

Revista Crítica Penal y Poder
2019, nº 18
Diciembre (pp. 333-345)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



LA CRISIS MIGRATORIA EN EL MEDITERRÁNEO: UNA EXPLICACIÓN DESDE EL DERECHO MARÍTIMO

*THE MIGRATORY CRISIS IN THE MEDITERRANEAN SEA: AN EXPLANATION FROM THE MARITIME
LAW PERSPECTIVE*

Jaime Rodrigo de Larrucea

*Profesor de Derecho Marítimo. Universidad Politécnica de Catalunya
Presidente Sección Derecho Marítimo. Iltre. Colegio Abogados de Barcelona*

RESUMEN

El presente artículo analiza la relevancia de una de las instituciones más clásicas del derecho marítimo: el Salvamento marítimo desde la perspectiva del derecho humanitario en el marco de la crisis del mar Mediterráneo y las implicaciones jurídicas para los buques y los estados a la luz del derecho internacional. Igualmente, se analiza la actuación de las ONG y los principales procesos judiciales en que se han visto envueltas y los riesgos de la acción humanitaria.

Palabras clave: salvamento marítimo, derecho del mar, derecho humanitario, ONG, refugiados.

ABSTRACT

This article analyzes the relevance of one of the classic institutions of maritime law: maritime salvage from a humanitarian law perspective in the framework of the Mediterranean Sea crisis, and the legal implications for ships and states in the light of international law. Likewise, the actions of NGO and the main judicial processes in which they have been involved as well as the risks of humanitarian action are analyzed.

Keywords: marine salvage, law of the sea, humanitarian law, ONG, refugees.

1. Introducción

El Mediterráneo se ha convertido en el corredor migratorio más mortífero del mundo, debido a la situación de crisis y guerras que afectan a los países del norte de África, lo que denota con todo su dramatismo la relevancia y actualidad de la cuestión (UNHCR. 2015a; UNHCR. 2015b)¹.

La presente publicación pretende examinar en sus claves más generales la crisis migratoria del mar Mediterráneo a la luz del derecho marítimo internacional (Rodrigo de Larrucea, 2018; Brannan et al., 2016). Conviene precisar en estas primeras líneas iniciales que gran parte de los problemas planteados radican en la ausencia de una política común europea respecto a la frontera marítima del sur de Europa, factor determinante, que condiciona junto con los intereses políticos locales, la posición de los estados, en muchos casos situados fuera del derecho internacional y contraviniendo los convenios internacionales firmados y ratificados por ellos mismos.

2. La obligación de salvar vidas humanas en el mar: un deber jurídico para los Capitanes de los buques y para los Estados

El salvamento de náufragos no es una opción potestativa o facultativa para cualquier buque o su capitán y tripulación, sino que pesa sobre ellos un deber jurídico específico de realizar el salvamento de los náufragos. En tal sentido, el artículo 98 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar CONVEMAR 1982; la Regla 33 del Capítulo V del Convenio SOLAS 1974 (Convenio de la Seguridad de la Vida Humana en el Mar) y el Artículo 2.1.10 del Convenio SAR 1979 (Convenio de Búsqueda y Rescate), normas que forman parte del ordenamiento jurídico español. De manera análoga, en el ordenamiento francés, italiano y maltés y en general de toda la comunidad internacional². En igual sentido, para los Estados. Con carácter ilustrativo, ver el Convenio FAL 1965 (Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional) vigente en España (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2007), en relación con estas actividades:

¹ Ver ACNUR <https://www.acnur.org/emergencia-en-europa.html>

² Para una visión general sobre el salvamento en la mar, véase *Personas rescatadas en el mar: reglas y orientación*, Organización Marítima Internacional (OMI/IMO). Esta guía ha sido elaborada conjuntamente por la Organización Marítima Internacional (OMI), la International Chamber of Shipping (ICS) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Está dirigida a capitanes, propietarios de buques, autoridades gubernamentales, compañías aseguradoras y otras partes interesadas que participan en situaciones de salvamento en el mar. Disponible en: <http://www.imo.org/es/OurWork/Facilitation/personsrescued/Paginas/Default.aspx> (acceso: 15 de septiembre de 2019).

*La política migratoria en el Mediterráneo: una explicación desde
el Derecho marítimo*

66. La Norma 7.8 se modifica como sigue: 7.8 Norma. Las autoridades públicas facilitarán la llegada y salida de los buques dedicados a: tareas de socorro en casos de desastre; el rescate de personas en peligro en el mar para brindarles un lugar seguro; la lucha contra la contaminación del mar o la prevención de dicha contaminación; otras operaciones de emergencia destinadas a mejorar la seguridad marítima, la seguridad de la vida humana en el mar, la seguridad de la población o la protección del medio marino.

Con carácter general, igualmente, el art. 98.2 de la CONVEMAR; Convenio SOLAS, Convenio SOLAS, capítulo V, regla 7 y el Convenio SAR 1979 obliga a los Estados Parte a:

garantizar que se preste auxilio a cualesquiera personas que se hallen en peligro en el mar sean cuales fueren la nacionalidad o la condición jurídica de dichas personas o las circunstancias en que éstas se encuentren (párrafo 2.1.10) y deberán prestarles los primeros auxilios médicos o de otro tipo y trasladarlas a un lugar seguro (párrafo 1.3.2).

Podemos concluir que el deber jurídico de salvar vidas humanas en el mar, no solo incumbe a los capitanes y a los buques, sino que también obliga igualmente a los estados. Obsérvese que tanto el Convenio FAL, como el Convenio SAR (Enmiendas 2004), plantean el desembarque de las personas salvadas en un “lugar seguro” (POS-*Place of Safety*). Por ello, tras una primera intervención de asistencia por parte de un buque, la responsabilidad y la obligación de llevar a las personas rescatadas hasta un lugar seguro está ampliamente recogida en la legislación internacional marítima: Regla 33 Capítulo V del Convenio SOLAS y artículo 3.1.9 del Convenio SAR, así como en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos: caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia, recurso 765/09, caso De Souza Ribeiro c. Francia de 13/12/2012, recurso 22689/07 citado en la Sentencia Khlaifia y otros c. Italia, de 15/12/2016, recurso 16483/12.

3. El caso particular de la zona SAR Libia

Se denomina zona SAR a aquellos espacios marítimos, fuera de las aguas territoriales, en que un estado asume de manera voluntaria los servicios de búsqueda y rescate marítimos de náufragos, al amparo del Convenio de Búsqueda y Rescate SAR 79. En la situación planteada de conflicto y de controversia en la zona SAR libia, entendemos que ha de prevalecer el derecho internacional, y por tanto cualquier buque extranjero que rescate a personas en la Zona SAR Libia puede negarse a entregarlos a las autoridades libias, mientras no ofrezcan garantías de que esas personas van a ser trasladadas a un lugar seguro. La Zona SAR Libia fue presentada a la OMI en el año 2017 y posteriormente retirada por el país norteafricano en diciembre del 2017. En mayo de 2018 se comunicó a la OMI la existencia de un Centro Coordinador MRCC Trípoli (Ver OMI-GSIS), pero las dudas sobre la eficacia y legitimidad de este centro quedan corroboradas por los numerosos problemas planteados. Lo cierto es

que, lejos de ser un lugar seguro, actualmente Libia es un Estado fallido controlado por diferentes milicias, y cuyo Gobierno es tan débil que es incapaz de ejecutar sus propias leyes³.

4. La protección jurídica del refugiado

Resulta una obviedad, pero en el espacio jurídico del “Alta Mar”, territorio fuera de la competencia o soberanía de cualquier estado, resulta imposible conceptualmente hablar de “inmigración ilegal” o de “inmigrantes ilegales”⁴. En este contexto, si las personas rescatadas en el mar afirman ser refugiados o solicitantes de asilo, o indican de algún modo que tienen temor de ser objeto de persecución o malos tratos si desembarcan en un lugar específico, se deben respetar los principios del derecho internacional de los refugiados. El capitán de un buque no tiene, ni puede tener la responsabilidad última de determinar la condición jurídica de las personas rescatadas. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 define al “refugiado” como una persona que:

debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país (artículo 1.A.2). Igualmente, la Convención prohíbe que los refugiados o solicitantes de asilo sean expulsados o devueltos en modo alguno a: [...] 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 [artículo 33 (1)]”.

Resulta pertinente recordar la Resolución 1821 de 2011 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que “recuerda a los Estados miembros sus obligaciones en virtud del derecho internacional”, incluidos el Convenio Europeo de Derechos Humanos (ETS núm. 5), el Convenio de las Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar y el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, haciendo hincapié, en particular, en el principio de no devolución y en el derecho de solicitar asilo.

5. La criminalización del salvamento humanitario: los precedentes judiciales

La realidad objetiva es que los Jueces y Tribunales italianos no han estimado los cargos presentados por la Fiscalía italiana y, principalmente, por el fiscal de Catania, Carmelo Zuccaro, especialmente belicoso con las ONG. Afortunadamente los jueces, con total independencia, han estimado en su integridad las razones jurídicas basadas en el derecho

³ “Why Libya's transition to democracy failed”, *The Washington Post*. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/.../why-libyas-transition-failed/> (acceso: 15 de octubre de 2019).

⁴ La Alta mar o las aguas internacionales constituyen todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico (art. 86 CONVEMAR 1982). Sobre las libertades en la Alta Mar, el art. 87.

internacional y los Convenios firmados por la República Italiana y desmarcándose completamente de los criterios del Ministerio del Interior del Gobierno Salvini. Con carácter más representativo se examinan los casos de los buques OPEN ARMS y SEAWATCH 3.

5.1. El caso OPEN ARMS- Tribunal de Ragusa 2018

El día 16 de marzo de 2018, respondiendo a una señal de alerta enviada desde el Centro de Coordinación de Rescate Marítimo Italiano (IMRCC), el buque OPEN ARMS rescató a 218 personas que se encontraban a la deriva en aguas internacionales a 117 kilómetros de la costa de Libia. Una vez todos los rescatados habían sido embarcados en las lanchas semirrígidas de la ONG, llegaron los guardacostas libios, que eran los que tenían el mando de la operación, tras su cesión por el MRCC Roma al Centro de Coordinación Libio. Los miembros de OPEN ARMS rechazaron el traslado de las personas rescatadas para su devolución a Libia ante las amenazas que sufrieron por parte de los guardacostas libios, que llegaron incluso a proferir amenazas de muerte contra ellos, y el conocimiento de la grave situación que vive el país, donde reina la inestabilidad política y las personas que intentan cruzar su territorio para hacerse a la mar son en muchas ocasiones detenidas, torturadas e incluso vendidas como esclavas.

A su llegada a puerto, las autoridades italianas retuvieron el buque OPEN ARMS y la fiscalía de Catania acusó a su capitán, D. Marc Reig, y a su jefa de misión, Dña. Anabel Montes, de favorecer la inmigración clandestina y la asociación criminal. Posteriormente, el juez instructor de Catania confirmó el embargo del barco y el cargo de favorecer la inmigración ilegal, pero desestimó el delito de organización criminal. De esta manera, el caso pasó al Tribunal de Ragusa, provincia a la que pertenece el municipio de Pozzallo, donde se ordenó la liberación del buque el día 16 de abril de 2018 sosteniendo que, aunque hubo “desobediencia a las instrucciones impartidas por las autoridades dispuestas para la coordinación de los rescates, pero que esto no impide (...) que sea a causa de una justificación del estado de necesidad”. El Tribunal de Ragusa desestimó el 11 de mayo del 2018 las acusaciones del Ministerio Fiscal italiano contra el capitán del buque remolcador OPEN ARMS, empleado en tareas de rescate, entre otros argumentos sobre la base y la convicción razonada de que Libia no era un “lugar seguro” para las personas rescatadas. Finalmente, el Tribunal decidió absolver a los acusados y liberar el remolcador - retenido por las autoridades italianas hasta ese momento - basándose en la aplicabilidad del argumento de “Estado de Necesidad”, por considerar que la decisión de no entregar a los migrantes rescatados a Libia estaba justificada dada la inexistencia de garantías sobre la posibilidad de que la guardia costera libia los llevase a un lugar seguro. A continuación, se citan los fragmentos más relevantes de dicha Sentencia:

Por un lado, un puerto seguro en Libia, tal y como lo entiende el Derecho Internacional (ordenanza del juez de instrucción, páginas 13 y 14) se descarta, por hechos notorios, llevados a oficiales gracias al informe del Senado de la República (ver documentación ya citada). Tampoco hay prueba de que las circunstancias hayan cambiado, inclusive hay que tener en cuenta la presencia de un marco político interno libio incierto y conflictivo, a pesar

del reconocimiento internacional del Gobierno Serraj. Del informe del Comando General de la Capitanías de Puerto, también deriva que el helicóptero de la Nave Alpino había recogido una conversación en la cual la patrulla libia Ras al Jaddar había pedido por radio a Open Arms que no interviniese, amenazando con el uso de armas (elemento recordado por juez de instrucción en la página 6), circunstancia que apoya la existencia de un estado de intimidación y una falta de garantías respecto a la existencia de un puerto seguro en Libia.

5.2. El Caso SEAWATCH 3-Juzgado Agrigento 2019

En fecha 29 de junio de 2019, tras estar 16 días esperando la autorización para desembarcar en Italia a 40 migrantes rescatados provenientes de Libia, la capitana del buque humanitario SEAWATCH 3, decidió desobedecer las prohibiciones de entrada y atracó en el Puerto comercial de Lampedusa. La Capitana Carola Rackete fue detenida instantes después y acusada de un delito de favorecimiento del tráfico ilegal de personas por la Fiscalía de Agrigento sosteniendo que el buque debió esperar la autorización de atraque y que las personas rescatadas se encontraban en aparentes buenas condiciones.

Con fecha 2 de julio, la Magistrada Alessandra Vella del Juzgado de Instrucción de Agrigento emitió un Auto por el cual dejaba en libertad a la capitana criticando duramente la medida de cierre de puertos impulsada por Salvini, que considera ilegítima, y afirmando que la protección de la vida humana prevalece sobre la arbitrariedad de las políticas con motivos propagandísticos. El Gobierno Salvini ha aprobado el llamado “decreto Seguridad Bis” que establece que cualquier ONG que entre en aguas territoriales sin el permiso correspondiente puede ser multada con hasta 50 000 euros y 15 años de cárcel. Enfurecido con esta decisión, el gobierno de Salvini dictó un Decreto de expulsión contra Carola Rackete por considerarla "peligrosa para la seguridad nacional", medida que la fiscalía rechazó hacer efectiva con fecha 3 de julio.

5.3. La posición de España

El gobierno Sánchez paso de una fase inicial de colaboración con las ONG y su labor humanitaria (AQUARIUS-Valencia; OPEN ARMS -Barcelona-Algeciras), a entorpecer administrativamente la salida de los buques (OPEN ARMS, AITA MARI) so pretextos técnicos absurdos (que los barcos tengan las condiciones de un buque de pasaje) o exigiendo condiciones de imposible cumplimiento: el acuerdo previo con las zonas SAR afectadas de proporcionarles puertos seguros. Esto es, se le pide a una ONG que antes de salir de puerto, tenga un acuerdo con un Estado para que las personas salvadas sean desembarcadas en sus puertos.

Cuestión que como hemos visto, ya está recogida en los convenios internacionales citados y son obligaciones jurídicas de los estados. Frente a los potenciales incumplimientos se prevén multas administrativas (Régimen sancionador Ley de Puertos TRLPMM 92/2011) de hasta

*La política migratoria en el Mediterráneo: una explicación desde
el Derecho marítimo*

900.000 euros. Resulta muy llamativo que sea una cuantía muy superior a la normativa del Gobierno Salvini: 50.000 euros.

El periplo del OPEN ARMS ante la Autoridad Marítima Española DGMM-Mº FOMENTO

Con fecha 8 de enero de 2019, tuvo entrada en la Capitanía Marítima de Barcelona la solicitud de Despacho presenta por D. Ricardo Sandoval Secchi, Capitán del buque, para realizar “operaciones de observación y vigilancia” en el Mediterráneo central zona SAR (zona de búsqueda y salvamento) de Libia. El 8 de enero de 2019 la Capitanía Marítima de Barcelona dictó la resolución denegatoria del despacho del buque OPEN ARMS con destino a la zona SAR de Libia. Con fecha 16 de enero de 2019 se interpuso recurso de Alzada contra resolución del Capitán Marítimo de Barcelona de 8 de enero de 2019 por la que se deniega el despacho del buque OPEN ARMS, en el que además solicitaba la suspensión de la ejecución de la resolución, instando que se permitiese la salida del buque.

Con fecha 14 de febrero de 2019 la Dirección General de la Marina Mercante dictó resolución por la que se desestimaba la petición de suspensión de la ejecución de la resolución de 8 de enero de 2019 de la Capitanía Marítima de Barcelona. El día 1 de marzo de 2019 se presenta Recurso para la Protección de los Derechos Fundamentales por entender que la denegación de despacho estaba afectando el Derecho de la Fundación a desarrollar su actividad. El día 20 de marzo de 2019, ante la promesa del subdirector de la Marina Mercante de que se iba a emitir Despacho del buque, se desiste del Recurso para la Protección de los Derechos Fundamentales. Viendo que se trataba de una promesa vacía que no se iba a cumplir, con fecha 3 de abril de 2019 se interpone nuevo Recurso para la Protección de los Derechos Fundamentales, que fue admitido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y que se encuentra actualmente en trámite. El día 22 de mayo de 2019 la Dirección General de la Marina Mercante dictó resolución por la que se estimaba parcialmente el recurso de alzada interpuesto el 16 de enero de 2019, se revocaba la resolución de despacho de 8 de enero de 2019 de la Capitanía Marítima de Barcelona y se retrotraían las actuaciones al momento previo a la elaboración de una propuesta de resolución. Con fecha 27 de junio de 2019, la Capitanía Marítima de Barcelona emite nueva Proposición de Resolución de Despacho para la solicitud de 8 de enero por la que vuelve a denegarlo en base a los mismos argumentos (supuesta falta de capacidad del buque y ausencia de acuerdos previos con Autoridades SAR). Mientras, el buque ha estado paralizado en el puerto 6 meses sin poder acudir en auxilio de los centenares de personas que han perdido la vida en este periodo.

La Crisis del 1- 20 de agosto de 2019

El pasado 1 de agosto, el buque de la ONG Proactiva Open Arms salvó, en dos rescates diferentes, a 124 personas, entre ellas, dos bebés y otros 30 menores de edad. El primero de ellos se produjo en aguas de responsabilidad libia, cuando localizaron una embarcación de madera en la que viajaban 55 personas. La segunda operación, ya de noche y en zona SAR maltesa, se rescató a 69 migrantes. Tras el rescate del 1 de agosto, el OPEN ARMS contactó con los centros de coordinación marítima de Malta e Italia, que mantienen su política de

puertos cerrados para los migrantes, y pidió que coordinasen el desembarco en un puerto seguro. En los dos días posteriores, el ministro del Interior italiano, Matteo Salvini, advirtió que el barco no podía entrar en aguas territoriales italianas y corría el riesgo de una multa de hasta 50.000 euros y la confiscación del buque en caso de reincidencia. Mientras, el Gobierno español se desentendió del caso, considerando que, para el buque, a pesar de su pabellón, el puerto más cercano era italiano. Un día más tarde, siete después del rescate, el director de Proactiva Open Arms, Óscar Camps, pidió por escrito a los jefes de Gobierno de España, Alemania y Francia que desbloquearan la situación. Camps pidió un pacto entre los Veintisiete para acoger a los naufragos y facilitar el desembarco en Malta e Italia, países que se niegan a ello si antes no existe un acuerdo previo de reparto de los migrantes. La posición de Open Arms puso a Europa frente a sus contradicciones. Exponía por un lado la ausencia de una política común y, por otro, demandaba a Emmanuel Macron, Angela Merkel y Pedro Sánchez que activasen a la Comisión Europea para que coordinara una solución. La vicepresidenta en funciones, Carmen Calvo, respondió que España no se movería: “No tenemos que hacerlo”.

El 10 de agosto, el OPEN ARMS rescató a 39 personas más en aguas de Malta. Este hecho aumentó la presión sobre la UE, pero también en el propio buque. El 15 de agosto un tribunal italiano levantó la prohibición de entrada en aguas territoriales italianas impuesta al OPEN ARMS para “permitir el socorro de las personas a bordo”. El tribunal argumentó que el peligro en el que se hallaban las personas exigía una respuesta sin demora. La decisión, adoptada por el Tribunal Administrativo Regional del Lazio, se justificó en “la situación de gravedad y urgencia excepcionales” que se vivía en el barco. El escrito defendía la necesidad de “proporcionar asistencia inmediata a las personas rescatadas más necesitadas”. Llamativamente dicha sentencia fue desatendida por el Ministro del Interior Salvini, lo que planteó y plantea la posible responsabilidad penal del ministro por los delitos de retención ilegal y prevaricación (Ziniti, 2019).

El martes 20 de agosto, otras ocho personas y un acompañante fueron evacuados, mientras que hasta 11 personas se lanzaron al agua para intentar llegar a Lampedusa nadando. Por la tarde y de forma paralela, el buque de la Armada Española AUDAZ partió de la base naval de Rota (Cádiz) con destino a Lampedusa para ayudar al OPEN ARMS, mientras que un fiscal italiano ordenó la incautación del barco y el desembarco inmediato de los inmigrantes que quedaban a bordo, lo que así se produjo. La crisis del OPEN ARMS este verano ha puesto en evidencia la falta de una política migratoria común europea y ha permitido una primera solución provisional, que supone un valioso precedente: el 23 de agosto el OCEAN VIKING fue autorizado a desembarcar sin mayor problema a 365 refugiados en virtud de un Acuerdo temporal impulsado por Alemania y Francia y en el que participan igualmente Irlanda, Luxemburgo, Portugal y Rumanía. El Gobierno español se negó a acoger a inmigrantes del OCEAN VIKING afirmando que España asumía la totalidad de los recogidos en su zona SAR sin que se haya hecho luego ningún reparto de los mismos entre los países europeos, al contrario que en el Mediterráneo central.

Con respecto al OPEN ARMS el Gobierno español se planteó la posibilidad de sancionar al buque y a su capitán en vía administrativa por infracción de las normas de despacho, pero probablemente en atención a la legalidad internacional vigente y los convenios firmados por España, no inicio ningún procedimiento administrativo sancionador⁵. Podemos finalizar de manera más general concluyendo que la crisis de este verano ha planteado a la sociedad española el debate de la migración, debate no muy tratado en el panorama político por razones electorales y que la situación del buque OPEN ARMS ha generado posiciones encontradas en nuestra sociedad (Cercas, 2019).

6. Los riesgos de la acción humanitaria: la protección jurídica del personal de las ONG

La realidad objetiva es que el personal, en muchos casos voluntario, de las ONG, se puede encontrar sometido a procedimientos penales que no suelen prosperar en vía judicial, pero que imponen serias cortapisas y limitaciones a la acción humanitaria. Hemos comentado anteriormente los casos del Capitán del OPEN ARMS o de la Capitana Rackete, pero no son los únicos. En Lesbos tres bomberos sevillanos fueron procesados por dos cargos: tentativa de tráfico de personas (diez años de pena prevista en la legislación griega) y tenencia ilícita de armas (por la tenencia de un corta-cabos obligatorio en toda embarcación de salvamento). La juez del juzgado de Mitelene les dejó en libertad en el año 2018 sin cargos después de que el día 14 de enero del 2016 fueran detenidos por la autoridad militar griega cuando estaban realizando labores de salvamento marítimo⁶. Para mayor perplejidad tanto en los casos de Lesbos como en los del buque OPEN ARMS, las operaciones de salvamento se han hecho siguiendo las indicaciones de las autoridades nacionales implicadas y las personas salvadas han sido entregadas a dichas autoridades.

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) recogido en las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de 1977 y 2005 constituye el principal *corpus* de normas destinadas a limitar la barbarie de la guerra⁷. Protegen a las personas que no participan en las hostilidades (civiles, personal sanitario, personal religioso) y a los que ya no pueden seguir participando en los combates (heridos, enfermos, naufragos, prisioneros de guerra). Obviamente los convenios tenían una preocupación por las víctimas de los conflictos bélicos (especial énfasis entre “combatientes” y “no combatientes”) y representan un instrumento de humanización del derecho de guerra. Los convenios por otra parte han sido ratificados por la práctica

⁵ <https://www.lavanguardia.com/politica/20190821/464198162343/carmen-calvo-posibles-sanciones-open-arms-permiso-rescatar.html> (acceso: 30 de octubre de 2019).

⁶ “Los bomberos de Sevilla en Lesbos: La juez nos ha dicho que salvar vidas no es delito”, *ABCde Sevilla*, 8 de mayo de 2018. Disponible en: https://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-bomberos-sevilla-lesbos-juez-dicho-salvar-vidas-no-delito-201805072326_noticia.html (acceso: 30 de octubre de 2019); “Tres bomberos y un destino: un juicio en Lesbos por tráfico de personas”, *El País*, 7 de mayo de 2018. Disponible en: https://elpais.com/politica/2018/05/06/actualidad/1525587612_887919.html (acceso: 30 de octubre de 2019).

⁷ Vid. sobre los Convenios de Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales> (acceso: 30 de octubre de 2019).

totalidad de los países. El DIH debe trabajar en el desempeño de su cometido. En igual sentido, la protección penal de los medios y personal humanitario ha sido recogida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en el ordenamiento penal español (artículos 608 a 616 del Código Penal, “De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, todo ello en el marco del derecho de guerra.

En nuestro caso, nos encontramos en un marco diferente y mucho más amplio que el conflicto bélico o *el ius belli*, lo que se ha venido en llamar la “Acción Humanitaria” (AH). Su concepto esencial es prevenir y aliviar el sufrimiento humano sin ninguna distinción y tanto en situaciones bélicas como de crisis humanitarias. Muy ligada a la propia historia de la Cruz Roja que, junto con la Media Luna Roja, son Organismos internacionales plenamente reconocidos de AH. Sin embargo, en el momento actual nos encontramos con un nuevo actor de la AH que son las ONG de una gran relevancia (piénsese en OXFAM INTERNACIONAL; MEDICOS SIN FRONTERAS; MÉDICOS MUNDI; CARITAS; etc.). Su vinculación con la sociedad civil, con morfologías jurídicas diferentes, dificulta su tratamiento unitario y homogéneo, lo que no debe impedir una protección similar de la AH y del personal asistencial que lo dispensa, en términos equivalentes a los de Cruz Roja.

Un primer mecanismo de protección se ha desarrollado por las propias ONG a través de la ayuda mutua: las ONG de derechos humanos (p. ej. AMNISTIA INTERNACIONAL, HUMAN RIGHTS WATCH, etc.) prestan colaboración con las ONG de AH, lo que no solo potencia las acciones de denuncia, sino que además aumenta la protección de la asistencia humanitaria prestada por estas últimas. Desde una perspectiva más jurídica, tanto los Convenios de Ginebra como sus protocolos y, de manera particular, la norma 31 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario señala que: “El personal de socorro humanitario será respetado y protegido. Y ello tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales” (Rodríguez-Villasante, 2010)⁸. Debe entenderse que la protección de dicho personal debe comprender la prohibición de ataques, el hostigamiento, la detención arbitraria, la violencia física y psicológica, las agresiones, el secuestro u otras retenciones y por supuesto la integridad personal y la vida.

La evolución de los conflictos y de las crisis en el siglo XXI es muy diferente a la posguerra y las guerras mundiales. La aparición de nuevos actores de la Acción Humanitaria como las ONG, debe incorporar una protección jurídica específica del personal asistencial de la AH y especialmente en el desarrollo de la misma, en términos muy similares al personal sanitario/religioso dispensado en las Convenciones de Ginebra 1949; por el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional o nuestro propio Código Penal 1995, pero ampliándolo al personal de las ONG implicado en operaciones asistenciales de acción humanitaria.

⁸ De manera análoga, la Norma 56 del DIH Consuetudinario establece: “Las partes en conflicto deben garantizar la libertad de movimientos del personal humanitario autorizado, esencial para el ejercicio de sus funciones y que solo podrá restringirse temporalmente en el caso de necesidad militar imperiosa”.

Obviamente y de manera análoga, el personal de las ONG directamente implicado debería ir adecuadamente identificado y comunicar su actuación a las partes en presencia y en cualquier caso a Naciones Unidas. En algunas crisis humanitarias han sido los propios Estados los que han establecido Códigos de Conducta particulares para las ONG. En cualquier caso, sería deseable tanto la actualización de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos, con relación a la asistencia humanitaria, como la creación de una norma de derecho uniforme auspiciada por UN o sus agencias, con relación a los derechos y deberes de las ONG en la acción humanitaria. La importancia de las actividades y labores de las ONG en la AH hacen imprescindible un marco jurídico adecuado.

7. Conclusiones

El salvamento de vidas humanas en el mar no es una opción para el capitán del buque, ni para los estados. Existe en todo el derecho uniforme el deber jurídico de prestar el salvamento (Convenios en vigor y ratificados: CONVEMAR; SOLAS; SAR; etc.), más allá del tipo penal general que recoge el CP español, el delito de omisión del deber de socorro. Por otra parte, resulta imposible conceptualmente hablar de “inmigración ilegal” en el Alta Mar o aguas internacionales, no sujetas a la jurisdicción de un estado. El incumplimiento del derecho internacional, señaladamente la Convención de Derecho del Mar (CONVEMAR 1982), debería ser denunciado ante el Tribunal Internacional del Mar (Hamburgo). Para ello el Reino de España debería aceptar la demanda presentada por cualquier ONG o parte legitimada, dado que el Tribunal del Mar requiere la aceptación del estado del pabellón.

La posición mantenida en el pasado por Italia por el Gobierno Salvini (bloqueo de los puertos), es a nuestro entender ilegítima y contraria al Derecho Internacional. Es aconsejable una actuación urgente de la comunidad internacional. Además, el paso de embarcaciones o buques de las ONG a través del mar territorial de cualquier Estado no puede considerarse perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño (artículo 19.1 CONVEMAR). Resulta conveniente replantear en foros internacionales el estatuto jurídico de la organización de la Zona SAR Libia, en el sentido de legitimar el rescate libre de aquellas personas que se encuentren en peligro en sus aguas, dando primacía al principio de libertad de la navegación (art. 87 CONVEMAR). Las ONG que operan en el Mediterráneo representan la última y única ayuda que separa de la muerte a los miles de personas que se hacen a la mar buscando una vida mejor. Resulta inaceptable la falta de una posición unitaria de la UE y la de los gobiernos de los estados ribereños centrados en sus intereses electorales, al margen de toda la legalidad internacional conocida.

En las instituciones internacionales implicadas debe realizarse una reflexión de fondo sobre la afrenta de que intereses políticos nacionales erosionen los Derechos Humanos, y sobre la cuestión de si el Derecho Internacional que consagra esos Derechos Humanos sigue haciéndolos prevalecer, como ha venido sucediendo hasta ahora. En este sentido, debemos preguntarnos cuántas muertes estamos dispuestos a tolerar antes de dejar de mirar hacia otro lado. Debemos empezar a tratar la situación como un problema global que se agrava

exponencialmente estos días, y que requiere de soluciones ágiles, efectivas y adoptadas de forma coordinada por todos los actores nacionales e internacionales implicados. Deberían igualmente rechazarse los intentos de “criminalización” del personal de las ONG mencionadas (el caso de los miembros del cuerpo de bomberos de Sevilla en la isla de Lesbos, o el caso del procesamiento del capitán del OPEN ARMS en Sicilia, o de la Capitana del SEA WATCH 3 etc.). Aunque tales intentos no prosperen en los juzgados, lo cierto es que dificultan enormemente las labores humanitarias y, en tal sentido, resultaría conveniente proponer la extensión de la protección legal que las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 (Derecho Internacional humanitario) otorgan al personal de las misiones humanitarias, para incluir expresamente al personal de las ONG.

BIBLIOGRAFÍA

Brannan, S. et al. (2016): “The Mediterranean refugee crisis: ethics, international law and migrant health”, en *Journal of Medical Ethics* (March). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1136/medethics-2016-103444> (acceso: 30 de octubre de 2019).

Cercas, J. (2019): “¿Nos hemos vuelto todos locos?”, *El País*, 13 de agosto. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2019/08/12/opinion/1565627638_292481.html (acceso: 30 de septiembre de 2019).

Comité Internacional de la Cruz Roja (2019): *Los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales*. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales> (acceso: 30 de octubre de 2019).

Organización Marítima Internacional ACNUR-ICS (2015): *Personas rescatadas en el mar: reglas y orientación*. Disponible en: <http://www.imo.org/es/OurWork/Facilitation/personsrescued/Paginas/Default.aspx> (acceso: 15 septiembre de 2019).

Rodríguez-Villasante y Prieto J.L. (2010): “La protección del personal humanitario por el Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados actuales”, en *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos*, n. 7/2010, Bilbao, Universidad de Deusto. ISSN: 1885 - 298X, 43-58.

Rodrigo de Larrucea, J. (2018): “El Salvamento marítimo y derecho humanitario”, en *Repertorio OAI- Universidad Politécnica de Catalunya*. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2117/120260> (acceso: 30 de octubre de 2019).

UNHCR. (2015a): *Europe: Syrian asylum applications from April 2011 to October 2015. Syria regional refugee response*. Disponible en: <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/asylum.php> (acceso: 10 de septiembre de 2019).

- (2015b): *UNHCR regional operations profile: Europe-Working environment*. Disponible en: <http://www.unhcr.org/pages/4a02d9346> (acceso: 10 de septiembre de 2019).

*La política migratoria en el Mediterráneo: una explicación desde
el Derecho marítimo*

Ziniti, A. (2019): “Open Arms, Salvini indagato ancora dai pm di Agrigento. La sua reazione: Rifarei tutto, per me è una medaglia”, *La Repubblica*, 19 de noviembre. https://www.repubblica.it/politica/2019/11/19/news/open_arms_salvini_indagato_ancora_dai_pm_di_agrigento-241376985/?refresh_ce (acceso: 21 de noviembre de 2019).