

# DICTÁMEN JURÍDICO

## Control fronterizo marítimo Medidas acorde a los Derechos Humanos y de Refugiados

Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M.  
& Tillmann Löhr

**ECCHR!** EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL  
AND HUMAN RIGHTS

Septiembre 2007

A pedido de la

Fundación PRO ASYL, Amnestía Internacional & Forum de los Derechos Humanos



FORUM  
MENSCHENRECHTE

© **Centro Europeo de Derecho Constitucional y de los Derechos Humanos / European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)**

Casa de la Democracia / Haus der Demokratie  
Greifswalder Straße 4  
10405 Berlin  
Cuenta No. 8853607011  
Berliner Volksbank, BLZ: 100 90 000

**Fundación PRO ASYL / Stiftung PRO ASYL**

Apartado postal 160624  
60069 Frankfurt /M.

**Amnestía Internacional / Amnesty International**

53108 Bonn

**Forum de los Derechos Humanos / Forum Menschenrechte**

Casa de la Democracia / Haus der Demokratie  
Greifswalder Straße 4  
10405 Berlin

Autores:

PD Dr. iur. **Andreas Fischer-Lescano**, LL.M., es Comisionado Académico en el Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt. Durante el semestre de invierno de 07/08 es profesor suplente en Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bielefeld [fischer-lescano@jur.uni-frankfurt.de](mailto:fischer-lescano@jur.uni-frankfurt.de).

**Tillmann Löhr** es investigador científico del centro Wilhelm Merton para la integración europea y orden económico internacional de la Universidad Johann Wolfgang de Frankfurt de la Cátedra de Derecho Público, Derecho Comunitario y Derecho Internacional Público [t.loehr@jur.uni-frankfurt.de](mailto:t.loehr@jur.uni-frankfurt.de).

Traducido por **Hugo Bascopé** LL.M., Abogado en Frankfurt y Madrid, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt. [hugo.bascope@gmx.net](mailto:hugo.bascope@gmx.net).



3.2.1.	<i>Fuentes originarias de Derecho Europeo.....</i>	22
3.2.2.	<i>Derecho derivado .....</i>	23
3.2.2.1.	Directiva sobre las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado y Directiva de Procedimiento de Asilo .....	23
3.2.2.2.	Código de Fronteras de Schengen.....	24
3.2.3.	<i>Resultados parciales: Vínculo del Derecho Comunitario en acciones fronterizas .....</i>	24
<b>3.3.</b>	<b>Deber de actuar de los organismos estatales con relación a personas que se encuentran en el mar y a bordo de buques .....</b>	<b>25</b>
3.3.1.	<i>Deber de actuar emergente de los Derechos Humanos y de los Derechos del Refugiado .....</i>	25
3.3.1.1.	Acceso a la tramitación de una solicitud de asilo como derecho implícito del la prohibición de <i>refoulement</i> .....	25
3.3.1.2.	Acceso a protección jurídica efectiva como consecuencia implícita de la prohibición de <i>refoulement</i> .....	26
3.3.1.3.	Acceso temporal al territorio de la UE como derecho implícito resultante de la prohibición de <i>refoulement</i> .....	27
3.3.1.4.	Ninguna excepción para el permiso de permanencia a través de un tercer estado seguro ....	27
3.3.1.5.	Derecho comunitario de acceso al territorio derivado del derecho originario al asilo .....	28
3.3.2.	<i>Deberes del Estado del pabellón /Deberes emergentes del Derecho del Mar.....</i>	29
3.3.3.	<i>Consecuencias para el tratamiento de inmigrantes y personas en busca de refugio en el mar y abordó de buques...</i>	31
<b>4.</b>	<b>Conclusión .....</b>	<b>32</b>

## 1. Abreviaciones

A/...	Documento de la Asamblea General de las Naciones Unidas
ABl. EU	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
AC	Law Reports, Appeal Cases (tercera Serie)
AC	Canadian Reports, Appeal Cases
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AG	Attorney General
All ER	All England Law Report
Anor	Another
Art.	Artículo
BGBL	Boletín Oficial del Estado alemán (Bundesgesetzblatt)
BMI	Ministerio del Interior (Bundesministerium des Innern)
BO	Boletín Oficial
BT-Drs.	Boletín Oficial del Parlamento Aleman
BYIL	British Yearbook of International Law
CA	Court of Appeals
CA	Quebec Official Reports, Court of Appeal
CanLII	Canadian Legal Information Institute
Cap.	Capítulo
CAT	Comité contra la tortura (Committee Against Torture)
CE	Comunidad Europea
CEDH	Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
Cir.	Circuit
CJ	Chief Justice
Com.	Comentario
CONF	Conference
Doc.	Documento
CE	Comunidades Europeas / European Communities
ECOSOC	Economic and Social Council
ECRE	European Council on Refugees and Exiles
Ed.	Edición
Edit.	Editor
EG	Europäische Gemeinschaft
EC	European Communities
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
EWCA	England and Wales Court of Appeal (Civil Division)
EXCOM	Executive Committee of the High Commissioner's Programme
FC	Federal Court Reports
FCT	Federal Court (Trial Division)

GC	General Comment
CGER	Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados
GYIL	German Yearbook of International Law
Harv.Hum. Rts.J.	Harvard Human Rights Journal
HCA	High Court of Australia
HCR	High Commissioner for Refugees
HRC	Human Rights Committee
HRW	Human Rights Watch
HUDOC	Database of the case-law of the European Convention on Human Rights
Hum.Rts.Q.	Human Rights Quarterly
ICMPD	Centro Internacional de Política de la Inmigración
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IJRL	International Journal of Refugee Law
INS	Immigration and Naturalization Service
IRB	Immigration and Refugee Board of Canada
IRRC	International Review of the Red Cross
JA	Judge of Appeal
MCI	Minister of Citizenship and Immigration / Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
MEI	Minister of Employment and Immigration
MIEA	Minister of State for Immigration & Ethnic Affairs
MIMA	Minister of State for Immigration & Multicultural Affairs
MIMIA	Minister of State for Immigration and Multicultural & Indigenous Affairs
MMI	Minister of Manpower and Immigration
MSC	Maritime Safety Committee
No.	Número
Nm.	Número marginal
NZCA	Court of Appeal of New Zealand
NZwehrR	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
o.d.	opinion dicidente
OMI	Organización Marítima Internacional
ONG	Organización no Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Ors	Others
Pág.	Página
PIDcivil	Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos
Ref. App.	Refugee Appeal
RES	Resolución
Res.	Resolution
RRT	Refugee Review Tribunal
RSAA	Refugee Status Appeals Authority

SAR	International Convention on Maritime Search and Rescue
SCC	Corte Suprema de Canada Supreme Court of Canada
SCR	Supreme Court Reports, Canada
Sig.	siguientes
SOLAS	International Convention for the Safety of Life at Sea
CONVEMAR	Convención sobre Derecho Marítimo de la UN / Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982
SSH D	Secretary of State for the Home Department
TCE	CE- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (tras artículo)
TEDH	Tribunal de Justicia Europea para los Derechos Humanos
UE	Unión Europea
UK	Reino Unido
UKHL	United Kingdom Casa de los Lores
UNTS	United Nations Treaty Series
US	Estados Unidos
USSC	Corte Suprema de los Estados Unidos Supreme Court of the United States
v.	versus
comp.	compárese
Vol.	Volumen
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

## 2. Bibliografía

- ACNUR / OMI: Rescue at Sea. A guide to principles and practice as applied to migrants and refugees, Ginebra / Londres 2006.
- ACNUR, Advisory Opinion on the Exterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, Ginebra, 26.01.2007.
- ACNUR, Anmerkungen zur Mitteilung der Europäischen Kommission über eine gemeinsame Politik auf dem Gebiet der illegalen Einwanderung (KOM(2001) 672 endg. vom 15. November 2001), Ginebra 2001.
- ACNUR, Background Paper on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea, Ginebra, 18.03.2002.
- ACNUR, Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of third country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004), Ginebra, Enero 2005 (citado como: ACNUR, Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004).
- ACNUR: Auslegung von Artikel 1 des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, Ginebra, April 2001 (citado como : ACNUR, Auslegung von Art. 1).
- ACNUR: Presseerklärung vom 30. April 2004: EU-Asylharmonisierung: ACNUR bedauert verpasste Chance, Ginebra, 30 de abril de 2004.
- ACNUR: Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), Ginebra, 10 de Febrero de 2005.
- ACNUR: The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to ACNUR 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, Ginebra, 31.01.1994 (zitiert als: ACNUR, The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law).
- ACNUR: UN High Commissioner for refugees responds to U.S. Supreme Court Decision in *Sale v. Haitian Centers Council*, abgedruckt in *International Legal Materials* 32 (1993), Pág. 1215 – 1216.
- Anker, Deborah: Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm, en: *Harvard Human Rights Journal* 15 (2002), Pág. 134 – 154.
- Bailliet, Cecilia: The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea, en: *Human Rights Quarterly* 25 (2003), Pág. 741 – 777.
- Bank, Roland / Hruschka, Constantin: Änderungen im Asylverfahren durch den Entwurf des Änderungsgesetzes zum Zuwanderungsgesetz aus der Sicht des Flüchtlingsrechts, en: Barwig / Beichel-Benedetti / Brinkmann: *Perspektivwechsel im Ausländerrecht?*, Pág. 620 – 644.
- Barnes, Richard: Refugee Law at Sea, en: *International and Comparative Law Quarterly* 53 (2004), Pág. 47 – 77.
- Battjes, Hemme: *European Asylum Law and International Law*, Leiden / Boston 2006.
- Bernhardt, Rudolf: *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1, Amsterdam / Lausanne / Nueva York / Oxford / Shannon / Singapur / Tokio 1992.
- Bernhardt, Rudolf: *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3, Amsterdam / Lausanne / Nueva York / Oxford / Shannon / Singapur / Tokio 1997.
- Binder, Andrea: Frauenspezifische Verfolgung vor dem Hintergrund einer menschenrechtlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention unter besonderer Be-

- rücksichtigung der schweizerischen, deutschen, kanadischen und amerikanischen Flüchtlings- und Asylpraxis, Basel / Ginebra / Munich 2001.
- Breuer, Marten: Völkerrechtliche Implikationen des Falls Öcalan, en: Europäische Grundrechtszeitschrift 2003, Pág. 449 – 454.
- Brownlie, Ian: Principles of Public International Law, 6. Ed., Oxford 2003.
- Bruin, Rene / Wouters, Kees: Terrorism and the Non-Derogability of Non-Refoulement, en: International Journal of Refugee Law 15 (2003), Pág. 5 – 29.
- Carlier, Jean-Yves / Vanheule, Dirk / Hullmann, Klaus / Peña Galiano, Carlos (Hrg.): Who is a Refugee? A Comparative Case Law Study, La Haya / Londres / Boston 1997.
- Carlier, Jean-Yves: General Report, en: Carlier / Vanheule / Hullmann / Peña Galiano: Who is a Refugee? A Comparative Case Law Study, Pág. 685 – 717.
- Clark, Tom: Rights based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation, in: International Journal of Refugee Law 16 (2004), Pág. 584 – 608.
- Comite contra la Tortura: Concluding Observations: United States of America, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2 (25.07.2006).
- Coomans, Fons / Kamminga, Menno T. (Editor.): Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, Antwerpen / Oxford 2004.
- Dahm, Georg (Fund.) / Delbrück, Jost / Wolfrum, Rüdiger: Völkerrecht, Vol. I/1, 2. Ed., Berlin/Nueva York 1989.
- Davy, Ulrike: Asyl und internationales Flüchtlingsrecht, Band I: Völkerrechtlicher Rahmen, Viena 1996.
- Debenedetti, Sara: Externalization of European Asylum and Migration Policies, 2006, en la web <http://www.iue.it/RSCAS/Research/SchoolOnEuro-MedMigration/2006pdfs/Paper%20Debenedetti%202006%20FINAL.pdf> (última vez visitada en agosto del 2007).
- Doehring, Karl: Völkerrecht, 2da. Ed., Heidelberg 2004.
- Edwards, Alice: Human Rights, Refugees, and the Right “To Enjoy Asylum”, en: International Journal of Refugee Law 17 (2005), Pág. 293 – 330.
- Edwards, Alice: Tampering with Refugee Protection: The Case of Australia, in: International Journal of Refugee Law 15 (2003), Pág. 192 – 211.
- EXCOM, Standing Committee: 18th Meeting, Interception of Asylum Seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach, UN Doc. EC/50/SC/CRP.17 (09.06.2000)
- Feld, Francine: The Tampa Case: Seeking Refuge in Domestic Law, en: Australian Journal of Human Rights 11 (2002), <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/> (última visita ala página en agosto del 2007).
- Feller, Erika / Türk, Volker / Nicholson, Frances (Hrsg.): Refugee Protection in International Law – ACNUR’s Global Consultations on International Protection, Cambridge 2003.
- Feller, Erika: International Refugee Protection 50 years on: The protection challenges of the past, present and future, in: International Review of the Red Cross 83 (2001), Pág. 581 – 606.
- Fischer-Lescano, Andres / Tohidipur, Timo: Die europäische Grenzschutzagentur Frontex, en: Europäisches Asyl- und Migrationsrecht, Beilage zum Asylmagazin 5/2007, Pág. 19 – 28.
- Fitzpatrick, Joan: Revitalizing the 1951 Refugee Convention, en: Harvard Human Rights Journal 9 (1996), Pág. 229 – 253.
- Frowein, Jochen Abr. / Peukert, Wolfgang: Europäische Menschenrechtskonvention – CEDH-Kommentar, 2. Ed., Kehl am Rhein / Strasburgo / Arlington 1996.
- Frowein, Jochen Abr. / Zimmermann, Andreas: Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts, Colonia 1993.

- Garlick, Madeline: The EU Discussions on Extraterritorial Processing: Solution or Conundrum?, en: *International Journal of Refugee Law* 19 (2007), Pág. 601 – 629.
- Gerber, Bettina: *Die Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union*, Frankfurt am Main / Berlin / Berna / Bruselas / Nueva York / Oxford / Viena 2004.
- Goodwin-Gill, Guy S. / Mc Adam, Jane: *The Refugee in International Law*, 3. Ed., Oxford / Nueva York 2007.
- Goodwin-Gill, Guy S.: The Haitian Refoulement Case: A Comment, en: *International Journal of Refugee Law* 6 (1994), Pág. 103 – 109.
- Grabenwarter, Christoph: *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Ed., Munich 2005.
- Grahl-Madsen, Atle: *The Status of Refugees in International Law*, Vol. I, *Refugee Character*, Leiden 1966.
- Grahl-Madsen, Atle: *The Status of Refugees in International Law*, Vol. II, *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden 1966.
- Grahl-Madsen, Atle: *Asylum, Territorial*, en: Bernhardt (Hrg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume One, Pág. 283 – 287.
- Grote, Rainer / Marauhn, Thilo: *CEDH/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen 2006.
- Haines, Rodger P.G.: Gender-related Persecution, en: Feller / Türk / Nicholson: *Refugee Protection in International Law*, Pág. 319 – 350.
- Harvey, Colin / Barnidge, Robert: Human Rights, Free Movement, and the Right to Leave in International Law, *International Journal of Refugee Law* 19 (2007), Pág. 1 – 21.
- Hathaway, James C. / Foster, Michelle: *Membership of a Particular Social Group*, Discussion Paper No. 4, *Advanced Refugee Law Workshop*, International Association of Refugee Law Judges, Auckland, Nueva Zelandia, octubre 2002, en: *International Journal of Refugee Law* 15 (2003), Pág. 477 – 491.
- Hathaway, James C.: *The Law of Refugee Status*, Toronto / Vancouver 1991.
- Hathaway, James C.: *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge 2005.
- Herdegen, Matthias: *Völkerrecht*, 3ra. Ed., Munich 2004.
- Heselhaus, Sebastian M. / Nowak, Carsten: *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, Munich 2006.
- Human Rights Watch: *By Invitation Only: Australian Asylum Policy*, Washington / Londres / Bélgica 2002.
- Centro Internacional para la Política de Inmigración: *Development, Irregular transit migration in the Mediterranean - some facts, futures and insights*, Viena 2004.
- Ipsen, Knut: *Völkerrecht*, 5ta. Ed., Munich 2004.
- Jastram, Kate / Newland, Kathleen: *Family Protection and Refugee Protection*, en: Feller, Erika / Türk, Volker / Nicholson, Frances (Editor): *Refugee Protection in International Law – ACNUR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003, Pág. 555 – 608.
- Kälin, Walter: *Das Prinzip des Non-Refoulement – Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht*, Frankfurt am Main 1982.
- Kälin, Walter: *Refugees and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation?*, in: *International Journal of Refugee Law* 3 (1991), Pág. 435 – 451.
- Klug, Anja: *Harmonization of Asylum in the European Union – Emergence of an EU Refugee System?*, en: *German Yearbook of International Law* 47 (2004), Pág. 594 – 628.
- Kourula, Pirkko: *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited* La Haya / Boston / Londres 1997.

- Kwakwa, Edward: Article 1 F (c): Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations, in: *International Journal of Refugee Law* 12, Special Supplementary Issue, (2000), Pág. 79 – 81.
- Lambert, Héléne: The Conceptualisation of “Persecution” by the House of Lords: *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, en: *International Journal of Refugee Law* 13 (2001), Pág. 16 – 31.
- Lauterpacht, Sir Elihu / Bethlehem, Daniel: The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion, en: Feller / Türk / Nicholson: *Refugee Protection in International Law*, Pág. 87 – 178.
- Lawson, Rick: Life after Bancovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights, in: Coomans / Kamminga (Hrg.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Pág. 83 – 123.
- Legomsky, Stephen H.: The USA and the Caribbean Interdiction Program, en: *International Journal of Refugee Law* 18 (2006), Pág. 677 – 695.
- Löhr, Tillmann: Die Qualifikationsrichtlinie – Rückschritt hinter internationale Standards?, en: Hofmann, Rainer / Löhr, Tillmann: *Migrationspolitik nach dem Amsterdamer Vertrag – Die Europäische Union zwischen völkerrechtlicher Verpflichtung und mitgliedstaatlichen Interessen (ha ser publicado)*.
- Lutterbeck, Derek: Policing Migration in the Mediterranean, en: *Mediterranean Politics* 11 (2006), Pág. 59 – 82.
- Macklin, Audrey: Refugee Women and the Imperative of Categories, en: *Human Rights Quarterly* 17 (1995), Pág. 213 – 277.
- Magner, Tara: A Less than “Pacific” Solution for Asylum Seekers in Australia, in: *International Journal of Refugee Law* 16 (2004), Pág. 53 – 90.
- Markard, Nora: Gendered Violence in 'New Wars' - Challenges to the Refugee Convention, in: van Walsum / Spijkerboer: *Women and Immigration Law - New Variations on Classical Feminist Themes*, Nueva York 2007, Pág. 67 – 85.
- Marx, Reinhard: *Handbuch zur Flüchtlingsanerkennung – Erläuterungen zur Richtlinie 2004/83 (Qualifikationsrichtlinie)*, Neuwied / Berlin, Loseblattsammlung, Stand: Noviembre 2006.
- Masing, Johannes: Methodische Grundlagen für die Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention, en: *Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag*, Pág. 51 – 80.
- Merriam-Webster Online Dictionary, [www.m-w.com/cgi-bin/dictionary](http://www.m-w.com/cgi-bin/dictionary) (última vez visitado en Agosto 2007).
- Meyer-Ladewig, Jens: CEDH, Handkommentar, Baden – Baden 2003.
- Miltner, Barbara: Irregular Maritime Migration: Refugee Protection Issues in Rescue and Interception, *Fordham Int'l L.J.* 30 (2006), Pág. 75 sig.
- Ministerio del Interior de Alemania: Effektiver Schutz für Flüchtlinge, wirkungsvolle Bekämpfung illegaler Migration - Überlegungen des Bundesministers des Innern zur Errichtung einer EU-Aufnahmeeinrichtung in Nordafrika, aviso de prensa de Septiembre de 2005, Pág. 2, descargable en internet de la dirección: [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de) (última vez vistado en agosto del 2007).
- Noll, Gregor: Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones, in: *European Journal of Migration and Law* 5 (2003), Pág. 301 – 341.
- Nowak, Manfred: U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Kehl am Rhein / Straßburg / Arlington 1993 (citado como: Nowak, CCCPR Commentary).
- O’Boyle, Michael: The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on “Life after Bancovic”, in: Coomans / Kamminga, (Hrg.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Pág. 125 – 141.

- Oxford English Dictionary, Online-Ausgabe, [www.oed.com](http://www.oed.com) (última vez visitado en Agosto 2007).
- Oxman, Bernard H.: Jurisdiction, in: Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3, Pág. 55 – 60.
- Peters, Anne: *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, Munich 2003.
- Refugee Council of Australia: Position Paper of 17 May 2006: Migration Amendment (Designated Unauthorised Arrivals) Bill 2006, Glebe, NSW 2006, en la web <http://www.refugeecouncil.org.au> (última vez visitada en Agosto de 2007)
- Roberts, Anthea: Righting Wrongs or Wronging Rights? The United States and Human Rights Post-September 11, en: *European Journal of International Law* 15 (2004), Pág. 721 –749.
- Robinson, Nehemiah: *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, First published 1953, Reprinted by the Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees, Ginebra 1997.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.): *EU-Kommentar*, Baden-Baden 2000.
- Sitaropoulos, Nicholas: *Judicial Interpretation of Refugee Status – In Search of a Principal Methodology*, Baden-Baden 1999.
- Stein, Torsten / von Buttlar, Christian: *Völkerrecht*, 11va. Ed., Colonia / Berlin / Munich 2005.
- Sternberg, Mark R von.: *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law. Canadian and United States Law Compared*, La Haya / Londres / Nueva York 2002 (citado como: Sternberg, *The Grounds of Refugee Protection*).
- Streinz, Rudolf: *EUV/TCE – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Munich 2003.
- Vanheule, Dirk: A comparison of the judicial interpretations of the notion of refugee, in: *Carlier / Vanheule: Europe and Refugees: A Challenge?*, Pág. 91 – 106.
- Vermeulen, Ben / Spijkerboer, Thomas / Zwaan, Karin / Roel Fernhout, Karin: *Persecution by third Parties. Commissioned by the Research and Documentation Centre of the Ministry of Justice of The Netherlands*, Nijmegen 1998.
- Vitzthum, Wolfgang Graf: *Völkerrecht*, 4. Ed., Berlin 2007.
- Von Thenen, Gabriele: *Geschlechtsspezifische Flucht- und Bleibegründe: Völkerrechtliche Verpflichtungen und innerstaatliche Rechtslage*, Frankfurt am Main 2004 (citado bajo: von Thenen, *Geschlechtsspezifische Flucht- und Bleibegründe*).
- Weinzierl, Ruth, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, German Institute for Human Rights, Berlin, Juli 2007.
- Weis, Erich: *Langenscheidts Großwörterbuch Französisch, Teil I: Französisch-Deutsch*. 9. Ed., Berlin / Munich / Viena / Zürich / Nueva York 1996.
- Wiefelspütz, Dieter: *Bewaffnete Einsätze der Bundeswehr auf See*, in: *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 2005, Pág. 146 – 163.
- Young, Wendy: *NGO Submission to UNHCR's Executive Committee, Standing Committee 5-7 July 2000, Statement of Wendy Young of the Women's Commission for Refugee Women and Children on behalf of the NGO Community*, abrufbar unter <http://www.icva.ch/doc00000160.html> (zuletzt besucht August 2007).

### 3. Cuestionamiento

Según los datos del Centro Internacional del Desarrollo de Políticas de Inmigración (International Centre on Migration Policy Development), cada año aproximadamente entre 100.000 y 120.000 refugiados e inmigrantes cruzan el Mediterráneo sin tener los documentos necesarios para ingresar a Europa. Aproximadamente 35.000 de ellos proceden de la región Sub-Sáhara, 55.000 de estados africanos de la costa mediterránea y 30.000 de otros países (principalmente de países asiáticos y países del Medio Oriente). Se estima que, dentro de los últimos diez años, aproximadamente 10.000 personas se habrán ahogado al intentar cruzar el mar Mediterráneo.<sup>1</sup>

La muerte trágica de estas personas se encuentra en relación con un régimen legal de inmigración formado por leyes europeas. El aislamiento de las fronteras europeas exteriores por medio de policía de fronteras y de manera paramilitar<sup>2</sup> requiere no solo de un debate y contramedidas, a nivel nacional sino también a nivel europeo.<sup>3</sup> En el marco de dichas contramedidas se requiere, por un lado, de una aproximación de carácter integral, la cual debe contener medidas de cooperación al desarrollo y de la legalización de la inmigración. Por el otro lado, las medidas de control fronterizo deben cumplir los requisitos acorde a la legislación de protección de refugiados y la protección de los Derechos Humanos, tanto a nivel internacional como europeo. Este último aspecto es de aún mayor importancia, debido a que entre las personas afectadas se encuentran normalmente personas que se consideran, según la legislación internacional y europea vigente, necesitadas de protección a los efectos legales establecidos por la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados.

El presente dictamen se expide sobre el último aspecto indicado, a causa de las circunstancias actuales. Dentro del debate actual en el área político-legal, se encuentran posiciones gubernamentales aisladas que sostienen que los controles oficiales de las fronteras se realizarían en un espacio carente de la aplicación de los Derechos Humanos o de Derechos de los Refugiados, sobre todo en alta mar. Por eso, el presente dictamen examina los pertinentes textos legales y evalúa la práctica de los estados refiriéndose a ellos. De ambos resulta, que las autoridades de control y protección fronterizo europeas se encuentran obligadas, también en operaciones extraterritoriales, a actuar de acuerdo a los Derechos Humanos y los Derechos de los Refugiados.

Al controlar las fronteras exteriores de la UE, los organismos de los estados miembros dedicados a la protección de las fronteras actúan en estrecha cooperación. Estos se encuentran respaldados por la Agencia Europea de Protección de Fronteras, FRONTEX, establecida por el Reglamento 2007/2004 del Consejo, del 26 de Octubre de 2004.<sup>4</sup> La Agencia de Protección de Fronteras dispone de personal propio y actualmente tiene por medio de un registro técnico central, acceso a 24 helicópteros, 19 aviones, 107 buques y numerosos utensilios portátiles.<sup>5</sup> En el marco de operaciones coordinadas por FRONTEX, el reglamento prevé una ampliación significativa de poderes ejecutivos, con fines de establecer un mecanismo para formar patrullas de acción inmediata para la protección y vigilancia de las fronteras<sup>6</sup>. De acuerdo a esto, resulta posible que se empleen patrullas de protección de fronteras durante un período limitado en casos urgentes y excepcionales, siempre y cuando el estado miembro afectado solicite este tipo de apoyo. Para este fin, se creó en FRONTEX un pool compuesto de 500 a 600 policías fronterizos comunitarios para actividades „ad-

---

<sup>1</sup> ICMPD, Irregular Transit Migration in the Mediterranean, passim.

<sup>2</sup> Lutterbeck, Policing Migration in the Mediterranean, en: Mediterranean Politics 11 (2006), Pág. 59.

<sup>3</sup> Véase la audiencia Oficial de la Comisión de Asuntos Interiores del Parlamento Europeo sobre el tema „Tragedies of Migrants at sea“, 03.07.2007, accesible por [www.europarl.europa.eu/hearings/20070703/libe/programme\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/hearings/20070703/libe/programme_en.pdf)

<sup>4</sup> BO. L 349 del 25 de noviembre de 2004.

<sup>5</sup> Véase por último la repuesta del Gobierno Federal a una consulta parlamentaria, BT-Drs. 16/5019 del 13.04.2007, respuesta a pregunta no. 18.

<sup>6</sup> Reglamento (CE) Nr. 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un mecanismo para la formación de grupos para acción inmediata para fines de la protección de las fronteras y la alteración del Reglamento (CE) No. 2007/2004 del Consejo en referencia de tal mecanismo y la regulación de las obligaciones y autorizaciones de funcionarios enviados, 11 de Julio de 2007, BO. L 199/30 del 31 Julio de 2007.

hoc<sup>6</sup>. Además de esto el reglamento prevee que en una intervención bajo la *aegidis* de FRONTEX, todas las fuerzas presentes en el lugar tendrán poderes para intervenir y apoyar a los policías nacionales de fronteras del estado afectado. Esto resultaría aplicable también para policías federales de Alemania (*Bundespolizei*) cuando realicen acciones por ejemplo en España o Italia. Durante el cumplimiento de sus misiones, los miembros de la patrulla de intervención inmediata deberán vestir su propio uniforme y para ser identificados como miembros de la patrulla de intervención inmediata, llevarán además un brazalete azul con los signos de la Unión Europea y de la Agencia FRONTEX. Según el Art. 14 del Reglamento, que entró en vigor el 20 de Agosto de 2007<sup>7</sup>, los miembros del grupo de intervención inmediata deben recibir autorizaciones para ejercer las tareas relacionadas con el control de paso fronterizo y vigilancia de fronteras de acuerdo al Reglamento (CE) No. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo fechado 15 de Marzo de 2006. Éste último a su vez se trata de un código común de paso de fronteras para individuos (Código de fronteras Schengen, *Schengener Grenzkodex*), tanto como de las tareas y autorizaciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos de dicho Reglamento. Decisiones, negando la entrada según el Art. 13 del Código de Fronteras Schengen, deben de ser tomadas exclusivamente por funcionarios, empleados para la protección de las fronteras del estado miembro en el que se realiza la acción. Por medio de este tipo de medidas, distribuyendo las tareas de manera vertical y horizontal, también policías de fronteras alemanes se encuentran incluidos en las medidas de protección de fronteras europeas, realizadas en el Mediterráneo.

Ante ese trasfondo se nos fueron presentadas las siguientes preguntas:

1. ¿Tienen validez las obligaciones de *non-refoulement* consagradas en Derecho Internacional Público a través de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y de otros tratados internacionales pertinentes, dedicados a los Derechos de Refugiados e Inmigrantes, también más allá de los territorios de tierra firme de los estados contratantes (referencia 3.1.)?
2. ¿Tienen validez las obligaciones de *non-refoulement* de los derechos fundamentales y de la legislación sobre refugiados, incorporados en la legislación europea originaria y derivada, también más allá de los territorios de tierra firme de los estados contratantes (referencia 3.2.)?
3. ¿Cuáles son los deberes de acción u omisión, establecidos por la legislación marítima, los Derechos Humanos y la legislación sobre refugiados, que surgen de las respuestas dadas a las preguntas 1 y 2., en relación con personas en búsqueda de refugio e inmigrantes encontrándose en alta mar. (referencia 3.3.)?

Para responder metódicamente estas tres preguntas, se examinarán los diferentes tratados internacionales de acuerdo a las reglas de interpretación determinadas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>8</sup> (CVDT)<sup>9</sup>. El Art. 31 I CVDT dispone que un contrato debe ser interpretado de buena fe, conforme al sentido común, de acuerdo a su significado tanto como su objeto y fin. Según Art. 32 CVDT, la interpretación histórica tiene, como mucho, un papel subsidiario. Para la aplicación de estos principios se deben observar dos particularidades. Primero,

---

<sup>7</sup> 2006/0140 (COD).

<sup>8</sup> BGBl. 1985 II Pág. 927.

<sup>9</sup> Ante el Art. CVDT se remite a la validez basada en derecho consuetudinario de Art. 31 CVDT, compárese RSAA, Ref. App. No. 74665/03 (07.07.2004), § 45; Edwards, en: IJRL 17 (2005), Pág. 293 (306); Hathaway/Foster, en: IJRL 15 (2003), Pág. 478 (485); Lauterpacht / Bethlehem, en: Feller / Türk / Nicholson, Refugee Protection enInternational Law, Pág. 87 (103).

desde los años 1990 existe una posición unánime en la doctrina,<sup>10</sup> la práctica estatal,<sup>11</sup> el ACNUR<sup>12</sup> y EXCOM<sup>13</sup>, que se debe interpretar la Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados (CGER)<sup>14</sup> en concordancia con tratados internacionales sobre los Derechos Humanos. Esa aproximación encontró su reconocimiento en la Declaración de los Estados Miembros (Declaration of State Parties) de 2001<sup>15</sup> y por ende es obligatoria para los estados miembros de la CGER, según Art. 31 Párrafo 3 a) CVDT. En el Preámbulo se enfatiza la amplia validez de los Derechos Humanos en el momento de la identificación y el tratamiento de refugiados.<sup>16</sup> Segundo, se debe tomar en cuenta una interpretación dinámica. Es decir, al interpretar se deben de considerar los cambios terminológicos a través del tiempo, como también los cambios ocurridos dentro del marco jurídico del Derecho Internacional Público.<sup>17</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>18</sup> y la

---

<sup>10</sup> Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Pág. 53 et seq.; item, *The Law of Refugee Status*, Pág. 107 y 101 et seq.; Klug, en: *GYIL* 47 (2004), Pág. 594 (601); Markard, en: van Walsum / Spijkerboer, *Women and Immigration Law*, Pág. 67 (68); Carlier, en: Carlier / Vanheule / Hullmann / Peña Galiano, *Who is a Refugee?*, Pág. 685 (701 et seq.); item en: Nicholson / Twomey, *Refugee Rights and Realities*, Pág. 37 (38 et seq.); Anker, en: *Harv.Hum.Rts.J.* 15 (2002), Pág. 134 (134 et seq.); Sitaropoulos, *Judicial Interpretation of Refugee Status*, Pág. 217 et seq.; Lambert, en: *IJRL* 13 (2001), Pág. 16 (18 y 30); Binder, *Frauenspezifische Verfolgung*, Pág. 79 et seq.; von Thenen, *Geschlechtsspezifische Flucht- y Bleibegründe*, Pág. 72 et seq.; Vanheule, en: Carlier / Vanheule, *Europe and Refugees: A Challenge?*, Pág. 91 (103); Edwards, en: *IJRL* 17 (2005), Pág. 293 (295 et seq.); Feller, en: *IRRC* 83 (2001), Pág. 581 (581 et seq., en particular 594); Vanheule, en: Carlier / Vanheule, *Europe and Refugees: A Challenge?*, Pág. 91 (99); Macklin, en: *Hum.Rts.Q.* 17 (1995), Pág. 213 (224); Kälin, en: *IJRL* 3 (1991), Pág. 435 (447); Sternberg, *The Groys of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law*, Pág. 2 et seq.; Edwards, en: Feller / Türk / Nicholson, *Refugee Protection in International Law*, Pág. 46 (48 et seq.); Haines, en: Feller / Türk / Nicholson, *Refugee Protection in International Law*, Pág. 319 (324); Battjes, *European Asylum Law and International Law*, 5.4.1.1 [289]; Kourula, *Broadening the Edges*, Pág. 92 et seq. y 132; as ya Grahl-Madsen, *The Status of Refugees enInternational Law*; Pág. 212 -216.

<sup>11</sup> *Canada (AG) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, 734 et seq., 1993 CanLII 105 (S.C.C.), per La Forest J, tomando referencia expresa á Hathaway; asimismo *Chan v. Canada (MEI)*, [1995] 3 S.C.R. 593, 634 et seq., 1995 CanLII 71 (S.C.C.); *Ranjha v. Canada (MCI)*, 2003 FCT 637 (CanLII), § 38, per Lemieux J; *Malik v. Canada (MCI)*, 2005 FC 1707 (CanLII), § 8 et seq., per Dawson J; *Weiss v. Canada (MCI)*, 2000 CanLII 15808 (F.C.), § 16, per Reed J; IRB, *Refugee Protection Division: Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law*, Chapter 3.1.1.1.; *Horvath v. SSHD*, [2000] UKHL 37 (6<sup>th</sup> July, 2000), publicado en *IJRL* 13 (2001), Pág. 174 (191) et seq., per Lord Bingham; *Islam v. SSHD, Ex Parte Shah, R v.*, [1999] UKHL 20 (25<sup>th</sup> March, 1999), publicado en *IJRL* 11 (1999), Pág. 496 (510 et seq.), per Lord Hoffmann; *Sepe v. SSHD*, [2003] 3 All ER 304 (HL), publicado en *IJRL* 15 (2003), Pág. 276 (277), per Lord Bingham; *RSAA, Ref. App. No. 74665/03* (7 July 2004), § 58 et seq.; *RSAA, Ref. App. No. 71427/99* (16 de Agosto de 2000), § 47; *RSAA, Ref. App. No.71404/99* (29 October 1999), § 67; *RSAA, Ref. App. No. 2039/93* (12 February 1996), § 37 et seq. y 56 et seq.; énfasis particular del aspecto de la autorización de protección secundaria en caso del fracaso del estado de origen *Wellington, CA181/97*, [1999] NZAR 205, § 5; *RSAA, 74988/2004*, § 66; *Applicant A & Anor v. MIEA & Anor*, [1997] HCA 4 (24 February 1997), 142 A.L.R. 331, 333, per Brennan CJ.

<sup>12</sup> ACNUR, Interpretación del Art. 1, § 5; ACNUR, *Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004*, Comment on Art. 9, Pág. 21.

<sup>13</sup> La fuerte conexión entre la protección de refugiados y la protección de Derechos Humanos se encuentra subrayado en EXCOM, *Conclusions No. 50 (XXXIX)* (1988), (b); 56 (XL) (1989), (b), 71 (XLIV) (1993), (cc) and (ee); 80 (XLVII) (1996), (e), (i), 81 (XLVIII) (1997), 93 (LIII) (2002), 94 (LIII) (2002), 95 (LIV) (2003).

<sup>14</sup> BGBl. 1953 II Pág. 560, en versión del protocolo sobre el estatuto de refugiados del 31.01.1967, BGBl. 1969 II Pág. 1294.

<sup>15</sup> Se trata de la primera declaración común de *todos* los estados miembros de la CGER, *Declaration of State Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/MMSP/2001/09 (16.01.2002), Preámbulo, §§ 3 y 6; Aproximaciones operativas, §§ 1 y 2.

<sup>16</sup> Feller, en: *IRRC* 83 (2001), Pág. 581 (594); Sitaropoulos, *Judicial Interpretation of Refugee Status*, Pág. 217 et seq.; Binder, *Frauenspezifische Verfolgung*, Pág. 22 et sea., en particular Pág. 24; Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Pág. 107, en nota de pie 54, y Pág. 105, nota de pie 41; asimismo ACNUR, interpretación de Art. 1, § 5; Lambert, en: *IJRL* 13 (2001), Pág. 16 (30 y 18, en nota de pie 9); Haines, en: Feller / Türk / Nicholson, *Refugee Protection enInternational Law*, Pág. 319 (324).

<sup>17</sup> Dahm / Delbrück / Wolfrum, *Völkerrecht*, Band I/3, Pág. 649; Stein / Stein / von Buttlar, *Völkerrecht*, Nm. 83; Brownlie, *Principles of Public International Law*, Pág. 604; Ipsen, *Völkerrecht*, § 11, Nm. 21; Frowein / Peukert, *CEDH-Kommentar*, Introducción, Nm. 10 et seq.

<sup>18</sup> TEDH, sentencia de 25. 04. 1978, *Tyrer v. United Kingdom*, Series A 26 (1978), Pág. 15, § 31; confirmando Bernhardt, en: *GYIL* Vol. 42 (1999), Pág. 11 (16); asimismo ("in the light of current circumstances") TEDH, Sentencia del 24. 1. 1986, *Rees v. United Kingdom*, Series A 106 (1986), Pág. 19, § 47; TEDH, Sentencia del 24. 1. 1986, *Rees v. United Kingdom*, Series A 106 (1986), Pág. 19, marg. no. 47; sentencia del 24.10.1979, *Winterwerp*, Series A 33 (1980), Pág. 16, marg. no. 37; TEDH, Sentencia del 25. 4. 1978, *Tyrer v. United Kingdom*, Series A, Vol. 26 (1978), Pág. 16, §

Corte Internacional de Justicia (CIJ)<sup>19</sup> subrayan el significado extraordinario de estos principios para la interpretación de tratados sobre Derechos Humanos. La práctica estatal<sup>20</sup> y la doctrina<sup>21</sup> transfieren esto también a la interpretación de la CGER. Por ello, en el proscenio del siguiente análisis se encuentra una interpretación dinámica y orientada en los Derechos Humanos de los pertinentes tratados.

---

32 et seq.; Sentencia del 13. 6. 1979, *Marckx v. Belgium*, Series A 31 (1979), § 41; sentencia del 30.1.1989, *Dudgeon v. United Kingdom*, Series A 45 (1981), Pág. 24, marg. no. 60; TEDH, sentencia del 12.12.2001, *Banković and Others v. Belgium and Others*, Reports 2001-XII, Pág. 333, § 57; asimismo Sentencia del 21.11. 2001, *Al-Adsani vs. United Kingdom*, Reports 2001-XI, Pág. 79, § 55.

<sup>19</sup> *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, Pág. 3 (111); además *Kälén / Epiney*, *Völkerrecht*, Pág. 40; *Dahm, Delbrück, Wolfrum, Völkerrecht*, Volumen I/3, Pág. 651; *Bernhardt*, en: *BYIL* 42 (1999), Pág. 11 (17); *Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention*, § 5, Nm. 13; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, ICJ Reports 1971, 4 (19); semejantemente ya en *Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections)*, ICJ Reports 1957, Pág. 142: "It is a rule of interpretation that a text (...) must, in principle, be interpreted (...) in accordance with existing law and not in violation of it".

<sup>20</sup> *R. v. SSHD, ex parte Adan*, [1999] AC 293 (23 July 1999), publicado en *IJRL* 11 (1999), Pág. 702 (724), per Lord Woolf MR; *SSHD, Ex Parte Adan R v. SSHD Ex Parte Aitseguer, R v.*, [2000] UKHL 67 (19 de Diciembre de 2000) publicado en *IJRL* 13 (2001), Pág. 202 (221), per Lord Hutton.

<sup>21</sup> *Feller*, en: *IRRC* 83 (2001), Pág. 581 (594); *Lambert*, en: *IJRL* 13 (2001), Pág. 16 (18); véase también *Hathaway, The Rights of Refugees under International Law*, Pág. 64 y 106; *Binder, Frauenspezifische Verfolgung*, Pág. 25.

### 3.1. Deberes emergentes del Derecho Internacional Público

Para responder la pregunta, si las obligaciones de *non-refoulement* de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y de otros tratados internacionales relacionados con los Derechos de Refugiados e Inmigrantes tienen validez también más allá de los territorios de tierra firme de los estados contratantes, el presente dictamen sigue en su estructura a las estipulaciones de la legislación marítima, que por su parte, definen la soberanía marítima. Según Art. 2 I de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de Diciembre de 1982 (CONVEMAR)<sup>22</sup>, el territorio estatal consta del territorio de tierra firme, aguas interiores y, en cuanto un estado tenga costa con el mar, el mar territorial. Según Art. 3 CONVEMAR, cada estado tiene el derecho de extender la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas. La CONVEMAR fue ratificada por todos los estados miembros de la UE y reproduce con la determinación de las 12 millas marinas, el Derecho Internacional Público consuetudinario vigente.<sup>23</sup> Más allá de la zona de las 12 millas marinas termina el territorio estatal.<sup>24</sup> Ante este trasfondo se analiza el efecto obligatorio de los tratados pertinentes en los tres pasos siguientes:

- Primero, en el territorio perteneciente al mar territorial de estados miembros de la UE (3.1.1.),
- Segundo, en el territorio más allá de la zona de las 12 millas marinas, es decir, en la zona contigua y en alta mar (3.1.2.) y
- Tercero, en el territorio incluyendo el mar territorial de estados no-contratantes, siendo estados de origen o estados de tránsito de refugiados, personas con derechos subsidiarios a protección e inmigrantes (3.1.3.).

#### 3.1.1. Deberes emergentes del Derecho Internacional Público dentro de la zona europea de 12 millas marinas

Las obligaciones legales de los órganos europeos dedicados a la protección de las fronteras, resultan, antes que nada, de una densa red de tratados del Derecho Internacional Público. Las siguientes explicaciones se dedican a la aplicación de las normas del Derecho Internacional Público dentro del mar territorial de los estados miembros de la UE.

##### 3.1.1.1. CGER

Art. 33 I de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados (CGER)<sup>25</sup> contiene la prohibición de *refoulement*: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”. En la práctica estatal se encuentran varios intentos de eliminar el efecto obligatorio de esta prohibición, ya en el propio territorio a través de derecho nacional. Así en 2001, Australia aprobó una ley,<sup>26</sup> según la cual se intentó extraer varias islas ubicadas dentro de la zona de las 12 millas marinas de la definición de la „zona de inmigración“ en el sentido del Acto de

<sup>22</sup> BGBl. 1994 II Pág. 1798.

<sup>23</sup> Herdegen, Völkerrecht, § 31, Nm. 45; Gloria, en: Ipsen, § 52, Marg. no. 5; Graf Vitzthum, en: Graf Vitzthum, Völkerrecht, Pág. 420.

<sup>24</sup> Bien es verdad que los estados pueden, según Art. 33 I, II CONVEMAR ejercer ciertos derechos de soberanía en una zona siguiente de una anchura hasta 24 millas marinas, pero esa zona no se asigna como territorio estatal soberano.

<sup>25</sup> BGBl. 1953 II Pág. 560, en versión del protocolo sobre el estatuto de refugiados del 31.01.1967, BGBl. 1969 II Pág. 1294.

<sup>26</sup> Migration Amendment (Excision from Migration Zone) (Consequential Provision) Act 2001, Nr. 127/2001.

Inmigración de 1954. Según dicha ley, las obligaciones de Australia bajo el Acto de Inmigración no se encuentran vigentes en dichas islas. El Acto de Inmigración, entre otros, transpone la CGER en derecho nacional. Por lo tanto también resultan derogadas las obligaciones de la misma. Personas que llegan a dichas islas serán interrogadas por sus motivos para buscar refugio por el ACNUR o por parte de funcionarios australianos como „offshore entry persons“ en las islas de la región. Ellas se encuentran sometidas a un sistema de asilo defectuoso ya que no tienen acceso a la protección de sus derechos por recursos jurídicos ni a una asesoría estatal.<sup>27</sup> El modelo australiano tiene similitud con el intento legislativo francés de declarar varias zonas ubicadas en puertos y aeropuertos como zonas internacionales. Según las leyes francesas, Francia podía ejercer su poder estatal como soberano, sin encontrarse sometido a las obligaciones del Derecho Internacional Público.<sup>28</sup>

Estas aproximaciones se critican unánimemente por la doctrina,<sup>29</sup> por parte del ACNUR<sup>30</sup> y el EXCOM<sup>31</sup> tanto como por parte de ONGs<sup>32</sup> como intentos jurídicamente irrelevantes de desabastecerse de obligaciones internacionales. La obligación de *non-refoulement* tiene validez, independientemente de leyes nacionales contrarias, dentro de todo el territorio del estado incluyendo la zona de las 12 millas marinas. En el caso de Francia se confirmó esto con relación a la Convención Europea de Derechos Humanos del CEDH por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en *Amuur*<sup>33</sup>. Esto se debe de asentir basándose en el argumento que el área de aplicación de tratados, según Art. 29 CVDT, es todo el territorio de soberanía. Parte de esto es, según Art. 2 I del CONVEMAR la zona de 12 millas marinas. Tanto el modelo australiano como el francés infringen la obligación internacional consagrada en el Art. 29 CVDT de aplicar la CGER en todo el territorio de soberanía<sup>34</sup> Además, las posturas presentadas infringen los principios consagrados por el Derecho Internacional Público consuetudinario, establecidos en el Art. 27 CVDT<sup>35</sup>, que estipula que un estado no puede liberarse de sus obligaciones internacionales a través de aprobar leyes contrarias internas. Por último, una abolición de los derechos es incompatible con los fines y objetivos de la CGER. Su objetivo de protección resultaría eludido, si los estados pudieran, en ejercicio de su soberanía, realizar controles de frontera de carácter *de facto* dentro de su área territorial sin que las obligaciones tengan la misma validez que en tierra firme.<sup>36</sup>

Por lo tanto, la prohibición del *refoulement* de la CGER tiene validez también en la zona de 12 millas marinas, independientemente de normas nacionales.

---

<sup>27</sup> Extensivamente Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, Pág. 255 et seq; Edwards, en: *IJRL* 15 (2003), Pág. 192 (208); compárese también Barnes, en: *ICLQ* 53 (2004), Pág. 47 (65 et seq.); Feld, en: *AJHR* 11 (2002), <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/> (última visita en Agosto de 2007).

<sup>28</sup> Por los hechos, TEDH, *Amuur v. France*, sentencia del 25 de Junio 1996, Appl. No. 17/1995/523/609, §§ 6 et seq., y 19 et seq.

<sup>29</sup> Magner, en: *IJRL* 16 (2004), Pág. 53 (75); Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Pág. 321 y 172; Barnes, en: *ICLQ* 53 (2004), Pág. 47 (69); Lauterpacht / Bethlehem, en: Feller / Türk / Nicholson, *Refugee Protection in International Law*, Pág. 87 (111), § 67; Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, Pág. 253; Feld, en: *AJHR* 11 (2002), <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/> (última visita en Agosto de 2007); también en otra ocasión, Feld subraya que surge como último („at the latest“) en este momento, lo cual no excluye que surge antes, como esa pregunta no se atiende en esa ocasión; con el mismo resultado también Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union’s External Borders*, Pág. 13.

<sup>30</sup> ACNUR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law*, § 33.

<sup>31</sup> EXCOM, Conclusion No. 97, § (a) (i): “The state within whose sovereign territory, or territorial waters, interception takes place has the primary responsibility for addressing any protection needs of intercepted persons.”

<sup>32</sup> Refugee Council of Australia, Position Paper of 17 May 2006: Migration Amendment (Designated Unauthorised Arrivals) Bill 2006, § 6.

<sup>33</sup> TEDH, *Amuur v. France*, sentencia del 25 de Junio de 1996, 17/1995/523/609, § 52.

<sup>34</sup> Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Pág. 320 et seq.; Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, Pág. 253; Barnes, en: *ICLQ* 53 (2004), Pág. 47 (66 y 69).

<sup>35</sup> Barnes, en: *ICLQ* 53 (2004), Pág. 47 (68); Feld, en: *AJHR* 11 (2002), <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/> (última visita en Agosto de 2007).

<sup>36</sup> Barnes, en: *ICLQ* 53 (2004), Pág. 47 (69); asimismo, refiriéndose a la jurisprudencia del TEDH en *Amuur*, Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Pág. 321.

### 3.1.1.2. CAT

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes del 10 de Diciembre de 1984 (Convención Anti-Tortura o CAT)<sup>37</sup> contiene en su Art. 3 I una prohibición expresa del *refoulement*: „Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.“ Se refiere a los argumentos presentados bajo 3.1.1.1. Por lo tanto, la prohibición formulada en Art. 3 I de la Convención contra la tortura se encuentra vigente en todo el territorio estatal, independientemente de normas nacionales contrarias, incluyendo la zona de 12 millas marinas.

### 3.1.1.3. Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos (PIDcivil)

El Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos<sup>38</sup> (PIDcivil) contiene en su Art. 7 I la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Aunque el PIDcivil no contiene ninguna prohibición expresa de *refoulement*, se deduce de dicha norma, apoyándose en la jurisprudencia emitida sobre el Art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, una prohibición de *refoulement*.<sup>39</sup> La protección, establecida a través del Pacto, se extiende, según Art. 2 I, a todas las personas que se encuentran en el territorio de un estado miembro sobre el cual se ejerce soberanía. Por lo tanto, nos remitimos, también en este caso, a la argumentación presentada en 3.1.1.1. Es decir, la prohibición de *refoulement* deducida del Art. 7 I PIDcivil, también es válida en todo el territorio estatal, independientemente de normas nacionales contrarias, incluyendo la zona de las 12 millas marinas.

### 3.1.1.4. CEDH

Del texto del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales<sup>40</sup> no se desprende directamente, un impedimento de *refoulement*. No obstante, se encuentra prohibida, según la jurisprudencia reiterada en este sentido del TEDH, la extradición, la expulsión o la relegación a un estado, en el cual la persona afectada se encontrará en peligro de ser expuesta a tortura o tratos inhumanos o degradantes a efectos legales del Art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>41</sup> En este caso, el punto de conexión de la aplicación del Art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos es la medida misma que termina la estadía, la cual se realiza por parte del estado miembro de la Convención.<sup>42</sup> La Convención Europea de Derechos Humanos obliga a las partes contratantes, según su Art. 1, el cual dispone que „all persons within their jurisdiction,“ por lo tanto obliga a todas las personas bajo su soberanía. Aunque el objeto de la sentencia en el caso Amuur<sup>43</sup> era una zona ubicada en tierra firme, la soberanía se ejerce indiscutiblemente sobre todo el territorio estatal, por lo tanto, de acuerdo al Art. 2 I CONVEMAR, también sobre el mar territorial. Por esto, no cabe duda que los principios establecidos en el caso Amuur, también tienen validez en la zona de las 12 millas marinas, especialmente ya que aquí son

---

<sup>37</sup> BGBl. 1990 II Pág. 247.

<sup>38</sup> BGBl. 1973 II 1534.

<sup>39</sup> Nowak, CCCPR Commentary, Art. 7, § 21.

<sup>40</sup> BGBl. 2002 II Pág. 1055.

<sup>41</sup> Jurisprudencia permanente desde hace el caso TEDH, Soering v. UK, sentencia del 07.07.1989, Appl. No. 14038/88, §§ 91 et seq.; extensivamente Marx, Handbuch zur Flüchtlingsanerkennung, § 39, Nm. 190 et seq.; paralelamente está en cuestión, aún de menor relevancia práctica, una prohibición de relegación cuando se encuentran amenazadas otros derechos garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos, compárese TEDH, Soering v. UK, ahí mismo, § 115.

<sup>42</sup> Wollenschläger, en: Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 17, marg.no. 32. con referencias adicionales; Marx, Handbuch zur Flüchtlingsanerkennung, § 39, marg.no. 154 et seq. con referencias adicionales a la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal; Bank, en: Grote/Marauhn, CEDH/GG Konkordanzkommentar, Cap. 11, marg.no. 106.

<sup>43</sup> TEDH, Amuur v. France, sentencia del 25.06.1996, Appl. No. 17/1995/523/609, § 52.

válidos los mismos argumentos señalados bajo 3.1.1.1. La prohibición de *refoulement*, consagrada en la Convención Europea de Derechos Humanos es vigente en todo el territorio estatal, incluyendo la zona de 12 millas marinas. Esto tiene validez independientemente de la existencia de normas nacionales contrarias.

### 3.1.2. Deberes emergentes del Derecho Internacional Público más allá de la zona europea de 12 millas marinas

Aquí surge la pregunta, si se aplican los tratados mencionados más allá del mar territorial, es decir, en la zona contigua como también en alta mar.

#### 3.1.2.1. CGER

Dentro del actual debate político-legal existen intentos de favorecer una abolición de la aplicación de reglas legales en el territorio más allá de la zona de 12 millas marinas. Así, el Ministerio de Asuntos Interiores alemán (*Bundesministerium des Innern* o *BMI*) presenta, en concordancia con el Gobierno Federal alemán (*Bundesregierung*)<sup>44</sup> la siguiente tesis: „La prohibición de *refoulement*, incorporada en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, no se aplica, según la práctica estatal y la doctrina predominante, en alta mar, siendo un área extraterritorial, en el caso de personas, que reclamen motivos de persecución.“<sup>45</sup>

El BMI y el Gobierno Federal se abstienen de comprobar la mencionada práctica estatal. Por ello se presenta una idea incorrecta, dado que la evaluación por parte de los estados miembros de la UE no es unánime.<sup>46</sup> Esta es la razón por la cual la Comisión anunció en una comunicación de Noviembre de 2006, que un estudio proyectado sobre el Derecho Marítimo Internacional, se ocupará, entre otros asuntos, de la pregunta aún no resuelta „en qué amplitud están obligados los estados miembros a garantizar la protección de acuerdo al principio de prohibición de *refoulement*, cuando sus buques ejecuten en diversas circunstancias medidas de búsqueda, intercepción y rescate.“<sup>47</sup> Dentro de la práctica estatal se encuentran, como mucho, posiciones aisladas, negando la validez extraterritorial de la CGER. En el centro del debate internacional se encuentra el caso *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, decidido por la Corte Suprema estadounidense (*US Supreme Court*). La Corte Suprema evaluó como legal la controvertida práctica de buques de patrulla estadounidenses de apartar con fuerza física refugiados en buques procedentes de Haití, más allá de las aguas de su soberanía<sup>48</sup>. Art. 33 I CGER no tendría efecto extraterritorial.<sup>49</sup> La jurisprudencia australiana<sup>50</sup> y

---

<sup>44</sup> Respuesta del Gobierno Federal Alemán a la solicitud menor por parte de los diputados Winkler, Beck, Beck, otros diputados y la fracción de Bündnis 90/Die Grünen – Drs. 16/2542 –, BT-Drs. 16/2723 del 25.09.2006, Pág. 6: „Die Regelungen des deutschen und europäischen Asyl- und Flüchtlingsrechts entfalten ihre Wirkung erst bei territorialem Gebietskontakt, d. h. an der Grenze und im Landesinneren. Gleiches gilt nach überwiegender Staatenpraxis für die Anwendung des Grundsatzes des Non-refoulement der Genfer Flüchtlingskonvention.“

<sup>45</sup> Ministerio de Asuntos Interiores, Effektiver Schutz für Flüchtlinge, wirkungsvolle Bekämpfung illegaler Migration, comunicación de prensa, Septiembre de 2005, Pág. 2, accesible por [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de) (última visita en Agosto de 2007).

<sup>46</sup> Asimismo la evaluación frente al siguiente documento citado en Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, Pág. 36.

<sup>47</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, comunicación de la Comisión del 30.11.2006 al Consejo, KOM(2006) 733 final, § 34.

<sup>48</sup> Extensivamente en referencia al fondo *Legomsky*, en: *IJRL* 18 (2006), Pág. 677 (679 et seq.); *Magner*, en: *IJRL* 16 (2004), Pág. 53 (72).

<sup>49</sup> *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 156 (USSC 1993).

<sup>50</sup> *MIMA v. Ibrahim*, [2000] HCA 55 (16 de Noviembre de 2000), § 136, per Gummow J; *MIMA v. Khawar*, [2002] HCA 14 (11 April 2002), § 42, per Mc Hugh and Gummow JJ; probablemente parecido también *Applicant A & Anor v. MIEA & Anor*, [1997] HCA 4 (24 de Febrero de 1997), 142 A.L.R. 331, 366, per Gummow J, que, aún basa su argumentación, en otro lugar, a *Sale*, pero trata y rechaza no a la vigencia territorial de la prohibición de *refoulement*, sino la cuestión de un derecho a asilo bajo la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados.

partes de la jurisprudencia británica<sup>51</sup> siguieron este fallo. Sin embargo, se debe resaltar que sentencias aisladas de cortes nacionales se deben discutir, como mucho, como un aspecto de derecho comparativo, pero no pueden ser obligatorias dentro del Derecho Internacional Público.<sup>52</sup>

La afirmación que -además de la práctica estatal- la doctrina predominante niegue la validez extraterritorial de la prohibición de *refoulement* de la CGER, tampoco se encuentra comprobada ni por parte del *BMI* ni por parte del Gobierno Federal alemán. Esta afirmación refleja de manera incorrecta el estado del debate internacional como se presenta desde hace más de una década. Una opinión jurídica referente se encuentra, como mucho, en la doctrina de los años 1950 y 1960.<sup>53</sup> La doctrina actual y reciente<sup>54</sup> va conforme con el ACNUR,<sup>55</sup> el EXCOM<sup>56</sup> y los ONGs<sup>57</sup> sosteniendo que el Art. 33 I CGER obliga a los estados miembros también más allá del territorio estatal. La misma opinión también es sostenida por algunas partes de la diversa jurisprudencia británica<sup>58</sup> y el juez Blackmun en su opinión disidente en *Sale v. Haitian Ctrs. Council*.<sup>59</sup> También la Comisión

---

<sup>51</sup> *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Anor (Respondents)* ex parte European Roma Rights Centre and Others (Appellants), [2004] UKHL 55 (9 de Diciembre de 2004), § 68, per Lord Hope, con el mismo resultado probablemente Lord Bingham, en otro lugar, § 17.

<sup>52</sup> Otra cosa podría resultar válida solamente si por esas se expresaría, o una práctica *coherente* en el sentido de Art. 31 III b) CVDI o dicha práctica se haya establecido como Derecho Internacional Público consuetudinario en el sentido de Art. 38 del Estatuto de la CIJ. Ambas constelaciones se tiene que rechazar en el caso de la constelación presentemente discutida.

<sup>53</sup> Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law, Volume II* (1966), Pág. 94; Robinson, *Nehemiah: Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation* (1953), Art. 33, § 5; si es que la Corte Suprema se refiere a en *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 183 (USSC 1993), a Aga Khan, en: *Recueil des Cours* 149 (1976), Pág. 287 (318), ignora que el derecho a asilo, discutido y rechazado compadecidamente en otro lugar, es otra cosa que la máxima del non-*refoulement*, compárese para esto Goodwin-Gill, en: *IJRL* 6 (1994), Pág. 103 (109).

<sup>54</sup> Lauterpacht / Bethlehem, en: Feller / Türk / Nicholson, *Refugee Protection in International Law*, Pág. 87 (110), § 62; Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, Pág. 244 et seq.; Goodwin-Gill, en: *IJRL* 6 (1994), Pág. 103 (103 et seq.); Barnes, en: *ICLQ* 53 (2004), Pág. 47 (68); Bailliet, en: *Hum.Rts.Q.* 25 (2003), Pág. 741 (751); Roberts, en: *EJIL* 15 (2004), Pág. 721 (745 et seq.); Goodwin-Gill, en: *IJRL* 6 (1994), Pág. 103 (109); Fischer-Lescano / Tohidipur, en: *Europäisches Asyl- y Migrationsrecht, Beilage zum Asylmagazin* 5/2007, Pág. 19 (24 et seq.); Legomsky, en: *IJRL* 18 (2006), Pág. 677 (687 et seq.); Debenedetti, *Externalization of European Asylum and Migration Policies*, Pág. 6; Hathaway, *The Rights of Refugees in International Law*, Pág. 336 et seq.; Magner, en: *IJRL* 16 (2004), Pág. 53 (71); Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, Pág. 37; aún no expresamente pro probablemente con el mismo resultado Fitzpatrick, en: *Harv.Hum.Rts.J.* 9 (1996), Pág. 229 (248), que critica la decisión en *Sale* como „particularly stark and troubling“.

<sup>55</sup> 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*, §§ 24 sig.; *item*, *Background Paper on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea*, § 18; *item*, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law*, § 30; *item*, *UN High Commissioner for refugees responds to U.S. Supreme Court Decision in Sale v. Haitian Centers Council*, publicado en *International Legal Materials* 32 (1993), Pág. 1215 (1215); *item*, *Amicus Curiae Brief of December 21, 1992 submitted to the United States Supreme Court*, citado en *ILM* 32 (1993), Pág. 1215 (1215); ACNUR, *Anmerkungen zur Mitteilung der Europäischen Kommission über eine gemeinsame Politik auf dem Gebiet der illegalen Einwanderung (KOM(2001) 672 final del 15 de November de 2001)*, § 12; con el mismo resultado también ACNUR/IMO, *Rescue at Sea*, Pág. 8: “If people are rescued at sea make known a claim for asylum, key principles as defined in international refugee law need to be upheld.”

<sup>56</sup> EXCOM, *Comité Permanente, 18th Meeting, Interception of Asylum Seekers and Refugees: The International Framework and recommendations for a Comprehensive Approach*, UN Doc. EC/50/SC/CRP.17 (09.06.2000), § 23: „The principle of non-*refoulement* does not imply any geographical limitation.“; paralelamente el EXCOM apuntó en diferentes ocasiones a situaciones, en las que la prohibición del *refoulement* exista, independientemente de la presencia de la persona afectada, en el territorio del estado miembro; así evaluó la relegación en la frontera en EXCOM, *Conclusion No. 22 (XXXII) (1981)*, § II.A.2; *No. 81 (XLVIII) (1997)*, § (h), y *Conclusion No. 82 (XLVIII) (1997)*, § (d) (iii), tanto como infracción como el impedimento del acceso al territorio estatal, compárese EXCOM, *Conclusion No. 82 (XLVIII) (1997)*, § (d) (iii); *Conclusion No. 85 (XLIX) (1998)*, § (q); en este sentido también la observación a la necesidad de protección de polizones a bordo de buques, *Conclusion No. 53 (XXXIX) (1981)*, § (1).

<sup>57</sup> HRW, *By Invitation Only: Australian Asylum Policy*, Pág. 40; Young, *Submisión de ONG al Comité Ejecutivo de ACNUR, Comité Permanente 5-7 de Julio de 2000, Posición de Wendy Young del Women's Commission for Refugee Women and Children on behalf of the NGO Community*.

<sup>58</sup> *European Roma Rights Centre & Ors v Immigration Officer at Prague Airport & Anor* [2003] EWCA Civ 666 (20 May 2003), § 34, per Simon Brown LJ.

<sup>59</sup> *Dissenting Opinion Blackmun J, Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 190 (USSC 1993).

Inter-Americana de Derechos Humanos que constató la violación de varios derechos garantizados por la Convención Americana de Derechos Humanos a través de la práctica estadounidense (EE.UU.) en referencia a los refugiados en buques haitianos,<sup>60</sup> comparte la opinión del ACNUR.<sup>61</sup>

El lugar en el cual se encuentren la persona afectada y la persona funcionaria activa no pueden ser el criterio decisivo. Más bien, es decisivo si la persona afectada se encuentra bajo el control de órganos estatales o si se encuentra afectada por su actividad.<sup>62</sup> Afuera del estado de origen de la persona afectada, no existe lugar, en el cual la prohibición de *refoulement* de la CGER no pueda reclamar su validez – sea dentro del propio territorio, en la frontera, más allá de la frontera del estado, en zonas de tránsito o en áreas declaradas zonas internacionales.<sup>63</sup> La decisión contraria de la Corte Suprema de los EE.UU. es fuertemente criticada<sup>64</sup> y rechazada<sup>65</sup> por parte de representantes de esta postura,<sup>66</sup> como decisión motivada exclusivamente por razones políticas.

Esta última postura es favorecida por el texto. Su interpretación se orienta, según Art. 33 CVDT en conexión con Art. 46 CGER a la versión inglesa y la versión francesa. La versión inglesa del Art. 33 I CGER dice: „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 (...)” La formulación „in any matter whatsoever“, incluye cualquier acción pensable que exponga a la persona afectada a un peligro de persecución.<sup>67</sup>

Además, se encuentra al lado de „expel“, lo cual se refiere a la expulsión del territorio estatal, la palabra relacionada „return“. La última debe tener un significado independiente. Esto lo reconoce también la Corte Suprema de EE.UU., pero lo elude a través de la tesis que „return“ solamente incluye a personas, que se encuentran directamente en el umbral de entrar al territorio.<sup>68</sup> Esta presunción va en contra del significado común del término „return“. <sup>69</sup> Incluye „to send back“<sup>70</sup> respectivamente „to bring, send, or put back to a former or proper place.“<sup>71</sup> Punto de referencia geográfico es exclusivamente el punto de destino, al cual no se debe de devolver. Una limitación

---

<sup>60</sup> The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), §§ 183 – 188.

<sup>61</sup> The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., 550 (1997), § 157.

<sup>62</sup> Lauterpacht / Bethlehem, en: Feller / Türk / Nicholson, Refugee Protection in International Law, Pág. 87 (110 f), § 63 y 64; Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, Pág. 245; 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, § 43.

<sup>63</sup> Lauterpacht / Bethlehem, en: Feller / Türk / Nicholson, Refugee Protection in International Law, Pág. 87 (111), § 67; Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, Pág. 246; Fischer-Lescano / Tohidipur, en: Europäisches Asyl- und Migrationsrecht, Beilage zum Asylmagazin 5/2007, Pág. 19 (25).

<sup>64</sup> Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, Pág. 247: “essentially policy decision”.

<sup>65</sup> 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, § 28; Legomsky, en: IJRL 18 (2006), Pág. 677 (686 et seq.); Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, Pág. 336 et seq.

<sup>66</sup> Compárese Goodwin-Gill, en: IJRL 6 (1994), Pág. 103 (109): “The Court has merely composed the illegality, itself becoming a party to the breach”; Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, Pág. 337: “Of all of the Court’s Arguments, this is perhaps the most disingenuous”.

<sup>67</sup> Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, Pág. 246; Goodwin-Gill, en: IJRL 6 (1994), Pág. 103 (103); ACNUR: UN High Commissioner for refugees responds to U.S. Supreme Court Decision in Sale v. Haitian Centers Council, publicado en International Legal Materials 32 (1993), Pág. 1215 (1215); Legomsky, en: IJRL 18 (2006), Pág. 677 (688); Magner, en: IJRL 16 (2004), Pág. 53 (71); Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union’s External Borders, Pág. 34.

<sup>68</sup> Sale v. Haitian Ctrs. Council, 509 US 155, 180 (USSC 1993).

<sup>69</sup> Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, Pág. 337.

<sup>70</sup> Oxford English Dictionary, edición online, www.oed.com, Return, III. c., (última visita en Agosto de 2007); asimismo Merriam-Webster Online Dictionary, Return, 3. a., www.m-w.com/cgi-bin/dictionary (última visita en Agosto de 2007).

<sup>71</sup> Merriam-Webster Online Dictionary, Return, 2.a., www.m-w.com/cgi-bin/dictionary (última visita en Agosto de 2007).

geográfica con referencia al lugar donde surga la obligación no puede ser extraída del texto.<sup>72</sup> Por lo tanto, también la Corte Suprema confiesa que elige, en contra de Art. 31 CVDT una interpretación del texto menos amplia que el significado común, pero lo justifica con el significado francés de la palabra. Este incluye actos de defensa en la frontera de carácter puramente pasivo, pero no las acciones en cuestión por parte de las fuerzas de seguridad estadounidenses en alta mar.<sup>73</sup> Que esa argumentación no sea aplicable, salta a la luz por el hecho que la misma prensa francesa use el término “refouler” para describir la actividad en cuestión<sup>74</sup> y equipare „refouler“ con „repousser“<sup>75</sup> (empujar *hacia atrás*, rechazar<sup>76</sup>) y „pousser en arrière“<sup>77</sup> (contener, empujar *hacia atrás*).<sup>78, 79</sup>

Esto se encuentra respaldado por consideraciones teleológicas. La Convención sirve a la protección efectiva contra violaciones de Derechos Humanos en el estado de origen. Cada limitación territorial frustraría este fin.<sup>80</sup> Este argumento tiene un peso considerable por tres razones.

- Primero, se evalúa la necesidad de protección de un refugiado únicamente por el peligro de resultar perseguido en el estado de origen. El énfasis puesto en la perspectiva de la víctima como elemento decisivo de la interpretación, se ha hecho valer en los últimos años en referencia a varias preguntas discutidas sobre el término refugiado.<sup>81</sup> Una interpretación consistente de la CGER también debe adaptarse a esa perspectiva de la interpretación de la prohibición de *refoulement*.
- Segundo, la vigencia extraterritorial de otros tratados sobre Derechos Humanos recibe también un reconocimiento creciente.<sup>82</sup> Una interpretación de la CGER de forma dinámica y orientada en los Derechos Humanos debe de ser realizada<sup>83</sup> en concordancia con ese desarrollo<sup>84</sup>.

---

<sup>72</sup> 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, § 26 f; Dissenting Opinion Blackmun J, Sale v. Haitian Ctrs. Council, 509 US 155, 193 (USSC 1993); Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union’s External Borders, Pág. 34.

<sup>73</sup> Sale v. Haitian Ctrs. Council, 509 US 155, 180 (USSC 1993).

<sup>74</sup> Compárese Le Monde v. 31.5./1.6.1992, Le bourbier haitien; citado como Blackmun J en su Dissenting Opinion, Sale v. Haitian Ctrs. Council, 509 US 155, 194 (USSC 1993), hin; asimismo Legomsky, en: IJRL 18 (2006), Pág. 677 (690).

<sup>75</sup> Le Nouveau Petit Robert, Pág. 2212.

<sup>76</sup> Langenscheidts Großwörterbuch Französisch-Deutsch, Pág. 830.

<sup>77</sup> Le Nouveau Petit Robert, Pág. 2212.

<sup>78</sup> Langenscheidts Großwörterbuch Französisch-Deutsch, Pág. 59 y 747.

<sup>79</sup> Asimismo Dissenting Opinion Blackmun J, Sale v. Haitian Ctrs. Council, 509 US 155, 191 (USSC 1993).

<sup>80</sup> 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, § 29; *item*, ACNUR: UN High Commissioner for refugees responds to U.S. Supreme Court Decision in Sale v. Haitian Centers Council, publicado en International Legal Materials 32 (1993), Pág. 1215 (1215), refiriéndose al Amicus Curiae Brief presentado en este procedimiento.

<sup>81</sup> Compárese el énfasis a la perspectiva de la víctima como argumento contra el requerimiento de una motivación hostil en RSAA, Ref. App. No. 71427/99 (16 de Agosto de 2000), § 46; Hathaway / Foster, en: IJRL 15 (2003), Pág. 461 (468); Cook, en: Mich.J.Int’l L. 23 (2002), Pág. 223 (243); von Thenen, Geschlechtsspezifische Flucht- y Bleibegründe, Pág. 71; asimismo se reconoce que la perspectiva de la víctima se emplea como argumento decisivo contra el requerimiento de la cohesión interior al definir el cierto grupo social, compárese Islam v. SSHD and Anor, Ex Parte Shah, R v., [1999] UKHL 20 (25 de Marzo de 1999), publicado en: IJRL 11 (1999), Pág. 496 (511), per Lord Hoffmann; por fin, la perspectiva de la víctima es uno de los argumentos decisivos contra el requerimiento del carácter estatal de la persecución, compárese RSAA, Ref. App. No. 71427/99 (16 de Agosto de 2000), § 63; Mathew / Hathaway / Foster, en: IJRL 15 (2003), Pág. 444 (451).

<sup>82</sup> Compárese por esto más abajo 3.1.2.2., 3.1.2.3., 3.1.2.4. y 3.1.3.2., 3.1.3.3. y 3.1.3.4. Comisión de Derechos Humanos : The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., 550 (1997), § 167.

<sup>83</sup> Expresa observación de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados y tratados sobre Derechos Humanos como sistemas de influencia mutua en 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, § 34; Goodwin-Gill, en: IJRL 6 (1994), Pág. 103 (105); asimismo, presentando extensivamente las aproximaciones referentes del Comité de Derechos Humanos y del TEDH Lauterpacht / Bethlehem, en: Feller / Türk / Nicholson, Refugee Protection in International Law, Pág. 87 (110 et seq.), §§ 64 et seq.; Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, Pág. 244 et seq.; Barnes, en: ICLQ 53 (2004), Pág. 47 (68); Fischer-Lescano / Tohidipur, en: Europäisches Asyl- und

- Tercero, la opinión opuesta daría a los estados miembros la posibilidad de liberarse de sus obligaciones internacionales mudando *de facto* controles fronterizos a sitios ubicados fuera de las aguas de su soberanía. Así, los estados tendrían la posibilidad de frustrar, por medio de conducta contra la buena fe, los fines y motivos de la CGER.

Por último, también consideraciones sistemáticas están a favor de la vigencia extraterritorial, aunque la Corte Suprema de EE.UU. in *Sale* se refiere al Art. 33 II CGER. Según éste no es posible aplicar el párrafo I de la misma norma a personas que por razones graves representen un peligro para la comunidad del país, dónde se encuentran („the country in which he is“). Por eso, Art. 33 I CGER puede referirse exclusivamente a personas dentro del territorio del estado.<sup>85</sup> Esa objeción tampoco se hace valer. Primero, Art. 33 I y II CGER se encuentran en una relación de excepción mutua. La postura presentada deduce, en contra de métodos jurídicos, de la excepción a la regla.<sup>86</sup> Segundo, omite que ambas normas van hacia fines diferentes.<sup>87</sup> La excepción del párrafo II se refiere a un peligro que tiene como origen el solicitante. Lo cual sólo puede surgir para el estado receptor en situaciones especiales y solo cuando la persona afectada se encuentre dentro de dicho estado.<sup>88</sup> Ante el trasfondo de tal peligro, se debe considerar al Art. 33 II CGER, como concesión a la soberanía estatal, que no puede reclamar vigencia en alta mar.<sup>89</sup> Tercero, la Convención contiene regulaciones explícitas para casos, en los cuales los resultados legales surgen sólo como consecuencia de una estadía dentro del territorio estatal. Los mismos se encuentran formulados de manera precisa, diferenciando si se trata de una mera presencia<sup>90</sup> o de una estadía legal dentro del territorio estatal<sup>91</sup>. A través de la abstracción inversa, resulta prohibido interpretar como contenido, una restricción geográfica, a otras normas de la Convención, que no contengan en sí una restricción referente.<sup>92</sup>

Como argumento adicional contra la aplicación extraterritorial de la Convención se evoca en varias ocasiones, que esto equivaldría a un derecho a asilo territorial. El cual no estaría contenido en la CGER.<sup>93</sup> A pesar de que lo anteriormente señalado sea en principio correcto, se ignora que el derecho a asilo es algo diferente a la obligación del *non-refoulement*.<sup>94</sup>

---

Migrationsrecht, Beilage zum Asylmagazin 5/2007, Pág. 19 (24 et seq.); Goodwin-Gill, en: IJRL 6 (1994), Pág. 103 (103); Roberts, en: EJIL 15 (2004), Pág. 721 (745 et seq.); Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Pág. 339.

<sup>84</sup> Ante ese fondo, va al vacío el apercibimiento del House of Lords y de la Corte Suprema de los EE.UU. a *Grahl-Madsen*, compárese *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Anor (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and Others (Appellants)*, [2004] UKHL 55 (9 de Diciembre de 2004), § 70, per Lord Hope; *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 182 (USSC 1993), y a *Robinson*, UKHL, también en otro lugar, § 17, per Lord Bingham; USSC, también en otro lugar. Ambos autores habían tomado las posiciones citadas durante unas décadas (*Grahl-Madsen* 1966, *Robinson* 1953) antes de que se preponía el consenso presentado en el tema de los Derechos Humanos. Por lo tanto, cabe duda si seguirían con esto hoy en día.

<sup>85</sup> *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 179 et seq. (USSC 1993).

<sup>86</sup> Compárese, probablemente también en este sentido *Dissenting Opinion Blackmun J, Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 194 (USSC 1993): “nonreturn is the rule, the sole exception (...) is that a nation endangered by a refugee’s very presence may ‘expel or return’ him to an unsafe country if it chooses.”

<sup>87</sup> ACNUR, *Advisory Opinion on the Exterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, § 28.

<sup>88</sup> ACNUR, *Advisory Opinion on the Exterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, § 28; Legomsky, en: IJRL 18 (2006), Pág. 677 (689); Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Pág. 336; *Dissenting Opinion Blackmun J, Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 194 (USSC 1993).

<sup>89</sup> Legomsky, en: IJRL 18 (2006), Pág. 677 (689).

<sup>90</sup> Art. 2: „country in which he finds himself“; Art. 4: “refugees within their territories, Art. 27: “any refugee in their territory”.

<sup>91</sup> Art. 15, 17 I, 19 I, 21, 23, 24 I, 28 I: “lawfully staying”; art 18 y 32: „Refugee lawfully in their territory“; Art. 26: “refugees lawfully in its territory”.

<sup>92</sup> ACNUR, *Advisory Opinion on the Exterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, § 28.

<sup>93</sup> *Applicant A & Anor v. MIEA & Anor*, [1997] HCA 4 (24 February 1997), 142 A.L.R. 331, 366, per McHugh J; *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Anor (Respondents) ex Parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)*, [2004] UKHL 55 (9 de Diciembre de 2004), § 17, per Lord Bingham, refiriéndose a *MIMA v. Ibrahim*, [2000] HCA 55 (16 de Noviembre de 2000), § 142, per Gummow J; compárese, en otro lugar, en este sentido tam-

Por último, la Corte Suprema en *Sale* se basa, al igual que partes de la jurisprudencia británica,<sup>95</sup> en la génesis histórica.<sup>96</sup> La interpretación histórica es, según el Art. 32 CVDT de relevancia subsidiaria.<sup>97</sup> Por lo cual no podría tener ninguna influencia al resultado presentado. Por lo demás, la Corte Suprema se basa, de forma aislada, en las declaraciones de dos delegados,<sup>98</sup> objetando a las contribuciones de otro delegado<sup>99</sup> y por eso, no documenta un consenso de la asamblea de los comisionados.<sup>100</sup> Por lo cual, no puede sorprender que la etiología sea evaluada de manera contraria por parte del ACNUR,<sup>101</sup> y por la doctrina, por lo menos, de manera ambigua.<sup>102</sup> Una evaluación final de la controversia resulta, según Art. 32 CVDT, como jurídicamente irrelevante. Por lo cual, la prohibición de *refoulement* del Art. 33 II CGER desarrolla efectos obligatorios extraterritoriales.

### 3.1.2.2. CAT

El órgano responsable de supervisión según el tratado, la Comisión Especial de la UN contra la Tortura, ha confirmado la vigencia extraterritorial de Art. 3 I CAT en referencia a los detenidos de Guantánamo.<sup>103</sup> Además, la comisión indicó la aplicabilidad extraterritorial de las normas de la Convención, que se encuentran conectadas a la instauración de poder de soberanía, cuando un estado ejerce control efectivo sobre un área o una persona.<sup>104</sup> La Convención Anti-Tortura usa en su versión inglesa, como uno de los idiomas auténticos del tratado<sup>105</sup>, a lado de la palabra „extradite“ las palabras „expel, return (‘refouler’)“, y por ende tiene parecido con la prohibición de Art. 33 I CGER. Por lo tanto, para fundamentar esta postura se puede remitir en plena extensión a los argumentos ya anteriormente<sup>106</sup> presentados. Además, el texto se refiere, sin exigir la instauración de soberanía, al acto de la expulsión, la extradición y la relegación. También esto resulta a favor de la aplicación extraterritorial. Art. 3 I CAT tiene validez extraterritorial.

### 3.1.2.3. Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos (PIDcivil)

La doctrina<sup>107</sup> presupone también para la prohibición de *refoulement* resultando de Art. 7 I PIDcivil su validez extraterritorial. Con esto sigue al órgano responsable de control según el tratado, la Comisión de Derechos Humanos. La misma constató ya en 1981, que el punto referente para establecer la soberanía necesario del Art. 2 I PIDcivil, no es el lugar de la acción estatal, sino el

---

bién §§ 137 et seq.; asimismo la opinión del Gobierno de los EE.UU. en *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), § 72.

<sup>94</sup> Compárese para esto Goodwin-Gill, en: *IJRL* 6 (1994), Pág. 103 (109); compárese para esto también bajo 3.3.1.

<sup>95</sup> *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Anor (Respondents)* ex parte European Roma Rights Centre and Others (Appellants), [2004] UKHL 55 (9 de Diciembre de 2004), § 17, per Lord Bingham.

<sup>96</sup> *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 184 á 187 (USSC 1993); no obstante la Corte Suprema mismo reconoce la vigencia subsidiaria, compárese Pág. 187.

<sup>97</sup> Compárese 3.; asimismo Dissenting Opinion Blackmun J, *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 194 f (USSC 1993); Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union’s External Borders*, Pág. 35.

<sup>98</sup> *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 184 f (USSC 1993).

<sup>99</sup> Compárese la posición del delegado estadounidense Henkins, según la cual sólo el peligro presente en el estado de origen es de carácter decisivo, ECOSOC, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, UN Doc. E/AC.32/SR. 20 (1 de Febrero de 1950), § 54 et seq.; publicado en: Takkenberg / Tahbaz, *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees*, Vol. I, Pág. 290 (295).

<sup>100</sup> Legomsky, en: *IJRL* 18 (2006), Pág. 677 (690); Goodwin-Gill, en: *IJRL* 6 (1994), Pág. 103 (104).

<sup>101</sup> ACNUR, *Advisory Opinion on the Exterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, §§ 30 et seq.

<sup>102</sup> Dissenting Opinion Blackmun J, *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 US 155, 194 (USSC 1993); Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Pág. 337.

<sup>103</sup> CAT, *Concluding Observations: United States of America*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2 (25.07.2006), § 20.

<sup>104</sup> CAT, ahí mismo, § 15.

<sup>105</sup> Compárese Art. 33 CAT.

<sup>106</sup> Compárese arriba 3.1.2.1.

<sup>107</sup> Lawson, en: Coomans / Kamminga, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Pág. 83 (93); Fischer-Lescano / Tohidipur, en: *Europäisches Asyl- und Migrationsrecht, Beilage zum Asylmagazin* 5/2007, Pág. 19 (24).

hecho si ocurre una violación de Derechos Humanos en la relación entre estado e individuo.<sup>108</sup> La Comisión lo afirmó en 2004 en su Comentario General No. 31 y se concentró, independientemente del lugar del incidente, exclusivamente en el aspecto si la persona se encontró bajo la soberanía o en el control efectivo del estado.<sup>109</sup> Por lo tanto Art. 7 frase 1 PIDcivil también tiene validez extraterritorial.

#### 3.1.2.4. CEDH

La doctrina<sup>110</sup> predominante afirma la validez de la prohibición de *refoulement* deducida de la Convención Europea de Derechos Humanos también más allá de la zona de 12 millas marinas. El TEDH tanto como la Comisión Europea para los Derechos Humanos se han ocupado, en varias ocasiones, con el efecto extraterritorial de la Convención Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, ninguna de las sentencias tenía como objeto la validez de la prohibición de *refoulement*.

La jurisprudencia del TEDH falla de forma muy enfocada en casos individuales. Con este trasfondo se presenta en lo siguiente de forma breve el desarrollo general de la jurisprudencia, para analizar después, a través de la presentación de sentencias individuales, cuales son las conclusiones permitidas en referencia a la presente pregunta. En el centro de la evaluación se encuentra de forma permanente la pregunta, si las personas afectadas se encuentran, de acuerdo al Art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, bajo la soberanía del estado activo. La Comisión Europea para los Derechos Humanos reconocía como fundamental la posibilidad del efecto extraterritorial de la Convención Europea de Derechos Humanos en varias de sus decisiones. “reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades” en el sentido legal del Art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos no sería entendido como limitación al territorio estatal. Esto dependería mas bien del hecho que un estado ejerza su soberanía sobre una persona, por la cual ella o sus bienes se encuentran afectados. Siendo éste el caso, el estado resulta responsable. La pregunta, si esto se realice dentro o fuera del propio territorio, es irrelevante.<sup>111</sup> El TEDH afirmó esto en reiteradas ocasiones, repitiéndose de manera casi textual y sin otras limitaciones<sup>112</sup> De manera complementaria, en *Loizidou*<sup>113</sup> y en casos siguientes<sup>114</sup> deduce la responsabilidad estatal no sólo del control efectivo sobre personas, sino también del hecho, que el estado ejerce a través de una ocupación militar, independiente de que sea legal o ilegal, soberanía efectiva sobre territorio propio o territorio foráneo. En caso de acciones dentro del marco de administración fiduciaria de las Naciones Unidas, en su decisión del caso *Behrami & Saramati* del 31 de Mayo de 2007, el TEDH pone un límite de jurisprudencia. Cuando los estados transfieren soberanía a organizaciones internacionales y éstas -como fue el caso en la acción concreta en cuestión, la *misión de mantener la paz* en el Kosovo— resulta ser ejercida fuera del territorio del los

---

<sup>108</sup> Human Rights Committee, *Delia Saldías de Lopez v. Uruguay*, Communication No. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 (29.07.1981), §§ 12.1. – 12.3.; asimismo Human Rights Committee, Communication No. 106/1981: *Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/18/D/106/1981 (31.03.1983), § 5.

<sup>109</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26.05.2004), § 10.

<sup>110</sup> Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, Pág. 245; Fischer-Lescano / Tohidipur, en: *Europäisches Asyl- und Migrationsrecht*, Beilage zum *Asylmagazin* 5/2007, Pág. 19 (24); Lauterpacht / Bethlehem, en: *Feller / Türk / Nicholson, Refugee Protection in International Law*, Pág. 87 (111), § 66.

<sup>111</sup> CEDH, *Cyprus v. Turkey*, Rep. 26.05.1975, Appl. Nos. 6780/74 and 6950/75, Decisions and Reports 2 (1975), 125, 136; CEDH, *Hess v. UK*, decisión del 28.05.1975, Appl. No. 6231/73, Decisions and Reports 2 (1975), 72, 73; CEDH, *W.M. v. Denmark*, decisión del 14.10.1992, Appl. No. 17392/90, § 2.

<sup>112</sup> TEDH, *Stocké v. Germany*, sentencia del 19.03.1991, Appl. No. 11755/85, § 166; TEDH, *Drozdz and Janousek v. France and Spain*, sentencia del 26.06.1992, Appl. No. 12747/87, § 91.

<sup>113</sup> *Loizidou v. Turkey*, 23.03.1995, Appl. No. 40/1993/435/514, § 62.

<sup>114</sup> TEDH, *Cyprus v. Turkey*, sentencia del 10.05.2001, Appl. No. 25781/94, § 77; TEDH, *Djavit An v. Cyprus*, sentencia del 20.02.2003, Appl. No. 20652/92, §§ 18 – 23.

estados referentes,<sup>115</sup> el TEDH no se considera el cuerpo competente. En casos de medidas tomadas por parte de órganos europeos de protección de fronteras cooperantes no puede tratarse de una transferencia de soberanía a una Organización Internacional en el sentido legal. Por un lado, en el caso de medidas de protección de fronteras, la referencia territorial es de otra cualidad que en el caso de una *misión de mantenimiento de la paz*. Por otro lado, ni el Reglamento de FRONTEX ni el Reglamento 863/2007 prevén, en referencia a las patrullas de acción inmediata (RABITs), una transferencia completa de soberanía en el sentido de la jurisprudencia del TEDH, por lo cual el principio que la Convención Europea de Derechos Humanos es aplicable extraterritorialmente en el caso de medidas europeas de protección de fronteras cuando se ejerce soberanía, queda vigente.

En 2001, la aplicación del principio extraterritorial de la Convención Europea de Derechos Humanos sufrió cierta limitación a través del fuertemente criticado fallo *Bankovic*<sup>116</sup>. El TEDH no vio el bombardeo de Yugoslavia, realizado por varios estados miembros, como ejercicio de soberanía. Resaltó más bien la relación de la regla con la excepción: Art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos establecería el concepto territorial de soberanía como regla. La aplicación extraterritorial de la Convención Europea de Derechos Humanos sería sólo la excepción que se aplique en las circunstancias particulares del caso individual.<sup>117</sup> Punto de partida de la razón dada en *Bankovic* es el principio territorial. Según esto, cada estado ejerce en su territorio estatal soberanía ilimitada.<sup>118</sup> Demandando esto, el TEDH subraya, que el ejercicio extraterritorial de soberanía en el sentido del Art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos es secundaria frente a la soberanía territorial de otro estado. Además, en principio, un estado<sup>119</sup> sólo debe poder ejercer soberanía en un área foránea de otro estado cuando éste lo permita.<sup>120</sup>

Aunque esto en principio indicaría aparentemente, una limitación estricta de la validez extraterritorial, el Tribunal afirmó, también después de *Bankovic*, varias veces la validez extraterritorial.<sup>121</sup> Por lo tanto, en ningún caso se puede usar esta sentencia como argumento global en contra de la validez extraterritorial. Más bien, se debe ver la evolución por parte del Tribunal como apertura a nuevos desarrollos.<sup>122</sup> Esto recibe aún mayor validez, observando que el Tribunal básicamente confirmó su jurisprudencia anterior en *Bankovic*<sup>123</sup> y solo a causa de las circunstancias particulares, no las vio cumplidas.<sup>124</sup> Sobre todo, la argumentación en *Bankovic* toma el principio territorial como punto de partida de una manera, que sólo puede reclamar validez en cuanto se refiere a territorio estatal foráneo, pero no cuando se refiere a alta mar. En alta mar, a falta de soberanía territorial ajena, no puede surgir el conflicto que el TEDH intenta evitar por medio de su interpretación del Art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ante este trasfondo, en lo siguiente, se analizará cuales son las deducciones que se podrán derivar de la presente jurisprudencia en referencia a la validez extraterritorial. La presentación sigue

---

<sup>115</sup> TEDH, *Behrami v. France & Saramati v. France, Germany & Norway*, Appl. No. 78166/01 & 71412/01, decisión del 31.05.2007, § 151.

<sup>116</sup> Compárese Breuer, en: *EuGRZ* 2003, Pág. 449 (450); Lawson, en: *Coomans / Kamminga, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Pág. 83 (83 et seq.).

<sup>117</sup> *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, decisión del 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, *Reports of Judgments and Decisions 2001-XII*, Pág. 333, §§ 59 et seq.

<sup>118</sup> Doehring, *Völkerrecht*, marg. no. 808.

<sup>119</sup> Como excepciones se nombra, en otro lugar, situaciones de ocupación militar.

<sup>120</sup> *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, decisión del 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, *Reports of Judgments and Decisions 2001-XII*, Pág. 333, §§ 60 f; por argumentos adicionales compárese §§ 61 – 75.

<sup>121</sup> TEDH, *Öcalan v. Turkey*, sentencia del 12.03.2003, Appl. No. 46221/99, § 93; *Öcalan v. Turkey*, sentencia del 12.12.2005 (Grand Chamber), Appl. No. 46221/99, § 91; con el mismo resultado, pero rechazado por la situación factual *Issa and Others v. Turkey*, sentencia del 16.11.2004, Appl. No. 31821/96, § 71 et seq.

<sup>122</sup> *Asimismo Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law*, Pág. 246.

<sup>123</sup> *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, decisión del 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, *Reports of Judgments and Decisions 2001-XII*, Pág. 333, §§ 67 – 73.

<sup>124</sup> *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, decisión del 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, *Reports of Judgments and Decisions 2001-XII*, Pág. 333, §§ 74 et seq.

esquemáticamente a una categorización de *Weinzierl* en el marco de un estudio publicado por el Instituto Alemán de Derechos Humanos (Deutsches Institut für Menschenrechte)<sup>125</sup>.

#### 3.1.2.4.1. Jurisdicción del pabellón según el Derecho del Mar como potestad jurisdiccional

El TEDH afirma expresamente el efecto extraterritorial de la Convención Europea de Derechos Humanos a bordo de buques.<sup>126</sup> Esto resulta como consecuencia directa del Art. 92 CONVEMAR. Esa norma define la llamada jurisdicción exclusiva de pabellón del Estado a la que están sometidos los buques. Aunque ésta no se pueda equiparar con la soberanía territorial<sup>127</sup> ella tiene como consecuencia una jurisdicción funcional ejercida por el estado sobre un buque, navegando bajo su pabellón. Por lo tanto, todo Estado ejercerá de manera efectiva su potestad jurisdiccional y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarboleden su pabellón.<sup>128</sup> Esto incluye, en caso de un estado de pabellón europeo también la Convención Europea de Derechos Humanos. En relación a todas las personas, que se encuentren a bordo de un buque, resultan obligaciones para la tripulación según la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>129</sup>

Es cuestionable si los miembros de la tripulación a bordo se encuentran obligados, basado en la jurisdicción exclusiva del pabellón de dicho Estado, a la Convención Europea de Derechos Humanos también frente a personas que se encuentran en el agua o a bordo de otros buques. Esta constelación todavía no fue decidida por el TEDH.<sup>130</sup> Dos argumentos están a favor de validar la jurisdicción del pabellón también en esta constelación como elemento constitutivo de la potestad jurisdiccional. Primero, resultaría contradictorio, que la tripulación encontrándose a bordo según el Art. 92 CONVEMAR se califiquen como personas obligadas por parte de la Convención Europea de Derechos Humanos, sin calificar a las personas afectadas por sus acciones, como personas beneficiarias de la Convención Europea de Derechos Humanos. Segundo, se encuentra reconocido en casos de expulsión y de relegación, que el punto de enlace es el acto de expulsión o relegación del propio territorio, también en casos en las que la violación del derecho frente a la persona autorizada por la Convención Europea de Derechos Humanos ocurre sólo afuera del territorio propio, en el estado de destino.<sup>131</sup> Una interpretación coherente de la Convención Europea de Derechos Humanos debe tomar el acto del *refoulement* originado en la propia jurisdicción de pabellón como punto de enlace, también cuando se realiza la violación de derechos frente a personas que se encuentran en el mar, es decir, afuera de la jurisdicción de pabellón.<sup>132</sup>

---

<sup>125</sup> Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders.

<sup>126</sup> TEDH, *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, decisión del 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, Pág. 333, § 73, refiriéndose a derechos consuetudinarios y Treaty Obligations; asimismo ya la Comisión, compárese CEDH, *Cyprus v. Turkey*, Rep. 26.05.1975, Appl. Nos. 6780/74 and 6950/75, Decisions and Reports 2 (1975), 125, 136.

<sup>127</sup> Compárese Wiefelspütz, en: NZWehrR 2005, Pág. 146 (154).

<sup>128</sup> Röben, en: Grote/Marauhn, Konkordanzkommentar CEDH/GG, Cap. 5, marg. no. 89; Oxman, en: Bernhardt, EPIL, Vol. II, Jurisdiction of States, Pág. 55 (58).

<sup>129</sup> Asimismo Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders, Pág. 41.

<sup>130</sup> Bien es verdad que el TEDH decidió en 2001 sobre un caso, en lo cual un buque albanés fue hincado a propósito por parte de un [ ] más allá de la zona de las 12 millas marinas, compárese TEDH, *Xhavara and Others v. Italy and Albania*, decisión del 11.01.2001, Appl. No. 39473/98. No obstante, el Tribunal negó la admisibilidad por causa de que no se agotó los recursos legales estatales internos, sin ocupar a Art. 1; a eso apunta el TEDH expresamente en la posterior decisión TEDH, *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, decisión del 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, Pág. 333, § 81.

<sup>131</sup> Wollenschläger, en: Heselhaus / Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 17, marg.no. 32. con referencias adicionales; Marx, Handbuch zur Flüchtlingsanerkennung, § 39, marg.no. 154 et seq. con referencias adicionales a la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal; Bank, en: Grote/Marauhn, CEDH/GG Konkordanzkommentar, Cap. 11, marg. no. 106.

<sup>132</sup> Asimismo Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders, Pág. 41.

Por eso, la soberanía de pabellón del Derecho del Mar establece la soberanía en sentido del Art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos frente a todas las personas, que se encuentran a bordo, en el agua o a bordo de otros buques.

#### **3.1.2.4.2. Control efectivo sobre una persona como potestad jurisdiccional**

En varios fallos, siguiendo a Bankovic, el tribunal confirmó la vigencia extraterritorial, basado en el control físico efectivo sobre una persona.<sup>133</sup> Dicho control efectivo puede resultar en el mar, cuando buques estatales usan su presencia y fuerza física para apartar o contener buques pequeños, inestables o debilitados en sus posibilidades de maniobrar o navegar y cuando los contengan por medio del ejercicio o apercibimiento de presión física en puertos de estados de origen o estados de tránsito. En estos casos se tiene que afirmar la soberanía basada en el control efectivo sobre las personas afectadas.<sup>134</sup>

#### **3.1.2.4.3. Competencia y control como potestad jurisdiccional**

Por último, el TEDH confirmó en fallo Bankovic que también es decisivo si la actividad en cuestión es atribuible al estado miembro, para lo cual el órgano estatal actúa dentro del marco de su competencia estatal asignada y bajo el control del estado miembro.<sup>135</sup> Normalmente ambos aspectos pueden afirmarse para buques estatales de protección de fronteras. Por lo tanto, también por esta razón se debe afirmar el establecimiento de la potestad jurisdiccional.<sup>136</sup>

#### **3.1.2.4.4. Ficción de jurisdicción para evitar la evasión de las obligaciones en áreas exentas de Derechos Humanos**

En Issa, el TEDH formuló una prohibición de evasión de los Derechos Humanos en el caso de actividades extraterritoriales. Se debería interpretar el Art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos de tal manera, que no se permita a los estados realizar acciones dentro del territorio de otro estado, que no le serían permitidas realizar dentro de su propio territorio.<sup>137</sup> Adicionalmente, el Tribunal fundamentó la validez extraterritorial en otro contexto con el argumento que se debe evitar un vacío jurídico de Derechos Humanos. Se refirió a acciones de fuerzas de seguridad turcas en el norte de Chipre y vió en peligro el orden de la Convención Europea de Derechos Humanos por el hecho que el Gobierno de Chipre, como estado miembro de la Convención Europea de Derechos Humanos, no fue capaz de cumplir con su posición como garante de Derechos Humanos.<sup>138</sup> En combinación de ambas posturas, la anteposición de controles de fronteras en áreas extraterritoriales se entendería en primer lugar, como violación de la prohibición de evasión, cuando el estado en cuestión trata de eludir las obligaciones impuestas por la Convención Europea de Derechos Humanos, impuestas en su propio territorio y en sus propias fronteras.<sup>139</sup> En segundo lugar, esto daría al estado miembro la posibilidad de trasladar situaciones, que si no interviniera antes tendría que tratar en su propio territorio o frontera, a un área carente de un régimen legal. Así crearía el

---

<sup>133</sup> Öcalan v. Turkey, Judgment of 12 March 2003, Appl. No. 46221/99, § 93; Öcalan v. Turkey, sentencia del 12.05.2005 (Grand Chamber), Appl. No. 46221/99, § 91.

<sup>134</sup> Asimismo Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, Pág. 43.

<sup>135</sup> Bankovic and Others v. Belgium and Others, decisión del 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, Pág. 333, § 69, refiriéndose a Drozd and Janousek v. France and Spain, sentencia del 26.06.1992, Appl. No. 12747/87, § 91.

<sup>136</sup> Asimismo Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, Pág. 42 et seq.

<sup>137</sup> TEDH, Issa and Others v. Turkey, sentencia de 16 de Noviembre de 2004, Appl. No. 31821/96, § 71.

<sup>138</sup> TEDH, Cyprus v. Turkey, sentencia del 10 de Mayo de 2001, Appl. No. 25781/94, § 78.

<sup>139</sup> Asimismo Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, Pág. 43.

estado mismo, por lo menos para estas situaciones y en contra de la buena fe, el vacío jurídico desaprobado por el TEDH. Adicionalmente, hay que mencionar que Bankovic no se puede entender como una limitación geográfica en el sentido que el impedimento de un vacío de Derechos Humanos es una obligación que se refiere sólo al territorio de otros estados firmantes de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esto lo aclaró el TEDH implícitamente en Issa, a través de la reexaminación de las obligaciones extraterritoriales de los órganos estatales turcos en el territorio iraquí.<sup>140</sup> La prohibición de evasión en conexión con el impedimento de áreas carentes Derechos Humanos establece la aceptación de soberanía cuando estados desplazan geográficamente las medidas de control migratorio a áreas fuera de sus territorios.

#### **3.1.2.4.5. Relación territorial funcional de las medidas de protección fronterizas como potestad jurisdiccional**

Medidas de la protección de fronteras, igual donde se lleven a cabo, tienen basado en su enlace con la imposición de potestad jurisdiccional estatal en el territorio del soberano afectado, una relación territorial funcional. Esta relación territorial razonada por un hecho objetivo, relativiza decisivamente la extraterritorialidad y lleva a una aplicabilidad de la Convención Europea de Derechos Humanos en casos de medidas de soberanía, que se encuentran en conexión con actividades de protección fronteriza.<sup>141</sup>

#### **3.1.2.4.6. Resultado parciales**

Por las razones presentadas se extrae que la prohibición de *refoulement* resultante de la Convención Europea de Derechos Humanos es válida para todas las medidas de control de inmigración en alta mar y obliga a los estados miembros de la UE durante la toma de medidas de control fronterizo.<sup>142</sup>

### **3.1.3. Deberes emergentes del Derecho Internacional Público dentro de la zona de las 12 millas marinas de los Estados de origen y de tránsito**

#### **3.1.3.1. CGER**

La vigencia de la prohibición de *refoulement* dentro de la Zona de las 12 millas marinas del estado de origen debe ser evaluada de forma diferenciada. En principio existe<sup>143</sup> unanimidad, en que las personas beneficiadas del Art. 33 I CGER coincidan con las del Art. 1 A (2) CGER.<sup>144</sup> Sin embargo, refugiados en sentido del Art. 1 A (2) CGER son – indiscutiblemente – sólo personas, que

---

<sup>140</sup> Issa and Others v. Turkey, sentencia del 16 de Noviembre de 2004, Appl. No. 31821/96, § 71.

<sup>141</sup> TEDH, *Xhavara et al. v. Italien & Albanien*, 39473/98, decisión del 11.01.2001; Comisión Europea para los Derechos Humanos, 14.07.1977, 7289/75 y 7349/76 (X & Y/Suiza), Pág. 73; a la referencia objetiva en el contexto de la aplicación extraterritorial del derecho europeo originario fíjense TJCE, 30.04.1996, C-214/94, marg.no. 14.

<sup>142</sup> Asimismo Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, Pág. 45.

<sup>143</sup> De otra opinión Lauterpacht / Bethlehem, en: Feller / Türk / Nicholson, *Refugee Protection in International Law*, Pág. 87 (127 et seq.), que quiere de extender la prohibición de *refoulement* también a casos de infracciones de Derechos Humanos que no están anudados a una característica de discriminación, compárese, sin embargo, a la discusión con ese párrafo en Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Pág. 304 et seq.; compárese también en otro lugar, Pág. 307, también con argumentos convincentes contra la, por su punto de vista, posición demasiado estricta del USSC en *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 444 (USSC, 09.03.1987).

<sup>144</sup> Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, Pág. 232; Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Pág. 304; EXCOM, Conclusión No. 6 (XXVIII) (1977), § (c); No. 79 (XLVII) (1996), § (j); No. 81 (XLVII) (1997), § (i); No. 82 (XLVII) (1997), § (i); Sivakumaran v. SSHD, [1987] UKHL 1 (16.12.1987), [1988] 1 All ER 193, 202 f, per Lord Goff; M38/2002 v. MIMIA [2003] FCAFC 131 (13.06.2003), § 38, per Goldberg, Weinberg and Kenny JJ; R. v. SSHD, ex parte Adan, [1999] 1 AC 293 (UKHL, 02.04.1998), 301, 306, 312, per Lord Lloyd o Berwick, Goff, Lord Nolan and Lord Hope; AG v. Zaoui, Dec. No. CA20/02 (NZ CA, 30.09.2004), § 36; European Roma Rights Centre & Ors v Immigration Officer at Prague Airport & Anor [2003] EWCA Civ 666 (20.05.2003), § 31, per Simon Brown LJ.

se encuentran fuera del estado de su nacionalidad.<sup>145</sup> Por ello, se observa correctamente en la doctrina<sup>146</sup> y en la práctica estatal<sup>147</sup>, que una violación de la prohibición de *refoulement* sólo puede existir cuando la persona afectada ya se encuentra fuera de su estado de origen. No obstante, al evaluar la inmigración por el mar mediterráneo se debe tomar en cuenta que se puede partir el grupo de pasantes en dos categorías. Miembros de la primera categoría proceden del estado de costa, al cual pertenece la zona de las 12 millas marinas donde se encuentran. Por esto, medidas afectando miembros de este grupo no se encuentran sometidas a las obligaciones de Art. 33.<sup>148</sup> En cambio, los miembros de la segunda categoría se encuentran en la zona de 12 millas marinas de un estado, que para ellos no es su estado de origen, sino un estado de tránsito. Por lo tanto, se encuentran fuera de su estado de origen. Consecuentemente, la CGER tiene efecto obligatorio en estos casos según los principios ya<sup>149</sup> presentados. Sin embargo, se debe partir de la base que muchas veces las medidas estatales frente a grupos afectarán personas de ambas categorías. Además, en el momento del primer contacto en el mar, antes de que se haya tomado medidas administrativas de la investigación de la nacionalidad, la nacionalidad de una persona no es evidente. Por lo tanto, dentro de la Zona de las 12 millas marinas de estados de tránsito y estados de origen, se debe presumir a la aplicabilidad de la prohibición de *refoulement* de Art. 33 I CGER, que recién puede ser rebatida dentro del marco de un proceso posterior.

### 3.1.3.3. CAT

En cuanto se refiere a la Convención Anti-Tortura se debe remitir a la argumentación ya desarrollada<sup>150</sup>. La Convención contra la Tortura es válida también extraterritorialmente.

### 3.1.3.3. Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos (PIDcivil)

En casos de personas, que se encuentran dentro de la zona de las 12 millas marinas del territorio de su estado de origen, se crea en esta situación un engranaje de protección a los Derechos Humanos con los Derechos de Refugiados. El Art. 12 II PIDcivil prevee: „Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.“ La codificación de la protección del derecho de salida, a su vez Derecho Internacional Público consuetudinario, llena el vacío legal teórico del Art. 33 I CGER. La doctrina<sup>151</sup> y la Comisión de Derechos Humanos<sup>152</sup> han apuntado, acertadamente, la posible violación de Art. 12 II PIDcivil por el arbitrario impedimento de salida por medidas estatales de control de migración en el estado de origen. Por lo tanto, se encuentran prohibidas limitaciones arbitrarias de la libertad de salida, realizadas por parte de los estados soberanos participantes. Las limitaciones deben ser medidas a la luz del Art. 12 III PIDcivil, el cual, establece como requisito a ser cumplido, el perjuicio de la seguridad nacional, el orden público (*ordre public*), la salud o la moral pública o los derechos y libertades de terceros.<sup>153</sup> La responsabilidad conjunta por el impedimento arbitrario de la salida de los estados de tránsito y de origen, resulta según esto, del Art. 16 de la ILC codificación sobre la responsabilidad estatal, a su vez codificando el Derecho Internacional Público consuetudinario que clasifica el apoyo a la

---

<sup>145</sup> Respectivamente personas sin nacionalidad, que se encuentran fuera del estado en lo que tuvieron su residencia usual.

<sup>146</sup> Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Pág. 307.

<sup>147</sup> *European Roma Rights Centre & Ors v Immigration Officer at Prague Airport & Anor* [2003] EWCA Civ 666 (20 May 2003), § 31, per Simon Brown LJ; asimismo el UKHL en el mismo caso, [2004] UKHL 55 (9 de Diciembre de 2004), § 18, per Lord Bingham.

<sup>148</sup> Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Pág. 309 et seq.; Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, Pág. 38.

<sup>149</sup> Compárese arriba Referencia 3.1.2.1.

<sup>150</sup> Referencia 3.1.2.2.

<sup>151</sup> Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Pág. 309 et seq.; Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, Pág. 49.

<sup>152</sup> HRC, General Comment No. 27: Freedom of Movement (Art.12), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (2 de Noviembre de 1999), § 10.

<sup>153</sup> Detalles con Harvey / Barnidge en: *IJRL* 19 (2007), Pág. 1 et seq.

infracción del Derecho Internacional Público como violación del mismo – con las consecuencias legales contenidas en Art. 47 de la ILC.

#### 3.1.3.4. CEDH

Con relación a la Convención Europea de los Derechos Humanos se debe remitir ampliamente a la argumentación ya presentada<sup>154</sup>. A pesar de que exista, en el caso de medidas en aguas territoriales de terceros estados, un poder estatal territorial competitivo, no rige en el caso presente la excepción de Bankovic, ya que las medidas de control fronterizo siempre contienen una relación territorial con los estados miembros.

#### 3.1.4. Resultados parciales: La Responsabilidad conjunta para el cumplimiento del Derecho Internacional Público

El derecho de salida, la prohibición de *refoulement* y las referentes garantías procesales son válidas en referencia a todas las medidas de control migratorio. El sistema europeo de vigilancia de las fronteras debe observar las normas pertinentes al tomar medidas

- dentro del mar territorial
- dentro de la zona contigua
- en alta mar
- o en aguas territoriales de estados africanos ribereños.

La obligación de los órganos de protección de fronteras resulta, no solo, del hecho que su actividad tenga una relación territorial funcional y por ende una relación de carácter objetivo al territorio de soberanía. El rechazo, la escolta de regreso, el impedimento de la continuación del viaje, el remolque de regreso y respectivamente la actividad de llevar un buque a estados no-europeos, resulta ser un ejercicio de poder de soberanía que debe ser realizado en observancia de los Derechos Humanos, Derechos de Refugiados y del Derecho Internacional Público.

La obligación impuesta por estas normas no pierde su validez por un previo traspaso de la responsabilidad derivada del Derecho Internacional Público a través del traslado de las medidas de control fronterizo a las costas africanas y cooperaciones operativas con los estados africanos. De esta manera decidió el TEDH en el caso Xhavara, que las medidas de control fronterizo por parte de las autoridades italianas en alta mar y en aguas ribereñas de Albania, realizadas en base a un Convenio bilateral entre Italia y Albania, fundan la responsabilidad de Italia de acuerdo al Derecho Internacional Público.<sup>155</sup> En el caso concreto, el buque de unos refugiados albanos se hundió después de la colisión con un buque militar italiano. El TEDH decidió aquí que Italia no puede liberarse de su responsabilidad emergente del Derecho Internacional Público respaldándose con un tratado sobre la transferencia de medidas de control de fronteras.

La transferencia y la ejecución conjunta de control de inmigración no exime de las obligaciones de Derecho Internacional Público, más al contrario, provocan que surga esta responsabilidad. Por ejemplo, cuando estados miembros de la UE realizan acciones conjuntas de patrullaje costero que han sido trasladadas a aguas ribereñas de terceros estados, surge una responsabilidad conjunta derivada del Derecho Internacional Público. Es decir, los estados son responsables „solidaria o conjuntamente “ y deben asegurar, a través de medidas estructurales, que los participantes de dichas operaciones respeten el derecho de salida, la prohibición de *refoulement* y las pertinentes garantías

---

<sup>154</sup> 3.1.2.4.

<sup>155</sup> TEDH, Xhavara et al. v. Italien & Albanien, 39473/98, decisión del 11.01.2001.

procesales.<sup>156</sup> Dentro de las operaciones conjuntas existe la obligación de asegurar, en determinadas circunstancias, a través de medidas activas que todos los órganos estatales involucrados respeten las normas derivadas del Derecho Internacional Público.<sup>157</sup> La violación de estos deberes de protección resulta en una violación de Derecho Internacional Público. Este también es el caso cuando estados europeos colaboren para la violación del Derecho Internacional Público. El Art. 16 de la ILC, que sistematiza el Derecho Internacional Público consuetudinario vigente establece que: „El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si (a) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y (b) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.“ Actividades de asistencia pueden consistir en la puesta a disposición de infraestructura, la ayuda técnica o financiera, o también apoyo político. La asistencia a terceros estados en la violación del derecho de salida o de la prohibición de *refoulement* crea una responsabilidad de acuerdo al Derecho Internacional Público para los estados miembros de la UE, cuando para estos estados es previsible que los estados que reciben este apoyo no cumplen con las normas estándar del Derecho Internacional Público en el control de migración.

---

<sup>156</sup> Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, Pág. 63 et seq.; compárese comentario de la ILC a la codificación de la responsabilidad de los estados (A/RES/56/83, 12.12.2001), Art. 47, Pág. 314.

<sup>157</sup> Semejantemente, el TEDH observó en su decisión del caso Matthews obligaciones de protección extensas en el caso que varios estados tomas medidas de forma conjunta y constató que con medidas colusorias surge (en el caso concreto: conclusión de un contrato) la responsabilidad ante el Derecho Internacional Público colusoria, TEDH, *Matthews v. United Kingdom*, 24833/94, 18 de Febrero de 1999, No. 31.

## 3.2. Deberes emergentes del Derecho Comunitario

El Derecho Comunitario también es fuente jurídica de obligaciones para los órganos de control fronterizo quienes deben respetar los Derechos Humanos y de Refugiados. Dentro del Derecho Comunitario se debe diferenciar las fuentes originarias y las fuentes derivadas.

### 3.2.1. Fuentes originarias de Derecho Europeo

El Derecho originario está integrado por los tratados constitutivos de la Comunidad Europea. En especial, Art. 63.1 del tratado constitutivo obliga los gobiernos signatarios miembros de la Comunidad Europea a crear normas (fuentes derivadas de derecho comunitario) de acuerdo con lo establecido en el CGER y otros convenios<sup>158</sup>. Como resultado de esto, existe dentro del derecho originario la obligación intracomunitaria de observancia de los convenios anteriormente mencionados.<sup>159</sup> Esta obligación de observancia exige no solo a la UE a legislar derecho derivado incorporando los principios y obligaciones internacionales resultantes de los convenios, sino que también todos los estados miembros deben transponer estos principios y obligaciones en su legislación y reglamentación administrativa interna.

También la CDFUE indica la obligación de aplicar el Derecho Comunitario en conformidad con los principios consagrados en convenios de Derecho Internacional Público. De esta manera el CRC en su Art. 18 remite a convenios internacionales: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”. El Tribunal Supremo de Justicia europeo incluye en sus nuevas decisiones al GKR como fuente de derecho y base para el desarrollo de los derechos fundamentales europeos<sup>160</sup> Basado en esto es el derecho de asilo. El derecho de asilo se ha convertido y constituye, debido a los dinámicos progresos en Derecho Comunitario, uno de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Las autoridades europeas de control y vigilancia fronterizas están obligadas a aplicar activamente medidas de protección<sup>161</sup>. Esta obligación resulta de la disposición anteriormente mencionada como también del Art. 19 CDFUE que (en su apartado 1) prohíbe las expulsiones colectivas y (en su apartado 2) se refiere al *non-refoulement* cuando establece que “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”

Art. 51 CDFUE, que regula el ámbito de aplicación del CDFUE, establece que las disposiciones no solo están dirigidas al territorio sino a las instituciones y órganos de la Unión.<sup>162</sup> Por ende, no existe ninguna razón por la cual la aplicación del Derecho Comunitario de asilo del PDcivil como fuente

---

<sup>158</sup> Bank / Hruschka, en: Barwig / Beichel-Bendetti / Brinkmann, Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, Pág. 620 (622); Weiß, en: Streinz, EUV/TCE, Nm. 6; Gerber, Die Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union, Pág. 119; Wiedmann, en: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 63, Nm. 5; Löhr, en: Hofmann / Löhr, Migrationspolitik nach dem Amsterdamer Vertrag (i.Ersch.); Garlick, en: IJRL 19 (2007), Pág. 601 (622).

<sup>159</sup> Bank / Hruschka, en: Barwig / Beichel-Bendetti / Brinkmann, Perspektivwechsel im Ausländerrecht?, Pág. 620 (622); Weiß, en: Streinz, EUV/TCE, Nm. 6; Gerber, Die Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union, Pág. 119; Wiedmann, en: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 63, Nm. 5; Löhr, en: Hofmann / Löhr, Migrationspolitik nach dem Amsterdamer Vertrag (i.Ersch.); Garlick, en: IJRL 19 (2007), Pág. 601 (622).

<sup>160</sup> EuGH, Rs. C-432/05, Unibet, Nm. 37; Rs. C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Nm. 46; ebenso zuvor bereits das EuG, Rs. T-54/99, Maxmobil/Kommission, Slg. 2002, II-313, Rnm. 48, 57.

<sup>161</sup> Statt aller Norbert Bernsdorff, en: Jürgen Meyer (Hrg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Ed., Baden-Baden 2006, Art. 18 Nm. 11 und Jost Delbrück, Die Universalisierung des Menschenrechtsschutzes: Aspekte der Begründung und Durchsetzbarkeit, en: Albrecht Zunker (Hrg.), Weltordnung oder Chaos?, FS für Klaus Ritter, Baden-Baden 1993, Pág. 551 sig.. (556 sig..).

<sup>162</sup> Martín Borowsky, en: Jürgen Meyer (Hrg.), Carta de Derechos Fundamentales de los Derechos Humanos de la Unión europea, 2. Ed., Baden-Baden 2006, Art. 51, Nm 16 sig.

cognitiva de derecho<sup>163</sup> y la remisión del Art. 6 II TUE a la CEDH sean limitados al derecho material. Más al contrario los principios de aplicación extraterritorial pertenecen a las normas a ser observadas por el TSJ en el área de los derechos comunitarios fundamentales. Del Art. 299 TUE tampoco se desprende ningún tipo de limitación territorial de la validez de los Derechos Fundamentales Europeos. En la jurisprudencia del TSJ (la decisión se emitió sobre el Art. 227 del TUE texto antiguo) no se excluye la posibilidad que las normas de derecho europeo pudieran tener validez fuera del territorio comunitario.<sup>164</sup> El TSJ considera suficiente para fundamentar esta obligación una relación objetiva con el territorio comunitario. Esta relación esta dada en el caso de medidas de protección fronterizas.

### 3.2.2. Derecho derivado

De la misma manera, las fuentes de derecho derivado están constituidas por el conjunto de normas jurídicas que dictan los diversos organismos comunitarios. También el derecho derivado confirma el dictamen que las autoridades europeas de vigilancia de fronteras están obligadas a acatar, aplicar y respetar los Derechos Fundamentales, Humanos y los Derechos de Refugiados.

#### 3.2.2.1. Directiva sobre las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado y Directiva de Procedimiento de Asilo

La Directiva<sup>165</sup> adoptada en el año 2004 sobre calificación del status de refugiado es un instrumento de armonización del Derecho del Refugiado. Esta directiva contempla por un lado la protección al refugiado de acuerdo a la Convención de Ginebra y por el otro lado, un tipo de protección subsidiaria. El Art. 21 I de la Directiva impone a los Estados miembros a respetar los principios de la no devolución del refugiado a su estado de origen acorde con los principios de Derecho Internacional Público.

El Art. 21 I de la Directiva de Calificación debe de ser interpretado en concordancia con los principios de Derecho Internacional Público anteriormente mencionados, esto significa en especial que la obligación de *non-refoulement* tiene un campo de aplicación extraterritorial. El Art. 21 I de la Directiva es de aplicación extraterritorial. Además de lo indicado, la Directiva de Calificación, al igual que el CGER<sup>166</sup> nombra expresamente los derechos y obligaciones que están relacionados con la permanencia<sup>167</sup> Por ende, el Art. 21 I de la Directiva desarrolla un efecto extraterritorial.

El Art. 3 I de la Directiva de Asilo (D 2005/85)<sup>168</sup> impone a los Estados miembros la obligación de examinar las peticiones de asilo que se solicitan dentro del territorio nacional (incluidas las fronteras y zonas de transito). De la Directiva no se desprende de manera directa que el ámbito de aplicación sea extraterritorial. Sin embargo, a raíz del Derecho Comunitario originario contenido en el Art. 63 del Tratado de formación de la UE se desprenden del Art. 33 I del CGER implícitamente los derechos procesales.<sup>169</sup>

---

<sup>163</sup> Por último EuGH, 27.06.2006, C-540/03, Familiennachzugsrichtlinie, Rdn. 37; vease schon EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Nm. 13 (Nold/Kommission).

<sup>164</sup> EuGH, 30.04.1996, C-214/94, Nm. 14.

<sup>165</sup> Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida Diario Oficial n° L 304 de 30/09/2004 Pág. 0012 - 0023

<sup>166</sup> Compare 3.1.2.1.

<sup>167</sup> Compare (9); Art. 2 i) und j); Art. 31; Art. 32.

<sup>168</sup> Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado Diario Oficial n L 326/13

<sup>169</sup> Compare 3.3.1.

Un grupo de trabajo de la Comisión europea también ha confirmado que la Directiva de Asilo, la Directiva de Calificación del Estatuto del Refugiado y el Reglamento de Dublín II sobre las normas para el control fronterizo marítimo tienen un ámbito de aplicación extraterritorial.<sup>170</sup>

### **3.2.2.2. Código de Fronteras de Schengen**

Que la prohibición de expulsión y devolución no solo es aplicable cuando el refugiado ya se encuentra dentro del territorio en cuestión, ha encontrado su regulación positiva en el Art. 3 inciso b del Código de Fronteras de Schengen que entró en vigor el año 2006. Esta norma determina que los controles de ingreso sean aplicados sin ser afectados los Derechos de Refugiados y personas que buscan protección internacional, especialmente en relación al principio de *non-refoulement*.

Aunque la prohibición de *refoulement* no conceda un derecho general de admisión, se extrae de su formulación como también de la formulación del Código de Fronteras de Schengen que los estados signatarios están obligados a posibilitar el acceso temporal a objeto de verificar la necesidad de protección y el estatus del refugiado<sup>171</sup>

### **3.2.3. Resultados parciales: Vínculo del Derecho Comunitario en acciones fronterizas**

Tanto del derecho originario como también del derecho derivado emerge la obligación de los organismos de control fronterizo de respeto al principio de *non-refoulement* y al cumplimiento de los procedimientos derivados. Autoridades comunitarias de vigilancia fronteriza están obligadas a observar las normas jurídicas cuando participen en operaciones conjuntas o en operaciones que tengan lugar en aguas territoriales, en zona contigua, en alta mar o en las costas de estados africanos

La obligación que resulta para los organismos de vigilancia fronteriza se deriva del hecho que sus actividades tienen una relación territorial funcional y por ende una relación objetiva con territorio de soberanía.

Devolución, escolta para el regreso, intercepción de buques en aguas territoriales y de tránsito, el evitar su paso, el remolque de regreso o el transporte en modo alguno de un refugiado a fronteras de un territorio donde su vida o su libertad peligran representa el ejercicio de un acto de soberanía, que debe ser realizado en observancia de los Derechos Fundamentales, Humanos y de Refugiados.

---

<sup>170</sup> Comisión Europea, SEC (2007) 691, Pág. 13 f.

<sup>171</sup> Compare: en detalle sobre el significado del Código Fronterizo de Schengen en sobre la problemática aquí discutida Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders, Pág. 32.

### **3.3. Deber de actuar de los organismos estatales con relación a personas que se encuentran en el mar y a bordo de buques**

A continuación se revisarán en general las obligaciones emergentes del principio de prohibición de del *refoulement* (3.3.1) para posteriormente poder establecer las obligaciones de los organismos estatales resultantes hacia personas que se encuentran a bordo de buques o en el mar. (3.3.2.-3.3.3.).

#### **3.3.1. Deber de actuar emergente de los Derechos Humanos y de los Derechos del Refugiado**

##### **3.3.1.1. Acceso a la tramitación de una solicitud de asilo como derecho implícito del la prohibición de *refoulement***

Del Art. 33 del Convenio se desprende la prohibición de la devolución de una persona a un país en el que pudiera ser objeto de persecución. De esta manera, la obligación de *non-refoulement* contenida en el Art. 33 de la Convención prohíbe a un Estado expulsar o devolver forzosamente a un refugiado a cualquier país, en el que su vida o su libertad se encuentren amenazados. Sin embargo, la Convención no contempla el derecho asilo en un sentido en el que el Estado se obligue a garantizar<sup>172</sup> protección en el Estado.<sup>173</sup>

No obstante ACNUR<sup>174</sup>, EXCOM<sup>175</sup> y la doctrina señalan correctamente, que a raíz del principio de *non-refoulement* surge la obligación estatal de dar acceso a un procedimiento que posibilite examinar si las condiciones del refugiado están dadas. El Art. 33 de la Convención contiene un derecho implícito al acceso a un procedimiento<sup>176</sup> en el que de forma individual se examinarán las condiciones y circunstancias del caso en cuestión.<sup>177</sup> Es el resultado directo que tiene como objetivo brindar protección.

Se puede garantizar la prohibición de *refoulement*, solo cuando sus requisitos, de acuerdo con lo establecido en el Art. 1 A (2) de la Convención, han sido examinados de una manera adecuada.<sup>178</sup>

Del texto del Convenio no se puede extraer el lugar en el cual se debe realizar este procedimiento. Todas las instancias judiciales y administrativas deben brindar las garantías necesarias para la observancia de *non-refoulement*. Este procedimiento no puede llevarse a cabo de ninguna manera en buques, ya que a bordo de los mismos no se cumplen los requisitos necesarios, debido a la carencia de infraestructura y de personal adecuado además de la componente temporal. Este no es el caso, si el procedimiento se realiza como corresponde, en instalaciones judiciales y administrativas territoriales. El status quo indica, que un adecuado y correcto procedimiento judicial en la constelación mencionada no es posible en estados africanos transitorios ni en eventuales “Transit Processing Centers” o “Protection Zones”, los cuales sirven para la revisión extraterritorial y

---

<sup>172</sup> ACNUR, Advisory Opinion on the Exterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, § 8.

<sup>173</sup> Grahl-Madsen, en: Bernhardt, EPIL, Vol. I: Asylum, Territorial, Pág. 283 sig.; en detalle acerca del concepto Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, Pág. 355 sig..

<sup>174</sup> ACNUR, Background Paper on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea, Geneva, 18 March 2002, § 19 f; ders., Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 Noviembre 2004), Ginebra, 10. Febrero 2005, comentario sobre el Art. 3 (1), Pág. 5.

<sup>175</sup> EXCOM, Note on International Protection, UN Doc. A/AC.96/882 (2 July 1997), § 14; Conclusion No. 8 (XXVIII), § (vii).

<sup>176</sup> Edwards, en: IJRL 17 (2005), Pág. 293 (301); dies., en: IJRL 15 (2003), Pág. 192 (197); Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, Pág. 279 sig.; Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, Pág. 215 sig.

<sup>177</sup> Lauterpacht/Bethlehem, en: Feller / Türk / Nicholson, Refugee Protection in International Law, Pág. 87 (11), § 100; EXCOM, Conclusion No. 30 (XXXIV), 1983, § (e) (i).

<sup>178</sup> Edwards, en: IJRL 17 (2005), Pág. 293 (301).

judicialmente no apelables de solicitudes de protección internacional. De esto resulta como consecuencia forzosa que bajo dadas condiciones se debe garantizar el acceso al territorio comunitario para el desarrollo de un procedimiento de solicitud.

### 3.3.1.2. Acceso a protección jurídica efectiva como consecuencia implícita de la prohibición de *refoulement*

Tanto ACNUR<sup>179</sup> como la Doctrina<sup>180</sup> señalan que la prohibición de *refoulement* del Art. 33 I del convenio ginebrino solo esta garantizado cuando el refugiado puede efectivamente hacer valer este derecho. Para garantizar la efectividad es decisivo, que el refugiado tenga la posibilidad de acceder a la protección jurídica dentro del territorio de los estados contratantes<sup>181</sup> Por ende Art. 33 I del Convenio de Ginebra contiene un derecho implícito a este recurso efectivo.

Al mismo resultado llega, no solo la Comisión de Derechos Humanos haciendo referencia al Art. 2 III sobre el Art. 7 1 PIDcivil<sup>182</sup>, sino también el TEDH coincide en la prohibición de *refoulement* del Art. 3 CEDH en conexión con Art. 13 CEDH. Este último garantiza el derecho a un recurso efectivo. Se trata de un derecho accesorio aplicable en conexión con otros derechos regulados en la CEDH y que garantizan la ejecución del derecho material de la Convención<sup>183</sup>. No tiene que tratarse obligatoriamente de un recurso judicial, también, autoridades parlamentarias y otro tipo de gremios de control podrían cumplir los requisitos para este efecto.<sup>184</sup> Sin embargo, los recursos deben tener un carácter de aplicabilidad jurídica efectiva<sup>185</sup> Para la pregunta en cuestión, se debe observar que la efectividad se mide de acuerdo a la gravedad de violación de la Convención.<sup>186</sup> El Tribunal acentúa desde Soering reiteradamente en su jurisprudencia que también en los estados de emergencia de acuerdo al Art. 15 CEDH no cabe la posibilidad de derogación de las obligaciones contenidas en el Art. 3 CEDH. Como derecho absoluto, el Art. 3 del CEDH consagra un principio fundamental de las sociedades democráticas reunidas en el Consejo Europeo.<sup>187</sup> En consecuencia, el Tribunal requiere fuertes y efectivas medidas ante una amenazante violación del Art. 3 CEDH.

“(…) en consideración del carácter irreversible del daño que podría ocasionarse en caso de materializarse el presunto riesgo de tortura o malos tratos y por la importancia que la Corte le confiere al artículo 3, el concepto de un recurso efectivo bajo el artículo 13 requiere un escrutinio independiente y riguroso de la solicitud para esclarecer si existen razones para temer un verdadero riesgo de tratamientos contrarios al artículo 3 y la posibilidad de suspender la ejecución de la medida

---

<sup>179</sup> ACNUR: Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), Ginebra, 10 de Febrero 2005, comentario sobre el Art. 38 (3), Pág. 53; compare también comentario sobre el Art. 4, Pág. 8, Art. 30, Pág. 41, 35A, Pág. 48.

<sup>180</sup> Noll, en: EJML 5 (2003), Pág. 301 (332); Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, Pág. 279; Edwards, en: IJRL 15 (2003), Pág. 192 (210); Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders, Pág. 22.

<sup>181</sup> ACNUR: Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), Ginebra, 10. Febrero 2005, comentario sobre el Art. 38 (3), Pág. 53.

<sup>182</sup> Human Rights Committee: Communication No. 1051/2002: Canada. 15/06/2004, UN Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002 (15. Juni 2002), § 12.

<sup>183</sup> Grabenwarter; Europäische Menschenrechtskonvention, § 24, Nm. 164; Meyer-Ladewig, CEDH, Art. 13, Nm. 1; Richter, en: Grote / Marauhn, Konkordanzkommentar CEDH/GG, cap. 20, Nm. 19 sig..

<sup>184</sup> Richter, en: Grote / Marauhn, Konkordanzkommentar CEDH/GG, cap. 20, Nm. 56.

<sup>185</sup> TEDH, Kaya v. Turkey, fallo del 19.02.1998, Appl. No. 158/1996/777/978, § 106; Paul and Audrey Edwards v. Turkey, fallo del 14.03.2002, Application No. 46477/99, § 96.

<sup>186</sup> TEDH, Kaya v. Turkey, fallo del 19.02.1998, Appl. No. 158/1996/777/978, § 106; Paul and Audrey Edwards v. Turkey, fallo del 14.03.2002, Application No. 46477/99, § 96; Anguelova v, Bulgaria, fallo del 13.06.2002, Appl. No. 38361/97, § 161.

<sup>187</sup> Reiterada jurisprudencia desde TEDH, Soering v. UK, fallo del 07.07.1989, Appl. No. 14038/88, § 88;

impuesta”<sup>188</sup> De igual modo, como fundamentación se debe hacer referencia a la amenaza de impedimento de la finalidad de protección. Esto tiene aún más validez desde el trasfondo de resultados empíricos de la práctica. Una gran parte de las solicitudes tienen un resultado exitoso recién luego de una notificación de rechazo. De ésta manera señala ACNUR 2004 que en algunos estados europeos entre 30 y 60% de los refugiados es éste el caso.<sup>189</sup>

El Art. 33 I CGER contiene un derecho implícito a la garantía de protección efectiva. Basándose en lo anteriormente explicado en 3.3.1.1, esto significa el acceso a una protección efectiva dentro del territorio comunitario.

### **3.3.1.3. Acceso temporal al territorio de la UE como derecho implícito resultante de la prohibición de *refoulement***

Por último, ACNUR<sup>190</sup>, EXCOM<sup>191</sup> y la doctrina señalan que como mínimo debe ser garantizado un acceso temporal al territorio comunitario.<sup>192</sup> No solo las autoridades competentes para examinar las solicitudes de protección internacional se encuentran normalmente en el territorio comunitario, también, para una efectiva interposición de recursos jurídicos, se debe indicar que tanto los tribunales como también las oficinas públicas o privadas de asesoramiento se encuentran dentro del territorio comunitario. Desde el trasfondo de estas exigencias a la efectividad<sup>193</sup> resulta imprescindible<sup>194</sup> garantizar la estadía transitoria en territorio comunitario. Lo mismo resulta expresamente regulado en el derecho derivado comunitario.

De esta manera la Directiva de Procedimiento de Asilo prevé en Art. 7.1 y Art. 35. 3 a) que a toda persona en busca de protección debe ser concedido el derecho de permanecer en la frontera o zona de tránsito hasta que la solicitud de protección en el estado miembro sea examinada. Por lo tanto una devolución inmediata en alta mar no es permitida. Con el trasfondo de lo mencionado en 3.3.1.1. y 3.3.2.2., los Art. 7.1 y 35.3 a) de la Directiva de Procedimiento de Asilo, los estados miembros de la UE están obligados a conceder un acceso temporal a su territorio.

### **3.3.1.4. Ninguna excepción para el permiso de permanencia a través de un tercer estado seguro**

En el estudio<sup>195</sup> anteriormente mencionado ya indicaba acertadamente Weinzierl sobre los problemas de los llamados estados terceros seguros en conexión con las obligaciones aquí discutidas. Art. 33 CGER prohíbe la extradición o expulsión a un estado en el cual exista la amenaza de persecución, sin embargo, no concede asilo. Con este trasfondo, el concepto de los llamados estados terceros seguros es discutido a nivel internacional. Éstos son estados que hospeden al

---

<sup>188</sup> TEDH, Jabari v. Turkey, fallo del 11.07.2000, Appl. No. 40035/98, § 50.

<sup>189</sup> ACNUR, declaración de prensa del 30 de Abril 2004: EU-Asylharmonisierung: ACNUR lamenta la oportunidad perdida.

<sup>190</sup> ACNUR: Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), Ginebra, 10.02.2005, Comment on Article 3 (1), S. 5; ders., Background Paper on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea, Ginebra, 18.03.2002, § 25.

<sup>191</sup> EXCOM, Conclusion No. 85 (XLIX), 1998, § q.

<sup>192</sup> Edwards, en: IJRL 17 (2005), Pág. 293 (301); dies., en: IJRL 15 (2003), Pág. 192 (197); Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, Pág. 279 sig; Goodwin-Gill / Mc Adam, The Refugee in International Law, Pág. 215 sig.; Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders, Pág. 15 y 19.

<sup>193</sup> Compare 3.3.1.2.

<sup>194</sup> ACNUR: Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), Ginebra, 10.02.2005, comentario sobre el Art. 38 (3), Pág. 53.

<sup>195</sup> Weinzierl, The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders, Pág. 20 sig.

solicitante y en los cuales no corre riesgo de persecución ni de ser sometido a violaciones de Derechos Humanos que hagan necesaria la protección subsidiaria. El concepto de los llamados “super safe countries”<sup>196</sup> fue incorporado en el Art. 36 II de la Directiva de Procedimiento de Asilo siguiendo el ejemplo de la regulación alemana sobre Estados Terceros (Drittstaatenregelung). Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público éste concepto es, por la refutabilidad de la calificación de un estado tercero, controvertido.<sup>197</sup> Por razones prácticas no se hará alusión a las críticas, sin embargo acertadas. Aunque se quisiera calificar la regulación contenida en el Art. 36 II D 2005/85 conforme al Derecho Internacional Público se tendría que señalar que los representantes parlamentarios del Consejo no han podido ponerse de acuerdo para crear una lista de estados terceros seguros de acuerdo al Art. 36 III D 2005/85. Aparte de los países no miembros de la UE Noruega e Islandia<sup>198</sup> que son parte del sistema Dublín II y Suiza<sup>199</sup>, que será parte del sistema a partir del 2008, por el momento no existen otros terceros estados que cumplan con los requisitos del Art. 36 II de la D 2005/85. Una excepción de las obligaciones anteriormente mencionadas es ya por esta razón no aplicable.<sup>200</sup>

### 3.3.1.5. Derecho comunitario de acceso al territorio derivado del derecho originario al asilo

Especial atención requiere el hecho que el Art. 18 CDFUE, en diferencia al CGER, contiene un derecho de asilo, aunque una gran parte de la doctrina interpreta que aquí no se trataría de un derecho independiente de asilo, que va más allá de la prohibición de devolución, expulsión y extradición contenida en el CGER.<sup>201</sup>

Esta postura no es convincente. El tenor de esta disposición es claro “Se garantiza el derecho de asilo (...)”. Bajo este punto de vista la remisión a fundamentos históricos<sup>202</sup> por la doctrina contraria es nula no solo por su subsidiariedad. La opinión disidente se remite a que el derecho de asilo solamente es garantizado “ (...) dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28

---

<sup>196</sup> Goodwin-Gill / Mc Adam, *The Refugee in International Law*, Pág. 400.

<sup>197</sup> Compare Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Pág. 327 sig.; Goodwin-Gill / Mc Adams, *The Refugee in International Law*, Pág. 399; compárese también ampliamente con el trasfondo de los cambios del derecho constitucional de asilo Frowein / Zimmermann, *Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts*, Colonia 1993; ACNUR: *Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status* (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), Ginebra, 10.02.2005, Comentario sobre el Art. 35 A, Pág. 48 sig;

<sup>198</sup> Decisión del Consejo del 15.03.2001, (2001/258/CE).

<sup>199</sup> BBl. (Suiza) 2004, 6447.

<sup>200</sup> El principio reflejado aquí brevemente se encuentra con una discusión crítica amplia en Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, Pág. 20 f. Si aislados estados hacen uso de la posibilidad de fijar a nivel nacional estados terceros seguros según Art. 27 RL 2005/85, estas regulaciones no pueden tener influencia a las posiciones reflejadas en 3.3.1.1-3.3.1.3, ya que su justificación a nivel del derecho internacional público según Art. 63. Nm. 1CE adquiere una validez de derecho primario y las regulaciones nacionales serán medidas de acuerdo a esto. Las actuaciones de autoridades alemanas portadoras de soberanía son medidas por el Tribunal Constitucional (BVerfG) alemán exactamente de acuerdo a las obligaciones y derechos de acceso emergentes del derecho Internacional Público. El Tribunal exige no solo la ratificación del convenio ginebrino sino que también la competencia de los paneles judiciales que han sido implementados para supervisar la CEDH. Es así que el BVerfG alega que solo se puede hablar de un tercer estado seguro cuando el estado haya ratificado ambos convenios. Ya que el convenio ginebrino, de acuerdo a su Art. 1ª II solo y originalmente era aplicable para casos que han ocasionado el refugio con anterioridad al 1 de Enero 1951 y este plazo ha sido derogado recién con el Art. 1. II del protocolo del estatuto de refugiados del 31 de enero de 1967(BGBl. 1969 II Pág. 1294), el estado también debe haber ratificado este protocolo. También debe haberse sometido a un procedimiento de control, previsto en las convenciones y garantizan el cumplimiento de las obligaciones adquiridas a través de su ratificación. Esto, por un lado vale para las obligaciones contenidas en Art. 35 CGER para cooperación con ACNUR. Por otro lado, toda persona debe poder interponer recursos ante la Comisión europea de Derechos Humanos de acuerdo al Art. 25 CEDH en el caso de violación e los derechos contenidos en esta Convención. (BVerfGE 94, 49 (89)).

<sup>201</sup> Weiß, en: Streinz, *EUV/TCE*, Nm. 5; Jarrass, *EU-Grundrechte*, § 23, Nm. 12; Bernsdorff, en: Meyer, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Art. 18, Nm. 13; Wollenschläger, en: Heselhaus / Nowak, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, § 16, Nm. 32.

<sup>202</sup> Wollenschläger, en: Heselhaus / Nowak, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, § 16, Nm. 34.

de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”. Alega que, como el CGER no contiene un derecho al asilo una protección mas amplia no podría ser la intención del CDFUE.<sup>203</sup>. Más bien, justamente el hecho que el CGER no contenga un derecho al asilo, otorga a la formulación más amplia del Art. 18 CDFUE un significado propio.

Por ello es la formulación “dentro del respeto” debe ser interpretada de la manera que se remita ampliamente a los requisitos y consecuencias jurídicas del carácter de refugiado del CGER, sin embargo conectado con un derecho independiente de asilo. Esto significa la permanencia en territorio<sup>204</sup>.

### 3.3.2. Deberes del Estado del pabellón /Deberes emergentes del Derecho del Mar

En los casos en que los refugiados e inmigrantes se encuentren en un estado de emergencia (naufragio), se originan otras exigencias del Derecho Internacional del Mar. La obligación, de ayudar a náufragos tiene una larga tradición dentro del Derecho Marítimo. Es una obligación imperante por Derecho Internacional Público. Así lo prevé el Art. 98 del Convenio de Derechos del Mar de las NU del 10 de Diciembre de 1982. Esta Convención es obligatoria. El Art. 98 de la CONVEMAR<sup>205</sup> dispone que „ ... Todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón que, siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su tripulación o sus pasajeros: a) Preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar; b) Se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro, en cuanto sepa que necesitan socorro y siempre que tenga una posibilidad razonable de hacerlo; c) En caso de abordaje, preste auxilio al otro buque, a su tripulación y a sus pasajeros y, cuando sea posible, comunique al otro buque el nombre del suyo, su puerto de registro y el puerto más próximo en que hará escala. 2. Todo Estado ribereño fomentará la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima y área y, cuando las circunstancias lo exijan, cooperará para ello con los Estados vecinos mediante acuerdos mutuos regionales”

Otras obligaciones resultan del Derecho Humanitario del Mar, es decir, de las convenciones SOLAS (Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar)<sup>206</sup> y SAR (Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos),<sup>207</sup> la cual sufrió importantes cambios que entraron en vigor el 1 de Julio de 2006.<sup>208</sup>

El Art. 33.1 de SOLAS enumera estas obligaciones en relación con lo anteriormente señalado obligando a cada capitán que pueda prestar auxilio y se entere de una emergencia marítima a prestar dicho socorro. Esta obligación es independiente de la nacionalidad o el estatus que pueda tener el naufrago y además sin importar las circunstancias por las que la persona se encuentra en esta situación. También del SAR se extrae la obligación de socorrer sin importancia de la nacionalidad y el status (Anexo apartado 2.1.10). De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 1 del SAR su Anexo constituye una parte integral del convenio y por ende es obligatoria. De acuerdo al apartado 1.3.2 no es suficiente hacer que los refugiados aborden un buque de salvamento. Los estados están más bien obligados a brindar la asistencia médica y otra asistencia necesaria para garantizar el salvamento del refugiado como además de “transportarlo a un lugar seguro”

---

<sup>203</sup> Weiß, en: Streinz, EUV/TCE, Nm. 5; Wollenschläger, en: Heselhaus / Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 16, Nm.32.

<sup>204</sup> Compárese en este sentido Grahl-Madsen, en: Bernhardt, EPIL, Vol. I: Asylum, Territorial, Pág. 283 sig.

<sup>205</sup> BGBl. 1994 II Pág. 1798.

<sup>206</sup> Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (SOLAS), 1974, 1184 UNTS 278.

<sup>207</sup> Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos, (SAR), 1979, 1405 UNTS 97.

<sup>208</sup> Véase publicación de estos cambios en BGBl. del 11.07.2007, BGBl. 2007 II, Pág 782. sig. (11.07.2007).

Qué lugar representa „ un lugar seguro“ para los refugiados que naufragan, es el punto principal de conflicto para las medidas a ser aplicadas en el mar mediterráneo. Éste es el resultado de un estudio realizado por funcionarios de la Comisión de la UE que pretende alcanzar claridad a este cuestionamiento a través del desarrollo de la Directiva.<sup>209</sup>

En realidad son muchas las instituciones que ya se han puesto como meta el desarrollo de esta Directiva.<sup>210</sup> Sin mostrar toda la amplitud de esta discusión, se hace referencia a la posición del EXCOM, que los refugiados deben ser transportados al „next port of call“<sup>211</sup>. Precisamente en relación a la protección de refugiados y la prohibición de *refoulement* se debe interpretar que un lugar seguro de acuerdo al SAR debe ser acorde a las regulaciones del Derecho de Refugiados. Por ende no puede significar “seguro” para refugiados, un lugar en el que solo los peligros de un naufragio no existan más, sino más bien se debe garantizar que no se llegue al *refoulement*.

Precisamente esta es la interpretación del Comité de Seguridad Marítima (CSM) y de la Organización Internacional Marítima (OMI). El Comité de Seguridad Marítima dictó en Mayo del 2004 la “Directiva sobre tratamiento de personas rescatadas del Mar”. De acuerdo a esta Directiva, las personas rescatadas deben ser trasladadas a un lugar, desde el cual se pueda organizar un transporte sucesivo. Con esto se debe asegurar, en caso de que las personas rescatadas de naufragios sean refugiados, que estos sean transportados a países donde la protección de los refugiados pueda ser garantizada. En este sentido regulan las Directivas en su apartado 6.17 “La necesidad de evitar transportar a un refugiado a un territorio donde su vida o su libertad peligre por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.<sup>212</sup>

En una resolución de Marzo de 2007 la Asamblea General de las NU adoptó estas exigencias como propias. La Asamblea General de las NU exige a los Estados contratantes a garantizar, que los capitanes de buques que enarbolan pabellones nacionales deben actuar de acuerdo a las medidas adecuadas a derecho, prestando la debida ayuda a náufragos y exige a los estados a trabajar conjuntamente a objeto de tomar todas las medidas necesarias para asegurar que las modificaciones del Convenio internacional sobre búsqueda y rescate marítimo y del Convenio de protección de la vida humana en el mar en referencia al transporte de refugiados (náufragos) a un lugar seguro como también las regulaciones pertinentes para el tratamiento a personas rescatadas después de haber sufrido un naufragio, sean ejecutadas”.<sup>213</sup>

Las regulaciones de la Asamblea General como también las modificaciones textuales de las convenciones determinantes en materia de Derechos del Mar humanitarios crean un estrecho engranaje de reglas de Derechos del Mar con regulaciones de migración. En la práctica, el modus operandi de estados que declaran, la devolución, interrupción del viaje como medidas de rescate para justificar<sup>214</sup> de esta manera el transporte de los refugiados al puerto de procedencia como “next port of call”, implica de acuerdo a los cambios clarificantes de las convenciones de Derechos del

---

<sup>209</sup> „One of the problems that could be solved by such a clarification would be the determination of the most appropriate port for disembarkation following rescue at sea or interception, as well as the connected question of the sharing between the States participating in the interception and search and rescue operations, of responsibilities regarding the protection of persons intercepted or rescued seeking international protection.“ (KOM, Study on the International Law Instruments in Relation to Illegal Immigration by Sea, SEC(2007) 691, 15.05.2007, Nm. 4).

<sup>210</sup> Véase International Maritime Organization/ACNUR, Rescue at Sea – A Guide to Principles and Practice As Applied to Migrants and Refugees, 2006.

<sup>211</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (ACNUR), Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea, 18.03.2002.

<sup>212</sup> Maritime Safety Committee, Resolution 167 (78), 20.05.2004, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea, MSC 78/26/Add.2, Annex 34, Nm. 6.17. Además Art. 1 Abs. RL sobre el ingreso ilegal (2002/90/CE) debe ser interpretado a la luz de estas obligaciones de rescate; compare los resultados preliminares del estudio del grupo de trabajo de la Comisión Europea (KOM, Study on the International Law Instruments in Relation to Illegal Immigration by Sea, SEC(2007) 691, 15.05.2007).

<sup>213</sup> UN GA, A/RES/61/222, 16 de Marzo de 2007, Resolución apartado. 70.

<sup>214</sup> Véase en detalle Miltner, Irregular Maritime Migration: Refugee Protection Issues in Rescue and Interception, Fordham Int'l L.J. 30 (2006), Pág. 75 sig..

Mar no solamente una infracción de los Derechos Humanos y de refugiados anteriormente indicados sino que también violan las normas del mismo Derecho marítimo humanitario. La determinación de un “lugar seguro” para refugiados que se encuentran en una emergencia marítima no puede ser fijada sin observar las regulaciones de Derecho Humano y de Refugiados.

### **3.3.3. Consecuencias para el tratamiento de inmigrantes y personas en busca de refugio en el mar y abordaje de buques**

Como consecuencia de la combinación de las normativas de Derechos Humanos, de Derecho de Refugiados y de Derechos del Mar resulta que los Estados no pueden eludir sus obligaciones de Derechos Humanos y de Refugiados a través de que medidas de control fronterizo, es decir, la intercepción, la expulsión, la devolución, la deportación, el reenvío, etc. de buques de emigrantes sean declaradas como medidas de rescate.

Tanto para el rescate marítimo como para el control fronterizo que se realiza a inmigrantes que se encuentran en un estado de emergencia (marítima), es necesario cumplir con las siguientes medidas:

- Traslado de los refugiados a un lugar seguro dentro del territorio de la UE
- Realización del procedimiento para la verificación de la tramitación de una solicitud de refugio
- Verificación jurídica de la Decisión

Las obligaciones marítimas tienen validez tanto para capitanes que presten servicio privado o público. Si el rescate de refugiados que se encuentran en una emergencia marítima se realiza por órganos de control fronterizo o por personas privadas es irrelevante en relación a los deberes de traslado a “un lugar seguro” en el cual los requisitos, derivados de los Derechos Humanos y del Derecho de Refugiados, para los procedimientos y protección jurídica sean cumplidos.

A este efecto y de acuerdo a las directivas marítimas de la Organización Marítima Internacional, un buque no constituye “un lugar seguro” de acuerdo a la definición del SAR.<sup>215</sup> Tampoco se pueden hacer los procedimientos de tramitación jurídicos pertinentes de acuerdo a los Derechos Humanos y de Refugiados abordaje de un buque. Refugiados e inmigrantes que son rescatados o que “caen” de alguna manera en poder de las autoridades de control y protección fronterizas deben ser trasladados y permanecer en territorio de la UE hasta el término del procedimiento de tramitación de una solicitud de reconocimiento o no del estatus de refugiado.

---

<sup>215</sup> Maritime Safety Committee, Resolution 167 (78), 20.05.2004, Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea, MSC 78/26/Add.2, Annex 34, Nm. 6.13: "An assisting ship should not be considered a place of safety based solely on the fact that the survivors are no longer in immediate danger once aboard the ship. An assisting ship may not have appropriate facilities and equipment to sustain additional persons on board without endangering its own safety or to properly care for the survivors..."

#### 4. Conclusión

Las obligaciones internacionales que emergen en especial del Convenio de Ginebra, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, del Convenio contra la tortura de las NU y del derecho comunitario tanto originario como derivado, prohíben el *refoulement* de refugiados y personas beneficiarias de protección jurídica.

La devolución, escolta de regreso, impedimento de continuación de viaje, la expulsión y el remolque, es decir, el transporte a países ribereños, no miembros de la UE está prohibida a las autoridades europeas de control y protección fronterizo mientras que los trámites administrativos y judiciales para la comprobación de las solicitudes de protección de las personas no hayan concluido dentro del territorio comunitario.

Las autoridades europeas de control fronterizo están atadas, en el ejercicio de medidas extraterritoriales de protección fronteriza, a estas normas. Para medidas en el mar tiene esto validez no solo dentro de las propias doce millas marinas sino también en la zona contigua, en alta mar y en las aguas ribereñas de terceros países. Es prohibido devolver o enviar a los refugiados a territorios en los que no esté garantizada su protección y seguridad.

Refugiados e inmigrantes que cruzan el mar y naufragan deben ser tratados de acuerdo a las normas de Derechos del Mar humanitario. Esta prohibido el traslado de las personas rescatadas a terceros países en los cuales una protección jurídica suficiente no puede ser garantizada.

Personas que buscan protección jurídica tienen el derecho a ser transportadas al próximo puerto seguro en territorio europeo. El criterio jurídico marítimo de “seguridad” debe ser interpretado en este caso de acuerdo a las regulaciones derivadas del Derecho de Refugiados.

A raíz de los criterios de Derecho Internacional Público y de la prohibición de evasión, la cooperación con autoridades de terceros países no exime a los órganos de control fronterizo de sus obligaciones

Si autoridades pertenecientes a terceros estados están involucradas en medidas de rescate o supervisión realizadas por autoridades europeas, surge para los órganos europeos de control fronterizo la obligación de asegurar, que personas en busca de protección e inmigrantes sean trasladados a lugares seguros de acuerdo a los Derechos Humanos, de Refugiados y Derechos del Mar y que sea garantizado el *non-refoulement*. Èste no es el caso en estados de tránsito africanos por lo cual un traslado a territorio de los estados miembros de la UE es indicado.

Francfort del Meno, 7 de Septiembre de 2007