



PABLO CERIANI CERNADAS

Abogado (*Universidad de Buenos Aires*). Doctorando en Derechos Fundamentales, *Universidad de Valencia*. Experto Jurídico sobre Migraciones Internacionales, Extranjería y Personas en Movimiento Transnacional (*Universidad Europea de Madrid*, 2003-2004). Profesor de la Maestría en Derechos Humanos, *Universidad Nacional de Lanús* (UNLa). Investigador del Centro de Derechos Humanos de la UNLa, donde coordina estudios sobre niñez, migración y derechos humanos encargados por UNICEF. Desde 2000, integra el *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS), al que representa en el Comité Directivo de *Migrants Rights*

International (MRI), y donde ha sido Director del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Coordinador Clínica Jurídica Derechos de Inmigrantes y Refugiados (CELS-CAREF-UBA). Consultor en migraciones y DDHH del Programa para las Américas de la *Federación Internacional de Derechos Humanos* (FIDH). Integrante del Instituto Universitario de Derechos Humanos, *Universidad de Valencia*, y el Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, *Universidad de Barcelona*. Coordinador legal del proyecto *Justice Without Borders* (2009-2010), auspiciado por *Open Society Initiative for West Africa* (OSIWA), sobre derechos humanos y acceso a la justicia en casos de deportación de migrantes africanos desde territorio europeo. Ha escrito diversos trabajos y ha dado numerosos seminarios y cursos sobre derechos humanos, mayormente acerca de derechos de migrantes. Co-editor (junto a Ricardo Fava) del libro "Política Migratoria y Derechos Humanos", Universidad Nacional de Lanús, Provincia de Buenos Aires, 2009.

Email: pablo.ceriani@uv.es, pceriani@unla.edu.ar

RESUMEN

Los instrumentos normativos adoptados por la Unión Europea (UE) para garantizar la libre circulación en el territorio de los Estados miembros están estrechamente ligados al control de las fronteras exteriores. En los últimos diez años se han creado diversos mecanismos para prevenir, controlar y sancionar la inmigración irregular hacia la comunidad europea, cuyo modelo migratorio se caracteriza por su visión instrumental que regatea los derechos fundamentales y reduce la inmigración a la mano de obra que necesita el mercado de trabajo. De allí se derivan normas que reconocen derechos según la nacionalidad y condición migratoria de la persona. En este contexto, este trabajo analizará, con un enfoque de derechos humanos, lo que supone un "avance" radical de ese proceso de externalización, desde el punto de vista físico, simbólico, político y también jurídico: los operativos creados para impedir la migración de personas en "cayucos" o "pateras" hacia Europa desde las costas de países como Marruecos, Argelia, Senegal o Mauritania.

Este trabajo, de enero de 2009, es una versión actualizada del trabajo de investigación doctoral del mismo autor (inédito).

Original en español.

Recibido en enero de 2009. Aceptado en junio de 2009.

PALABRAS CLAVE

Control Migratorio – Unión Europea – Derechos Humanos – Extraterritorialidad – África.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

CONTROL MIGRATORIO EUROPEO EN TERRITORIO AFRICANO: LA OMISIÓN DEL CARÁCTER EXTRATERRITORIAL DE LAS OBLIGACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Pablo Ceriani Cernadas

1. Introducción

Los Acuerdos de Schengen y otros instrumentos normativos adoptados por la Unión Europea (UE) para garantizar la libre circulación en el territorio de los Estados miembros, están estrechamente ligados a la otra cara de este proceso: el control de las fronteras exteriores. En los últimos diez años se han creado diversos mecanismos para prevenir, controlar y sancionar la inmigración irregular hacia la comunidad europea. Las normas relativas al visado, la responsabilidad de los transportistas y las operaciones conjuntas de retorno de migrantes (UE. CONSEJO EUROPEO, Reglamento n. 574/1999; Directiva n. 51/2001 y Decisión 573/2004a), o los sistemas de información y vigilancia en fronteras (el Sistema de Información Schengen – SIS, y la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores - FRONTEX¹), son algunos de esos dispositivos. Entre las prioridades del Programa de La Haya para 2005-2010, se incluyó el reforzamiento de la política de control fronterizo y la llamada “lucha contra la inmigración ilegal”².

Junto a una lógica de control, seguridad y miedo (GIL ARAUJO, 2002; SOLANES, 2005), el modelo migratorio de la UE se caracteriza por su visión instrumental: una óptica unilateral y recortada que regatea los derechos fundamentales y reduce la inmigración a la mano de obra que necesita el mercado de trabajo (DE LUCAS, 2002, p. 32). De allí se derivan normas que reconocen derechos según la nacionalidad y condición migratoria de la persona. Esta desigualdad, supone una exclusión de tal magnitud que ha sido asociada a un sistema de apartheid (BALIBAR, 2003, p. 191-192). La Directiva sobre reagrupación familiar es un fiel ejemplo de esta desigualdad de derechos, al limitar –fijando un doble rasero- el derecho a la

Ver las notas del texto a partir de la página 212.

vida familiar de inmigrantes de países fuera de la UE (UE. CONSEJO EUROPEO, Directiva n. 86/2003)³. Más recientemente, la Directiva de retorno de personas en situación migratoria irregular (UE. PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO EUROPEO, Directiva n. 115/2008) supone un claro retroceso de estándares de derechos humanos, especialmente en cuestiones como la expulsión del país, la privación de la libertad, la detención de niños y las garantías de debido proceso (DE LUCAS, 2009).

A los mecanismos de vigilancia, visado y la agencia FRONTEX, se han añadido nuevos instrumentos para incrementar la eficacia del control migratorio: acuerdos bilaterales de readmisión entre España e Italia con países africanos; iniciativas euro-africanas sobre migración y desarrollo; la política europea de vecindad (PEV); el sistema de identificación dactilar EURODAC; el reforzamiento de vallas fronterizas terrestres (Ceuta y Melilla); desde 2007, las acciones de la European Patrol Network (EPN) en el mediterráneo y el atlántico; los Equipos de Intervención Rápida en las Fronteras (RABIT); etc.⁴. Algunos de estos programas han ido conformando el proceso de externalización del control migratorio⁵.

En este contexto, este trabajo analizará, con un enfoque de derechos humanos, lo que supone un “avance” radical de ese proceso de externalización, desde el punto de vista físico, simbólico, político y también jurídico. Se trata de los operativos creados para impedir la migración de personas en “cayucos” o “pateras” hacia Europa desde las costas de países como Marruecos, Argelia, Senegal o Mauritania⁶. Las acciones consisten en interceptar las embarcaciones y “devolver” a quienes allí viajan al lugar de donde han salido o a otro país que los admita, según los acuerdos que existan con las autoridades europeas⁷. De los múltiples planos en que impactan estas iniciativas, interesa en especial el de sus implicaciones jurídicas, concretamente en los derechos de las personas que se trasladan en esas embarcaciones y las obligaciones de los Estados que intervienen en dichas acciones.

Con tal finalidad, es necesario identificar porqué las autoridades europeas que elaboran y ejecutan estas iniciativas deben asumir la responsabilidad que tiene todo Estado respecto de cualquier persona “bajo su jurisdicción,” deber que excede el marco territorial de un Estado. Es decir, la aplicación extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos. Luego, se examinará cuáles son los derechos que se ponen en juego –en riesgo– en estas medidas de interceptación y devolución en territorio africano. El derecho a la vida, a la integridad física, al asilo, a la libertad ambulatoria, así como las garantías del debido proceso, no están siendo consideradas debidamente durante esos operativos. Las reflexiones finales abordarán cómo estos mecanismos de control suponen un nuevo desafío para un debate postergado: el alcance y el significado del derecho a la libre circulación, que contemplaría el derecho a salir del país (de origen) y el derecho a ingresar a otro.

2. Concepto “personas bajo la jurisdicción” de un estado

Antes de ingresar en el análisis de los derechos en juego en estas acciones de control migratorio, es oportuno hacer unos comentarios sobre un principio jurídico: la noción de la “jurisdicción” estatal en los tratados de derechos humanos. Como

es bien sabido, las obligaciones asumidas por los Estados en estos pactos deben asegurarse respecto de todas las personas que se encuentran “bajo su jurisdicción.”

Al respecto, es preciso señalar en primer lugar que el término “jurisdicción” no es sinónimo de “territorio” de un Estado. Por ello, las obligaciones de derechos humanos no se refieren únicamente a las acciones que realice un Estado en su territorio, sino que alude a la responsabilidad del Estado por la afectación de los derechos a una persona mediante cualquier conducta que sus agentes efectúen en ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del lugar donde ello ocurra. En este sentido, la –extinta– Comisión Europea de Derechos Humanos señaló que el deber de asegurar los derechos humanos contenidos en el Convenio Europeo, a todas las personas dentro de la jurisdicción del Estado, no está limitado al territorio del Estado parte, sino que se extiende a todas las personas bajo su autoridad y responsabilidad, tanto si la autoridad se despliega dentro del territorio como fuera de él. Por ello, los agentes autorizados no sólo permanecen bajo su jurisdicción cuando prestan funciones en el exterior, sino que arrastran a esa jurisdicción a toda persona sobre la que ejercen su autoridad. Si sus actos u omisiones afligen los derechos de esas personas, entonces puede verse comprometida la responsabilidad del Estado⁸.

Con el mismo criterio, para el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU-CDH) el concepto “individuos sujetos a su jurisdicción” no se refiere al lugar donde ocurre la violación a los derechos sino la relación entre la persona y el Estado. Éste también puede ser responsable de las violaciones cometidas por sus agentes en territorio de otro Estado, sea con la aquiescencia de éste o no. Para el Comité, de acuerdo al artículo 5.1 del PIDCyP, ningún elemento del Pacto puede ser entendido en el sentido de permitir que un Estado cometa en el territorio de otro, violaciones de derechos prohibidas en su propio suelo (ONU-CDH, 1981, §12.2, 12.3). A una conclusión similar han arribado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU-CDESC) (2003, §31) y la Corte Internacional de Justicia (CIJ)⁹. De estos estándares se evidencia que el nexo que establece la jurisdicción del Estado (en materia de derechos humanos) no es el territorio, sino la relación entre un individuo y los representantes de dicho Estado (GIL-BAZO, 2006, pp. 593-595). El concepto de “jurisdicción” resalta el control efectivo que tenga una autoridad estatal sobre una persona, sin perjuicio de si está situada dentro del territorio de su Estado (ONU-CDH, 2004a, § 10; DE SCHUTTER, 2005, p. 10; RIJPM; CREMONA, 2007, p. 17).

Al aplicar los estándares al caso bajo análisis, cabe señalar que no hay dudas sobre el control que ejercen los representantes europeos en sus operativos en territorio africano. La presencia de una o varias personas del gobierno de Senegal, Mauritania, en los barcos y patrullas europeas, no conlleva el reemplazo de esa autoridad. En todo caso, la jurisdicción (y responsabilidad) será compartida, según las autoridades que intervienen en cada acción, pero no es posible negar el rol determinante de las autoridades europeas en la vigilancia y localización de los cayucos y su posterior interceptación y devolución.

La información existente corrobora esta afirmación. Al menos, los datos disponibles, ya que, como han destacado algunos investigadores, ciertos acuerdos bilaterales se mantienen en secreto (CARRERA, 2007, p. 22; MIR, 2007, p. 4), en contra de los principios de legalidad, tipicidad y publicidad del derecho. El caso de las

acciones desarrolladas por España es bien ilustrativo. Los recursos destinados a estos operativos avalan la implicación formal de España, tanto material como humana y, en definitiva, política, en esas operaciones. Tal como indica la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDH),

España ha destinado cuatro embarcaciones de la Guardia Civil...para vigilar las aguas de Mauritania y Senegal... Sólo en tres países africanos (Mauritania, Senegal y Cabo Verde) hay un total de 64 funcionarios, 14 embarcaciones, dos aviones y dos helicópteros [...] en las embarcaciones españolas que se encuentran en Mauritania y Senegal viajan policías africanos, pero sólo de forma puramente testimonial [...] De hecho en cada patrullera viajan ocho guardias civiles y dos gendarmes mauritanos o senegaleses. (APDHA, 2008, pp. 40-41).

Cabe agregar que la jurisdicción también se verifica en estos casos en razón de la bandera de los barcos que realizan la interceptación de los cayucos (WEINZIERL, 2007, pp. 40-42).

Esta circunstancia queda aún más acreditada por las propias medidas del Estado español. Así, en la decisión del gobierno que crea una autoridad administrativa a cargo de centralizar las iniciativas de control migratorio hacia las Islas Canarias¹⁰, se deja constancia que las acciones en aguas africanas constituye la aplicación de una política pública española (y también, europea), al señalar:

las actuaciones puestas en marcha por el Gobierno en los países origen de los flujos migratorios, mediante la realización de operaciones policiales conjuntas con medios terrestres, aéreos y navales..., constituyen la herramienta básica para hacer frente a la inmigración ilegal por vía marítima y a ello obedece la planificación de operaciones que, bajo el amparo de Proyectos y Mecanismos de Reacción Rápida (MRR) subvencionadas con programas de UE, pretenden fundamentalmente frenar la salida de embarcaciones de las costas de Mauritania...y Senegal (operación Goree²¹). En dichos proyectos bilaterales, además de figurar medios marítimos y aéreos de la Guardia Civil, se integran otros del Cuerpo Nacional de Policía y del DAVA [Departamento Adjunto de Vigilancia Aduanera]²². (ISLAS CANARIAS, Orden Presidencial PRE/3108, 2006).

Es importante tener en cuenta un aspecto sobre el cual volveremos en el siguiente acápite: la prohibición de “no devolución” no se disipa por el hecho de que las fuerzas de seguridad de un Estado actúen por “invitación” de otro (en cuyo territorio se producen los hechos), ni porque la actuación el primero se realice con el consentimiento de este segundo Estado (expresado, por ejemplo, en un acuerdo bilateral) (BORELLI, 2005, pp. 39-68, pp. 57-58). Igualmente, cabe reafirmar que en este caso, aún cuando existe tal consentimiento, la iniciativa, los recursos económicos, los barcos que efectúan el patrullaje, el recientemente implementado satélite para monitorear las pateras que parten de la costa africana¹³ y, en definitiva, la decisión y el interés político, responde a los objetivos del control migratorio de los Estados de la UE.

En definitiva, en las operaciones de devolución en aguas africanas se observa con nitidez la reflexión que efectúa Gondek, en el sentido de que en el actual contexto,

marcado por la globalización y el aumento de actividades estatales fuera de sus fronteras, la aplicación extraterritorial de los pactos de derechos humanos se ha vuelto cada vez más relevante (GONDEK, 2005, p. 351). Los estándares en torno al concepto de “jurisdicción” en los tratados de derechos humanos, avalarían expresamente su aplicación en estas circunstancias. Por ello, a continuación observaremos cuáles son algunos de los derechos fundamentales que están en juego en el marco de los operativos de control migratorio diseñados e implementados por autoridades europeas en aguas y tierras africanas.

3. Control migratorio, derecho a la vida y a la integridad física

3.1. El principio de no devolución: la desatención de un principio clave del derecho internacional.

Uno de los cuestionamientos más serios que se les puede efectuar a los operativos de control migratorio efectuado por autoridades europeas en territorio de países africanos, es el relativo al *principio de no devolución*. Este principio, reconocido de forma expresa e implícita en diversos tratados¹⁴, constituye una obligación absoluta e inderogable, una norma imperativa del derecho internacional consuetudinario (*Jus Cogens*)¹⁵, y como tal no puede verse afectada en forma alguna (por acción u omisión). Según la Corte Internacional de Justicia, su incumplimiento no afecta sino fortalece dicho carácter (ALLAIN, 2001, pp. 540-541).

La garantía contra la devolución prohíbe que una persona sea remitida de un Estado a otro cuando existan indicios que revelen que la persona pueda sufrir un menoscabo en su vida o integridad física en el lugar de destino. Para determinar si en cada caso están presentes esos indicios, resulta imprescindible la realización de un examen individualizado que permita verificar si se dan esas circunstancias. Sin embargo, según todas las fuentes de información (oficiales o de otro carácter) que se han podido identificar sobre los mecanismos de interceptación y devolución en aguas y costas africanas, no hay dato que revele la existencia de alguna clase de proceso por el cual, en forma individual, se examinen las circunstancias de cada persona que es coactivamente devuelta. Así, resulta imposible tener la seguridad que, como resultado de esa devolución al país del que salió (no necesariamente su país de origen¹⁶), no vaya a sufrir un menoscabo en su integridad física o su vida.

El principio de no devolución no se aplica únicamente a casos de solicitantes de asilo, sino que, al estar íntimamente ligado a la protección del derecho a la vida y a la integridad física, rige para cualquier persona que, por el motivo que fuere, pueda ver afectados esos derechos básicos en caso que sea remitido a su país de origen. A su vez, este principio no tiene limitaciones geográficas, se debe respetar por las autoridades de un Estado allá donde ejercen su jurisdicción, sin perjuicio del territorio en que los actos se ejecuten¹⁷. No sólo rige extraterritorialmente, sino que también es irrelevante la caracterización formal del acto de dicha transferencia (extradición de acusados de delito, expulsión de inmigrantes, devolución etc.) (BORELLI, 2005, p. 64).

Esta posición fue expresamente asumida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en un antecedente que presenta varias similitudes con los actuales controles en costas africanas. En el llamado “Caso de los Haitianos,” referido a las medidas de interdicción y devolución realizadas por autoridades estadounidenses en aguas internacionales y en aguas (y costas) de la República de Haití, con el fin de impedir la salida de personas de ese país con destino hacia Estados Unidos u otros países. EE.UU. alegó que no podía aplicarse el principio de no devolución, ya que las acciones se habían producido fuera de su territorio. La Comisión rechazó esta posición, e indicó que compartía la opinión del ACNUR de que dicho principio “no reconoce limitaciones geográficas”¹⁸.

Por otra parte, el principio de no devolución se puede infringir de manera indirecta. Esto es, no sólo si un Estado devuelve a una persona a otro en el cual pueda correr peligro su vida e integridad física, sino también si ese segundo Estado, luego, reenvía a la persona a un tercero (su país de nacionalidad) en el cual se vulneran estos derechos. Por ello, la obligación jurídica de un Estado que remite a una persona a otro país (del que no es nacional) contempla también el deber de evaluar que el Estado receptor respete por igual el principio de no devolución. En caso contrario ambos Estados serán responsables de su vulneración, a través del llamado “*indirect removal*” (LAUTERPACHT; BETHLEHEM, 2003, p. 115).

En este sentido se han pronunciado diversos organismos internacionales de protección de los derechos humanos, fijando un importante estándar. El Comité contra la Tortura, en un caso contra Suecia por la expulsión de un extranjero, por una presunta violación del principio de no devolución, impugnó la actuación del Estado en el sentido de que las autoridades migratorias, al resolver la expulsión de la persona (iraquí) a Jordania, se abstuvieron de evaluar el riesgo de que autoridades jordanas pudieran luego deportarla a Irak (COMITÉ CONTRA LA TORTURA, 1998, § 6.5 y 7). En el ámbito europeo, el TEDH también avaló la hipótesis de devolución indirecta, aunque en el caso concretó concluyó que no había violación ya que el Estado intermediario era parte del Convenio Europeo y por ende no podía violar la prohibición del artículo 3^{19,20}.

En las acciones de control migratorio bajo análisis, no existe información que permita afirmar con –mínima- certeza de que autoridades de países como Senegal, Mauritania o Gambia estuvieran cumpliendo debidamente con la prohibición de no devolución, una vez que son devueltas las personas interceptadas por autoridades europeas. Pero lo relevante es la ausencia de información que acredite el desarrollo de indagaciones sobre estos aspectos durante procedimientos de retención y devolución. Organizaciones sociales españolas han evidenciado esta situación²¹.

Las iniciativas de la propia UE confirman esta ausencia. En diciembre de 2006, la Comisión Europea expresó que era necesario evaluar la posibilidad de extender las obligaciones de protección internacional de los Estados, como el principio de no devolución, a las situaciones en que los barcos de un Estado implementan medidas de interceptación. En particular, dijo la Comisión, sería apropiado analizar las circunstancias en las cuales un Estado estaría obligado a asumir responsabilidad de examinar una solicitud de asilo, como resultado de la aplicación del derecho internacional de refugiados, durante las operaciones que están teniendo lugar en

aguas de otro Estado o en aguas internacionales (COMISIÓN EUROPEA, 2006, §36). Las palabras de la Comisión son lo suficientemente claras: deberían analizar si no estarían obligados a respetar sus obligaciones internacionales en el contexto de las políticas y medidas que llevan adelante en aguas africanas, con el objetivo de prevenir la migración irregular. La respuesta es bien simple y no requiere una indagación muy profunda. Las normas internacionales, los estándares y los principios básicos del derecho internacional de derechos humanos (como el *non refoulement*), indican con toda nitidez que los Estados deben cumplir estos deberes, sin excepción, en cualquier circunstancia y lugar en que una persona se encuentre bajo su jurisdicción.

Este escenario da lugar a una reflexión: si las fronteras son “la condición absolutamente no democrática o discriminatoria de las instituciones democráticas” (BALIBAR, 2003, p. 176), en este espacio de frontera difusa, ambigua y movediza se llega a un extremo, en el cual no se aplican los derechos básicos que las normas reconocen para las propias fronteras (al analizar las garantías –ausentes– en estos operativos, veremos como esta percepción de “zona de no derecho” se consolida). Por ello, si al contrario de la posición que hemos asumido, se entendiera que la responsabilidad por una eventual violación del principio de no devolución le correspondiera al Estado africano en cuyo territorio ocurren los hechos, cabe preguntarse si no habría también responsabilidad del Estado europeo que participa de esas acciones, provee la asistencia necesaria para su realización y está a cargo del control (político, operativo, material y financiero) sobre estas iniciativas.

3.2 El derecho a la vida y las muertes de migrantes en el mar

Año tras año, en las aguas del mar atlántico y del mediterráneo, se producen miles de fallecimientos de personas que buscan migrar desde África hacia Europa. Es difícil conocer con certeza la totalidad de personas que pierden la vida en este intento por migrar hacia otro país, y es igual o más complejo pronunciarse, jurídicamente, sobre la responsabilidad de los Estados por estas circunstancias. Evidentemente, esta dificultad se desvanece cuando se demuestra una relación causal entre ciertas conductas y tal desenlace, como podría ser en casos en que la muerte ocurre durante el operativo de devolución o expulsión, con la persona bajo custodia de autoridades públicas. Pero respecto de quienes fallecen en el trayecto marítimo, la cuestión es más complicada. En este punto debe distinguirse la responsabilidad penal y la responsabilidad en materia de derechos humanos. Los obstáculos que pueden hallarse en la determinación de personas responsables desde la perspectiva penal, no nos impide realizar unas reflexiones desde una óptica de derechos humanos, centrada en el comportamiento de los Estados. Así como en los demás derechos fundamentales, los Estados deben respetar y satisfacer el derecho a la vida. En el contexto de las políticas de control migratorio, la obligación de respetar se traduce en el deber de abstenerse de adoptar cualquier tipo de medida que pudiera redundar, directa o indirectamente, en la afectación del derecho.

Ante ello, cabe destacar que existen diversos informes que evidencian dos estrechas conexiones relevantes para este análisis. Por un lado, entre las políticas migratorias europeas crecientemente restrictivas, y el aumento de la migración

irregular y de las redes de tráfico de personas (delito cuyas víctimas principales son las personas, no los Estados). Por el otro, entre el incremento y la diversidad de los mecanismos de control de la migración irregular en el mediterráneo y desde las costas atlánticas marroquíes, y la partida de cayucos desde más al sur (Mauritania, Senegal), lo que amplía notablemente no sólo la distancia a recorrer sino también la peligrosidad del viaje²². Esta vinculación entre el endurecimiento de las políticas migratorias, el mayor control de la migración irregular y el incremento de personas fallecidas en el mar, exige –al menos- reflexionar y debatir sobre la responsabilidad de los Estados europeos por adoptar medidas que contribuirían (junto a otros factores, claro) en la pérdida de la vida a miles de personas.

Por otra parte, la obligación de satisfacer los derechos humanos contiene el deber de establecer las políticas y medidas necesarias para que las personas puedan gozar efectivamente de esos derechos. En este sentido, se podría decir que, en tanto entre los objetivos anunciados por la Agencia FRONTEX y por los Estados que patrullan las aguas internacionales, africanas y europeas para impedir la migración irregular, está el de prevenir la muerte de migrantes o reducir el riesgo de estos viajes, sus acciones constituyen una forma de intentar garantizar el derecho a la vida. Ello no sería erróneo. De todas maneras, debe decirse, por una parte, que el rescate en el mar constituye una obligación del derecho internacional (CONVENCIÓN SOBRE EL DERECHO DEL MAR, art. 98.1; CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE BÚSQUEDA Y SALVAMENTO MARÍTIMOS, párr. 2.1.10; ENMIENDA DE 2004 al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar; y ACNUR y ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL - OMI, 2006) y, por la otra, que la finalidad central y prioritaria de la presencia de barcos y aviones en esas zonas es de índole securitaria y, dentro de ella, de control migratorio. Los resultados, las acciones y los recursos serían otros si el fin prioritario fuera, de manera irrefutable, el de asegurar el derecho a la vida²³. A su vez, esa obligación de satisfacer incluye también el deber de investigar seriamente circunstancias en la que se producen miles de muertes anuales, y consecuentemente modificar las políticas y los mecanismos que pudieran profundizar la protección de este derecho.

La migración, aún la irregular (mejor dicho, especialmente la irregular) es una decisión extrema que se dirige, precisamente, a intentar ejercer de manera efectiva el derecho a la vida en condiciones dignas, así como el derecho a la libre circulación y el derecho a salir del país²⁴. La privación de los componentes (derechos) que son interdependientes del derecho a la vida (salud, trabajo, vivienda), del derecho a un nivel de vida adecuado, es justamente una de las principales causas de la migración irregular, de forma más vulnerable y arriesgada. Por ello, con más razón aún es que los Estados deberían abstenerse de continuar con políticas que pueden aumentar esos riesgos y vulnerabilidades, incidiendo en la muerte de personas que buscan gozar una vida más digna para sí y su familia. Estamos ante las circunstancias y consecuencias más extremas de la jerarquización de la movilidad global (BAUMAN, 1999, pp. 93-123). Como afirma De Lucas, el derecho a la circulación no puede ser “un destino fatal, una empresa peligrosa y degradante que aparece como la única opción para [...] escapar de la miseria, de la ausencia de libertad, de oportunidades de vida.” (DE LUCAS, 2006, p. 40).

4. Interceptación y devolución de migrantes: su impacto el derecho a la libertad ambulatoria

Este control migratorio en el norte occidental africano también supone un desafío en el plano de la libertad personal de las personas migrantes que son devueltas, en dos niveles: (1) en la detención inmediatamente posterior a la interceptación; y (2) en el establecimiento de una pena por el intento de migrar de manera irregular.

(1). En el marco de las acciones de interceptación, una de las consecuencias puede ser la privación de la libertad al retornar a la costa. España y otros países de la UE han contribuido (material y políticamente) a la creación de Centros de Detención de personas migrantes en países como Marruecos o Mauritania. Estos centros, como destaca Naïr, son un nuevo fenómeno que se está generalizando fuera de territorio europeo, en ejecución de la política de contención y filtro asignada por la UE a los países vecinos. Se caracterizan, agrega, por la indeterminación del estatuto jurídico de la persona, del plazo de detención y la ausencia de estadísticas e información básica sobre estos Centros²⁵.

Organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación han descrito en diversas ocasiones cómo luego de la detención de barcos o de cayucos cercanos a la costa de esos países, las personas fueron detenidas en esta clase de centros (APDH, 2007, pp. 19-20). En algunos casos, la situación ha sido más grave. En febrero de 2007, frente a las costas de Mauritania, era detenido el barco *Marine I* con 372 personas (300 de India y Pakistán, y el resto de países como Myanmar, Sri Lanka, Sierra Leona y Liberia). Las autoridades españolas, en el puerto de Nuadibú, luego de un acuerdo con Mauritania, dividió a la personas según el destino que se les daría²⁶. Veintitrés personas quedaron allí privadas de su libertad. Según la información difundida (no desmentida por los gobiernos), esas personas estuvieron detenidas en un “hangar de pescados” durante más de dos meses. Es imaginable que las condiciones de detención en ese lugar no podrían cumplir con requisitos exigidos por normas y principios fundamentales (como el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de la ONU, cf. ONU-AG, Resolución 43/173, 1988). A su vez, y contradiciendo estándares internacionales²⁷, durante dicho período no habría intervenido ninguna autoridad judicial (mauritana o española), para revisar la legalidad de esas detenciones administrativas o las condiciones de detención.

Ante ello, y como la detención de estas personas había sido impuesta luego de la intervención de autoridades españolas, y que en dicho hangar habrían sido custodiadas por agentes de seguridad de nacionalidad española, el Centro Español de Ayuda al Refugiado, Médicos el Mundo y Amnistía Internacional denunciaron ante la justicia al Estado español, por la violación del derecho a la libertad, a la integridad física y la tutela judicial efectiva²⁸. La Audiencia Nacional (2007a²⁹) rechazó la demanda, alegando que no había habido una violación de derechos humanos y que la jurisdicción de los hechos correspondía al Estado Mauritano. Esta argumentación es llamativa, porque según los documentos aportados al proceso judicial por el Estado (un acuerdo entre Mauritania y España), las fuerzas de seguridad de ambos países estarían a cargo de las operaciones a realizar³⁰. La sentencia también señaló que la intervención española se había limitado a cumplir con obligaciones humanitarias y de salvamento. Si bien

en parte esto es cierto, desconoce el marco político y normativo de la presencia del Estado en esas aguas, cuyo fin primario no es de carácter humanitario sino de control migratorio y “lucha contra la inmigración ilegal.”

(2) Este escenario de control de migración desde África hacia Europa también ha repercutido en el cambio legislativo (y su aplicación) en países africanos, en perjuicio del derecho a la libertad personal de quienes migran o intentan hacerlo. Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre Derechos de los Migrantes, señaló que las políticas de la UE – aún cuando disminuir la migración irregular pueda ser un objetivo legítimo - han contribuido a la criminalización de la migración irregular, tratándola como un delito penal (ONU. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2008, § 19). En efecto, en estos últimos años, países como Marruecos o Senegal han modificado sus leyes o prácticas de control migratorio, estableciendo penas de prisión por el hecho de emigrar en forma irregular. Así, la Ley migratoria 02-03 (aprobada en Marruecos en 2003) impuso las sanciones de multa y de prisión de 1 a 6 meses (art. 50), a las personas que salieran ilegalmente del territorio marroquí y a aquellas que ingresen al país a través de lugares diferentes a los establecidos para dicho propósito.

Los investigadores marroquíes coinciden en las causas de estos cambios. Para Khachani (2006, pp. 48-50), esa normativa parece una respuesta a las presiones externas en materia de seguridad, inscribiéndose en una situación regional e internacional que prioriza la seguridad en detrimento de los derechos humanos, y coloca a Marruecos en el lugar en que la UE desea que tenga en la región para controlar la migración. La función atribuida por la UE a Marruecos, según Belguendouz (2002, p. 42), es la de ser un “cinturón de seguridad o cordón sanitario” de Europa. Al elaborarse el proyecto que luego devendría en ley, sostuvo que se trataba de una “capitulación” hacia los intereses españoles y europeos, una respuesta al “chantaje” y la “presión,” que “schengeniza” la política marroquí y criminaliza a los inmigrantes hacia Marruecos y la UE (BELGUENDOZ, 2003, pp. 33-35).

Otro aspecto que agrava la regresividad del cambio, y su dimensión, es que diez años antes de la nueva ley, Marruecos había hecho un importante gesto en el sentido opuesto. En junio de 2003, había ratificado, a diferencia de todos los Estados de la UE, la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, cuyo texto, según el Comité que verifica su cumplimiento, impide la sanción de la migración irregular con penas privativas de libertad³¹.

Desde 2006, este giro de la política marroquí también se está dando de manera paulatina en otros países de la costa occidental africana. En este sentido, se ha subrayado cómo España habría convencido a Senegal y Mauritania para que detengan a potenciales emigrantes en sus respectivas costas, y readmitan a quienes lograron ingresar en forma irregular (en este caso, mediante acuerdos de readmisión). Consecuentemente, Senegal habría divulgado su intención de arrestar a 15 mil personas preparadas para partir hacia Islas Canarias, mientras que 116 personas ya habrían sido condenadas a dos años de prisión (SPIJKERBOER, 2007, p. 130). Los medios de comunicación reflejan casos similares, tanto en Senegal³², como en Argelia³³.

De esta manera, la presión europea hacia el control y la sanción de la irregularidad migratoria, ha contribuido al progresivo uso del término “emigración

ilegal.” Así, se estaría apoyando una tendencia que criminaliza el ejercicio del derecho a salir de un país y, en muchos casos, a las propias víctimas de un delito. Al respecto, Bauman presenta la paradoja de este escenario, en el cual el mundo “racional” se enfrenta al desafío de tener que negar al prójimo (en situación de total vulnerabilidad) el derecho a la libre circulación, derecho que es exaltado “como el logro máximo del mundo globalizado” (BAUMAN, 1999, p. 102). En este sentido, cabe destacar que la CIDH, en el caso sobre Haití antes citado, concluyó “que el acto de interceptar a los haitianos en embarcaciones en alta mar constituye una violación del derecho a la libertad”³⁴. El derecho a la libertad no sólo se ve ilegítimamente restringido por la privación de libertad sino también por el mero acto de interceptación.

5. El derecho al asilo: devoluciones sin posibilidad de solicitar protección internacional

Las interceptaciones que realizan en territorio africano autoridades de países europeos (por ejemplo, la Guardia Civil española en el río Cassamance, al sur de Senegal) se llevan adelante sin iniciar un procedimiento que de manera individual establezca los pasos a seguir, y la decisión a adoptar, respecto de cada una de las personas que se encuentran en los cayucos. De allí se podrían derivar perjuicios para quienes estuvieran en busca de asilo. Ya se ha indicado que la propia Comisión Europea (2006, § 10) se preguntaba si no sería necesario adoptar medidas para verificar si alguna de esas personas requeriría protección internacional.

Actualmente, la eventual realización de un trámite para examinar si una persona de las interceptadas precisaría asilo se efectuaría, una vez finalizado el operativo en el cual intervienen las fuerzas de seguridad europeas, por parte de los funcionarios del respectivo país africano, según la normativa y los procedimientos aplicables en cada caso. Cabe destacar que en varios de estos países no hay legislación ni procedimiento oficial para el reconocimiento del estatus de refugiado (CONSEIL CONSULTATIF DES DROITS DE L'HOMME, 2008; AMNISTIA INTERNACIONAL, 2008).

Pero el problema que nos interesa resaltar es que, en el marco de esos procedimientos de interceptación y devolución diseñados y ejecutados por autoridades europeas, no sería posible invocar el derecho de asilo y solicitar que se inicie un procedimiento para analizar esa petición. Si dicha interceptación se hiciera unos kilómetros más al norte (en aguas internacionales o europeas), todo indicaría que esas mismas autoridades se verían obligadas a iniciar el proceso para determinar la concesión del status de refugiado u otra clase de protección. Pero más al sur dicha obligación se desvanece. Al respecto, el Relator de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Migrantes, destacó la novedad y gravedad de estas acciones en las costas africanas, y señaló la importancia de que

los Estados tomen medidas para que los casos de las personas interceptadas y rescatadas en el mar sean tramitados con carácter individual y se otorguen a cada una de las debidas garantías judiciales, y que las personas que reclamen protección internacional puedan tener acceso al procedimiento nacional para la concesión de asilo. (ONU. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2008, § 38-40).

El derecho internacional de refugiados no parece legitimar estas prácticas, ni siquiera en caso que las interceptaciones se realicen en el marco de una acción de salvamento en el mar. La OMI (2001, Annex, §5) ha señalado que cualquier medida que se adopte en esas ocasiones debe estar en conformidad con el derecho del mar y otros instrumentos internacionales, como la Convención de 1951 sobre el Estatuto para los Refugiados. Por su parte, el ACNUR ha afirmado que las

medidas de intercepción no deben dar como resultado que se niegue a los solicitantes de asilo y los refugiados el acceso a la protección internacional, o que los que necesiten protección internacional sean devueltos, directa o indirectamente, a las fronteras de territorios donde su vida o libertad se vería amenazada por motivos previstos en la Convención, o cuando la persona pueda invocar otros motivos de protección sobre la base del derecho internacional. (ACNUR, 2003, §IV)³⁵.

Asimismo, el TEDH ha establecido que las facultades de un Estado para controlar los intentos de violar las normas migratorias no pueden redundar en la privación a las personas del asilo garantizado en diversos tratados³⁶. La CIDH, al evaluar prácticas significativamente similares a los operativos europeos en territorio africano, sostuvo que los controles estadounidenses en aguas haitianas habían significado la violación del derecho al asilo protegido por la Declaración Americana, al no facilitar un procedimiento que pudiera determinar la necesidad de tal protección³⁷.

Pese a ello, a que la propia UE y sus miembros son conscientes de las obligaciones que les incumben en estas circunstancias, las prácticas vigentes en el norte africano hace ya unos años parecen dar razón a las críticas que identifican a este proceso de externalización como un intento de satisfacer los objetivos de control y selección de la inmigración, dejando en otros Estados el eventual cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos.

6. La ausencia de garantías procesales en los controles europeos en África

La ejecución de medidas de devolución contrarias a los principios del debido proceso y los componentes mínimos del derecho a la tutela judicial efectiva, se está desarrollando, con particular intensidad y envergadura, en los controles que se realizan en las costas del norte africano. Es el “frente sur,” como explica Naïr (2006, pp. 60-65), donde las políticas de “lucha contra la inmigración ilegal” se llevan adelante por parte de España, Italia y otros países europeos y, en carácter de “subcontratados,” algunos Estados africanos. En estos operativos no se realiza procedimiento alguno que disponga -y fundamente- una medida de devolución (es decir, una “sanción” por una supuesta infracción a las regulaciones sobre ingreso y egreso del país correspondiente).

No hay procedimiento formal. Son *vías de hecho* prohibidas por los estándares internacionales, que suponen la detención coactiva de una persona y, según el lugar de los hechos (mar, costas), su traslado. Es cierto que las medidas de devolución (en caso de intento de ingreso irregular) se ejecutan con base particularmente en el contenido

de acuerdos bilaterales, bien de convenios de alcance general sobre el tema, o bien *ad hoc*, para la resolución de alguna situación particular (como el pacto entre España y Mauritania en el caso del barco Marine I). Pero estos acuerdos, por un lado, no contemplan en su contenido las garantías procesales. Por el otro, se ha subrayado también su carácter “secreto” (CARRERA, 2006, pp. 21-22, 25-28). Este proceder parece ajustarse a lo que Mezzadra (2005, p. 107) alude respecto de “la irrupción de criterios administrativos en ámbitos de relevancia constitucional, con la carga de incertidumbre y arbitrariedad que esto comporta.”

La falta de consideración de las garantías exigidas por los tratados de derechos humanos, aún considerando la restrictiva jurisprudencia del TEDH en materia de las garantías procesales aplicables a procesos de control migratorio³⁸, se extiende a la propia normativa de la UE. El artículo 13.3 del llamado Código de Fronteras Schengen estipula que las personas rechazadas de ingresar tienen el derecho de apelar la decisión, debiéndoles dárseles indicaciones –por escrito- sobre cómo obtener información necesaria a tal efecto (UE. PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO EUROPEO. Reglamento n. 562/2006).

En el citado caso sobre la interdicción de balseiros haitianos parte de Estados Unidos, la CIDH concluyó que estas operaciones constituían una violación del derecho a acceder a los tribunales de justicia en defensa de sus derechos³⁹, y descartó la defensa del gobierno norteamericano en el sentido de que tales operativos buscaban reducir las muertes en el mar⁴⁰.

En el actual contexto de control de la migración hacia el sur de Europa, se ha ido estableciendo una suerte de valla virtual en las costas y aguas africanas, que al alejar materialmente las fronteras exteriores de la UE, no aplican las escasas garantías establecidas por la legislación migratoria de esos Estados. Si la normativa de los países de la UE puede tener inconsistencias en materia de debido proceso y en la provisión de un recurso efectivo contra medidas de expulsión o devolución, en estas latitudes se va más allá (geográfica y jurídicamente) al omitir, incluso, la aplicación de esas pocas garantías (asistencia jurídica gratuita, acto administrativo o, al menos, un trámite!). Si bien los controles fronterizos y sus mecanismos coactivos se han extendido cientos de kilómetros hacia el sur, esta *externalización* no ha sido completa, ya que las garantías fundamentales han sido “olvidadas” del otro lado, en territorio europeo. Junto a ellas, se ha quedado el principio de universalidad de los derechos humanos y el carácter extraterritorial de sus obligaciones.

Por otra parte, este tipo de operaciones pone en riesgo el principio que prohíbe las expulsiones colectivas, reconocido en el Protocolo 4 al CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (art. 4), la CONVENCION AMERICANA (art. 22.9), la CARTA AFRICANA de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 12.5) y la CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE (art. 19.1). Según la definición dada por el Tribunal Europeo en diferentes sentencias, la expulsión colectiva es una medida que obliga a unos extranjeros, como grupo, a abandonar un país, excepto que dicha medida sea tomada como resultado y con base en un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada persona. Para el TEDH, del hecho de que un número de extranjeros reciban una decisión similar no se concluye que haya una expulsión colectiva, si cada uno tuvo la oportunidad de presentar de forma

individual sus argumentos contra la expulsión ante las autoridades competentes⁴¹.

Esta prohibición está inseparablemente asociada al derecho a un debido proceso y a la tutela judicial, ya que su finalidad es precisamente que una persona sólo pueda ser deportada de un país como consecuencia de un proceso legal referido a su situación particular y con base en los hechos y pruebas de cada caso. Este proceso incluiría la posibilidad de conocer las razones de tal decisión, las pruebas y el derecho a cuestionar la orden con un recurso efectivo. Por ello, la prohibición actúa como una garantía contra la arbitrariedad y habilita el cuestionamiento de la medida cuando se considere ilegítima, a partir de un proceso con las debidas garantías.

Para advertir si en un caso concreto se está respetando esta prohibición, no sólo debe existir un examen razonable, objetivo e individual en cada medida de repatriación, sino que se deben contemplar las circunstancias que rodean la ejecución de la decisión, según ha señalado el TEDH⁴². En los controles en aguas y costas africanas, no habría evidencia alguna de que se esté evaluando individualmente la situación de cada persona. Así, este principio que ha venido siendo expresamente custodiado por el Tribunal Europeo y por sus organismos equivalentes en los ámbitos americano y africano⁴³ está siendo sometida hoy a una grave amenaza por parte de políticas de control migratorio que, en ciertas circunstancias, priorizan la “eficacia” y “celeridad” de dicho control, frente a derechos fundamentales de miles de personas.

Como corolario, estas múltiples restricciones a derechos y garantías denotan también un tratamiento discriminatorio. Al ser consideradas “inmigrantes ilegales” antes que personas, se ven desposeídas de un nivel mínimo de protección. Sin perjuicio de si el resultado último en cada caso fuera igualmente la devolución a su país, ello no legitima la eliminación de estos derechos básicos. Ante una mera infracción administrativa, reciben un trato diferencial con base en su estatus migratorio y, en definitiva, aunque de manera oculta, implícita, en su identidad. Así, el resultado es una degradación profunda de la noción de persona como titular de derechos humanos. Detrás de estos mecanismos, o en su justificación, las políticas y prácticas están cargadas de expresiones como “orden público, lucha, emergencia, invasión o amenaza,” como si ello fundamentara (a modo de Estado de excepción) la anulación de las garantías, aún cuando ello no se permite ni siquiera en esas circunstancias. Ante este mensaje de emergencia, desorden e inseguridad, la respuesta que prima es la policial (DE LUCAS, 1994, p. 156) y, como vemos, sin las garantías que guían, incluso, las políticas de “castigo” en una sociedad democrática.

Este tratamiento se ajusta a la doctrina del “derecho penal de excepción,” en la cual, según Ferrajoli, uno de sus elementos es que la infracción se configura a partir de un determinado status más que de un hecho, es decir, de la subjetividad de una persona o un grupo social más que de su conducta. Por ello, en estas circunstancias, la política —que parte del esquema amigo/enemigo— se define como una “lucha contra...” (FERRAJOLI, 1995, pp. 820-822). En igual sentido, en el campo de la política de control migratorio y la limitación de derechos que impone, Zamora (2005, pp. 60-61) entiende que la dicotomía inmigrante bueno/inmigrante sospechoso se construye a partir de un proceso de “producción social de

la emergencia,” de la cual se derivarían los intentos de justificación de una política basada en medidas excepcionales.

La Directiva de Retorno aprobada por la UE constituye el último y más claro ejemplo sobre la negación de las garantías más elementales a las personas que se ven interceptadas en su intento de ingresar por vías no regulares a territorio europeo (CERIANI CERNADAS, 2009b). Lo notable es que el problema no está solamente en los derechos que restringe y las pocas garantías que reconoce, sino que la misma directiva (art. 2) establece que esas limitadas garantías podrían “no” aplicarse respecto de personas interceptadas al intentar cruzar irregularmente las fronteras exteriores de la UE.

7. Reflexiones finales: control migratorio, derechos humanos y el derecho a la libre circulación

El actual contexto político y económico internacional, su impacto en cada país y particularmente en los flujos migratorios dentro y entre las regiones del planeta, así como las múltiples dificultades que enfrentan aquellas personas que buscan ingresar o residir en otro país y ejercer allí sus derechos, ha puesto cada vez más en la mesa de debate la cuestión del derecho a la libre circulación. Los obstáculos al ejercicio de la libertad de circulación son de gran envergadura y están íntimamente conectadas con las desigualdades entre países y regiones, el mantenimiento de nociones restrictivas de la soberanía estatal y ciudadanía y, en definitiva, la negación de la universalidad de los derechos fundamentales.

Según Carens, la ciudadanía y la política de control fronterizo actúan como dispositivos de estratificación y nos remiten a las críticas que el liberalismo efectuaba sobre instituciones feudales en las que el nacimiento era la base de privilegios o miserias (hoy, el lugar de origen -la nacionalidad- determina en buena medida los derechos, oportunidades y necesidades de cada persona). Si las prácticas del “antiguo régimen” eran contrarias a la libertad y la igualdad de la persona, ¿en qué medida están justificadas las actuales? (CARENS, 1992, p. 26). Por ello, numerosos autores han destacado la necesidad y el deber de revisar el alcance del derecho a la libre circulación, sea en reconocimiento del derecho a “inmigrar” (DE LUCAS, 2006, pp. 37-44; AGUELO, CHUECA SANCHO, 2004, pp. 291-292), para modificar las políticas de admisión de extranjeros y el grado de “apertura o porosidad” de las fronteras (BENHABIB, 2005, pp. 151-156; WIHTOL DE WENDEN, 2000, p. 49), en razón de las violaciones a derechos humanos en los controles fronterizos, o bien por las desigualdades estructurales del modelo actual a escala global (PÉCOUD, 2007, pp. 10-11).

El común referente normativo sobre el derecho a la libre circulación, el artículo 13 de la Declaración Universal, es usual o parcialmente ignorado en las políticas estatales, siendo asociado únicamente al derecho a emigrar, y no al de inmigrar. Sin embargo, ante la progresiva restricción de las políticas de control migratorio, y más aún con su externalización, como en el caso analizado en estas páginas, esta posición se ha vuelto tan contradictoria como paradójica. Hace 60 años, el derecho a salir de su país tuvo mucho que ver con la firme presión ejercida

por los países “occidentales.” Incluso tiempo después, en el Acta adoptada en la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa de Helsinki (1975)⁴⁴, el derecho a emigrar fue la principal preocupación de los estados “occidentales,” quienes enfatizaron la necesidad de hacer efectivo ese derecho a través de diferentes medidas, especialmente garantizando la reunificación familiar (HANNUM, 1987, p. 48). Sin dudas, una interpretación del derecho a la libre circulación (y a la vida familiar) sustancialmente diferente del criterio actual de diversos Estados europeos y la propia UE.

A contrario de ello, las medidas de control en costas y aguas africanas suponen en la práctica la imposibilidad de miles de personas de salir de su país por prácticamente la única vía que tienen disponible. Es más, en algunos casos el hecho de intentarlo puede significar la detención (sin garantías básicas) y el posterior sometimiento a un juicio penal por el delito de “emigración ilegal” o como cómplice del crimen de tráfico de personas. Otros miles pierden la vida en ese intento. Las circunstancias que describen esta situación –controles militares, servicios de inteligencia, detenciones, criminalización, muertes- la acercan cada vez más a realidades que parecían superadas, siendo acertada la expresión de Sassen (2006) sobre el *Berlin Wall on Water*.

Junto a la imposibilidad de salir del país por vías formales, la política de Estados europeos, la UE (FRONTEX) y la colaboración (subvencionada) de países africanos ha llevado a que tampoco pueda ejercerse de manera irregular. Nótese, al respecto, que históricamente la relevancia de este derecho ha estado, precisamente, en su especial necesidad de protección en caso que un Estado imponga trabas a la salida del país por canales regulares, y por ende las personas se veían obligadas a recurrir a otras alternativas. En las circunstancias actuales, los controles migratorios en países de origen y tránsito, junto a las restricciones al ingreso, prácticamente impiden que, de una u otra manera, una persona ejerza ese derecho. En los operativos en aguas africanas, el derecho a salir se ve seriamente amenazado (WEINZIERL, 2007, pp. 47-50).

Igualmente, frente al reconocimiento formal del derecho a salir del país, cuando los Estados implementan políticas que restringen o directamente prohíben el ingreso de inmigrantes a su territorio, se alega que no hay un “derecho a entrar” a otro país. Al respecto, se subraya que en tanto los Estados, escudados tras el principio de soberanía, buscan seguir controlando libremente sus fronteras (aunque con poca eficacia), se produce “una crisis moral: la emigración está ampliamente considerada como un tema de los derechos humanos (asilo, no rechazo), mientras que la inmigración se considera como un tema de soberanía nacional (entrada, residencia). Pero si la gente es libre de dejar su país, ¿adónde puede ir?” (WIHTOL DE WENDEN, 2000, p. 49).

El actual escenario, por consiguiente, se caracteriza por su profunda inequidad. Por un lado, las personas que son nacionales de los Estados más desarrollados económicamente – en su mayoría, receptores de flujos migratorios de otras regiones - encuentran muy pocos obstáculos para ejercer el derecho a la libre circulación, en todos sus componentes: el derecho a salir de su país y su lógico correlato, el derecho a ingresar a otro. Así, el derecho a la movilidad parece estar disponible únicamente para quienes tienen determinada nacionalidad o, en otros

países, para los – pocos - que tienen un cierto nivel económico u otros privilegios. Otras personas podrán, luego de superar un sinnúmero de obstáculos, salir de su país e ingresar a otro y residir allí, gracias a vínculos familiares en la sociedad de acogida, o por las necesidades y conveniencias del mercado laboral. Sin embargo, la amplia mayoría de personas están privadas de ese derecho, en uno o ambos sentidos. Esta situación se legitima pese a que quienes se ven privados de la movilidad son particularmente las personas en cuya situación ese derecho representaría una de las pocas –sino, últimas- oportunidades para gozar de otros derechos básicos, como la salud, la alimentación, la integridad física etc.⁴⁵

Las circunstancias son aún más complejas si incorporamos otras variables de análisis. Hace más de dos décadas, Hannum (1987, pp. 34-40) describía algunos debates de los años '70, en los cuales se evaluaba si era legítimo que los países en vías de desarrollo impusieran restricciones al derecho a salir del país, con el objetivo de evitar la llamada “fuga de cerebros” y contribuir al desarrollo de esa sociedad. Es paradójico que hoy en día sean los países de recepción de migrantes los que impongan esos obstáculos, aunque no a las personas con mayor formación académica sino a quienes sufren diferentes mecanismos de exclusión y privación de derechos en sus lugares de origen. De esta manera, esa “fuga” se acepta o promueve⁴⁶ (sin perjuicio de su impacto en el país de procedencia), mientras se restringe fuertemente la salida de quienes no se benefician de un desarrollo desigual y excluyente.

En la coyuntura actual, en especial en el derecho internacional, existe una disputa planteada en términos claros: de un extremo, el ejercicio discrecional de la soberanía estatal, y del otro, el derecho a inmigrar y los derechos de los migrantes. Las facultades de los Estados en materia de admisión de migrantes, que en décadas anteriores casi no encontraba objeción alguna, hoy están siendo cuestionadas permanentemente. El derecho de los derechos humanos no está afuera de ese debate sino al contrario: es un factor particularmente relevante para inclinar la balanza hacia el reconocimiento del derecho a inmigrar (pero tampoco negaría el otro extremo). Principios centrales del derecho internacional de los derechos humanos, como el de no discriminación, progresividad, *pro homine*, universalidad y dinamismo, tienen un rol determinante. La reafirmación y profundización de estos principios es, tal vez, la tarea más importante, no sólo dentro de los Estados sino también en el ámbito internacional.

Sin embargo, políticas y mecanismos de control migratorio como los que llevan adelante Estados y organismos europeos en territorio africano, no sólo evitan el debate sobre el derecho a la libre circulación (e impactan negativamente sobre este derecho), sino que suponen un riesgo preocupante para la protección de diversos derechos fundamentales. En tanto esos operativos son un claro ejercicio de la jurisdicción de cada uno de los Estados europeos que intervienen, resulta ineludible que –de manera extraterritorial- se analice la responsabilidad que les compete en materia de derechos humanos, sin perjuicio de la responsabilidad atribuible a Estados africanos. Estas páginas han tenido como principal objetivo contribuir a dar a conocer esta realidad, reflexionar sobre sus implicaciones y proponer los debates necesarios para un enfoque integral (centrado en los derechos humanos) al complejo fenómeno de la migración internacional, sus causas y consecuencias.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA EFE. Interceptado en Senegal un cayuco con 138 personas rumbo a Canarias. *El Día*, Dakar, 27 mar. 2007.
- AGUELO, P.; CHUECA SANCHO, A. El novísimo derecho humano a inmigrar. *Revisa de Derecho Migratorio y Extranjería*, Valladolid, n. 5, p. 291-292, 2004.
- ALGUIEN DELATÓ a la expedición de Cheik. *El País*, Ziguinchor, 12 sep. 2006a.
- ALLAIN, J. The jus cogens nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*, Oxford, v. 4, n. 13, p. 533-558, 2001.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS [ACNUR]. *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: the International framework and recommendations for a comprehensive approach*. EC/50/SC/CPR.17. Geneva: 9 junio 2000.
- . Comité Ejecutivo. Conclusión sobre las salvaguardias de protección de las medidas de intercepción, n. 97 (LIV), 2003. Disponible en: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2411.pdf>>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- . ORGANIZACIÓN MARITIMA INTERNACIONAL [OMI]. *Salvamento en el mar*: guía de referencia sobre los principios y prácticas aplicables a migrantes y refugiados. Ginebra: ACNUR; OMI, 2006. Disponible en: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4495.pdf>>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. **Mauritania**: “nadie quiere tener nada que ver con nosotros”: Arrestos y expulsiones colectivas de migrantes a quienes se ha negado la entrada en Europa: AFR 38/001/2008. 2008. Disponible en: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR38/001/2008/en/ad888d90-46c2-11dd-9dcb-1bbf1ead8744/afr380012008eng.html>>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- ARGELIA ENCARCELA a 65 'sin papeles' que intentaron emigrar a España. *El País*, Madrid, 22 nov. 2006b.
- ASOCIACIÓN PRO *DERECHOS HUMANOS* DE ANDALUCÍA [APDHA]. *Derechos Humanos en Frontera Sur 2007*. 2008. Disponible en: <http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=486&Itemid=45>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- BALIBAR, E. *Nosotros, ¿Ciudadanos de Europa?: las fronteras, el Estado y el pueblo*. Madrid: Tecnos, 2003.
- BAUMAN, Z. *La globalización: consecuencias humanas*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- BELGUENDOZ, A. Marruecos frontera con España: ¿socio o gendarme de Europa en África del Norte? In: PIMENTEL SILES, M. (coord.). *Procesos migratorios, economía y personas*. Almería: Caja Rural Intermediterránea, n.1, 2002, p. 33-74. (Colección Mediterráneo Económico).
- . *Le Maroc non Africain Gendarme de l'Europe? Alerte au projet de loi n° 02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières!* Rabat: Inter Graph, 2003.

- BENHABIB, S. **Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos.** Barcelona: Gedisa, 2005.
- BORELLI, S. Casting light on the legal black hole: international law and detentions abroad in the 'war on terror'. **International Review of the Red Cross.** Ginebra, n. 857, p. 39-68, 2005.
- CARENS, J. Migration and morality: a liberal egalitarian perspective. In: BARRY, B.; GOODIN, R. (eds.). **Free movement: ethical issues in transnational migration of people and money.** Hertfordshire: Harvester Wheatsheaf, 1992, p. 25-47.
- CARRERA, S. The EU Border Management Strategy: FRONTEX and the challenges of irregular immigration in the Canary Islands. **CEPS Working Document.** Bruselas, n. 261, 2007. Disponible en: <http://shop.ceps.eu/BookDetail.php?item_id=1482>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- CARTA AFRICANA de Derechos Humanos y de los Pueblos.** Nairobi, 27 jul. 1981.
- CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.** 18 dic. 2000. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- CERIANI CERNADAS, P. El control de la migración irregular en España a la luz de los tratados de derechos humanos: en las fronteras de la legitimidad. Doctorado (Tesina de doctorado) - Universitat de València. València, jun. 2008. 203p.
- . Los derechos de migrantes sin residencia legal en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región. In: CERIANI, P.; FAVA, R. (eds.). **Políticas Migratorias y Derechos Humanos.** Universidad Nacional de Lanús, 2009a. [en prensa].
- . La directiva de retorno de la unión europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos. **Anuario de Derechos Humanos.** Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, n. 5, 2009b, [s/p]. [en prensa].
- COMISIÓN AFRICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. Comunicación n. 71/92: **Reencontré Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme c. Zambia.** Decisión. 20ª Sesión, 21-31 oct. 1997a.
- . Comunicación n. 159/96: **Union Inter Africaine des Droits de l'Homme et autres c. Angola.** Decisión. 11 nov. 1997b.
- COMISION ESPANOLA DE AYUDA AL REFUGIADO [CEAR]. **Crisis Marine I: Violación del derecho de asilo de solicitantes de Sri Lanka.** Nota de prensa. Madrid: 27 mar. 2007.
- COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. **Becker c. Dinamarca.** Decisión. 03 oct. 1975.
- . **Alibaks y otros c. Holanda.** Decisión. 16 dic. 1988.
- . **Stocké v. República Federal de Alemania.** Decisión. 12 oct. 2005.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [CIDH]. Caso 10.675: **Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos.** Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1997.

- COMITÉ CONTRA LA TORTURA. **Comunicación No 88/1997**: Suecia. 16 nov. 1998.
- COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIARES. **Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de Conformidad con el Artículo 9 de la Convención**: Observaciones finales del Comité [...]: México. CMW/C/MEX/CO/1. Ginebra, 8 dic. 2006.
- CONFERENCIA SOBRE SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EN EUROPA. Acta final. Helsinki: 1 ago. 1975.
- CONSEIL CONSULTATIF DES DROITS DE L'HOMME. **La protection des refugies au Maroc**. Rabat: 2008.
- CONVENCIÓN AMERICANA sobre Derechos Humanos. San José: 22 nov. 1969.
- CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes. Ginebra: 10 dic. 1984
- CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS y sus familias. Ginebra: 18 dic. 1990.
- CONVENCIÓN de las Naciones Unidas SOBRE EL DERECHO DEL MAR. Montego Bay: 1982.
- CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS. 28 jul. 1951.
- CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS y Libertades Fundamentales. 4 nov. 1950.
- CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE BÚSQUEDA Y SALVAMENTO MARÍTIMOS. 1979.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [CIDH]. **Caso Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana**. Medidas Provisionales. Decisión. 18 ago. 2000.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA [CIJ]. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**. Advisory Opinion. 9 jul. 2004.
- CRAWFORD, J. **Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado**: Introducción, texto y comentarios. Madrid: Dykinson, 2004.
- CUTTITA, P. The changes in the fight against illegal immigration in the Euro-Mediterranean area and in Euro-Mediterranean relations. **Challenge Liberty & Security Working Paper n. 8**. 2006. Disponible en: <<http://www.libertysecurity.org/article1293.html>>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- DE LUCAS, J. **El desafío de las fronteras, Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural**. Madrid: Temas de Hoy, 1994.
- . Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración. In: DE LUCAS, J.; TORRES, F. (eds.). **Inmigrantes: ¿Cómo los tenemos?** Madrid: Talasa, 2002, p. 23-48.

- _____. El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante. In: MARIÑO MENÉNDEZ, F. (coord.). **Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones**. Madrid: Catarata, 2006, p. 29-56.
- _____. La UE ante la inmigración: balance de una esquizofrenia jurídica y política. In: CERIANI CERNADAS, P.; FAVA, R. (eds.). **Políticas Migratorias y Derechos Humanos**. Lanús: Universidad Nacional de Lanús, 2009. [en prensa].
- DE SCHUTTER, O. Globalization and jurisdiction: lessons from the European Convention on Human Rights. **CRIDHO Working Paper n. 04**. Louvain: Université Catholique de Louvain, 2005. (Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme).
- ENMIENDA DE 2004 al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974, enmendado.
- ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala Contencioso-Administrativa. Sección 5ª. N. 01584/2007. 12 dic. 2007a.
- _____. Guarda Civil. Notas de Prensa. [s.f.]. Disponible en: <<http://www.guardiacivil.es/prensa/notas>>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- _____. Tribunal Supremo. Sala II de lo Penal. STS n. 788/2007. 8 oct. 2007b.
- _____. Ministerio del Interior. **Balance de la lucha contra la inmigración ilegal**. 2008.
- FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.
- FRONTERA SUR: nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa. Barcelona: Virus Editorial, 2008.
- GIL ARAUJO, S. Extranjeros bajo sospecha: lucha contra el terrorismo y política migratoria en EE UU y la UE. In: **De Nueva York a Kabul**. Barcelona: Icaria-CIP, Anuario, 2002, p. 127-144.
- GIL-BAZO, M. The practices of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension: the Safe Third Country concept revisited. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v. 18, p. 571-600, 2006.
- GONDEK, M. Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights: territorial focus in the age of globalization? **Netherlands International Law Review**, Amsterdam, n. 3, p. 349-388, 2005.
- HANNUM, H. **The right to leave and return in International Law and practice**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987.
- ISLAS CANARIAS. **Orden Presidencial PRE/3108**. 10 oct. 2006.
- JOHN, A. **Family reunification for migrants and refugees: a forgotten human right? A comparative analysis of family reunification under domestic law and jurisprudence, international and regional instruments, ECHR caselaw and the EU 2003 family reunification Directive**. Coimbra: Universidad de Coimbra, Centro de Derechos Humanos, 2004.
- KHACHANI, M. **La emigración subsahariana: Marruecos como espacio de tránsito**. Barcelona: Fundación CIDOB, 2006.

- LAUTERPACHT, E.; BETHLEHEM, D. The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement. In: FELLER, E.; TÜRK, V.; NICHOLSON, F. (eds.). **Refugee Protection in International Law: UNHCR Global Consultations on International Protection**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 78-177.
- MARRUECOS. Ley migratoria 02-03, du 11 novembre 2003, relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières.
- MEZZADRA, S. **Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización**. Madrid: Traficantes de Sueños, 2005.
- MIR, M. **Managing the EU's external frontiers: Lessons to be learned from FRONTEX's action in the Canary Islands**. Bruselas: Challenge Liberty & Security, 2007. Disponible en: <http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_Managing_EU_s_External_Frontiers.pdf>. Visitado el: 20 ago. 2009.
- NAÏR, S. **Y vendrán...** Las migraciones en tiempos hostiles. Barcelona: Bronce-Planeta, 2006.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General [ONU-AG]. Resolución 43/173: **Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión**. 1988.
- _____. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [ONU-CDESC]. **Observaciones Finales: Israel**. 2003.
- _____. Comité de Derechos Humanos [ONU-CDH]. Comunicación n. 52/1979: Uruguay. **Caso López Burgos**. Decisión. 29 jul. 1981.
- _____. _____. **Comentario General n. 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta**. 2004a.
- _____. Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes**. Ginebra: 2008.
- ORGANIZACIÓN MARITIMA INTERNACIONAL [OMI]. **Interim measures for combating unsafe practices associated with the trafficking or transport of migrants by sea**. MSC/Circ.896/Rev.1. 2001.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 19 dic. 1966.
- PÉCOUD, A.; DE GUCHTENEIRE, P. Introduction: the migration without borders scenario. In: PÉCOUD, A.; DE GUCHTENEIRE, P. (eds.). **Migration without borders: essays on the free movement of people**. Ginebra: UNESCO; Berhahn Books, 2007, p. 1-30.
- RIJPM, J.; CREMONA, M. The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law. **European University Institute LAW Working Paper 1/07**. 2007.
- SASSEN, S. **Migration policy: from control to governance**. 2006. Disponible en: <www.opendemocracy.net/people-migrationeurope/militarising_borders_3735.jsp>. Visitado el: 15 ene. 2009.
- SOLANES, A. La política de inmigración en la Unión Europea desde tres claves. **Revista Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura**, Madrid, n. 713, p. 81-100, 2005.

SPIJKERBOER, T. The Human costs of border control. *European Journal of Migration and Law*, n. 9, p. 127-139, 2007.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS [TEDH]. *Amuur v. Francia*. Decisión. 25 junio 1996a.

_____. *Chahal v. Reino Unido*. Decisión. 15 nov. 1996b.

_____. *Andric c. Suecia*. Decisión de Admisibilidad. 23 feb. 1999.

_____. *T.I. v. Reino Unido*. Decisión de Inadmisibilidad. 07 mar. 2000.

_____. *Conka c. Bélgica*. Decisión. 05 feb. 2002.

UNIÓN EUROPEA [UE]. Sitio electrónico: Towards a common European Union immigration policy. [s.f.]. Disponible en: <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/immigration/fsj_immigration_intro_en.htm>. Visitado el: 20 ago. 2009.

_____. Comisión Europea. **Programa de La Haya**. Comunicación De La Comisión: COM/2005/0184. Bruselas: 10 mayo 2005.

_____. _____. **Reinforcing the management of the European Union's Southern Maritime Borders**. Communication from the Commission: COM (2006) 733 final. Bruselas: 30 nov. 2006. Disponible el: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0733:FIN:ES:PDF>>. Visitado el: 20 ago. 2009.

_____. CONSEJO EUROPEO. **Reglamento n. 574**, 12 de marzo de 1999.

_____. _____. **Directiva n. 51**, 28 de junio de 2001.

_____. _____. **Directiva n. 86**, 22 de setiembre de 2003.

_____. _____. **Decisión 573**, 29 de abril de 2004a.

_____. _____. **Reglamento n. 2007**, 26 de octubre de 2004b.

_____. PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO EUROPEO. **Reglamento n. 562/2006**. Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras. 15 mar. 2006.

_____. _____. _____. **Directiva n. 115**. 16 dic. 2008.

WEINZIERL, R. *The Demands of Human and EU fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*. Berlin: German Institute for Human Rights, 2007.

WIHTOL DE WENDEN, C. *¿Hay que abrir las fronteras?*. Barcelona: Bellaterra - La biblioteca del ciudadano, 2000.

ZAMORA, J. Políticas de inmigración, ciudadanía y estado de excepción. *Revista Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Madrid, n. 713, p. 53-66, 2005.

NOTAS

1. Creada por el Reglamento n. 2007/2004 del Consejo Europeo.
2. Es incomprensible que los organismos de la UE sigan aludiendo formalmente al concepto inmigración "ilegal," pese a las numerosas críticas efectuadas a este término, al igual que el planteo de la complejidad del fenómeno migratorio en términos de "lucha" (UE. COMISIÓN EUROPEA, 2005). En igual sentido lo hace el gobierno español (ESPAÑA. Ministerio del Interior, 2008).
3. Al respecto, véase JOHN (2004).
4. Para mayor información sobre los diferentes programas y mecanismos de control migratorio diseñados por la UE (s.f.).
5. Un análisis detallado sobre el proceso de externalización del control migratorio puede hallarse en los diferentes trabajos compilados en FRONTERA SUR (2008).
6. En los últimos años ha aumentado considerablemente el número de migrantes desde estos países hacia suelo europeo. En buena medida, el traslado de los puntos de partida hacia el sur y a las costas del Atlántico se vincula con el incremento de los mecanismos de control europeo en el Mediterráneo.
7. Según FRONTEX, durante la operación llamada Hera II (2006), fueron interceptados 57 cayucos, con un total de 3887 personas ("ilegal immigrants," según la terminología oficial), y en 2008, fueron interceptadas y regresadas 5443 personas.
8. UE. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Stocké v. República Federal de Alemania*. Decisión. 12 oct. 2005, §166.
9. CIJ. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Advisory Opinion. 2004. §102-113.
10. Orden Presidencial da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se dispone la creación de la autoridad de coordinación de las actuaciones para hacer frente a la inmigración ilegal en Canarias y se establecen normas para su actuación (ISLAS CANARIAS, Orden Presidencial PRE/3108, 2006).
11. No podemos evitar mencionar la paradoja histórica del nombre atribuido a esta operación ("Goreé"). La Isla de Goreé, frente a Dakar, ha sido durante siglos uno de los principales puntos de partida del tráfico de esclavos desde África hasta América (por este motivo ha sido declarado Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO). Por ello, resulta llamativo que el nombre de un lugar que simboliza el traslado por la fuerza de millones de personas (un crimen contra la humanidad), sea ahora invocado para - también de manera coactiva y por barcos europeos - "frenar la salida de embarcaciones."
12. La información difundida por la Guardia Civil sobre sus operaciones en aguas africanas, también es demostrativa sobre la "autoridad" que ejercen sobre las personas interceptadas y devueltas. Al respecto, véase Guardia Civil española (s.f.).
13. El Programa Sea Horse Network, financiado por la UE y el Estado español, ha iniciado en enero de 2009 un control satelital de cayucos en aguas del Mar Atlántico.
14. Entre éstos, ratificados por España, cabe mencionar: CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS (art. 33); CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (art. 3); CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 3); PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (art. 7).
15. Véase, entre otros: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). *Chahal v. Reino Unido*. Decisión. 15 nov. 1996b, § 80.
16. Debe destacarse que en esas embarcaciones no sólo se trasladan personas originarias de los países donde operan las patrullas europeas (es decir, senegaleses, mauritanos, etc.), sino también miles de migrantes provenientes de otros países del África subsahariana (Sudán, Congo, Chad, Guinea Conakry, etc.), o incluso desde Asia (Myanmar, Pakistán, Sri Lanka, entre otros).
17. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) también ha fijado expresamente la vigencia de la obligación de no devolución en caso que los Estados actúen en territorio de otro (ACNUR, 2000, §19, 22, 23).
18. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1997, § 157)
19. TEDH. *T.I. v. Reino Unido*. Decisión de inadmisibilidad. 07 mar. 2000, §15.
20. Para un análisis del caso, y de la devolución indirecta, véase DE SCHUTTER (2005, p. 28).
21. Para la APDHA (2007, p. 19), en este tipo de repatriaciones masivas los procedimientos no evalúan caso a caso si "existen suficientes garantías de que la repatriación sea al verdadero país de origen, o que no van a sufrir malos tratos o torturas, o que no van a ser abandonados en el desierto, como ha ocurrido en numerosas ocasiones" y denuncia que muchas personas devueltas a Senegal han sido torturadas, o multadas o encarceladas.
22. Entre otros, véanse: SPIJKERBOER (2007, p. 127-139); CUTTITA (2006, p. 4-5); KHACHANI (2006, p. 27-30).
23. Este tipo de acciones de "salvamento" no representan, en muchas ocasiones, una política integral y coherente para garantizar el derecho a la vida y otros derechos fundamentales, si luego -como hemos visto- se devuelve a la persona interceptada

sin siquiera indagar si como consecuencia de ello su integridad física o su vida podría estar en peligro.

24. Sobre el derecho a salir del país, su contenido y alcance, véase HANNUM (1987).

25. Con el simple cambio de ubicación de una palabra, Naïr (2006, p. 153) los llama de manera ajustada a la realidad: son "Centros de Internamiento *Ilegales* para Extranjeros," y no "Centros de Internamiento para Extranjeros *Ilegales*."

26. Véase en detalle en COMISION ESPANOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR) (2007).

27. Entre ellos, el CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (art. 5.3) y el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (art. 9.3).

28. Unas pocas semanas después, estas personas fueron transferidas al Centro de Internamiento de Migrantes construido en la misma ciudad de Nuadibú (con la cooperación española y de la UE) (APDHA, 2007, p. 19). Si bien ello implicó una "mejora" de las condiciones de detención, no redundó en una intervención judicial (CEAR, 2007).

29. Audiencia Nacional. Sala Contencioso-Administrativa. Sección 5ª. N. 01584/2007. 12 dic. 2007a.

30. Al contrario, el Tribunal Supremo sí reconoció su jurisdicción para el juzgamiento de delitos contra los extranjeros producidos fuera de aguas españolas, a través del traslado en cayucos desde África. Es forzoso deducir que, si la justicia puede intervenir en supuestos delitos contra las personas migrantes, producidas más allá del territorio español y en el marco de políticas de control de la migración irregular, también tendrá jurisdicción para asegurar los derechos y garantías de las víctimas de tales delitos (ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala II de lo Penal. STS n. 788/2007. 8 oct. 2007).

31. El Comité recomendó al Estado Mexicano que ajuste la legislación migratoria a lo dispuesto en la Convención de 1990 y otros tratados internacionales, lo cual incluye el deber de eliminar "como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona en su territorio"; (COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIARES, 2006, § 15).

32. La AGENCIA EFE (2007) informó que luego de que FRONTEX interceptara un cayuco con 138 personas, sus ocupantes fueron detenidos en la estación de policía de Dakar y podrían ser juzgados por un tribunal por violación de la ley sobre "emigración ilegal." *El País* destacó que el Procurador General de Senegal había revelado la decisión del Ministro de Justicia de reforzar el castigo a los emigrantes. Así, las personas que pagaran para viajar en cayuco no serían consideradas "víctimas" de tráfico, sino autoras del delito (ALGUIEN DELATÓ, 2006).

33. Según *El País*, "[u]n tribunal [...] condenó [...] a 65 argelinos que intentaron emigrar a España a dos meses de cárcel [...] fueron apresados [...] por

una patrullera cuando navegaban rumbo a las costas españolas. Con esta primera condena a prisión de aspirantes a emigrar las autoridades de Argelia intentan disuadir a los jóvenes de que emigren irregularmente." (ARGELIA ENCARCELA, 2006).

34. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1977, §169.

35. Para un análisis más detallado sobre las medidas que las autoridades del barco que efectúa la intercepción, a fin de garantizar el derecho al asilo, véase ACNUR y OMI (2006).

36. TEDH. Amuur v. Francia. Decisión. 25 junio 1996a, §43.

37. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1977, §163.

38. Al respecto, véase CERIANI CERNADAS (2009).

39. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1977, §180.

40. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1977, §53)

41. Véanse los siguientes casos: TEDH. Andric c. Suecia. Decisión de Admisibilidad. 23 feb. 1999; TEDH. Conka c. Bélgica. Decisión. 05 feb. 2002; COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Becker c. Dinamarca. Decisión. 03 oct. 1975; y COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Alibaks y otros c. Holanda. Decisión. 16 dic. 1988.

42. TEDH. Conka c. Bélgica. Decisión. 05 feb. 2002, §61-63.

43. CIDH. Caso Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales. Decisión. 18 ago. 2000; COMISIÓN AFRICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. Comunicación n. 71/92: Reencontré Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme c. Zambia. Decisión. 20ª sesión, 20-31 oct. 1997a; y COMISIÓN AFRICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. Comunicación n. 159/96: Union Inter Africaine des Droits de l'Homme et autres c. Angola. Decisión. 11 nov. 1997b.

44. Véase, en particular, la sección "Human Contact."

45. DE LUCAS (2006, p. 40) afirma que el derecho a la circulación no puede ser ni "una opción reservada a unos pocos, los ricos y famosos (un privilegio)."

46. En este sentido, además de la regulación de diferentes países sobre las categorías migratorias, cabe mencionar la Propuesta de Directiva actualmente en debate en la UE, "relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado."

ABSTRACT

The legal instruments adopted by the European Union (EU) to ensure free movement within the territory of the Member States are closely linked to the control of the external borders. Over the past ten years, EU member states have created various mechanisms to prevent, control, and punish irregular immigration to the European community, whose migration model is characterized by an instrumental vision that cheapens the value of fundamental rights and reduces the low-skilled labor migration needed by the labor market. From there, EU states derive laws that recognize rights according to the person's nationality and immigration status. In this context, this paper will analyze, with a focus on human rights and from physical, symbolic, political, and legal points of view, what is supposedly a radical "advance" of this process of externalization: the operations created to impede migration of people in "canoes" or "boats" to Europe from the coasts of countries like Morocco, Algeria, Senegal or Mauritania.

KEYWORDS

Migration Control – European Union – Human Rights – Extraterritoriality – Africa.

RESUMO

Os instrumentos normativos adotados pela União Europeia (UE) para garantir a livre circulação entre os territórios de seus Estados-membros estão estreitamente ligados ao controle de suas fronteiras nacionais. Nos últimos dez anos foram criados diversos mecanismos para prevenir, controlar e punir a imigração irregular para a comunidade europeia, cujo modelo migratório caracteriza-se por sua visão instrumental que burla os direitos fundamentais e reduz a imigração à mão-de-obra que seu mercado de trabalho necessita. A partir disso, derivam-se normas que reconhecem direitos conforme a nacionalidade e a condição migratória da pessoa. Nesse contexto, o artigo analisará, com um enfoque de direitos humanos, o que se supõe ser um "avanço" radical do processo de exteriorização, do ponto de vista físico, simbólico, político e também jurídico: as operações criadas para impedir a migração de pessoas em "cayucos" ou "pateras" para a Europa a partir das costas de países como Marrocos, Argélia, Senegal e Mauritània.

PALAVRAS-CHAVE

Controle Migratório – União Europeia – Direitos Humanos – Extraterritorialidade – África.