Universitas 2016 (EuroBasque, 2016), 180 a 185. Sobre las dudas que plantea su calificación como acuerdo jurídico o político, ver Paz Andrés Sáenz de Santa María, La Unión Europea y el Derecho de los Tratados: una Relación Compleja, *Revista Española de Derecho Internacional* 68, nº 2 (2016): 88-89.

El interés del Plan en lo que aquí respecta radica en que una de las prioridades de la financiación comprometida bajo el Mecanismo para los refugiados en Turquía es precisamente el apoyo a las autoridades nacionales y locales para la gestión de los flujos migratorios.¹⁰²² En cumplimiento de esta prioridad, en diciembre de 2015 la UE adoptó el Programa de Acción Anual de 2015 para Turquía, financiado al amparo del Instrumento de Pre-Ayuda a la Adhesión (IPA II), con el fin de reforzar la capacidad de vigilancia de la guardia costera turca mediante, entre otras medidas, la compra de veinte lanchas inflables y de seis radares móviles, así como de diversos suministros adicionales.¹⁰²³ Ésta se obligó, asimismo, a la adopción de todas las medidas posibles destinadas a evitar la apertura de nuevas rutas marítimas o terrestres de migración ilegal hacia la UE.¹⁰²⁴

La legalidad de la Declaración UE-Turquía fue cuestionada por varios refugiados en tres recursos presentados ante el Tribunal General de la Unión Europea. Los refugiados habían viajado de Turquía a Grecia, donde solicitaron asilo. En sus recursos instan al Tribunal a que declare la anulación de la Declaración UE-Turquía por infringir el procedimiento de adopción de acuerdos internacionales establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.¹⁰²⁵ En sus Autos de 28 de febrero de 2017 el Tribunal General no se ha pronunciado sobre la legalidad de la Declaración por considerarse incompetente, ya que considera que se trate de un acuerdo internacional celebrado por los Estados miembros en su condición de tales y no por el Consejo Europeo. En particular, el Tribunal se pronuncia en los siguientes términos:

«De las anteriores consideraciones se desprende que, con independencia de la cuestión de si la Declaración UE-Turquía constituye, como sostienen el Consejo Europeo, el Consejo y la Comisión, una declaración de carácter político o, por el contrario, como sostiene el demandante, un acto que produce efectos jurídicos obligatorios, dicha Declaración, tal y como fue difundida mediante el comunicado de prensa nº 144/16, no puede considerarse un acto adoptado por el Consejo Europeo — ni por ninguna otra institución, órgano u organismo de la Unión — ni un indicio de la existencia de un acto de tales características que se corresponda con el acto impugnado».¹⁰²⁶

Finalmente, es importante destacar que la política europea exterior en materia migratoria está orientada crecientemente hacia la conclusión de acuerdos con los

¹⁰²² Anexo de la Comunicación COM(2016) 85 final, 14.

¹⁰²³ Anexo 1, p. 10

¹⁰²⁴ Consejo Europeo, «Declaración UE-Turquía», 18 de marzo de 2016, Comunicado de Prensa 144/16, <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/> acceso el 9 de enero de 2017.

¹⁰²⁵ Tribunal General de la Unión Europea, (Sala ampliada) Auto de 28 de febrero de 2017, T-192/16, en el *Asunto NF c. Consejo Europeo*, ECLI:EU:T:2017:128, párr. 14.

¹⁰²⁶ *Ibid*, párr 71. A la misma conclusión llega el Tribunal en sus Autos T-193/16 y T-257/16 de la misma fecha en los *Asuntos NG c. Consejo Europeo y NM c. Consejo Europeo*.

Estados de origen. En efecto, en la Declaración de Malta del Consejo Europeo de 3 de febrero de 2017, la medida clave propuesta, tras considerar un éxito la implementación de la Declaración UE-Turquía, es la intensificación de la cooperación con los países de origen o tránsito, con la finalidad de «contener» (en dichos países) los flujos ilegales hacia la UE».¹⁰²⁷ En particular, el centro de atención se sitúa ahora en el fortalecimiento de las relaciones con Libia.¹⁰²⁸

b) La cooperación de España con terceros países en materia de gestión de sus fronteras

España es uno de los Estados miembros de la UE que ha impulsado más intensamente la cooperación bilateral y la llamada «diplomacia migratoria» con los países de origen o tránsito de los refugiados y migrantes.¹⁰²⁹ El Ministerio del Interior español ha señalado en diversas ocasiones que los éxitos de la política migratoria integral del Gobierno se fundamentan, entre otros instrumentos, en la cooperación con estos Estados,¹⁰³⁰ que constituye una prioridad estratégica para España.¹⁰³¹ Para el entonces Ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, la mejor fórmula para luchar contra la inmigración irregular y las mafias es impulsar un «enfoque integral de cooperación en materia de seguridad centrado en la prevención en origen y la colaboración con los países que, como Senegal, se han convertido en «nuestros socios prioritarios y estratégicos». Esta fórmula exitosa, según el Ministro, se fundamenta en «un refuerzo del despliegue diplomático en países de origen y tránsito; debe traducirse en un incremento de los medios logísticos, humanos y económicos en materia de cooperación al desarrollo; (...); requiere el establecimiento de acuerdos para el

¹⁰²⁷ Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos exteriores de la migración: abordar la ruta del Mediterráneo central, adoptada en La Valeta, el 3 de febrero de 2017, párr. 2. (Declaración de Malta)

¹⁰²⁸ Declaración de Malta, párr. 5 y 6.

¹⁰²⁹ En este sentido, Paula García Andrade, «la Acción Exterior de la Unión Europea», 525-528. Adepoju, van Noorlos y Zoomers, «Europe's Migration Agreements», 66. Ver también Anna Terrón, *Migraciones y relaciones con países terceros. España*, Documentos CIDOB, nº 2 (CIDOB edicions, 2004), 5-11.

¹⁰³⁰ Ministerio del Interior, «Jorge Fernández Díaz ensalza la gran experiencia de España en la lucha contra la inmigración irregular que la sitúa a la vanguardia de la Unión Europea», comunicado de prensa, 16 de octubre de 2013, <http://bit.ly/2hnupcU>. Ministerio del Interior, «Jorge Fernández Díaz: “El compromiso de España y del Ministerio del Interior con Senegal es firme para luchar juntos contra el terrorismo, el narcotráfico y las redes que trafican con seres humanos”», comunicado de prensa, 19 de enero de 2015, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3172795.

¹⁰³¹ Ministerio del Interior, «Francisco Martínez afirma que “la política de España sobre inmigración irregular se asienta en la cooperación con los países de origen y de tránsito”», comunicado de prensa, 23 de abril de 2015, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3767418.

patrullaje conjunto con el envío de medios y efectivos propios, y precisa conseguir la implicación de la Unión Europea y de Frontex.¹⁰³² Esta estrategia de España ha sido incluso señalada en el Consejo Europeo y por Frontex como un «modelo» a imitar por otros países de la UE.¹⁰³³

La cooperación con países como Marruecos tiene una larga tradición en España e incluso se ha catalogado como una de las primeras iniciativas en materia de control fronterizo en el ámbito de la UE respecto de la región africana.¹⁰³⁴ Este país ha sido, en especial, un socio estratégico en materia migratoria para España con el que la colaboración, sobre todo en los últimos años,¹⁰³⁵ ha sido muy estrecha.¹⁰³⁶ Deben destacarse sobre todo las prácticas cooperativas de interceptación llevadas a cabo conjuntamente por ambos Estados,¹⁰³⁷ aunque, junto con ellas, también debe

¹⁰³² Ministerio del Interior, «El trabajo conjunto de España y Senegal en la lucha contra la inmigración irregular es “intenso y fructífero”», comunicado de prensa, 6 de mayo de 2015, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3835092

¹⁰³³ Ministerio del Interior, «Jorge Fernández Díaz ensalza la gran experiencia de España en la lucha contra la inmigración irregular que la sitúa a la vanguardia de la Unión Europea», comunicado de prensa, 16 de octubre de 2013, <http://bit.ly/2hnupcU>. El País, «La UE sitúa a España como ejemplo de control de flujos migratorios», 24 de abril de 2015, http://internacional.elpais.com/internacional/2015/04/24/actualidad/1429890685_436778.html. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), «Derechos Humanos en la Frontera Sur 2016» (APDHA, 2016) 35; Frontex, *Africa-Frontex Intelligence Community Joint Report* (FRONTEX, 2015) 28-30.

¹⁰³⁴ Betts y Milner, p. 6.

¹⁰³⁵ Prueba de ello es, por ejemplo, la entrada en vigor el 21 de octubre de 2012, tras más de veinte años, del Convenio de Readmisión de 13 de febrero de 1992, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, hecho en Madrid el 13-2-1992 (BOE núm. 299 de 13 diciembre de 2012). Ministerio del Interior, «El ministro del Interior traslada al embajador marroquí en España que Marruecos es un socio estratégico, aliado y amigo», comunicado de prensa, 18 de diciembre de 2014, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3014892. Ministerio del Interior, «Comunicado conjunto España – Marruecos», 30 de marzo de 2016, <http://bit.ly/2ioVpaX>. Ministerio del Interior, «Comunicado conjunto España – Marruecos», 7 de diciembre de 2016, <http://bit.ly/2ic9gCH>.

¹⁰³⁶ Ministerio del Interior, «El ministro del Interior traslada al embajador marroquí en España que Marruecos es «un socio estratégico, aliado y amigo»», comunicado de prensa, 18 de diciembre de 2014, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3014892. Ver también Ministerio del Interior, «España y Marruecos crearán dos centros de cooperación policial conjunta en Algeciras y Tánger», comunicado de prensa, 28 de febrero de 2012, <http://bit.ly/2hngMu3>; Ministerio del Interior, «Los ministros del Interior de España y Marruecos inauguran las comisarías conjuntas de Tánger y Algeciras», comunicado de prensa, 28 de mayo de 2012, <http://bit.ly/2heURTa>.

¹⁰³⁷ Entre ellas, la creación de patrullas mixtas de la Guardia Civil y la Gendarmería marroquí, creación de comisarías o «centros de cooperación policial» conjuntas en Tánger y Algeciras (Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos en materia de cooperación policial transfronteriza hecho «ad referendum» en Madrid el 16 de noviembre de 2010 (núm. 116 de 15 de mayo de 2012), el despliegue de oficiales de enlace en los aeropuertos, y la participación de Marruecos en el programa de vigilancia marítima *Seahorse Atlántico*, y la

mencionarse la prestación por España de apoyo técnico y financiero para el control por Marruecos de sus propias fronteras. Entre estas últimas medidas, cabe resaltar, por ejemplo, la entrega por España en 2006 de medios materiales, consistentes en medios de detección, de interceptación y de comunicación por valor de 10.544.771 € para mejorar el control de las fronteras marroquíes y contribuir a la lucha contra la emigración ilegal,¹⁰³⁸ con la finalidad última de «reducir la presión migratoria irregular hacia España».¹⁰³⁹ Esta intensa colaboración ha motivado que se haya calificado a Marruecos como el «mejor gendarme de la frontera sur» española, ya que la intensificación del control sobre sus costas y las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla ha dificultado enormemente la salida de inmigrantes irregulares hacia España, lo que ha producido una sensible reducción de las entradas irregulares en España de personas procedentes de dicho país.¹⁰⁴⁰

La cooperación bilateral España-Marruecos no está exenta, sin embargo, de controversia, derivada del elevado número de incidentes violentos ocurridos en el desarrollo de las operaciones de control fronterizo, en los que se denuncia el excesivo uso de la fuerza, con resultado de muerte en varios casos, por parte de las autoridades españolas y marroquíes.¹⁰⁴¹ En septiembre y octubre de 2005 once inmigrantes resultaron muertos al cruzar las vallas en Ceuta y Melilla a consecuencia de los disparos de los gendarmes marroquíes, incidentes que provocaron la intervención de la Comisión Europea.¹⁰⁴² Incidentes similares en los que las fuerzas de seguridad marroquíes repelieron con disparos los intentos de cruce fronterizo, con resultado de

formación de un equipo conjunto hispano-marroquí con la labor de analizar el fenómeno migratorio e intercambiar información en materia de inmigración irregular.

¹⁰³⁸ Real Decreto 845/2006, de 7 de julio, por el que se Regula la concesión de una subvención extraordinaria al Reino de Marruecos para la mejora del control de sus fronteras y lucha contra la emigración ilegal (BOE núm. 162 de 8 de julio de 2006).

¹⁰³⁹ Real Decreto 845/2006, Preámbulo.

¹⁰⁴⁰ Por, ejemplo, el Ministerio del Interior informó de un progresivo descenso de llegadas de inmigrantes irregulares a Ceuta y Melilla del 22,3% de 2006 a 2007 (Gobierno de España, Ministerio del Interior, *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2007*, (Ministerio del Interior, 2008), 3), del 22% de 2007 a 2008 (Gobierno de España, Ministerio del Interior, *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2008*, (Ministerio del Interior, 2009), 4), o del 8,4% de 2008 a 2009 (Gobierno de España, Ministerio del Interior, *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2009*, (Ministerio del Interior, 2010), 4). Igualmente, este descenso de documenta en Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), «Derechos Humanos en la Frontera Sur 2015» (APDHA, 2015) 35.

¹⁰⁴¹ ABC.es, «Al menos 27 inmigrantes han fallecido desde 2005 tras los asaltos a la valla», 6 de febrero de 2014, <http://www.abc.es/espana/20140206/abci-menos-inmigrantes-fallecido-desde-201402061712.html>.

¹⁰⁴² Rocio Abad y Jorge A. Rodriguez, «Cinco inmigrantes mueren tiroteados en Ceuta tras intentar saltar la valla 600 subsaharianos», *El País*, 30 de septiembre de 2005, http://elpais.com/diario/2005/09/30/espana/1128031201_850215.html. El Mundo.es, «Cinco muertos en un asalto en la frontera de Ceuta. Zapatero moviliza a 480 soldados», 29 de septiembre de 2005, <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/09/29/sociedad/1127968660.html>. Comisión Europea, *Visit to Ceuta and Melilla – Mission Report Technical mission to Morocco on illegal immigration, 7th October– 11th October 2005*, MEMO/05/380, 19 de octubre de 2005, 1 y 7.

muerte, se produjeron en 2006 y 2009.¹⁰⁴³ El incidente más grave ocurrido recientemente se produjo en la playa del Tarajal de Ceuta en febrero de 2014 en el que, a consecuencia de los disparos al mar con medios antidisturbios efectuados por la Guardia Civil española, murieron ahogados 14 inmigrantes en un intento de llegar a nado hasta España.¹⁰⁴⁴ Desde algunos sectores doctrinales se ha llegado incluso a vincular la provisión de financiación por España a Marruecos con el incremento del empleo de la fuerza por las autoridades marroquíes para repeler los intentos de cruce fronterizo hacia España.¹⁰⁴⁵

Asimismo, se ha denunciado que la intensificación de los controles fronterizos por Marruecos, como consecuencia de las políticas migratorias de España y Europa, confinan a una situación de bloqueo a los migrantes y refugiados en tránsito que consiguen llegar a Marruecos pero a los que no se permite continuar su viaje hacia Europa.¹⁰⁴⁶ Igualmente, el fortalecimiento del control fronterizo ha sido señalado como una de las causas de la diversificación de las rutas migratorias hacia España, que se ha visto desplazada desde las vías marítimas por el estrecho de Gibraltar hasta los cruces masivos fronterizos por las vallas de Ceuta y Melilla y otras rutas marítimas mucho más largas y peligrosas hacia las Islas Canarias desde las costas de Senegal y Mauritania.¹⁰⁴⁷ Esta diversificación de las rutas ha sido señalada como uno de los factores que motivó el desplazamiento de los esfuerzos cooperativos de España hacia estos últimos países.¹⁰⁴⁸

Efectivamente, a esta relación tradicional con Marruecos se ha unido, sobre todo desde el lanzamiento en 2006 del I Plan África,¹⁰⁴⁹ una cooperación muy intensa con países de la región del Sahel como Senegal, Mauritania, Níger o Mali, con quienes el asunto central en materia migratoria es también la «prevención en origen» de la inmigración irregular, así como un enfoque integral que reúna los aspectos de

¹⁰⁴³ ABC.es, «Al menos 27 inmigrantes han fallecido desde 2005 tras los asaltos a la valla», 6 de febrero de 2014, <http://www.abc.es/espana/20140206/abci-menos-inmigrantes-fallecido-desde-201402061712.html>.

¹⁰⁴⁴ Jorge Rodríguez Arroyo, «Una tragedia de 10 minutos y 14 muertos. Reconstrucción del ministro del desastre fronterizo del pasado día 6 en la playa ceutí del Tarajal. Interior: «El objetivo de los disparos fue hacer visible una barrera disuasoria», *El País*, 13 de febrero de 2014, http://politica.elpais.com/politica/2014/02/13/actualidad/1392309734_585875.html

¹⁰⁴⁵ Gammeltoft Hansen y Hathaway, «Non Refoulement in a World», 251, nota al pie 67. Thomas Spijkerboer, «The Human Costs of Border Control», *European Journal of Migration and Law* 9, (2007): 130 y 139.

¹⁰⁴⁶ APDHA, «Informe frontera Sur 2015», 54.

¹⁰⁴⁷ Comisión Europea, MEMO/05/380, 4. Thomas Spijkerboer, «The Human Costs», 130.

¹⁰⁴⁸ Paula García Andrade, «Extraterritorial Strategies to Tackle Irregular Immigration», 319.

¹⁰⁴⁹ Uno de los logros señalados del Plan África es la puesta en marcha de una «política integral en materia migratoria». Las principales actuaciones del Gobierno Español en el marco de este Plan pueden consultarse en Gobierno de España, *Plan África 2009-2012*, (Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo y Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2009), 75-129.

seguridad, control de fronteras, lucha contra el terrorismo y el crimen organizado y la cooperación al desarrollo.¹⁰⁵⁰

La cooperación con Senegal se ha calificado como un éxito en diversas ocasiones por el gobierno español, a pesar de que no exista un acuerdo marco de cooperación en materia de inmigración similar al que ha firmado con otros países africanos.¹⁰⁵¹ Así, el Ministerio de Interior ha vinculado el espectacular descenso de la llegada de cayucos a las costas canarias con la «estrecha colaboración operativa y en materia de cooperación al desarrollo», ascendiendo la cifra de Ayuda Oficial al Desarrollo de España en Senegal a 144 millones de euros para el periodo 2009-2012.¹⁰⁵² En este contexto de cooperación, España donó dos patrulleras a Senegal dentro del programa de patrullaje conjunto en aguas territoriales senegalesas.¹⁰⁵³

Respecto de Mauritania, España celebró en 2003 con este país un acuerdo en materia de inmigración por el que se comprometió, entre otras obligaciones, a cooperar con el Gobierno mauritano para el reforzamiento de sus controles fronterizos, a prestar apoyo técnico y logístico a los servicios mauritanos de inmigración, a organizar cursos de formación para el personal consular y de inmigración de ambos Estados y a «dar prioridad a proyectos de cooperación al desarrollo en sectores que benefician directamente a las capas más vulnerables de la población».¹⁰⁵⁴ En el marco de este acuerdo, en octubre de 2006 se creó un Comité Mixto Hispano-Mauritano sobre Flujos Migratorios y se concedió a Mauritania una subvención consistente en la entrega de medios de transporte, de comunicación e informáticos, por valor de 655.000 €, con cargo a los presupuestos de 2007.¹⁰⁵⁵ En julio

¹⁰⁵⁰ Ministerio del Interior, «El secretario de Estado de Seguridad, Antonio Camacho, viaja a Mauritania, Níger y Malí para reforzar la cooperación con el Sahel en materia de seguridad», comunicado de prensa, 25 de abril de 2011, <http://bit.ly/2hio9m3>

¹⁰⁵¹ Ministerio del Interior, «El trabajo conjunto de España y Senegal en la lucha contra la inmigración irregular es «intenso y fructífero»», comunicado de prensa, 6 de mayo de 2015, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3835092

¹⁰⁵² Ministerio del Interior, «España reforzará con Senegal la lucha antiterrorista y contra el crimen organizado tras los éxitos obtenidos contra la inmigración irregular», comunicado de prensa, 3 de febrero de 2014. De acuerdo con los datos aportados en este comunicado de prensa por el Ministerio del Interior, 2006, durante la llamada «crisis de los cayucos» llegaron más de 30.000 inmigrantes irregulares a las costas canarias, mientras que desde el año 2009 hasta el 2014 no se había registrado la llegada de ningún cayuco. En el mismo sentido, Ministerio del Interior, «El trabajo conjunto de España y Senegal en la lucha contra la inmigración irregular es «intenso y fructífero»», comunicado de prensa, 6 de mayo de 2015, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/1637084

¹⁰⁵³ Ministerio del Interior, «España reforzará con Senegal la lucha antiterrorista».

¹⁰⁵⁴ Acuerdo de 1 de julio de 2003 entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania en materia de inmigración (BOE núm. 185 de 4 de agosto de 2003), artículo 21 (asistencia técnica).

¹⁰⁵⁵ Real Decreto núm. 187/2007, de 9 de febrero, por el que se Regula la concesión de una subvención extraordinaria a la República Islámica de Mauritania para la mejora del control de sus fronteras y lucha contra la emigración ilegal (BOE núm. 39 de 14 de febrero de 2007), artículo 3.

de 2006 el Ministerio del Interior informó de la donación por la Guardia Civil de 4 patrulleras, 3 vehículos y diverso material informático,¹⁰⁵⁶ así como la impartición de diversos cursos de formación para su utilización, con la finalidad de «contribuir a que la gendarmería mauritana pueda crear su propio servicio marítimo».¹⁰⁵⁷

Igualmente, España ha sido uno de los países pioneros, junto con Francia, en la conclusión de los llamados «acuerdos de nueva generación» con sus principales socios en materia migratoria. En ellos se abordan los distintos aspectos del fenómeno migratorio de una manera integral.¹⁰⁵⁸ España ha firmado estos acuerdos, que reciben la denominación de Acuerdos Marco de Cooperación en materia de inmigración, con Gambia, Cabo Verde, Guinea Conakry, Níger, Mali y Guinea Bissau.¹⁰⁵⁹ Todos ellos comparten un contenido prácticamente idéntico. En lo que respecta al objeto de este apartado, cabe destacar la vinculación migración-desarrollo abordada en las cláusulas número 7, en las que España se compromete a contribuir al desarrollo de estos países y a «apoyar la puesta en marcha de políticas públicas migratorias para llevar a cabo una gestión ordenada y cooperativa de los flujos migratorios», incluyendo medidas como el fortalecimiento de las capacidades institucionales para el diseño e implementación de estas políticas. Igualmente, debe prestarse atención a las cláusulas número 8 de estos Acuerdos Marco, en las que se contienen las bases de la cooperación en la lucha contra la inmigración irregular, con acciones como la provisión de asistencia técnica, organización de cursos de formación para personal consular y de

¹⁰⁵⁶ Guardia Civil, «El Director General de la Guardia Civil despide las cuatro patrulleras cedidas a las autoridades de Mauritania», comunicado de prensa, 21 de julio de 2007, <http://bit.ly/2gO5tan>,

¹⁰⁵⁷ Guardia Civil, «Llegan a Mauritania las cuatro patrulleras donadas por la Guardia Civil», comunicado de prensa, 26 de julio de 2006, <http://bit.ly/2hzi64m>.

¹⁰⁵⁸ Respecto de estos Acuerdos, ver Araceli Mangas Martín, «Convenios bilaterales de España sobre inmigración con Estados Africanos», en Carlos Esplugues Mota y Guillermo Palao Moreno (eds.), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues* (Tirant lo Blanch, 2012), 647 y 653-659.

¹⁰⁵⁹ Acuerdo Marco de Cooperación en Materia de Inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia de 9 de octubre 2006 (BOE núm. 310 de 28 de diciembre de 2006); Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, hecho «ad referendum» en Madrid el 20 de marzo de 2007 (BOE núm. 39 de 14 de febrero de 2008); Aplicación provisional del Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea, hecho «ad referendum» en Conakry el 9 de octubre de 2006 (BOE núm. 26 de 30 de enero de 2007). Aplicación provisional del Acuerdo marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Níger, hecho en Niamey el 10 de mayo de 2008 (BOE núm. 160 de 3 de julio de 2008). Aplicación provisional del Acuerdo de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Mali hecho en Madrid el 23 de enero de 2007 (BOE núm. 135 de 4 de junio de 2008). Aplicación provisional del Acuerdo de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau hecho «ad referendum» en Bissau el 27 de enero de 2008 y Canje de Notas de fechas 11 de julio y 29 de septiembre de 2008, efectuando rectificaciones (BOE núm. 134 de 3 de junio de 2009, rect. BOE núm. 36 de 10 de febrero de 2010).

inmigración, refuerzo de los controles fronterizos, o fortalecimiento de sus capacidades en la lucha contra la inmigración irregular.

c) La problemática jurídica de los acuerdos de capacitación de terceros Estados

El fortalecimiento de la capacidad de los Estados de origen o tránsito para gestionar los flujos migratorios, controlar sus fronteras o mejorar sus sistemas de asilo no puede considerarse en sí mismo un enfoque contrario a la protección de los derechos de los refugiados o a las obligaciones de los Estados en Derecho Internacional. A pesar de que son iniciativas cuya motivación real es, en muchos casos, reducir al máximo las solicitudes de asilo en los Estados de destino o ampliar las opciones de que éstos apliquen efectivamente sus políticas de readmisión o de retorno hacia países seguros, deben entenderse como desarrollos positivos en tanto que pueden representar mayores opciones de que las personas necesitadas de protección internacional puedan obtener asilo.¹⁰⁶⁰ Los problemas surgen, no obstante, si los países en los que se obliga a permanecer a los refugiados carecen de un sistema de asilo o de infraestructuras que protejan adecuadamente sus derechos humanos.¹⁰⁶¹

Existe el peligro de que, bajo estas iniciativas, se esconda la intención real de responsabilizar a los terceros Estados de las prácticas restrictivas de gestión migratoria de la UE o de sus Estados miembros que puedan suponer un incumplimiento de sus obligaciones de protección internacional.¹⁰⁶² Como se deduce de los ejemplos enunciados en los apartados anteriores, el grado de implicación en las actuaciones de control fronterizo por parte de los Estados de destino habitualmente es reducido, dado que no implementan las políticas a través de sus propios agentes y la decisión sobre las actuaciones concretas a desarrollar no se han adoptado bajo su autoridad. Podría decirse que estos Estados, en cierto modo, ejercen un control sobre dichas actuaciones, pero indirecto y débil.¹⁰⁶³ La pregunta es si, en este contexto, sería posible determinar la existencia de jurisdicción por parte de los Estados de destino y, en su caso, de responsabilidad por las actuaciones que vulneren los derechos de los refugiados. Haciendo alusión a los ejemplos expuestos anteriormente, surgen las

¹⁰⁶⁰ García Andrade y Martin, *EU Cooperation with third countries*, 42.

¹⁰⁶¹ Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Francois Cépeau, *Estudio regional: administración de las fronteras periféricas de la Unión Europea y sus repercusiones sobre los derechos humanos de los migrantes*, 24 de abril de 2013, A/HRC/23/46, 16

¹⁰⁶² Adepoju, van Noorlos y Zoomers, «Europe's Migration Agreements», 68. Gammeltoft Hansen y Hathaway, «*Non-Refoulement in a World*», 243.

¹⁰⁶³ Mc Namara, «Member State Responsibility for Migration Control».

preguntas siguientes: ¿podría decirse que es jurídicamente atribuible a España algún tipo de responsabilidad compartida por la violencia empleada por la gendarmería marroquí en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla derivada del apoyo técnico y financiero prestado a este país para la gestión de sus fronteras? ¿Es co-responsable la UE de las devoluciones de refugiados a Siria por Turquía como consecuencia de la conclusión con ésta del Plan conjunto de acción? ¿Puede considerarse que el apoyo técnico o financiero proporcionado por los Estados de destino constituye «ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito»?¹⁰⁶⁴ En el caso hipotético de que pudiera establecerse una relación causal entre el fortalecimiento de los controles fronterizos por los Estados de origen y tránsito y el incremento de las muertes de refugiados y migrantes a consecuencia de la necesidad de desviar las rutas migratorias tradicionales a Europa hacia otras más largas y peligrosas, ¿podría determinarse una responsabilidad de los Estados que han financiado y apoyado logísticamente la capacitación de los Estados de origen en materia fronteriza?

La problemática jurídica se centra, por tanto, en el análisis de la eventual responsabilidad de los Estados de destino en el desarrollo de unas actuaciones que, en principio, son decididas bajo la autoridad de otro Estado soberano y se desarrollan en su territorio o bajo su jurisdicción. En tanto que el control fronterizo se «delega» en terceros Estados y el grado de implicación de los Estados de destino es menor, la determinación de la jurisdicción y atribución de las actuaciones a éstos se complica.¹⁰⁶⁵ Incluso, algunos autores cuestionan hasta qué punto los acuerdos de cooperación con los terceros Estados son la causa de que éstos intensifiquen sus controles y eviten que los refugiados salgan irregularmente hacia Europa, en tanto que podrían apreciarse otras causas, como el propio fortalecimiento de los controles por los países europeos y el uso cada vez más intenso por éstos de medidas como la calificación de tercer país seguro o los acuerdos de readmisión, medidas que también están contribuyendo, en definitiva, a que los terceros países se estén convirtiendo en la «estación final» de los refugiados.¹⁰⁶⁶ Igualmente, a medida que el grado de implicación del Estado de destino es menor, se diluye progresivamente su eventual responsabilidad: no será lo mismo proporcionar directamente equipamiento para el blindaje de las fronteras de los Estados de origen o tránsito que comprometer, de una manera general, fondos de la ayuda oficial al desarrollo.

Finalmente, cabe preguntarse si las restricciones a la salida de refugiados motivados por la conclusión de acuerdos con los Estados de destino vulneran el

¹⁰⁶⁴ Artículo 16 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la CDI en su 53º periodo de sesiones, celebrado en 2001.

¹⁰⁶⁵ Gammeltoft-Hansen y Gammeltoft-Hansen, «The Right to Seek-Asylum Revisited», 454.

¹⁰⁶⁶ *Ibid*, 453.

derecho humano a salir de un país, incluido el propio.¹⁰⁶⁷ No es discutible que los Estados tienen el deber y el derecho de controlar la entrada de personas en sus territorios, pero ¿es legítimo también que controlen su salida? El análisis jurídico debe contemplar también, por tanto, si entre las restricciones al derecho a salir de un país puede incluirse la de prevenir la entrada irregular en otros países.¹⁰⁶⁸

A estos interrogantes jurídicos se dará respuesta en el epígrafe H del capítulo 6.

V. Conclusión: la tendencia hacia la extraterritorialidad de los controles fronterizos

El examen de las prácticas estatales de control fronterizo muestra una clara tendencia de los Estados hacia la extraterritorialidad en su implementación. Los Estados ya no esperan a que los refugiados lleguen a sus fronteras, sino que trasladan éstas al exterior, en ocasiones a zonas muy alejadas de sus territorios. La doctrina ha acuñado diversas denominaciones para este tipo de prácticas. Este capítulo propone clasificarlas en dos grandes grupos: las *medidas directas*, que requieren la presencia física del Estado en el lugar de su implementación (interceptación de refugiados en el mar y ubicación de funcionarios de enlace de inmigración en el extranjero) y las *medidas indirectas*, que se materializan a través de normas de los Estados o de acuerdos con terceros países, de manera que son terceros sujetos, fundamentalmente las compañías transportistas y los Estados de origen de los refugiados, quienes ponen en práctica las medidas, sin necesidad de la presencia física de los Estados de destino. Entre estas últimas se han analizado el requerimiento de visados de entrada, la imposición de obligaciones y sanciones a los transportistas y la financiación, equipamiento o formación de los Estados de origen para el desarrollo de controles fronterizos.

Cada una de las medidas estudiadas tiene una especificidad y características propias que aconsejan un examen individualizado de los problemas jurídicos que plantean para la protección de los refugiados. Por esta razón, este capítulo propone un análisis diferenciado de cada una en el marco de sus contextos normativos concretos. Se han expuesto los retos jurídicos que presentan para el ejercicio de los derechos de los refugiados, en concreto, de la prohibición de devolución y del derecho a acceder a

¹⁰⁶⁷ Este derecho se recoge en, entre otros instrumentos internacionales, en el Artículo 12.2. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁰⁶⁸ Joana Abrisketa, «La Dimensión Externa del Derecho de la Unión Europea en materia de Refugio y Asilo: un Examen desde la Perspectiva del Non-Refoulement», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 56 (enero-abril 2017): 119-158.

los procedimientos de asilo. De este análisis cabe concluir que estas medidas pueden producir el efecto de restringir, obstaculizar o impedir el ejercicio efectivo de dichos derechos, máxime en aquellos supuestos en los que, como consecuencia de su puesta en práctica, se impide a los refugiados salir del territorio de sus países de origen. Sobre esta base, el capítulo siguiente examina en qué medida los retos jurídicos planteados pueden abordarse mediante la aplicación extraterritorial de la Convención de Ginebra de 1951, así como de los tratados de derechos humanos de los que los Estados sean parte.

CAPÍTULO 6. LAS PRÁCTICAS EXTRATERRITORIALES DE CONTROL FRONTERIZO A LA LUZ DE APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA CONVENCIÓN DE GINEBRA Y LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

I. Las prácticas extraterritoriales de control fronterizo a la luz de la aplicación extraterritorial de la Convención de Ginebra de 1951

A. Introducción: el principio de no devolución como pilar de la protección de los refugiados

El principio de no devolución o *non refoulement*, también denominado prohibición de devolución, constituye la garantía básica de protección del régimen internacional de protección de los refugiados. No en vano, se califica habitualmente por la doctrina como su «piedra angular».¹⁰⁶⁹ Si se parte del razonamiento expresado anteriormente en el sentido de que no se ha codificado en Derecho Internacional un verdadero «derecho subjetivo a obtener el asilo o refugio»,¹⁰⁷⁰ este principio constituye la máxima expresión de lo que los Estados estuvieron dispuestos a asumir para la protección de aquéllos que ya no gozan del amparo de sus propios Gobiernos.¹⁰⁷¹ En palabras del profesor Mariño Menéndez, el principio de no devolución es la prohibición de «cualquier forma de expulsión o entrega de un extranjero a un Estado en el cual su vida, integridad física y moral o libertad corran grave peligro de ser lesionadas en violación de los correspondientes derechos humanos fundamentales de los que toda persona es titular y que constituyen el estándar mínimo universal cuya validez nunca puede ser suspendida».¹⁰⁷² Es una de las más notables manifestaciones de la «esencia humanitaria» de la Convención.¹⁰⁷³

Este principio figura en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, según el cual «ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión,

¹⁰⁶⁹ Entre otros, cabe citar a Thomas Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum. International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control* (Cambridge University Press, 2011), 44; ACNUR, «Advisory Opinion», párr. 5; Kees Wouters, *International Legal Standards*, 33.

¹⁰⁷⁰ Ver en este sentido, el apartado III del Capítulo 4.

¹⁰⁷¹ Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 44.

¹⁰⁷² Fernando M. Mariño Menéndez, «La singularidad del asilo territorial», 464

¹⁰⁷³ Lauterpacht y Bethlehem, «The scope and content», 107. Kees Wouters, *International Legal Standards*, 33.

nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas».¹⁰⁷⁴ Asimismo, está recogido en varios tratados de Derechos Humanos, mediante su regulación expresa en algunos de ellos, o bien indirectamente a través de la prohibición contra la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así, de manera expresa se recogió en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, que contiene una prohibición de devolución cuando existan razones fundadas para creer que existe un riesgo de sometimiento a tortura y en tratados regionales como el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 2.3 de la Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de Problemas de los Refugiados en África. Adicionalmente, aunque no se haya recogido expresamente, también se ha deducido este principio de los artículos 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, los cuales prohíben la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este apartado se dedicará al estudio del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra, mientras que las previsiones contenidas en los tratados de derechos humanos mencionados se analizarán en el apartado II siguiente.

Es necesario dedicar atención a la cuestión de la naturaleza jurídica del principio, dado que de una u otra calificación dependerá la determinación del conjunto de Estados que quedan obligados por él. A pesar de su relevancia, es una cuestión que sigue generando gran debate en la doctrina. Un primer sector, con relevantes autores españoles entre ellos, opina que el principio de *non refoulement* es una norma de *ius cogens*. En este sentido se pronuncian Mariño Menéndez y Gortázar Rotaecche. Para el primero, el principio de no devolución «forma parte del núcleo duro del «orden público» de la Comunidad Internacional». Estamos, según él, ante una norma «autoejecutiva» que constituye un derecho subjetivo del afectado, es decir, debe ser aplicada de manera inmediata por las autoridades internas del Estado, quienes deben interpretarla como una norma que «atribuye a toda persona extranjera un derecho a no ser devuelta», derecho que, además, ha de poderse alegar directamente por la persona afectada ante dichas autoridades.¹⁰⁷⁵ Asimismo, el Comité Ejecutivo del

¹⁰⁷⁴ Versión en español según el Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Publicado en BOE nº 252, de 21 de octubre de 1978, páginas 24310 a 24328. Según la provisión final de la Convención, los textos auténticos son los textos en inglés y en francés.

¹⁰⁷⁵ Mariño Menéndez, «La singularidad del asilo territorial», 464. En el mismo sentido, Cristina J. Gortázar Rotaecche, «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 martinicos» en José Martín y Pérez de Nanclares (coord) *La Dimensión Exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea* (Iustel, 2012), 219. En contra de esta calificación, se pronuncian autores como Hemme Battjes, para quien no puede considerarse *ius cogens* porque el artículo 33 permite derogación por dos razones: (i) porque el artículo 33.2 contempla excepciones al principio de no devolución y (ii) porque no existe suficiente *opinio juris* en el sentido de que el artículo 33

Programa del ACNUR insinuó en 1982 que «the principle of non-refoulement was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law».¹⁰⁷⁶

En un segundo sector doctrinal, que podría considerarse el mayoritario,¹⁰⁷⁷ se sitúan otros autores como Fernández Arribas, que defienden que la Convención ha recogido una norma de derecho consuetudinario de ámbito universal que obliga a todos los Estados, hayan firmado o no la misma.¹⁰⁷⁸ En el mismo sentido se pronuncian otros autores como Goodwin-Gill¹⁰⁷⁹ y Lauterpacht y Bethlehem,¹⁰⁸⁰ así como ACNUR en diversos documentos, incluyendo su Opinión consultiva sobre aplicación extraterritorial del principio de *non refoulement*.¹⁰⁸¹ Asimismo, es importante destacar el pronunciamiento en este sentido de los Estados miembros de la Convención de Ginebra, con ocasión de la celebración de su cincuenta aniversario:

«Acknowledging the continuing relevance and resilience of this international regime of rights and principles, including at its core the principle of non-refoulement, whose applicability is embedded in customary international law».¹⁰⁸²

En contra, sin embargo, se manifiesta Hathaway, quien considera que el principio aún no ha cristalizado en una norma de derecho consuetudinario. Para este autor no se cumplen los requisitos para observar la aparición de dicha norma: ni existe suficiente práctica de los Estados de la que pueda deducirse que los Gobiernos aceptan obligarse, ni se cumple el elemento de la *opinio iuris*, dado que un número importante de Estados asiáticos han rechazado estar obligados formalmente por la prohibición.¹⁰⁸³ Lo máximo que concede este autor es una expectativa de que la creciente

merezca el calificativo de *ius cogens* (sólo Suiza parece haberlo considerado así en una sentencia de 1983 del Bundesgericht). Hemme Battjes, *European Aylum Law and International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), 63.

¹⁰⁷⁶ Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, Conclusiones adoptadas por el Comité Ejecutivo sobre la Protección Internacional de Refugiados, contenida en el Documento de la Asamblea General de Naciones Unidas nº 12A (A/37/12/Add.1). Esto contrasta, sin embargo, con la opinión mantenida por ACNUR en el sentido de que el principio de no devolución tiene el carácter de norma de Derecho Internacional consuetudinario.

¹⁰⁷⁷ Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee in International Law*, 354.

¹⁰⁷⁸ Fernández Arribas, *Asilo y refugio*, 19.

¹⁰⁷⁹ Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee in International Law*, 140-163.

¹⁰⁸⁰ Lauterpacht y Bethlehem, «The scope and content», 140-164.

¹⁰⁸¹ ACNUR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*, 31 enero de 1994. ACNUR, «Advisory Opinion on the Extraterritorial Application», párr. 14-16.

¹⁰⁸² Ministerial Meeting of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the status of refugees, Declaration of States Parties to the 1951 Convention and or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/MMSP/2001/09, 12-13 de diciembre de 2001. Preámbulo, párr. 4.

¹⁰⁸³ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 363-370. En el mismo sentido, Gammeltoft-Hansen y Hathaway, «Non- Refoulement in a World », nota al pie 4.

incorporación del principio a las normas internas de los Estados pueda generar en algún momento un nuevo principio general del derecho.¹⁰⁸⁴

Como se ha avanzado anteriormente, la calificación jurídica del principio es de extrema relevancia, dado que influye directamente en la determinación de las obligaciones del conjunto de los Estados. Como norma convencional obliga evidentemente a los Estados que son parte de la Convención de Ginebra o de los tratados de derechos humanos que la contengan. Si se califica como *ius cogens* o derecho consuetudinario universal obligaría a todos los Estados, sean o no firmantes de dicha Convención o tratados, aunque con una matización jurídico-técnica importante. Mientras que en el primer caso (*ius cogens*) no cabe exclusión o modificación del contenido de la norma, en el segundo (derecho consuetudinario universal) los Estados podrían hacer uso de la «regla de la objeción persistente», en caso de que pudieran demostrar que se han opuesto a la costumbre de manera inequívoca y expresa, durante el periodo de formación de la misma.¹⁰⁸⁵ A este respecto, procede añadir dos cuestiones. Por un lado, que el propio Protocolo de la Convención de 1967 establece, para sus Estados firmantes, el carácter inderogable del principio de *non refoulement*, que no admite reservas, según el Artículo VII.1,¹⁰⁸⁶ cuestión que no debe confundirse con la de la inderogabilidad de las normas de *ius cogens*. Por otro lado, tampoco parece que se esté desarrollando una «contra-norma» de Derecho Internacional consuetudinario que ponga en cuestión el principio de no devolución. Un argumento poderoso en este sentido es que cuando los Estados realizan devoluciones, lo habitual es que no objeten o nieguen la aplicación del principio, sino que se escuden en otros argumentos, como que los individuos sujetos a las medidas no ostentaban la condición de refugiados, sino de «migrantes ilegales».¹⁰⁸⁷

En lo que sí existe un mayor consenso doctrinal es en la determinación de los requisitos que deben confluir para que el artículo 33.1 se considere aplicable. En primer lugar, es necesario que el refugiado haya cruzado la frontera de su propio país y, en segundo lugar, que se halle en el territorio o bajo la jurisdicción de otro Estado.¹⁰⁸⁸ Respecto del primero de los requisitos, haber salido del propio país, la mayor parte de la doctrina considera que los beneficiarios del principio de no devolución son aquéllos refugiados que se definen en el artículo 1.A.2 de la Convención,¹⁰⁸⁹ según el cual, la condición de refugiado se aplicará a toda persona que

¹⁰⁸⁴ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 26-27, 39-41 y 367.

¹⁰⁸⁵ Díez de Velasco, *Instituciones*, 93 y 140.

¹⁰⁸⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados, Resolución nº 2198(XXI), firmado por el Presidente de la Asamblea General y el Secretario General el 31 de enero de 1967.

¹⁰⁸⁷ Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee in International Law*, 229-230.

¹⁰⁸⁸ Entre otros, Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee in International Law*, 244; Hathaway, *The Rights of Refugees*, 307.

¹⁰⁸⁹ Entre ellos, Hathaway, *The Rights of Refugees*, 307; Wouters, *International Legal Standards*, 46.

«se encuentre fuera del país de su nacionalidad» o, tratándose de personas que carezcan de nacionalidad, que se encuentren «fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual». No aplicaría, por tanto, a personas que permanecen en dichos países.¹⁰⁹⁰ El segundo de los requisitos trae al debate jurídico, también en materia del Derecho de los Refugiados, el concepto esencial sobre el que gira toda la teoría de la extraterritorialidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, la existencia de jurisdicción del Estado. A él se dedicará atención pormenorizada más adelante.

B. Estado de la cuestión: la aplicación espacial del principio de no devolución conforme a la doctrina y la jurisprudencia

La cuestión del ámbito espacial de aplicación del principio de no devolución y, en particular, si los Estados están obligados por él respecto de aquellos refugiados con los que se encuentren en el desempeño de actividades extraterritoriales, ha sido objeto de amplios debates en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, algunos de los cuales siguen sin estar resueltos en la actualidad.¹⁰⁹¹ Las opiniones al respecto pueden encuadrarse en cuatro grupos diferenciados. La posición más restrictiva es la que considera que el principio de *non refoulement* aplica únicamente respecto de aquéllos refugiados que han cruzado la frontera de un país y se encuentran, por tanto, dentro de su territorio. Una segunda opinión doctrinal menos estricta incluye también los supuestos de devolución «en frontera», esto es, los Estados también estarían obligados por el principio respecto de aquéllos refugiados que se presenten en sus fronteras. Una tercera posición, más extensiva, entiende que el principio rige respecto de todo aquél refugiado que se encuentre sujeto o dentro de la jurisdicción del Estado, con independencia de dónde se produzca la actuación estatal. Por último, la posición más abierta, pero también más minoritaria es la de quienes consideran que siempre que el hecho sea atribuible al Estado, existiendo o no jurisdicción del mismo, podría entenderse que existe responsabilidad del mismo.

Como exponentes de la primera posición, es decir, la que considera que la protección ampara únicamente a quienes hubieran cruzado la frontera del país frente al que van a

¹⁰⁹⁰ De hecho, este fue el argumento principal que utilizó la Cámara de los Lores de Reino Unido para denegar la protección a los apelantes en el caso *Roma Rights* al que se hará referencia más adelante.

¹⁰⁹¹ Gammeltoft-Hansen, «Reach of the *non-refoulement* principle», 45. En el mismo sentido, Maarten Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (Hart Publishing, 2012), 121; Ruth Weinzierl y Urszula Lisson, *Border Management and Human Rights. A Study of EU Law and the Law of the Sea* (German Institute for Human Rights, 2007), 57 y Wouters, *International Legal Standards*, 54.

solicitar refugio, destacan algunos de los primeros comentaristas de la Convención de Ginebra. Así, en uno de los primeros comentarios a la Convención de Ginebra, Robinson señaló que las obligaciones de la Convención aplican a «refugees *who are in a Contracting State, not to those who wish to enter it*».¹⁰⁹² En el mismo sentido, para Ghrál-Madsen el Artículo 33.1 no obliga a los Estados parte a admitir a ninguna persona que no hubiera entrado en su territorio, sino que sólo puede invocarse respecto de personas que hubieran entrado en él, ya sea legal o ilegalmente.¹⁰⁹³ Igualmente, Aga Khan, quien ostentó el cargo de Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados desde 1966 hasta 1977, reconoció que la Convención de Ginebra, intencionadamente, no reguló el asilo como un derecho que los Estados se comprometieran a conceder a los refugiados que se presentaran en frontera. En su opinión, si los Estados lo hubieran querido, se hubieran referido expresamente al «rechazo en frontera», como lo hizo la Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de Problemas de los Refugiados en África, y no simplemente a devolución o expulsión.¹⁰⁹⁴

Junto a estos primeros comentaristas, sorprende la opinión mucho más reciente de la Cámara de los Lores de Reino Unido, en la controvertida resolución de 2004 en el caso *Roma Rights*.¹⁰⁹⁵ Este caso ilustra claramente la posición en contra de la aplicación del principio de *non refoulement* a los controles migratorios extraterritoriales de los Estados. En el caso concreto, varios oficiales de inmigración británicos, que estaban destinados temporalmente en el aeropuerto de Praga, denegaron la salida a seis nacionales checos de etnia romaní que pretendían viajar a Reino Unido. La Cámara adoptó la postura más restrictiva posible, denegando la aplicación de la prohibición de *refoulement*, incluso en frontera. Esta sentencia será analizada en más detalle posteriormente, aunque es conveniente destacar aquí que la Cámara de los Lores, en especial Lord Bingham of Cornhill, se remite a la opinión de estos primeros comentaristas de la Convención de 1951, entre quienes figura de manera destacada la opinión de Robinson de que el efecto protector de la Convención entra en juego para aquéllos refugiados que consiguieron cruzar la frontera, aunque lo hicieran ilegalmente, frente a aquéllos que habiéndolo intentado legalmente, son interceptados en frontera:

¹⁰⁹² Nehemiah Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Significance and Contents* (Institute of Jewish Affairs, 1952), 29.

¹⁰⁹³ Atle Grahl-Madsen, *Territorial Asylum* (Stockholm: Almqvist & Wiksell International, 1980), 40.

¹⁰⁹⁴ Sadruddin Aga Khan, United Nations High Commissioner for Refugees, «Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons», *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (1976) 149 (I), 287-352 y 317-318.

¹⁰⁹⁵ Cámara de los Lores, Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants), de 9 de diciembre de 2004, (2004) UKHL 55. (*Roma Rights*)

«Article 33 concerns refugees who *have gained entry into the territory of a Contracting State*, legally or illegally, but not to refugees who seek entrance into this territory. In other words, Article 33 lays down the principle that once a refugee has gained asylum (legally or illegally) from persecution, he cannot be deprived of it by ordering him to leave for, or forcibly returning him to, the place where he was threatened with persecution, or by sending him to another place where that threat exists, but that no Contracting State is prevented from refusing entry in this territory to refugees at the frontier. In other words, if a refugee has succeeded in eluding the frontier guards, he is safe; if he has not, it is his hard luck».¹⁰⁹⁶

Frente a dicha postura, un segundo sector doctrinal y jurisprudencial sostiene que el principio de no devolución protege también a los refugiados que hubieran conseguido llegar hasta la frontera del país en cuestión. Entre ellos encontramos también algunos destacados comentaristas de la Convención, como Weis, y la tan controvertida sentencia de 1993 del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Sale v. Haitian Center Council*.¹⁰⁹⁷ La motivación de estas dos opiniones respondió a intereses sustancialmente distintos. El asunto del alcance extraterritorial de la Convención de Ginebra no fue objeto de análisis por Weis, cuyos esfuerzos se centraron en contrarrestar los argumentos de quienes negaban la aplicación del principio de *non refoulement* en frontera. Por su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos aceptó de manera tangencial la aplicación del principio en frontera en una resolución cuyo principal propósito fue rechazar expresamente la aplicación extraterritorial de la Convención.

En opinión de Weis hay varios argumentos favorables a la aplicación de la provisión en frontera: por un lado, la expresión «in any manner whatsoever» y la utilización de otras expresiones en los trabajos preparatorios de la Convención, por ejemplo «not to turn back»; por otro lado, el significado de la palabra *refoulement* en algunas legislaciones nacionales como la belga y la francesa, en las que también se cubren los supuestos de rechazo en frontera. Finalmente, el autor se refiere a uno de los principales argumentos defendidos por los detractores de la aplicación en frontera, según el cual la admisión del principio en frontera equivaldría a reconocer un derecho subjetivo de asilo que no está previsto por la Convención. Para Weis, sin embargo, el Estado que admite al refugiado no está obligado a concederle asilo, sino que tendría la opción de enviarlo a otro país que quisiera admitirlo.¹⁰⁹⁸

El Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Sale*, adoptó una de las resoluciones que ha sido objeto de más comentarios doctrinales en materia de

¹⁰⁹⁶ *Roma Rights*, párr. 17, cursiva añadida.

¹⁰⁹⁷ Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Sale v. Haitian Centers Council, INC.*, 21 de junio de 1993, 509 U.S. 155 (1993). (*Sale*).

¹⁰⁹⁸ Paul Weis (ed.), *The Refugee Convention, 1951. The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis* (Cambridge University Press, 1995), 341-342.

Derecho internacional de los Refugiados. Esta resolución se enmarca en la crisis de los refugiados haitianos de 1991 tras el golpe de Estado que derrocó al Presidente Jean Bertrand Aristide. El Tribunal Supremo se enfrentó al examen de la legalidad de una orden presidencial vigente desde 1981 según la cual se autorizaba a los guardacostas estadounidenses a interceptar barcos que transportaran ilegalmente pasajeros desde Haití hasta la costa de Estados Unidos. El Tribunal se decantó por aceptar la legalidad de la orden, bajo el argumento de que el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra no es aplicable a extranjeros interceptados en alta mar.¹⁰⁹⁹ Los argumentos en los que se basa la Corte serán analizados con detenimiento más adelante.

Finalmente, la aplicación del principio de *non refoulement* a los casos de rechazo en frontera, ha sido reconocida en numerosas conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, entre ellas, la número 85 de 1998, de acuerdo con la cual, el Comité

«Strongly deplores the continuing incidence and often tragic humanitarian consequences of *refoulement* in all its forms, including through summary removals, occasionally en masse, and reiterates in this regard the need to admit refugees to the territory of States, which includes *no rejection at frontiers without access to fair and effective procedures* for determining their status and protection needs».¹¹⁰⁰

De acuerdo con la tercera posición de las arriba mencionadas, la obligación de no devolución se extiende no sólo dentro del territorio del Estado y en su frontera, sino también allá donde el Estado ejerza jurisdicción, aunque actúe fuera de su territorio. En esta argumentación el concepto de jurisdicción ocupa un lugar central. Para Hathaway, entre otros autores, algunos de los derechos de la Convención, entre los que se encuentra el principio de no devolución, no están sujetos a limitación territorial. La obligación de los Estados de respetar dichos derechos surge del «ejercicio de jurisdicción efectiva o de facto fuera de su territorio», ya sea por los propios agentes del Estado, por compañías privadas contratadas por los Estados, o por oficiales de un Estado en tránsito actuando en representación de un Estado de destino, siempre que su actuación resulte en la devolución directa o indirecta del refugiado al Estado donde sufre persecución.¹¹⁰¹ De la misma opinión son Goodwin-Gill y McAdam, para quienes el artículo 33.1 no exige ningún tipo de presencia en el territorio, sino que prohíbe la devolución «en modo alguno» con independencia de dónde ocurra la actuación estatal, siempre que se den los requisitos para su aplicación (haber salido

¹⁰⁹⁹ *Asunto Sale*, 187.

¹¹⁰⁰ Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, sesión 49, Conclusión nº 85 (XLIX) sobre Protección Internacional (1998), párr. q, cursiva añadida. En el mismo sentido, las resoluciones nº 22 (XXXII) de 1981, nº 81 (XLVIII) de 1997, nº 82 (XLVIII) de 1997, nº 99 (LV) de 2004 y nº 108 (LIX) de 2008. Todas ellas se encuentran recogidas en UNHCR, *A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions* (UNHCR, 7ª ed., 2014).

¹¹⁰¹ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 335-342.

del territorio por las razones estipuladas en la Convención y hallarse bajo la jurisdicción de otro Estado). Estos últimos autores van más allá e incluso consideran que el principio de no devolución ha cristalizado en una norma de Derecho Internacional consuetudinario, cuyo propósito esencial es la prohibición de devolución de refugiados «en cualquier manera» a países donde se enfrenten a persecución. Este propósito esencial es el que informa el alcance de la aplicación del principio, incluyendo la acción estatal allá donde ocurra, ya sea dentro del territorio del Estado, en su frontera, o mediante agentes situados fuera del territorio.¹¹⁰²

Asimismo, esta posición es la defendida por ACNUR en diversos documentos, entre los que destaca la Opinión Consultiva sobre la Aplicación Extraterritorial de las Obligaciones de Non-Refoulement de acuerdo con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. En esta opinión, en la que asimila jurisdicción a control efectivo y autoridad del Estado, ACNUR concluyó lo siguiente:

«It is UNHCR's position, therefore, that a State is bound by its obligation under Article 33(1) of the 1951 Convention not to return refugees to a risk of persecution *wherever it exercises effective jurisdiction*. As with *non-refoulement* obligations under international human rights law, the decisive criterion is not whether such persons are on the State's territory, but rather, whether they come within the effective control and authority of that State».¹¹⁰³

Merece especial atención la argumentación de Lauterpacht y Bethlehem, que aplican analógicamente la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y ciertos comités de derechos humanos en los casos de aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos. Al igual que en estos supuestos existe jurisdicción extraterritorial del Estado en determinadas circunstancias, también la prohibición de devolución se extiende a la conducta de los Estados allá donde ocurra, ya sea en fuera de su territorio nacional, en los controles fronterizos, en zonas internacionales o en zonas de tránsito.¹¹⁰⁴

Incluso estos autores van más allá y afirman, en lo que constituiría una cuarta posición, que de acuerdo con principios generales de Derecho Internacional en materia de responsabilidad de los Estados, éstos serían responsables siempre que los actos u omisiones les fueran atribuibles, cualquiera que sea el lugar donde ocurran y con independencia de que concurren las circunstancias en las que se considera que existe

¹¹⁰² Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 131-132; Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 88-99; Gortázar Rotaache, «La dimensión exterior del Espacio», 222; Violeta Moreno Lax, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea», *International Journal of Refugee Law* (2011), 23(2), 204-205; Lauterpacht y Bethlehem, «The scope and content», 159-160; Wouters, *International Legal Standards*, 48-56.

¹¹⁰³ ACNUR, «Advisory Opinion», párr. 43, cursiva añadida.

¹¹⁰⁴ Lauterpacht y Bethlehem, «The scope and content», 110-111.

jurisdicción del Estado. Parecen apelar a la distinción entre los conceptos de jurisdicción y responsabilidad estatal a los que se hizo referencia en el capítulo 3 (apartado III.B), de forma que el problema ya no es si el acto u omisión ocurre en el territorio del Estado o se lleva a cabo por un agente estatal, sino si se ha desarrollado por el Estado o en nombre del Estado o ha sido posteriormente adoptado por el Estado. Allá donde el acto sea atribuible al Estado, será de aplicación el principio de no devolución, ya sea dentro del territorio o en cualquier otro lugar.¹¹⁰⁵

En definitiva, la variedad de posiciones mencionadas refleja la falta de consenso en cuanto a la aplicación extraterritorial del principio de *non refoulement*. Es verdad que, con la notable excepción del caso *Roma Rights*, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia contemporáneas considera que el principio de *non refoulement* cubre los supuestos de devolución «en frontera», pero no existe acuerdo sobre si se extiende más allá de la misma y, menos aún, bajo qué circunstancias puede considerarse que existe jurisdicción del Estado en un contexto extraterritorial. En los apartados siguientes se examinarán con detenimiento los argumentos a favor y en contra de la aplicación extraterritorial del principio, siguiendo la metodología interpretativa establecida por los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

C. La interpretación del Artículo 33.1 de la Convención de Ginebra

La Convención de Ginebra, como cualquier otro tratado, debe interpretarse conforme a las normas contenidas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena.¹¹⁰⁶ Siguiendo su sistemática, en la labor interpretadora debe acudir primero a la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1, que establece los principios que deben servir de base en dicha labor, esto es, la buena fe, el sentido corriente de los términos, el contexto del tratado y el objeto y el fin del mismo. Por su parte, el artículo 32 establece los medios suplementarios de interpretación, entre los que se incluyen los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su conclusión. A lo largo de los próximos epígrafes, se analizarán los principales problemas que surgen en la interpretación del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra, en relación con su aplicación espacial. Entre ellos, se analizará qué debe entenderse por el «sentido corriente» de los términos *return* y *refouler* utilizados por los textos auténticos de la Convención. ¿Es necesario que un individuo se encuentre dentro del territorio del país o, al menos, en su frontera para que pueda ser objeto de «devolución» o «rechazo»?

¹¹⁰⁵ Lauterpatch y Bethlehem, «The scope and content», 160.

¹¹⁰⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969.

¿Qué conclusiones pueden extraerse de la lectura de los trabajos preparatorios sobre el objetivo y fin del precepto? ¿Cuál fue la intención de los redactores respecto de la aplicación espacial del artículo? Dichos problemas quedan ilustrados con gran claridad en las resoluciones adoptadas en los casos *Sale* y *Roma Rights*, por lo que estos casos se utilizarán como hilo conductor en el análisis que sigue.

La regla general de interpretación es una única operación en la que deben tenerse en cuenta simultáneamente tres métodos interpretativos: el gramatical, el sistemático y el teleológico. Aunque por razones de claridad sistemática, se seguirá el orden establecido en el artículo 31.1 de la Convención de Viena, debe tenerse en cuenta que los principios enunciados en el mismo no deben considerarse jerárquicamente, sino como una progresión lógica, en lo que se ha venido a denominar la «concepción interactiva de la interpretación de los Tratados».¹¹⁰⁷

1. El sentido corriente de los términos incluidos en el artículo 33.1

A pesar de la opinión de algunos comentaristas, para quienes no existe ambigüedad en los términos empleados por el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra,¹¹⁰⁸ un estudio comprensivo de la mayor parte de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales muestra que la gran dificultad a la hora de interpretar el ámbito espacial de aplicación del artículo es determinar el significado de los términos *refouler* y *return* utilizados en los textos auténticos de la Convención, es decir, los adoptados en francés e inglés. La versión francesa utiliza el término *refouler*, al igual que ya hiciera la Convención de 1933 en su artículo 3.¹¹⁰⁹ De acuerdo con ella, «Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié (...)».¹¹¹⁰ Por su parte, en la versión inglesa se hizo constar esta palabra entre

¹¹⁰⁷ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 48-74.

¹¹⁰⁸ De acuerdo con el Amicus Curiae presentado por ACNUR en el caso *Sale*, «The treaty's language is broad and unequivocal», 87 y 89 -92. El Amicus Curiae está publicado en *International Journal of Refugee Law* (1994) 6(1), 85-102. («Amicus Curiae») Del mismo parecer es el Juez Blackmun en su opinión disidente en este caso. Ver Asunto *Sale*, párr. 190.

¹¹⁰⁹ Convention relative au Statut International des Réfugiés, Genève, le 28 octobre 1933. Disponible en <https://www.wdl.org/fr/item/11580/>. El único texto auténtico de la Convención de 1933 estaba redactado en francés. De acuerdo con su artículo 3: «Chacune des Parties contractantes s'engage à ne pas éloigner de son territoire par application de mesures de police, tlees que l'expulsion ou le refoulement, les réfugiés ayent été autorise's à y s'journer régulièrement, à moins que lesdites mesures ne soient dictées par des raison de sécurité nationale ou d'ordre public».

¹¹¹⁰ Convention relative au Statut des Réfugiés. Signée à Genève, le 28 juillet 1951, en Naciones Unidas, *Recueil des Traités* (Naciones Unidas, 1954), 151. Disponible en <http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>.

paréntesis inmediatamente después de la palabra *return*: «No Contracting State shall expel or return («refouler») a refugee in any manner whatsoever (...)».

Las dificultades interpretativas que plantea este artículo y, en concreto, la determinación del significado de las palabras *refouler* y *return*, ocuparon un lugar central en las argumentaciones jurídicas seguidas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos y la Cámara de los Lores en los casos *Sale* y *Roma Rights*. En la interpretación de la versión inglesa del artículo, ambos tribunales llegaron al mismo resultado, esto es, que la prohibición de *refoulement* no es aplicable fuera del territorio del país en cuestión. Ahora bien, existen importantes divergencias en su razonamiento, hasta el punto de que para el Tribunal Supremo la palabra que necesitaba de aclaración fue *return*, mientras que para la Cámara de los Lores era *refouler*.

En *Sale*, el Tribunal Supremo argumentó que la palabra *return* tiene un significado legal más limitado que el sentido ordinario que se utiliza habitualmente de esta palabra.¹¹¹¹ Una prueba de ello es que se consideró necesario aclararla incorporando entre paréntesis la palabra francesa *refouler*, cuyo significado es más restringido y se traduce al inglés, según el Tribunal, como «repulse», «repel», «drive back» o «expel». De este modo, según la Corte, *return* debe entenderse como:

«(...) a defensive act of resistance or exclusion at a border rather than an act of transporting someone to a particular destination. In the context of the Convention, to «return» means to «repulse» rather than to «reinstate».¹¹¹²

A partir de esta definición legal de la palabra *return*, el Tribunal se sirvió de la distinción que la normativa británica de inmigración y nacionalidad hace entre «deportación o expulsión» y «exclusión»,¹¹¹³ para llegar a la siguiente conclusión:

«The text of Article 33 thus fits with Judge Edwards' understanding that 'expulsion' would refer to a 'refugee already admitted into a country' and that 'return' would refer to a 'refugee already within the territory but not yet resident there.' Thus, the

¹¹¹¹ De acuerdo con la versión en inglés, que es texto auténtico, del artículo 33.1: No Contracting State shall expel or return («refouler») a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

¹¹¹² *Sale*, 182.

¹¹¹³ Exclusión se refiere aquéllos solicitantes que se encuentran dentro del territorio o en su frontera, pero son tratados por la ley como si nunca hubieran entrado en los Estados Unidos, es decir, están dentro del territorio, pero no dentro de los Estados Unidos («within the United States territory but not within the United States»). Expulsión se refiere a aquéllos extranjeros que o bien han sido admitidos, o bien han conseguido entrar en los Estados Unidos (legalmente o no). Estos estarían «within the United States territory and within the United States», expresión esta última («within the United States») que tiene más que ver con el estatuto legal del extranjero que con su ubicación. *Sale*, 175.

Protocol was not intended to govern parties' conduct outside of their national borders».¹¹¹⁴

Es decir, el verbo *expel* (expulsar) utilizado también por el artículo 33.1 haría referencia a un refugiado ya admitido en un país y *return* cubriría aquéllos refugiados que se encuentren en el «umbral de entrada», bien en la frontera o dentro del territorio, aunque sin ser aún residentes en el mismo. Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal se basó especialmente en los trabajos preparatorios de la Convención y, en particular, en las posiciones durante la negociación de la Convención defendidas principalmente por los delegados suizo y holandés, para quienes tanto *expel* como *return* hacen referencia a refugiados que ya habían entrado en el Estado en cuestión. A estas intervenciones de los delegados suizo y holandés, se hará referencia más adelante, aunque conviene destacar aquí que el apoyo que encuentra el Tribunal en sus palabras es criticada no sólo por dar excesiva trascendencia a un medio suplementario de interpretación, esto es, los trabajos preparatorios, sino también por basarse en «el lenguaje de intención de los congresistas», más que en los trabajos preparatorios en sí mismos.¹¹¹⁵

Por su parte, la Cámara de los Lores en el caso *Roma Rights* coincide con *Sale* en que la palabra *expel* se entiende aplicable a los refugiados que ya han sido admitidos en el territorio de un país. No obstante, las divergencias surgen al interpretar el significado de los términos *return* y *refouler*. Una primera divergencia es que para la Cámara de los Lores éstos términos no cubren los supuestos de refugiados que se encuentren en frontera. Es llamativo, además, que la Cámara considere que la palabra necesitada de aclaración no sea el término inglés *return* sino el francés *refouler* y que es este último término y no *return*, el que tiene un significado más amplio. En la opinión de la Cámara, los redactores de la Convención entendieron que debía darse a *refouler* el mismo significado que al término *return*, cuya aplicación procede para los refugiados que hubieran entrado en un país pero no fueran todavía residentes allí. La ambigüedad se resolvió, según la Cámara, incluyendo la palabra *refouler* entre paréntesis después de la palabra *return*.¹¹¹⁶ De esta manera las partes contratantes dejaron claro que *refouler*, por muy amplia que sea su definición en el diccionario, significa *return* en el contexto de la Convención. Este es el sentido especial que las partes quisieron dar al término *refouler*, de conformidad con el artículo 31.4 de la Convención de Viena.¹¹¹⁷ Esta argumentación es cuestionable, sin embargo, porque resulta extraño que el término necesitado de clarificación sea la propia palabra que aparece entre paréntesis en el texto del artículo, que más bien se insertó a modo de

¹¹¹⁴ *Sale*, 182.

¹¹¹⁵ Goodwin-Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 247.

¹¹¹⁶ *Roma Rights*, párr. 17-18 y 70.

¹¹¹⁷ *Ibid*, párr. 18.

aclaración, como se verá al estudiar los trabajos preparatorios de la Convención, y porque, además, de haber sido así, los redactores hubieran clarificado el texto de la versión francesa incluyendo *return* entre paréntesis y no al contrario.¹¹¹⁸

La interpretación gramatical que hacen ambos Tribunales del artículo 33.1 ha sido objeto de duras críticas.¹¹¹⁹ Una de las más fundamentadas es la que defiende que el significado de los términos dado por ambos tribunales no se corresponde con su sentido corriente. En la propia opinión disidente en *Sale*, el juez Justice Blackmun advirtió que el Tribunal se equivocó al ignorar el sentido corriente de la palabra *return* y en su lugar asumir como punto de partida que su «significado legal» es más limitado que su «sentido común». Según el juez, los términos no son ambiguos. La Convención no prohíbe la exclusión (*exclusion*) de extranjeros como sugiere el Tribunal, sino su devolución (*return*).¹¹²⁰ Adicionalmente, se ha cuestionado la definición que atribuyó el Tribunal a la palabra *return*. Así, sobre la base de que no se puede devolver a alguien que no ha llegado aún al territorio del Estado, el Tribunal definió *return* como un «acto defensivo de resistencia o exclusión en frontera». Este no sólo es, en palabras de Hathaway, un significado incorrecto del término, sino que, además, una interpretación del artículo que se limita a prohibir actos de resistencia o exclusión, dejando fuera otro tipo de acciones, constituye en sí misma una violación flagrante de la propia prohibición concebida por el artículo 33.1, es decir, la de aquéllas medidas que supongan enviar de vuelta a un refugiado a manos de sus perseguidores.¹¹²¹ Finalmente, es muy ilustrativo el argumento sostenido por el Amicus Curiae de ACNUR, en el sentido de que la definición defendida por el Tribunal haría el término *return* redundante, dado que la frase «expel or return» se transformaría realmente en «expel or expel».¹¹²²

Otra crítica que puede hacerse en cuanto a la interpretación gramatical realizada por el Tribunal Supremo y la Cámara de los Lores es la de que se apoyan excesivamente en los trabajos preparatorios de la Convención para determinar el significado de los términos en cuestión. Parecen ignorar que, de acuerdo con la Convención de Viena, éstos son un recurso interpretativo complementario, de última instancia, que debe emplearse para confirmar el sentido resultante de la aplicación de

¹¹¹⁸ En este sentido, Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 125-26.

¹¹¹⁹ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 125-132; Hathaway, *The Rights of Refugees*, 336-340; Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee in International Law*, 246-249; Harold Hongju Koh, «Reflections on Refoulement and Haitian Centers Council», *Harvard International Law Journal* (1994), 35(1); Amicus Curiae, 87-92. En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a cuyo examen también se sometió la legalidad de la orden presidencial dictada inicialmente por Reagan en el caso *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Report Nº51/96, case 10.675, de 13 de marzo de 1997, párr. 156-159.

¹¹²⁰ *Sale*, 191.

¹¹²¹ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 337-338.

¹¹²² Amicus Curiae, 90.

las reglas generales del artículo 31 o para determinarlo, si aun habiendo aplicado dichas reglas, el resultado al que se llegue sea ambiguo u oscuro o manifiestamente absurdo o irrazonable.¹¹²³ Además, como será expuesto más adelante, lo único que puede extraerse del análisis de los trabajos preparatorios es que no existió unanimidad respecto de cuál fue el significado de las palabras *expel* y *return* en el momento de la redacción de la Convención. De hecho, según Goodwin Gill y Mc Adam, las palabras *expel* y *return* de la versión inglesa no tienen un significado preciso en Derecho Internacional general, en especial *return*, cuyo significado es más bien «vago».¹¹²⁴

Además de la interpretación de los términos *refouler* y *return*, otras dos expresiones contenidas en el artículo 33.1 merecen especial atención, porque acarrear connotaciones que afectan a la determinación de su ámbito de aplicación territorial. Son, en concreto, las expresiones «*in any manner whatsoever*» y «*to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened (...)*». La primera de ellas se ha utilizado como argumento para sostener que el artículo incluye tanto casos de no admisión en frontera como casos extraterritoriales.¹¹²⁵ Una lectura contraria a esta extensión del ámbito geográfico del artículo, significaría permitir a los Estados actos de devolución de refugiados en un buen número de formas diversas, por ejemplo, mediante su interceptación en alta mar o en el territorio o aguas territoriales de otros Estados. Quedarían, fuera, entonces todas aquéllas formas de *refoulement* que no supongan devolución «desde» el territorio del propio Estado, lo cual traería como consecuencia la negación del derecho de no devolución para una clase entera de refugiados, aquéllos que hubieran huido de sus países pero que aún no hubieran entrado en el territorio de otro Estado.¹¹²⁶ En contra de esta lectura, otros autores aducen que no se quiso dar una connotación geográfica a la expresión «*in any manner whatsoever*», sino que fue incluida para asegurar que quedaba cubierta cualquier posible forma o método de *refoulement*, incluso la utilización de «medios no formales» por cualquier tipo de autoridades, judiciales o administrativas.¹¹²⁷ La expresión hace referencia, entonces, a los métodos o formas de expulsión, sin aludir a cuestiones de índole geográfica.

La segunda de las expresiones mencionadas, «*to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened (...)*», ha dado lugar también a controversias

¹¹²³ CVDT, art. 32.

¹¹²⁴ Goodwin-Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 206-207.

¹¹²⁵ Para Lauterpatch y Bethlehem «(...) as the words «*in any manner whatsoever*» indicate, the evident intent was to prohibit any act of removal or rejection that would place the person concerned at risk». Lauterpatch y Bethlehem, «The scope and content», 112. En el mismo sentido, Hathaway, para quien no importa la descripción formal del acto, ya sea expulsión, deportación, devolución o rechazo. Hathaway, *The Rights of Refugees*, 316-317. Igualmente, Weis, *The Refugee Convention*, 341-342 y Goodwin-Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 246.

¹¹²⁶ Amicus Curiae, 91 y 92.

¹¹²⁷ Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 54.

interpretativas. En concreto, se ha dicho que la preposición *to* acompaña principalmente al verbo *return*. Así, mientras que expulsión se refiere a acciones producidas «desde» dentro de uno de los Estados contratantes, la palabra *return* no conlleva ninguna limitación geográfica respecto del lugar donde se realiza el acto, sino únicamente «hacia donde» (*to*), esto es, hacia la frontera de cualquier territorio donde la vida o libertad del refugiado corran peligro.¹¹²⁸ Este argumento se expresó con claridad en el Amicus Curiae de *Sale*, que distingue dos prescripciones distintas en el artículo:

«The Treaty's language is broad and unequivocal. It prohibits both the expulsion of a refugee *from* a contracting State and, of critical importance here, the return of a refugee *to* a territory where his or her life or freedom would be endangered. (...) The term «return» necessarily looks to the place «to» which a refugee is returned. The word «expel» by contrast, refers to the treatment of refugees present in a State's territory, since, by definition, refugees cannot be expelled from a country in which they are not present».¹¹²⁹

A modo de conclusión, no puede dejarse de mencionar en este apartado los riesgos sobre los que tanto la Corte Internacional de Justicia como algunos autores han advertido respecto de un apoyo excesivo en la interpretación gramatical de los tratados. El sentido de las palabras debe obtenerse del contexto y las circunstancias en las que se usan, no pueden interpretarse en un vacío abstracto, sino que deben interpretarse en su contexto y a la vista del objeto y fin del tratado en cuestión. La interpretación literal es un recurso frecuentemente utilizado por los gobiernos y por los propios tribunales, en aras de una mayor objetividad, pero no hay que desconocer que esta objetividad no siempre es real, dado que en ocasiones las bases gramaticales y etimológicas son arbitrarias y pueden ser inconsistentes. La interpretación gramatical es algo más que buscar los términos en los diccionarios. Acudir a los diccionarios como base interpretativa entraña también un riesgo, ya que puede elegirse el diccionario que contenga el término que más se ajuste a la interpretación buscada, lo que los anglosajones han venido a llamar «dictionary-shopping».¹¹³⁰ Es muy significativa en este sentido la crítica de Koh a la utilización en *Sale* por el Tribunal Supremo del «no autoritativo» diccionario francés *New Cassells'* frente al prestigioso diccionario *Larousse*, que había venido utilizándose durante más de un siglo por dicho tribunal.¹¹³¹ Todo ello se exagera en casos como el presente, en el que existen varias versiones auténticas del texto del tratado que, respecto del artículo 33.1 no son exactamente iguales. Por ello, el método gramatical de interpretación de los tratados, debería

¹¹²⁸ Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 57.

¹¹²⁹ Amicus Curiae, 87-88. En el mismo sentido, Koh, «Reflections on Refoulement», 4.

¹¹³⁰ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 49-53.

¹¹³¹ Koh, «Reflections on Refoulement», 4. Ver en este sentido, los diccionarios a los que se refiere el Tribunal Supremo en *Sale*, 180-181.

apoyarse en el resto de los principios que conforman la regla general de interpretación, esto es, en el contexto, el objeto y fin del Tratado. Estos principios serán objeto de análisis en los próximos epígrafes.

2. El contexto del tratado en la interpretación del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra

El contexto del Tratado viene constituido, por un lado, por su texto, incluyendo su preámbulo y anexos y, por otro, por los acuerdos o instrumentos en relación con la conclusión del tratado a los que se refiere el artículo 31.2 de la Convención de Viena. Dentro de este contexto, algunos autores consideran también incluidos los elementos que cita el artículo 31.3,¹¹³² que deben valorarse «junto con el contexto».¹¹³³ Ello ha dado lugar a la distinción entre el llamado contexto «interno», que hace referencia al contexto al que se refieren los artículos 31.1 (contexto del tratado, en general) y 31.2 (texto en sentido estricto y acuerdos o instrumentos en relación con la conclusión del tratado), y el contexto «externo» que comprende los elementos incluidos el artículo 31.3,¹¹³⁴ esto es, los acuerdos y prácticas posteriores acerca de la interpretación del tratado, así como «toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes».¹¹³⁵ En este apartado se analizará el contexto interno, mientras que las bases de interpretación que conforman el contexto externo, serán estudiadas en el apartado 3 siguiente.

Adentrándonos en el contexto interno de la Convención, el documento principal que constituye un «acuerdo en relación con la conclusión del Tratado», se sitúa fundamentalmente el Acta Final de la Conferencia.¹¹³⁶ Este Acta no contiene, sin embargo, referencias al principio de *non refoulement*, por lo que el presente apartado se centrará en el otro elemento constitutivo del contexto interno, es decir, el propio texto de la Convención. Respecto a él, se han utilizado dos argumentos basados en una interpretación sistemática, que han dado lugar a soluciones opuestas respecto del ámbito de aplicación geográfico del artículo 33.1. Uno de ellos es contrario a la extensión del ámbito de aplicación espacial del artículo 33.1. Fue el alegado por el

¹¹³² Hathaway, *The Rights of Refugees*, 53.

¹¹³³ CVDI, art. 31.3.

¹¹³⁴ En este sentido, Jean Marc Sorel and Valérie Boré Eveno, «1969 Vienna Convention. Article 31. General Rule of Interpretation», 823-829, así como Hathaway, *The Rights of Refugees*, 53-55 y Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 81-94.

¹¹³⁵ CVDI, art. 31.3.

¹¹³⁶ UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, 25 July 1951, A/CONF.2/108/Rev.1, disponible en <http://www.refworld.org/docid/40a8a7394.html>.

Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Sale* y consiste en realizar una interpretación sistemática de artículo 33, incluyendo sus dos párrafos. Así, según el Tribunal, al primer párrafo le es extensiva la limitación geográfica contenida en el párrafo segundo, que excepciona la aplicación del principio de no devolución en los siguientes términos: «[...] no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del *país donde se encuentra*, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país». (cursiva añadida)¹¹³⁷ El segundo de los argumentos defiende precisamente lo contrario, es decir, que a diferencia de algunas provisiones de la Convención, como el propio artículo 33.2, que exigen la presencia o residencia en el país para conceder derechos a los refugiados, el artículo 33.1 no contiene dicha limitación geográfica, por lo que nada impide su aplicación extraterritorial.¹¹³⁸ Dicho de otro modo, separa o disecciona los contenidos de cada uno de los párrafos. Estos dos argumentos serán desarrollados a continuación.

De conformidad con la interpretación sistemática defendida por el Tribunal Supremo, si el artículo 33.1 se extendiera a los eventos ocurridos en alta mar, ninguna nación podría invocar la excepción del artículo 33.2 respecto de los extranjeros que se encontraran allí, dado que un extranjero en alta mar no se encuentra en ningún *país*. De considerar que el párrafo primero es aplicable extraterritorialmente, se produciría el absurdo de que eventuales extranjeros «peligrosos» en alta mar tendrían derecho a beneficiarse de la protección del artículo 33.1, mientras que aquéllos residiendo *en el país* no podrían invocarlos.¹¹³⁹

El argumento arriba mencionado es uno de los que más críticas ha recibido por parte de la doctrina, así como de ACNUR y la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos.¹¹⁴⁰ La propia opinión disidente de la sentencia rebate con gran claridad la interpretación del Tribunal. Para el juez Blackmun el artículo 33.1 delimita el lugar al que el refugiado podría ser enviado, pero no contiene limitación geográfica alguna respecto del lugar desde donde podría serlo. Por el contrario, el párrafo segundo

¹¹³⁷ Convención de Ginebra, art. 33.2, según el cual: «Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país».

¹¹³⁸ Goodwin-Gill y Mc Adam, *The Refugee in International Law*, 246; Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 54-55; Hathaway, *The Rights of Refugees*, 339; Amicus Curiae, 91-92.

¹¹³⁹ *Sale*, 179-180.

¹¹⁴⁰ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 125-132. Hathaway, *The Rights of Refugees*, 336-340; Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee in International Law*, 246-249; Koh, «Reflections on Refoulement»; Amicus Curiae, 91-92. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, párr. 157.

contiene una referencia geográfica clara que recoge la comprensible decisión de los Estados firmantes de la Convención de permitir a los países deportar a refugiados que se encontraran dentro del territorio del país pero supusieran un peligro para su seguridad o hubieran sido condenados por delitos graves. No se puede inferir que este límite geográfico se proyecte también al párrafo primero. El hecho de que el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra permita expulsar o devolver a un número reducido de refugiados «peligrosos» que se encuentren dentro del territorio, pero no permita interceptar y devolver a aquéllos que se encuentran fuera, es una expresión de los objetivos de la Convención: la no devolución es la regla general, y la única excepción es que un país amenazado por la presencia de un refugiado pueda expulsarlo o devolverlo a un país no seguro si así lo considera.¹¹⁴¹ En realidad, la inclusión del párrafo segundo del artículo 33 nada tiene que ver el propósito de los Estados de limitar geográficamente el alcance de la provisión, sino que refleja la preocupación de los Estados firmantes respecto de su seguridad nacional en un escenario de Guerra Fría que era nuevo para ellos.¹¹⁴²

El segundo de los argumentos mencionados más arriba defiende todo lo contrario, es decir, que de una interpretación sistemática de la Convención no puede deducirse un límite geográfico aplicable al artículo 33.1. Como expresó el Amicus Curiae de ACNUR, los redactores de la Convención de 1951 hubieran podido limitar el alcance territorial del artículo 33.1 si así lo hubieran querido, como lo hicieron con otras provisiones.¹¹⁴³ Sin embargo, a pesar de que este argumento puede considerarse de peso, no está exento de críticas, dado que algunos autores han considerado que el hecho de que el artículo 33.1 no contenga una limitación geográfica expresa no significa en sí mismo que pueda extenderse su ámbito espacial de aplicación.¹¹⁴⁴

Finalmente, en una interpretación sistemática del artículo 33.1 no puede olvidarse el texto del Preámbulo del Tratado, en el que destacan las referencias al pleno ejercicio por los refugiados de sus derechos y libertades fundamentales y el propósito humanitario que inspira a la Convención. Al Preámbulo se hará referencia más detenidamente en el apartado [] al estudiar el objeto y fin de la Convención.

¹¹⁴¹ Sale, 193-194.

¹¹⁴² Guy S. Goodwin-Gill, «The Haitian Refoulement Case: A comment», *International Journal of Refugee Law* 6, nº 1 (1994): 104.

¹¹⁴³ Amicus Curiae, 91-92.

¹¹⁴⁴ Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 54-55.

3. El contexto «externo» en la interpretación del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra

Como ha sido mencionado anteriormente, el artículo 31.3 del Convenio de Viena establece otros elementos que deben tenerse en cuenta «conjuntamente con el contexto» en la labor interpretativa. A estas otras fuentes de interpretación se les ha denominado el «contexto externo»¹¹⁴⁵ de interpretación, que está constituido por tres elementos: los acuerdos posteriores de los Estados parte sobre la interpretación del tratado; sus prácticas ulteriores de las que también se deduzca una interpretación consensuada del mismo y, por último, «toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes».¹¹⁴⁶ Las singularidades que plantea el recurso a la práctica de los Estados como fuente de interpretación de los tratados, justifican que se haga referencia separada a ella (ver apartado 5 siguiente). En este epígrafe se examinarán los acuerdos ulteriores de los Estados, así como el contexto normativo más amplio de la Convención de Ginebra.

Las conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR¹¹⁴⁷ se han calificado por un sector destacado de la doctrina como un acuerdo ulterior entre las partes firmantes de la Convención de Ginebra. Asimismo, aunque con un consenso menor,¹¹⁴⁸ se ha situado en esta categoría el Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado de ACNUR.¹¹⁴⁹

Cabe recordar que el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR (ExCom) tiene la naturaleza de órgano asesor formalmente independiente de ACNUR. Fue constituido en 1958 por resolución del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas,¹¹⁵⁰ a solicitud de la Asamblea General.¹¹⁵¹ La protección internacional de los refugiados,

¹¹⁴⁵ Sorel and Boré, «1969 Vienna Convention», 825-828.

¹¹⁴⁶ CVDI, art. 31.3.c.

¹¹⁴⁷ Las conclusiones del Comité Ejecutivo se encuentran disponibles en <http://www.unhcr.org/pages/49e6e6dd6.html>.

¹¹⁴⁸ Para Hathaway tanto el Manual como las Conclusiones pueden considerarse expresivas de acuerdos posteriores. Hathaway, *The Rights of Refugees*, 54-55. En contra, sin embargo, se manifiesta Wouters, *International Legal Standards*, 44-46.

¹¹⁴⁹ ACNUR, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/1P/4/ENG/REV.3 (ACNUR, reeditado 2011). («Manual para determinar la condición de Refugiado»).

¹¹⁵⁰ ECOSOC, Establishment of the Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees, Resolución E/RES/672 (XXV), de 30 de abril de 1958.

¹¹⁵¹ Asamblea General de Naciones Unidas, International assistance to refugees within the mandate of the United Nations High Commissioner for Refugees, Resolución 1166 (XII), de 26 de noviembre de 1957.

expresada a través de la adopción de conclusiones por acuerdo de sus miembros, es un tema prioritario en la agenda del Comité Ejecutivo. En la actualidad está compuesto por 98 países miembros,¹¹⁵² por lo que es indudable su valor interpretativo al representar la visión de un número nada desdeñable de Estados. Debe precisarse, sin embargo, que no todos los Estados Miembros de la Convención de Ginebra son miembros del Comité Ejecutivo, así como que en éste figuran países que no son parte de la Convención. No obstante, la gran mayoría de los Estados que están representados en el Comité Ejecutivo son parte de la Convención y, además, todos los Estados parte son invitados a observar y comentar sobre las propuestas del Comité. Por ello, a pesar de que las conclusiones no son vinculantes ni para los Estados Miembros de la Convención ni para los del Comité, son muy relevantes como guía interpretativa dada su «autoridad política como resoluciones consensuadas de un órgano formal de representantes gubernamentales que es responsable de ofrecer guía y promover el acuerdo en políticas y prácticas de protección vitales».¹¹⁵³ Algunos autores advierten, sin embargo, de que no se debe sobrestimar su valor, pero la realidad es que es complicado pensar en términos prácticos en otro medio más legítimo de generar un acuerdo subsiguiente entre los hoy 145 Estados que son parte de la Convención.

Respecto al contenido de las conclusiones, un número muy considerable de ellas hacen referencia al principio de *non refoulement*.¹¹⁵⁴ En especial, sobre el tema que nos ocupa, cabe destacar algunas como las n.º 15 y 97, en las que el Comité Ejecutivo, no parece sujetar a límites geográficos la prohibición de devolución, aunque tampoco se refiere expresamente a su ámbito de aplicación espacial:

«It is the humanitarian obligation of all coastal States to allow vessels in distress to seek haven in their waters and to grant asylum, or at least temporary refuge, to persons on board wishing to seek asylum.»¹¹⁵⁵

Interception measures should not result in asylum-seekers and refugees being denied access to international protection, or result in those in need of international protection being returned, directly or indirectly, to the frontiers of territories where their life or

¹¹⁵² El listado de países miembros se encuentra disponible en <http://www.unhcr.org/pages/49c3646c89.html>.

¹¹⁵³ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 113. La traducción al español es mía.

¹¹⁵⁴ El listado completo de Conclusiones referentes a non-refoulement se encuentra en *UNHCR, A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions* (UNHCR, 7ª ed., 2014), 353-363.

¹¹⁵⁵ Executive Committee, 30th Session, Conclusion n.º 15 (XXX), *Refugees without an Asylum Country* (1979), en *Conclusions adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees, 1975 – 2004* (Conclusion no. 1 – 101) (ACNUR; 2014), 22-24.

freedom would be threatened on account of a Convention ground, or where the person has other grounds for protection based on international law. (...)».¹¹⁵⁶

Las Conclusiones reconocen expresamente que los supuestos de rechazo en frontera quedan cubiertos por el principio de *non refoulement*,¹¹⁵⁷ pero no son tan expresivas, sin embargo, respecto de qué ocurre más allá de la frontera. Esto contrasta con la mayor claridad de los documentos en los que se incluyen las posiciones u opiniones emanadas de ACNUR e incluso del Comité Permanente del Comité Ejecutivo, pero que no han sido aprobados por éste último, en las que consta mucho más claramente la aplicación extraterritorial del principio de *non refoulement*. Otra cuestión es el valor interpretativo que deba darse a éstos últimos documentos que no gozan de un consenso similar al existente en la aprobación de las Conclusiones.

En referencia al Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado de ACNUR, aunque Hathaway lo considera igualmente prueba de acuerdo ulterior entre las partes, es más controvertida su consideración. Así, se ha calificado también como contexto del tratado al que se refiere el 31.2 de la Convención de Viena, e incluso como práctica de los Estados, de conformidad con el artículo 31.3.b) de dicha Convención.¹¹⁵⁸ En cualquier caso, este Manual, que fue editado por primera vez en 1979 por ACNUR a solicitud del Comité Ejecutivo y que se ha mantenido prácticamente inalterado en subsiguientes ediciones hasta la actualidad,¹¹⁵⁹ es un recurso al que se acude habitualmente por la doctrina y los tribunales como guía interpretativa. El Manual contiene escasas referencias al ámbito territorial de aplicación de la Convención. A este respecto únicamente reconoce la necesidad de que el refugiado salga del país de su nacionalidad para que pueda beneficiarse de la protección, y excluye los casos de asilo diplomático en embajadas situadas en el territorio del Estado del que se trata de huir, dado que a pesar de están fuera de la jurisdicción del Estado, no se encuentran fuera de su territorio.¹¹⁶⁰

Asimismo, es necesario destacar la Opinión Consultiva de ACNUR sobre la Aplicación Extraterritorial de las Obligaciones de *Non Refoulement*, a la que se hizo referencia en el apartado 2 anterior. Esta Opinión ilustra claramente que para ACNUR la prohibición de devolución aplica allá donde el Estado ejerza jurisdicción, ya sea dentro de su territorio o fuera de él. Igualmente, destaca el documento redactado en

¹¹⁵⁶ Executive Committee, 54th Session, Conclusion n° 97 (LIV), Protection Safeguards in Interception Measures (2003) en *Conclusions adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees, 1975 – 2004 (Conclusion No. 1 – 101)* (ACNUR, 2014), 233-237. Está incluida también en el Documento de la Asamblea General de Naciones Unidas n° 12A (A/58/12/Add.1).

¹¹⁵⁷ En este sentido, ver las Conclusiones n° 22(XXXII) de 1981; 81(XLVIII) de 1997; 82(XLVIII) de 1997; 85(XLIL) de 1998; 99 (LV) de 2004 y 108 (LIX) de 2008.

¹¹⁵⁸ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 54-55.

¹¹⁵⁹ Manual sobre determinación del Estatuto de Refugiado, 1.

¹¹⁶⁰ *Ibid*, párr. 88 y nota al pie 11.

2000 por el Comité Permanente del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR en relación con la interceptación de solicitantes de asilo y refugiados. En él es clara la posición de ACNUR respecto de la aplicación extraterritorial del principio de *non refoulement*:

«The principle of non-refoulement does not imply any geographical limitation. In UNHCR's understanding, the resulting obligations extend to all government agents acting in an official capacity, within or outside national territory. Given the practice of States to intercept persons at great distance from their own territory, the international refugee protection regime would be rendered ineffective if States' agents abroad were free to act at variance with obligations under international refugee law and human rights law».¹¹⁶¹

Es clara, por tanto, la posición de ACNUR favorable a la extensión de las obligaciones de *non refoulement* de los Estados tanto dentro como fuera del territorio nacional, en aras a garantizar la efectividad del régimen de protección de los refugiados. Como se mencionó más arriba, esto contrasta con la mayor ambigüedad de las Conclusiones que sí han sido aprobadas por consenso de los Estados parte del Comité Ejecutivo.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar en este punto la necesidad de interpretar la Convención de Ginebra de manera coordinada con el resto del contexto del Derecho Internacional Contemporáneo, en especial con los Tratados de Derechos Humanos que fueron aprobados con posterioridad y que también contienen similares prohibiciones de devolución. Lógicamente, los refugiados están habilitados para reclamar la protección de los tratados generales de derechos humanos, en especial en aquéllas materias que se solapan con la protección de la Convención de Ginebra, lo cual exige dar una coherencia a los conceptos afines incluidos en dichos tratados.¹¹⁶² Como reconoce ACNUR, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son regímenes legales complementarios que se refuerzan mutuamente.¹¹⁶³ De hecho, hay quienes consideran que el debate de la aplicación territorial de la Convención de Ginebra forma parte del debate más amplio sobre el ámbito espacial de los tratados de Derechos Humanos, por lo que la interpretación del alcance territorial del principio de devolución debe estar informado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por la interpretación específica de cada provisión de los tratados de derechos humanos que establece la

¹¹⁶¹ Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Standing Committee, 18th Meeting, *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a comprehensive Approach*, EC/50/SC/CRP.17, 9 June 2000, párr. 23. En el mismo sentido, Amicus Curiae, 91-92.

¹¹⁶² Hathaway, *The Rights of Refugees*, 64-65.

¹¹⁶³ ACNUR, Opinión Consultiva, párr. 34.

prohibición de devolución.¹¹⁶⁴ Estas provisiones de los tratados de derechos humanos, fundamentalmente la Convención contra la Tortura, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos serán estudiadas en detalle en el apartado IIB.1 siguiente.

4. El objeto y fin de la Convención de Ginebra de 1951

El último de los principios básicos de interpretación recogido por el artículo 31.1 de la Convención de Viena es el objeto y fin del Tratado, es decir, la interpretación teleológica del mismo. Acudir a la interpretación teleológica es un requisito ineludible en la interpretación de cualquier tratado pero más aún respecto de aquéllos que, como la Convención de Ginebra, tienen un carácter humanitario.¹¹⁶⁵ Debe recordarse en este sentido que el Preámbulo de la Convención remarca el reconocimiento por todos los Estados del «carácter social y humanitario» del problema de los refugiados y la preocupación tradicional de las Naciones Unidas por ofrecer a los refugiados «el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales».¹¹⁶⁶

La falta de atención al objeto y fin humanitarios de la Convención es otra de las críticas generalizadas a los casos *Sale* y *Roma Rights*. Así, se afirma que ambas resoluciones llegan a conclusiones que son contrarias al objeto y fin de la Convención. Si el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra no se aplicara extraterritorialmente, sería muy sencillo para los Estados escaparse de su ámbito de aplicación simplemente yendo más allá de sus fronteras para interceptar a los refugiados y devolverlos a la persecución de la que huyen, lo cual es claramente contrario al propósito mismo del artículo y al carácter humanitario de la Convención.¹¹⁶⁷

En *Roma Rights* este método de interpretación adquiere, además, una trascendencia especial. Una particularidad importante de este caso, decisiva a la hora de determinar la decisión final, es que los apelantes no habían cruzado aún la frontera de su propio país, por lo que no cumplían uno de los presupuestos establecidos en el artículo 1.A.2 para acceder a la condición de refugiado, esto es, encontrarse «fuera del país de su nacionalidad».¹¹⁶⁸ Evidentemente, este es un factor que condicionó crucialmente la estrategia de defensa de los apelantes, conscientes de las dificultades para invocar la aplicación de dicha provisión. Por ello, lo que los apelantes solicitaron

¹¹⁶⁴ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 121-122.

¹¹⁶⁵ Lauterpatch y Bethlehem, «The scope and content», 104-106.

¹¹⁶⁶ Convención de Ginebra, Preámbulo.

¹¹⁶⁷ Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 130-131; Hathaway, *The Rights of Refugees*, 338; Koh, «Reflections on Refoulement», 17; Amicus Curiae, 92.

¹¹⁶⁸ Convención de Ginebra, artículo 1.A.2). En caso de carecer de nacionalidad la Convención de Ginebra exige encontrarse «fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual».

fue una interpretación extensiva de la Convención de Ginebra de acuerdo con su objeto y fin humanitario, conforme a la cual se tuviera en cuenta que, de no haber sido por la actuación de los agentes británicos, los apelantes hubieran conseguido llegar a Reino Unido y realizar allí su solicitud de asilo, solicitud que hubiera sido valorada como correspondiera, y, en caso de cumplirse los requisitos establecidos legalmente establecidos, concedida. La actuación de los oficiales británicos que impidió su salida y posterior evaluación de sus solicitudes de asilo, no debería haber perjudicado a los apelantes.¹¹⁶⁹ Este argumento, sin embargo, es rechazado por Lord Bingham de Cornhill, no sólo porque en su opinión dicha interpretación extensiva sería contraria a la interpretación gramatical del artículo 33.1, sino porque, además, colocaría a quienes están expresamente excluidos de la protección de la Convención de Ginebra en la misma posición que quienes están expresamente incluidos. El surgimiento de obligaciones para Reino Unido dependía del hecho de estar los apelantes fuera del estado de su nacionalidad, cosa que nunca ocurrió.¹¹⁷⁰

En la labor de identificar el objeto y fin del tratado, es inevitable tener en cuenta sus trabajos preparatorios, pero esto genera reticencias por el carácter suplementario que se les atribuye a dichos trabajos en el artículo 31.2 de la Convención de Viena. Por ello, algunos autores traen a colación en este punto el principio de efectividad de los tratados y el deber de interpretarlos de manera que se asegure dicha efectividad. Así, una interpretación del objeto y fin del tratado debería tener en cuenta las intenciones históricas de sus redactores, pero matizadas por la necesidad de asegurar también la efectividad del tratado de conformidad con su contexto social y legal contemporáneo. Es decir, el propósito histórico de un tratado debe ser actualizado atendiendo a las nuevas realidades sociales y legales.¹¹⁷¹ Esto es especialmente importante en la interpretación del alcance espacial del principio de *non refoulement* ya que el contexto actual de políticas y prácticas tan variadas utilizadas por los Estados con la finalidad de evitar la entrada de los extranjeros en su territorio, a través incluso de impedirles la salida de sus países de origen, no existía en el momento en el que se redactó la Convención de 1951.¹¹⁷²

¹¹⁶⁹ *Roma Rights*, párr. 18 y 20.

¹¹⁷⁰ *Ibid*, párr. 20.

¹¹⁷¹ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 55-68.

¹¹⁷² *Ibid*, 63.

5. El valor interpretativo de la práctica de los Estados

Junto con el contexto, el artículo 31.3.b) de la Convención de Viena requiere tener en cuenta «toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del Tratado». Una buena parte de la doctrina comparte la visión de que, aunque el discurso de los Estados parece confirmar una interpretación extensiva del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra, la práctica, sin embargo, demuestra lo contrario ya que refleja la resistencia de los Estados a la aplicación extraterritorial del principio de *non refoulement*.¹¹⁷³

El valor interpretativo de la práctica de los Estados en el cumplimiento de las normas internacionales sobre refugio y derechos humanos, no obstante, ha sido puesto en cuestión por un sector importante de la doctrina. Es evidente que estamos asistiendo a un momento en el que los Estados están implementando políticas cada vez más restrictivas de inmigración y asilo, apoyadas por interpretaciones limitativas del alcance extraterritorial de las normas. No obstante, el valor interpretativo de dichas prácticas restrictivas debe tenerse en cuenta con cautela, ya que la falta de consistencia y de *opinio juris* entre los Estados no permite concederles valor normativo. Como se expuso en la parte introductoria, existen muchos supuestos de rechazo de solicitantes de asilo tanto en la frontera como más allá de ella, pero existen muy pocos ejemplos en los que los Estados apelen simultáneamente a la permisibilidad de dichas prácticas de conformidad con el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra.¹¹⁷⁴ Debe tenerse en cuenta que la Convención de Viena no sanciona cualquier práctica de los Estados, sino aquella «por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del Tratado», es decir, se requiere que la práctica haya estado motivada por una conciencia de la obligación legal u *opinio juris* que, si es difícil de probar habitualmente, lo es más en el contexto de la protección de los refugiados y de los derechos humanos, en los que la actuación por mera conveniencia de los Estados es más que común. En definitiva, es un área en el que se hace especialmente complejo dilucidar si los Estados han actuado en determinada manera porque consideran que el orden internacional así lo permite, o porque siguen meras razones de conveniencia.¹¹⁷⁵

En la valoración del peso que debe darse a la práctica de los Estados en la interpretación de los tratados, hay autores que consideran que, a pesar de que no

¹¹⁷³ Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 72.

¹¹⁷⁴ Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 72-81.

¹¹⁷⁵ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 70.

estamos ante un medio «suplementario» de interpretación como los incluidos en el artículo 32 de la Convención de Viena, es cierto que los elementos que establece el artículo 31.1 deben ser empleados en ausencia de una respuesta clara tras el recurso a los demás medios a los que se refieren los párrafos anteriores de dicho artículo. Pero lo que es más importante es que la práctica de los Estados debe ser «concordante y común a todas las partes», cosa que no ocurre en el caso de las prácticas de los Estados respecto de la interpretación del alcance del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra.¹¹⁷⁶ Debe existir, entonces, una uniformidad en la práctica ya que, de no existir, se plantearían problemas de consentimiento respecto de aquéllos Estados que no hayan aceptado la práctica interpretativa.¹¹⁷⁷ Esta uniformidad ni siquiera existe entre los Estados de la Unión Europea, cuya práctica y visión interpretativa no pueden considerarse concurrentes.¹¹⁷⁸ Por esta razón, deben interpretarse con cautela los incumplimientos o el mero cuestionamiento por parte de los Estados del principio de *non refoulement* en alta mar o en otros contextos extraterritoriales.¹¹⁷⁹

Mientras que la práctica de los Estados suele tener un claro valor interpretativo en relación con aquéllos tratados bilaterales que regulen intereses puramente interestatales, se ha limitado este valor respecto de la interpretación de tratados multilaterales, en general y, más concretamente, respecto de los tratados de derechos humanos.¹¹⁸⁰ En este sentido, parte de la doctrina considera que la práctica de los Estados sólo puede invocarse en relación con el objeto y fin del tratado, que, en el caso de dichos tratados, es la protección de derechos individuales. Sería opuesto a dicho objeto que los Estados pudieran limitar el alcance de los derechos humanos con su sola práctica.¹¹⁸¹ En definitiva, el recurso a la práctica de los Estados como medio interpretativo debe acogerse con especial cautela respecto de los tratados internacionales sobre refugiados y derechos humanos, ya que una de sus principales finalidades es limitar la actuación de los estados en favor de la protección de los derechos de los individuos. Esta finalidad esencial se vería frustrada si la interpretación de las obligaciones de los Estados se viera limitada por la propia práctica estatal que se pretende limitar.¹¹⁸²

¹¹⁷⁶ Sorel and Bórel, «1969 Vienna Convention», 825-826.

¹¹⁷⁷ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 69.

¹¹⁷⁸ Weinzierl y Lisson, *Border Management*, 60.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

¹¹⁸⁰ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 68.

¹¹⁸¹ Weinzierl y Lisson, *Border Management*, 60.

¹¹⁸² Hathaway, *The Rights of Refugees*, 71.

6. Los trabajos preparatorios

A pesar de que algunos autores consideran que un análisis del texto y del objeto y fin de la Convención de Ginebra aclaran suficientemente la cuestión del ámbito de aplicación espacial de su artículo 33.1, por lo que no sería necesario acudir a subsiguientes medios de interpretación, el recurso a los trabajos preparatorios ha sido una constante en la jurisprudencia y doctrina que interpreta el alcance de dicho artículo. En efecto, las discusiones mantenidas en el Comité Ad hoc que preparó el borrador del texto de la Convención y en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Ginebra en 1951 han sido utilizadas tanto para justificar una interpretación territorial restrictiva del artículo como una interpretación extensiva.¹¹⁸³ Lo que es claro es que estas discusiones son un reflejo de la controversia existente entre los Estados sobre el alcance *ratione loci* del principio de non refoulement. Por ello autores como Goodwin Gill defienden que el análisis de los motivos de los Estados o el significado que quisieron dar a los términos empleados en 1951 no aporta demasiado al debate y que, de hecho, la valoración más adecuada del parecer de los Estados en 1951 es considerar precisamente que no existía unanimidad entre ellos.¹¹⁸⁴

En cualquier caso, es preciso mencionar aunque sea de manera breve algunas de las discusiones habidas allí en relación con el alcance territorial de la Convención, ya que, además de ser un reflejo de las principales cuestiones interpretativas que aún hoy en día no están resueltas, ocupó un lugar más que destacado en la argumentación de las resoluciones de *Sale* y *Roma Rights*, que se apoyaron con firmeza en los trabajos preparatorios para llegar a su decisión final. En concreto, fue la intervención del Sr. Zutter, delegado suizo, la que advirtió sobre la necesidad de clarificar el significado de las palabras *refoulement* y *return*:

«In the Swiss Government's view, the term «expulsion» applied to a refugee who had already been admitted to the territory of a country. The term «refoulement», on the other hand, had a vaguer meaning; it could not, however, be applied to a refugee who had not yet entered the territory of a country. The word «return», used in the English text, gave that idea exactly. Yet article 28 implied the existence of two categories of refugee: refugees who were liable to be expelled, and those who were liable to be returned. In any case, the States represented at the Conference should

¹¹⁸³ El Comité Ad hoc (Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems) fue nombrado por el Consejo Económico y Social en su resolución 248 (IX) de 8 de agosto de 1949, y se constituyó por representantes de 13 Gobiernos. Por su parte, La Conferencia de Plenipotenciarios se celebró en Ginebra del 2 al 25 de Julio de 1951 y agrupó a delegados de 26 Estados y observadores de dos Gobiernos. Para un estudio detallado de la historia de la redacción de la Convención, ver Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees*, 1-5.

¹¹⁸⁴ Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee in International Law*, 206-207.

take a definite position with regard to the meaning to be attached to the word «return». The Swiss Government considered that in the present instance the word applied solely to refugees who had already entered a country, but were not yet resident there. According to that interpretation, States were not compelled to allow large groups of persons claiming refugee status to cross its frontiers. (...)».¹¹⁸⁵

Esta intervención fue apoyada por el delegado holandés, para quien «(...) the Netherlands was somewhat diffident about assuming unconditional obligations so far as mass influx of refugees was concerned (...)», y el italiano, según el cual «(...) a State could not commit itself not to expel or return large groups of refugees who presented themselves on its territory, and who might endanger national security».¹¹⁸⁶ Otros delegados, incluyendo los de Bélgica, Alemania y Suecia defendieron igualmente esta interpretación.¹¹⁸⁷

De que de una lectura inicial de estas intervenciones cabe deducir una clara intención de los delegados citados de considerar excluidos de la prohibición de devolución a aquéllos refugiados que no hubieran entrado en el territorio del país. Ahora bien, las mismas deben ponerse en el contexto más amplio de su propósito, que no era otro que evitar que del artículo 33 (entonces 28) de la Convención de Ginebra se dedujeran obligaciones para los Estados en caso de grupos muy numerosos de refugiados o migraciones en masa. Es decir, estas intervenciones se refieren a las circunstancias específicas de flujos en masa de refugiados, pero de ellas no puede deducirse directamente una voluntad de restringir con carácter general la aplicación espacial del artículo 33.¹¹⁸⁸ Además, la interpretación dada por el delegado suizo se hizo constar en las deliberaciones sin objeción alguna del resto de los Estados, pero no se realizó ninguna modificación en el texto para consolidar esta interpretación, por lo que podría dudarse de la existencia de un consenso real entre los Estados.¹¹⁸⁹

En cualquier caso, el hecho de que los redactores asumieran que la devolución se produciría «en» o «desde dentro» de las fronteras de un país y no prohibieran expresamente los actos extraterritoriales en infracción de la norma, refleja simplemente el hecho de que cuando la Convención fue redactada ningún país había intentado detener a refugiados en otro lugar distinto que desde dentro o en sus

¹¹⁸⁵ Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y Apátridas, Summary Record of the Sixteenth Meeting, de 23 de noviembre de 1951, A/CONF.2/SR.16, disponible en <http://www.refworld.org/docid/3ae68cdc14.html>. También puede consultarse en Weis, *The Refugee Convention*, 328-329.

¹¹⁸⁶ *Ibid.* También puede consultarse en Weis, *The Refugee Convention*, 331 y 334-335.

¹¹⁸⁷ Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y Apátridas, Summary Record of the Thirty-fifth Meeting, de 3 de diciembre de 1951, A/CONF.2/SR.35, disponible en <http://www.refworld.org/docid/3ae68ceb4.html>. También puede consultarse en Weis, *The Refugee Convention*, 331.

¹¹⁸⁸ Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 52.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, 52.

propias fronteras, no existían precedentes de «políticas de detención proactiva» como las que lamentablemente son tan comunes en la actualidad.¹¹⁹⁰

Por último, en la valoración de los trabajos preparatorios no debe olvidarse cuál fue la razón por la que se decidió introducir la palabra *refoulement* entre paréntesis en la versión del texto en inglés. Dicha palabra fue introducida a sugerencia del Presidente de la Conferencia de Plenipotenciarios¹¹⁹¹ para cerrar las discusiones mencionadas anteriormente, pero de las negociaciones se deduce que lo que realmente preocupó a los redactores no fue tanto el significado de los términos, sino encontrar la traducción más apropiada al inglés del término *refouler*. Esto queda perfectamente ilustrado en la intervención del delegado de Reino Unido, según el cual la palabra *return* fue propuesta por el Comité de Estilo como el equivalente más cercano en inglés a la palabra francesa *refoulement* y no debía considerarse que tuviera un significado más amplio que la palabra *refouler*.¹¹⁹²

D. Conclusión: la extraterritorialidad en la Convención de Ginebra de 1951

La cuestión de la aplicación extraterritorial de la Convención de Ginebra, en particular del principio de *non-refoulement*, continúa siendo hoy en día una cuestión irresuelta y sujeta a amplios debates. A nuestro juicio, existen múltiples argumentos para afirmar dicha aplicación extraterritorial, deducidos de las reglas de interpretación establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Así, del sentido corriente de los términos del artículo 33.1 de la Convención de Ginebra cabe inferir que su único límite geográfico consiste en «hacia donde» está prohibido devolver a los refugiados, pero no «desde donde». Si se realiza una lectura conjunta de este artículo con el resto del tratado puede observarse cómo en aquellos preceptos respecto de los que los redactores desearon establecer un límite geográfico, lo hicieron constar expresamente. Asimismo, el hecho de que no prohibieran expresamente las actuaciones extraterritoriales de los Estados, únicamente refleja la realidad empírica de que en 1951 no existían precedentes de prácticas extraterritoriales de devolución de refugiados. La máxima preocupación de los redactores estribó en la manera de afrontar los flujos en masa, así como encontrar una

¹¹⁹⁰ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 337.

¹¹⁹¹ Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y Apátridas, *Summary Record of the Thirty-fifth Meeting*, 3 de diciembre de 1951, A/CONF.2/SR.35, disponible en <http://www.refworld.org/docid/3ae68ceb4.html>. También puede consultarse en Weis, *The Refugee Convention*, 335.

¹¹⁹² *Ibid.*

traducción apropiada al verbo *refouler*, pero no cabe inferir una exclusión de la aplicación extraterritorial del principio de no devolución.

La interpretación teleológica del precepto es esencial en el caso de la Convención de Ginebra, dado su objeto y fin humanitario. Si se rechaza su aplicación extraterritorial, sería muy sencillo para los Estados evitar la prohibición de devolución simplemente extendiendo sus medidas de interceptación de refugiados fuera de sus fronteras. Esto es consistente con la interpretación de buena fe del precepto y el principio de efectividad de los tratados. Una interpretación del objeto y fin de la Convención requiere garantizar la efectividad de su aplicación en el contexto contemporáneo de la tendencia hacia la extraterritorialidad de los controles fronterizos. Igualmente, debe considerarse el contexto normativo más amplio, esto es, la extraterritorialidad de los tratados de derechos humanos, que ha sido objeto de un mayor reconocimiento por la doctrina y la jurisprudencia.

II. Las prácticas extraterritoriales de control fronterizo a la luz de la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos

A. Introducción

El ámbito espacial de aplicación de los tratados de derechos humanos se determina en las cláusulas de jurisdicción recogidas en la mayor parte de estos tratados. Dichas cláusulas condicionan el reconocimiento de los derechos y libertades regulados en el tratado a la sujeción de los individuos o del territorio en el que éstos se encuentren a la jurisdicción del Estado. De esta manera, la jurisdicción del Estado delimita el conjunto de personas a quienes éstos deben garantizar las obligaciones establecidas por los tratados de derechos humanos de los que sean parte. El capítulo 3 se dedicó al estudio del significado de este concepto de jurisdicción a través del análisis del texto de las cláusulas de jurisdicción, de los principales trabajos preparatorios en los que los Estados debatieron sobre su alcance, así como de las opiniones doctrinales y la jurisprudencia internacional en la materia. Dicho capítulo concluyó que los tratados de derechos humanos son aplicables extraterritorialmente cuando el Estado ejerce en el extranjero un «control efectivo sobre el territorio» o una «autoridad y control sobre las personas».

El Tribunal que más ha contribuido al desarrollo del concepto de jurisdicción en los tratados de derechos humanos es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya

jurisprudencia es la más extensa y la que realiza un mayor esfuerzo de sistematización de los principios esenciales que resultan de aplicación. Este Tribunal ha configurado a lo largo de su jurisprudencia y, de manera especial en su sentencia *Al-Skeini y Otros c. Reino Unido*, dos bases o modelos principales de jurisdicción extraterritorial, que serán referidas brevemente a continuación.

En primer lugar, un modelo territorial o espacial en el que el elemento que «desencadena» la jurisdicción del Estado es el ejercicio de «control efectivo de un área», como consecuencia de la acción militar, lícita o ilícita, de los Estados, ya sea de manera directa por sus propias fuerzas armadas o indirecta, a través de una administración local subordinada. Dicho control efectivo se manifiesta fundamentalmente en la presencia militar en el territorio, aunque también puede resultar de otros indicadores como el apoyo militar, político, financiero o económico sobre la administración local subordinada que ejerce el control directo sobre el territorio. La aplicación de este modelo a las medidas de control fronterizo extraterritoriales debe descartarse, sin embargo, ya que en ninguna de las prácticas examinadas en el capítulo 3 existe tal ejercicio de control sobre el área extraterritorial en el que se desarrollan las mismas por el Estado. Podría dudarse sobre su aplicación a los supuestos de interceptación de refugiados en barcos o en centros de detención extraterritoriales, pero en tales supuestos, como se expuso en el capítulo 3, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado de aplicación el modelo personal, cuyas principales características se resumirán a continuación.

En segundo lugar, el Tribunal ha elaborado un modelo personal de jurisdicción extraterritorial en el que lo relevante para apreciar la jurisdicción del Estado es el ejercicio de «autoridad y control por sus agentes» respecto de las personas. Dentro de esta base de jurisdicción extraterritorial el Tribunal ha integrado tres supuestos o modalidades distintas de actuaciones: primero, los actos de los agentes diplomáticos y consulares cuando ejercen control y autoridad sobre otros individuos; segundo, el ejercicio por los agentes del Estado de poderes públicos en el extranjero, con el consentimiento, la invitación o aquiescencia del gobierno territorial y tercero, el uso de la fuerza por los agentes estatales, fundamentalmente en los casos de detención extraterritorial. En esta clasificación puede identificarse un supuesto «mixto» en el que se combinan elementos tanto del modelo personal como del territorial. Nos estamos refiriendo a la segunda de las modalidades mencionadas, en la que el ejercicio de la autoridad y control sobre los individuos se manifiesta a través del ejercicio de ciertos poderes públicos en el territorio que normalmente son desarrolladas por su gobierno.

La finalidad de este epígrafe es indagar en qué medida los modelos de jurisdicción extraterritorial analizados en el capítulo 3 podrían constituir un nuevo marco jurídico aplicable a las medidas de control fronterizo estudiadas en el capítulo 5.

En concreto, el análisis se centrará en el modelo personal, dado que, por las razones expuestas, es preciso descartar el modelo territorial. La hipótesis de la que se parte es que el concepto de jurisdicción extraterritorial de los tratados de derechos humanos, tal como ha sido desarrollado por la jurisprudencia internacional, en especial por el TEDH, puede erigirse en un eficaz instrumento jurídico para la protección de los refugiados frente al fenómeno de la extraterritorialización de los controles fronterizos por los Estados. Este análisis cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que el marco jurídico proporcionado por la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados se ha manifestado insuficiente para proteger a los refugiados en ciertas situaciones, en especial, cuando, como consecuencia de las medidas implementadas por los Estados de destino, no logran salir de sus propios Estados.

El epígrafe analiza en primer lugar la protección otorgada por los tratados de derechos humanos a los refugiados, manifestada fundamentalmente en el principio de no devolución, el derecho a salir del propio país y la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros (apartado B). En segundo lugar, el apartado C realiza una breve aproximación al principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados. La justificación del estudio de este principio radica en que, si bien muchas de las medidas de control fronterizo son *per se* lícitas bajo el prisma del Derecho Internacional, en su implementación subyace la voluntad implícita de los Estados de evitar o «circunvalar» sus obligaciones convencionales de protección de los refugiados. La exigencia de visados a los refugiados, la imposición de sanciones a los transportistas o el despliegue de Funcionarios de Enlace de Inmigración en los principales aeropuertos de origen de los refugiados no constituyen, por sí solas, infracciones directas de la normativa internacional de protección de los refugiados, pero es incuestionable que impiden la salida del territorio de los refugiados y, por tanto, frustran la aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. Cabría pensar, por ello, que son medidas contrarias al principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados.

A continuación, los apartados D, E y F tienen como objetivo aplicar los citados modelos de extraterritorialidad a cada una de las medidas de control fronterizo estudiadas en el capítulo 5. La solicitud de visados de entrada, las sanciones a los transportistas internacionales y el estacionamiento de los Funcionarios de Enlace de Inmigración serán estudiadas conjuntamente en el apartado E, dado que, como se ha expuesto, es el efecto de la implementación conjunta de estas tres medidas lo que produce una restricción de los derechos de los refugiados al impedirles la salida del territorio de su Estado de origen. La individualidad propia y marco normativo específico de cada una de estas medidas aconsejó su estudio independiente en el capítulo 5. No obstante, el objetivo pretendido por este epígrafe aconseja ahora su examen conjunto.

Por último, el epígrafe G identifica algunas conclusiones que pueden inferirse del análisis realizado a lo largo del capítulo.

B. La protección a los refugiados en los tratados de derechos humanos

En el epígrafe I de este capítulo se analizó el principio de *non refoulement* como principal garantía que otorga la Convención de Ginebra a los refugiados para la protección de su derecho a solicitar asilo. En efecto, en el sistema de la Convención de Ginebra, la máxima garantía de la que goza un refugiado que está bajo la jurisdicción del Estado, aunque se encuentre fuera de su territorio, es no ser devuelto al riesgo de persecución, lo cual conlleva una obligación accesoria de los Estados de permitir la entrada en el territorio de los refugiados a efectos de que puedan acceder a los correspondientes procedimientos de solicitud de asilo. La Convención de Ginebra sigue una estructura de concesión de derechos a los refugiados que se incrementa progresivamente a medida que el vínculo entre el Estado y el refugiado es más cercano, por lo que la mayor parte de los derechos de la Convención están previstos para aquéllos refugiados que se encuentran físicamente dentro del Estado o bien son residentes habituales en su territorio. Respecto de los refugiados que se encuentren fuera del territorio de los Estados, los derechos que otorga la Convención de Ginebra puede decirse que son «relativamente pocos», fundamentalmente, la prohibición de devolución y el principio de no discriminación.¹¹⁹³

Junto con esta protección de la Convención de Ginebra, los tratados de derechos humanos son una fuente esencial de derechos para los refugiados, a pesar de que muchos de ellos no están dirigidos a regular específicamente la situación de los mismos.¹¹⁹⁴ El propio Preámbulo de la Convención de Ginebra reconoce la trascendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para los refugiados, al reconocer que «todos los seres humanos deben gozar de los derechos y libertades fundamentales, sin distinción alguna», de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El objeto de este apartado es exponer brevemente la protección adicional que los tratados de derechos humanos proporcionan a los refugiados. Dicha protección es fundamental no sólo porque el objeto material de estos tratados es mucho más amplio que la *lex specialis* de la Convención de Ginebra, sino también porque su aplicación extraterritorial se puede configurar como un marco fundamental para la protección de los refugiados en aquellas situaciones en las que la

¹¹⁹³ Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 101; Hathaway, *The Rights of Refugees*, 278-279.

¹¹⁹⁴ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 121.

Convención de Ginebra se ha demostrado insuficiente frente a las prácticas actuales de control fronterizo. La principal fortaleza de los tratados de derechos humanos en este sentido consiste en que, mientras que la Convención de Ginebra no otorga protección a los refugiados que no han conseguido salir de su territorio, los tratados de derechos humanos no recogen tal restricción territorial y son aplicables extraterritorialmente siempre que el Estado ejerza su jurisdicción sobre las personas o el territorio, en cualquier lugar en el que éstas se encuentren, ya sea dentro o fuera de su propio Estado de origen.

Entre los derechos formulados por estos tratados, interesa destacar especialmente tres, cuyo disfrute queda afectado por las prácticas extraterritoriales de control fronterizo que se analizaron en el capítulo 5: el principio de no devolución y su correlativa obligación de permitir la entrada en el territorio a los efectos de iniciar el procedimiento de asilo, el derecho a salir del propio país y la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros. Los epígrafes que siguen dedican atención a estos derechos.

1. El principio de no devolución en los principales tratados de derechos humanos

Determinados tratados de derechos humanos, tanto de carácter universal como regional, reconocen de manera expresa en su articulado el principio de no devolución. Algunos reconocen la prohibición como un derecho general de los extranjeros o refugiados, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22.8)¹¹⁹⁵ y la Convención de la Organización de la Unión Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África (artículo 2.3).¹¹⁹⁶ El artículo 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹⁹⁷

¹¹⁹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos, celebrada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, art. 22.8, según el cual: «En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas».

¹¹⁹⁶ Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto periodo ordinario de sesiones, en Addis Abeba, el 10 de septiembre de 1969, art. 2.3, conforme al que «ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo 1», traducción de ACNUR.

¹¹⁹⁷ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 12 de diciembre de 2000, doc nº 2000/C 364/01, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 364/5, de 18 de diciembre de 2000, art. 19.2: Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el

reconoce también esta prohibición de manera expresa. El principio se recoge asimismo en otros instrumentos de naturaleza no vinculante como la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, que lo califica como una norma de *ius cogens*¹¹⁹⁸ y la Declaración sobre el Asilo Territorial.¹¹⁹⁹

Otros tratados, por su propio objeto, vinculan el principio de no devolución a la prohibición contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Entre ellos, cabe destacar el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, que prohíbe a los Estados expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado cuando existan «razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura»,¹²⁰⁰ el artículo 16 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹²⁰¹ y el artículo 13 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.¹²⁰²

Finalmente, ciertos tratados de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos no regulan expresamente el principio de *non refoulement*, pero sus organismos supervisores han interpretado que éste se encuentra implícito en los preceptos que regulan la prohibición contra la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o

que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

¹¹⁹⁸ Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el «Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios», celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, conclusión 5, conforme a la cual: «Reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*».

¹¹⁹⁹ Declaración sobre el Asilo Territorial, aprobada por resolución de la Asamblea General, nº 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967, cuyo artículo 3.1. establece que «ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución».

¹²⁰⁰ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, art. 3.1.

¹²⁰¹ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada el 20 de diciembre de 2006, durante el 61º periodo de sesiones de la Asamblea General, por su resolución A/RES/61/177, art. 16.1: 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.

¹²⁰² Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptado en Cartagena de Indias, Colombia, el 12 de septiembre de 1985, art. 13: «No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente».

degradantes. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que los derechos reconocidos en el PIDCP deben estar al alcance de todos los individuos, incluidos los solicitantes de asilo y los refugiados, ya estén en el territorio del Estado o fuera de él bajo su jurisdicción,¹²⁰³ y que la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles se extiende a los supuestos de exposición a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras su extradición, expulsión o devolución.¹²⁰⁴

Por su parte, el TEDH ha interpretado que la prohibición contra la tortura que regula el artículo 3 del CEDH conlleva también la prohibición de devolución, entre otras, en sus sentencias en los *Asuntos Soering c. Reino Unido* y *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*. Esta deducción es necesaria, según el Tribunal, ya que de otra manera se estaría vulnerando el espíritu y fin del artículo, así como los valores esenciales del Convenio.¹²⁰⁵ En su sentencia en el *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia* dictada en 2012, el Tribunal reconoció incluso que se trata de una interpretación consolidada a lo largo de toda su jurisprudencia.¹²⁰⁶

Igualmente, la prohibición de devolución, directa e indirecta, se ha considerado implícita por el Comité de los Derechos del Niño en los artículos 6 (derecho a la vida) y 37 (prohibición contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes) de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹²⁰⁷

¹²⁰³ Comité de Derechos Humanos, Observación general nº 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, aprobada el 29 de marzo de 2004, párr. 10.

¹²⁰⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación general nº 20, Prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (artículo 7), reemplaza a la Observación General 7, aprobada el 10 de marzo de 1992, párr. 9.

¹²⁰⁵ TEDH, *Asunto Soering c. Reino Unido*, Demanda nº 14038/88, sentencia de 26 de junio de 1989, párr. 88, conforme a la cual «It would hardly be compatible with the underlying values of the Convention, that «common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law» to which the Preamble refers, were a Contracting State knowingly to surrender a fugitive to another State where there were substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture, however heinous the crime allegedly committed. Extradition in such circumstances, while not explicitly referred to in the brief and general wording of Article 3 (art. 3), would plainly be contrary to the spirit and intent of the Article, and in the Court's view this inherent obligation not to extradite also extends to cases in which the fugitive would be faced in the receiving State by a real risk of exposure to inhuman or degrading treatment or punishment proscribed by that Article (art. 3)».

¹²⁰⁶ TEDH, Gran Sala, *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, Demanda nº 30696/09, sentencia de 15 de diciembre de 2010, párr. 365: «(...) the Court reiterates that according to its well- established case-law 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 circumstances, Article 3 implies an obligation not to expel the individual to that country».

¹²⁰⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación general nº 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, de 1 de

La determinación del estatuto de refugiado y la prohibición de devolución tienen como objeto último proteger otros derechos principales del refugiado, fundamentalmente, su derecho a la vida y a la integridad física. Además, la doctrina ha entendido que la infracción del principio de *non-refoulement* puede derivarse no sólo de la vulneración de estos dos derechos, sino también de una «violación flagrante» de otros derechos, como el derecho a la libertad y a la seguridad y el derecho a un proceso equitativo.¹²⁰⁸ Como expone el juez Pinto de Albuquerque en su opinión concurrente en el *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia* dirimido ante el TEDH, el carácter instrumental del principio de no devolución para proteger otros derechos humanos conlleva su carácter absoluto e inderogable cuando el derecho sustantivo a proteger ostente tal naturaleza. Así, si la protección contra la tortura es absoluta y no permite derogación,¹²⁰⁹ tampoco lo permitirá el principio de *non-refoulement* cuando en caso de devolución el individuo quedara expuesto a un riesgo real de ser torturado o ser sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹²¹⁰ En el mismo sentido se pronuncia el profesor Mariño Menéndez.¹²¹¹ Además, dado el carácter irreversible del daño que se produciría si el riesgo de tortura o maltrato se materializa, las autoridades nacionales están obligadas a realizar un análisis riguroso de tal riesgo. Siguiendo este razonamiento, el TEDH en el *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia* condenó a Grecia por una violación conjunta de los artículos 3 (prohibición contra la tortura) y 13 (derecho a un recurso efectivo) debido a las deficiencias de las autoridades griegas en el examen de la solicitud de asilo del demandante y el consiguiente riesgo de éste de ser devuelto a su país de origen sin un examen serio de los fundamentos de su solicitud de asilo.¹²¹²

Las garantías de carácter procesal que conlleva implícitamente el principio de *non refoulement* son, así, esenciales para su implementación efectiva en la práctica, particularmente la obligación de las autoridades de dar acceso a los procedimientos de

septiembre de 2005, párr. 27: (...) «en cumplimiento de las obligaciones resultantes de la Convención, los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor, por ejemplo, pero no sólo, del tipo de los contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el menor pueda ser ulteriormente trasladado».

¹²⁰⁸ Godwin-Gill y McAdam, *The Refugee*, 316. Ver también en este sentido, el razonamiento del juez Pinto de Albuquerque en su opinión concurrente en el *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, 61.

¹²⁰⁹ TEDH, *Asunto Soering c. Reino Unido*, párr. 88.

¹²¹⁰ TEDH, *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, opinión concurrente del juez Pinto de Albuquerque, 64-65.

¹²¹¹ Fernando M. Mariño Menéndez, «Recent Jurisprudence of the United Nations Committee against Torture and the International Protection of Refugees», *Refugee Survey Quarterly* 34 (2015): 62.

¹²¹² TEDH, *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, párr. 321. En este sentido también, Cornelis (Kees) Wouters, «International Refugee and human rights law: partners in ensuring international protection and asylum», en Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (Routledge, 2013), 234.

solicitud de asilo, así como su obligación de examinar de oficio el riesgo de sufrir las violaciones de derechos humanos mencionadas al que estaría sometida la persona en caso de ser devuelta a su país de origen. La obligación de dar acceso a los procedimientos de solicitud de asilo, conllevará, normalmente, el acceso al territorio, que es el lugar donde puede ejercitarse efectivamente este derecho en la mayor parte de los casos.¹²¹³

La obligación de examen de oficio del riesgo del individuo existe incluso si el refugiado no ha solicitado formalmente el asilo o no ha manifestado su deseo de solicitarlo, en tanto que el reconocimiento del estatuto de refugiado es declarativo y dado el carácter irreversible del riesgo en caso de materializarse. Este tipo de obligaciones se contienen expresamente, entre otros, en los artículos 3.2 de la Convención contra la Tortura y 16 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que exigen a los Estados parte, «tener en cuenta todas las consideraciones pertinentes» para evaluar el riesgo, incluso cuando no hubieran sido alegadas por el refugiado.

2. El derecho a salir del propio país

Otro derecho establecido específicamente por ciertos tratados de derechos humanos que queda también directamente afectado por las prácticas extraterritoriales de control fronterizo es el derecho a salir del país, incluido el propio. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 27 afirmó en 1999 que «a menudo la práctica de los Estados demuestra que las normas jurídicas y las medidas administrativas afectan negativamente el derecho de salida, en particular del propio país, de la persona», por lo que exigió a los Estados parte del PIDCP información sobre todas las restricciones jurídicas y prácticas respecto de este derecho, incluyendo las sanciones a los transportistas internacionales que afectan al derecho a salir del territorio de otro país.¹²¹⁴

Este derecho se enuncia de manera expresa en los artículos 13.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 12.2 del PIDCP, 2.2 del Protocolo nº 4 al CEDH,¹²¹⁵ 22.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 12.2 de la

¹²¹³ Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum*, 104.

¹²¹⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General nº 27, Libertad de circulación (Artículo 12), de 2 de noviembre de 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, párr 10.

¹²¹⁵ Protocolo nº 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo nº 11, hecho en Estrasburgo, el 16 de septiembre de 1963 (Protocolo nº 4 al CEDH).

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.¹²¹⁶ La formulación de todos estos preceptos es muy similar. Así, reconocen el derecho o libertad de salir o abandonar cualquier país, incluido el propio, en el contexto más amplio del derecho a la libertad de circulación y residencia. Algunos tratados, como la Carta Africana, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre o el PIDCP, lo completan con el derecho a entrar también en el propio país.

No se trata de un derecho absoluto, razón por la cual los citados preceptos establecen limitaciones a su ejercicio, fundamentadas en razones de seguridad nacional, orden público, prevención de actividades delictivas o las necesidades de una sociedad democrática. Estas restricciones fueron concebidas inicialmente para evitar que los individuos pudieran eludir de esta manera sus obligaciones de comparecencia en procedimientos judiciales, sus obligaciones fiscales o de realizar servicios nacionales, aunque la práctica estatal ha evolucionado hacia otras funcionalidades, como la limitación de la inmigración en el país de destino a través de la exigencia de visados de entrada.¹²¹⁷ En concreto, el PIDCP establece que este derecho no podrá ser objeto de restricciones «salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto».¹²¹⁸ Igualmente, el Protocolo 4 al CEDH exige su previsión legal y que las medidas de restricción sean necesarias en una sociedad democrática «para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros».¹²¹⁹

Respecto de estas restricciones, el Comité de Derechos Humanos ha establecido tres condiciones principales para su licitud: previsión por ley, necesidad y proporcionalidad. En primer lugar, las restricciones deben estar previstas en la ley. Las leyes que autoricen dichas restricciones deben determinar también las condiciones en las que se pueden limitar los derechos, así como utilizar «criterios precisos» y «no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación».¹²²⁰ En segundo lugar, el Comité de Derechos Humanos ha estipulado que las restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger los fines que las justifican, no basta con que se utilicen para conseguir los fines permisibles, sino

¹²¹⁶ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia.

¹²¹⁷ Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee*, 381.

¹²¹⁸ PIDCP, art. 12.3.

¹²¹⁹ Protocolo nº 4 al CEDH, art. 2.3.

¹²²⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General nº 27, párr. 10 y 11.

también «para protegerlos».¹²²¹ Por último, deber ser proporcionales, de manera que no comprometan la esencia del derecho, que «no inviertan la relación entre el derecho y la restricción, entre la norma y la excepción».¹²²² Así, deben ser compatibles con los demás derechos del PIDCP, entre ellos, el de no discriminación,¹²²³ y constituir «el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado», y guardar proporción con el interés que se protege.¹²²⁴

Los fines de control migratorio no se encuentran entre los enunciados en los referidos artículos, por lo que las medidas de control fronterizo que afecten al ejercicio de este derecho, aún en el territorio de otro país, no estarían en principio cubiertas por las excepciones admitidas por los tratados, según su interpretación por el Comité de Derechos Humanos.¹²²⁵

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la principal dificultad respecto del ejercicio de este derecho consiste en que no existe un mecanismo complementario que permita su implementación. Es decir, no existe en el Derecho Internacional una obligación adicional de los Estados de complementar el derecho a salir del país con un correlativo derecho de las personas a entrar en su territorio.¹²²⁶ Por esta razón, ha sido calificado como «un derecho incompleto»¹²²⁷ o de «escasa dimensión normativa».¹²²⁸ Así, en principio, este derecho está formulado para ser garantizado por cada país respecto de sus propios nacionales, lo cual conlleva una obligación de dicho Estado de conceder a éstos documentos de viaje, fundamentalmente el pasaporte. No existe, sin embargo, una obligación de los demás Estados de permitir la entrada en su territorio.

No obstante, hay autores que consideran que el derecho adquiere una «dimensión internacional» cuando un país rechaza la salida de su territorio a un individuo que no posee la documentación necesaria para entrar en otro Estado.¹²²⁹

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² *Ibid.*, párr. 10 y 13.

¹²²³ La naturaleza discriminatoria del control fronterizo fue la razón por la que la Cámara de los Lores consideró ilícito el estacionamiento de funcionarios de inmigración en el aeropuerto de Praga por el gobierno británico.

¹²²⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General nº 27, párr. 11 y 14.

¹²²⁵ Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee*, 381–382; Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 246–247.

¹²²⁶ Respecto de la inexistencia en el Derecho Internacional contemporáneo del *ius migrandi* ver González Vega, «Mitos y Mistificaciones», 62–65.

¹²²⁷ Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee*, 382–383. Violeta Moreno Lax, 'Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees' *European Journal of Migration and Law* 10, (2008): 315, 353–354.

¹²²⁸ Joana Abrisketa Uriarte, «La Dimensión Externa del Derecho de la Unión Europea en materia de Refugio y Asilo: un Examen desde la Perspectiva del Non-Refoulement», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 56 (enero-abril 2017), 151–155.

¹²²⁹ Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee*, 382.

Esta dimensión tiene particular importancia en el contexto del derecho a solicitar asilo, como se verá a continuación.

En efecto, la específica situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los refugiados ha llevado a algunos autores a enunciar un «derecho a salir del país para buscar asilo» (*right to leave to seek asylum from persecution*). En el contexto particular del refugio, estos autores reclaman que el derecho a salir debe conllevar un deber correlativo de los demás Estados consistente en la prohibición de controlar la circulación de las personas de manera que se frustre su intento de encontrar una protección efectiva en otro Estado.¹²³⁰ De esta manera, identifican un deber complementario de los demás Estados implícito en el derecho a salir del país, en tanto que no podrían impedir el ejercicio del derecho si con ello exponen a los individuos al riesgo de persecución o de violación de sus derechos humanos. Esta idea conecta íntimamente con el principio de no devolución, que prohíbe también el rechazo de los individuos sin realizar una mínima evaluación respecto del peligro al que quedarían expuestos en caso de devolución.¹²³¹ En definitiva, estos autores defienden que para dotar de contenido al derecho a solicitar asilo, los Estados no sólo están obligados a garantizar el acceso de los refugiados a sus procedimientos de asilo, sino también el derecho a salir de su país en búsqueda de protección. Las restricciones injustificadas de este derecho podrían vaciar de contenido el derecho a solicitar asilo, de acuerdo a la interpretación del Comité de Derechos Humanos a la que se hizo referencia anteriormente.

Esta perspectiva no es, sin embargo pacífica. Algunos autores como Noll consideran que existen argumentos a favor de una interpretación «universalista» del derecho, que permitiría deducir obligaciones de acceso al territorio por parte de los demás Estados, pero también a favor de una interpretación «particularista», que deniega la existencia de tales obligaciones. En la búsqueda del equilibrio entre ambas posiciones, los criterios de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dan lugar, según este autor, a un «resultado indeterminado», por lo que la solución dependerá de las preferencias de quien deba adoptar una decisión en el caso concreto.¹²³² Igualmente, en *Xhavara y otros c. Italia y Albania*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró en 1998 que el hundimiento de un barco albanés que transportaba a persona de dicha nacionalidad con el fin de entrar ilegalmente en Italia, a consecuencia del choque con un buque de guerra italiano, no tuvo como intención privar a sus pasajeros de su derecho a salir de Albania, sino evitar su entrada en territorio italiano, por lo que no consideró aplicable el derecho a salir del

¹²³⁰ Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee*, 382–383; Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 246.

¹²³¹ Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee*, 383.

¹²³² Gregor Noll, *Negotiating Asylum, The Eu Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection* (Martinus Nijhoff Publishers, 2000), 416–423.

país recogido en el artículo 2 del Protocolo nº 4 del CEDH e inadmitió la reclamación de los demandantes por incompatibilidad *ratione materiae* con el CEDH.¹²³³

En conclusión, si bien el derecho a salir del país es un derecho incompleto y no conlleva la obligación correlativa de los Estados de admitir a las personas en su territorio, en el contexto específico del derecho a solicitar asilo puede defenderse una «lectura reforzada» del mismo, dada la específica situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los refugiados. De esta manera, no podrían considerarse admisibles las restricciones injustificadas de este derecho cuando conlleven la exposición del refugiado al peligro del que está huyendo, lo cual es consistente con la lectura de este derecho que ha realizado el Comité de Derechos Humanos, que exige que sus restricciones sean compatibles con otros derechos y que no vacíen a éstos de contenido. Como reconoce el juez Pinto de Albuquerque, la necesidad de protección del refugiado es todavía más apremiante cuando éste se encuentra todavía en el país en el que su vida o integridad física corren peligro. Si bien esta protección no puede encontrarse en la Convención de Ginebra, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone una obligación positiva de los Estados de proteger a los refugiados en tales circunstancias. Por esta razón, el derecho a solicitar asilo debe complementarse con el derecho a salir del país en búsqueda de protección.¹²³⁴ De esta manera, en opinión del juez, si un refugiado solicita asilo en una embajada de un Estado parte del CEDH, es exigible a dicho Estado que le conceda el visado para entrar en su territorio para que pueda así acceder a sus procedimientos de asilo.

3. La prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros

Una tercera garantía en cuyo ejercicio influyen las medidas de control fronterizo, en particular aquéllas que consisten en la interceptación y retroceso forzoso en masa de refugiados en el mar, es la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. El análisis de una posible aplicación extraterritorial de esta prohibición ha alcanzado un creciente interés recientemente, sobre todo a partir del año 2012 en el que el TEDH dictó su sentencia en el *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, en la que examinó por primera vez esta cuestión.

La prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros se enuncia en el artículo 4 del Protocolo nº 4 al CEDH, según el cual «quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros», así como en otros tratados de derechos humanos como el

¹²³³ TEDH, Decisión sobre la admisibilidad de la demanda nº 39473/98 presentada por *Viron Xhavara y quince otros c. Italia y Albania*, de 11 de enero de 2001, párr. 3.

¹²³⁴ TEDH, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, Opinión concurrente del Juez Pinto de Albuquerque, 70-71.

artículo 22.9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 12.5 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. Esta última define la expulsión masiva de extranjeros como aquella «dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso».

En el ámbito de la protección de los derechos de los refugiados, la prohibición de expulsiones colectivas está íntimamente vinculada al reconocimiento de las garantías procesales que conlleva el derecho a solicitar asilo y el principio de no devolución. En efecto, si los Estados quedan obligados al examen individualizado de la situación de cada individuo caso por caso, esta obligación es incompatible con la expulsión colectiva de refugiados sin realizar dicho examen. De esta manera, en el contexto de la protección del derecho a solicitar asilo, la prohibición de expulsiones colectivas es una consecuencia de las garantías procesales que exigen un examen individualizado de la situación de riesgo de cada individuo.¹²³⁵

Respecto de su aplicación extraterritorial, el TEDH se pronunció favorablemente en el Asunto *Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*. Los demandantes alegaron que la interceptación de los refugiados por los buques italianos y su posterior entrega a las autoridades libias equivalía a una expulsión colectiva de extranjeros, mientras que, en opinión del gobierno italiano, dicha prohibición únicamente entraría en juego cuando las personas objeto de expulsión se encontraran dentro del territorio del Estado. En su fallo el Tribunal reconoció que su jurisprudencia hasta el momento sólo se refería a casos de individuos situados dentro del territorio de los Estados desde los que se procedía a ordenar la expulsión. No obstante, no consideró existente ninguna limitación territorial en dicho sentido en el artículo 4 del Protocolo nº 4 al CEDH. Mientras que otros artículos, como el 3 de dicho Protocolo o el 1 del Protocolo nº 7, sí establecen tal limitación respecto de la expulsión de nacionales o de residentes legales en el territorio, no cabe deducir la misma del texto del artículo 4 del Protocolo nº 4.¹²³⁶ Tampoco cabe inferir tal limitación de los trabajos preparatorios del CEDH.¹²³⁷

Asimismo, en el examen de si podía considerarse justificable una aplicación extraterritorial de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros, el TEDH considera que deben tenerse en cuenta el objeto y fin del precepto, así como la necesidad de interpretar el CEDH como un «instrumento vivo» que se adapta a las circunstancias actuales. Según el Tribunal, el CEDH debe interpretarse a la luz del principio de efectividad, de manera que sus garantías resultaran «prácticas y efectivas» y no «teóricas e ilusorias».¹²³⁸ La interpretación del CEDH como un

¹²³⁵ TEDH, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, Opinión concurrente del Juez Pinto de Albuquerque, 73

¹²³⁶ TEDH, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, párr. 173.

¹²³⁷ *Ibid*, párr. 174.

¹²³⁸ *Ibid*, párr. 175.

«instrumento vivo» y «eficaz» es decisivo en el análisis del Tribunal, ya que, en sus palabras, en caso de no aceptarse la aplicación extraterritorial del artículo 4, «una parte importante de las tendencias migratorias contemporáneas quedarían fuera de su ámbito de aplicación», de manera que el artículo 4 «resultaría ineficaz en la práctica para tratar este tipo de situaciones, las cuales, no obstante, están en aumento».¹²³⁹ De acuerdo con todo ello, el Tribunal concluye lo siguiente:

«Having regard to the foregoing, the Court considers that the removal of aliens carried out in the context of interceptions on the high seas by the authorities of a State in the exercise of their sovereign authority, the effect of which is to prevent migrants from reaching the borders of the State or even to push them back to another State, constitutes an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention which engages the responsibility of the State in question under Article 4 of Protocol No. 4».¹²⁴⁰

En conclusión, el Tribunal admite la aplicación extraterritorial de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros, así como que la misma queda infringida no sólo si se obliga a los refugiados a retroceder, sino también cuando simplemente se obstaculiza la travesía de los refugiados de manera que se les impida alcanzar la frontera del Estado. En definitiva, en aras a una garantía adecuada del principio de no devolución, deben considerarse prohibidas para el Estado no sólo las expulsiones colectivas, sino también las medidas que impidan de manera colectiva el acceso a la protección.¹²⁴¹

C. El principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados

Con anterioridad a entrar en el análisis concreto de la aplicación de los modelos de extraterritorialidad a las medidas de control fronterizo, es preciso, como se expuso en la introducción, hacer una breve referencia al principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones convencionales. Los Estados están obligados a implementar de buena fe las obligaciones que han asumido a través de los tratados internacionales. Esta obligación no sólo se incumple cuando los Estados infringen directamente la letra de los tratados, sino también cuando a través de sus actos u omisiones vacían de contenido las obligaciones de un tratado o atentan contra su objeto y fin.¹²⁴² En este sentido es muy ilustrativa la defensa que del principio de buena fe realizó ACNUR en su

¹²³⁹ *Ibid*, párr. 177.

¹²⁴⁰ *Ibid*, párr. 180.

¹²⁴¹ Itziar Gómez Fernández y María Carmen Pérez González, «El asilo en situaciones de especial vulnerabilidad: Marco jurídico para la acogida e integración de menores refugiados», en EuroBasque, *La crisis de las personas refugiadas*, 215.

¹²⁴² Goodwin-Gill y McAdam, *The Refugee*, 387.

intervención en el caso *Roma Rights* ante la Cámara de los Lores británica. Según ACNUR, el estacionamiento de oficiales de inmigración británicos en el aeropuerto de Praga pretendía «frustrar el fin esencial de la Convención de Ginebra». En su opinión, un Estado carece de buena fe en la implementación de un tratado cuando pretende «evitar o circunvalar las obligaciones que ha aceptado, o hacer lo que no se le permite hacer directamente».¹²⁴³

Este apartado realizará una breve indagación respecto del significado del principio de buena fe, con el propósito de determinar si es posible su aplicación a las prácticas extraterritoriales de control fronterizo, en particular a las de carácter indirecto. Si bien éstas medidas no incumplen, en principio, ninguna norma de Derecho Internacional, su aplicación conjunta obstaculiza la salida de los refugiados de sus países de origen o residencia, de manera que queda impedido el ejercicio de su derecho a solicitar asilo. El interrogante es si el principio de buena fe podría ser un instrumento jurídico adicional para evaluar la licitud de dichas prácticas.

El principio se enuncia en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual, «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Se trata del «principio fundamental» en el derecho de los tratados, como ha reconocido la Comisión de Derecho Internacional.¹²⁴⁴ Su trascendencia se manifiesta también en el hecho de que la propia Carta de Naciones Unidas reconoce la obligación de los Estados miembros de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.¹²⁴⁵ Igualmente, se proclama expresamente en la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General.¹²⁴⁶

Mientras que la primera parte del artículo (*pacta sunt servanda*) ha sido objeto de una amplia atención doctrinal,¹²⁴⁷ la obligación de los Estados de cumplir las

¹²⁴³ Cámara de los Lores, Asunto *Roma Rights*, párr. 57.

¹²⁴⁴ Comisión de Derecho Internacional, «Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries», *Yearbook of the International Law Commission* (1966), vol. II, 211

¹²⁴⁵ Carta de Naciones Unidas, art. 2.2.

¹²⁴⁶ Asamblea General, Resolución 2625 (XXV) Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Anexo, Preámbulo.

¹²⁴⁷ Respecto de la regla de *Pacta sunt servanda*, ver, entre otros, Jean Salmon, «1969 Vienna Convention. Article 26. *Pacta sunt servanda*», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol I (Oxford, 2011), 659-685; Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach, «Article 26. *Pacta sunt servanda*» en Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, 2011), 427-451. En relación con la inclusión de esta regla la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, ver Jorge Cardona Llorens, «Artículo 29. Observancia», en Paz Andrés Sáenz de

obligaciones derivadas de los tratados de buena fe ha sido analizada en menor medida por la doctrina.¹²⁴⁸ Durante el proceso de codificación del principio, algunos miembros de la CDI propusieron incorporar de manera expresa al artículo 26 que las partes en un tratado internacional «deben abstenerse de realizar actos calculados para frustrar el fin y el propósito del tratado».¹²⁴⁹ La adición pretendía aclarar que la manera en la que deben cumplirse los tratados es «de buena fe» y no «*stricti juris*».¹²⁵⁰ Finalmente, se descartó la propuesta, por considerarse que la referida expresión se encontraba implícita en la propia obligación de cumplir los tratados de buena fe. Se prefirió así una redacción del principio de *pacta sunt servanda* lo más «simple» posible.¹²⁵¹

La manera concreta en la que los Estados deben ajustarse al principio de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones convencionales no siempre es sencilla de determinar. Además, es frecuente la confusión entre la obligación de *interpretar* las obligaciones de los tratados de buena fe y la aplicación del principio de buena fe en el *cumplimiento* de las obligaciones derivadas de los mismos. Es habitual que los tribunales, al utilizar el principio de buena fe como elemento interpretativo, se refieran al «abuso de derecho» por los Estados, a pesar de que esta noción se vincula con la manera de ejercitar los derechos más que con la interpretación de su contenido. Así, los límites entre «interpretación» y «cumplimiento» respecto del principio de buena fe, tienden a difuminarse.¹²⁵² El presente epígrafe se refiere a la segunda de dichas nociones, que es la empleada por el artículo 26 de la CVDT.

La Corte Internacional de Justicia ha aplicado el principio de buena fe respecto del cumplimiento de los tratados internacionales en numerosas ocasiones. En el *Asunto de las Pruebas Nucleares, Nueva Zelanda c. Francia*, la Corte estimó que el principio de buena fe es uno de los principios básicos «en la creación y cumplimiento de las obligaciones legales».¹²⁵³ Posteriormente, la Corte matizó el carácter del principio como fuente de obligaciones en el *Asunto relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas, Nicaragua c. Honduras*, en el que aclaró que, a pesar de ser un principio básico en materia de cumplimiento de tratados, no es en sí mismo una fuente de obligaciones, en los casos en los que no existiera previamente una

Santa María, Javier Díez-Hochleitner y José Martín y Pérez de Nanclares (dirs), *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales. Ley 25/2014, de 27 de noviembre* (Civitas Thomson Reuters, 2015): 521-530.

¹²⁴⁸ Ver respecto de este principio, el análisis de Robert Kolb, «Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)», *Netherlands International Law Review* LIII, (2006): 1-36.

¹²⁴⁹ Comisión de Derecho Internacional, «Draft Articles on the Law of Treaties», 211, traducción de la autora.

¹²⁵⁰ Jean Salmon, «1969 Vienna Convention. Article 26», 679.

¹²⁵¹ Comisión de Derecho Internacional, «Draft Articles on the Law of Treaties», 211.

¹²⁵² Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª ed. (Oxford, 2015), 168

¹²⁵³ Corte Internacional de Justicia, *Asunto relativo a las Pruebas Nucleares, Nueva Zelanda c. Francia*, sentencia de 20 de diciembre de 1974, párr. 49.

obligación.¹²⁵⁴ Este mismo argumento fue utilizado por la Cámara de los Lores para rechazar la invocación del principio de buena fe por los demandantes. Así, en opinión de la Cámara de los Lores, el principio de buena fe no podía servir para extender las obligaciones de Reino Unido más allá de la letra de la Convención de Ginebra: si los demandantes nunca salieron de la República Checa, nunca ostentaron la condición de refugiados y, por tanto, el Reino Unido no asumió ninguna obligación respecto de los mismos de conformidad con la Convención de Ginebra. El principio de buena fe no puede servir, entonces, para «rellenar un vacío» en la extensión de las obligaciones de protección de la Convención de Ginebra.¹²⁵⁵

Asimismo, en el examen de las declaraciones unilaterales realizadas por Francia en el *Asunto de las Pruebas Nucleares*, la Corte Internacional de Justicia afirmó de esta manera que el fundamento de la regla de *pacta sunt servanda* es el principio de buena fe:

«Trust and confidence are inherent in international cooperation, in particular in an age when this cooperation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration».

Posteriormente en el *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungría c. Eslovaquia*, relativo al proyecto de construcción de una presa en el río Danubio por dichos Estados, la Corte interpretó el contenido del principio. En sus palabras:

«Article 26 combines two elements, which are of equal importance. It provides that «Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith». This latter element, in the Court's view, implies that, in this case, it is the purpose of the Treaty, and the intentions of the parties in concluding it, which should prevail over its literal application. The principle of good faith obliges the Parties to apply it in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized.¹²⁵⁶

De conformidad con este párrafo, el Tribunal otorga primacía al fin del tratado y a la intención de las partes al concluirlo, que prevalecen sobre una aplicación literal de su texto. De esta manera, el principio de buena fe obliga a las partes a cumplir sus obligaciones convencionales de manera que hagan posible la consecución del fin último del tratado. Esta interpretación del principio de buena fe debe considerarse en

¹²⁵⁴ Corte Internacional de Justicia, *Asunto relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas, Nicaragua c. Honduras, Jurisdicción de la Corte y Admisibilidad de la demanda*, sentencia de 20 de diciembre de 1988, párr. 94.

¹²⁵⁵ Cámara de los Lores, *Asunto Roma Rights*, párr. 43.

¹²⁵⁶ Corte Internacional de Justicia, *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungría c. Eslovaquia*, sentencia de 25 de septiembre de 1997, párr. 142.

el análisis de las medidas extraterritoriales de control fronterizo. Si bien algunas de ellas, como los visados, las sanciones a los transportistas o el estacionamiento de funcionarios de enlace de inmigración no suponen la infracción directa de ninguna norma de Derecho Internacional, su aplicación conjunta, como se analizará más adelante, puede tener el efecto de frustrar el fin de la propia Convención de Ginebra, al bloquear el acceso de los refugiados al territorio de otros Estados en búsqueda de protección. No debe olvidarse, en este sentido, que en el Preámbulo de dicha Convención los Estados se obligaron a «asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales».

El principio de buena fe ha sido interpretado también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el examen de las prácticas de *push-back* emprendidas por Italia en el *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*. El Tribunal aplicó este principio en los siguientes términos:

«The above considerations do not call into question the right of States to establish their own immigration policies. It must be pointed out, however, that problems with managing migratory flows cannot justify having recourse to practices which are not compatible with the State's obligations under the Convention. The Court reiterates in that connection that the provisions of treaties must be interpreted in good faith in the light of the object and purpose of the treaty and in accordance with the principle of effectiveness».

De esta manera, el Tribunal reconoce que el principio de buena fe ha de ser tenido en cuenta en la valoración de las prácticas de control fronterizo de los Estados. Si bien las mismas constituyen un ejercicio legítimo de soberanía por los Estados, no pueden implementarse de manera incompatible con las obligaciones impuestas por el CEDH. Ni el ejercicio de una facultad legítima por los Estados ni sus problemas para gestionar los flujos migratorios pueden justificar la adopción de medidas que sean incompatibles con el objeto y fin del CEDH. Cabe destacar cómo el Tribunal incurre en este pasaje en una cierta contradicción respecto de los diversos sentidos del principio de buena fe en sus dimensiones de «interpretación» y de «cumplimiento» de los tratados. Así, aunque en el primer inciso del párrafo se refiere a la vertiente de la observancia de los tratados al referirse a las prácticas de los Estados, en el segundo inciso invoca el principio de interpretación de los tratados de buena fe, aunque hubiera sido más correcto aludir al principio en referencia al cumplimiento de los tratados.

Finalmente, cabe hacer una breve mención a la interpretación del principio por el juez Pinto de Albuquerque en su opinión concurrente en el *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*. Según este juez, el examen de la buena fe de los Estados tiene dos ramificaciones: los Estados incurren en mala fe en primer lugar, si obstaculizan la

conurrencia de los requisitos necesarios para que aplique un tratado (test de obstrucción) y, en segundo lugar, cuando emprenden actuaciones fuera de su territorio que serían inaceptables dentro de su territorio de conformidad con sus obligaciones convencionales (test del doble estándar).¹²⁵⁷

En conclusión, el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados puede configurarse también como un poderoso instrumento para evaluar aquéllas prácticas de los Estados que pretendan «circunvalar» sus obligaciones convencionales respecto de los refugiados.

D. Interceptación de refugiados en el mar

En el apartado IV.A.1 del Capítulo 5 se expusieron las principales prácticas estatales de interceptación de migrantes en el mar, así como los principales problemas jurídicos que plantean este tipo de operaciones con relación al respeto de los derechos de los refugiados. Es ésta un área especialmente problemática, respecto de la que se ha llegado a decir que presenta una «catarata de problemáticas jurídicas».¹²⁵⁸ El presente epígrafe tratará de dar respuestas a los problemas apuntados en dicho apartado, a través de la aplicación de los criterios jurisprudenciales en materia de jurisdicción extraterritorial que se sistematizaron en el Capítulo 3.

1. El problema de la legitimación de los Estados para realizar controles fronterizos en alta mar

Un primer problema que se plantea consiste en determinar si los Estados están legitimados por el Derecho Internacional para desarrollar controles fronterizos en zonas no sujetas a su jurisdicción como el alta mar o el mar territorial de terceros Estados. Cabe preguntarse, asimismo, si puede considerarse que los Estados ejercen jurisdicción sobre los refugiados que interceptan en dichas zonas situadas más allá de sus fronteras marítimas. En *Bankovic y Otros c. Bélgica y Otros* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que los buques del pabellón de un determinado Estado constituían una base excepcional de ejercicio de jurisdicción extraterritorial por dicho Estado que se fundamentaba en la atribución expresa por el Derecho Internacional general. Según esta interpretación, la jurisdicción extraterritorial de los Estados sobre

¹²⁵⁷ TEDH, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, opinión separada del juez Pinto Albuquerque, 70.

¹²⁵⁸ Alejandro Del Valle Gálvez, «Los Refugiados, las Fronteras Exteriores y la Evolución del Concepto de Frontera Internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 55 (2016): 767.

los buques tiene naturaleza *legal*, al ser atribuida expresamente y de manera excepcional por el Derecho Internacional, y se ejerce exclusivamente sobre los buques que ondeen su bandera en virtud del principio de nacionalidad. Como se expuso en el capítulo 3, esta interpretación es problemática porque asimila la jurisdicción de los Estados en los tratados de derechos humanos al ejercicio de jurisdicción *de jure* en el Derecho Internacional general. Además, el Tribunal no dio respuesta en *Bankovic* a la cuestión del ejercicio de jurisdicción extraterritorial por los Estados sobre buques de bandera extranjera.

La cuestión fue abordada posteriormente por el TEDH en dos importantes sentencias. En el *Asunto Medvedyev y Otros c. Francia*,¹²⁵⁹ el Tribunal reconoció el ejercicio por Francia de jurisdicción extraterritorial desde el momento en el que sus agentes embarcaron en un barco de bandera camboyana que había sido previamente interceptado en alta mar, hasta que, trece días más tarde, el barco llegó a las costas francesas tras ser remolcado por un buque francés. El fundamento para la apreciación de la jurisdicción de Francia por el Tribunal fue el «control completo y exclusivo sobre el *Winner* y su tripulación, al menos *de facto*». Al no ostentar el buque interceptado la bandera de nacionalidad francesa, el TEDH no pudo mantener sus conclusiones de *Bankovic*, por lo que reconoció que la jurisdicción no podía hacerse depender del pabellón, sino del ejercicio de *control de facto* sobre el barco y su tripulación. Posteriormente, en el *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, el Tribunal afirmó que la jurisdicción ejercida por Italia sobre tres buques de bandera italiana en los que se había embarcado a unos 200 refugiados interceptados en alta mar, era tanto *de facto* como *de jure*. La caracterización del control como *de jure* puede explicarse por la voluntad del Tribunal de mantener una cierta coherencia con su resolución en *Bankovic*, pero, habiendo admitido como suficiente el control de facto en *Medvedyev*, cabe preguntarse qué añade al análisis jurídico esta caracterización.

En cualquier caso, lo relevante del análisis del Tribunal es que la licitud o no del título del Estado para actuar sobre los barcos interceptados no es relevante para establecer la jurisdicción de los Estados en el sentido de los tratados de derechos humanos, sino que el factor decisivo es el ejercicio de control *de facto* sobre ellos y su tripulación. Tanto en el caso de que los Estados estén desarrollando en alta mar las competencias funcionales que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar les autoriza sobre los buques que ostenten bandera extranjera, como en los casos en los que los Estados se hubieran excedido en el ejercicio de dichas competencias, es incuestionable que están ejerciendo jurisdicción extraterritorial sobre dichos buques y las personas que se encuentren a bordo, por lo que están obligados a respetar respecto de ellas las obligaciones de los tratados de derechos

¹²⁵⁹ TEDH, Gran Sala, *Asunto Medvedyev y Otros c. Francia*, Demanda nº 3394/03, sentencia de 3 de febrero de 2010.

humanos que sean pertinentes en la situación. Igualmente, para determinar la existencia de jurisdicción no es relevante si la actuación del Estado en el mar territorial de otro país está autorizada por éste, y por tanto es legítima conforme al Derecho Internacional. Lo determinante, según *Al-Skeini y Otros c. Reino Unido*, es «el control y poder físico» ejercido por los agentes del Estado sobre las personas a bordo de los buques.¹²⁶⁰ Es de aplicación, por lo tanto, el modelo personal del «control y autoridad de los agentes del Estado».

Respecto de España, el Comité contra la Tortura afirmó el ejercicio de su jurisdicción en el Asunto *Marine I* relativo a la interceptación en aguas internacionales de un barco en el que viajaban unos 370 inmigrantes, así como en el Asunto *Sonko*, en el que la Guardia Civil española interceptó a un pequeño grupo de inmigrantes cuando trataban de acceder a nado a las costas españolas. En ambos casos justificó la jurisdicción española en el «control ejercido sobre las personas», en aplicación también de un modelo personal de jurisdicción extraterritorial.¹²⁶¹ En concreto, en el Asunto *Marine I*, el Comité apreció la jurisdicción de España por el «control *de facto* constante» ejercido sobre las víctimas desde el momento de su rescate, durante todo el proceso de su identificación y repatriación desarrollado en el puerto mauritano de Nouadhibou, así como durante todo el tiempo en el que aquéllas personas que no fueron repatriadas permanecieron bajo la custodia de las autoridades españolas.

A modo de recapitulación, tanto en el caso de que el Estado intercepte y embarque a los refugiados en su propio barco, como cuando éstos continúan a bordo de un barco de bandera extranjera custodiado por agentes del Estado, existe jurisdicción del Estado que intercepta y éste queda obligado a garantizar a los refugiados el principio de no devolución. La duda es, no obstante, qué ocurre en los supuestos de *push back* en alta mar en los que las autoridades del Estado no ejercen un control físico sobre los pasajeros, sino que les obligan a retroceder o a cambiar su ruta. Es el caso de las campañas realizadas por Italia respecto de las embarcaciones procedentes de Libia o de las actuaciones realizadas por España sobre los cayucos que se dirigen hacia las costas canarias. A pesar de que no se trataba de un supuesto *strictu sensu* de *push back*, el TEDH se pronunció también sobre estas operaciones en el Asunto *Hirsi Jamaa*, en el que concluyó que constituyen igualmente un ejercicio de jurisdicción extraterritorial por los Estados, que vulnera la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros establecida en el artículo 4 del Protocolo 4 del CEDH. En su análisis el Tribunal incluye tanto los supuestos de ejercicio de autoridad para «prevenir

¹²⁶⁰ TEDH, *Al-Skeini y Otros c. Reino Unido*, párr. 137.

¹²⁶¹ Comité contra la Tortura, Decisión aprobada por el Comité en su 41º periodo de sesiones, del 3 al 21 de noviembre de 2008, Comunicación nº 323/2007 presentada por *J.H.A. en nombre de P.K. et al*, párr. 8.2 (Asunto *Marine I*) y Decisión aprobada por el Comité en su 47º periodo de sesiones, del 31 de octubre al 25 de noviembre de 2011, Comunicación nº 368/2008 presentada por *Fatou Sonko*, CAT/C/47/D/368/2008, párr. 10.3 (Asunto *Sonko*).

que los migrantes lleguen a las fronteras de los Estados» como para «obligarles a retroceder hacia otros Estados». ¹²⁶² Aunque el Tribunal contextualiza la infracción del CEDH en la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, debe concluirse que este tipo de prácticas vulneran también el principio de no devolución, en tanto que la prohibición de expulsiones colectivas en el ámbito del derecho a solicitar asilo opera como una consecuencia de la garantía procesal básica implícita en el principio de no devolución, esto es, el deber de los Estados de realizar un examen individualizado del riesgo de los refugiados de sufrir violaciones de sus derechos en caso de ser devueltos.

2. El problema del conflicto entre diversas obligaciones del Derecho Internacional

Un segundo problema relativo a estas operaciones hace referencia a la cuestión de si la concurrencia de otras obligaciones de Derecho Internacional de los Estados desplaza la determinación de su jurisdicción conforme a los tratados de derechos humanos. Así, los Estados han justificado las prácticas de intercepción en el mar en la necesidad de cumplir con sus obligaciones asumidas en acuerdos bilaterales de cooperación con terceros Estados, así como en las obligaciones de rescate y salvamento de personas en peligro en el mar establecidas por el Derecho del Mar. A continuación se analizarán ambos supuestos.

En primer lugar, es una práctica frecuente entre los Estados la adopción de acuerdos con terceros países para operar en sus aguas territoriales o bien para cooperar con sus autoridades en la interceptación de los refugiados en el mar. Entre estos acuerdos deben destacarse los firmados por Italia, que justificó sus campañas de *push-back* en la entrada en vigor de sus acuerdos de cooperación bilateral con Libia, y por España, que ha sido especialmente activa en la firma de estos acuerdos con países de procedencia de refugiados e inmigrantes. ¹²⁶³ La cuestión es si la «cobertura legal» que otorgan dichos acuerdos para operar en aguas territoriales de otros países o para interceptar en alta mar embarcaciones de bandera extranjera o que transporten nacionales de terceros Estados, desplaza al ejercicio de jurisdicción extraterritorial conforme a los tratados de derechos humanos. El TEDH se pronunció sobre esta cuestión nuevamente en el *Asunto Hirsi Jamaa*, en su examen del fondo sobre si la devolución a Libia de los refugiados interceptados constituía una infracción por Italia de la prohibición contra los tratos inhumanos o degradantes contenida en el artículo 3. En palabras del Tribunal:

¹²⁶² TEDH, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, párr 180.

¹²⁶³ Ver, en este sentido, el epígrafe IV.A.1.b) del capítulo 5.

«Italy cannot evade its own responsibility by relying on its obligations arising out of bilateral agreements with Libya. Even if it were to be assumed that those agreements made express provision for the return to Libya of migrants intercepted on the high seas, the Contracting States' responsibility continues even after their having entered into treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention or its Protocols in respect of these States».¹²⁶⁴

En definitiva, el Tribunal declaró que la firma de acuerdos bilaterales con terceros Estados no excluye la responsabilidad de los Estados parte del CEDH. Aunque el anterior extracto de la sentencia se refiere al examen de la responsabilidad de los Estados, es aplicable igualmente a la determinación de la jurisdicción de éstos. Los acuerdos con terceros Estados permiten dar cobertura legal a las actuaciones realizadas por los Estados fuera de su jurisdicción respecto de barcos o individuos extranjeros, pero no por ello queda excluido el ejercicio de la jurisdicción por los Estados, que es una cuestión *de facto*.

Asimismo, en *Xhavara y Otros c. Italia y Albania*, el TEDH consideró que la adopción por Italia de un Acuerdo con el gobierno albanés, en virtud del cual Italia quedaba autorizada para entrar en aguas territoriales albanesas, inspeccionar buques en ellas y ordenar su regreso a puerto albanés en caso de detectar irregularidades, no evitó las obligaciones positivas de Italia de proteger la vida de las personas a bordo del buque *Kater me Rades* ni de realizar las investigaciones necesarias para determinar las causas de su naufragio.¹²⁶⁵

Otro tipo de acuerdos que deben examinarse son los llamados «*shiprider agreements*» en virtud de los cuales los Estados embarcan en buques de su pabellón a autoridades del Estado en cuyas aguas jurisdiccionales se produce la interceptación. De esta manera, los Estados obtienen de manera muy rápida el consentimiento de dichos Estados. El principal problema que plantean es la determinación del Estado que ejerce realmente jurisdicción, ya que se han utilizado como pretexto para atribuir los actos de interceptación de refugiados a los terceros Estados cuyas autoridades son embarcadas en el buque. Uno de los pocos acuerdos de este tipo que es público es el acordado por España con Cabo Verde, en el contexto de un convenio más amplio sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo la soberanía y jurisdicción de Cabo Verde de 2008.¹²⁶⁶ En concreto, su artículo 6 establece: «Al menos un componente de la Guardia Costera caboverdiana irá siempre a bordo de las embarcaciones y

¹²⁶⁴ TEDH, *Asunto Hirsi y Jamaa*, párr. 129.

¹²⁶⁵ TEDH, Decisión sobre la Admisibilidad de la Demanda nº 39473/98 presentada por *Viron Xhavara y quince Otros c. Italia y Albania*, de 11 de enero de 2001, párr. 1.

¹²⁶⁶ Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo soberanía y jurisdicción de Cabo Verde, hecho en Praia el 21 de febrero de 2008, BOE nº 136, de 5 de junio de 2009.

aeronaves de la Parte española para *facilitar la actuación operativa*»¹²⁶⁷ y «con excepción de las situaciones previstas en el derecho internacional, las intervenciones de *fiscalización, visita o apresamiento*, especialmente estas últimas, solamente podrán ser efectuadas *por las autoridades caboverdianas o bajo su dirección*».¹²⁶⁸

Estos incisos del artículo 6 resultan poco precisos. No parece que sea lo mismo «facilitar la actuación operativa», expresión bastante general, que dirigir o realizar directamente las actividades de «fiscalización, visita o aprisionamiento». Asimismo, su examen debe completarse con el apartado 3 del mismo artículo, según el cual, los medios aéreos y navales españoles «están bajo mando orgánico y táctico propio» y sus tripulaciones serán «responsables del vuelo y navegación». ¿Bajo qué autoridad quedan entonces los miembros de la tripulación española en las operaciones de «aprisionamiento» de refugiados? Cualquiera que sea la respuesta, es posible aplicar aquí el criterio establecido por el TEDH en el *Asunto Jaloud c. Países Bajos*. En este asunto el Estado demandado pretendió eludir su jurisdicción sobre los fallecidos en un control policial en Irak sobre la base de que sus actuaciones en dicho país quedaban sometidas al control operativo de Reino Unido. No obstante, el Tribunal concluyó que los Países Bajos no «quedaba desposeída de su jurisdicción» por el hecho encontrarse bajo el mando operativo de Reino Unido.¹²⁶⁹ Es decir, la aceptación de la dirección de las operaciones de fiscalización, visita o aprisionamiento por Cabo Verde no «desposee» a España de su jurisdicción sobre las personas interceptadas. Además, nada impediría que, en función de las circunstancias concretas del caso, pudiera apreciarse la jurisdicción concurrente de ambos Estados, posibilidad que el Tribunal admite en un buen número de los asuntos que ha examinado sobre jurisdicción extraterritorial de los Estados.¹²⁷⁰

Debe concluirse, conforme a lo anteriormente expuesto, que la adopción por los Estados de acuerdos con los Estados en cuyas aguas jurisdiccionales operan no excluye la apreciación de su jurisdicción.

¹²⁶⁷ Acuerdo entre España y Cabo Verde sobre vigilancia conjunta marítima, artículo 6.4.

¹²⁶⁸ Acuerdo entre España y Cabo Verde sobre vigilancia conjunta marítima, artículo 6.5.

¹²⁶⁹ TEDH, *Asunto Jaloud c. Países Bajos*, párr. 142 y 143.

¹²⁷⁰ Aunque referidos al modelo de control efectivo sobre el territorio, el Tribunal ha admitido la jurisdicción concurrente de Estados en diversos Asuntos como los casos de la región de Transnistria en los que apreció la jurisdicción tanto de Moldavia como de Rusia.

3. El problema de la calificación de las interceptaciones como rescate y salvamento marino

Asimismo, los Estados han alegado sus obligaciones de salvamento y rescate de personas en peligro en el mar para justificar su falta de jurisdicción sobre las personas rescatadas. Así, Italia negó su jurisdicción en *Hirsi Jamaa* porque la intervención no constituyó una operación policial marítima sino una operación de salvamento, de manera que los buques italianos se limitaron a prestar asistencia a las embarcaciones en peligro, en cumplimiento de sus obligaciones al respecto de Derecho Internacional. Igualmente, España alegó en el *Asunto Sonko* ante el Comité contra la Tortura que la obligación de los buques en los casos de salvamento marítimo consiste únicamente en prestarles auxilio, conducirles a un «lugar seguro» y proporcionarles un trato humanitario.¹²⁷¹ No obstante, ni el TEDH ni el Comité contra la Tortura excluyeron la jurisdicción, respectivamente, de Italia y España por el hecho de tratarse de operaciones de salvamento en el mar. En particular, el TEDH se refirió de esta manera a la imposibilidad de Italia de utilizar dicho argumento para «circunvalar su jurisdicción»:

«Moreover, Italy cannot circumvent its «jurisdiction» under the Convention by describing the events at issue as rescue operations on the high seas. In particular, the Court cannot subscribe to the Government's argument that Italy was not responsible for the fate of the applicants on account of the allegedly minimal control exercised by the authorities over the parties concerned at the material time.

Speculation as to the nature and purpose of the intervention of the Italian ships on the high seas would not lead the Court to any other conclusion».¹²⁷²

En conclusión, tampoco la calificación de la operación de interceptación como salvamento en el mar ni las obligaciones que en dichas circunstancias deben desplegar los Estados, de conformidad con la CONVEMAR y los Convenios SOLAS y SAR, desplazan a la jurisdicción del Estado.

Un último aspecto que interesa estudiar es si la obligación de desembarco de los individuos en un «lugar seguro» al que se refieren los Convenios SOLAS y SAR debe interpretarse de conformidad con el principio de *non refoulement*, de manera que sería necesaria la verificación previa por los Estados de que las personas rescatadas no están siendo desembarcadas en un lugar en el que su vida o integridad física corren peligro. Respecto de esta cuestión, debe mencionarse que en el ámbito de la Unión

¹²⁷¹ Comité contra la Tortura, *Asunto Sonko*, párr. 4.3.

¹²⁷² TEDH, *Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, párr. 79 y 81.

Europea y de las operaciones coordinadas por Frontex, esta cuestión ha quedado aclarada desde la aprobación del Reglamento 656/2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por Frontex. Así, este Reglamento define «lugar seguro» como «un lugar en el que se considera que finaliza una operación de salvamento y donde la seguridad de la vida de los supervivientes no está amenazada, y donde pueden satisfacerse sus necesidades humanas básicas y encontrarse medios de transporte para su traslado a su destino próximo o final, teniendo en cuenta la *protección de sus derechos fundamentales de conformidad con el principio de no devolución*».¹²⁷³ De acuerdo con este Reglamento debe concluirse que, en el contexto de las operaciones que regula, los Estados de la UE deben interpretar el concepto de «lugar seguro» de conformidad con las exigencias del Derecho Internacional de los Refugiados.

4. El problema de la intervención conjunta de diversos sujetos: la actuación de Frontex en las interceptaciones de refugiados en el mar

Por último, es preciso hacer una referencia a las operaciones de interceptación de refugiados en el mar coordinadas por Frontex. Pueden identificarse dos dificultades principales respecto de dichas actuaciones. En primer lugar, cabe preguntarse si la Agencia tiene mandato para actuar en aguas no sujetas a la jurisdicción de los Estados miembros de la UE. Una segunda cuestión consiste en identificar si Frontex está facultada para ejercer jurisdicción sobre los refugiados interceptados en dichas aguas o, por el contrario, son los Estados miembros quienes la ejercen, aunque bajo la coordinación de Frontex.

Respecto del mandato de Frontex para actuar en un contexto extraterritorial, la versión inicial de 2004 de su Reglamento regulador no preveía la posibilidad de que ésta actuara en el territorio de terceros Estados, sino que únicamente se le autorizaba a facilitar la cooperación operativa entre los Estados miembros y terceros países y a la conclusión de acuerdos de trabajo con las autoridades de dichos terceros Estados.¹²⁷⁴ Tras su modificación en 2011, el Reglamento incluyó la posibilidad de que la cooperación con dichos Estados tuviera lugar en su territorio, en cuyo caso, se exigía a la Agencia y a los Estados miembros el respeto de las normas y requisitos «al menos equivalentes» a los establecidos por la legislación de la Unión.¹²⁷⁵ La pregunta

¹²⁷³ Reglamento 656/2014, artículo 2.12).

¹²⁷⁴ Reglamento Frontex 2004, artículo 14.

¹²⁷⁵ *Ibid*, artículo 14.1 tras su modificación en 2011 por el Reglamento 1168/2011.

inevitable que surge al leer esta previsión es qué significa la expresión «normas y requisitos al menos equivalentes», ya que parece diluir la obligación de los Estados de someterse al Derecho de la Unión cuando actúen en un contexto extraterritorial. Esta imprecisión ha sido corregida en el nuevo Reglamento de 2016, cuyo artículo 54 prevé expresamente que «la Agencia y los Estados miembros respetarán el Derecho de la Unión, en particular las normas y los requisitos que forman parte del acervo de la Unión, también cuando la cooperación con terceros países tenga lugar en el territorio de los mismos».¹²⁷⁶ Queda claro, entonces, que en las operaciones coordinadas por Frontex en terceros países, incluyendo en su mar territorial, son de plena aplicación las normas europeas de protección internacional y, entre ellas, el principio de no devolución, al que se refiere de manera expresa el artículo 54.

El artículo 54 no precisa, sin embargo, si dichas normas aplican también cuando la coordinación con los terceros Estados se produce en el alta mar. Esta cuestión se regula en el Reglamento 656/2014, que constituye un código de conducta para Frontex y los Estados miembros respecto de las operaciones coordinadas por la primera en el mar, ya se localicen en el mar territorial, en la zona contigua o en el alta mar. El Reglamento sustituye a la anulada Decisión 2010/252/EU del Consejo que, a pesar de codificar por primera vez la prohibición de devolución en el ámbito extraterritorial, fue muy cuestionada por ignorar otros derechos fundamentales de los refugiados en el mar, en especial, las garantías procesales establecidas en el Código Schengen para los supuestos de denegación de entrada en el territorio de los Estados miembros. El Reglamento 656/2014 ha mejorado sensiblemente la regulación de la Decisión del Consejo anulada, en particular respecto de la aplicación en dichas operaciones de los derechos fundamentales de los individuos interceptados, así como del principio de no devolución, pero sigue sin hacer frente a la cuestión de las garantías procesales aplicables en el contexto marítimo. Respecto al principio de no devolución, el párrafo primero del artículo 4 establece:

«Ninguna persona será desembarcada en un país, forzada a entrar en él, conducida o entregada de algún otro modo a sus autoridades, incumpliendo el principio de no devolución cuando, entre otros supuestos, exista un riesgo grave de que se vea expuesta a sufrir pena de muerte, tortura, persecución o cualquier otra pena o trato inhumano o degradante o cuando su vida o su libertad estén amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, orientación sexual, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política, o cuando exista un riesgo grave de que sea expulsada, trasladada o extraditada a otro país incumpliendo el principio de no devolución».

En definitiva, queda claro que el principio de no devolución es plenamente aplicable en el contexto marítimo extraterritorial, aunque no se identifican las

¹²⁷⁶ Reglamento Frontex 2016, artículo 54.

garantías procesales que amparan a los refugiados en caso de serles denegado el acceso a territorio europeo. Tampoco aclara el Reglamento si los refugiados están legitimados para solicitar asilo en el curso de las operaciones coordinadas por Frontex. Únicamente prevé que «durante toda operación marítima, las unidades participantes atenderán las necesidades específicas (...) de las personas necesitadas de protección internacional»¹²⁷⁷ y que los miembros de los equipos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas respetarán en el ejercicio de sus funciones los derechos fundamentales, «incluido el acceso a los procedimientos de asilo».¹²⁷⁸ Parece, por tanto, que tendría que darse acceso a dichos procedimientos a los refugiados incluso cuando se encuentren en alta mar, pero esta posibilidad no se desarrolla a lo largo del Reglamento.¹²⁷⁹

En relación con la segunda de las dificultades enunciadas, es decir, si es Frontex o por el contrario los Estados miembros los que ejercen jurisdicción sobre los refugiados interceptados, como se adelantó en el capítulo 5, el nuevo Reglamento de 2016 no ha introducido grandes novedades respecto de la cuestión de la distribución de responsabilidades entre la Agencia y los Estados. A pesar de que el Reglamento declara la «responsabilidad compartida» de la Agencia y las autoridades nacionales respecto de la gestión de las fronteras exteriores de la Unión, esta distribución compartida de responsabilidad queda diluida posteriormente, al proclamar el Reglamento también que «los Estados miembros serán los principales responsables de la gestión de sus sección de las fronteras exteriores», «los Estados miembros garantizarán la gestión de sus fronteras exteriores, tanto en su propio interés como en el común de todos los Estados miembros» y la Agencia «apoyará la aplicación de las medidas de la Unión relacionadas con la gestión de las fronteras exteriores, mediante el refuerzo, la evaluación y coordinación de las acciones de los Estados miembros para la ejecución de dichas medidas».¹²⁸⁰ De esta manera, el nuevo Reglamento mantiene la línea seguida por los Reglamentos anteriores, en el sentido de que los Estados siguen siendo los principales responsables de las actuaciones que desarrollen bajo la coordinación de Frontex, mientras que la función de la Agencia se reduce a «apoyar, reforzar y coordinar» sus actuaciones. Debe concluirse entonces, que la gestión de los controles fronterizos es responsabilidad de los Estados miembros y no de Frontex, por lo que son éstos quienes ejercen la autoridad y el control sobre las personas interceptadas y, por lo tanto, jurisdicción sobre ellas.

¹²⁷⁷ Reglamento 656/2014, art. 4.4.

¹²⁷⁸ Reglamento 656/2014, art. 21.4.

¹²⁷⁹ En opinión de Simone Marinai, no obstante, los refugiados tendrían que ser trasladados al territorio del Estado responsable del examen de sus solicitudes de asilo, lugar en el que sus derechos podrían ser mejor garantizados. Ver Simone Marinai, «The interception and rescue at sea of asylum seekers in the light of the new EU legal framework», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 55 (2016): 913.

¹²⁸⁰ Reglamento Frontex 2016, art. 5.

Cabe preguntarse, no obstante, si los nuevos guardias de fronteras que la Agencia puede desplegar en el contexto de operaciones conjuntas, intervenciones fronterizas rápidas y operaciones de apoyo a la gestión de la migración, están ejerciendo jurisdicción sobre los individuos en nombre de Frontex o de los Estados miembros. Los guardias forman parte del cuerpo permanente de 1.500 guardias que constituyen la nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas y deben ser puestos a disposición de ésta por los Estados miembros. Durante su despliegue están sujetos «a las instrucciones del Estado miembro de acogida» y «a las medidas disciplinarias de su Estado miembro de origen». El artículo 21.5, además, concreta que «en caso de violación de los derechos fundamentales o de las obligaciones en materia de protección internacional en el curso de una operación conjunta o una intervención fronteriza rápida, el Estado miembro de origen tomará las medidas adecuadas, disciplinarias o de otro tipo, de acuerdo con su Derecho nacional». En definitiva, de la literalidad del Reglamento se deduce que dichos agentes quedan sujetos al mando de sus respectivos Estados de origen, que son los responsables de las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales o de las obligaciones en materia de protección internacional que pudieran cometer los agentes, por lo que cabe concluir que son dichos Estados y no Frontex quienes ejercen jurisdicción a través de ellos.

E. Solicitud de visados de entrada, sanciones a transportistas y estacionamiento de funcionarios de enlace de inmigración en el extranjero

El presente epígrafe propone abordar el estudio conjunto de tres de las principales medidas extraterritoriales de control fronterizo implementadas por los Estados en la práctica: la solicitud de visados de entrada, la imposición a los transportistas internacionales de obligaciones de verificación de documentos y de sanciones en caso de su incumplimiento y el despliegue de funcionarios de enlace de inmigración, cuya función es velar por la correcta implementación de las otras dos medidas anteriores, esto es, comprobar si las compañías de transporte desempeñan adecuadamente sus funciones de controlar la tenencia por los pasajeros de los documentos necesarios para viajar, en particular el visado de entrada en el país de destino. La aplicación conjunta de tales medidas puede producir el efecto de «obstruir» la salida de los refugiados que no hayan sido capaces de obtener la documentación necesaria para viajar.

Los visados de entrada son, indudablemente, uno de los mecanismos más eficaces con los que cuentan los Estados para controlar sus fronteras y el acceso de los extranjeros a su territorio. Se trata de medidas lícitas de control migratorio, cuya

utilización no está prohibida por el Derecho Internacional. Su carácter problemático surge, no obstante, cuando son utilizadas para fines no permitidos por el Derecho Internacional, como obstaculizar el acceso de los individuos a la protección otorgada por la institución del asilo. Del examen de la práctica de los Estados que se realizó en el apartado IV.B.1. del capítulo anterior se deduce que han sido utilizados por los Estados en múltiples ocasiones para «frenar» el incremento de solicitudes de asilo por los nacionales de ciertos Estados e incluso han llegado a reconocer que uno de sus propósitos es precisamente reducir el número de solicitudes de asilo. Si a ello se une que los Estados no suelen emitir visados cuyo objeto sea acceder a sus procedimientos de asilo internos, se bloquea una vía importante de acceso legal por los refugiados al territorio de otros Estados.

En el contexto europeo es muy llamativa la falta de claridad con que la normativa europea regula la exigencia, o no, de visados para los refugiados. Así, ni el Reglamento 539/2001, por el que se establecen las llamadas «lista negra» y «lista blanca» de países cuyos nacionales están sometidos, o no, a la obligación de obtener el visado, ni el Código de Visados prevén un estatuto especial en materia de visados para los refugiados. En principio, éstos deben obtenerlo en las mismas condiciones que el resto de los nacionales de su Estado. No obstante, el Código de Fronteras Schengen establece que la negativa de entrada no puede constituir un obstáculo para la aplicación de la normativa internacional sobre el asilo, de lo que se deduce, de acuerdo a la interpretación que se propuso en el apartado IV.B.1. que los refugiados quedan exceptuados de la obligación de obtener visados, aunque dicha excepción no se «activa» hasta que éstos se disponen a cruzar las fronteras exteriores de la Unión Europea.

A pesar de que se considere superada esta contradicción normativa y, por tanto, que los refugiados no están obligados a obtener un visado para entrar en la UE, su acceso al territorio europeo sigue siendo complejo, ya que el control de la tenencia del visado se realiza en los países de origen de los refugiados, por las compañías transportistas, cuya libertad de decisión sobre el embarque de los pasajeros queda muy mermada si se tiene en cuenta que están sujetas a sanciones por transportar a personas indebidamente documentadas y que sus actividades están «supervisadas» por Funcionarios de Enlace de Inmigración que representan a los Estados que están facultados para multarlas. En definitiva, lo que se impide al refugiado realmente no es «entrar» en el territorio europeo, sino «salir» de su propio Estado de origen.

Un análisis aislado del requerimiento de visados, no obstante, difícilmente puede considerarse capaz de vulnerar, por sí solo, el acceso de los refugiados a los procedimientos de asilo de otros Estados, sino más bien, su implementación conjunta con las otras dos medidas objeto de análisis en este epígrafe. En particular, es la imposición de obligaciones de verificación documental a los transportistas

internacionales lo que ha convertido a los visados en precondiciones necesarias para salir del territorio de un Estado y más aún cuando se complementa con el estacionamiento de Funcionarios de Enlace de Inmigración cuya misión es asesorarles en el adecuado desempeño de dichas obligaciones. No obstante esta conclusión, cabe recordar que el Conseil du Contentieux des Étrangers belga en los procedimientos internos que dieron lugar al *Asunto X y X c. Bélgica* dirimido ante el Tribunal de Justicia de la UE, alegó que, si bien el artículo 1 del CEDH exige el ejercicio de jurisdicción para ser aplicable, no existe dicha limitación territorial respecto de la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, cuya aplicación depende simplemente de que se esté aplicando el Derecho de la Unión. Es decir, en el contexto de la Unión Europea, podría considerarse de aplicación la prohibición contra la tortura contenida en el artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en cualquier lugar en el que actúe el Estado, en tanto que está implementando la política de visados derivada del Derecho de la Unión.¹²⁸¹

La imposición de obligaciones y sanciones a los transportistas internacionales es una de las medidas de control extraterritorial fronterizo más extendidas, tanto a nivel internacional como en el contexto de la Unión Europea, cuyo sistema de armonización de las legislaciones internas en esta materia es muy completo. La principal dificultad que plantea esta medida es la manera en la que opera en la práctica, ya que traslada a las compañías privadas la función de verificar que los pasajeros cumplen con los requisitos documentales que otorgan el derecho a entrar en un país de acuerdo a su legislación. En definitiva, constituyen un ejercicio de funciones estatales de control migratorio por compañías privadas lo cual es problemático por diversas razones que ya fueron expuestas en el apartado IV.B.2., pero sobre todo porque en su labor las compañías privadas no tienen en consideración las necesidades de protección internacional de los viajeros.

En lo que respecta al análisis de la jurisdicción de los Estados, la cuestión principal es identificar si puede considerarse que la denegación del embarque de eventuales refugiados por las compañías transportistas supone un ejercicio indirecto de poderes públicos por los Estados, capaz de situar a dichos pasajeros bajo su jurisdicción. La cuestión no es sencilla dado que los sujetos capaces de «activar» la jurisdicción del Estado no sólo se encuentran fuera de sus fronteras sino que además son actores privados, lo cual parece alejar el vínculo entre el Estado y el pasajero sobre el que se ejerce jurisdicción. Scholten ha argumentado que las regulaciones internas de los Estados en materia de sanciones a transportistas han «responsabilizado»

¹²⁸¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Asunto X y X c. Bélgica*, sentencia de 7 de marzo de 2017, C-638/16 PPU, C:2017:173, párr. 25 y 26. Ver el análisis de este asunto en el apartado IV.B.1.b) del capítulo 5.

efectivamente a éstos de los controles documentales y fronterizos,¹²⁸² de lo que puede deducirse que ejercen verdaderos poderes públicos en representación de los Estados. Esta interpretación es, asimismo, consistente con los artículos de la CDI en materia de responsabilidad internacional de los Estados. Así, la CDI ha reconocido que las compañías aéreas pueden entenderse incluidas dentro de los supuestos de «comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones de poder público» reguladas por el artículo 5 de los Artículos. De conformidad con dicho artículo, «se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero *esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público*, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad».¹²⁸³ En definitiva, por aplicación de este artículo podría considerarse que los actos de las compañías transportistas son «actos de Estado» que constituyen un ejercicio por éste de funciones públicas que somete a los pasajeros a su jurisdicción. Esto, no obstante, no resuelve el problema de que las compañías privadas no están vinculadas por las normas de derechos humanos ni por el Derecho Internacional de los Refugiados, lo cual complica la determinación del sujeto responsable de la protección de los refugiados en el momento en el que éstos pretenden embarcar en un vuelo internacional.

Finalmente, debe hacerse referencia al estacionamiento en el extranjero de funcionarios de enlace de inmigración, cuyas funciones principales se encaminan a verificar que las personas que pretendan viajar a sus Estados de origen estén debidamente documentadas y cumplan los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales de inmigración. Uno de los primeros problemas que se plantea al analizar el ejercicio de jurisdicción por estos agentes es la gran diversidad de figuras existentes, sobre todo en el ámbito de la Unión Europea, en el que junto con los Funcionarios de Enlace de Inmigración de los Estados miembros, se han desplegado este tipo de funcionarios también por Frontex, por la Unión Europea a través de su propio cuerpo funcional denominado Funcionarios de Enlace Europeos en materia de Migración y, por último, por ciertos Estados miembros de la UE que son parte del Convenio de Prüm, en virtud del cual se comprometen a enviar a terceros Estados los llamados «Asesores en materia de documentos».

A pesar de esta enorme variedad de tipos de agentes empleados por los Estados en la práctica, pueden extraerse algunas características comunes en su manera de actuar. En efecto, habitualmente estos funcionarios son estacionados en los aeropuertos internacionales de aquéllos países de procedencia de la mayor parte de

¹²⁸² Scholten, *The Privatisation of Immigration Control*, 249.

¹²⁸³ CDI, Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobados por la resolución 56/83 de la Asamblea General, art. 5

los refugiados o inmigrantes que acceden al territorio del Estado de origen de los funcionarios. Asimismo, en la mayor parte de los casos sus funciones consisten en «asesorar» a las compañías aéreas con la finalidad de prevenir el embarque de pasajeros que se encuentren indebidamente documentados, aunque las compañías de transporte retienen la decisión última sobre el embarque de los pasajeros en cuestión.

Una importante dificultad jurídica que se plantea en relación con el empleo de este tipo de funcionarios por los Estados consiste en identificar si ejercen «autoridad» sobre los viajeros a quienes impiden embarcar, teniendo en cuenta que su función principal es simplemente «asesorar o aconsejar» a las compañías transportistas en materia documental. Si se limitan a asesorar a las compañías siendo éstas las que adoptan la decisión última sobre el destino de los pasajeros, no podría considerarse que los Funcionarios de Enlace de Inmigración ejercen la «autoridad o control» sobre los individuos que *Al-Skeini* requiere para que se entienda que el Estado está ejerciendo jurisdicción sobre ellos.

No obstante, a pesar de que en la letra de sus normas reguladoras sus funciones consisten en el mero asesoramiento, en la práctica se ha demostrado que la influencia del «consejo» de los Funcionarios sobre los empleados de las compañías transportistas es muy significativa. Los Estados no han ocultado el éxito obtenido por estos funcionarios y vinculan directamente su trabajo con la reducción del porcentaje de personas indebidamente documentadas que acceden a sus territorios. Asimismo, las compañías transportistas han reconocido que siguen el asesoramiento de los Funcionarios «en la mayor parte de las ocasiones» y que únicamente en algunos casos dudosos, si los intereses comerciales en juego lo requieren, se apartan del mismo.¹²⁸⁴ La razón principal de esta «obediencia» de las compañías se debe a que, en caso de aceptar el embarque de personas indebidamente documentadas, en contra del asesoramiento de los Funcionarios, se arriesgan a ser multadas por los Estados de origen de éstos. En definitiva, en la práctica ha quedado demostrado que las compañías aéreas no gozan de tanta libertad a la hora de decidir sobre el embarque de los pasajeros. Es muy explícito en este sentido el mensaje para dichas compañías que incorpora la página web sobre Visados e Inmigración del Gobierno británico: «*Passangers documents: help get reduce your charges*». Si, de acuerdo a lo expuesto, se comprobara que la misión de los Funcionarios se extiende más allá del mero «asesoramiento», y vincula a las compañías transportistas, podría considerarse que ejercen «autoridad» sobre los pasajeros y, por tanto, que el Estado de su nacionalidad ejerce jurisdicción sobre los mismos.

¹²⁸⁴ Ver en este sentido el trabajo de investigación de Sophie Scholten, *The Privatisation of Immigration Control through Carrier Sanctions. The Role of Private Transport Companies in Dutch and British Immigrations Control* (Brill Nijhoff, 2015).

El análisis anterior, no obstante, puede resultar demasiado extensivo. El hecho de que las compañías sigan efectivamente en la práctica el consejo de los Funcionarios y que éstos hayan contribuido decisivamente a reducir el número de entradas irregulares en sus países, lo cual, en definitiva, es la misión que tienen encomendada, no quiere decir que ejerzan verdadera «autoridad y control» sobre los pasajeros en el sentido que el TEDH dio a estos términos en *Al-Skeini*. El Tribunal estaba pensando más bien en los supuestos de detención de personas, en los que el control ejercido sobre ellas por los agentes estatales es mucho más evidente. Por esta razón, puede considerarse más acertado incardinar las actividades desarrolladas por los Funcionarios en la segunda de las modalidades del modelo personal de jurisdicción que el Tribunal elaboró en este Asunto. Así, de acuerdo al TEDH, puede reconocerse el ejercicio de jurisdicción extraterritorial por los Estados cuando éstos, «a través del consentimiento, invitación o aquiescencia del gobierno de un territorio, ejercen todos o parte de los poderes públicos normalmente ejercitados por tal Gobierno». A través de esta modalidad el Tribunal suaviza el requisito del «ejercicio de autoridad y control sobre las personas» que requiere un nivel de relación o subordinación de éstas a los agentes estatales mucho mayor, cuya apreciación podría ser discutible en el caso de los Funcionarios de Enlace de Inmigración.

La principal complejidad con la que nos enfrentamos a la hora de aplicar esta segunda modalidad es la determinación del concepto de «ejercicio de poderes públicos». La única aclaración que realiza el TEDH al respecto en *Al-Skeini* es que éstos pueden consistir en el desarrollo de «funciones ejecutivas o judiciales», además de las funciones de mantenimiento de la seguridad que los soldados británicos tenían encomendadas en Irak. La principal misión de los Funcionarios de Enlace de Inmigración es dar cumplimiento o ejecutar en el extranjero las normas nacionales sobre admisión de extranjeros en el territorio de los Estados, que constituyen una de sus principales prerrogativas de la soberanía territorial. Siguiendo esta línea de razonamiento, puede considerarse que estos Funcionarios están ejerciendo poderes públicos ejecutivos en el extranjero, en tanto que desarrollan tareas de control fronterizo, en concreto, la verificación de que los pasajeros que embarcan en los vuelos internacionales ostentan la documentación de entrada requerida legalmente en su país.¹²⁸⁵ En definitiva, puede concluirse que el ejercicio de funciones por los Funcionarios de Enlace de Inmigración en el extranjero constituye un ejercicio de jurisdicción por los Estados que provoca el nacimiento de sus obligaciones de protección de los derechos de los refugiados.

Respecto de los Funcionarios de Enlace de Inmigración previstos por la normativa europea en sus diversos tipos ya citados, el análisis adquiere una mayor complejidad

¹²⁸⁵ Gammeltoft Hansen y Hathaway, *Non Refoulement in a World*, 268.

por varias razones. En primer lugar, es muy llamativo que en la normativa europea no exista previsión expresa alguna de las funciones de asesoramiento que los Funcionarios desarrollan en la práctica. Es cierto que el Reglamento 377/2004 se remite a las legislaciones internas de los Estados, que podrían ampliar las funciones previstas en el Reglamento, pero su incorporación expresa es ciertamente recomendable, sobre todo teniendo en cuenta que es, sin lugar a dudas, la misión esencial que desarrollan los Funcionarios en la práctica. A esta indefinición de las funciones de los funcionarios en la normativa europea se une la falta de información sobre sus actividades reales en la práctica, derivada de la omisión tanto del Estado que ejerce la Presidencia de la UE como de la propia Comisión del deber de presentar los informes a los que se hizo referencia en el apartado IV.A.2 del capítulo 5. Esta falta de transparencia sobre sus funciones dificulta el conocimiento del grado de control que ejercen sobre los pasajeros en la práctica.

Cualquiera que sea, no obstante, la modalidad de autoridad que se considere ejercitada por los Funcionarios de Enlace de Inmigración, lo relevante de la aplicación de la jurisprudencia del TEDH a sus actuaciones, así como a la exigencia de visados y las sanciones a los transportistas es que permite afrontar una de las principales carencias de la regulación de la Convención de Ginebra en el contexto actual de la tendencia de los Estados hacia la extraterritorialidad de sus controles fronterizos. Debe recordarse en este punto el *Asunto Roma Rights* ante la Cámara de los Lores británica. En el asunto en cuestión, Reino Unido había estacionado en Praga funcionarios de inmigración con verdaderas funciones ejecutivas de control fronterizo, es decir, autorizados para emitir instrucciones vinculantes a las compañías aéreas sobre la decisión de permitir o no el embarque de los pasajeros. La representación de los demandantes invocó una interpretación teleológica de la Convención de Ginebra, en atención a sus objetivos humanitarios, con el fin de que, aun no habiendo salido los demandantes del territorio del Estado, pudieran quedar protegidos por la Convención. La Cámara de los Lores, sin embargo, rechazó tal aplicación extensiva de la Convención. En su opinión, no se podía deducir de su letra ninguna obligación de los Estados de proteger a aquéllas personas que no cumplían los requisitos de la definición de refugiado por no haber salido del territorio de su Estado.

En definitiva, el estacionamiento de funcionarios de inmigración en aeropuertos extranjeros, junto el requerimiento de visados de entrada y la imposición de sanciones a los transportistas, «atrapa» a los refugiados en su propio territorio¹²⁸⁶ e impide la aplicación de la Convención de Ginebra. Esta limitación territorial no existe, sin embargo, en los tratados de derechos humanos. Éstos recogen, explícita o implícitamente, el principio de no devolución y sus consiguientes garantías procesales,

¹²⁸⁶ Hathaway, *The Rights of Refugees*, 291.

con independencia de que el refugiado hubiera salido o no de las fronteras de su Estado. Asimismo, estos tratados regulan el derecho de los individuos a salir de su país que, aun siendo un derecho incompleto como se expuso en el apartado B.2 anterior, queda indudablemente afectado por este tipo de prácticas extraterritoriales de los Estados y puede constituir una restricción ilícita de dicho derecho. Finalmente, estas prácticas pueden considerarse contrarias al principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, tal como quedó expuesto en el epígrafe C anterior.

F. Financiación, equipamiento o formación a terceros Estados para el desarrollo de actuaciones de control fronterizo

En el momento de la redacción de este apartado los miembros del Consejo Europeo, reunidos en La Valeta, adoptaron la «Declaración de Malta sobre los aspectos exteriores de la migración: abordar la ruta del Mediterráneo central». En esta Declaración, de febrero de 2017, se identifican las líneas maestras de la política migratoria externa europea para dicha zona. Junto con la interceptación de embarcaciones en el mar, la medida estelar proclamada en esta Declaración es la intensificación de la cooperación con los países de origen o tránsito, en especial Libia,¹²⁸⁷ «con la finalidad de «contener» (en dichos países) los flujos ilegales hacia la UE.¹²⁸⁸ En efecto, comprobado el éxito de la Declaración UE-Turquía para reducir los cruces ilegales de las fronteras de la UE,¹²⁸⁹ todo apunta a que la cooperación con los Estados de origen de refugiados y migrantes se va a configurar como la principal tendencia de los Estados miembros de la UE para controlar extraterritorialmente sus fronteras, en particular, en cuanto al desarrollo de sus capacidades, «para que las autoridades adquieran el control sobre las fronteras terrestres y marítimas».¹²⁹⁰ Con la salvedad de unas tímidas referencias al respeto al Derecho Internacional y a la colaboración con ACNUR, la Declaración de Malta no emplea en ningún momento las palabras «asilo» o «refugiado», lo cual es ciertamente llamativo en una Declaración en la que el Consejo Europeo pretende abordar la llamada «crisis de los refugiados» en el Mediterráneo.

Es, por lo tanto, fundamental profundizar en el estudio de las repercusiones que la implementación de este tipo de medidas tendrá sobre derecho de los refugiados a

¹²⁸⁷ Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos exteriores de la migración: abordar la ruta del Mediterráneo central, adoptada en La Valeta, el 3 de febrero de 2017, párr. 5 y 6. (Declaración de Malta)

¹²⁸⁸ Declaración de Malta, párr. 2.

¹²⁸⁹ *Ibid*, párr. 2.

¹²⁹⁰ *Ibid*, párr. 5 y 6.

acceder a los procedimientos de asilo en los territorios de los Estados de la UE. En lo que se refiere al análisis del ejercicio de jurisdicción sobre los refugiados, es indudable que a medida que las actuaciones de los Estados se alejan del contacto directo con los refugiados, es más complejo considerar que los primeros ejercen un control, autoridad o funciones públicas sobre los segundos. En este tipo de medidas de capacitación, los Estados de destino se limitan a financiar, equipar o formar a los Estados de origen, con el fin de que éstos fortalezcan sus controles de salida de personas hacia Europa. En ocasiones actúan como meros financiadores y en otras como donantes directos de todos los medios técnicos necesarios para que los Estados de origen impidan la salida de personas de sus territorios, pero no puede ignorarse que la decisión última sobre las medidas a adoptar y su implementación en la práctica corresponde en exclusiva a los Estados de origen. El control, autoridad o las funciones públicas se ejercen, por lo tanto, por los Estados de origen, por lo que la jurisdicción sobre los refugiados recae necesariamente en ellos. El modelo personal de ejercicio de jurisdicción extraterritorial, tal como se interpreta por la jurisprudencia del TEDH, no es, por lo tanto, de utilidad para determinar la jurisdicción y consiguiente responsabilidad, en su caso, de los Estados que emplean estas medidas de control fronterizo extraterritoriales.

No obstante, no faltan opiniones favorables a la aplicación del modelo personal de jurisdicción a este tipo de medidas. En efecto, esta es la línea argumental que sigue el juez Pinto de Albuquerque en su opinión concurrente en el *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*:

«Thus the full range of conceivable immigration and border policies, including denial of entry to territorial waters, denial of visa, denial of pre-clearance embarkation or provision of funds, equipment or staff to immigration control operations performed by other States or international organisations on behalf of the Contracting Party, remain subject to the Convention standard. They all constitute forms of exercise of the State function of border control and a manifestation of State jurisdiction, wherever they take place and whoever carries them out».¹²⁹¹

Sin perjuicio del noble objetivo de extender al máximo la protección de los refugiados, que en definitiva fue uno de los deseos expresados por los Estados firmantes de la Convención de Ginebra, en el estadio actual de la evolución del Derecho Internacional puede parecer excesivamente extensiva la argumentación del juez Pinto de Albuquerque. Es necesario por ello indagar en la búsqueda de otras posibles vías jurídicas para abordar eventuales vulneraciones de derechos humanos de los refugiados en el contexto de la implementación por los Estados de origen de medidas de control fronterizo con la asistencia de la financiación, equipamiento o formación de los Estados de destino.

¹²⁹¹ TEDH, *Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, Opinión concurrente del juez Pinto de Albuquerque, 77.

Gammeltoft-Hansen y Hathaway proponen como una posibilidad «emergente» indagar en la figura de la responsabilidad de los Estados en relación con los actos de otros Estados, en concreto, en la regla establecida en el artículo 16 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados, que regula los requisitos para que un Estado pueda ser declarado responsable por la prestación de ayuda o asistencia a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Si pudiera demostrarse, por ejemplo, que la violencia empleada por las autoridades marroquíes en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla es consecuencia de la ayuda prestada a Marruecos por España para el control de sus fronteras, podría concluirse que, junto con Marruecos, España también podría ser responsable de dicha actuación.

Esta «vía jurídica emergente» no está exenta, sin embargo, de problemas, ya que no sólo habría que demostrar, según el artículo 16, que España ha prestado ayuda o asistencia «conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito», sino que consideramos que, además, habría que probar que las actuaciones emprendidas por las autoridades marroquíes han sido efectivamente financiadas o facilitadas por España, es decir, que existe un nexo causal entre las actuaciones en el caso concreto de dichas autoridades y la provisión de financiación, equipamiento o formación por España. Dicho nexo causal es muy difícil de apreciar, por ejemplo, si la ayuda para el control de fronteras se materializa a través de fórmulas tan generales como la ayuda oficial al desarrollo.

G. Conclusión

Los tratados de derechos humanos constituyen un marco jurídico que refuerza considerablemente la protección jurídica de los refugiados ante las medidas extraterritoriales de control fronterizo. Por un lado, estos tratados complementan los «escasos derechos» que la Convención de Ginebra prevé para los refugiados que se encuentren fuera del territorio de los Estados. Así, junto al principio esencial de no devolución, los tratados de derechos humanos regulan también el derecho de los refugiados a salir de su propio país así como la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros.

Por otro lado, la interpretación del concepto de jurisdicción en el contexto de dichos tratados permite extender la protección de los refugiados en aquellas situaciones en las que la regulación de la Convención de Ginebra se ha manifestado insuficiente. Notablemente, los tratados de derechos humanos no contienen ninguna restricción territorial que impida su aplicación en aquellos casos en los que los refugiados no han logrado salir del territorio de su propio país. A diferencia de la Convención de Ginebra, estos tratados son aplicables allá donde el Estado ejerza

«control y autoridad» o «poderes públicos» sobre los refugiados, sea dentro o fuera de su Estado de origen, sea directamente a través de sus agentes o Funcionarios de Enlace de Inmigración, o indirectamente a través de la delegación de sus funciones en las compañías transportistas.

No obstante, la doctrina de la jurisdicción extraterritorial de los tratados no logra hacer frente a las medidas extraterritoriales cuando la intervención del Estado respecto de los refugiados no existe o es muy difícil de concretar. En particular, no ofrece una respuesta ante las medidas de financiación, equipamiento o formación de las autoridades de terceros Estados para que éstos realicen las funciones de control fronterizo. Por esta razón, es necesario investigar otras posibles vías jurídicas ofrecidas por el Derecho Internacional, como la responsabilidad de los Estados por ayudar o asistir a otros Estados en la comisión de hechos ilícitos internacionales.

Finalmente, cabe preguntarse el papel que podría desempeñar el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados. Si bien es un principio cuya formulación puede parecer muy «abstracta» y difícil de concretar en su contenido, no debe menospreciarse su categoría de principio fundamental del derecho de los tratados. Su utilidad puede ser de gran trascendencia para calificar como ilícitas las actuaciones de los Estados que vacíen de contenido o «frustren» el fin último del Derecho Internacional de los Refugiados, esto es, garantizar que las personas que huyen de la persecución encuentren protección en el territorio de otros Estados.

En conclusión, el principio de no devolución de los tratados de derechos humanos, a diferencia de la Convención de Ginebra, no está restringido por limitaciones de carácter territorial. Este principio es de aplicación en cualquier lugar en el que se encuentren los refugiados, siempre que pueda considerarse que el Estado, a través de las compañías de transporte o sus funcionarios de enlace de inmigración, está ejerciendo sobre ellos autoridad o funciones públicas. Esta constituye una de las principales virtudes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para reforzar la protección de los refugiados en un contexto extraterritorial. De haberse aplicado el modelo de ejercicio de funciones públicas al *Asunto Roma Rights*, el resultado hubiera sido probablemente distinto.

CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 fue adoptada para hacer frente a la acogida de las personas que habían huido de sus países en Europa desde el inicio de la Segunda Guerra Mundial. Nació así como una respuesta a un problema de carácter social y humanitario basado en los principios de cooperación y solidaridad. Constituye, desde entonces, el principal instrumento jurídico internacional que regula específicamente la protección de los refugiados, del que 145 Estados son parte en la actualidad. Transcurridos más de 65 años desde su adopción, las dinámicas de los desplazamientos y de los controles migratorios son muy distintas. La figura del refugiado como persona que acude a la frontera de otro Estado para solicitar asilo ha quedado diluida frente a las actuales tendencias de control fronterizo, en las que éste se encuentra con la frontera del Estado mucho antes de llegar a ella, incluso, en ocasiones, antes de haber salido del Estado donde es o teme ser perseguido. A las medidas que podríamos denominar «tradicionales» como la interceptación de refugiados y migrantes en el mar o el requerimiento de visados, se han unido en los últimos tiempos otras nuevas medidas, como las sanciones a los transportistas internacionales, los funcionarios de enlace de inmigración o los acuerdos bilaterales con terceros Estados, que en la práctica producen el efecto de obstruir el acceso de los refugiados al territorio de otros Estados.

En este nuevo contexto, y fundamentalmente desde última década en la que se han acelerado los acontecimientos históricos, la Convención de Ginebra se ha mostrado insuficiente para hacer frente a los retos de la protección internacional de los refugiados. Por esta razón, es necesaria la búsqueda de nuevos marcos jurídicos que permitan abordar dichos retos. El objetivo principal de esta investigación ha sido proponer uno: la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos, fundamentada en la interpretación del concepto de jurisdicción como ejercicio de autoridad, control o poderes públicos sobre las personas.

La tendencia de los Estados a actuar extraterritorialmente no es nueva, ni es exclusiva de las funciones de control fronterizo. Se trata de un fenómeno cuyo interés se ha acrecentado a partir de la campaña de «lucha global contra el terrorismo» emprendida por la comunidad internacional desde los ataques terroristas del 11S, pero no debe ignorarse que los Estados siempre han actuado fuera de sus fronteras, bien a través de la ocupación militar de otros territorios u otras intervenciones de carácter militar, bien mediante operaciones de detención extraterritorial de individuos o la instalación de bases militares o centros de detención en otros países o incluso, más recientemente, a través de la utilización de sistemas de vigilancia de comunicaciones en masa. Esta intensa actividad extraterritorial de los Estados se ha visto contestada

por el recurso creciente de los individuos afectados por ella a los procedimientos de denuncia ante los tribunales internacionales y otros órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos. Esto ha permitido la «construcción» de un extenso cuerpo jurisprudencial sobre la aplicabilidad extraterritorial de dichos tratados. El Tribunal que, incuestionablemente, ha contribuido más a este desarrollo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, razón por la cual su jurisprudencia ha sido el principal centro de atención.

El mencionado cuerpo jurisprudencial examinado en la primera parte de este estudio no ha sido dictado, sin embargo, en el contexto de las nuevas medidas extraterritoriales de control fronterizo analizadas en la segunda parte. Con la remarcable salvedad del *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia* del TEDH, estas medidas han sido examinadas en muy pocas ocasiones por los tribunales internacionales. La novedad consiste, por tanto, en realizar una aproximación a los nuevos retos jurídicos que plantean los controles fronterizos extraterritoriales desde la perspectiva de los principios jurisprudenciales elaborados para un contexto fáctico muy distinto. Desde esta aproximación presentamos las siguientes conclusiones:

Primera. La jurisdicción extraterritorial de los tratados de derechos humanos como concepto «*de facto*» difiere del concepto «*de iure*» del Derecho Internacional general

La aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos depende de la interpretación de las cláusulas de jurisdicción contenidas en la mayor parte de ellos. Aunque el texto de estas cláusulas no es uniforme, el fin que pretenden es el mismo: identificar el conjunto de personas a quienes los Estados deben garantizar los derechos y libertades establecidos en los tratados, bien por estar directamente «sujetas a su jurisdicción» o bien por encontrarse en un territorio «bajo su jurisdicción». El concepto clave, por tanto, es *la jurisdicción de los Estados*. Su significado no puede encontrarse en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de cuyo ámbito quedó excluido intencionadamente. Tampoco ofrece una respuesta el concepto de jurisdicción empleado en el Derecho Internacional general, cuyo sentido y función es muy diferente. Tanto en la *doctrina anglosajona de la jurisdiction* como en la *doctrina francesa de las competencias*, seguida por los autores españoles, la jurisdicción hace referencia a la *facultad* del Estado de ejercer funciones o competencias fuera de su territorio, con sujeción a los límites impuestos por el Derecho Internacional. Constituye un instrumento que permite evaluar la licitud, o no, del ejercicio por el Estado de su facultad de ejercer funciones o competencias extraterritoriales.

Ante la naturaleza *de jure* del concepto de jurisdicción en el Derecho Internacional general, la característica esencial de la jurisdicción en los tratados de derechos humanos es que constituye una noción «*de facto*». Así, la existencia de la jurisdicción del Estado no depende de la licitud de su actuación, ni de su sujeción a los límites establecidos por el Derecho Internacional respecto del ejercicio extraterritorial de sus funciones o competencias. Siempre que el Estado ejerza un *control de facto* sobre un territorio o unos individuos, estará ejerciendo jurisdicción sobre ellos en el sentido de los tratados de derechos humanos y dichos tratados serán de aplicación a las actuaciones en cuestión, ya se realicen dentro o fuera del territorio del Estado. La ilegalidad de la actuación no excluye la aplicación de los tratados de derechos humanos en un ámbito extraterritorial ni el nacimiento de las obligaciones del Estado derivadas del mismo.

Segunda. La ausencia de respuestas en la labor interpretativa y, en consecuencia, la necesidad de acudir a una construcción jurisprudencial del concepto de jurisdicción extraterritorial de los Estados

La interpretación de las cláusulas de jurisdicción conforme a los criterios establecidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 constituye una tarea compleja por diversas razones. En primer lugar, no existen cláusulas de jurisdicción idénticas, es decir, los textos de las normas a examinar son muy diferentes entre sí, lo que obliga a interpretar cada uno de ellos por separado y lo que lleva, al mismo tiempo, a resultados diversos en cuanto a su lectura. En segundo lugar, la interpretación literal de las cláusulas de jurisdicción apenas ofrece respuestas sobre la aplicación extraterritorial de los tratados puesto que estos no definen expresamente ni su alcance territorial ni el concepto de jurisdicción. En tercer lugar, de la lectura de las actas en las que constan las negociaciones de los Estados parte en torno a la redacción de las cláusulas de jurisdicción, tampoco se desprende con claridad cuál es la intención de los mismos. Si bien los Estados optaron por no regular la cuestión expresamente, tampoco la prohibieron ni la excluyeron. De modo que la interpretación teleológica de los tratados encuentra dificultades para conciliar principios de Derecho Internacional contrapuestos. Si bien el fin último de los tratados de derechos humanos es el respeto universal de los derechos humanos, en cuya virtud habría que excluir cualquier restricción territorial en su aplicación, la universalidad debe conciliarse con el texto concreto de los tratados y con el principio de su efectividad, que promueve una interpretación «realista» de la jurisdicción del Estado que evite la imposición de «cargas imposible o desproporcionadas» a éstos en un contexto extraterritorial.

La ausencia de respuestas claras en la interpretación de dicho contexto normativo motivado la necesidad de acudir a una interpretación jurisprudencial de la noción de jurisdicción extraterritorial en los tratados de derechos humanos. En particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el tribunal internacional que más ha contribuido al desarrollo de dicho concepto, hasta el extremo de que puede afirmarse que ha elaborado una verdadera «teoría de la jurisdicción extraterritorial en materia de derechos humanos».

Tercera. La tendencia expansiva de la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos a la luz de los últimos desarrollos jurisprudenciales

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la jurisdicción extraterritorial de los Estados presenta varias dificultades en su análisis. En primer lugar, adolece de un excesivo casuismo que dificulta la tarea de extraer principios de carácter general. En segundo lugar, incurre en imprecisiones terminológicas, que generan confusión respecto del significado del concepto de jurisdicción y su diferenciación de otros conceptos conexos como atribución y responsabilidad. En tercer lugar, se aprecian inconsistencias en el tratamiento jurídico de hechos muy similares, de forma que, dependiendo de la «sensibilidad política del caso» el resultado al que ha llegado el Tribunal ha sido diferente.

Con todo, el Tribunal ha logrado sistematizar dos grandes modelos de jurisdicción extraterritorial, fundamentalmente a través de su sentencia *Al-Skeini y Otros c. Reino Unido*: el modelo territorial o espacial de jurisdicción, en el que ésta se hace depender del ejercicio por el Estado de «un control efectivo sobre un área» y el modelo personal de jurisdicción, cuyo criterio determinante es el ejercicio de «autoridad y control» sobre individuos por los agentes del Estado. El modelo territorial da lugar a una aplicación extraterritorial más restrictiva de los tratados de derechos humanos, en el sentido de que requiere el ejercicio por el Estado de control efectivo sobre un territorio, manifestado habitualmente en la presencia militar en el mismo. Por el contrario, el modelo personal, permite una aplicación más extensiva de los tratados de derechos humanos, ya que considera suficiente el ejercicio de autoridad, control o poderes públicos sobre el individuo, sin necesidad de ostentar el control del territorio en el que se encuentre. Ahora bien, esto no quiere decir que se trate de un modelo ilimitado, ya que el Tribunal ha sido precavido al optar por una aplicación «realista» del mismo, en el que el Estado no queda obligado a reconocer a las personas sujetas a su jurisdicción la totalidad de los derechos del CEDH, sino sólo aquéllos que sean pertinentes con relación a su situación concreta. Los derechos del CEDH pueden «dividirse y acomodarse» a las circunstancias del caso.

En las sentencias más recientes se observa una tendencia del Tribunal a expandir la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos por dos factores principales. En primer lugar, prioriza la aplicación del modelo personal de jurisdicción ante situaciones en las que el modelo territorial presentaba carencias o su aplicación daba lugar a resultados «injustos» (la demandante en el *Asunto Andreou c. Turquía*, por ejemplo se localizaba fuera del territorio controlado *de facto* por Turquía, pero a escasos metros del mismo). En segundo lugar, el Tribunal ha ido «suavizando» progresivamente los rígidos estándares que permitían apreciar la existencia de un control efectivo sobre el territorio (el control efectivo sobre el territorio de los casos del norte de Chipre va cediendo ante criterios menos exigentes como la *influencia decisiva* del *Asunto Ilascu c. Moldavia y Rusia*, o el *alto nivel de dependencia* del *Asunto Catan y Otros c. Moldavia y Rusia*). Si bien esta tendencia expansiva puede ser loable en términos del incremento de la protección de los derechos humanos de las personas afectadas por las actuaciones extraterritoriales de los Estados, ha provocado una cierta confusión con relación a los principios que el Tribunal sistematizó en el *Asunto Al-Skeini y Otros c. Reino Unido* y ha introducido términos difusos que restan seguridad jurídica a la materia.

Cuarta. La tendencia de los Estados hacia la extraterritorialidad de los controles fronterizos y su carácter restrictivo del acceso a la protección por los refugiados

La necesidad más apremiante del refugiado es acceder al territorio de un Estado que le otorgue protección. Una vez dentro del territorio del Estado de destino, éste queda obligado a reconocerle todos los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su legislación interna. Por otro lado, el principio de soberanía territorial atribuye a los Estados la facultad y responsabilidad de controlar sus fronteras y regular el acceso de extranjeros a sus territorios. El acceso del refugiado al territorio de otro Estado y la facultad de los Estados de controlar sus fronteras son dos intereses jurídicos lícitos y legítimos cuyo ejercicio, en principio, no debería entrar en colisión. La convivencia entre estos dos intereses, no obstante, plantea dificultades ante la tendencia creciente de los Estados de implementar extraterritorialmente sus controles fronterizos. El punto esencial de fricción radica en que, ante el fenómeno de los flujos migratorios mixtos, estos controles no distinguen entre refugiados, cuyo régimen jurídico viene delimitado por normas internacionales vinculantes para los Estados, y el resto de extranjeros que pretenden acceder al territorio de los Estados por cualquier otro motivo, cuya regulación queda sujeta, con ciertos límites, a la competencia discrecional de los Estados.

La tendencia hacia la extraterritorialidad de los controles fronterizos representa un desafío para el marco jurídico internacional de protección de los refugiados, ya que produce el efecto de restringir, obstaculizar o impedir el ejercicio por éstos de sus principales derechos y garantías, fundamentalmente de la prohibición de ser devueltos a un lugar donde su vida, integridad física o libertad corra peligro y del acceso al territorio de otro Estado para acceder a los procedimientos de solicitud de asilo y de la permanencia en dicho territorio mientras se tramitan dichas solicitudes.

La presente tesis doctoral propone una categorización de las medidas extraterritoriales de control fronterizo en dos grupos principales: las medidas directas, que conllevan la intervención o presencia física de los Estados en el lugar de su implementación y las medidas indirectas, que se materializan a través de instrumentos legales o de acuerdos con terceros Estados sin requerir la presencia física de los Estados en dicho lugar. Dentro de la primera categoría se insertan las interceptaciones de refugiados en el mar y el despliegue de Funcionarios de Enlace de Inmigración en el territorio de terceros Estados. Entre el segundo tipo de medidas abarca la exigencia de visados a los refugiados, la imposición de obligaciones y sanciones a las compañías de transporte internacional de viajeros y la financiación, equipamiento o formación a los Estados de origen para el desarrollo por éstos de actuaciones de control fronterizo. La capacidad de estas medidas para restringir los derechos de los refugiados ha quedado demostrada a lo largo de su estudio: todas ellas producen el efecto de impedir el acceso de los refugiados al territorio de los Estados y, por tanto, a los procedimientos de solicitud de asilo que habitualmente exigen la entrada en dicho territorio. Además, las interceptaciones en el mar pueden constituir infracciones del principio de *non-refoulement* y de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. La exigencia de visados de entrada, cuyo control se produce por las compañías transportistas y los Funcionarios de Enlace de Inmigración, así como los acuerdos bilaterales con los Estados de origen provoca el efecto, asimismo, de impedir el ejercicio del derecho a salir del propio país.

Quinta. Las carencias de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 para abordar los retos jurídicos que plantea la extraterritorialidad de los controles fronterizos y la necesidad de explorar nuevos marcos jurídicos

La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados constituye el principal instrumento específico de protección de los refugiados. Su articulado sigue una estructura progresiva de concesión de derechos en la que el número de derechos reconocidos al refugiado se incrementa a medida que su vínculo con el Estado es más cercano. La mayor parte de los derechos de la Convención se otorgan a los refugiados

que se encuentran físicamente dentro del territorio del Estado o que ostentan la condición de residentes habituales en el mismo. En cambio, los derechos que prevé la Convención a favor de los refugiados que no han accedido aún al territorio del Estado son restringidos. Así, la máxima garantía de la que, en principio, goza un refugiado en dicha situación es no ser devuelto al riesgo de persecución, lo cual conlleva una obligación accesoria de los Estados de permitir la entrada en su territorio a efectos de que puedan acceder a los correspondientes procedimientos de solicitud de asilo. La cuestión de la aplicación extraterritorial del principio de no devolución no es, sin embargo, una cuestión resuelta hoy en día. Ante la diversidad de opiniones en la doctrina y la jurisprudencia, el capítulo 6 defendió una interpretación favorable a la aplicación extraterritorial del principio de *non-refoulement*, fundamentada en el objeto y fin humanitario de la Convención de Ginebra, en el principio de efectividad en su interpretación y en su contexto normativo más amplio, constituido esencialmente por los tratados de derechos humanos cuya aplicación extraterritorial goza de mayor reconocimiento.

A esta escasa concesión de derechos para aquéllos refugiados que no hayan logrado acceder al territorio del Estado se une la rigidez de la definición de refugiado empleado por la Convención de Ginebra. La aplicación de sus derechos y garantías se hace depender de la concurrencia en el individuo de los requisitos de dicha definición, entre ellos, encontrarse fuera del país de su nacionalidad o residencia habitual. Así, la Convención de Ginebra está afectada por dos limitaciones territoriales: una primera limitación que exige la entrada del refugiado en su territorio para que se desplieguen la mayor parte de sus derechos y una segunda que requiere que el refugiado haya salido de su país de origen o residencia habitual para que se le pueda otorgar la calificación de refugiado y, por tanto, resulte de aplicación la propia Convención. Es esta última condición la que resulta especialmente problemática para abordar la protección de los refugiados ante las medidas extraterritoriales de control fronterizo. El efecto que producen la gran mayoría de ellas es retener a los refugiados dentro de su propio territorio, por lo que queda excluida la aplicación de la definición del concepto de refugiado y, por lo tanto, la de la propia Convención. En definitiva, la Convención de los Refugiados se manifiesta insuficiente para hacer frente a los retos jurídicos que plantean las medidas extraterritoriales de control fronterizo, por lo que es preciso desarrollar nuevas vías jurídicas en el Derecho Internacional.

Sexta. La aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos como un nuevo marco jurídico para la protección de los refugiados ante las medidas externas de control fronterizo

Frente a las mencionadas carencias de la Convención de Ginebra, la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos se erige en un nuevo marco jurídico que permite abordar las restricciones en el acceso a la protección por los refugiados causadas por las medidas extraterritoriales de control fronterizo. Por un lado, los tratados de derechos humanos complementan los limitados derechos que la Convención de Ginebra prevé para los refugiados que no han logrado acceder al territorio del Estado en el que pretenden solicitar protección, ya que, junto con la garantía esencial de no devolución, regulan la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros y en menor medida, el derecho a salir del propio país. Por otro lado, los tratados de derechos humanos no contienen restricciones territoriales que impidan su aplicación en aquellas situaciones en las que los refugiados no hayan logrado salir del territorio de su propio país. Estos tratados son aplicables allá donde el Estado ejerza «control y autoridad» o «poderes públicos» sobre los refugiados, ya se encuentren dentro o fuera de su país de origen o residencia habitual. En definitiva, la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos permite extender la protección de los refugiados a aquellos supuestos en los que la Convención de Ginebra no otorga protección o su aplicación extraterritorial es controvertida.

Sobre estas bases, la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos permite declarar la jurisdicción del Estado sobre los refugiados cuyos derechos se ven afectados por las medidas de interceptación de refugiados en el mar, exigencia de visados a los refugiados, sanciones a transportistas y despliegue de Funcionarios de Enlace de Inmigración. No obstante, la extraterritorialidad de los tratados de derechos humanos no permite afirmar dicha jurisdicción respecto de aquellas medidas en las que no existe relación entre el Estado y el refugiado o ésta relación es muy leve. Por ello, no proporciona una respuesta ante las medidas de financiación, equipamiento o formación de las autoridades de terceros Estados para que éstos realicen las funciones de control fronterizo, en tanto que no es posible establecer un vínculo suficiente que permita considerar que el Estado está ejerciendo «autoridad y control» o «poderes públicos» sobre los refugiados, por lo que queda excluida su jurisdicción.

Séptima. La tendencia de los Estados a intensificar la cooperación con los Estados de origen en forma de financiación, equipamiento o formación y la necesaria búsqueda de vías jurídicas alternativas en el Derecho Internacional para garantizar el acceso a la protección de los refugiados

A pesar de la indudable utilidad de la doctrina de la jurisdicción extraterritorial para interpretar las actuaciones extraterritoriales de los Estados en materia de control fronterizo, esta no es capaz de ofrecer una solución frente a las restricciones de los derechos de los «eventuales o potenciales» refugiados que se produzcan en los supuestos de financiación, equipamiento o formación a las autoridades de los Estados de origen. Dicha circunstancia viene a confirmar la necesidad de ahondar en vías jurídicas alternativas ofrecidas por el Derecho Internacional. Este tipo de medidas ocupa actualmente un lugar clave en los sistemas de control fronterizo de los Estados y es previsible que su empleo se intensifique en los próximos años. En febrero de 2017 la Unión Europea reafirmó su compromiso con la Declaración UE-Turquía y señaló como objetivo prioritario de la política migratoria exterior de la Unión para los próximos años «el compromiso reforzado con terceros países para evitar que los migrantes emprendan viajes arriesgados hacia la Unión Europea». Si dicho compromiso no va acompañado de garantías que permitan proteger el acceso a los procedimientos de asilo para quienes huyan de la persecución o de la violación sistemática de sus derechos en sus países de origen, las obligaciones de protección internacional asumidas por los Estados pueden quedar vacías de contenido.

En dicho sentido, proponemos el estudio de dos vías jurídicas principales: en primer lugar, la figura de la responsabilidad de los Estados por ayudar o asistir a otros Estados en la comisión de hechos ilícitos internacionales. A pesar de que esta opción jurídica presenta, entre otras, dificultades para concretar el nexo causal entre la financiación, equipamiento o formación y el acto concreto del que resulta la restricción de los derechos de los refugiados, podría ofrecer soluciones en los casos en los que el vínculo causal sea claro.

En segundo lugar, el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados. Si bien es un principio que está formulado en términos muy generales por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, su utilidad puede ser de trascendencia para calificar como ilícitas las actuaciones de los Estados que «frustren» el fin último del Derecho Internacional de los Refugiados, esto es, garantizar que las personas que huyen de la persecución encuentren protección en el territorio de otros Estados. No en vano, los Estados parte de la Convención de Ginebra en el Preámbulo de ésta expresaron su intención de «asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales».

Para terminar, la presente tesis doctoral ha pretendido avanzar en el análisis y en el conocimiento jurídico de una realidad compleja, actual e insoslayable, y al mismo tiempo, contribuir con vías de interpretación jurídica y con la configuración y la sistematización de modelos de aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos proyectados al ámbito del refugio.

BIBLIOGRAFÍA

I. Obras generales y monografías

ACNUR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/1P/4/ENG/REV.3* (ACNUR, 2011).

ACNUR, *A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions*, 7ª ed. (ACNUR, 2014).

ACNUR, *Conclusions adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees, 1975 – 2004 (Conclusion no. 1 – 101)* (ACNUR, 2014).

Andrés Sáenz de Santa María, Paz, *Sistema de Derecho Internacional Público*, 3ª ed. (Editorial Civitas, 2014).

Battjes, Hemme, *European Aylum Law and International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006).

Bossuyt, Marc J., *Guide to the «Travaux Préparatoires» of the International Covenant on Civil and Political Rights* (Martinus Nijhoff Publishers, 1987).

Capps, Patrick, Malcom Evans y Stratos Konstadinidis (eds.), *Asserting jurisdiction: International and European legal perspectives* (Hart Publishing, 2003).

Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia* (Tirant lo Blanch, 2012).

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público* (Tecnos, 1991).

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Tecnos, 2003).

Casanovas, Oriol y Ángel J. Rodrigo, *Compendio de Derecho Internacional Público*, 4ª ed. (Tecnos, 2015).

Cassese, Antonio, *International Law*, 2ª ed. (Oxford, 2004).

Crawford, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 6ª ed. (Oxford, 2012).

Den Heijer, Maarten, *Europe and Extraterritorial Asylum* (Hart Publishing, 2012).

Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed. coordinada por Concepción Escobar Hernández (Tecnos, 2013).

Fernández Arribas, Gloria, *Asilo y Refugio en la Unión Europea* (Comares, 2007).

- Fernández Sánchez, Pablo Antonio (ed.), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados* (Publicaciones Universidad de Huelva, 2002).
- Gammeltoft-Hansen, Thomas, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control* (Cambridge University Press, 2011).
- García Andrade, Paula, *La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria. Un problema de reparto de competencias* (Tirant Lo Blanch, 2015).
- Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation*, 2ª ed. (Oxford, 2015).
- Gondek, Michal, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersettia, 2009).
- González Campos, Julio D., Luis I. Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª ed. rev. (Civitas, 2008)
- Goodwin-Gill, Guy S. y Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3ª ed. (Oxford University Press, 2007).
- Gortázar Rotaeché, Cristina J., *Derecho de Asilo y «No Rechazo» del Refugiado* (Dykinson, 1997).
- Grahl-Madsen, Atle, *Territorial Asylum* (Almqvist & Wiksell International, 1980).
- Hathaway, James C., *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge University Press, 2005).
- Jennings QC, Sir Robert y Sir Arthur Watts KCMG QC, *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9ª ed. (Oxford University Press, 2011)
- Jiménez Piernas, Carlos (dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea* (Tecnos, 2011).
- Joseph, Sarah y Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, 3ª ed. (Oxford University Press, 2013).
- Langford, Malcolm, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin y Willen Van Genugten (eds.), *Global Justice, State Duties. The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law* (Cambridge University Press, 2013).
- Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. rev. (Routledge, 1997).
- Milanovic, Marko, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles and Policy* (Oxford, 2011).
- Mungianu, Roberta, *Frontex and Non-Refoulement. The International Responsibility of the EU* (Cambridge, 2016).

- Noll Gregor, *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection* (Martinus Nijhoff Publishers, 2000).
- Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2ª ed. revisada (N.P. Engel, Publisher, 2005).
- Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 20ª ed. (Tecnos, 2016).
- Peers, Steeve, Elspeth Guild, Diego Acosta Arcarazo, Kees Groenendijk y Violeta Moreno Lax (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, 2ª ed. rev., vol. 2: *EU Immigration Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012).
- Remiro Brotons, Antonio y otros, *Derecho Internacional. Curso General* (Tirant Lo Blanch, 2010).
- Robinson, Nehemiah, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Significance and Contents* (Institute of Jewish Affairs, 1952).
- Rodríguez Carrión, Alejandro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 2ª reimpresión, (Tecnos, 2009).
- Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., *aumentada y corregida, de la versión castellana, con notas y bibliografía adicionales, por Fernando Giménez Artigues* (Ediciones Ariel, 1966).
- Ryngaert, Cedric, *Jurisdiction in International Law*, 2ª ed. (Oxford, 2015).
- Sánchez, Víctor M. (dir.), *Derecho Internacional Público* (Huygens, 2009).
- Scholten, Sophie, *The Privatisation of Immigration Control through Carrier Sanctions. The Role of Private Transport Companies in Dutch and British Immigration Control* (Brill Nijhoff, 2015).
- Shaw, Malcom N., *International Law*, 4ª ed. (Cambridge, 1997).
- Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, 4ª ed., *traducida con notas y bibliografía adicionales por Antonio Truyol y Serra*, (Aguilar, 1973).
- Paul Weis (ed.), *The Refugee Convention, 1951. The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis* (Cambridge University Press, 1995).
- Kees Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement* (Intersentia, 2009).
- Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia* (Marcial Pons, 2016).

II. Colaboraciones en obras colectivas

- Abrisketa, Joana, «Las embajadas y los consulados en el exterior: ¿Bases de jurisdicción extraterritorial?», en José Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *La ley orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: gestación y contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática 55 (Escuela Diplomática, 2016), 169-194.
- Baldaccini, Anneliese, «Extraterritorial Border Controls in the EU: the Role of Frontex in Operations at Sea», en Bernard Ryan y Valsamis Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 229-255.
- Basaran, Tugba, «Legal borders in Europe: The waiting zone», en Peter Burgess y Serge Gutwirth (eds.) *A Threat Against Europe. Security, Migration and Integration* (Brussels University Press, 2011).
- Berman, Franklin, «Jurisdiction: The State», en Patrick Capps, Malcom Evans y Stratos Konstadinidis (eds.), *Asserting jurisdiction: International and European legal perspectives* (Hart Publishing, 2003).
- Bollo Arocena, M^a Dolores, «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», en Santiago Torres Bernárdez (coord.), *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar del S. XXI. Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez* (Iprolex, 2013), 647-666.
- Brouwer, Evelien, «Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the responsibility of the EU and its Member States» en Bernard Ryan y Valsamis Mitsilegas (eds), *Extraterritorial Migration Control. Legal Challenges* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010).
- Buergenthal, Thomas, «The ICJ, Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction», en Stephan Breitenmoser, Marco Sassòli y Beatrice Wagner Pfeifer (eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law* (Dike Verlag, 2007), 143-150.
- Cardona Llorens, Jorge, «Artículo 33.1.c). Efectos jurídicos de las reservas, ámbito territorial, cláusula de la nación más favorecida y aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia», en Paz Andrés Sáenz de Santa María, Javier Díez-Hochleitner y José Martín y Pérez de Nanclares (dir.), *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)* (Civitas Thomson Reuters, 2015), 643-652.
- _____, «Artículo 29. Observancia», en Paz Andrés Sáenz de Santa María, Javier Díez-Hochleitner y José Martín y Pérez de Nanclares (dirs), *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales. Ley 25/2014, de 27 de noviembre* (Civitas Thomson Reuters, 2015).

- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, «Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia», en Santiago Torres Bernández (coord.), *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar del Siglo XXI: Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, (Iprolex, 2013), 687-693.
- Da Costa, Karen, «The Convention Against Torture», en *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 255-300.
- Claribel de Castro Sánchez, «Unión Europea: ¿amante de los derechos humanos? El difícil equilibrio entre seguridad y derecho de asilo en perspectiva europea», en Joaquín Alcaide Fernández y Eulalia W. Petit De Gabriel (eds.), *España y la Unión Europea en el Orden Internacional. XXVI Jornadas Ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* (Tirant lo Blanch, 2017), 1141-1151.
- De Schutter, Olivier, «State Responsibility and «Jurisdiction»», en *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 2ª ed. (Cambridge University Press, 2014), 123-240.
- Den Heijer, Maarten, «Frontex and EU approaches to boat migration», en Ruben Zaioti (ed.), *Externalizing Migration Management. Europe, North America and the spread of «remote control» practices* (Routledge, 2016), 53-71.
- Den Heijer, Marteen y Rick Lawson, «Extraterritorial Human Rights and the Concept of ‘Jurisdiction,’» en Malcolm Langford, Wouter Vandenhole, Martin Scheinin y Willen Van Genugten (eds.), *Global Justice, State Duties. The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law* (Cambridge University Press, 2013), 153-191.
- Di Pascale, Alessia, «Migration Control at Sea: the Italian Case», en Ryan y Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010).
- Fernández-Flores de Fúnes, José Luis, «De la Jurisdicción Territorial a la Jurisdicción Universal», en Elisa Pérez Vera y Alejandro J. Rodríguez Carrión (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* (Universidad de Sevilla, Universidad de Córdoba y Universidad de Málaga, 2005).
- Fox, Hazel, «Jurisdiction and Immunities», en Vaughan Lowe y Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge University Press, 1996), 210-236.
- García Andrade, Paula, «Extraterritorial Strategies to Tackle Irregular Immigration by Sea: A Spanish Perspective», en Bernard Ryan y Valsamis Mitsilegas, eds., *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 319-320.
- _____, «La acción exterior de la Unión Europea», en José Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE: en busca de una acción de la UE eficaz, coherente y coordinada* (Iustel, 2012).
- Gibney, Mark, «International Jurisdiction», en Anja Mihr y Mark Gibney, *The SAGE Handbook of Human Rights*, vol. 2 (SAGE Publications), 786-800.

- Gómez Fernández, Itziar y María Carmen Pérez González, «El asilo en situaciones de especial vulnerabilidad: Marco jurídico para la acogida e integración de menores refugiados», en EuroBasque, *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE, XV Premio de Investigación Francisco Javier de Landaburu Universitas 2016* (EuroBasque, 2016), 211-272.
- González Vega, Javier A., «El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la Declaración UE-Turquía» en EuroBasque, *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE, XV Premio de Investigación Francisco Javier de Landaburu Universitas 2016* (EuroBasque, 2016), 149-189.
- Gortazar Rotaeché, Cristina, «Los flujos mixtos y la frontera de la Unión», en Rafael Blasco Castany, *El desafío de la inmigración en un mundo global, Capítulo Español del Club de Roma* (Grupo Valenciano, 2010).
- Cristina J. Gortázar Rotaeché, «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 José Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *La Dimensión Exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea: en busca de una acción de la UE eficaz, coherente y coordinada* (Iustel, 2012), 217-234.
- Dörr, Oliver y Kirsten Schmalenbach, «Article 26. Pacta sunt servanda» en Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, 2011), 427-451.
- Guild, Elspeth, «The Border Abroad – Visas and Border Controls», en Kees Groenendijk, Elspeth Guild y Paul Minderhoud (eds.), *In Search of Europe's Borders* (Kluwer Law International, 2003) 87 – 104.
- Guild, Elspeth y Didier Bigo, «Policing at a distance: Schengen visa policies» en Didier Bigo y Elspeth Guild (eds.), *Controlling Frontiers. Free Movement Into and Within Europe* (Ashgate Publishing, 2005).
- _____, «The transformation of European Border Controls» en Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010).
- Hathaway, James. C., «Preface: Can International Refugee Law be made Relevant Again?», en James C. Hathaway (ed.), *Reconciling International Refugee Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1997), xvii-xxix.
- Hailbronner, Kay y Jana Gogolin, «Territorial Asylum», en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law, 2013).
- Iglesias Sánchez, Sara, «Migration Agreements between the European Union and Third States», en Guy S. Goodwin-Gill y Philippe Weckel (eds.), *Migration and Refugee Protection in the 21st Century. International Legal Aspects* (Academia de Derecho Internacional de la Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2015).

- Jiménez Piernas, Carlos, «Reflexiones sobre el método del Derecho internacional público», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco* (Tecnos, 1993), 377-395.
- Karagiannis, Syméon, «1969 Vienna Convention. Article 29. Territorial scope of treaties», en Oliver Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I (Oxford University Press, 2011), 731-758.
- _____, «1986 Vienna Convention. Article 29. Territorial scope of treaties», Oliver Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I (Oxford University Press, 2011), 759-763.
- Kneebone, Susan, «Controlling Migration by Sea: The Australian Case», en Ryan y Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010).
- Lauterpacht, Sir Elihu y Daniel Bethlehem, «The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion», en Erika Feller, Volker Türk y Frances Nicholson (ed.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press y UNHCR, 2003).
- Lawson, Rick, «Life after Bankovic: on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights», en Fons Coomans y Menno T. Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersentia, 2004), 83-123.
- Lowe, Vaughan, «Jurisdiction» en Malcom D. Evans (ed.), *International Law* (Oxford University Press, 2010).
- Mangas Martín, Araceli, «Convenios bilaterales de España sobre inmigración con Estados Africanos», en Carlos Esplugues Mota y Guillermo Palao Moreno (eds.), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues* (Tirant lo Blanch, 2012), 643-660.
- Mariño Menéndez, Fernando M., «La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el Derecho Europeo», en Fernando M. Mariño Menéndez (ed.), *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (Editorial Trotta, 2002).
- McGoldrick, Dominic, *Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights*, en Fons Coomans y Menno T. Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersentia, 2004).
- Miltner, Barbara, «Human Security and protection from refoulement in the maritime context», en Alice Edwards y Carla Ferstman (eds.), *Human Security and Non-Citizens. Law Policy and International Affairs* (Cambridge University Press, 2010).
- Morgades Gil, Silvia, «La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: El Concepto de Jurisdicción en Perspectiva

- Cosmopolita», en Caterina García Segura (dir.), *La Tensión Cosmopolita. Avances y Límites en la Institucionalización del Cosmopolitismo* (Tecnos, 2016), 149-192.
- O'Boyle, Michael, The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on 'Life after Bankovic,'» en Fons Coomans y Menno T. Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersentia, 2004).
- Odendahl, Kerstin, «Article 29. Territorial scope of treaties» en Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary* (Springer, 2012), 489-503.
- Oxman, Bernard H., «Jurisdiction of States», en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3 (Elsevier, 1997).
- Papadopoulos, Dimitris y Vassilis Tsianos, «The Autonomy of Migration: The Animals of Undocumented Mobility», en Anna Hickey-Moody y Peta Malins (eds.), *Deleuzian Encounters. Studies in Contemporary Social Issues* (Palgrave Macmillan, 2007), 223 a 235.
- Peláez Marón, José Manuel, «La Unión Europea y los refugiados: Entre la obligación y el recelo, ¿freno o impulso para la protección de los refugiados?», en Pablo Antonio Fernández Sánchez (ed.), *La Revitalización de la Protección de los Refugiados* (Publicaciones Universidad de Huelva, 2002), 29-43.
- Rick Lawson, «The Concept of Jurisdiction and Extraterritorial Acts of State», en Gerard Kreijen (ed.) *State, Sovereignty, and International Governance* (Oxford University Press, 2002), 281-297.
- Rozakis, Christos L., «How Far Can We Go? Recent Developments of Strasbourg Case-law on the Concept of Jurisdiction», en Lucius Caflisch, Romualdo Bermejo García, Javier Díez-Hochleitner Rodríguez y Cesáreo Gutiérrez Espada (coords.), *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores: Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo* (Universidad Complutense, 2005), 209-227.
- Salmon, Jean «1969 Vienna Convention. Article 26. Pacta sunt servanda», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol I (Oxford, 2011), 659-685.
- Scheinin, Martin, «Just Another World? Jurisdiction in the Roadmap of State Responsibility and Human Rights», en Malcolm Langford, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin y Willen Van Genugten (eds.), *Global Justice, State Duties. The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law* (Cambridge University Press, 2013), 212-229.
- Sorel, Jean Marc and Valérie Boré Eveno, «1969 Vienna Convention. Article 31. General Rule of Interpretation» en Oliver Corten y Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I (Oxford University Press, 2011).

- Urrea Corres, Mariola, «El control de fronteras de la Unión Europea y su dimensión exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de Frontex», en José Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *La Dimensión Exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea* (Iustel, 2012).
- Villiger, Mark E., «Territorial Scope of Treaties», en *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 389-394.
- Wilde, Ralph «The extraterritorial application of international human rights law on civil and political rights» en Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley, *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (Routledge, 2013), 635 a 661.
- Williams, Keegan y Alison Mountz, «Rising tide. Analyzing the relationship between externalización and migrant deaths and boat losses», en Ruben Zaiotti (ed.), *Externalizing Migration Management. Europe, North America and the spread of «remote control» practices* (Routledge, 2016).
- Wouters, Cornelis (Kees), «International Refugee and human rights law: partners in ensuring international protection and asylum», en Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (Routledge, 2013).

III. Artículos de revistas

- Abad Castelos, Montserrat, «La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿Sigue existiendo la jurisdicción universal en España?», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* 15 (2012): 65-90.
- _____, «El tráfico ilícito de personas por mar y la acción de las Organizaciones Internacionales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 14 (2010): 137-162.
- _____, «La Participación de Empresas Privadas en la Tramitación Externa de Visados: Algunos Problemas Jurídico Internacionales en Presencia, con Especial Énfasis en el Carácter No Inviolable de sus Instalaciones», *Revista Española de Derecho Internacional* IX, nº 2 (2008): 523-538.
- Abeyratne, Ruwantissa, «Extradition and the airport transit lounge - the Snowden case» *Journal of Transport Security* 7 (2014): 17-26.
- Abrisketa Uriarte, Joana, «Los problemas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para Aplicar el Derecho Internacional Humanitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 43 (2012): 875-899.

- _____, «La Dimensión Externa del Derecho de la Unión Europea en materia de Refugio y Asilo: un Examen desde la Perspectiva del Non-Refoulement», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 56 (enero-abril 2017): 119-158.
- Abrisketa, Joana y María Nagore Casas, «Extraterritorial Application of Human Rights Treaties», *Oxford Bibliographies in International Law* (2016), <http://www.oxfordbibliographies.com/obo/page/international-law>.
- ACNUR, «Amicus Curiae», *International Journal of Refugee Law* 6, nº 1 (1994): 85-102.
- Adepoju, Aderanti, Femke van Noorlos y Annelies Zoomers, «Europe's Migration Agreements with Migrant-Sending Countries in the Global South: A Critical Review», *International Migration* 48, nº 3 (2010): 42-75.
- Aga Khan, Sadruddin, «Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons», *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 149, nº I (1976).
- Akehurst, Michael, «Jurisdiction in International Law», *British Yearbook of International Law* 46 (1972-73) en Malcom Evans and Patrick Capps (eds.), *International Law*, vol. II, (Asghate, 2009).
- Andrés Sáenz de Santa María, Paz, La Unión Europea y el Derecho de los Tratados: una Relación Compleja, *Revista Española de Derecho Internacional* 68, nº 2 (2016): 51-102.
- Arteaga, Javier, «The Cuban Adjustment Act of 1966: More tan Forty Years Later a Proposal for the Future», *Florida International University (FIU) Law Review* 3, nº 2 (2008).
- Barnes, Richard, «Refugee Law at Sea», *The International and Comparative Law Quarterly* 53, nº 1 (2004): 47-77.
- Basaran, Ece, «Evaluation of the «Carriers' Liability» Regime as Part of the EU Asylum Policy under Public International Law», *Uluslararası Hukuk ve Politika* 4, nº 15 (2008).
- Bowett, Derek William, «Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources», *British yearbook of International Law* 53 (1982).
- Byers, Michael, «Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative», *The American Journal of International Law* 98, nº 3 (2004).
- Casas, Maribel, Sebastian Cobarrubias y John Pickles, «Stretching Borders Beyond Sovereign Territories? Mapping EU and Spain's Border Externalization Policies» *Geopolítica(s) Revista de estudios sobre espacio y poder* 2, nº 1 (2011).
- Cohen-Jonathan, Gérard y Jean-François Flauss, «Cour européenne des droits de l'homme et droit international général», *Annuaire Français de droit international* 48, (2002): 675-693.
- Coleman, Nils, «Non-Refoulement Revised. Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law», *European Journal of Migration and Law* 5 (2003): 25 – 33.

- Collinson, Sarah, «Visa Requirements, Carrier Sanctions, 'Safe Third Countries' and 'Readmission': The Development of an Asylum 'Buffer Zone' in Europe», *Transactions of the Institute of British Geographers* 21, nº 1 (1996): 76-90.
- Chambers, Peter, «The Embrace of Border Security: Maritime Jurisdiction, National Sovereignty, and the Geopolitics of Operation Sovereign Borders», *Geopolitics* 20, nº 2, (2015): 404-437.
- De Bruycker, Philippe, «The European Border and Coast Guard: A new Model Built on an Old Logic», *European Papers* 1, nº 2 (2016).
- De Castro Sánchez, Claribel, «TEDH – Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. C. Italia, 27765/09», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 46 (2013): 1119-1135.
- De Schutter, Olivier, «Human Rights. Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights», *Baltic Yearbook of International Law*, 6 (2006): 183-245.
- Del Valle Gálvez, Alejandro, «Los Refugiados, las Fronteras Exteriores y la Evolución del Concepto de Frontera Internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 55 (2016): 759-777.
- _____, «Unión Europea, Crisis de Refugiados y *Limes Imperii*», *Revista General de Derecho Europeo* 38 (2016).
- _____, «Las Zonas Internacionales o Zonas de Tránsito de los Aeropuertos, Ficción Liminar Fronteriza», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2005).
- _____, «Las fronteras de la Unión – El modelo Europeo de Fronteras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12 (2002).
- Dennis, Michael J. y Andre M. Surena, «Application of the International Covenant on Civil and Political Rights in Times of Armed Conflict and Military Occupation: the Gap Between Legal Theory and State Practice», *European Human Rights Law Review* 13, nº 6 (2008).
- Fernández Sánchez, Pablo Antonio, «El marco jurídico de las relaciones exteriores de la Unión Europea en materia de inmigración», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 27 (2007): 463-510.
- Fischer Lescano, Andreas, Tillmann Löhr y Timo Tohidipur, «Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law», *International Journal of Refugee Law* 21, nº 2 (2009): 256-296.
- Fox, Peter D., «International Asylum and Boat People: The Tampa Affair and Australia's «Pacific Solution», *Maryland Journal of International Law* 25 (2010): 356 a 373.
- Gammeltoft-Hansen, Thomas y James C. Hathaway, «Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence», *Columbia Journal of Transnational Law* 53 (2015).

- Gammeltoft-Hansen, Thomas y Hans Gammeltoft-Hansen, «The Right to Seek- Revisited. On the Un Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU», *European Journal of Migration and Law* 10 (2008): 439-459.
- Gil-Bazo, María-Teresa, «Asylum as a General Principle of International Law», *International Journal of Refugee Law* 27, nº 1 (2015): 3-28.
- _____, «The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Revisited», *International Journal of Refugee Law* 18, nº 3-4 (2006): 571-600.
- Giuffré, Mariagiulia, «State Responsibility Beyond Borders: What Legal Basis for Italy's Push-backs to Libya?», *International Journal of Refugee Law* 24, nº 4 (2012).
- González Vega, Javier A., «Mitos y Mistificaciones: La Unión Europea y la Protección Internacional (A Propósito de la «Crisis de los Refugiados»», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 56 (2017): 27-75.
- _____, «¿Enterrando a Bankovic? La Eficacia Extraterritorial del Convenio Europeo a la Luz de la Sentencia TEDH (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2014 en el Asunto *Jaloud c. Países Bajos*», *Revista Española de Derecho Internacional* 67, nº 1 (2015): 312-317.
- _____, «¿Colmando los Espacios de «No Derecho» en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? Su eficacia extraterritorial a la luz de la jurisprudencia», *Anuario Español de Derecho Internacional XXIV* (2008): 141-175.
- Goodwin-Gill, Guy S., «The Haitian Refoulement Case: A comment», *International Journal of Refugee Law* 6, nº 1 (1994).
- _____, «The Rights to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement», *International Journal of Refugee Law* 23, nº 3 (2010): 443 a 457.
- Guardiola García, Javier, «La reforma del artículo 24.3 de la LOPJ: de Jurisdicción Universal a Jurisdicción Extraterritorial?», *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia (ReCrim)* (2009).
- Hugh King, «The Extraterritorial Human Rights Obligations of States», *Human Rights Law Review* 9, nº 4 (2009): 521-556.
- Hyndman, Jennifer y Alison Mountz, «Another Brick in the Wall? Neo-Refoulement and the Externalization of Asylum by Australia and Europe», *Government and Opposition* 43 nº 2 (2008).
- Kälin, Walter, «Extraterritorial Applicability of the Convention Against Torture», *New York City Law Review* (2007-2008): 293-301.
- Kjærum, Morten, «Refugee Protection between State Interests and Human Rights: Where is Europe Heading?», *Human Rights Quarterly* 24, nº 2 (2002): 513-536.

- Klein, Natalie, «A Case for Harmonizing Laws on Maritime Interceptions of Irregular Migrants», *International and Comparative Law Quarterly* 63; (2014): 787-814.
- Hongju Koh, Harold, «Reflections on Refoulement and Haitian Centers Council», *Harvard International Law Journal* 35, nº 1 (1994).
- Kolb, Robert, «Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)», *Netherlands International Law Review* LIII (2006).
- Kneebone, Susan, «The Pacific Plan: The Provision of «Effective Protection»?», *International Journal of Refugee Law* 18, nº 3-4 (2006).
- Lacertosa, Jared L., «Unfriendly Shores: an Examination of Australia's «Pacific Solution» under International Law», *Brooklyn Journal of International Law* 40, nº 1 (2014).
- Lutterbeck, Dereck, «Policing Migration in the Mediterranean», *Mediterranean Politics* 11 (2006).
- McNamara, Frank, «Member State Responsibility for Migration Control within Third States — Externalisation revisited», *European Journal of Migration and Law* 15 (2013).
- Magner, Tara, «A Less than «Pacific» Solution for Asylum Seekers in Australia», *International Journal of Refugee Law* 16, nº 1 (2004).
- Mangas, Araceli, «Protección internacional y europea ante afluencias masivas de refugiados», *Economía Exterior* 75 (2015-2016).
- Mann, Frederick Alexander, «The doctrine of jurisdiction in International Law», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 111, nº I (1964).
- _____, «The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 186, nº III (1984).
- Marinai, Simone, «The interception and rescue at sea of asylum seekers in the light of the new EU legal framework», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 55 (2016): 901-939.
- Márquez Carrasco, María del Carmen y María Magdalena Martín Martínez, «El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 11 (2011): 251-307.
- McNamara, Frank, «Member State Responsibility for Migration Control within Third States — Externalisation revisited» *European Journal of Migration and Law* 15 (2013).
- Meron, Theodor, «Extraterritoriality of Human Rights Treaties», *The American Journal of International Law* 89 (1995): 78-83.
- Miko, Samantha, «Al Skeini v. United Kingdom and Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention for Human Rights», *Boston College International and Comparative Law Review* 35, nº 3 (2013): 63-79.

- Milanovic, Marko, «Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg», *The European Journal of International Law* 23, nº 1 (2012): 121-139.
- Miller, Sarah, «Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention», *The European Journal of International Law* 20, nº4 (2010): 1223-1246.
- Miltner, Barbara, «Revisiting Extraterritoriality after Al-Skeini: The ECHR and Its Lessons», *Michigan Journal of International Law* 33, nº 4 (2012): 693-747.
- Moreno Lax, Violeta, «Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees» *European Journal of Migration and Law* 10 (2008).
- _____, «Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea», *International Journal of Refugee Law* 23, nº 2 (2011): 174-220.
- _____, «Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?», *Human Rights Law Review* 12, nº 3 (2012): 574-598.
- O'Keefe, Roger, «Universal Jurisdiction. Clarifying the Basic Concept», *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004): 735-760.
- Ortega Terol, Juan Miguel y Ángel Sánchez Legido, «Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo* 3 (2002): 493-516.
- Papastavridis, Efthymios, «Interception of Human Beings on the High Seas: A Contemporary Analysis under International Law», *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 36, nº 2 (2009): 146-228.
- Perez, Alberto J., «Wet Foot, Dry Foot, No Foot: The Recurring Controversy Between Cubans, Haitians, and the United States Immigration Policy», *Nova Law Review* 28, nº 2 (2004).
- Quindimil López, Jorge Antonio, «La Unión Europea, Frontex y la Seguridad en las Fronteras Marítimas. ¿Hacia un Modelo Europeo de Seguridad Humanizada en el Mar?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 41 (2012): 57-118.
- Robles Carrillo, Margarita, «El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución», *Revista Española de Derecho Internacional* 66, nº 2 (2014): 81-111.
- Rodenhäuser, Tilman, «Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control», *International Journal of Refugee Law* 26, nº 2 (2014).
- Rodley, Sir Nigel, «The Extraterritorial Reach and Applicability in Armed Conflict of the International Covenant on Civil and Political Rights: A Rejoinder to Dennis and Surena», *European Human Rights Law Review* 14, nº 5 (2009): 628-636.

- Roldán Barbero, Javier, «La aplicación territorial del Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 51 (2015): 453-490.
- _____, «La investigación en Derecho Internacional Público», *Revista de Estudios Jurídicos* 9 (Segunda Época) (2009): 14.
- Rooney, Jane M., «The Relationship between Jurisdiction and Attribution after *Jaloud v. Netherlands*», *Netherlands International Law Review* 62 (2015): 407-428.
- Sánchez Legido, Angel, «El fin del modelo español de Jurisdicción Universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 27, (2014): 1-40.
- Santos Vara, Juan, «The External Activities of AFSJ Agencies: The Weakness of Democratic and Judicial Controls», *European Foreign Affairs Review* 20, nº1 (2015): 115-136.
- Santos Vara, Juan y Soledad R. Sánchez-Tabernero, «In Deep Water: Towards a Greater Commitment for Human Rights in Sea Operations Coordinated by Frontex?», *European Journal of Migration and Law* 18 (2016): 65-87.
- Schaefer, Mark, «*Al-Skeini* and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction», *European Human Rights Law Review* 2011, nº 5 (2011): 566-581.
- Scholten, Sophie and Paul Minderhoud, «Regulating Immigration Control: Carrier Sanctions in the Netherlands», *European Journal of Migration and Law* 10 (2008): 123-147.
- Segura Serrano, Antonio, «Vicisitudes de la jurisdicción universal tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014», *Revista Española de Derecho Internacional* 66, nº 2 (2014).
- Simon, Jan-Michael, «Jurisdicción Universal. La perspectiva del Derecho Internacional Público», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 4 (2002).
- Sobrino Heredia, José Manuel, «La protección marítima, nueva dimensión de la Política Marítima de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 27 (2007): 417-462.
- Solanes Corella, Angeles, «Derechos Humanos y Asilo: Sobre las Deficiencias del SECA y la Regulación Jurídica Española», *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá* VII (2014).
- Soriano Rodríguez, Mercedes, «El principio de jurisdicción universal y la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ: ¿un paso atrás en la lucha contra la impunidad?», *Revista Digital Facultad de Derecho UNED* 6 (2013): 318-353.
- Spijkerboer, Thomas, «The Human Costs of Border Control», *European Journal of Migration and Law* 9 (2007): 127-139.
- Trevisanut, Seline, «The Principle of Non-Refoulement and the De-Territorialization of Border Control at Sea» *Leiden Journal of International Law* 27 (2014).

Wilde, Ralph, ««Legal Black Hole»? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights», *Michigan Journal of International Law* 26, nº 3 (2005): 739-806.

_____, «The «Legal Space» or «Espace Juridique» of the European Convention on Human Rights: Is It Relevant to Extraterritorial State Action?», *European Human Rights Law Review* 10, nº 2 (2005).

Zgonec-Rozej, Misa, «Al-Skeini v. United Kingdom», *The American Journal of International Law* 106, nº 1 (2012): 131-137.

IV. Informes

ACNUR, *Position on Conventions Recently Concluded in Europe (Dublin and Schengen Conventions)* (ACNUR, 1991).

ACNUR, *UNHCR Position: Visa Requirements and Carrier Sanctions* (ACNUR, 1995).

ACNUR, *The State of the World's Refugees 2000: Fifty Years of Humanitarian Action* (ACNUR, 2000).

ACNUR, *Protección de los Refugiados y Migración Internacional: Revisión del papel de ACNUR en las Islas Canarias, España* (ACNUR, 2009).

ACNUR, *Refugees and Asylum-Seekers in Distress at Sea – how best to respond? Expert Meeting in Djibouti, 8 to 10 November 2011, Summary Conclusions* (ACNUR, 2011).

Amnistía Internacional, *Amnesty International Report 2015/16: The State of the World's Human Rights* (Amnistía Internacional, 2016).

Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2015* (APDHA, 2015).

Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2016* (APDHA, 2016).

Australian Human Rights Commission, *Human Rights Issues raised by the Third Country Processing Regime* (Australian Human Rights Commission, 2013).

Balzacq, Thierry, Didier Bigo, Sergio Carrera y Elspeth Guild, *Security and the Two-Level Game: The Treaty of Prüm, the EU and the Management of Threats* (CEPS Working Document 234, 2006).

Betts, Alexander, y James Milner, *The Externalisation of EU Asylum Policy: The Position of African States* (Centre on Migration, Policy and Society. University of Oxford, Working Paper 36, 2006).

- Bolt, David, Independent Chief Inspector of Borders and Immigration, *An Inspection of the Intelligence Functions of Border Force and Immigration Enforcement. November 2015-May 2016* (Open Government Licence, 2016).
- Canada Border Services Agency, *Canada 150. A brief history of Border Services in Canada* (Canada Border Services Agency, 2017).
- Carrera, Sergio y Leonhard Den Hertog, *A European Border and Coast Guard: What's in a name?* (CEPS Paper in Liberty and Security in Europe 88, 2016).
- Carrera, Sergio, Steven Blockmans, Jean-Pierre Cassarino, Daniel Gros y Elspeth Guild, *The European Border and Coast Guard. Addressing migration and asylum challenges in the Mediterranean?* (CEPS Task Force Report, 2017).
- Carrera, Sergio, *The EU Border Management Strategy. Frontex and the Challenges of Irregular Migration in the Canary Islands* (CEPS Working Document 261, 2007).
- CEAR, *The Externalization of Borders: Migration Control and the Right to Asylum: A Framework for Advocacy* (CEAR, 2012).
- _____, *Lesbos, 'zona cero' del derecho de asilo* (CEAR 2016).
- CEAR, *Informe 2016: Las personas refugiadas en España y Europa* (CEAR, 2016),
- CEAR-EUSKADI, *Externalización de Fronteras: Control Migratorio y Derecho de Asilo. Documento Marco de Incidencia Política* (CEAR, 2013).
- Cerone, John, *Out of Bounds? Considering the Reach of International Human Rights Law*, (Center for Human Rights and Global Justice Working Paper 5, 2006): 34).
- Cogolati, Samuel, Nele Verlinden y Pierre Schmitt, *Migrants in the Mediterranean: Protecting human rights. Study for the European Parliament's Committee on Subcommittee on Human Rights* (European Parliament, 2015).
- Cruz, Antonio, *Carriers Liability in the Member States of the European Union»* (CCME, Churches Commision for Migrants in Europe, Briefing Paper 17, 1994).
- Cruz Roja, Oficina de la Cruz Roja en la UE, *Addressing the Vulnerabilities linked to Migratory Routes to the European Union* (RCEU 12/2015-002, Position Paper 1, 2015).
- De Schutter, Olivier, *Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights*, (Center for Human Rights and Global Justice Working paper 9, 2005).
- ECRE, *Memorandum on the Occasion of the Spanish Presidency (January 2010-June 2010)* (ECRE, 2010).
- Fathimath Afeef, Karin, *The Politics of Extraterritorial Processing: Offshore Asylum Policies in Europe and the Pacific* (Refugee Studies Centre Working Paper 36, 2006)

- Frontex, *Africa-Frontex Intelligence Community Joint Report* (FRONTEX, 2015).
- Frontex, *Informe General 2015* (Frontex, 2016).
- Frontex, *Risk Analysis for 2017* (Frontex, 2017).
- García Andrade, Paula e Iván Martín, *EU Cooperation with third countries in the field of migration. Study for the LIBE Committee* (European Parliament, 2015).
- Gobierno de Canadá, Departamento de Inmigración, Refugiados y Ciudadanía, *Review of the Immigration Control Officer Network – Final Report*, <http://www.cic.gc.ca/english/resources/audit/ico/01summary-e.asp>.
- Gobierno de España, Ministerio del Interior, *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2007* (Ministerio del Interior, 2008).
- Gobierno de España, Ministerio del Interior, *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2008* (Ministerio del Interior, 2009).
- Gobierno de España, Ministerio del Interior, *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2009* (Ministerio del Interior, 2010).
- Home Office, UK Border Agency, *Protecting our border, protecting the public. The UK Border Agency's five year strategy for enforcing our immigration rules and addressing immigration and cross border crime* (UK Border Agency, 2010).
- Human Rights Watch, *World Report 2007. Events of 2006* (Human Rights Watch, 2007).
- Human Rights Watch, *The EU's Dirty Hands: Frontex Involvement in Ill-Treatment of Migrant Detainees in Greece* (Human Rights Watch, 2011).
- Médicos Sin Fronteras, *Migrants, Refugees and Asylum Seekers: Vulnerable People at Europe's Doorstep* (MSF, 2009).
- Morrison, John y Beth Crosland, *The Trafficking and Smuggling of Refugees: the End Game in European Asylum Policy?* (ACNUR, New Issues in Refugee Research, Working Paper nº 39, 2001).
- Nagore Casas, María, «The instruments of pre-border control in the EU: A new source of vulnerability for asylum seekers?» en Mikkaela Heikla et al, *The Protection of Vulnerable Individuals in the Context of EU Policies on Border Checks, Asylum and Immigration* (FRAME Report D11.3, 2016), 47-76, <http://www.fp7-frame.eu/reports/>.
- Organización Internacional para las Migraciones, *Recorded deaths in the Mediterranean Sea by month, 2014-2017*, <https://missingmigrants.iom.int/mediterranean>, acceso el 28 de febrero de 2017.
- Reynolds, Sile y Helen Muggeridge, British Refugee Council, *Remote Controls: how UK border controls are endangering the lives of refugees* (British Refugee Council, 2008).

Rijpma, Jorrit, *The Proposal for a European Border and Coast Guard: evolution o revolution in external border management? Study for the LIBE Committee* (Parlamento Europeo, 2016).

Terrón, Anna, *Migraciones y relaciones con países terceros. España* (Documentos CIDOB, 2, 2004).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Preparatory work on Article 1 of the European Convention on Human Rights. Information document prepared by the registry* (Consejo de Europa, 1977).

U.S. Citizenship and Immigration Services, *International Operations Division. Overview* (U.S. Citizenship and Immigration Services, 2017).

Weinzierl, Ruth y Urszula Lisson, *Border Management and Human Rights. A study of EU Law and the Law of the Sea* (German Institute for Human Rights, 2007).

V. Recursos electrónicos

Comisión Europea, https://ec.europa.eu/anti-trafficking/eu-projects/seahorse-network_en.

Crawford, James, «Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», *United Nations Audiovisual Library of International Law* (United Nations, 2009) <http://www.un.org/law/avl/>.

Frontex, <http://frontex.europa.eu/operations/archive-of-operations/>.

Gobierno de Australia, Departamento de Inmigración y Control Fronterizo, <http://www.border.gov.au/Trav/Refu/Offs>.

Gobierno australiano, Departamento de Inmigración y Protección Fronteriza, <http://www.osb.border.gov.au/Outside-Australia>.

Gobierno de Reino Unido, Visados e Inmigración de Reino Unido, *Guidance. Passenger documents: get help to reduce your charges*, disponible on line, <https://www.gov.uk/government/publications/passenger-documents-help-for-carriers-to-reduce-charges/passenger-documents-get-help-to-reduce-your-charges>.

Guardia Civil, Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE), <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/especiales/sive/index.html>.

Milanovic, Marko, «Grand Chamber Judgement in Catan and Others» (2012), <https://www.ejiltalk.org>

Organización Internacional para las Migraciones, <http://missingmigrants.iom.int>, accedido el 28 de febrero de 2017.

United States Holocaust Memorial Museum, «Voyage of the St. Louis» in *Holocaust Encyclopedia*, <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005267>.

VI. Comunicados de prensa y noticias

Abad, Rocio y Jorge A. Rodriguez, [Cinco inmigrantes mueren tiroteados en Ceuta tras intentar saltar la valla 600 subsaharianos](http://elpais.com/diario/2005/09/30/espana/1128031201_850215.html), *El País*, 30 de septiembre de 2005, http://elpais.com/diario/2005/09/30/espana/1128031201_850215.html.

ABC.es, «Al menos 27 inmigrantes han fallecido desde 2005 tras los asaltos a la valla», 6 de febrero de 2014, <http://www.abc.es/espana/20140206/abci-menos-inmigrantes-fallecido-desde-201402061712.html>.

ABC News, «Asylum seekers towed back in lifeboat: New video emerges as Defence Minister criticises ABC», 18 de marzo de 2014, <http://www.abc.net.au/news/2014-02-07/video-emerges-of-lifeboat-towback-operation/5245280>.

ACNUR, «Month-long Liberian boat-people saga ends in Nigeria», *UNHCR news*, acceso el 28 de julio de 2016, <http://www.unhcr.org/news/latest/2001/6/3b39d32f18/month-long-liberian-boat-people-saga-ends-nigeria.html>.

ACNUR, «Italy boat: UNHCR urges disembarkation on humanitarian grounds», *UNHCR news*, 9 de julio de 2004, acceso el 27 de julio de 2016, <http://www.unhcr.org/news/briefing/2004/7/40ee70780/italy-boat-unhcr-urges-disembarkation-humanitarian-grounds.html?query=Cap%20Anamur>.

ACNUR, «UNHCR welcomes decision to allow boat people to disembark in Italy», *UNHCR news*, 13 de julio de 2004, acceso el 27 de julio de 2016, <http://www.unhcr.org/news/briefing/2004/7/40f3c1064/unhcr-welcomes-decision-allow-boat-people-disembark-italy.html?query=Cap%20Anamur>.

ACNUR, «UNHCR criticizes handling of Cap Anamur asylum claims», *UNHCR news*, 23 de julio de 2004, acceso el 27 de julio de 2016, <http://www.unhcr.org/news/press/2004/7/4100d8bc4/unhcr-criticizes-handling-cap-anamur-asylum-claims.html?query=Cap%20Anamur>.

ACNUR, «UNHCR welcomes positive outcome for 51 boat people off Malta», *UNHCR news*, 21 de julio de 2006, acceso el 28 de julio de 2016, <http://www.unhcr.org/news/latest/2006/7/44c0f8e94/unhcr-welcomes-positive-outcome-51-boat-people-malta.html>.

ACNUR, «Abandoned at sea», *UNHCR Tracks*, acceso el 28 de julio de 2016, <http://tracks.unhcr.org/2015/08/abandoned-at-sea/>.

ACNUR, «Mediterranean death toll soars, 2016 is deadliest year yet», nota de prensa de 25 de octubre de 2016, <http://www.unhcr.org/news/latest/2016/10/580f3e684/mediterranean-death-toll-soars-2016-deadliest-year.html>.

ACNUR, «Mediterranean Sea: 100 people reported dead yesterday, bringing year total to 5,000», nota de prensa de 23 de diciembre de 2016, <http://www.unhcr.org/news/briefing/2016/12/585ce804105/mediterranean-sea-100-people-reported-dead-yesterday-bringing-year-total.html>.

Abril, Guillermo y Carlos Spottorno, «Europa cierra la frontera», *El País Semanal*, 3 de abril de 2016, acceso el 28 de julio de 2016, <http://elpaissemanal.elpais.com/documentos/europa-cierra-la-frontera/#!/foto/1>.

Alpert, Lukas I., «Stuck in Transit Zone, Snowden Enters a Limbo Familiar to Refugees; NSA Leaker Is 17 Years Short of Iranian's Mark for Hunkering Down in Airport», *Wall Street Journal (Online)*, 26 de junio 2013.

Amnistía Internacional, «Italy: ending Mare Nostrum search and rescue operation would 'put lives at risk'», nota de prensa, 17 de octubre de 2014, <https://www.amnesty.org/en/press-releases/2014/10/italy-ending-mare-nostrum-search-and-rescue-operation-would-put-lives-risk/>.

BBC News, Australia asylum: Why is it controversial?, 3 de agosto de 2016, <http://www.bbc.com/news/world-asia-28189608>.

Consejo Europeo, «Declaración UE-Turquía», 18 de marzo de 2016, Comunicado de Prensa 144/16, <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>, acceso el 9 de enero 2017.

El Mundo.es, «Cinco muertos en un asalto en la frontera de Ceuta. Zapatero moviliza a 480 soldados», 29 de septiembre de 2005, <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/09/29/sociedad/1127968660.html>.

El Mundo, «Héroes por accidente. La tripulación del 'Francisco y Catalina', premiada», *El Mundo.es*, 23 de julio de 2006, acceso el 28 de julio de 2016, <http://www.elmundo.es/elmundo/2006/07/20/solidaridad/1153414175.html>.

El País, «La UE sitúa a España como ejemplo de control de flujos migratorios», 24 de abril de 2015, http://internacional.elpais.com/internacional/2015/04/24/actualidad/1429890685_436778.html.

Frontex, Illka Laitinen (ex- Director Ejecutivo), «Frontex, facts and myths», 11 de junio de 2007, <http://frontex.europa.eu/news/frontex-facts-and-myths-BYxkX5>.

Frontex, «Operación Triton. Winter Developments», nota de prensa, 21 de diciembre de 2014, <http://frontex.europa.eu/feature-stories/operation-triton-winter-developments-qXDamY>.

Guardia Civil, «Llegan a Mauritania las cuatro patrulleras donadas por la Guardia Civil», comunicado de prensa, 26 de julio de 2006, <http://bit.ly/2hzl64m>.

Guardia Civil, «El Director General de la Guardia Civil despide las cuatro patrulleras cedidas a las autoridades de Mauritania», comunicado de prensa, 21 de julio de 2007, <http://bit.ly/2gO5tan>.

Guardia Civil, «Nuevo marco de colaboración entre países del Mediterráneo para luchar contra la inmigración irregular», comunicado de prensa, 19 de septiembre de 2013, <http://www.guardiacivil.es/va/prensa/noticias/4582.html>.

Guardia Civil, «Nuevo proyecto de colaboración de la Guardia Civil con Mauritania para reducir la inmigración irregular», comunicado de prensa, 7 de marzo de 2014, <http://www.guardiacivil.es/va/prensa/noticias/4806.html>.

Guardia Civil, «El director general de la Guardia Civil y el director general de la Gendarmería de Mauritania firman un Memorando de cooperación en materia de inmigración irregular», Comunicado de prensa, 28 de marzo de 2014, <http://bit.ly/2j83fb2>.

Guardia Civil, «Tenemos la obligación de luchar contra las mafias y dar una respuesta clara a quienes necesitan más que nadie ayuda humanitaria», comunicado de prensa, 23 de abril de 2015, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5321.html>

Guardia Civil, «El Director General de la Guardia Civil recibe al Buque Río Segura tras participar en la Operación Tritón en aguas italianas», comunicado de prensa, 5 de julio de 2016, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5834.html>.

Guardia Civil, «El Director General de la Guardia Civil presenta las operaciones EPN-INDALO, EPN-HERA 2016», nota de prensa, 1 de agosto de 2016, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5887.html>.

Guardia Civil, Arsenio Fernandez de Mesa imparte la conferencia «Reflexiones sobre la Guardia Civil» en el XXXVI Curso de Defensa Nacional, comunicado de prensa, 15 de noviembre de 2016, <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/6000.html>.

La Repubblica, «Cap Anamur, la sentenza dopo 5 anni tutti assolti gli ufficiali della nave», *La Repubblica*, 7 de octubre de 2009, acceso el 27 de julio de 2016, http://www.repubblica.it/2009/09/sezioni/cronaca/immigrati-12/cap-anamur/cap-anamur.html?refresh_ce.

Lanchin, Mike, «SS St Louis: The ship of Jewish refugees nobody wanted», *BBC News, Magazine*, 13 de mayo de 2014, disponible en <http://www.bbc.com/news/magazine-27373131>.

Mills, Don «After 11 years, 'Alfred' can finally check out of Paris airport he called home», *National Post*, 21 de septiembre 1999.

Ministerio del Interior, «El Director General de la Guardia Civil visita a las unidades desplegadas en Mauritania», comunicado de prensa, 21 de junio de 2006, <http://bit.ly/2k71jzo>.

Ministerio del Interior, «Rubalcaba acuerda con las autoridades de Senegal realizar patrullas conjuntas para controlar la inmigración irregular que sale de sus costas», comunicado de prensa, 22 de agosto de 2006, <http://bit.ly/2k70PsS>.

Ministerio del Interior, «España y Cabo Verde realizarán misiones conjuntas de vigilancia para luchar contra el narcotráfico y la inmigración ilegal», comunicado de prensa, 7 de marzo de 2007, <http://bit.ly/2k4f7dB>.

Ministerio del Interior, «Interior firma tres acuerdos con Gambia, Guinea Conakry y Guinea Bissau para la vigilancia y control de los espacios marítimos», comunicado de prensa, 28 de febrero de 2008, <http://bit.ly/2j844AA>.

Ministerio del Interior, «El secretario de Estado de Seguridad, Antonio Camacho, viaja a Mauritania, Níger y Malí para reforzar la cooperación con el Sahel en materia de seguridad», comunicado de prensa, 25 de abril de 2011, <http://bit.ly/2hio9m3>.

Ministerio del Interior, «España y Marruecos crearán dos centros de cooperación policial conjunta en Algeciras y Tánger», comunicado de prensa, 28 de febrero de 2012, <http://bit.ly/2hngMu3>.

Ministerio del Interior, «Los ministros del Interior de España y Marruecos inauguran las comisarías conjuntas de Tánger y Algeciras», comunicado de prensa, 28 de mayo de 2012, <http://bit.ly/2heURTa>.

Ministerio del Interior, «Jorge Fernández Díaz ensalza la gran experiencia de España en la lucha contra la inmigración irregular que la sitúa a la vanguardia de la Unión Europea», comunicado de prensa, 16 de octubre de 2013, <http://bit.ly/2hnupcU>.

Ministerio del Interior, «España reforzará con Senegal la lucha antiterrorista y contra el crimen organizado tras los éxitos obtenidos contra la inmigración irregular», comunicado de prensa, 3 de febrero de 2014, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/1637084.

Ministerio del Interior, «El ministro del Interior traslada al embajador marroquí en España que Marruecos es un socio estratégico, aliado y amigo», comunicado de prensa, 18 de diciembre de 2014, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3014892.

Ministerio del Interior, «Jorge Fernández Díaz: «El compromiso de España y del Ministerio del Interior con Senegal es firme para luchar juntos contra el terrorismo, el narcotráfico y las redes que trafican con seres humanos»», comunicado de prensa, 19 de enero de 2015,

http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3172795.

Ministerio del Interior, «Francisco Martínez afirma que «la política de España sobre inmigración irregular se asienta en la cooperación con los países de origen y de tránsito»», comunicado de prensa, 23 de abril de 2015, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3767418.

Ministerio del Interior, «El trabajo conjunto de España y Senegal en la lucha contra la inmigración irregular es «intenso y fructífero»», comunicado de prensa, 6 de mayo de 2015, http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3835092.

Ministerio del Interior, «Comunicado conjunto España – Marruecos», 30 de marzo de 2016, <http://bit.ly/2ioVpaX>.

Ministerio del Interior, «Comunicado conjunto España – Marruecos», 7 de diciembre de 2016, <http://bit.ly/2jc9gCH>.

Ministro della Difesa, Marina Militare, «Mare Nostrum Operation», <http://www.marina.difesa.it/EN/operations/Pagine/MareNostrum.aspx>.

Reuters, «Italy to end sea rescue mission that saved 100,000 migrants», 31 de octubre de 2014, <http://www.reuters.com/article/us-italy-migrants-eu-idUSKBN0IK22220141031>.

Roberts, George, *ABC News*, «Another orange lifeboat carrying asylum seekers arrives on Indonesia's Java coast: military source», 24 de febrero de 2014, <http://www.abc.net.au/news/2014-02-25/another-orange-lifeboat-carrying-asylum-seekers-arrives-in-indo/5281484>,

Rodríguez Arroyo, Jorge, «Una tragedia de 10 minutos y 14 muertos. Reconstrucción del ministro del desastre fronterizo del pasado día 6 en la playa ceutí del Tarajal. Interior: «El objetivo de los disparos fue hacer visible una barrera disuasoria», *El País*, 13 de febrero de 2014, http://politica.elpais.com/politica/2014/02/13/actualidad/1392309734_585875.html

Taylor, Adam, *The Guardian*, «Italy ran an operation that saved thousands of migrants from drowning in the Mediterranean. Why did it stop?», *The Washington Post*, 20 de abril de 2015, https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/04/20/italy-ran-an-operation-that-save-thousands-of-migrants-from-drowning-in-the-mediterranean-why-did-it-stop/?utm_term=.e2bbbe738a9b.

Spindler, William, «2015: The year of Europe's refugee crisis», *UNHCR news*, 8 de diciembre de 2015, acceso el 28 de julio de 2016, <http://www.unhcr.org/news/stories/2015/12/56ec1ebde/2015-year-europes-refugee-crisis.html>.

VII. Jurisprudencia

A. Corte Internacional de Justicia

Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión consultiva en el *Asunto de los Decretos de Nacionalidad emitidos en Túnez y Marruecos*, de 7 de febrero de 1923.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Asunto S.S. Lotus*, Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, nº 10, sentencia de 7 de septiembre de 1927.

Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias legales de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (Africa Sudeste) sin perjuicio de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, opinión consultiva de 21 de junio de 1971.

Corte Internacional de Justicia, *Asunto relativo a las Pruebas Nucleares, Nueva Zelanda c. Francia*, sentencia de 20 de diciembre de 1974.

Corte Internacional de Justicia, *Asunto relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas, Nicaragua c. Honduras, Jurisdicción de la Corte y Admisibilidad de la demanda*, sentencia de 20 de diciembre de 1988.

Corte Internacional de Justicia, *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungría c. Eslovaquia*, sentencia de 25 de septiembre de 1997.

Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 13 de julio de 2004, Doc. nº A/ES-10/273.

Corte Internacional de Justicia, *Asunto sobre la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia)*, Objeciones Preliminares, resolución de 1 de diciembre de 2009.

B. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH, *Asunto Soering c. Reino Unido*, Demanda nº 14038/88, sentencia de 26 de junio de 1989.

Comisión Europea de Derechos Humanos, *Decisión de admisibilidad de la Demanda nº 17392/90 presentada por M. c. Dinamarca*, de 14 de octubre de 1992.

Comisión Europea de Derechos Humanos, *Decisión de 24 de junio de 1996 sobre la admisibilidad de la demanda presentada por Illich Sánchez Ramírez c. Francia*, nº 28780/95.

TEDH, *Asunto Loizidou c. Turquía (objeciones preliminares)*, Demanda nº 15318/89, 23 de marzo de 1995.

TEDH, *Asunto Amuur c. Francia*, nº 19776/92, 25 de junio de 1996.

TEDH, Decisión sobre la admisibilidad de la Demanda nº 39473/98 presentada por *Viron Xhavara y quince otros c. Italia y Albania*, sentencia de 11 de enero de 2001.

TEDH, Gran Sala, *Decisión de admisibilidad de la Demanda nº 52207/99 presentada por Vlastimir and Borka Bankovic, Zivana Stojanovic, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimovic y Dragan Sukovic c. Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y Gran Bretaña*, 12 de diciembre de 2001.

TEDH, Gran Sala, *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia*, Demanda nº 48787/99, sentencia de 7 de mayo de 2004.

TEDH, *Asunto Issa y Otros c. Turquía*, Demanda nº 31821/96, sentencia de 19 de octubre de 2004.

TEDH, *Asunto Öcalan c. Turquía*, Demanda nº 46221/99, sentencia de 22 de abril de 2005.

TEDH, *Decisión sobre la Admisibilidad de la Demanda nº 44587/98, presentada por Maria Isaak y otros contra Turquía*, 28 de septiembre de 2006.

TEDH, *Decisión sobre la admisibilidad de la demanda nº 60167/00 presentada por Mansur Pad y Otros c. Turquía*, de 28 de junio de 2007.

TEDH, *Asunto Isaak c. Turquía*, Demanda nº 44587/98, sentencia 3 de junio de 2008.

TEDH, *Asunto Solomou c. Turquía*, Demanda nº 36832/97, sentencia 3 de junio de 2008.

TEDH, *Decisión sobre la Admisibilidad de la Demanda nº 54591/00, presentada por Andreas Manitaras y otros contra Turquía*, 3 de junio de 2008.

TEDH, *Decisión sobre la admisibilidad de la Demanda nº 61498/08 presentada por Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, 30 de junio de 2009.

TEDH, *Asunto Andreou c. Turquía*, Demanda nº 45653/99, 6 de octubre de 2009.

TEDH, *Asunto Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, Demanda nº 61498/08, sentencia de 2 de febrero de 2010.

TEDH, Gran Sala, *Asunto Medvedyev y Otros c. Francia*, Demanda nº 3394/03, sentencia de 3 de febrero de 2010.

TEDH, Gran Sala, *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, Demanda nº 30696/09, sentencia de 15 de diciembre de 2010.

TEDH, Gran Sala, *Asunto Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, Demanda nº 55721/07, sentencia de 15 de junio de 2011.

TEDH, Gran Sala, *Asunto Al-Jedda c. Reino Unido*, Demanda nº 27021/08, sentencia de 15 de junio de 2011.

TEDH, *Asunto Iwantoc y otros c. Moldavia y Rusia*, Demanda nº 23687/05, sentencia de 18 de octubre de 2011.

TEDH, *Asunto Catan y Otros c. Moldavia y Rusia*, Demandas nº 43370/04, 8252/05, 18454/06, sentencia de 5 de septiembre de 2012.

TEDH, Gran Sala, *Asunto Hirsi Jamaa y Otros c. Italia*, Demanda nº 27765/09, sentencia de 19 de enero de 2012.

TEDH, Gran Sala, *Asunto Hassan c. Reino Unido*, Demanda nº 29750/09, sentencia de 25 de junio de 2014.

TEDH, Gran Sala, *Asunto Jaloud c. Países Bajos*, Demanda nº 47708/08, sentencia de 10 de septiembre de 2014.

TEDH, *Asunto Chiragov y otros c. Armenia*, Demanda nº 13216/05, sentencia, 22 de enero de 2015.

TEDH, *Asunto Pisari c. Moldavia y Rusia*, Demanda nº 42139/12, sentencia de 24 de marzo de 2015.

TEDH, *Asunto Mozer c. Moldavia y Rusia*, Demanda nº 11138/10, sentencia de 7 de diciembre de 2015.

TEDH, *Asunto Khlaifia c. Italia*, Demanda nº 16483/2, sentencia de 1 de febrero de 2016.

C. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-329/95, *Parlamento c. Consejo*, sentencia de 10 de junio de 1997.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-355/10, *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, sentencia de 5 de septiembre de 2012.

Tribunal General de la Unión Europea, (Sala ampliada), *Asunto NF c. Consejo Europeo*, Auto de 28 de febrero de 2017, T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128.

Tribunal General de la Unión Europea, (Sala ampliada), *Asunto NG c. Consejo Europeo*, Auto de 28 de febrero de 2017, T-193/16.

Tribunal General de la Unión Europea, (Sala ampliada), *Asunto NM c. Consejo Europeo*, Auto de 28 de febrero de 2017, T-257/16.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil du Contentieux des Étrangers (Bélgica) el 12 de diciembre de 2016, *Asunto X y X c. Bélgica*, Conclusiones del Abogado General M. Paolo Mengozzi, de 7 de febrero de 2017, C-638/16 PPU, EU:C:2017:93.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Asunto X y X c. Bélgica*, sentencia de 7 de marzo de 2017, C-638/16 PPU, C:2017:173.

D. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Informe Nº 51/96, nº 10.675, de 13 de marzo de 1997.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto Coard y otros c. Estados Unidos*, Informe Nº 109/99, nº 10.951, de 29 de septiembre de 1999.

E. Decisiones y Observaciones de los Comités de derechos humanos

1. Comité de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, *Sergio Euben López Burgos c. Uruguay*, Comunicación nº R.12/52, U.N. Doc. Supp. Nº 40 (A/36/40), de 29 de julio de 1981.

Comité de Derechos Humanos, *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, Comunicación nº 56/1979, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/56/1979, de 29 de julio 1981.

Comité de Derechos Humanos, Observación General nº 27, *Libertad de circulación (Artículo 12)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, de 2 de noviembre de 1999.

Comité de Derechos Humanos, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Países Bajos, Adición*, CCPR/CO/72/NET/Add.1, 29 de abril de 2003.

Comité de Derechos Humanos, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*, Observación general nº 31 [80], CCPR/C/Rev. 1/Add. 13, de 26 de mayo de 2004.

Comité de Derechos Humanos, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de conformidad con el Artículo 40 del Pacto, Sexto informe periódico, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, 10 de noviembre de 2006.

Comité de Derechos Humanos, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de conformidad con el Artículo 40 del Pacto, Proyecto de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Países Bajos*, CCPR/C/NLD/CO/4, 25 de agosto de 2009.

Comité de Derechos Humanos, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Cuarto informe periódico Estados Unidos de América*, CCPR/C/USA/4, 22 mayo 2011.

Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de los Estados Unidos de América*, CCPR/C/USA/CO/4, 23 de abril de 2014.

Comité de Derechos Humanos, *Observación general nº 35, Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, CCPR/C/GC/35, de 16 de diciembre de 2014.

Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, CCPR/C/GBR/CO/7, de 17 de agosto de 2015.

2. Comité contra la Tortura

Comité contra la Tortura, *Observaciones sobre los informes presentados por los Estados bajo el artículo 19 de la Convención, Estados Unidos de América*, CAT/C/USA/CO/2, 18 de mayo de 2006.

Comité contra la Tortura, *Comentario General nº 2, Implementation of article 2 by States parties*, CAT/C/GC/2, de 24 de enero de 2008.

Comité contra la Tortura, *Comunicación nº 323/2007, Asunto J.H.A. c. España*, CAT/C/41/D323/2007, Decisión de 21 de noviembre de 2008 (*Asunto Marine I*).

Comité contra la Tortura, *Asunto Sonko v. España*, CAT/C/47/D/368/2008, Decisión aprobada por el Comité en su 47º período de sesiones, del 31 de octubre al 25 de noviembre de 2011.

3. Comité sobre los Derechos del Niño

Comité de los Derechos del Niño, *Observación general nº 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005.

F. Tribunales nacionales

Tribunal Constitucional (Sala Primera), Auto nº 55/1996, de 6 de marzo.

Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia nº 53/2002, de 27 de febrero.

Cámara de los Lores, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)*, (2004) UKHL 55, sentencia de 9 de diciembre de 2004.

Tribunal Constitucional, Auto 271/2008, de 15 de septiembre.

Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Sale v. Haitian Centers Council, INC.*, 509 U.S. 155 (1993), sentencia de 21 de junio de 1993.