

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSITAT DE BARCELONA



**LA REGULACIÓN DEL POLIZONAJE A TRAVES DEL
DERECHO ESPAÑOL**

TRABAJO FINAL DE GRADO

PRESENTADO POR

Agustina Fonrouge

Bajo la dirección del profesor

Dr. David Moya Malapeira

Barcelona, 2013

INDICE

Introducción.....	2
 <i>Capítulo I</i>	
El polizonaje: su contextualización.	
I.1. Precisiones conceptuales	9
I.2. Datos estadísticos.....	11
 <i>Capítulo II</i>	
Análisis del derecho aplicable a las situaciones de polizonaje.	
II.1. La ley aplicable a la inmigración marítima clandestina	14
II.1.1. El régimen de los diferentes espacios marítimos	14
II.1.1.1. Aguas interiores	16
II.1.1.2. Mar territorial	22
II.1.1.3. Alta Mar	24
II.1.1.4 Estrechos utilizados para la navegación.....	28
II.1.2. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.....	28
II.1.3. El control y vigilancia en el marco jurídico actual	29
II.1.3.1. La prevención del embarque clandestino.....	32
II.1.3.1.1. Instrumentos jurídicos de la OMI	32
II.1.3.1.2. P&I Clubs.....	35
II.1.3.1.3 Normativa comunitaria	35
II.1.4. El régimen de responsabilidad.....	36
II.1.4.1. Polizones	37
II.1.4.2. Las empresas de transporte y los transportistas	38
 <i>Capítulo III</i>	
Problemas y soluciones en el tratamiento del Polizonaje: Intervención vs protección.	
III.1. Aproximación al concepto polizón.....	44
III.2. Intervención	46
III.2.1. El procedimiento previsto en España	45
III.3. Las garantías del polizón	49
III.3.1. La solicitud de asilo	50
III.3.2. El derecho a la asistencia jurídica y de Intérprete	51
 Conclusiones.....	 56
 Bibliografía.....	 60

EL FENÓMENO DEL POLIZONAJE

El presente trabajo intenta ofrecer un análisis y valoración del fenómeno del polizonaje. Debo advertir las limitaciones que puede tener el estudio de un fenómeno, por definición invisible, caracterizado sobre todo por una ausencia de legislación con las debidas garantías, suplido a través de recomendaciones, circulares o informes de diferentes organismos, tanto internacionales como nacionales. No obstante, creo que una primera aproximación, puede ser interesante para adentrarse en un ámbito poco estudiado no sólo por la legislación, sino también por la doctrina.

Los movimientos migratorios siempre han sido un factor demográfico determinante en la historia de la humanidad, la miseria, las guerras, las persecuciones políticas o la hambruna, son alguna de las causas que suelen motivar a los polizones a viajar de forma clandestina, por mar, tierra o aire, arriesgando su vida en búsqueda de un futuro mejor.

La presencia de polizones a bordo de cualquier medio de transporte, trae graves consecuencias para la industria del transporte. Aunque es en la navegación, donde aún se complica más la situación, no sólo por el complejo y costoso procedimiento que implica para los capitanes, armadores, autoridades portuarias y agentes, la repatriación de estas personas, sino también por la propia vida de los polizones que pueden pasar varios días escondidos privados de comida, agua y muchas veces de aire. Es por esta razón que en este trabajo si bien hablaré de este fenómeno en general, es inevitable centrar el análisis jurídico del tratamiento de los polizones en la navegación marítima, porque es en este ámbito donde se intensifica su complejidad, por diferentes razones, entre ellas, porque a los gobiernos no les resulta fácil conciliar este fenómeno con sus propias políticas de inmigración, lo que lleva a que actualmente la opción que se está adoptando es la de responsabilizar y penalizar a los capitanes.

Las vías marítimas utilizadas son múltiples: la inmigración que llega a la costa, la que pasa por los puertos, la que usa navíos de comercio, deportivos, de pesca o, la que produce una mayor alarma social, la que utiliza embarcaciones de fortuna (pateras, cayucos...) con las frecuentes trágicas consecuencias conocidas. En todo caso, esta inmigración comporta un doble riesgo, tanto para la seguridad y estabilidad de la UE (pues esta inmigración, aunque llegue a un Estado miembro tiende a desplegarse antes o después por otros Estados miembros) como para

los propios inmigrantes cuya vida frecuentemente ponen en peligro¹ La pérdida de la vida durante tales viajes es una amenaza real y constante, las condiciones en las que viajan, los lugares donde se esconden, son algunas de las razones de esta tragedia, a pesar de ello, nada les impide continuar con su aventura, dado que los motivos que los empujan a su realización son más fuertes que el miedo. La mayoría de las veces los factores de salida son una mezcla compleja de situaciones que generan refugiados y migrantes, incluida la guerra, violaciones de los derechos humanos y condiciones de vida insostenibles en el hogar, que se mezclan con factores de atracción, entre ellos la reunificación de las familias y el atractivo de mejores posibilidades económicas y de educación en el extranjero².

La creciente importancia que en los últimos años ha adquirido este fenómeno, exige soluciones urgentes, basadas sobre todo en principios humanitarios. La resolución de estos casos no es tan sencilla, principalmente, porque son muchos los Estados que pueden estar involucrados y por tanto, son diversas las leyes que pueden llegar a ser aplicables al caso: el Estado de embarque, el Estado de desembarque, el Estado del pabellón del buque, el Estado de la ciudadanía o permiso de residencia del polizón, y los Estados de tránsito durante la repatriación. Determinar a qué Estado corresponde la competencia, es un primer gran paso para poder determinar el tratamiento del polizón³.

Cuando un polizón viaja por vía terrestre o aeronave, el problema que plantea queda resuelto con la entrega del polizón a las autoridades competentes del lugar donde se le descubre o del primer aeropuerto de aterrizaje. Sin embargo, la situación se complica por vía marítima, ya que no sólo debemos determinar a qué ley queda sometido este polizón, sino que debemos conjugarla con distintas ramas del Derecho (mercantil, laboral, penal, administrativo, internacional...), lo que demuestra el carácter internacional y multidisciplinar de este fenómeno. Esta situación se complica aún más, si tenemos en cuenta el panorama normativo

¹ “*Quienes utilizan rutas marítimas para entrar clandestinamente en otro país pueden ser migrantes, solicitantes de asilo, refugiados o víctimas de la trata de personas. Todos ellos están sujetos a distintos regímenes jurídicos y a veces reciben distinto trato dependiendo de las circunstancias en que se encuentran. Por ejemplo, si las personas están ocultas en un contenedor aborde de un buque comercial tienen la consideración de polizones. Si se encuentran en peligro en el mar, son personas que deben ser rescatadas. Sin embargo, en todos los casos, los Estados deben respetar las normas internacionales de derechos humanos, el derecho de los refugiados y el principio de no devolución*”. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los Océano y el derecho del mar, A/61/63, 9 de Marzo de 2006, p. 27.

² SOBRINO HEREDIA, JOSÉ MANUEL Y OANTA, GABRIELA ALEXANDRA: “Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N°14 (2010):759-788

³ Imaginemos un supuesto: nacional de Ghana, que reside y está domiciliado en Inglaterra, embarca clandestinamente en un puerto español ¿A qué ley queda sujeta esta situación? ¿Quién responderá de los gastos generados por este polizón?

nacional, caracterizado por gestionar este fenómeno a través de simples instrucciones administrativas no publicadas en ningún boletín oficial, que si bien buscan asegurar un tratamiento homogéneo en los casos de polizonaje en todo el territorio, lo que han hecho es ir en detrimento del contenido de derechos y principios reconocidos en la CE (derecho a la asistencia sanitaria, letrada y de intérprete, principios de tipicidad, legalidad o la presunción de inocencia, así como el derecho de asilo o el derecho a la libertad personal)⁴.

La diversidad de actores públicos y privados a lo largo del trayecto de los polizones, refleja el dilema de determinar sobre quién recae la responsabilidad. La responsabilidad no sólo en cuanto su prevención, sino también, en cuanto a su detención, repatriación y mantenimiento. Con lo cual nos encontramos ante una convergencia de diversos factores políticos, económicos y humanitarios, que nos llevan a considerar al polizón como una amenaza, un peligro que se debe evitar. Esta responsabilidad, que actualmente se atribuye al capitán, también se puede predicar en cuanto a los daños que el polizón puede sufrir durante el viaje, porque si bien, en principio, al no existir un contrato entre el polizón y la empresa naviera, no puede plantearse una responsabilidad contractual, no debemos descartar la posibilidad de una responsabilidad extracontractual cuando estos daños hayan sido producidos por una falta del capitán o de la tripulación, ya que muchas veces estos gastos extraordinarios⁵ ocasionados por el polizón son cubiertos por los clubes de protección e indemnidad⁶.

Una vez en tierra, los problemas se multiplican. El polizón puede tener una nacionalidad, o varias, o ser apátrida, o delincuente, o refugiado político, pero como todos los Estados exigen hoy el pasaporte para entrar en ellos, y el viajero clandestino, normalmente, carece de esos documentos, lo general es que se les prohíba desembarcar, con lo que se produce el hecho de que la empresa porteadora tiene que seguir teniéndoles a bordo y asumiendo su sustento hasta que los devuelve al puerto de embarque o encuentra a una nación que los admita. No es fácil determinar el puerto de embarque, no se puede probar con seguridad y certeza que el polizón embarcó en un determinado barco, especialmente, no puede justificarse a satisfacción del país

⁴ GABALDÓN, SANTIAGO: Algunas consideraciones acerca de la tesina “el régimen jurídico del polizonaje”. *Boletín del Instituto Marítimo Español* N° 7. (Primer cuatrimestre, 2003): 6-8

⁵ Los gastos extraordinarios que debe soportar la naviera cuando es descubierto un polizón a bordo incluyen el mantenimiento, la repatriación y el desembarco de éste, y en algunos casos también pueden incluir el desvío de ruta.

⁶ Los clubes de protección e indemnidad, o como se les conoce en el idioma inglés “P&I Clubs”, “*son asociaciones o cooperativas de armadores y propietarios de buques que se asocian bajo un esquema mutual sin fines de lucro, con el propósito de cubrir colectivamente las reclamaciones y responsabilidades en que puedan verse incursos*”. FRANCO ZÁRATE, JAVIER ANDRÉS: “Los clubes de protección e indemnización (P&I CLUBS) y su operación a la luz del derecho colombiano”, *Revist@ e- Mercatoria* 5.2 (2006): 30-51

del que se afirma es el puerto de embarque⁷, ya que el no reconocer esta situación, supone al país liberarse de las consecuencias que acarrea. Por otra parte, resulta difícil acreditar la nacionalidad del polizón, lo que comporta la necesidad de un periodo de tiempo, para averiguar su nacionalidad, y constatar el puerto en el que se introdujo clandestinamente, labor muchas veces desempeñada por traductores que tratan de descubrir su origen comprobando sus dialectos. Durante este tiempo, el capitán debe permanecer en puerto, hasta que se determine el destino del polizón, lo que significa una catástrofe económica para éste, ya que debe soportar los gastos que esta espera suponga.

Como problema colateral, a esta insignificante regulación, podemos mencionar, la ausencia de criterios uniformes sobre la calificación y regulación en la comunidad internacional en su conjunto, o entre los Estados que forman parte de una organización de alcance regional, como puede ser la UE, el NAFTA, el Mercosur, entre otros, del fenómeno del polizonaje. Esta situación, nos permite intuir la situación de especial vulnerabilidad y riesgo, en la que se encuentran inmersos los polizones, privados de su libertad deambulatorio y en numerosas ocasiones en unas condiciones muy precarias, caen en la absoluta indefensión, ya que la práctica administrativa conlleva impedir la asistencia letrada a estas personas, y por consiguiente, el conocimiento de su situación en el buque, la asistencia social necesaria y la posible formalización de una solicitud de asilo u otra protección internacional.

La solicitud de asilo, nos pone de relieve un nuevo problema al que se enfrenta el polizón. Si los polizones no manifiestan con claridad que quieren pedir asilo, en muchas ocasiones se ignora este derecho. Las autoridades encargadas de entrevistarlos, no intentan averiguar los motivos por los que han viajado como polizones, sino terminarla cuanto antes y no dar la oportunidad al entrevistado de expresar su verdadera voluntad.⁸ A esto debemos sumar, la situación de inseguridad en que a menudo se encuentran estas personas, que ven como se dilata en el tiempo, la resolución de su solicitud de asilo, que muchas veces, a pesar de los esfuerzos por llegar a una solución humanitaria, termina con su devolución al país de origen, en violación del más fundamental de los principios de protección de los refugiados (el principio de no devolución). No podemos dejar de reconocer que no es tarea fácil detectar cuando se trata de una persona que necesita protección internacional, sobre todo si tenemos en cuenta que, en los últimos años, esta institución muchas veces, se ha visto sobrecargada y en

⁷ OGAYAR Y AYULÓN, TOMÁS: “El polizonaje a través del derecho nacional e internacional”. *Revista general de legislación y jurisprudencia* (1958):4-9

⁸ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS – Comisión de Derechos Humanos 61º período de sesiones: “*La asistencia letrada a los polizones en España: una deficiencia que se agrava*” – E/CN.4/2005NGO/289, 11 Marzo 2005, p.1-4

ocasiones abusada, por parte de quienes no requieren protección y que sólo buscan evadir las regulaciones normales de inmigración. Situación, que no sólo eleva significativamente los costos incurridos por los países de acogida, tanto en el procesamiento de las solicitudes como en la cobertura de los gastos relativos al bienestar de los aspirantes mientras están pendientes sus solicitudes, si no que limita las oportunidades de personas genuinamente requeridas de protección.⁹

De acuerdo a este listado de problemas, que lejos está de ser exhaustivo, los conflictos que plantea la presencia del polizón a bordo, son diversos, y con diferente intensidad según hablemos de una u otra clase de polizón. El problema del transportista por vía terrestre o aérea, puede acabar cuando baja al polizón en la primera estación en que es descubierto (por vía terrestre) o lo baja en tierra y entrega a las autoridades del aeropuerto (por vía aérea), en cambio en la navegación marítima todo se complica, porque el capitán, no puede desembarcarlo donde quiera, si a ello se niega el país en cuestión, lo más que puede hacer es restituirlo al puerto de embarque y entregarlo a las autoridades competentes, cuestión ésta que a veces no es tan fácil de determinar (¿En qué puerto embarco el polizón?). Todo estos problemas, son indicativos de los intereses políticos y económicos que se esconden detrás de del tratamiento del polizón, dejando así oculta su dimensión humana, y en definitiva justifican su estudio en esta tesina.

El **método de trabajo** adoptado se ha basado en la investigación y análisis de las diversas fuentes normativas y jurisprudenciales, como fuentes primarias de investigación. Sin embargo, el mismo reposa también sobre un conjunto bastante amplio de fuentes secundarias, dadas las limitaciones de las primeras. De hecho, los diversos materiales obtenidos como fuentes secundarias de trabajo, permiten desvelar, no sólo el vacío legal, sino también la necesidad de ajustes normativos, a fin de superar el estado actual de la cuestión. En este sentido, he recurrido a materiales tan distintos como: aportaciones doctrinales en forma de libros y artículos de revista, normativa y jurisprudencia nacional e internacional, las resoluciones, decisiones o recomendaciones de diferentes organismos, y por último y con el fin de entender mejor y contextualizar el problema, a las noticias de prensa.

La localización de este material ha implicado un grado de dificultad bastante alto, sobre todo porque el tratamiento del polizonaje se ha realizado a través de recomendaciones o

⁹ COMITÉ EJECUTIVO DEL PROGRAMA DEL ACNUR – Comité Permanente 12ª Reunión: “Las migraciones mixtas y su relación con los éxodos de refugiados, incluyendo la repatriación de las personas que no requieren de protección internacional, así como la facilitación del retorno en su dimensión mundial” – EC/48/SC/CRP.29, (Mayo1998):.1-10.
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2251.pdf?view=1>.

instrucciones, documentos que no se publican en los Boletines Oficiales. Bastante más complicado fue encontrar información en lengua española, ya que he constatado que la mayor literatura sobre el tema la encontramos principalmente, en lengua inglesa o francesa.

Con el objeto de presentar con claridad el análisis jurídico de la protección de estos “pasajeros clandestinos”, el presente trabajo se ha dividido en tres capítulos, que lo que buscan es abordar este fenómeno desde diversas perspectivas: (I) la contextualización de la figura del polizón; (II) análisis del derecho aplicable a las situaciones de polizonaje y (III) problemas y posibles soluciones.

En el primer capítulo de este trabajo, se estudian las cuestiones conceptuales e históricas más generales y relevantes en torno a la figura del polizón.

El segundo recoge el estudio y análisis del derecho aplicable a este fenómeno, caracterizado por su naturaleza multidisciplinar. Los tres sub-apartados que componen este capítulo identifican la competencia de las autoridades española para conocer de los casos de polizonaje, a partir de los diversos espacios marítimos.

El tercer capítulo versa sobre los problemas y posibles soluciones que el polizonaje plantea, a fin de aportar una visión jurídico – humanitaria de este fenómeno, muchas veces tratado desde una vertiente político - económica. Este capítulo, se desdobra en dos sub-apartados diferenciados, que se centran en la intervención y en las garantías del polizón, respectivamente.

Finalmente, he incluido un último apartado de conclusiones, en el que intento enumerar, a partir de los datos recogidos y analizados, los problemas que aquejan a esta figura jurídica en la regulación española actual, y ofrecer algunas posibles líneas de solución al mismo.

Quiero dejar constancia de mi sincero **agradecimiento** a las siguientes personas e instituciones, sin las cuales de ningún modo hubiera podido realizar este trabajo.

En primer lugar, mi agradecimiento al Profesor D. David Moya Malapeira, tutor del trabajo final de grado, por su constante estímulo y comprensión y sus inteligentes aportaciones, críticas y comentarios.

Al Sr. Jordi García García de la Biblioteca del Museu Marítim de Barcelona, a la Sra. Montse Tafalla, de la Biblioteca Depositaria de Naciones Unidas, y a los bibliotecarios de la UPC, que tuvieron la amabilidad y la paciencia, no sólo, de facilitarme todos los documentos disponibles

sobre el tema, sino, de asesorarme desinteresadamente en todo lo referente a la localización de la información.

De mucha utilidad me ha sido también la ayuda de los servicios que ofrecen a los ciudadanos, EUROPE DIRECT que ha contestado a cada una de las preguntas que les he ido enviando a lo largo de este trabajo.

Por último, este trabajo no hubiera sido posible, sin el apoyo incondicional de mi familia (sobre todo de mis papás, y de Enric), y de Silvia y Laura que nunca dejaron de darme ánimos.

A todos ellos, muchas gracias.

Barcelona a 17 Junio de 2013

EL POLIZONAJE: SU CONTEXTUALIZACIÓN

I.1.Precisiones conceptuales.

El fenómeno del polizonaje no es algo nuevo. Hace siglos a las personas que embarcaban furtivamente hacia Las Indias se les llamaba “los llovidos”, eran considerados como gente traviesa y revoltosa, que podía alterar las buenas costumbres y policía de los bajeles¹⁰. Posteriormente, a aquellos que embarcaban sin pasaporte o licencia correspondiente se les pasó a denominar polizón, del francés “polisson” (vagabundo), así se refleja en las Ordenanzas Generales de la Armada Naval de 1793¹¹.

Hoy en día, el Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional, 1965, enmendado, (Convenio FAL), ¹²define como polizón “ *Persona oculta en un buque, o en la carga, que posteriormente se embarca en el buque, sin el consentimiento del propietario del buque o del capitán o de cualquier otra persona responsable, y a la que se detecta a bordo una vez que el buque ha salido de puerto, o en la carga durante su desembarque en el puerto de llegada, y que el capitán describe como polizón en su notificación a las autoridades pertinentes.*”

Lo característico del polizonaje, como se deduce de las definiciones expuestas, es embarcarse clandestinamente, por lo que, podemos realizar una primera distinción entorno a la figura jurídica del polizón, teniendo en cuenta los métodos que utilizan para ingresar al territorio de un Estado: los “boat people”¹³, aquellos que llegan a través de embarcaciones precarias cuya única finalidad es transportar ilegales (las denominadas pateras), y los que realizan el viaje a bordo de un medio de transporte aéreo, marítimo o terrestre.

¹⁰ VIGIL DE QUIÑONES, JOSE M^a: “Polizones en la carrera de Indias”. *Revista general del Marina* (Julio 1954): 373-379.

¹¹ HERNANDEZ YZAL, SANTIAGO: “El engaño como elemento de delito de polizonaje”. *Revista “Vida Marítima y Comisamar”*, N°162 (Septiembre 1950): 644-646.

¹² RESOLUCIÓN FAL.7 (29) aprobada el 10 de enero de 2002, por la cual se adoptan las enmiendas al Convenio FAL, 1965. <http://www.imo.org/ourwork/facilitation/falcommittee/documents/29-18.pdf>

¹³ “Las historias son diversas, pero tienen en común que las embarcaciones de salida suelen ser pequeñas, sin condiciones apropiadas para navegar y con capacidad para transportar un número considerablemente menor del que en realidad se embarca en ellas. La gran mayoría de los barcos utilizados es de menos de 15 metros de longitud, y de estos la mayoría no tiene más de 8 metros. Si se tiene presente que por lo general los barcos más pequeños transportan hasta 50 personas y los más grandes entre 100 y 150 personas, e incluso más allá de las 200, no es difícil entender el peligro extremo que corre la gente. Además, por lo general las personas a bordo no saben nadar, a menudo son muy maltratadas por los traficantes que les acompañan y los barcos no están preparados para afrontar los imprevistos de las condiciones del mar”. Vid. JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA Y GABRIELA ALEXANDRA OANTA: “Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N°14 (2010):759-788

La posición geográfica en la que se encuentra España, favorece la entrada de inmigrantes clandestinos, son diversas las rutas, por las cuales logran ingresar al territorio, que utilicen una u otra dependerá de su lugar de origen. Tal vez, las rutas más habituales eran las que atravesaban el estrecho de Gibraltar hasta llegar a las costas andaluzas, pero como consecuencia del aumento de vigilancia¹⁴, han surgido nuevas rutas alternativas, e incluso nuevos lugares de destino.

El Mar Mediterráneo es un paso migratorio natural, que hace a España un país más vulnerable a la entrada de inmigrantes clandestinos, sobre todo por su proximidad con el continente africano, y a los cientos de kilómetros de costas que se han de controlar. Esta situación, impulsó a España, en 2003 a llevar a cabo junto con otros países de la UE¹⁵, la operación denominada “*Ulises*”, una primera iniciativa europea que buscaba frenar la inmigración ilegal en el mar, y las mafias que traficaban con seres humanos, y consistía básicamente en el despliegue de barcos de los cinco países para vigilar las costas. Otra vía de entrada es la terrestre, a través de camiones o furgonetas, ocultándose en sus bajos o en remolques. Los puntos transfronterizos habituales son Ceuta y Melilla, dos ciudades autónomas con importante flujo migratorio, que han reforzado a partir de 2006, las medidas de vigilancia y control de las fronteras no sólo incrementando el número de efectivos policiales, sino también elevando la altura de la valla y colocando la sirga tridimensional, medidas que provocaron un fuerte descenso. Finalmente, debemos hacer mención del transporte aéreo, son los denominados “*polizones aéreos*”, que abordan el avión subiéndose a los pozos de las ruedas cuando el aparato está detenido en la cabecera de la pista a la espera de la orden de despegue. Según datos de la FAA¹⁶, hubo 96¹⁷ intentos de polizonaje conocidos en todo el mundo, con sólo 23 supervivientes. De esta forma, a partir de lo expuesto, y a fin de facilitar su análisis, podemos hacer una primera clasificación de los polizones, basada en el medio de transporte que utilizan: los polizones marítimos, los terrestres y los aéreos.

¹⁴ En 2002 se puso en funcionamiento el Código Internacional PBIP, un código promovido por la OMI (IMO siglas en inglés) dirigido a establecer un marco internacional, en el ámbito marítimo, de cooperación para detectar amenazas y adoptar medidas preventivas. En este mismo año se implantó (en fase experimental) el sistema SIVE en Algeciras y Fuerteventura. En 2004, la UE mediante el *Reglamento (CE) n.º. 2007/2004 del Consejo*, crea FRONTEX, una agencia cuyo fin es mejorar la gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión.

¹⁵ Reino Unido, Portugal, Italia y Francia

¹⁶ Federal Aviation Administration

¹⁷ Serie histórica 1947-2012 [Fuente: FAA Civil Aerospace Medical Institute]

I.2. Datos estadísticos.

A pesar de ser un fenómeno bien conocido, no tenemos cifras oficiales que nos permitan observar su magnitud. Los datos más difundidos a nivel internacional son los de la OMI (Organización Marítima Internacional) que publica periódicamente estadísticas sobre los polizones en el mundo marítimo, basándose en los registros de los países receptores, que en la mayoría de las ocasiones no son confiables o simplemente no se publican. Como consecuencia de ello, no resulta fácil, describir en cifras este fenómeno y su evolución, la ausencia de una base de datos no sólo a nivel europea, sino también a nivel nacional, contribuye a esta nefasta situación.

TABLA I: POLIZONES EN CIFRAS RESPECTO DEL TOTAL DE ENTRADAS IRREGULARES DE EXTRANJEROS.

AÑO	LUGAR DE DESEM BARCO	% ↓ O ↑ RESPECT O AL AÑO ANTERIOR	LUGAR DE DESEMBARCO		% ↓ O ↑ RESPECTO AL AÑO ANTERIOR		% COMPARATIVO RESPECTO DEL 2006			POLIZONES			
	COSTAS ESPAÑOLAS		CANARIAS	PENÍNSULA Y BALERAS	CANARIAS	PENÍNSULA Y BALERAS	COSTAS ESPAÑOLAS	CANARIAS	PENÍNSULA Y BALERAS	MAYORES DE EDAD	MENORES	TOTAL	REGISTRADO S POR LA OMI EN EL MUNDO**
2001	18517		4105				↓52,7%	↓87,0%					
2002	16670	↓ -10,0%	9875	6795	↑140,6%		↓57,5%	↓68,8%	↓9,4%				574
2003	19172	↑ 15,0%	9388	9788	↓ -4,9%	↑ 44,0%	↓51,1%	↓70,4%	↑30,5%			710**	481
2004	15675	↓ -18,2%	8426	7249	↓ -10,2%	↓ -25,9%	↓60,0%	↓73,4%	↓3,4%				210
2005	11781	↓ -24,8%	4715	7066	↓ -44,0%	↓ -2,5%	↓69,9%	↓85,1%	↓5,8%			72**	209
2006	39180	↑ 232,6%	31687	7502	↑572,0%	↓ 6,2%						53**	657
2007	18056	↓ -53,9%	12478	5579	↓60,6%	↓ -25,6%	↓53,9%	↓60,6%	↓25,6%			72**	889
2008	13424	↓ -25,7%	9181	4244	↓ -26,4%	↓ -23,9%	↓65,7%	↓71,0%	↓43,4%	29	4	33***	2052
2009	7285	↓ -45,7%	2246	5039	↓75,5%	↑ 18,7%	↓81,4%	↓92,9%	↓32,8%	13	7	20***	1070
2010	3632	↓ -50,1%	196	3436	↓91,3%	↓31,8%	↓90,7%	↓99,4%	↓54,2%	2	14	16***	721
2011	5441	↑ 49,8%	340	5101	↑73,5%	↓48,5%	↓86,1%	↓98,9%	↓32,0%	4	11	16***	
2012	3804	↓ -30,1%	173	3631	↓ -49,1%	↓ -28,8%	↓90,3%	↓99,5%	↓51,6%				

FUENTE: Elaboración propia a partir de los datos de:

* Organización Marítima Internacional.

** Antonio Baquero, «Unos 350 llegan al puerto de BCN en cinco años», El Periódico de Catalunya, 27 de Abril de 2008.

*** “Casi un centenar de polizones ha desembarcado en España desde 2008, la mitad de ellos menores” EUROPA PRESS, 17 Marzo 2013.

Ministerio del Interior, Balances de la lucha contra la inmigración ilegal (2008-2012).

Los polizones son uno de los agujeros negros del sistema español. Si bien, el Ministerio del Interior, proporciona datos exhaustivos sobre la entrada de inmigrantes irregulares llegados a España por medio de embarcaciones (Tabla I), no hace lo mismo con los casos de polizones que llegan a puertos españoles. De acuerdo, a los datos ofrecidos por la OMI¹⁸, el número de polizones a partir de 1999, año en que el número de polizones registrados alcanzó la cifra de 2253, descendió de forma pronunciada, esta disminución, puede ser atribuida, en buena parte, a las medidas de seguridad que en este período se instalaron en diferentes puertos. Sin embargo, en el año 2008, el número de casos registrados aumentó hasta asemejarse al de finales de los noventa, en este caso el incremento puede estar relacionado con el mayor número de inspecciones en las zonas portuarias o de intentos de paso.¹⁹

Dada la escasa información que nos ofrecen las instituciones gubernamentales²⁰, debemos acudir muchas veces a los medios de comunicación, para apreciar la magnitud de este fenómeno en las costas españolas. Los datos del 2005 a 2007 (tabla I), sólo se refieren a polizones registrados en el puerto de Barcelona²¹, y los del 2011-2012 si bien son datos proporcionados por el gobierno, resultan ridículos, si tenemos en cuenta que sólo en Melilla se registraron 133 polizones²². Esta tabla, pone de manifiesto, no sólo, la opacidad y falta de información oficial que envuelve a este fenómeno, muchas veces suplida, tal como he advertido, por los medios de comunicación y las asociaciones, que aún recogiendo una mínima parte de los casos que se producen, nos permiten cuantificar, aunque no exhaustivamente, el fenómeno; sino que también demuestra, la escasa colaboración del gobierno de España con la OMI, si tenemos en cuenta, por un lado, que esta Organización a través de la resolución A.871 (20), invitó a los Gobiernos miembros, a facilitarle mensualmente información sobre los casos de polizonaje que han tenido lugar en su territorio, y, por otro, que según los informes sobre casos de polizonaje elaborados por ésta, en 2005²³, España sólo notificó la

¹⁸ De los casos notificados a la OMI en el 2010, 5 se han producido en Vigo, España. REPORTS ON STOWAWAY INCIDENTS: *Annual statistics for the year 2010*. - IMO FAL.2/Circ.121 (January 2011). http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=30513&filename=121.pdf.

¹⁹ MIGREUROP: “En los confines de Europa: La externalización de los controles migratorios”. *Informe 2010-2011*. (2011): 1-126.

http://www.migreurop.org/IMG/pdf/En_los_confines_de_Europa_Migreurop_2011.pdf

²⁰ Las cifras del 2003 y 2004, se refieren a los casos registrados en España, según la Comisaría General de Extranjería y documentación, cifras que disminuyen notablemente en los posteriores años, de acuerdo a los datos que el gobierno proporcionó en 2013 a solicitud del CEAR.

²¹ Baquero, Antonio. «Unos 350 llegan al puerto de BCN en cinco años». *El Periódico de Catalunya*, 27/04/2008. 27/04/2008 <http://www.elperiodico.com/es/noticias/sociedad/20080427/unos-350-polizones-llegan-puerto-bcn-cinco-anos/51457.shtml>

²² “Las FCSE interceptan 133 polizones hasta ayer en la Operación Feriante”. *Periódico digital Sur.es*, 12/09/2012. 12/09/2012 <http://www.diariosur.es/v/20120912/melilla/fcse-interceptan-polizones-hasta-20120912.html>.

²³ FAL.2/Circ.91, “Reports on stowaway incidents Issued quarterly (July to September 2005)”, 30 September 2005. Ref.:T3/2.02.[Consulta Marzo 2013]

presencia de tres polizones argelinos en Ceuta, mientras que en el 2007²⁴ y en el 2010²⁵, no notificó la presencia de ninguno. Esta falta de comunicación por parte del Estado español a la OMI, sobre los casos de polizonaje en territorio español, también puede explicar las cifras del año 2003-2004 aportadas en “El periódico”²⁶, si tenemos en cuenta que los polizones contabilizados en esta publicación son más que los registrados en todo el mundo por la OMI.

http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=13079&filename=91.pdf.

²⁴ FAL.2/Circ.103, “Reports on stowaway incidents (January to April 2007))”, 24 April 2007. Ref.:T3/2.02. [Consulta Marzo 2013]

http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=18743&filename=103.pdf

²⁵ FAL.2/Circ.50/Rev.2. “Reports on stowaway incidents”, 29 November 2010. Ref. T3/2.01. [Consulta Marzo 2013] [http://www.imo.org/ourwork/facilitation/stowaways/documents/fal.2-circ.50-rev.2_-_reports_on_stowaway_incidents_\(secretariat\).pdf](http://www.imo.org/ourwork/facilitation/stowaways/documents/fal.2-circ.50-rev.2_-_reports_on_stowaway_incidents_(secretariat).pdf).

²⁶ Antonio Baquero. Unos 350 llegan al puerto de BCN en cinco años. El periódico.com [en línea].Abril, 2008. [Consulta Marzo 2013].

<http://www.elperiodico.com/es/noticias/sociedad/20080427/unos-350-polizones-llegan-puerto-bcn-cinco-anos/51457.shtml>. Fuente utilizada por Antonio Baquero: Comisaría General de Extranjería y Documentación.

ANÁLISIS DEL DERECHO APLICABLE A LAS SITUACIONES DE POLIZONAJE.

Son diversas las cuestiones relacionadas con la aplicación del derecho, que suscita la existencia de este fenómeno. Las situaciones que se nos pueden plantear, al encontrarnos con un polizón, necesitan un tratamiento especial, ya que no pueden ser resueltas de forma uniforme, porque son varios los actores, tanto públicos como privados los que intervienen, cada uno de ellos sometido a una regulación específica y difícil de armonizar. Ello nos lleva a examinar el régimen jurídico español y el marco jurídico internacional, a fin de verificar su tratamiento jurídico, que podemos intuir escaso o deficiente.

Tal como he expuesto en la primera parte de este trabajo, centraré mi análisis en el polizonaje marítimo, sin olvidar que no es la única vía de acceso, de estos inmigrantes clandestinos, al territorio español. Actualmente, este tráfico no es tan considerable, si lo comparamos con las entradas irregulares, pero lo cierto es que los peligros de estos viajes y su escasa regulación son muy alarmantes, de ahí mi interés por su estudio. Estructuraré este segundo capítulo en diversos bloques que buscan una aproximación al régimen jurídico actual: en primer lugar, examinare el tema de la ley aplicable, atendiendo a la competencia que poseen los Estados en los diferentes espacios marítimos. En segundo lugar, el control y vigilancia en el marco jurídico actual. A continuación e íntimamente relacionado con la cuestión anterior, la prevención del embarque clandestino, a través del examen de recomendaciones de los P&I, resoluciones de la OMI, Directivas y Decisiones de la UE y las últimas enmiendas al Convenio FAL. Finalmente, abordaré la cuestión de la responsabilidad de los diferentes actores que intervienen en este fenómeno.

II.1.La ley aplicable a la inmigración marítima clandestina.

II.1.1.El régimen de los diferentes espacios marítimos.

Cuando nos proponemos analizar la aplicación de una determinada ley dentro del ámbito marítimo, nos encontramos con que es esencial distinguir el reparto de los diferentes espacios marítimos a efectos del ejercicio de las competencias estatales y del consiguiente reparto de derechos y deberes de los Estados en cada uno de dichos espacios marítimos, esta es la preocupación principal del Derecho Internacional público.

Los mares y océanos son la principal vía de acceso de los polizones, por ello es importante que los Estados puedan tener un control sobre estos espacios. Ahora bien, debemos tener en cuenta que los Estados no tienen las mismas competencias en todos los espacios marítimos, situación que nos lleva a delimitar el poder que pueden ejercer los Estados sobre los espacios marítimos que se encuentran sujetos a su jurisdicción y sobre aquellos otros sustraídos del ejercicio de las competencias de los Estados. El Derecho Internacional otorga a los Estados, plena capacidad para ejercer competencias de control y vigilancia sobre sus fronteras marítimas²⁷, esto constituye una de las manifestaciones de la soberanía del Estado ribereño, y permite al Estado salvaguardar su seguridad, impedir la entrada ilegal de embarcaciones y hacer cumplir su legislación interna, entre otras, en materia de inmigración.²⁸ Esta soberanía, los Estados la ejercen no solo en sus aguas interiores y su mar territorial, en las que podrán realizar las intercepciones sobre aquellos buques que transportan personas y sobre los que hay dudas razonables de que se dirigen a tierra contraviniendo las leyes de extranjería y la normativa internacional. Sino, también, la zona contigua y, en determinadas situaciones y condiciones, la ZEE y en Alta Mar, donde podrá ejercer una policía marítima limitada. Además, cabe una aplicación extraterritorial de estos controles más allá de las fronteras marítimas del Estado ribereño, en virtud de acuerdos internacionales con terceros Estados, en especial aquellos de origen o tránsito de las personas migrantes²⁹.

El fundamento jurídico de todo ello, lo encontramos en una serie de textos internacionales de distinto alcance jurídico, a saber: *la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM)*, de 10 de diciembre de 1982; *el Protocolo de Palermo contra el tráfico ilícito*

²⁷ Podemos definir la *frontera marítima* como la línea de separación entre zonas marítimas de soberanía y/o de jurisdicción de dos o más Estados vecinos o no pertenecientes a ningún Estado y, por tanto, zonas internacionales. RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO.J. *Las competencias espaciales de los Estados: Los espacios marítimos*. Lecciones de Derecho Internacional Público. 4ta ed. Madrid: Tecnos, 1998. 458-492

²⁸ “La vigilancia de fronteras para las autoridades de la U.E. tiene por objetivo impedir el cruce no autorizado de las fronteras, luchar contra la delincuencia transfronteriza y detener a las personas que cruzan ilegalmente las fronteras o adoptar contra ellas otro tipo de medidas. La vigilancia de fronteras debe servir para impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones en los pasos fronterizos, o para disuadirlas de que lo intenten, y para detectar el cruce no autorizado de las fronteras exteriores”. Decisión 2010/252/UE del Consejo, de 26 de abril de 2010, por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DOUE L, núm.111, 04.05.2010, pp.20-26). <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:111:0020:0026:ES:PDF>>. [Consulta : Abril 2013]

²⁹ Vid. SOBRINO HEREDIA, JOSE MANUEL Y OANTA, GABRIELA ALEXANDRA: “Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos”. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N°14 (2010):759-788.

de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000; el *Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS)*, de 1 de noviembre de 1974; y el *Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos (SAR)*, de 27 de abril de 1979.

Este fenómeno, como he venido anticipando, puede implicar la aplicación de muy variadas legislaciones nacionales en un solo supuesto. Con lo cual es preciso que delimitemos la competencia del Estado en cada uno de los espacios marítimos, para poder determinar qué ley aplicaremos a nuestro caso.

II.1.1.1. Aguas interiores.

Según el art.2.1 CNUDM, en las aguas interiores³⁰ el Estado ribereño goza de soberanía como si se tratara de un territorio terrestre en la medida en que su condición natural lo permita. De ahí que la legislación interna del Estado costero en materia penal, de policía o de seguridad pública sea plenamente aplicable en estas aguas. De otra parte, el régimen de la navegación de buques extranjeros por las aguas interiores queda, en principio sometido a la legislación del Estado ribereño, el cual puede incluso fijar “las condiciones aplicables a la admisión de dichos buques en tales aguas” (art. 25.2 del Convenio de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua), pudiendo exigir su previa autorización³¹. Una vez en puerto, el buque queda sometido a la legislación del Estado ribereño durante su navegación y estancia por las aguas interiores. En el caso de buques mercantes, el Estado del puerto será competente para sancionar las infracciones penales cometidas a bordo de un buque cuando tales actos sean susceptibles de alterar el orden público o atentar contra la seguridad de ese Estado. En caso contrario, las infracciones penales cometidas a bordo del buque que afecten exclusivamente al orden interno de éste serán competencia del Capitán que podrá solicitar el auxilio de las autoridades del puerto.

³⁰ Las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial constituyen las aguas interiores (art. 8 CNUDM).

³¹ “En el ordenamiento jurídico español este concepto se incluye tanto en la Ley 20/1967, de 8 de abril, sobre extensión a 12 millas de las aguas jurisdiccionales españolas a efectos de pesca, como en la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial. La Ley 27/92, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante, establece que el acceso de los buques mercantes y a las aguas interiores y a los puertos españoles deberá hacerse de conformidad con las condiciones y respeto de las obligaciones establecidas en dicha ley (art. 8.5)”: SOBRINO HEREDIA, JOSÉ MANUEL Y OANTA, GABRIELA ALEXANDRA: “Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N°14 (2010):759-788.

Por tanto, podemos abordar aquí una primera situación: buque extranjero que se encuentra en aguas territoriales españolas, en este caso el Estado español tiene plena soberanía para aplicar su legislación, pero su competencia se encuentra limitada en el caso de buques mercantes, en cuanto a las infracciones que se hayan cometido a bordo, cuando tales no sean susceptibles de alterar el orden público³² o atentar contra la seguridad del Estado español. En este punto, es cuando debemos preguntarnos hasta qué punto la presencia de un polizón a bordo de un buque extranjero puede alterar el orden público o la seguridad de un Estado, ya que dependiendo de la respuesta que demos, la competencia será del Capitán o del Estado ribereño.

Si entendemos el polizonaje desde su vertiente humanitaria, debemos pensar que son situaciones que pueden llegar a alterar el orden público, desde el momento en que son susceptibles de violaciones de derechos humanos, y por tanto, el Estado español, tendría competencia para aplicar su legislación. En el ámbito jurídico español, este fenómeno se trata más bien desde una perspectiva sancionadora. El Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 Septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM)³³, contempla la figura del polizón dentro de los apartados del art.307.2, el cual define una serie de conductas, tanto del transportista, como del polizón, a las cuales califica como infracciones graves contra la seguridad marítima: por un lado contempla “la negativa del capitán a mantener a bordo un polizón hasta su entrega a las autoridades competentes o a las que éstas dispongan” (apartado e) y por otro, “el embarque clandestino a bordo de un buque español” (apartado g,), tales conductas están sancionadas con una multa de

³² Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. El TC en Sentencia 19/1985, de 5 marzo de 1985, entendió que “... *el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en la Constitución es un componente esencial del orden público*”. Por su parte, el TS en una sentencia del 2008, definió el orden público como “*el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico*”. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 19 de Junio de 2008. (Recurso 6358/2002)

³³ La Ley la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 24 de Noviembre de 1992, ahora derogada por este Real Decreto Legislativo, en su momento derogó la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, promulgada por Real Decreto el 7 de Noviembre de 1923, para la sustitución del una Ordenanza para las Matricula de Mar de 1802, y enmendada el 22 de diciembre de 1955, que en su día significó un gran avance para la modernización del sistema jurídico marítimo del Estado Español. Esta Ley Penal y Disciplinaria, tipificaba por la gravedad de las circunstancias del embarque clandestino el acto de polizonaje como delito (artículos 70 a 72, dentro de la sección tercera titulada “Polizonaje”, que se incluía dentro del Capítulo Sexto sobre “Delitos contra la propiedad”), y atribuía toda la responsabilidad al capitán, el cual podía llegar a cumplir una pena de prisión en aquellos casos en que se demostrara el consentimiento de éste en el embarque del polizón (art.72).Según esta Ley, el polizón debía ser entregado a la Autoridad de Marina con las diligencias instruidas a bordo para la comprobación del delito y justificación, en su caso de los gastos de manutención, si el buque llegaba a puerto español, y al Cónsul español, si el buque llegaba a un puerto extranjero, si no hubiera cónsul, el art. 71 de esta Ley decía que debía retenerse el polizón a bordo hasta llegar a un puerto donde haya este funcionario, para su entrega.

hasta 180.000€ (art.312.2.b)). A su vez, el texto nos recuerda en el art.311.3³⁴, la aplicación del principio non bis in idem, en aquellos casos en que la infracción sea constitutiva de delito. Como se puede observar, esta Ley contempla no sólo sanciones

Si bien es cierto que la particular situación a que da lugar la presencia de polizones embarcados clandestinamente a bordo de buques que atracan en puertos españoles ha sido objeto de diversas instrucciones adoptadas con el objetivo de garantizar que en todo el territorio español se dispense a estas personas de forma homogénea un tratamiento respetuoso con los derechos que la legislación les reconoce, no debemos dejar de referirnos a la aplicación de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/200, de 22 de Diciembre, por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre, por la LO 14/2003, de 29 de Noviembre de 200 y por la LO 2/2009, de 11 de Diciembre (LODYLE) y de su Reglamento de ejecución³⁵ (REDYLE), que son los instrumentos que actualmente se aplican a los polizones como personas extranjeras que llegan al territorio español, a pesar de que ninguno de estos instrumentos normativos está pensado para estas situaciones de clandestinidad, con lo cual es notable su falta de encaje para esta figura. Por tanto, aplicamos dicha normativa considerando al polizón como una persona que tras su embarque clandestino, pretende introducirse en el país de la misma manera, y su aplicación vendría dada no por el artículo 25 LODYLE que establece el marco general de los requisitos que los extranjeros deben cumplir para la entrada en el territorio español, desarrollada con profusión en la REDYLE, sino por el artículo 26.2 LODYLE, desarrollado por el artículo 15 REDYLE, que hacen referencia a la denegación de entrada cuando el extranjero no cumpla con los requisitos exigidos. No obstante, debemos tener en cuenta que estos requisitos exigidos por el artículo 25 no serán aplicables, en cumplimiento del Derecho Internacional, a los solicitantes de asilo, y tampoco cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos, por lo cual esta ley deja una puerta abierta para que algunos casos concurren ciertas circunstancias. Dicha ley no nos indica cual es el procedimiento a seguir ante una situación de polizonaje, pero sí lo hacen las diversas Instrucciones, Circulares y Oficios que desde el año 2004 y en desarrollo de la LODYLE, la Dirección General de Inmigración de forma conjunta con otros Órganos

³⁴ Este precepto establece que *“cuando la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, se dará traslado al Ministerio Fiscal, suspendiéndose el procedimiento sancionador mientras la Autoridad judicial no hubiera dictado sentencia firme o resolución que ponga fin al proceso. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa.*

De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración continuará el expediente sancionador, teniendo en cuenta, en su caso, los hechos declarados probados en la resolución del órgano judicial competente.”

³⁵ Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la LO 2/2009 fue aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de Abril. (BOE, núm.103, 30/04/2011, pp. 43821-44006).

superiores o Centros directivos y la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración han dictado, dirigidos a Delegados y Subdelegados del Gobierno. La entrada en vigor, del RODYLE, derogó muchas de estas circulares³⁶, en cambio muchas aún siguen vigentes, una de ellas son las Instrucciones conjuntas, de 28 de Noviembre de 2007, de la Dirección General de la Policía de la Guardia Civil, la Dirección General de Política Interior y la Dirección General de Inmigración, sobre tratamiento a los polizones (a partir de aquí, Instrucciones conjuntas de 2007) conforme a la normativa vigente. Estas Instrucciones conjuntas nos acercan a una verdadera regulación de este fenómeno, aunque no podemos dejar de destacar el valor jurídico de estos instrumentos. Las instrucciones³⁷ sólo son directrices para guiar el funcionamiento interno de los servicios, por eso no pueden considerarse verdaderas normas reglamentarias (STS 21 de Junio 2006). Ahora bien, no siendo auténticos reglamentos, el incumplimiento de dichas instrucciones por los funcionarios a los que van dirigidos no determina por sí la invalidez o actos administrativos que tales funcionarios dicten sin observarlas. Dicho lo cual, parece también claro que un incumplimiento singular e injustificado de las instrucciones recibidas puede ser alegado por el ciudadano que lo padece como una infracción del principio de igualdad, si se le ha dispensado un trato discriminatorio, o en su caso, del de seguridad jurídica o del de confianza legítima, por no haberse atendido la Administración a sus propios actos. Estas instrucciones sirven, a mi entender, para suplir la ausencia de regulación del polizonaje, principalmente en la LODYLE, que entiendo que tendría que ser la norma que lo contemplara.

Nuestro código penal aborda esta figura desde la perspectiva de aquellas personas que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos (art.318 bis CP), sin

³⁶ Sobre esta cuestión véase la Instrucción DGI/SGRJ/2/2011, de 28 de Junio de 2011, sobre la vigencia de Instrucciones, Circulares y Oficios elaborados por la Dirección General de Inmigración, a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma por la LO 2/2009, aprobada por el Real Decreto 557/2011.

³⁷ “Son reglas de servicio de contenido general que los titulares de los órganos administrativos pueden dirigir a sus inferiores jerárquicos para ordenar su actuación”. SANCHEZ MORÓN, MIGUEL: “El Reglamento”. *Derecho Administrativo, Parte General*. 7a ed. Madrid; Tecno, 2011.181-219.

“Estas Instrucciones no se publican en el Boletín Oficial, y permiten a las autoridades mantener un procedimiento al margen del derecho común. Porque aunque estos textos se presentan para establecer los criterios para el tratamiento uniforme de los polizones y responder en parte a las reformas de la reglamentación sobre extranjería o a las recomendaciones formuladas por el Defensor del Pueblo constituyen la plasmación del entorno sobre el que basar los derechos reconocidos en las leyes”. Vid. MIGREUROP: En los confines de Europa: “La externalización de los controles migratorios”. *Informe 2010-2011*. (2011): 1-126.

referirse al delito del polizonaje como tal. Sin embargo, encontramos que la Ley 209/1964, de 24 Diciembre, Ley Penal y Procesal de a Navegación aérea, que sí regula en su artículo 64, este delito, pero sólo se refiere a un tipo concreto de polizonaje, se refiere a aquel pasajero clandestino que viaja sin billete en una aeronave comercial. Este precepto, nos dice que el polizonaje podrá calificarse de delito *cuando el sujeto logre consumir esta conducta delictiva en suelo español, burlando las medidas de seguridad de acceso a las aeronaves, o si el polizón continua a bordo clandestinamente una vez recorrido el trayecto a que diera derecho el billete adquirido*, en estos casos de acuerdo al art.20 CP, aplicable en virtud del art.2 LPNA, deberá valorarse , en cada caso, si el polizón actuó bajo un estado de necesidad, puesto que entonces estaría exento de responsabilidad criminal. Pero nada impediría que esta actuación diera lugar a una sanción administrativa. El polizonaje también, ha sido calificado por parte de la doctrina, como un delito de estafa, dado que cumple con los elementos configuradores de este tipo penal previsto en el art.248 CP. Si calificáramos al polizonaje como delito de estafa sería posible castigar al polizón con una pena de prisión de 6 meses a tres años (art.249 CP)³⁸, pero para que se de este tipo penal de la estafa la cuantía de lo defraudado debe superar los 400€, en caso de ser inferior s esta cantidad, estaremos ante la falta del art. 623.4 CP.

La doctrina dominante ha negado el delito de estafa en los supuestos de polizonaje porque el autor, salvo en los casos en que finge ante quien le inspecciona ser poseedor del billete, no transmite información falsa, es decir, no engaña³⁹ o porque no se produce perjuicio patrimonial alguno. Sin embargo, en la posición contraria, la jurisprudencia ha mantenido, en alguna ocasión, que en los casos de polizonaje se comete delito de estafa. Así, por ejemplo, la STS de 15 de junio de 1981 observa que la acción "lleva consigo la omisión de no sacar el billete que exige el transporte de la persona y esta omisión implica un prevalimiento amparado en la facilidad que presenta la utilización del transporte burlando la vigilancia de la policía de ferrocarriles y da lugar al denominado en otras legislaciones delitos de polizonaje, que es tratado en nuestra jurisprudencia como infracción originadora de la estafa", "la utilización del transporte en el tren expreso significa un beneficio para el usuario y un perjuicio para el transportista". Entiendo que si bien la condición de polizón puede suponer un lucro cesante, que como valor económico, puede formar parte del patrimonio, no se puede sostener que en todos los casos sea delito de estafa. Podrá haber estafa cuando viaja sin billete, ocupando un

³⁸ "Para la fijación de la pena, el juez además de las reglas generales de individualización de la pena de los arts.66 y Ss. CP, deberá tener en cuenta otros aspectos, como: el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado por el perjudicado, las relaciones entre la víctima y el defraudado, los medios empleados por el defraudador, y cualesquiera otras circunstancias que sirvan para valorar la gravedad de la infracción". VÁZQUEZ GONZÁLEZ, CARLOS: "Delitos contra el Patrimonio (II). Defraudaciones", *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*. ALFONSO SERRANO GÓMEZ et al. Madrid: Dykinson, 2012.269-290.

³⁹ QUERALT JIMENEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*. 6a ed. Barcelona: Atelier, 2010.

lugar como pasajero, porque está simulando ser un pasajero, provoca la errónea creencia de tener derecho a la utilización del servicio (viaje en tren, avión, barco) pero no podemos hablar de estafa, cuando el polizón utiliza el servicio clandestinamente (así, en la bodega de carga, en un container, en el espacio destinado a contener el tren de aterrizaje recogido), aquí no se produce ningún error, ningún engaño, como señala Muñoz Conde⁴⁰, en todo caso, el servicio se presta, por lo que el sujeto no causa el acto de disposición sino que se aprovecha de él. Resulta curioso, que la normativa española, llegue a calificar como delito al polizonaje, cuando algunos instrumentos internacionales, no llegan siquiera a calificarlo de acto ilícito, así se refleja en la adopción por parte del Comité de Seguridad Marítima de la OMI, de un instrumento dirigido a establecer posibles “medidas para prevenir los actos ilícitos contra pasajeros y tripulantes a bordo de los buques”, como es el **Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima**, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005 (BOE núm. 170 de 14 de Julio de 2010). Este instrumento se refiere a actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, y en él no se habla del polizonaje, con lo cual podríamos entender que no entraría dentro de la categoría de acto ilícito.

España como Estado Miembro de la UE y Estado parte de diversos tratados de Derechos Humanos debe respetar las obligaciones que ha asumido. Encontramos en el ámbito de la Unión Europea, diversos instrumentos que regulan no tanto el tratamiento jurídico que se le debe dar al polizón una vez descubierto, sino las medidas de control y vigilancia necesarias para evitar que se produzca este fenómeno, es en el contexto del control de las fronteras exteriores, donde encontramos mayor regulación comunitaria, dado que el problema de los polizones es un tema de gran importancia debido a sus consecuencias humanitarias y económicas. No obstante, en virtud de las disposiciones del apartado 1 del artículo 5 del Reglamento (CE) no 2099/2002 del Parlamento y el Consejo de 5 de noviembre de 2002 por el que se crea el Comité de seguridad marítima y prevención de la contaminación por los buques (COSS) y se modifican los reglamentos relativos a la seguridad marítima y a la prevención de la contaminación por los buques, ”... con el fin de reducir los riesgos de conflicto entre la legislación marítima comunitaria y los instrumentos internacionales...”, los Estados miembros y la Comisión cooperarán, a través de reuniones de coordinación o cualquier otro medio adecuado, para definir, cuando proceda, una posición o un enfoque común en los foros internacionales competentes. Esta cooperación encuentra sin embargo sus límites, en la medida en que afecta a cuestiones que dependen de la justicia o los asuntos internos. Es por

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*. 8a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010

ello, que trataré la normativa comunitaria en el apartado dedicado a la “competencia en el control y vigilancia”.

II.1.1.2. Mar Territorial.

Una segunda situación, con la cual podemos encontrarnos, es que el polizón sea descubierto en el mar territorial⁴¹, donde el Estado ribereño también ejerce su soberanía, pero ya no es plena, sino que se encuentra limitada. El régimen jurídico sobre este espacio se traduce en un conjunto de derechos y deberes que afectan al Estado ribereño y a los terceros Estados. Respecto del primero, ello se concreta en la aplicación de su legislación interna sobre este espacio, y dentro de ella, la referida a los controles de frontera e inmigración, además de la facultad de sancionar las infracciones a su legislación. No obstante, esta soberanía la ejercerá de conformidad con el Derecho internacional, el cual le impone, la limitación del derecho de paso inocente⁴² en favor de los buques de todos los Estados, ribereños o sin litoral.

De esta forma, el art.19.2 CNUDM, establece una serie de supuestos⁴³ en los que el paso deja de ser inocente, esto sucederá en aquellos casos en que el embarco o desembarco viole las leyes y reglamentos fiscales, aduaneros, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño. En estos casos el art. 25.1 CNUDM, establece que el Estado ribereño podrá tomar todas las

⁴¹ Es una zona de mar adyacente al territorio, sobre la que el Estado costero ejerce soberanía de conformidad con el Derecho internacional. Según el art. 3 CNUDM: “*Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención*”.

⁴² “*El derecho de paso inocente, aparece consagrado en los arts. 17 y ss. de la CNUDM, donde se define, primeramente el paso propiamente dicho, que incluye la simple travesía por el mar territorial y la penetración en las aguas interiores y la salida de ellas, y se señala, después que debe ser rápido e ininterrumpido aunque se admite la detención y el fondeo justificado por ciertas causas. Luego la Convención especifica el significado de inocente que es aquel que no es perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño. La inocencia del paso no existirá, según el art. 19. 2 de la CNUDM, en los casos de cualquier embarco o desembarco que viole las leyes y reglamentos fiscales, aduaneros, de inmigración o sanitarios del Estados ribereño. Y en este caso, el Estado ribereño, podrá tomar todas las medidas necesarias para impedirlo de conformidad con el art. 25.1 de la CNUDM. Así, el paso que infringe las leyes de inmigración del Estado ribereño no será inocente y, este, podrá tomar todas las medidas necesarias para impedir la actividad de todo buque extranjero que las viole. De ahí que, las embarcaciones tipo patera o cayucos que no navegan bajo el pabellón de Estado alguno y que tienen por objeto desembarcar pasajeros en contravención de las leyes de inmigración del Estado ribereño no podrán beneficiarse del derecho de paso inocente. Teóricamente las autoridades del Estado ribereño podrían proceder a escoltar dicho buque a aguas internacionales, lo cual tendría consecuencias inaceptables desde el punto de vista humanitario y contravendría la obligación de preservar los derechos humanos fundamentales de aquellas personas debido a la situación de alto riesgo en la que navegan este tipo de embarcaciones. Otra posibilidad pasaría por proceder a la identificación y detención de sus ocupantes, muy especialmente de aquellos patronos responsables de ese tráfico de personas*”: Vid. SOBRINO HEREDIA, JOSÉ MANUEL Y OANTA, GABRIELA ALEXANDRA: “Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N°14 (2010): 759-788.

⁴³ Supuestos que no constituyen *numerus clausus* sino *apertus* porque el último de ellos se refiere a cualquier otra actividad que no estén directamente relacionada con el paso.

medidas necesarias para impedirlo. En este sentido, las embarcaciones tipo pateras o cayucos que navegan bajo el pabellón de algún estado y que tienen por objeto desembarcar pasajeros, no podrían beneficiarse del derecho de paso inocente, dado que se puede calificar como una situación que contraviene las leyes de inmigración del Estado ribereño, si tenemos en cuenta que el paso será inocente, siempre que no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño (art.19 CNUDM). El art. 27 de la Convención que se refiere al ejercicio de la jurisdicción penal, distingue tres situaciones en las que se puede encontrar el buque extranjero, atendiendo a cada una de ellas, la competencia del Estado ribereño será una u otra. La primera situación descrita en este precepto, es aquella que se da cuando se trata de un delito cometido a bordo del buque durante el paso, en este caso, de conformidad con la Convención, el Estado español, no podría ejercer esta jurisdicción para detener a ninguna persona o realizar ninguna investigación, salvo en ciertos supuestos, señalados expresamente por la norma. La segunda situación que se describe, es cuando el buque extranjero pasa por el mar territorial procedente de aguas interiores, en este caso, España podría tomar cualquier medida autorizada por sus leyes, para proceder a las detenciones e investigaciones a bordo del buque extranjero. Finalmente, se contempla la posibilidad de que el delito se haya cometido antes de que el buque haya entrado en el mar territorial, procedente de un puerto extranjero, sin penetrar en aguas interiores, en cuyo caso, España, no podría en principio realizar detenciones, ni diligencias. Estas reglas son aplicables a los buques destinados a fines comerciales, los buques de guerra y los buques sin fines comerciales, tienen un régimen diferente. En cuanto a la jurisdicción civil, el artículo 28 CNUDM, también destaca estas tres situaciones, estableciendo que el Estado ribereño no podrá detener ni desviar buques extranjeros que pasen por el mar territorial, para ejercer su jurisdicción civil sobre personas que se encuentran a bordo, pero si podrá tomar, de conformidad con sus leyes, medidas de ejecución y medidas cautelares en materia civil, si el buque extranjero se detiene en su mar territorial o pasa por él procedente de sus aguas interiores.

A medida que nos alejamos del territorio del Estado ribereño, la soberanía que este ejerce sobre su territorio se va difuminando, así sucede en los espacios marítimos denominados Zona Contigua y Zona Económica Exclusiva. En la zona contigua⁴⁴, el Estado ribereño no tiene soberanía, sino que podrá adoptar medidas de fiscalización necesarias para: prevenir las infracciones a sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios, que pudieren cometerse en su territorio o en su mar territorial. Y para sancionar las infracciones de

⁴⁴ Es una zona adyacente al mar territorial hasta las 24 millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO.J. *Las competencias espaciales de los Estados: Los espacios marítimos*. Lecciones de Derecho Internacional Público. 4a ed. Madrid: Tecnos, 1998. 458-492

estas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o mar territorial (art. 33 CNUDM). Por su parte en la Zona Económica Exclusiva⁴⁵, los Estados costeros en virtud de esta Convención tienen atribuidos unos derechos y unos deberes, que deberán ser ejercidos teniendo en cuenta, no sólo los derechos y deberes de los demás Estados, sino también las disposiciones de esta Convención. En concreto, todos los Estados sean ribereños o sin litoral, gozan de la libertad de navegación (art.58 CNUDM), aunque esta libertad de acuerdo a los artículos 88 a 115 (sobre el régimen de la alta mar), se podrá ver limitada en determinadas situaciones en las que la Convención permite al Estado ribereño realizar actividades de policía marítima. Pensemos en labores de prevención o represión del tráfico ilícito de estupefacientes, de personas, la lucha contra la piratería, etc. De hecho, son frecuentes las situaciones en las que embarcaciones que transportan inmigrantes irregulares son avistadas por alguno de estos buques de Estado en la zona económica exclusiva y objetivamente sus pasajeros se encuentran en peligro. En estos casos, igualmente, los Estados ribereños, podrán ejercer labores de control de fronteras relacionadas con la navegación por su ZEE.

II.1.1.3. Alta Mar.

Finalmente, una última situación posible en estos casos, es cuando el buque en el que se encuentra el polizón se encuentre en Alta Mar⁴⁶. En este espacio, todos los Estados sin excepción gozan de libertad de navegación (art. 87 CNUDM). Por tanto, todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, tienen el derecho de que los buques que enarbolan su pabellón naveguen en alta mar (art. 90 CNUDM). Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque (art. 91 CNUDM). La posesión de una nacionalidad es una garantía para los demás

⁴⁵ Es un área adyacente al mar territorial de 200 millas de extensión máxima en la que el Estado costero tiene derechos de soberanía para la exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos de las aguas, su lecho y su subsuelo, y para otras actividades orientadas al aprovechamiento económico de la zona. RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO.J. *Las competencias espaciales de los Estados: Los espacios marítimos*. Lecciones de Derecho Internacional Público. 4a ed. Madrid: Tecnos, 1998. 458-492

“España, en su Ley 15/78, de 20 de febrero de 1978 estableció la ZEE en las costas peninsulares e insulares, incluido el mar Cantábrico, facultándose al Gobierno para que proceda a su extensión en el mar Mediterráneo. En relación con este mar, mediante Real Decreto 1315/1997, de 1 de agosto, modificado por Real Decreto 431/2000, de 31 de marzo, España ha establecido una Zona de protección pesquera en el Mediterráneo de 37 millas medidas desde el límite exterior del mar territorial, o alcanza, en su caso, hasta la línea equidistante con los Estados ribereños vecinos”. SOBRINO HEREDIA, JOSÉ MANUEL Y OANTA, GABRIELA ALEXANDRA: “Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº14 (2010): 759-788.

⁴⁶ Es el conjunto de las aguas no incluidas la zona económica exclusiva, en el mar territorial, o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico (art. 86 CNUDM).

Estados de que los delitos o infracciones cometidas en alta mar por los tripulantes o pasajeros de un buque serán reprimidos. De este modo, respecto a la condición jurídica de estos buques que naveguen en Alta Mar, podemos decir que ellos estarán sometidos en principio a la *jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón que enarbolan* (art. 92). Pero si bien el principio de la sumisión de un buque en Alta Mar a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón que enarbola es la regla, ésta cuenta con varias excepciones. Estos casos de *excepción* a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, se refieren al supuesto del abordaje y a aquellos que se consideran como ejercicio de policía en Alta Mar: transporte de esclavos, piratería, transmisiones no autorizadas de radio o televisión y derecho de persecución.

Una de estas excepciones, la encontramos en el abordaje o cualquier otro incidente de la navegación que implique responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque. En estos casos, se puede iniciar un procedimiento penal o disciplinario, no sólo por las autoridades del Estado de pabellón sino también por las del Estado de nacionalidad de aquellas personas (art.97 CNUDM).

En caso de intercepción de un barco que transporta inmigrantes irregulares por un buque español, es posible que la eventual responsabilidad penal se pueda discutir ante nuestros tribunales, así lo entendió el TS en la sentencia 582/2007, de 21 de junio de 2007 que consideró competente a la justicia española para condenar a los patrones de un cayuco interceptado en aguas internacionales al sur de Gran Canaria por la realización de actividades ilegales conforme al Código penal español, concretamente, por organizar una actividad dirigida a penetrar clandestinamente en España (artículo 318 bis 1.º y 3.º del Código Penal). El TS, en esta sentencia interrelaciona el principio de territorialidad, conforme al cual, a cada Estado le corresponde conocer, en principio, de todos los hechos delictivos cometidos en su territorio (art.23.1 LOPJ y arts.14 y 15 LECrim), con otros principios que permiten perfilar la extensión y los límites de la jurisdicción española: “*a) el principio de la matrícula o pabellón, complementario del anterior en cuanto resulta su prolongación para embarcaciones y aeronaves; y b) el principio real o de protección de los intereses, que trata de amparar bienes jurídicos propios del Estado, con independencia del lugar en que se cometa el ataque*”. El Tribunal entendió que estos principios se basan en el interés nacional del bien jurídico protegido por el delito, bien se perpetre éste en el propio territorio, bien lo sea fuera de sus fronteras. Sobre la base de estos argumentos el Tribunal concluyó que “*si bien es verdad que en congruencia con su correlación con la soberanía, el principio de territorialidad es el criterio principal, este principio no es un principio absoluto, y existe consenso en la aceptación del criterio real o de protección de los intereses estatales y de nacionalidad;*

mientras que el principio de universalidad vendrá justificado en la medida en que se apoya en una legalidad internacional preexistente, de carácter convencional o consuetudinario". El Tribunal Supremo apoyó su fallo, en la lucha contra la delincuencia internacional y muy especialmente en las disposiciones recogidas en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire de 2002⁴⁷ (especialmente artículos 1, 7 y 8.7), en el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, así como en otras disposiciones complementarias de la Convención de Ginebra de 1958. A partir de esta interpretación del TS y de la finalidad de varias leyes, destinadas a combatir el tráfico ilegal o la inmigración clandestina, entre ellas la LO 13/2007, *de 19 de noviembre para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*⁴⁸, cabría preguntarnos, si dicha jurisdicción también podría ser ejercida en caso de polizonaje, teniendo en cuenta que no podemos equiparar la figura del polizón con la de víctima de trata o la inmigración clandestina, ya que éstas últimas carecen de aquellos elementos que caracterizan al polizón, que son la viajar de forma clandestina, esto es sin el consentimiento del transportista o tripulantes del barco y de la libertad ambulatoria, con lo cual el polizonaje, no podría estar incluido en ninguna de las excepciones que contempla la CNUDM, y por tanto, si un buque que se encuentra en Alta Mar, transporta un polizón, no será posible considerar que los tribunales españoles tengan jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de este hecho, sino que será que quien tendrá competencia para hacerlo será el Estado del pabellón que enarbole el buque.

Esto nos podría llevar a entender que el polizonaje puede traer aparejado otros problemas: el tráfico ilegal o inmigración clandestina y la trata de personas. Estos son delitos que el propio Código penal contempla, en sus arts. 318 bis y 177 bis CP, respectivamente. La figura de la trata de seres humanos, contemplada en el art. 177 bis CP, se incorpora en el Derecho español a través de una reforma al CP realizada en el año 2010, como consecuencia de una norma Europa: "Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de Julio d 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos". El bien jurídico que se protege en uno y en otro precepto es diferente, mientras que el art. 177 bis CP protege la libertad, dignidad e integridad física y moral de las personas, así como la salud, el art. 318 bis CP establece una protección doble: de un lado, el interés del Estado por el mantenimiento controlado del flujo migratorio, y de otro,

⁴⁷ Este Protocolo en su artículo 15.2 c), faculta a los Estados parte para que puedan establecer su jurisdicción respecto de estos delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina, aun cuando se cometan fuera de su territorio. Este sería el supuesto concreto de la patera o los cayucos interceptados antes de llegar a las costas españolas.

⁴⁸ Esta ley en su exposición de motivos, utiliza el mismo argumento que el TS para justificar la jurisdicción del Estado español en casos de delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina, aun cuando se cometan fuera de su territorio.

la salvaguarda de la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos de los inmigrantes. Por tanto, será condenado por este delito aquella persona *“que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la UE”*. Teniendo en cuenta la STS 9005/2001, de 20 de Diciembre, podemos decir, que si el capitán, el propietario del buque o cualquier otra persona responsable dentro del buque, oculta en el buque o en su carga a una persona, con ánimo de introducirlo en el territorio español, evadiendo los controles que la ley exige, podrá ser condenado por este delito. A pesar de que el art.318 bis CP mantiene un tratamiento, mientras el tráfico ilegal⁴⁹, equivale al comercio o aprovechamiento lucrativo de cualquier índole, la inmigración clandestina se orienta hacia la burla, de los controles legales de inmigración⁵⁰. Obviamente, uno y otro término constituyen un incumplimiento del art.25 LODYLE, ya que la finalidad de una y otro, no deja de ser, la de eludir el control efectivo y directo de las autoridades administrativas llevada a cabo en los puestos transfronterizos. En cuanto al art.177 bis, el capitán, el propietario del buque o cualquier otra persona responsable dentro del buque podría ser castigada por este delito si se demostrara que oculta a personas en el buque con la finalidad de que realice alguna de las actividades que el propio precepto menciona: imposición de trabajo o servicios forados, la esclavitud, la servidumbre, la mendicidad, la explotación sexual o la extracción de sus órganos corporales. Ahora bien, partiendo de la interpretación realizada sobre la diferencia entre los conceptos de polizón y de víctima de trata o inmigración clandestina debemos volver a preguntarnos si en estos casos, es correcto calificar de polizones, a estas personas que son víctima de trata o de inmigración clandestina, dado que esta persona carece de libertad ambulatoria, desde el momento en que su destino será el que el traficante decida y su comportamiento no es clandestino, dado que se ha embarcado con el consentimiento de éste, razón por la cual, ya no podríamos tratarlos como polizones, y su tratamiento jurídico debería ser el de inmigrante irregular o el de trata de seres humanos. Por tanto, desde el momento que no existe la voluntad de estas personas víctimas de estos delitos, de ocultarse en un buque con la intención de salir de su país para entrar en otro del cual no son nacionales, con el

⁴⁹ La jurisprudencia interpreta como tráfico ilegal cualquier movimiento de persona extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración. Por su parte el *Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000(Publicado en DOCE L, núm. 262, de 22 de Septiembre de 2006 y BOE, núm. 295, de 10 de Diciembre de 2003), en su art.3 define el tráfico ilícito de migrantes como *“la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”*.

⁵⁰ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, CARLOS: “Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros”, *Curso de Derecho Penal: Parte Especial*, ALFONSO SERRANO GÓMEZ et al. Madrid: Dykinson, 2012.423-447.

consentimiento del transportista, estamos ante la figura delictiva de trata de seres humanos, y no de polización.

II.1.1.4. Estrechos utilizados para la navegación.

Determinada, la legislación aplicable, en cada uno de estos espacios, es recomendable no dejar de mencionar el régimen jurídico de los estrechos utilizados por la navegación, dado que algunos de ellos, tienen un importante interés estratégico, como es el Estrecho de Gibraltar. Su régimen es el de paso en tránsito (art.38 CNUDM), según el cual todos los buques y aeronaves gozarán de este derecho de paso sin posibilidad de ser obstaculizado por los Estados ribereños, sin embargo, no es una libertad absoluta, ya que el art.39 impone determinadas obligaciones a los buques y aeronaves que lo ejercen. A pesar de esta obligación de no obstaculizar el paso de tránsito, el art.42 atribuye la posibilidad al Estado ribereño de dictar leyes y reglamentos a fin de regularlo, en materia aduanera, fiscal, de inmigración, sanitaria, así como en materia de seguridad de la navegación y reglamentación del tráfico marítimo. Finalmente, la eventual y excepcional limitación del paso en tránsito podría venir implícita en el ejercicio de la soberanía del Estado sobre el estrecho, especialmente cuando las actividades de buques tuvieran el efecto de poner en peligro la paz o seguridad del ribereño⁵¹.

II.1.2. Los Tratados Internacionales sobre Derecho Humanos

Llegados a este punto, no podemos dejar de hacer mención al papel que juegan en este contexto, los derechos humanos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales. El TEDH afirma expresamente el efecto extraterritorial de la Convención Europea de Derechos Humanos a bordo de buques⁵². Esto resulta como consecuencia directa del Art. 92 CNUDM. Esa norma define la llamada jurisdicción exclusiva de pabellón del Estado a la que están sometidos los buques. Aunque ésta no se pueda equiparar con la soberanía territorial, ella tiene como consecuencia una jurisdicción funcional ejercida por el estado sobre un buque, navegando bajo su pabellón. Por lo tanto, todo Estado ejercerá de manera efectiva su potestad jurisdiccional y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolan su pabellón. Esto incluye, en caso de un Estado de pabellón europeo también la Convención Europea de Derechos Humanos. En relación a todas las personas, que se

⁵¹ Vid. SOBRINO HEREDIA, JOSÉ MANUEL Y OANTA, GABRIELA ALEXANDRA: “Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº14 (2010): 759-788.

⁵² TEDH, *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, decisión del 12.12.2001, Appl. No. 52207/99, Reports of Judgments and decisions 2001-XII, Pág. 333.

encuentren a bordo de un buque, resultan obligaciones para la tripulación según el art.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Instrumentos de derechos humanos como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes del 10 de Diciembre de 1984 (CAT), en su art.3.1, o el Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos (PIDCP), en su art.7.1, establecen la prohibición para los Estados partes de expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro, esta prohibición se encuentra vigente en todo el territorio nacional, con lo cual de acuerdo al art. 3 CNUDM, esta prohibición también regiría dentro de la zona de 12 millas marinas. También el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), se refiere a esta prohibición, en este caso debemos relacionar su art.3 que se refiere a la prohibición de la tortura con el art.1 que nos recuerda que los Estados partes reconocen a todas las personas que estén bajo su jurisdicción, con lo cual, si un polizón es encontrado dentro de la zona de las 12 millas marinas, el Estado tiene la obligación de proteger a esta persona.

En este sentido, debemos hacer mención a la sentencia del caso *Amuur*⁵³. Aunque el objeto de esta sentencia era una zona ubicada en tierra firme, la soberanía se ejerce indiscutiblemente sobre todo el territorio estatal, por lo tanto, de acuerdo al Art. 2.1 CNUDM, también sobre el mar territorial. Por esto, no cabe duda que los principios establecidos en el caso *Amuur*, también tienen validez en la zona de las 12 millas marinas.

II.1.3. El control y la vigilancia del polizonaje en el marco jurídico actual.

La cantidad de personas que llegan a las costas españolas, en los últimos años, como uno de los principales destinos de las migraciones irregulares por vía marítima, hizo necesario que las acciones de control y vigilancia con el fin de prevenir o impedir los actos ilícitos se extendieran más allá de su mar territorial, esto ha llevado a establecer mecanismos de cooperación entre diferentes Estados, tendentes a contribuir a la seguridad de los espacios marítimos bajo su soberanía y jurisdicción⁵⁴.

⁵³ STEDH de 25 de Junio de 1996, *Amuur c. Francia*, nº 19776/92

⁵⁴ Este tipo de colaboración la apreciamos en el contexto de la UE. En los últimos años se han puesto en marcha diferentes operaciones conjuntas con el objetivo de reforzar las medidas de intercepción, tales como los *Programas HERA*, para prevenir la inmigración irregular por vía marítima desde Mauritania, Senegal y Cabo Verde, el *Programa Nautilus*, para frenar esta inmigración desde Libia a Malta o Italia, o el *Programa Poseidón*, con el objetivo de frenar la llegada de inmigrantes con destino a Grecia. Estas operaciones conjuntas consisten en la identificación de inmigrantes irregulares y la realización de

El Derecho Internacional, reconoce la plena soberanía de los Estados para establecer los sistemas de control, fiscalización y vigilancia sobre su frontera marítima para salvaguardar su seguridad, impedir la entrada ilegal de embarcaciones y hacer cumplir su legislación interna en materia de inmigración. Se trata por lo tanto de un principio general del Derecho Internacional del Mar. Este tipo de intercepciones podrán realizarse en colaboración con otros Estados, como

ocurre con el caso de España y los países de la Unión Europea. En efecto, desde la UE, se han dictado en los últimos años diversos instrumentos normativos encaminados a reforzar las medidas de intercepción.

La vigilancia de fronteras, es uno de los objetivos principales de la UE desde la implantación del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen⁵⁵, que tiene por objetivo impedir el cruce no autorizado de la fronteras, luchar contra la delincuencia transfronteriza y detener a las personas que cruzan ilegalmente las fronteras o adoptar contra ellas otro tipo de medidas. La vigilancia de fronteras busca impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones en los pasos fronterizos, o disuadirlas de que lo intenten, y para detectar el cruce no autorizado de las fronteras exteriores. No debemos olvidar, en los términos que señala la propia reglamentación jurídica, que *“el control fronterizo en las fronteras exteriores no redunda solo en beneficio del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se realiza, sino también del conjunto de los Estados miembros que han suprimido los controles en sus fronteras interiores”*⁵⁶.

Como ya he anunciado, los instrumentos comunitarios, no establecen un verdadero régimen jurídico del polizonaje, sino que más bien se interesan por el control de las fronteras, no sólo con el objetivo de evitar la entrada de inmigrantes irregulares, sino también con la finalidad de

patrullaje naval y aéreo por las costas de África occidental. Con el objetivo de mejorar esta cooperación en el Sur de las fronteras marítimas europeas, la Comisión Europea adoptó una comunicación. COM: “Examen de la creación de un sistema europeo de vigilancia de fronteras (Eurosir)”, COM (2008) 68 final, Bruselas, 13.02.2008. Que viene a desarrollar puntos contenidos en una precedente comunicación sobre “Refuerzo de la gestión de las fronteras marítimas meridionales de la UE”, COM (2006) 733 final, Bruselas, 30.11.2006. Hay que recordar, también que la UE está dotada de una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, FRONTEX [Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004 (DOCE, L 349, 25. 11. 2004)], que entre sus tareas, se encuentra la de asistir a los Estados miembros enfrentados a una situación que exige una asistencia operativa y técnica reforzada en sus fronteras exteriores.

⁵⁵ DOCE L, núm. 239, 22.9.2000, modificado en último lugar por el Reglamento (CE) nº 1160/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L, núm. 191, 22.7.2005).

⁵⁶ Considerando 5 del Reglamento 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 que modifica el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. (DOUE L, núm. 304, 22.11.2011, pp.1-17).

detectar y evitar el tráfico ilícito de migrantes, podemos citar entre otras: las Decisiones 2006/618/CE y 2006/619/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativas a la celebración del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada⁵⁷; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004⁵⁸, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2002/90/CE⁵⁹ del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares; la Decisión marco 2002/946/JAI⁶⁰ del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. o la Decisión del Consejo de 26 de Abril de 2010⁶¹, que recoge medidas que pueden aplicarse durante la operación de vigilancia contra buques u otras embarcaciones con respecto a las que se planteen sospechas razonables de que transportan personas que tratan de eludir los controles en los pasos fronterizos, a estos efectos, la Decisión diferencia si las medidas se adoptan en aguas territoriales y zona contigua (punto 2.5.1), en cuyo caso será necesario la previa autorización y de conformidad con las instrucciones del estado miembro anfitrión o, en su caso, en alta mar más allá de la zona continua (punto 2.5.2), en cuyo caso la autorización depende de si el pabellón del buque es de un Estado participante en la operación⁶².

Como veremos este control y vigilancia, en el tema de los polizones, está íntimamente vinculado con la prevención, es a través de la prevención que se realiza el control en buques y zonas portuarias, en definitiva no debemos olvidar que esta persona busca su objetivo en

⁵⁷ DO L, núm. 262, 22.9.2006. El objetivo de este Protocolo es prevenir y combatir la trata de personas, especialmente en lo relativo a las mujeres y niños, así como proteger y ayudar a las víctimas. Para alcanzar dichos objetivos, promueve la cooperación internacional.

⁵⁸ Diario Oficial L 261 de 6.8.2004.

⁵⁹ Diario Oficial L 328 de 5.12.2002.

⁶⁰ Diario Oficial L 328 de 5.12.2002.

⁶¹ DOUE L 111, 04.05.2010, p. 23. La Unión Europea quiso otorgarle a FRONTEX capacidad para actuar más allá de las aguas que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados miembros. Con este propósito, el Consejo aprobó la Decisión 2010/25239 como un instrumento que completa el Código de Fronteras Schengen en lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por FRONTEX. La citada Decisión constata la necesidad de establecer normas complementarias para las actividades de vigilancia fronteriza efectuadas por unidades marítimas o aéreas de un Estado miembro en la frontera marítima de otros Estados miembros en el contexto de la cooperación operativa coordinada por la Agencia. Uno de los objetivos era establecer una serie de directrices (no vinculantes) respecto de las situaciones de búsqueda y salvamento de las personas que se encuentran en peligro y de los supuestos de desembarco de personas interceptadas o rescatadas durante las operaciones coordinadas por FRONTEX (Anexo Parte II), a su vez, busca establecer una serie de medidas que se deben adoptar durante operaciones de vigilancia en alta mar

⁶² En el primer caso, la autorización corresponderá al Estado del pabellón. En el segundo caso, se solicitará confirmación de la matrícula al Estado del pabellón por los cauces oportunos y, si se confirma la nacionalidad, se solicitará al Estado de pabellón, conforme al Protocolo de Palermo.

tierra, es en los puertos donde empieza su hazaña, y por tanto, es aquí donde debe gestionarse y optimizarse el control.

II.1.3.1. La prevención del embarque clandestino.

Son diversos los instrumentos que se han adoptado para prevenir los casos de polizonaje, todos ellos alertan de la necesidad de tomar las precauciones razonables dirigidas a evitar su acceso a los buques y a las zonas portuarias, teniendo en cuenta siempre la dimensión de este problema, no sólo en lo relativo a la necesidad de mantener la seguridad operacional del buque y su tripulación, sino también al trato basado en principios humanitarios que se le debe dar a los casos de polizonaje.

II.1.3.1.1. Instrumentos jurídicos de la OMI.

La mayoría de medidas preventivas llamadas a evitar el embarque de polizones, las encontramos en la normativa de la OMI. Un primer instrumento es el *Convenio para la Facilitación del tráfico Marítimo (FAL)* del año 1965, enmendado en diversas ocasiones, es un tratado que tiene naturaleza cooperativa, cuyo objetivo es el de uniformizar y simplificar el tráfico marítimo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo VII 2) a) del Convenio, el Comité de Facilitación, adoptó el 10 de Enero de 2002, la resolución FAL.7(29), en virtud de la cual se enmendaba el Convenio, a fin de introducir en el Anexo del Convenio de Facilitación un nuevo capítulo 4 relativo a los polizones, que establecía normas y prácticas recomendadas para las cuestiones de polizonaje ("las disposiciones sobre polizonaje del Convenio de Facilitación"), y que entró en vigor el 1 de mayo de 2003. Este capítulo se estructura en cinco secciones, la sección B titulada "medidas preventivas", es la que se dedica a establecer las medidas preventivas que deben llevar a cabo, no sólo las autoridades portuarias y las autoridades públicas competentes (como pueden ser las autoridades policiales aduaneras o de inmigración) sino también los propietarios de buques, capitanes y toda persona responsable que trabaje en la zona portuaria. Las medidas que se mencionan en esta sección van encaminadas principalmente al control de accesos y patrullaje de las instalaciones portuarias y de los buques. Se establece el compromiso por parte de los gobiernos contratantes de garantizar todas las medidas de seguridad necesaria para evitar que las personas que intenten embarcarse clandestinamente a bordo de un buque tengan acceso a éste y a las instalaciones portuarias (norma 4.3.1.1), recomendado el propio Convenio, diferentes planes de seguridad para lograr este objetivo (por ejemplo: el patrullaje y la inspección periódica de las zonas portuarias), entendiéndose en todo caso, que la cooperación entre las

diferentes autoridades y las personas que trabajan en la zona portuaria es clave para evitar este fenómeno (norma 4.3.1.2). Son diversas las normas, que ponen de manifiesto el tratamiento humanitario que tiene este fenómeno, así, en esta misma sección, se prohíbe la utilización de métodos de búsqueda que puedan causar daños a los polizones ocultos (norma 4.3.2.2), como la fumigación o precinto de buques hasta que se haya efectuado la inspección de forma minuciosa de las zonas que deben ser fumigadas o precintadas, a fin de garantizar que no hay polizones en dichas zonas.

Otro instrumento importante de la OMI son las resoluciones, que si bien alguna de ellas carecen de fuerza vinculante, y por tanto, no son en sí mismas una obligación de cumplimiento para los Estados miembros de la OMI, sí que despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa, por cuanto proponen una conducta no obligatoria pero deseable, con lo cual son fuente de obligaciones jurídicas para los Estados miembros que estarían obligados a apreciar de buena fe la posibilidad de observar lo recomendado⁶³. La resolución mas reciente dictada por el Comité de Facilitación relativa a polizones es la Resolución FAL.11(37) titulada “*Directrices revisadas para la prevención de acceso por polizones y la asignación de responsabilidades para tratar de resolver con éxito los casos de polizonaje*”, aprobada el 9 de Septiembre de 2011. Esta resolución se dicta con el objetivo de revisar y armonizar las disposiciones dictadas hasta el momento sobre este fenómeno (Resolución A.1027(26) “Aplicación y revisión de las Directrices sobre la asignación de responsabilidad para tratar de resolver con éxito los casos de polizonaje (Resolución A.871(20))”, adoptada el 2 de Diciembre de 2009 y la resolución del Comité de Seguridad Marítima MSC.312 (88) sobre “Directrices revisadas para la prevención del acceso de los polizones y la asignación de responsabilidad para tratar de resolver con éxito los casos de polizonaje” adoptada el 2 de Diciembre de 2010), a fin de que se reflejen las novedades en el marco de los esfuerzos realizados por esta Organización, para prevenir el polizonaje y de proporcionar orientaciones y recomendaciones, para suplir la ausencia de un procedimiento internacionalmente acordado. En lo que se refiere a prevención esta resolución invoca como principio básico la cooperación y la adopción de medidas de seguridad en los mismos términos que lo hace el Anexo del Convenio FAL (2002), reconociendo que si dichas medidas de seguridad dirigidas a evitar que los polizones logren subir a bordo de un buque, no funcionan, se deben emplear otras medidas destinadas a detectarlos antes de que el buque zarpe del puerto o , a más tardar, antes de llegar al siguiente puerto, siempre intentando reducir el riesgo que puede suponer la presencia del

⁶³ MAZUELOS BELLIDO, ANGELEZ: “Softlaw: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N°8 (2004): 1-40. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1004415>.

polizón sobre todo para su vida, por ejemplo, cuando se esconde en un lugar que posteriormente se sella. Nuevamente podemos no sólo intuir, sino que en este caso se reconoce expresamente como principio básico, la importancia de los principios humanitarios en la resolución de los casos de polizonaje. Esta resolución dedica un apartado completo a las medidas de prevención, que reitera casi literalmente lo establecido en el Anexo del Convenio (2002) distinguiendo los diferentes sujetos que pueden intervenir en estos casos, y estipulando la obligación de cada uno de ellos, en lo que se refiere a la prevención. Esto demuestra el espíritu de esta resolución, que no es otro que el de consolidar en un único instrumento, toda la normativa dispersa.

Esta resolución complementa y amplía las disposiciones existentes de las medidas especiales para incrementar la protección marítima que figuran en el capítulo XI-2 del Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974, enmendado, y en el *Código internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (Código PBIP)*.

El Código PBIP⁶⁴, se desarrolla a partir del Capítulo XI-2 del Convenio Internacional para la Seguridad Humana en la Mar (SOLAS) el cual se enmienda para crear una serie de medidas destinadas a incrementar la seguridad marítima. Este código dedica varios apartados a la protección del buque, uno de ellos es el apartado 8 de la Parte B, que se refiere a la Evaluación de la protección del buque (EPB), en la cual se establece que el Oficial de la Compañía para la Protección del Marítima (OCPM)⁶⁵ debe garantizar que se lleva a cabo esta evaluación, la cual va dirigida a realizar un reconocimiento sobre el terreno de los aspectos de protección, que entre otros abarca el examen de todas las posibles amenazas a las principales actividades a bordo del buque y la probabilidad de que ocurran, a fin de establecer medidas de protección y ordenarlas por orden de prioridad, dentro de la lista de amenazas que menciona el punto 9 del apartado 8, se menciona el polizonaje. El Código PBIP, no aborda concretamente las medidas que se han de tener en cuenta respecto al acceso de polizones a bordo de un buque, sino que incluye al polizonaje dentro de la categoría de “acceso o uso no autorizado”, con lo cual aunque se tomen estas medidas, puede suceder que el acceso del polizón se produzca por medios que escapen a este control, por ejemplo, si se introduce en un contenedor cerrado, lo que no evitaría el acceso al buque de estas personas. A su vez, en su apartado 9, este Código, se refiere al Plan de protección del buque, en el cual establece diferentes niveles de protección

⁶⁴ BOE núm. 202 el 21 de Agosto de 2004, vigente desde 01 de Julio de 2004.

⁶⁵ Si bien el propio Código reconoce que no es necesario que esta tarea la desarrolle personalmente el OCPM, recuerda que éste será en última instancia el responsable de que dichas tareas se realicen adecuadamente (apartado 8.1 del Código)

(1, 2,3), en función del riesgo que se intenta evitar para proteger la seguridad marítima, y en todas ellas encontramos una referencia a medidas destinadas a la vigilancia para evitar el acceso no autorizado.

II.1.3.1.2. P&I Clubs.

Los clubes de P&I ⁶⁶, como asociación “mutual” destinada a cubrir los riesgos de la navegación marítima, se ha visto obligada a incorporar en sus reglamentos una cláusula específica de polizones, debido al creciente número de multas que se imponían a los transportistas. Estos clubes, han hecho de la prevención y resolución de incidencias relacionadas con la presencia de los polizones una parte de sus actividades normales, ofrecen a sus miembros: base de datos que contienen los perfiles de los polizones, mapas que muestran las “zonas de riesgo” de embarque de polizones, e incluso recomendaciones sobre prevención y resolución de incidentes relacionados con la presencia de polizones. Esto nos demuestra que la recomendación de medidas de prevención destinadas al acceso de los polizones al buque, no es un acto exclusivo de Organizaciones Internacionales, como la OMI o la UE, sino que también pueden provenir de organismos no gubernamentales, como los P&I Clubs .

II.1.3.1.3. Normativa comunitaria.

Con respecto a la producción normativa de la UE⁶⁷, sobre este tema, se ha de decir que son diversos los instrumentos comunitarios que se han dictado, todos ellos encaminados a la mejora de la protección de los buques y de las instalaciones portuarias.

Evitar el acceso no autorizado de personas a bordo es una responsabilidad compartida de la tripulación, bajo la autoridad del capitán y de la entidad que ejecuta la instalación portuaria cuando el barco está atracado allí. Estas responsabilidades están claramente definidas en el

⁶⁶ “*Los principales objetivos de estos Clubes, son los de proteger e indemnizar a los asociados frente a riesgos concretos y excepcionales que en principio, no encuentran cobertura en el seguro tradicional, o que de encontrarla, lo harían sólo mediante el pago de coberturas adicionales con primas en exceso elevadas*”. Vid. FRANCO ZÁRATE, JAVIER ANDRÉS: “Los clubes de protección e indemnización (P&I CLUBS) y su operación a la luz del derecho colombiano”, *Revist@ e- Mercatoria* 5.2 (2006):30-51.

Actualmente son trece los clubes que integran los P&I Clubs del Grupo Internacional, y son esencialmente de implantación europea: ocho son de gestión inglesa, dos noruegos, uno sueco, uno japonés y el más pequeño es un club norteamericano. Publicado en <http://www.igpandi.org/>, consultada en Junio de 2013.

⁶⁷ La UE, no es miembro de la OMI (si bien posee un estatuto de observador de la misma, porque ha celebrado diversos convenios de cooperación), mientras que los Estados Miembros de la Unión son miembros de pleno derecho.

Código PBIP de la Organización Marítima Internacional, que establece las medidas de seguridad necesarias para evitar el acceso no autorizado a las instalaciones portuarias y los buques. Estas normas internacionales se han incorporado a la legislación comunitaria mediante el Reglamento (CE) n ° 725/2004 de 31 de marzo de 2004, el cual, no sólo, sentó las bases para garantizar una interpretación y aplicación uniforme de las disposiciones de la OMI, sino que impone normas aún más estrictas de las estipuladas en las disposiciones⁶⁸. Otro instrumento relevante para este trabajo es el Reglamento (CE) n ° 562/2006, que establece el Código de fronteras Schengen⁶⁹, el cual obliga al capitán a notificar a las autoridades competentes, de ser posible, incluso antes de que el buque entre en el puerto, de la presencia de polizones a bordo, quienes, sin embargo, permanecen bajo la responsabilidad del capitán del buque. Los Estados miembros de la UE, están obligados a poner en marcha los controles necesarios en las instalaciones portuarias, a fin de evitar el embarco de polizones en los puertos de la UE, de modo que todas las personas que salgan de la zona Schengen están sometidos a controles fronterizos⁷⁰.

Toda esta normativa, pone de relieve que los casos de polizonaje, se pueden producirse, bien por negligencia de aquellas personas responsables de la vigilancia o bien por situaciones que escapan a todo tipo de control (cuando el polizón se introduce en un contenedor cerrado), ya que es diversa la normativa dirigida a la seguridad y protección del buque.

II.1.4.El régimen de responsabilidad.

Tanto los polizones como los transportistas pueden ser responsables civiles o penales, dependiendo de la gravedad de la conducta realizada por éstos. Son diversas las normas que contemplan este régimen de responsabilidad, por ello, en este apartado intentaré resumir las disposiciones tanto nacionales como internacionales que pueden ser aplicadas en la práctica.

⁶⁸ Regulation (EC) No 725/2004 of the Parliament and of the Council of 31 March 2004 on enhancing ship and port facility security, OJ L 129, 29.4.2004.

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:129:0006:0006:EN:PDF>

⁶⁹ Regulation (EC) No 562/2006 of the Parliament and of the Council of 15 March 2006 establishing a Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code), OJ L 105, 13.4.2006.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0001:0032:EN:PDF>

⁷⁰ El estudio de toda la normativa comunitaria al respecto, podría ser objeto de un único trabajo por ello aquí, sólo me limito a señalar aquellos instrumentos normativos que he creído más oportunos para la finalidad de este trabajo, que no es otra que la de aportar una visión global sobre la normativa vigente aplicable a los casos de polizonaje.

II.1.4.1. Polizones.

Las sanciones a las que se exponen los polizones, no son automáticas, sino que dependerán de las leyes nacionales del Estado que tenga la jurisdicción para conocer del caso. La práctica general demuestra que no se suelen aplicarse dichas sanciones, desde el momento que la solución que se termina adoptando es la devolución⁷¹ a su país de origen. Sin embargo países como Francia⁷², establecen penas privativas de la libertad y pecuniarias⁷³ a aquel que entre de forma fraudulenta en un barco con la intención de hacer una travesía de altura o de cabotaje internacional”. En España, sin embargo, el «polizón» no está sujeto a sanción penal, desde la adopción de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante de 1992 que, como he advertido, derogó el Código Penal y Disciplinario de la marina mercante, que sancionaba en su artículo 70 el delito de abordaje con una pena de prisión y una multa. Desde entonces, el TRLPEMM sólo define una serie de infracciones administrativas entre las que están “el embarque clandestino a bordo de un barco español”, prevista en el art.307.2.g) sancionable con una multa de hasta 180.000€, sin embargo esta disposición sólo castiga a los polizones que se encuentren en un barco español, nada dice de los barcos extranjeros. .

⁷¹ La devolución es una medida de alejamiento, contemplada en el art. 58.3 LODYLE. “La singularidad de esta medida, que la hace distanciarse de la expulsión y del regreso es que los supuestos de aplicación de la misma son tan especiales y concretos que por sí mismos justifican el recurso a un procedimiento extraordinariamente breve que asegure una ejecución inmediata, con las garantías mínimas indispensables, pero que en todo caso son menores que en el procedimiento de expulsión”. El precepto citado, prevé la aplicación de la medida de devolución a dos supuestos distintos: a) cuando entre ilegalmente en España en contravención de una prohibición de entrada derivada de una expulsión anterior; y, b) cuando pretenda entrar ilegalmente en el país. El polizonaje, entraría dentro del supuesto b), que “opera como un instrumento de control migratorio propiamente fronterizo o de entrada”. MOYA MALAPEIRA, DAVID y HERNANDEZ CALERO, DANIEL: “Los controles en frontera: Denegación de entrada, orden de regreso y devolución”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España: Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. DIEGO BOZA MARTINEZ, et al. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp.192-226. El TC en la sentencia nº 17/2013, de 31 de Enero, examinó la naturaleza de esta figura, y estableció que: “A diferencia de la expulsión, la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido.”

⁷² Francia es Estado Miembro de la OMI desde el año 1952, y Gobierno Contratante del Convenio FAL, desde el 29 de Noviembre de 1972 – “Status of multilateral Conventions and instruments in respect of which the International Maritime Organization or its Secretary-General performs depositary or other functions”, OMI, 4 June 2013, pp.1-522.

<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202013.pdf>

⁷³ El art L5531-15 del Código de Transportes, establece “una pena de prisión de 6 meses y una multa de hasta 3.750€ a aquel que entre de forma fraudulenta en un barco con la intención de hacer una travesía de altura o de cabotaje internacional”.

II.1.4.2. Las empresas de transporte y los transportistas.

Como he advertido, los transportistas también pueden ser objeto de sanciones, sobre todo de carácter pecuniario⁷⁴. El TRLPEMM penaliza a las compañías o en su defecto, al capitán del buque⁷⁵, por “la negativa del capitán a mantener a bordo un polizón hasta su entrega a las autoridades competentes o a las que éstas dispongan” (art.307.2.e) TRLPEMM)⁷⁶. También penaliza la falta de notificación a las autoridades competentes de la presencia a bordo del buque de polizones. Esta obligación por parte del capitán de informar a las autoridades públicas de la existencia de un polizón a bordo del buque, ya se encuentra prevista en las instrucciones dadas en el IV capítulo sobre el Tratamiento de los polizones del Anexo 2 del Convenio FAL⁷⁷, que establecen que tal información debe ser comunicada inmediatamente a las autoridades del puerto de escala más próximo (Norma 4.6.1 Convenio FAL). Esta norma reconocida en el Convenio, puede llegar a tener excepciones en las leyes y práctica de los Estados partes. En España, las Instrucciones conjuntas de 2007, obligan al capitán, “ante la llegada de un buque mercante a un puerto español con extranjeros a bordo que hayan embarcado o sido embarcados clandestinamente (polizones), o entrada en aguas jurisdiccionales españolas de dicho buque con intención de hacer escala en puerto escala en un puerto español”, a informar, con carácter urgente y antelación suficiente, a las autoridades encargadas del control de fronteras de la presencia de los citados polizones (Instrucción

⁷⁴ Tanto el Anexo 2 del Convenio FAL, como la resolución FAL.11 (37), establecen que en los casos de los denominados polizones frustrados, no se le impondrá al propietario del buque cargo alguno para cubrir los gastos de detención o traslado ni le será impuesta sanción alguna.

⁷⁵El art. 310.2.b) TRLPEMM, regula la responsabilidad de las infracciones en Materia civil y establece que en las infracciones cometidas con ocasión de la navegación marítima de buques mercantes, la empresa naviera titular de la actividad o, en su defecto, el capitán del buque.

⁷⁶ El Anteproyecto de la Ley General de navegación, aprobado el 2 de Noviembre de 2012, intenta mejorar el régimen vigente de los polizones, y por ello no sólo regula esta figura en su art.11, sino que refuerza la responsabilidad de los capitanes de buque, tanto para impedir su connivencia en el embarque, como para que se les proporcione un trato digno.

⁷⁷ En virtud de este Convenio, se aprobó la *Directiva 2002/6/CE, de 18 de febrero de 2002 sobre las formalidades de información para los buques que lleguen a los puertos de los Estados miembros de la Comunidad* (DO L 67 de 9.3.2002) que imponía a los Estados miembros la aceptación de determinados formularios normalizados (formularios FAL), de conformidad con el Convenio FAL. Esta Directiva fue derogada por la *Directiva 2010/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, sobre las formalidades informativas exigibles a los buques a su llegada o salida de los puertos de los Estados miembros*, cuyo objetivo fundamental es la simplificación de las formalidades relativas a la información exigidas por la normativa comunitaria europea y por la de los propios Estados miembros. Todo ello sin imponer nuevas obligaciones de información a los buques que no estuvieran ya obligados en virtud de la normativa aplicable de dichos Estados. Esta última Directiva fue incorporada al ordenamiento jurídico español mediante el *Real Decreto 1334/2012, de 21 de septiembre, sobre las formalidades informativas exigibles a los buques mercantes que lleguen a los puertos españoles o que salgan de éstos* (BOE núm. 229, de 22 de septiembre de 2012).

segunda). Es necesario destacar, que la Resolución FAL.11 (37)⁷⁸ emitida por la OMI, hace hincapié en “la cooperación entre todas las partes interesadas”, para prevenir los casos de polizonaje; y resolverlos rápidamente garantizando la pronta devolución o repatriación del polizón (Norma1.1) y obliga al Estado del primer puerto de escala después de haberse descubierto al polizón, de considerar la “posibilidad de reducir las sumas a pagar que podrían imponerse , si los propietarios del buque han colaborado con las autoridades supervisoras de manera satisfactoria a juicio de estas en la adopción de medidas encaminadas a evitar el transporte de polizones; o en los casos en que el capitán haya declarado debidamente la presencia de un polizón a las autoridades competentes del puerto de llegada y haya demostrado que se habían adoptado todas las medidas preventivas razonables para evitar el acceso del polizón al buque”(Norma 5.3.7)⁷⁹.

Si bien los transportistas, a través de esta colaboración, pueden reducir o prevenir el riesgo económico de las sanciones pecuniarias, no pueden liberarse de otros gastos que las normas, tanto internacionales como nacionales, imponen al capitán y propietario del buque. Estos gastos, no son sólo los derivados de la presencia de polizones extranjeros, ya sea en el buque o los causados por su desembarco (alojamiento, manutención, asistencia jurídica y de intérprete, etc.), sino también los que se originen por el retorno a su país de origen (salvo en el supuesto de solicitantes de asilo cuyas peticiones sean admitidas a trámite)⁸⁰ y los generados por el mantenimiento del buque en el puerto durante el tiempo del procedimiento incoado a raíz del descubrimiento de un polizón (alquiler del muelle, retrasos en las entregas y pérdida comercial en caso de que el buque tenga carga para transportar)⁸¹. Estas sumas impuestas a los transportistas, pueden llegar a ser tan elevadas que, tal como he indicado, las compañías de seguros de responsabilidad civil (P&I Clubs) han construido la figura del polizón, como un riesgo contra el cual éstas deben protegerse⁸². Son las reglas de los P&I Clubs las que recogen

⁷⁸ Esta Resolución, aprobada el 9 de Septiembre de 2011, revisa las Directrices sobre la prevención del acceso de polizones y la asignación de responsabilidades para tratar de resolver con éxito los casos de polizonaje, en concreto revisa la disposiciones de las resoluciones A.1027 (26) y MSC.312 (88).

⁷⁹ El TRLPEMM, prevé esta posibilidad en el art.312.5, cuando establece: “*La cuantía de la multa fijada de conformidad con las reglas establecidas en los números anteriores podrá condonarse parcialmente mediante acuerdo del órgano competente para su imposición, y siempre que el infractor hubiera procedido a corregir la situación creada por la comisión de la infracción, previo requerimiento y en el plazo que reglamentariamente se determine*”. Esta posibilidad de atenuar las cargas, también se recoge en el anexo al Convenio FAL (2002), en forma de práctica recomendada (4.15.4).

⁸⁰ Instrucción Decima de las Instrucciones conjuntas, de 28 de Noviembre de 2007, de la Dirección General de la Policía de la Guardia Civil, la Dirección General de Política Interior y la Dirección General de Inmigración, sobre tratamiento de polizones extranjeros

⁸¹ Vid. MIGREUROP: “En los confines de Europa: La externalización de los controles migratorios”. *Informe 2010-2011*. (2011): 1-126

⁸² A partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1616/2011, de 14 de Noviembre, los propietarios de los buques civiles están obligados a contratar un seguro de responsabilidad civil que cubra las reclamaciones de derecho marítimo previstas en el Convenio 1996 sobre limitación de responsabilidad

explícitamente la cobertura de los gastos generados los casos de polizonaje⁸³, en el caso de United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association (Bermuda) Limited, UK Europe Rules 2013, recoge en la Rule 2 dedicada a los riesgos cubiertos, los casos en los que se abonaran dichos gastos. Los casos de polizonaje están contemplados en la Sección 7 y 8. En la Sección 7 se especifica las causas por las que se abonarán los gastos generados por desvíos de la ruta, y entre otras causas menciona el “desembarque de polizones o refugiados o con el propósito de salvar vidas en la mar”. La Sección 8, por su parte, está dedicada específicamente a los casos de polizones y refugiados, y establece que se cubrirán *“los gastos... en que haya incurrido el propietario del buque en el cumplimiento de sus obligaciones según las normas internacionales y los derechos humanos con respecto a polizones o refugiados, pero sólo si y en la medida en que el propietario sea responsable legalmente de los gastos o que se incurren con la aprobación y el acuerdo de la administración”*⁸⁴. Con lo cual, se exige al asegurado una conducta negligente ante estos casos, actuar de acuerdo a las normas internacionales y en adecuación de los derechos humanos, la falta o defecto de esta actuación, podría dar lugar a la exoneración o reducción de la responsabilidad del Club frente a la indemnización de su asociado. La póliza de P&I puede cubrir el casco del barco o su carga, a partir del valor que se haya asegurado, hasta un límite fijado en la propia póliza, en el caso de los clubes americanos⁸⁵ y como complemento a este seguro, se establece la posibilidad de contratar otras coberturas como puede ser: remolque, multas, riesgos de contaminación o polizonaje. Si bien es cierto, que los costes causados por los polizones estarán cubiertos por este seguro, no se puede dejar de tener en cuenta, que esto supondrá un encarecimiento de los

por créditos marítimos, esta obligación se aplica tanto a los buques españoles, como a los extranjeros que se encuentren en el mar territorial o en puertos españoles, a condición que tengan un arqueado bruto igual o superior a 300 toneladas. La exposición de motivos de este Real Decreto indica que esta norma es el desarrollo reglamentario del art.254 TRLPEMM, que impone la obligación del seguro de responsabilidad civil. SIERRA NOGUERO, ELISEO: “El seguro obligatorio de responsabilidad civil del propietario del buque (*Real Decreto 1616/2011*)”. Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados, nº152. (2012): 343-386.

⁸³ Véase al respecto, los Libros de Reglas (Rules Book) de los P&I Clubs: *Gard P&I* (The Rules for Ships 2013, Part II, Chapter I, rule 32); *The Britannia Steam ship Insurance Association* (The Rules book, Chapter III, rule 19(5)); *West of England ship owners Mutual Insurance Association* (The Rules book 2013, Part I, rule 2 – Risk covered (6); *The London P&I Clubs* (Rules 2013-2014, Rule 9.9); *North of England P&I Association limited* (The Rules book, Section 3, Rule 19.5).

⁸⁴ DÍEZ FERNANDEZ, ALEJANDRO: “Tratamiento Jurídico del Polizonaje”. Escuela Superior de la Marina Civil, Universidad de Oviedo, (2008).

⁸⁵ Los clubes de protección e indemnidad ingleses no emiten una póliza de seguros, a diferencia de como lo hacen las compañías aseguradoras ordinarias o el club norteamericano. En los clubes ingleses es suficiente el “*certificate of entry*” y la inscripción en el libro de ingreso del club, esto se debe a que la responsabilidad del club no está limitada a una determinada suma, lo cual significa que la garantía que ofrecen los clubes ingleses son mayores en comparación con las garantías del club norteamericano, los cuales a través de la emisión de la póliza, no solo fijan de modo claro las responsabilidades que puede contraer el club con sus miembros, sino que también el límite de la indemnización. La no limitación de las cantidades aseguradas en la póliza, es una de las características más importantes del seguro ofrecido por los clubes ingleses y que los diferencia del resto de seguros.

fletes, dado que esta cobertura supone, no sólo el pago de una elevada fianza, sino también el aumento de las primas para la flota.

Junto a estas sanciones pecuniarias, el TRLPEMM, contempla como medida sancionadora, la posibilidad de declarar la suspensión del título profesional por un periodo no superior a 1 año, en los supuestos de infracción grave cometida por el capitán o el patrón del buque, el práctico de servicio o demás miembros de la dotación (art.312.10) y medidas de carácter no sancionadora, como pueden ser la revocación de la licencia o denegación de escala, salida, carga o descarga de buques, las cuales de acuerdo al art.313 pueden ser complementarias a la sanción.

En el ámbito de la navegación aérea, al art. 64 LNA, como ya he mencionado, regula sólo un tipo de polizonaje, concretamente a aquel que viaja a bordo de una aeronave de forma clandestina sin pagar un billete, pero no dice nada, sobre aquel sujeto que con el mismo fin, se introduce en un lugar no destinado al transporte de pasajeros (así, en la bodega de carga o en el espacio destinado a contener el tren de aterrizaje recogido). Si hablamos de responsabilidades en caso de accidente, en el primer caso la responsabilidad de la compañía será la misma que si el pasajero viaja con billete, ya que esa responsabilidad no depende de si el transporte es o no a título oneroso, sino que pretende garantizar la seguridad del viajero, y si alguien pudo viajar como si tuviera billete para hacerlo, es porque han fallado los controles de seguridad de la compañía. En cambio, no existirá ningún tipo de responsabilidad en el segundo caso, porque es la propia negligencia el polizón la que le pone en peligro de sufrir un daño al viajar en espacios no habilitados para el pasaje, y por ello peligrosos en sí mismo. A este respecto, el art.20 del Convenio de Montreal⁸⁶, establece como causa de exoneración del transportista el hecho de que la víctima se haya causado el daño.

Finalmente, encontramos también, en la Ley de Extranjería (LODYLE) y en su Reglamento de ejecución (REDYLE), referencias a la responsabilidad del transportista. El art.66 LODYLE, desarrollado por los arts.16 a 18 REDYLE, establece una serie de obligaciones a los transportistas, ya sean marítimos, terrestres o aéreos, que en caso de ser incumplidas, pueden

⁸⁶ Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal, 28 de Mayo de 1999 (.BOE, núm. 122, 20/05/2004). En cuanto a la responsabilidad civil en la navegación aérea, también encontramos el Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, firmado en Roma el 7 de Octubre de 1952, pero en nuestro caso, no es aplicable, en primer lugar porque no podemos equiparar la figura del polizón con un sujeto perjudicado en la superficie por los daños causados por una aeronave desde el momento que consigue introducirse en la misma (art.24), y en segundo lugar, porque la razón de los daños han sido irrogados por su culpa, al ubicarse en una zona no autorizada para las personas, como sería el caso de introducirse en el espacio destinado a contener el tren de aterrizaje recogido (art.6).

dar lugar a una fuerte sanción, en virtud de su calificación como infracción muy grave por el art. 54.2 LODYLE. El REDYLE, agrupa estas obligaciones reconocidas en el art. 66 LODYLE, en tres categorías: la primera de ellas, se refiere a las “obligaciones de control”, en las que se atribuye, tanto a la empresa de transporte como a sus empleados la responsabilidad, de controlar la validez y vigencia de los documentos exigidos a los extranjeros con destino o tránsito al territorio español⁸⁷, la segunda categoría, “obligaciones de remisión de información”, exige a las compañías de transporte la remisión de toda la información relativa a los pasajeros antes de la salida del medio de transporte y la relativa al número de billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros que previamente hubiesen transportado al Estado Español. Finalmente, la última de las categorías “obligaciones en caso de denegación de entrada”, obliga al transportista a hacerse cargo del extranjero que hubiese trasladado hasta la frontera, cuando a éste se le hubiera denegado la entrada por deficiencias en la documentación necesaria para el cruce de fronteras, debiendo garantizar al mismo unas condiciones de vida adecuada mientras permanezca a su cargo.

El incumplimiento de estas disposiciones, tal como he adelantado, conlleva a incurrir en infracciones tipificadas como muy graves (art.54.2 LODYLE), la sanción de las cuales, de acuerdo al art.55.1.c) puede ir desde los 10.001 hasta los 100.000 euros, excepto en la infracción recogida en el art.54.2b) que se refiere a la falta de comprobación, por parte de los sujetos responsables del transporte, de la validez y vigencia de los documentos exigidos para el cruce de fronteras, en la que la ley impone una multa de 5.000 a 10.000 euros, por cada pasajero transportado o con un mínimo de 750.000 euros a tanto alzado, con independencia del número de viajeros transportados, y en la infracción a la obligación de remitir toda la información relativa a los pasajeros antes de la salida del medio de transporte (art.66.1 LODYLE), en la que la multa prevista es de 10.001 hasta 100.000 euros por cada viaje realizado sin haber comunicado los datos de las personas transportadas o habiéndolos comunicado incorrectamente. Así mismo, cuando se siga un expediente sancionador por alguna de las infracciones previstas en el art.54.2.b y c LODYLE, y los transportistas infrinjan la obligación de hacerse cargo del extranjero transportado ilegalmente, la autoridad gubernativa podrá acordar, de acuerdo a lo establecido en el art.251.2 REDYLE, las siguientes medidas cautelares: la suspensión temporal de las actividades del transportista, que no podrá exceder de seis meses, la prestación de fianza o avales, en atención al número de afectados y

⁸⁷ Si tenemos en cuenta, que la función que esta norma exige, es una función de policía, cabría preguntarnos, si no resulta excesiva la carga que se les atribuye a las empresas de transporte y a sus empleados, dado que debería ser una responsabilidad única y exclusiva de las fuerzas y Seguridad del Estado, de acuerdo a las competencias que la propia CE le atribuye a éstos.

el perjuicio ocasionado o la inmovilización del medio de transporte, utilizado hasta el cumplimiento de la obligación referida. Por su parte, el art.15 REDYLE, que se refiere a la denegación de entrada, establece en su apartado 5º al igual que los instrumentos analizados hasta ahora⁸⁸, la obligación del transportista o de la compañía, de asumir todos los gastos de mantenimiento que pueda ocasionar el extranjero durante el tiempo que permanezca detenido en las instalaciones del puesto fronterizo, así como los gastos que se deriven del transporte para su regreso al Estado a partir del cual haya sido transportado, al que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado o a cualquier otro donde esté garantizada su admisión. Sin embargo, el transportista no deberá cumplir con esta obligación, en aquellos casos en que el extranjero presentes u solicitud de asilo y ésta le sea admitida a trámite (art. 54.3 LODYLE).

A diferencia de la normativa que he analizado en este capítulo, la cual va dirigida exclusivamente a la responsabilidad de los transportistas derivada de los casos de polizonaje, la responsabilidad prevista en la LODYLE y REDYLE, se aplica también frente a la resta de casos de inmigrantes irregulares.

La característica común en todos los instrumentos que regulan la responsabilidad en casos de polizonaje, es que las sanciones que se prevén son de carácter pecuniario, contemplándose la privación de la libertad, como sanción, sólo en la ley de navegación aérea, o en los casos de trata de seres humanos o inmigración clandestina (arts.177 bis y 318 bis, respectivamente), si entendemos que las víctimas de estos delitos pueden ser tratadas como polizones.

⁸⁸ La *Convención Internacional sobre el polizonaje de 1957*, que por falta de ratificaciones nunca entro en vigor, en su art.4 contempla la obligación del naviero, de sufragar todos los costes de mantenimiento del polizón en el puerto de desembarque, así como los de su devolución, sin perjuicio del derecho de repetición contra el Estado del que es nacional el polizón. En todos los demás casos, el naviero debe sufragar los gastos de repatriación, pero una vez el polizón se haya entregado a las autoridades, no está obligado a pagar gastos que excedan de un periodo de tres meses.

PROBLEMAS Y SOLUCIONES EN EL TRATAMIENTO DEL POLIZONAJE: INTERVENCIÓN VS PROTECCIÓN

Con la intención de establecer un verdadero régimen internacional para hacer frente a los problemas de los polizones, se dictó en 1957, la *Convención Internacional sobre el polizonaje*, la cual nunca entro en vigor por falta de ratificaciones, a pesar de ello, sus disposiciones han sido y son consideradas como guía.

III.1. Aproximación al concepto de polizón.

Expuesto los problemas que plantea el polizonaje y analizada la legislación actual sobre este fenómeno, es conveniente, distinguir diversas figuras, que suelen utilizarse como sinónimos pero que guardan una diferencia sustancial, como son las figuras del *inmigrante irregular*, del *boat people* y del *polizón*. Podemos decir, que se tratan de diferentes categorías de inmigrantes, separadas por una fina línea, que suele difuminarse ante determinadas situaciones, que no son susceptibles de encasillar en ninguna categoría, porque tiene características de varias, por ejemplo aquel que se esconde en un contenedor con el consentimiento de algún tripulante del barco.

Ciertos autores, sostienen que un peligro adicional al que se ven sometidos los polizones de mar, a diferencia del inmigrante irregular, es que los polizones, se embarcan clandestinamente sin pasaporte o documento que acredite su identidad y nacionalidad, porque los destruyen previamente⁸⁹. Pero creo que esta situación también es predicable del irregular, por tanto, entiendo que no es un elemento que nos ayude a delimitar estas dos figuras. Personalmente no creo que el carecer de documentos sea una característica que los defina.

Podemos definir, al inmigrante irregular, como aquel que entran al territorio español desprovisto de la documentación que exigen los arts.25 LODYLE y 4 REDYLE, es decir, aquella persona que no cumple con los requisitos exigidos por la ley de un Estado. En cambio, el polizón, de acuerdo con el Convenio FAL, es aquel que se embarca clandestinamente en un buque. Aquí empieza nuestra travesía por el lenguaje jurídico, ya que esta definición sólo podemos aplicarla a aquellas situaciones que se dan por mar, quedándonos vacía de contenido

⁸⁹ BRIGADIER (RETD.) B.A.H.PARRITT CBE: *“Stowaways by sea”*. Third Edition. England: The Nautical Institute, 2001.

las situaciones que se producen por tierra y por aire, ¿irregular o polizón? Es indudable que puede la figura de polizón puede aplicarse a cualquier vehículo de transporte en el que se introduzca aquél de un modo clandestino, esto nos lleva a buscar algún punto de conexión entre estas diferentes clases de polizón, que nos permita obtener un concepto unificado de esta figura. Creo que este punto, lo encontramos en la clandestinidad, que es aquel rasgo que lo diferencia del inmigrante ilegal, pero que lo asemeja al *boat people*, porque las personas que llegan en cayucos o pateras, también entran de forma clandestina, pero podríamos decir que a diferencia del polizón, su destino queda sometido a las autoridades del territorio en el cual es interceptado, en cambio el polizón quedará sometido a diferentes regímenes, por ejemplo, en el caso de los polizones de mar, quedará sometido a las normas marítimas internacionales, en primer término. Actualmente, según la normativa la situación de esta persona quedará a merced del capitán, máximo responsable dentro del buque. Es decir, cuando un polizón marítimo es interceptado su libertad dependerá del capitán o de la bandera del buque.

Por tanto, la clandestinidad y la desposesión de libertad ambulatoria, son elementos que nos permiten distinguir el polizonaje del resto de figuras afines. Ahora bien, una primera definición de polizón, en base al análisis realizado, sería decir, que el polizón es *aquella persona, que de forma clandestina viaja por cualquier medio de transporte con la intención de salir de un territorio del cual es nacional para ingresar en un territorio del cual no es nacional, a la que se detecta durante el trayecto o una vez éste ha finalizado*. De esta manera las características para describir a un polizón, serían: a) viajar de forma clandestina, es decir, sin el *consentimiento* del transportista, b) ser detectado durante el trayecto del viaje o una vez éste haya finalizado, si es detectado antes de que el viaje comience estaríamos dentro de la figura que el Convenio FAL define como polizón frustrado⁹⁰, c) tener la intención de ingresar en el territorio de un Estado del cual no es nacional.

Tal vez, hemos logrado una definición, pero siempre nos quedarán situaciones fuera de este marco conceptual, porque: ¿Qué sucederá si el polizón logra su propósito, es decir, viaja clandestinamente, no es detectado durante el viaje, pero es descubierto en las cercanías del recinto donde el viaje finalizó? ¿Trataremos a esta persona como polizón o como un inmigrante ilegal?, es decir, siempre quedarán zonas grises, en las que deberemos intentar solucionar el problema con las herramientas que el sistema nos ofrece.

⁹⁰ “Persona oculta en un buque, o en la carga, que posteriormente se embarca en el buque, sin el consentimiento del propietario del buque o del capitán o de cualquier otra persona responsable, y a la que se detecta a bordo antes de que el buque salga de puerto”. Vid. RESOLUCIÓN FAL.7(29) aprobada el 10 de enero de 2002- ENMIENDAS de 2002 al anexo del Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional, 1965, en su forma enmendada, Londres, 9 de abril de 1965

III.2.Intervención.

III.2.1.El procedimiento previsto en España.

Definida la figura del polizón, es necesario, a partir de la normativa actual, establecer cuál es la el procedimiento que siguen las autoridades españolas competentes ante un caso de polizonaje. Para un correcto análisis, distinguiré dos situaciones posibles, y a partir de cada una de éstas, la práctica actual que se lleva a cabo.

La primera situación que nos podemos encontrar es que este polizón sea descubierto antes de que el buque zarpe del puerto de origen o en aguas internacionales (figura del polizón frustrado). En este caso el Estado del puerto de embarco deberá capturarlo y detener para su enjuiciamiento y/o cuando proceda, a las autoridades de inmigración para su examen y posible traslado fuera del país, cuando no sea nacional de ese Estado. Es decir, la jurisdicción corresponderá al Estado del puerto de embarco, y son sus leyes las que se deberán aplicar, para solucionar esta situación.

La segunda situación, es que el polizón sea descubierto durante el viaje (en ruta). Cuando el polizón sea descubierto fuera de aguas territoriales del Estado en el que haya embarcado, en principio deberá ser tratado de acuerdo a las leyes del Estado de pabellón del buque, ya que es el pabellón de la nave el que determina la jurisdicción en la materia. Sin embargo, la normativa vigente establece que el capitán no puede desviarse de la travesía prevista para tratar de desembarcarlo, a menos que las autoridades públicas del Estado a cuyo puerto vaya a desviarse el buque haya dado permiso para que desembarque, o se haya organizado la repatriación en otro lugar contando con documentación suficiente y con un permiso de desembarco, o a menos que haya razones imperiosas de seguridad, protección, salud o compasión. Con lo cual, como el buque no puede regresar a su país de origen, el polizón permanecerá a bordo del buque, hasta su llegada del Estado del primer puerto de escala previsto con arreglo al plan de viaje, y serán las leyes del país de escala las que se deberán aplicar. Durante este tiempo, el capitán tiene la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la protección, estado general de salud, bienestar y seguridad del polizón hasta su desembarco⁹¹.

⁹¹ Vid. *Convención Internacional sobre el polizonaje de 1957*, en su art.2 prevé que salvo que el polizón tenga una orden de deportación o prohibición de entrada por las autoridades del Estado contratante, debe ser entregado, por el capitán del buque, al primer puerto de un Estado contratante en el que haga escala.

Cuando el buque mercante llega a un puerto español o entra en aguas jurisdiccionales españolas con intención de hacer escala en un puerto español, las Instrucciones conjuntas de 2007, establecen que el capitán deberá, con carácter urgente y antelación suficiente, mediante una declaración firmada, informar a las autoridades encargadas del control de fronteras de la presencia de éste. Una vez atracado el buque, accederán a él funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía adscritos a la Comisaría Provincial o Local correspondiente que tenga competencia en materia de extranjería y documentación, acompañados de intérprete cuando estos polizones no comprenden o hablan la lengua española. Tan pronto como el polizón manifieste su intención de solicitar la entrada en territorio español, pudiendo producirse una situación de denegación de entrada, medida de devolución o expulsión, se le facilitará la asistencia jurídica, en su caso gratuita, según lo establecido en el art.22 LODYLE, así como la Ley 1/1996, de 10 de Enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, realizándose la entrevista conforme al modelo que se acompaña en el Anexo II de estas Instrucciones, recibiendo el polizón el debido asesoramiento. Sobre la base de dicha entrevista, la Comisaría Provincial o Local en el plazo máximo de 24 horas desde el ataque del buque, elevará un informe al Subdelegado o Delegado del Gobierno, en el que se valoraran las condiciones de habitabilidad y salubridad de las dependencias en que se encuentre el polizón, así como cualquier otra información que se refiera a su situación⁹². El Subdelegado del Gobierno valorará este informe y adoptará la medida urgente de desembarco, cuando entienda que existe vulneración de la prohibición de someter a personas a tratos inhumanos o degradantes, en caso contrario, los polizones deberán permanecer en el buque bajo la responsabilidad del capitán, salvo que la casa consignataria del buque proponga su repatriación al país de origen, la cual deberá ser autorizada por la Subdelegación del Gobierno, previo informe de la Comisaría General de Extranjería y Documentación, siendo sufragados estos gastos por la casa consignataria y el armador. La repatriación a su país de origen, también se contempla en

⁹² Tanto, el Anexo 2 del Convenio FAL, como la Resolución FAL.11 (37), establecen que una vez descubierto el polizón, el capitán debe llevar a cabo una entrevista con él para determinar su identidad, nacionalidad, dirección, razones del viaje, lugar y fecha del embarque y cómo han subido a bordo del buque, en algunos casos, son otros miembros de la tripulación los que realizan el interrogatorio. El capitán debe preparar una declaración, que contenga toda la información disponible del polizón para su presentación a las autoridades competentes (autoridades del puerto de origen, cuando se ha descubierto el polizón antes de zarpar, al Estado de abanderamiento o al primer puerto en que se haga escala, si se ha sabido de su presencia una vez el buque ya está en ruta) y al propietario del buque, a tal efecto, la normativa marítima internacional, ya establece cuál es el impreso de notificación que se debe cumplimentar. Este cuestionario también será enviado al Club P&I, que es quien cubrirá todos los gastos que el polizón genere. Se debe tener en cuenta que, cuando un polizón se declare refugiado, la información debería tratarse con carácter confidencial en la medida necesaria para salvaguardar la seguridad del polizón. En aquellos casos en que el extranjero, se niegue a dar su identidad e incluso su nacionalidad, la empresa de transporte deberá hacerse cargo de su manutención hasta que sea posible obtener la información necesaria para poder decidir sobre su expulsión, en cuyo caso, el polizón deberá permanecer en el buque, hasta que se aclare su situación.

aquellos casos en que el polizón haya sido desembarcados por las condiciones del buque y cuando se le ha inadmitido a trámite su petición de asilo.

Sobre la repatriación, las Resoluciones FAL establecen que el Estado cuya nacionalidad, ciudadanía o residencia pareciera o declarara tener el polizón, tiene la obligación de hacer todo lo posible para ayudar a determinar su identidad y establecer su nacionalidad, ciudadanía o permiso de residencia y para proporcionarle los documentos pertinentes, una vez que el Estado de desembarque haya comprobado que posee la nacionalidad, ciudadanía o permiso que ha declarado. Establecida la nacionalidad, ciudadanía o residencia, deberá aceptar la devolución del polizón.⁹³ Cuando el polizón hubiera embarcado en un puerto del Estado donde es nacional, ciudadano o residente, este Estado estará igualmente obligado a aceptar su devolución, en aquellos casos que las autoridades competentes del Estado de desembarco, hubieran inadmitido el desembarco del polizón y hubieran de modo satisfactorio determinado el puerto de embarco.⁹⁴ Por tanto, la autoridad del Estado de desembarque puede devolver al polizón a cualquier Estado de los que considere que es nacional y es admitido como tal por el Estado. La responsabilidad del Estado de pabellón del buque, en cuanto a la repatriación, se limita a la ayudar al capitán o propietario del buque o a las autoridades competentes del puerto de desembarco a tomar las medidas necesarias para que ésta se pueda llevar a cabo.⁹⁵ Durante la repatriación, los Estados de tránsito tienen la obligación de permitir con sujeción a los requisitos normales de visado y a reserva de las inquietudes que suscite en materia de seguridad nacional, el tránsito por sus puertos y aeropuertos de los polizones que viajen en virtud de las instrucciones de traslado expedidas por el Estado del puerto de desembarco.⁹⁶ La previsión de estas normas, pone de manifiesto el uso como guía de la Convención Internacional sobre polizonaje de 1957, ya que prevé en su art.4, las mismas responsabilidades establecidas en estas Resoluciones.

En este punto, sería conveniente, hacer mención a la función consular en materia de polizonaje. Si bien, no existe una norma internacional (como tampoco nacional) que se refiera a la competencia consular respecto a los polizones, lo cierto es que en virtud del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 Abril de 1963, podemos entender que ante el

⁹³ Véase la Resolución FAL.11 (37), norma 5.6 y Resolución FAL.7 (29), norma 4.11, respecto al Estado de la nacionalidad o derecho de residencia.

⁹⁴ Véase la Resolución FAL. 11(37), norma 5.5 y Resolución FAL.7 (29), norma 4.12, respecto al Estado de embarco.

⁹⁵ Véase la Resolución FAL. 11(37), norma 5.7 y Resolución FAL.7 (29), norma 4.13, respecto al Estado de abanderamiento.

⁹⁶ Véase la Resolución FAL. 11 (37), norma 5.8 y Resolución FAL.7 (29), norma 4.14, respecto a los Estados de tránsito durante el proceso de repatriación

descubrimiento de un polizón en un buque extranjero, deberá intervenir no sólo el Cónsul del Estado del cual es nacional el polizón⁹⁷, sino también el del Estado de pabellón del buque⁹⁸.

Finalmente, es necesario referirse al procedimiento que deben llevar las autoridades, en aquellos casos que los polizones que lleguen a puertos españoles, sean menores no acompañados. La precisión de la minoría de edad constituye un elemento importante para la concreción de la normativa aplicable. En este sentido el art.35 LODYLE⁹⁹, establece que la minoría del extranjero debe ser establecida “en el plazo más breve”, en orden a la adopción de las medidas de protección dispensadas por nuestro sistema normativo y a su puesta a disposición de los servicios de protección de menores competentes. Su tratamiento por la normativa española de extranjería, parte de la adopción de soluciones duraderas y centradas en la prevención de la migración en origen, dentro de las cuales, el retorno asistido y la reintegración del menor en el país de origen constituyen una opción prioritaria por parte del legislador español. La opción por su permanencia en España es subsidiaria y sólo se plantea cuando la reagrupación familiar del menor o la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores del país del que procede no sea posible¹⁰⁰.

III.3. Las garantías del polizón.

A pesar de que resulta bastante claro el procedimiento que se ha de seguir en los casos de polizonaje, la práctica ha demostrado diversos problemas en cuanto a su cumplimiento.

⁹⁷ El Convenio de Viena Sobre Relaciones Consulares, de 24 de Abril de 1963, en su art.5 (Funciones Consulares), apartado e), establece: “*prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas*”.

⁹⁸ Vid. Convenio de Viena, art.5.1): “*prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado k) de este artículo y, también, a sus tripulaciones; recibir declaración sobre el viaje de esos buques, encaminar y refrendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las facultades de las autoridades del Estado receptor, efectuar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán, los oficiales, los marineros, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía*”.

⁹⁹ El art.189 REDYLE nos da la definición del término “menores extranjeros no acompañados”: “*...extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación.*”

¹⁰⁰ ASIN CABRERA, M^a ASUNCIÓN, “La residencia y protección de los menores no acompañados”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España: Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. DIEGO BOZA MARTINEZ, et al. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp.307-320.

III.3.1. La solicitud de asilo.

Uno de ellos es en cuanto a la solicitud de asilo. De acuerdo a las Instrucciones conjuntas de 2007, el polizón cuando es entrevistado puede manifestar su intención de solicitar asilo¹⁰¹. Esta entrevista sobre su situación, es realizada por los funcionarios policiales que acceden en un primer momento al buque para conocer de sus intenciones, y se lleva a cabo conforme al modelo que se acompaña en el Anexo I de las mencionadas Instrucciones. El Defensor del Pueblo¹⁰² y otras organizaciones no gubernamentales, como CEAR, han puesto de manifiesto en diversos informes la evidente falta de concreción que existe en las preguntas tasadas que prevé este modelo, el cual prevé preguntas dirigidas a saber el estado de salud y el trato que recibe el polizón, dando por finalizada la entrevista con una pregunta capciosa “desea decir algo más”. Es en ese momento en el que el polizón, sin asistencia jurídica de ningún tipo, y habitualmente desconocedor de los derechos que puede ejercer y de las consecuencias jurídicas de sus palabras, debe manifestar si desea entrar en España o por algún motivo demanda la protección del Estado español. La práctica ha puesto de manifiesto, que cuando la voluntad del polizón de entrar en España o solicitar asilo no ha sido expresada en términos taxativos, la autoridad gubernativa en muchos casos no ha entendido que tal voluntad exista, y por tanto no ha procedido a procurar al polizón la debida asistencia letrada.

Por su parte, el punto séptimo de las Instrucciones, aborda de manera detallada cómo se ha de proceder en los casos en que el polizón solicite asilo. La solicitud se considerara presentada en puesto fronterizo y se tramitará de conformidad con lo dispuesto, según las Instrucciones con la Ley 5/1984, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de Mayo¹⁰³ y por su Reglamento de aplicación, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de Febrero. En este caso si el plazo de tramitación, incluido el reexamen, es inferior al tiempo que el buque tiene previsto permanecer en puertos españoles, “*el polizón permanecerá en el buque bajo la responsabilidad del capitán*”¹⁰⁴. En cambio, si la salida prevista del buque es inferior al plazo para la tramitación, el polizón será

¹⁰¹ Las Instrucciones conjuntas de 2007, aluden a la forma en que se ha de proceder cuando se formule una solicitud de asilo, en sus instrucciones tercera, sexta y séptima.

¹⁰² DEFENSOR DEL PUEBLO: “Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España”. *Informes, estudios y Documentos* (2005): 1-451.

¹⁰³ Esta Ley ha quedado derogada por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. (BOE, núm.263,31/10/2009,pp.90860-90884)

¹⁰⁴ Siempre que no proceda el deber de la Administración de desembarcar en cualquier momento al polizón si se aprecia un trato inhumano o degradante o se produce un deterioro de su situación médica.

desembarcado y alojado en las dependencias que se hayan habilitado en el puesto transfronterizo a tal efecto, hasta que se decida sobre la admisión a trámite de la solicitud¹⁰⁵.

Otra cuestión problemática en cuanto a la solicitud de asilo, es la referente a la motivación de las resoluciones de inadmisión a trámite. La mayor parte de las resoluciones de inadmisión a trámite se basaban en no haberse alegado causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado (art. 21.2.a) de la Ley de asilo) y a la inverosimilitud, falsedad o imprecisión de las alegaciones y datos aportados (art.21.2.b) de la Ley de asilo). El problema de estas resoluciones es que muchas de ellas carecen de una justificación que permita inferir de forma razonable los elementos y apreciaciones que se han tenido en cuenta para la inadmisión a trámite acordada. En aplicación de la anterior Ley 9/1994, los órganos jurisdiccionales han constatado en diversas sentencias el error de apreciación en que ha incurrido la Administración sobre la admisibilidad de la solicitud¹⁰⁶. A esta motivación deficiente, se suma como problema añadido el plazo tan breve que la Ley de asilo en su art.21.4, otorga al interesado para recurrir esta resolución de inadmisión (dos días, contados desde su notificación), que podría suponer, no sólo una falta de garantías, sino también una en el ejercicio pleno de un derecho legalmente reconocido.

III.3.2. El derecho a la asistencia jurídica y de intérprete.

Un segundo problema, es el relativo al derecho a la asistencia jurídica en el procedimiento de entrada en el territorio español a los polizones. Según la interpretación literal de las Instrucciones conjuntas de 2007, el derecho de los polizones a la asistencia jurídica gratuita queda condicionada a dos casos: cuando de manera expresa, manifieste, su intención de entrar en el territorio español o de pedir la protección internacional (asilo y refugio) al Estado español, en el momento de ser entrevistado por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Teniendo en cuenta, que el modelo de formulario que deben utilizar los funcionarios policiales, ni siquiera contempla una pregunta directa sobre la voluntad del polizón de entrar

¹⁰⁵ La Instrucción señala que si el puesto fronterizo careciese de estas dependencias se le asignará residencia obligatoria. Debemos tener en cuenta, que los preceptos a los cuales se refiere la Instrucción, en cuanto a la Ley de asilo, han quedado derogados, y por tanto, a partir del 31 de Octubre de 2009, los casos de polizones solicitantes de asilo deberán ser resueltos de acuerdo a Ley 12/2009.

¹⁰⁶ En la sentencia de 23 de Junio de 2006, referida a la denegación de una solicitud de asilo, el Tribunal Supremo estableció que para la mera admisión a trámite de la solicitud, basta, por lo que se refiere a los requisitos de fondo, que “*se describa una persecución (art. 5.6.b) y que la solicitud no se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual no fundamenten una necesidad de protección*”. Por tanto, este Tribunal entendió que cabe la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo “*respecto a solicitudes tan manifiestamente infundadas que no merezca un examen en profundidad*” (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Recurso de casación nº 1965/2003).

en territorio español o de acogerse a algún tipo de protección internacional y, la poca oportunidad del entrevistado de expresar su verdadera voluntad, se puede entender que dichas Instrucciones vacían de contenido el derecho reconocido en el art.22.1 LODYLE, en relación con el art.24 CE y vulneran el principio de jerarquía normativa, al restringir un derecho contemplado en una Ley Orgánica¹⁰⁷.

Instituciones como el Defensor del Pueblo u organizaciones no gubernamentales como el CEAR, han manifestado en diversos informes, las graves irregularidades que se producen habitualmente en los puertos donde sistemáticamente se niega el derecho a los polizones, no sólo a la asistencia letrada, sino también a la asistencia médica, humanitaria y de intérprete. El Defensor del Pueblo en su informe de 2005¹⁰⁸, exigió la asistencia jurídica a los polizones desde la primera entrevista con la policía, entendiendo que las preguntas que se les realizan en esta primera entrevista carecen de concreción, y que por tanto resulta necesaria la asistencia letrada, no sólo para ayudar a éstos a “expresar su voluntad ante las autoridades españolas”, sino también para que puedan ser informados de sus derechos, los cuales generalmente desconocen, especialmente del derecho a la protección internacional. Sin embargo, esta recomendación fue ignorada en las Instrucciones conjuntas de 2007, las cuales no la recogieron en sus propios términos, a los efectos de garantizar la plena aplicación del derecho a la asistencia gratuita en los casos amparados por la legislación de extranjería, así como a los de favorecer que los polizones extranjeros puedan precisar en mayor medida sus circunstancias y su voluntad a las autoridades españolas, para lo que se solicitó la presencia de letrado en la primera entrevista al polizón.

A pesar de ello, la jurisprudencia, a través de diversas sentencias, no sólo ha alertado de este problema, sino que ha exigido hacer efectivo este derecho. A modo de ejemplo, se puede citar la STSJ de Galicia de 25 de Mayo de 2011, en donde el Tribunal, entendió que siendo la devolución de los polizones un procedimiento materialmente administrativo, “*que coloca a los afectados en una especie de hecho de su retorno*”, la negación del derecho de asistencia jurídica gratuita “*provoca una situación de indefensión real al cerrarles el acceso a la vía*

¹⁰⁷ También se podría entender vulnerado y vacío de contenido, el art.2. e) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, el cual reconoce este derecho a los ciudadanos extranjeros, no sólo en los procedimientos de asilo, sino también en todos los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español: “...*tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita (...)*e) “*En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo.*”

¹⁰⁸ Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO: “Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España”. *Informes, estudios y Documentos (2005):* 1-451.

judicial”¹⁰⁹. A su vez, en esta misma sentencia, el Tribunal reconoció la ineffectividad del contenido del formulario utilizado en la primera entrevista con el polizón por los funcionarios policiales¹¹⁰. En este mismo sentido pero en el ámbito de la denegación del derecho de asilo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de Octubre de 2008 (Recurso Nº 113572005), determinó que *“la deficiente información de derechos que se hizo al interesado, y más concretamente la falta de información sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un Abogado de oficio (sobre lo cual el impreso que la Administración utiliza es claramente defectuoso), derivó en una situación real y efectiva de indefensión para él, con trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas que culminaron en la resolución impugnada”,* entendiendo en este caso, que *“la falta de asistencia letrada en el momento de articular la solicitud de asilo bien pudo determinar que el relato entonces expuesto no fuera todo lo exhaustivo o preciso que pudiera haber sido, del mismo modo que pudo determinar la falta de explicaciones sobre el retraso en la formulación de la solicitud”*.

A pesar de que los polizones solicitantes de asilo o que manifiesten su intención de entrar en el territorio español, pueden requerir los servicios profesionales de los letrados adscritos a los turnos correspondientes de los diferentes colegios de abogados¹¹¹, la práctica demuestra que gran parte de las tareas de asistencia jurídica son realizadas por las entidades no gubernamentales. Esto se debe en parte a que *“resulta más fácil plantearse la necesidad de buscar apoyo de una organización no gubernamental que se dedique al asunto (como el CEAR, en casos de asilo o refugio) que informarse sobre cómo acceder a un letrado del turno colegial correspondiente”*¹¹².

¹⁰⁹ TSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia nº582/2011, FJ 3.

¹¹⁰ *“el formulario ritual de preguntas aplicado por la Administración a los polizones sin preguntarle directamente si deseaban estar en España o disfrutar de la asistencia jurídica gratuita no se ajusta a la efectividad y facilidad que debe imperar en el ejercicio del derecho a asistencia jurídica gratuita”* (FJ3).

¹¹¹ Dichos servicios son justificados por los colegios respectivos y abonados por las Administraciones competentes para el pago de los mismos, la Administración General del Estado y las diferentes autonomías que tienen transferidas las competencias sobre administración de la Administración de justicia

¹¹² Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO: “Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España”. *Informes, estudios y Documentos* (2005): 1-451, se refiere a los factores que contribuyen, a que gran parte de las tareas de asistencia jurídica a los solicitantes de asilo, sean realizadas por organizaciones no gubernamentales: *“sin ánimo exhaustivo, pueden citarse, la concentración de solicitudes en puntos muy concretos del territorio nacional; el hecho de que a una persona que desea orientación sobre el asilo le resulta más fácil plantearse la necesidad de buscar el apoyo de una organización no gubernamental que se dedique a este asunto, que informarse sobre cómo acceder a un letrado del turno colegial correspondiente; la falta de una formación específica en materia de asilo de una buena parte de los letrados que puede propiciar deficiencias en la detección de casos que requerirían protección; la inexistencia de turnos especializados en esta cuestión; o la escasez de letrados ajenos a las entidades sociales que se dediquen prioritariamente a este campo”*, p.241.

Este problema ha llegado hasta las sesiones generales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, a través de un informe presentado por la Federación de Asociaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos¹¹³, titulado “la situación de los polizones”¹¹⁴, en el cual se pone de manifiesto la vulneración de este derecho por parte del Estado español, y se insta a éste para que garantice el respeto de la situación de los polizones que llegan a sus puertos. En dicho informe, la organización, en virtud de una recomendación del Defensor del Pueblo Español¹¹⁵, propone al Estado una modificación legal¹¹⁶ o un cambio en la práctica administrativa, que aclare la situación de los polizones frente a este derecho.

En cuanto al derecho a un intérprete¹¹⁷, si bien las Instrucciones Conjuntas de 2007, en su punto tercero establecen la presencia de los intérpretes cuando los funcionarios del Cuerpo Policía accedan al buque para entrevistar a los polizones, no dice nada acerca de su presencia durante todo el proceso de devolución o solicitud de asilo. Desde la práctica de las organizaciones sociales, se ha insistido en la vulneración sistemática de este derecho, vulneración que según las autoridades, muchas veces se encuentra justificada en la falta de intérpretes en determinados idiomas. Es conveniente recordar, que la ley lo incluye claramente como un derecho del extranjero, por lo que la Administración tiene la obligación de realizar los esfuerzos presupuestarios que sean necesarios, no solo para cubrir esta demanda, sino para evitar las demoras prolongadas en la asignación de dicho intérprete. En consecuencia, no cabe duda de que una persona que no hable o comprenda la lengua española deberá ser asistida de

¹¹³ Organización no gubernamental, que en virtud de la Resolución 1996/31 del Consejo Económico y Social (ECOSOC), se le ha reconocido como entidad consultiva especial.

¹¹⁴ Véase, Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, E/CN.4/2002/NGO/129, 13 de Febrero de 2002.

¹¹⁵ Recomendación emitida por el Defensor del Pueblo, el 28 de Mayo de 2001, dirigida al Director General de Extranjería del Ministerio del Interior español, en la éste sostenía que debían “*impartirse las instrucciones oportunas a fin de que el art.20.1 (ahora art.22.1 LODYLE) fuera interpretado del modo más favorable a los afectados, procediéndose a la asistencia letrada de los polizones tan pronto se tuviera conocimiento de su existencia, con independencia de que manifestaran su intención de entrar en España o solicitar asilo*”.

¹¹⁶ La modificación legal que propone al art.22.1 LODYLE, busca establecer una práctica administrativa unívoca de este precepto: “*Los extranjeros que lleguen como polizones a cualquier puerto español a bordo de buques o se encuentren en sus aguas jurisdiccionales, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita e intérprete, que deberá facilitarse tan pronto se tenga conocimiento de su existencia y, en todo caso, al instante de realizarse la primera entrevista por la autoridad correspondiente, con independencia de que hayan manifestado su intención de entrar en España o solicitar asilo. Asimismo, atendiendo a su especial situación de vulnerabilidad, será obligatorio proveer de inmediato asistencia sanitaria de urgencia a los polizones*”

¹¹⁷ Se trata de un derecho reconocido en el art. 22.2 LODYLE, el cual establece que los extranjeros que se hallen en España, tiene derecho a recibir asistencia jurídica gratuita y un intérprete en la medida en que el procedimiento administrativo “*puede conducir a una denegación de entrada o una solicitud de protección internacional*”. También se encuentra reconocido en el art.18.1.b) de la Ley de asilo.

intérprete en la realización de los diferentes trámites. Ahora bien, si la presencia de este intérprete es necesaria para la correcta realización de las tareas asignadas a los funcionarios policiales ante la llegada de los polizones a puertos españoles, también lo será para que el letrado y su asistido entren en contacto y pueda producirse el intercambio de información necesario para una buena defensa. Ante esta evidencia, cabría preguntarse a quién debe corresponder la carga de disponer de los servicios de interpretación adecuados: ¿A los servicios de asistencia jurídica prestados a través de los colegios o entidades no gubernamentales o a la Administración? Parece lógico, pensar que con carácter general, esta obligación debería recaer sobre la Administración, pero en todo caso, no se debe olvidar, que el letrado debe velar por los derechos de su representado, esto implica el deber de exigir el cumplimiento del derecho a un intérprete, cuando éste sea ignorado por la Administración. Por tanto, se podría entender que la carga de disponer de los servicios de interpretación adecuado, es una carga directa para la Administración, en cuanto responsable de acuerdo al art.9.2 CE, de *“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...”*, pero a su vez indirecta para los letrados, en tanto responsables de la defensa de los derechos del polizón.

Ante esta serie de problemas que plantea actualmente el tratamiento de los polizones, llegados a puertos españoles, entiendo que la solución a los mismos, podría hallarse en una correcta contemplación de esta figura y de su tratamiento en las normas que en cada caso le sean de aplicación, fundamentalmente las leyes de extranjería y de asilo. La regulación de los polizones en una norma con rango legal o, al menos, reglamentario, no sólo permitiría una mayor seguridad jurídica, al ser objeto de un sistema de publicidad formal, que en el caso de las Instrucciones no está previsto, sino que otorgaría una mayor protección a los bienes jurídicos en juego.

CONCLUSIONES

PRIMERO.- A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar cómo los problemas y deficiencias en el tratamiento de los polizones obedecen a diferentes causas, siendo el primero de estos problemas la existencia de una confusa y deficiente regulación normativa. Decimos que el actual marco normativo es totalmente inadecuado, para resolver los problemas que plantea la llegada de polizones a los puertos españoles, en primer lugar por la enorme dispersión normativa de la regulación del polizonaje, que tiene que construirse a partir de disposiciones contenidas en muy distintos instrumentos normativos y desde disciplinas muy distintas, como el Derecho de Extranjería, pero también el Derecho Marítimo, el Derecho Penal, el Derecho Mercantil, etc., sin que tales disposiciones estén en la mayor parte de ocasiones correctamente interconectadas. En segundo lugar, también contribuye a esa deficiente regulación la utilización de instrumentos normativos inadecuados por su insuficiente rango jurídico, pues muchas de las normas que rigen el tratamiento de los polizones son, normas de rango inferior a la ley (circulares, órdenes, instrucciones) que ponen en entredicho el principio de legalidad que requiere nuestra Constitución para regular materias tan sensibles como la libertad personal y ambulatoria, la protección frente a los tratos inhumanos o degradantes o el acceso a garantías procesales mínimas. Los polizones, son seres humanos dotados de derechos inalienables cuya conducta aunque pudiera en algún caso incurrir en la comisión de alguna infracción debe no obstante, gozar de todas las garantías necesarias para la protección de sus derechos, entre ellas una mínima regulación a través de una norma con rango legal. Esto, entre otras cosas, permitiría no sólo, una mayor seguridad jurídica, al ser objeto la norma de un sistema de publicidad formal, que en el caso de la Instrucción no está previsto, sino que tendría mayor protección formal tanto en su tramitación, como en su aprobación y reforma. Es más, dada la naturaleza del polizonaje y las medidas que puede ser necesario adoptar para incidir sobre el mismo, es muy probable que esa regulación deba, en virtud del art.81.1 CE, realizarse mediante Ley Orgánica. Igualmente, atendiendo a los fines e intereses en juego, sería conveniente que el régimen jurídico de los polizones, se contuviera en aquél entramado normativo que resulte más afín, y que considero que son las leyes de extranjería y de asilo.

SEGUNDO.- La ausencia de criterios uniformes sobre la calificación y regulación en la comunidad internacional en su conjunto, o entre los Estados, que formen parte de una organización de alcance regional, como la UE, podría quedar resuelta con la adopción de un Convenio internacional, que imponga obligaciones a los Estados respecto del tratamiento que

se debe dar a los casos de polizonaje. El problema de esta solución es que tratándose de cuestiones que muchas veces se producen dentro del ámbito de la soberanía de los gobiernos nacionales (aguas territoriales, por ejemplo), ningún Estado parece estar dispuesto a ceder su soberanía por miedo a las consecuencias que esto pueda suponer, (tenemos un precedente en la Convención Internacional de Polizones de 1957, que nunca entró en vigor por falta de ratificaciones), principalmente por los intereses políticos y económicos que se esconden detrás de este fenómeno, que en muchas ocasiones, predominan respecto de su dimensión humanitaria. Esta falta de compromiso por parte de los Estados se puede apreciar, claramente, en la escasa información que ofrecen a la OMI, respecto de los casos de polizonaje que se producen en sus puertos, información, que esta organización mediante resolución ha solicitado a los Estados, **en diversas ocasiones**, a fin de poder medir en cifras la magnitud de este fenómeno.

TERCERO.- Cuando un polizón es descubierto en un buque, de acuerdo con las instrucciones que ha adoptado el Estado español, se celebrará una entrevista personal con él por parte de las autoridades policiales, a fin de determinar su origen y las causas que motivaron su viaje. La práctica ha demostrado que tales entrevistas no son acordes a los compromisos asumidos por España sobre derechos humanos, en gran medida, esto se debe al propio formato y guión que rigen la entrevista, pues en el mismo ni siquiera se contempla una pregunta directa sobre la voluntad del polizón de entrar en territorio español o acogerse a algún tipo de protección internacional, situaciones que comportarían inmediatamente la obligación de facilitarles asistencia letrada. Es más, en la medida en que directa o indirectamente nos encontramos en situaciones que se pueden asimilar o reconducir a alguna de las medidas de alejamiento del territorio español (rechazo en frontera, devolución, regreso o expulsión) y a que en todas ellas el art. 20 LODYLE ha impuesto la necesidad de facilitar la asistencia letrada y de intérprete, por los efectos que tales medidas pueden comportar y por la extrema vulnerabilidad en la que se encuentran estas personas, sería conveniente que la asistencia letrada y de intérprete se facilitará tan pronto se tenga conocimiento de la existencia de un polizón, y en todo caso, en el momento de realizar la primera entrevista por las autoridades correspondientes, con independencia de si los polizones hayan manifestado su intención de entrar en España o solicitud de asilo.

CUARTO.- La solicitud de asilo por parte del polizón puede ser inadmitida, lo que significará su repatriación. De acuerdo con el art.20 de la Ley de Asilo, dicha inadmisión se realizará mediante resolución motivada. El problema es que en la práctica, esta obligación de motivar las resoluciones se ha convertido, por parte de la Administración, en el ejercicio de una labor

mecánica, empleando modelos que vacían de contenido esta garantía establecida en la legislación. Si entendemos que el valor de este derecho radica en la necesidad de atender las circunstancias personales de cada persona sometida a una devolución o repatriación, y que la obligación de motivar los actos perjudiciales a su destinatario deriva de la legislación general del procedimiento administrativo (arts. 54 y 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), sería necesario, por un lado, que la Administración evitara los modelos estereotipados que habitualmente emplea y que tomara en serio la exigencia de motivación del acto denegatorio, y por otro lado, que evaluara todas las circunstancias particulares de cada caso, a la hora de decidir sobre la admisión o no de la solicitud. No debemos olvidar que la motivación es esencial para poder afirmar que una decisión no ha sido adoptada por la Administración de forma arbitraria, sobre todo cuando afecta a derechos fundamentales.

QUINTO.- La devolución, es la decisión adoptada por la Administración, por la que se decide la salida del territorio español de los polizones. Hasta la STC 17/2013, de 31 de Enero, aunque las consecuencias que entrañaba la devolución eran similares a la expulsión, incluida la prohibición en territorio español por un plazo máximo de tres años, sin embargo su adopción no requería de la incoación de un expediente administrativo sancionador, privándose así a los interesados del trámite de audiencia reconocido en los art.105 y 24 CE. La sentencia citada, pone de manifiesto, que si se quiere configurar la devolución como una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido, y se la desprovee de las garantías del procedimiento sancionador no se puede al mismo tiempo calificarla de sanción y anudarle una prohibición de entrada por un plazo máximo de tres años como hacía el art.58.6 LODYLE, pues tal cosa se entendió que *“no respetaba la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales del art.24 CE”*. A partir de esta sentencia, y al margen de que se opte o no por reformar tal precepto para dotarlo de las garantías necesarias si se insiste en su carácter sancionador, cabría plantearse la necesidad de incluir también en la ley de extranjería un procedimiento de alejamiento específico para los polizones, si se quiere no tan exhaustivo como el de la expulsión, pero sí un procedimiento ágil, con todas las garantías necesarias para el respeto de los derechos de los polizones, a fin de dotarlo de una mínima densidad regulatoria y reducir el actual margen de discrecionalidad de la Administración en el tratamiento de estas situaciones.

SEXTO Las cuantiosas multas impuestas a los propietarios de los buques y la prohibición de zarpar del país hasta que se resuelva el caso del polizón, hace que las compañías navieras

recurran a seguros privados (hoy una obligación impuesta por el Real Decreto 1616/2011, de 14 de Noviembre) para cubrir todos los gastos ocasionados por el polizón, ya sea en el buque o en su desembarco (asistencia jurídica, alojamiento, intérprete, manutención), así como los que se originen por el retorno a su país de origen. Esta situación, lleva muchas veces, sobre todo en embarcaciones cuyas condiciones laborales son precarias o carecen de seguro, a que los trabajadores de los buques actúen como policías o incluso a que traten de deshacerse de los polizones antes de llegar a puerto, por ejemplo, tirándolos al mar.

Al margen de que intervención de estas empresas de seguro suponga en cierta manera la privatización encubierta de los controles migratorios en los puertos españoles (situación que ha sido denunciada por diversas organizaciones como MIGREUROP), el mayor riesgo estriba en que estas empresas conociendo el caso incluso antes que la Administración y que las autoridades policiales, presionen a las navieras aseguradas para que éstas intenten evitar, no sólo la multa, sino también los costes de mantener el buque sin actividad. Recordemos, que aunque los seguros de responsabilidad civil cubren todos los costes causados por los polizones, la presencia de un polizón, supondrá para el propietario del buque, el pago de una elevada fianza y el aumento de las primas para su flota, situación que llevará al mismo tiempo, al encarecimiento de los fletes. En estas circunstancias, la confluencia de intereses económicos de empresas navieras y aseguradoras puede jugar en contra de la premisa general de desembarcar a los polizones en el primer puerto.

SÉPTIMO.- Finalmente, conviene poner de relieve que la normativa actual nada establece respecto de la intervención de los cónsules en los casos de polizonaje, aunque creo que su colaboración (excepto en los supuestos en que pueda estar en juego una demanda de asilo), en muchas ocasiones podría evitar que la repatriación se dilatará, incrementando las garantías y el respeto de los derechos del polizón por parte del país de desembarco. Obviamente la previsión de esta intervención deberá ser regulada, pues no se me ocultan algunos problemas de la misma como el relativo interés de los cónsules de algunos países por atender a sus propios nacionales, especialmente si su intervención puede acarrearles algún tipo de gastos, o la dificultad de determinar la nacionalidad de muchos de los polizones que arriban a puerto.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- ASIN CABRERA, M^a ASUNCIÓN: “La residencia y protección de los menores no acompañados”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España: Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. DIEGO BOZA MARTINEZ, et al. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp.307-320.
- BRIGADIER (RETD.) B.A.H.PARRITT CBE: “*Stowaways by sea*”. Third Edition. England: The Nautical Institute, 2001.
- GAMBINI, HORACE: “De l'embarquement clandestin de passagers a bord des navires de commerce”. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1932.
- MOYA MALAPEIRA, DAVID y HERNANDEZ CALERO, DANIEL: “Los controles en frontera: Denegación de entrada, orden de regreso y devolución”, en *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España: Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. DIEGO BOZA MARTINEZ, et al. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp.192-226.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*. 8a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- QUERALT JIMENEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*. 6a ed. Barcelona: Atelier, 2010.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO.J. *Las competencias espaciales de los Estados: Los espacios marítimos*. Lecciones de Derecho Internacional Público. 4a ed. Madrid: Tecnos, 1998. 458-492
- SANCHEZ MORÓN, MIGUEL: El Reglamento. “*Derecho Administrativo, Parte General*”. 7a ed. Madrid: Tecno, 2011. 181-219
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, CARLOS: “Delitos contra el Patrimonio (II). Defraudaciones”, *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*. ALFONSO SERRANO GÓMEZ et al. Madrid: Dykinson, 2012. 269-290
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, CARLOS: “Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros”, *Curso de Derecho Penal: Parte Especial*, ALFONSO SERRANO GÓMEZ et al. Madrid: Dykinson, 2012.423-447.
- .

Artículos de revista

- DEL CORTE, JAVIER: “Polizones: obligaciones del capitán en el nuevo proyecto de ley general de navegación marítima”. *Recalada: Revista de Divulgación Marítima*, N°100 (Abril, 2007):18-20.
- DEL CORTE, JAVIER: “Polizones: recomendaciones”. *Recalada: Revista de Divulgación Marítima*, N°89 (Junio, 2005):8-10.
- DE ROS SOPRANIS, IGNACIO: “*Desembarco de polizones en España (experiencia de un abogado maritimista)*”. *Anuario de Derecho Marítimo*, N°3 (1984):373-383.
- FRANCO ZÁRATE, JAVIER ANDRÉS: “Los clubes de protección e indemnización (P&I CLUBS) y su operación a la luz del derecho colombiano”, *Revist@ e- Mercatoria* 5.2 (2006):30-51.
- GABALDÓN, SANTIAGO Algunas consideraciones acerca de la tesina “el régimen jurídico del polizonaje”. *Boletín del Instituto Marítimo Español* N° 7. (Primer cuatrimestre, 2003): 6-8.
- HERNANDEZ YZAL, SANTIAGO: “El engaño como elemento de delito de polizonaje”. *Revista “Vida Marítima y Comisamar”*, N°162 (Septiembre 1950).
- PALOMA, MAQUET ET JULIA, BURTIN: “Les passagers clandestins sur les navires de marine marchande: de la gestion d'un événement à la production d'un risque”. *Revue en ligne: L'espace politique*, N°16 (2012).

- MAZUELOS BELLIDO, ANGELEZ: “Softlaw: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N°8(2004):1-40.
- OGAYAR Y AYULÓN, TOMÁS: “El polizonaje a través del derecho nacional e internacional”. *Revista general de legislación y jurisprudencia* (1958): 4-9.
- SIERRA NOGUERO, ELISEO: “El seguro obligatorio de responsabilidad civil del propietario del buque (*Real Decreto 1616/2011*)”. *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, n°152. (2012): 343-386
- SOBRINO HEREDIA, JOSÉ MANUEL Y OANTA, GABRIELA ALEXANDRA: “Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N°14 (2010): 759-788.
- THUMANN, W.W: “Polizones: creciente preocupación para capitanes y armadores”. *Recalada: Revista de Divulgación Marítima*, N°87 (Febrero, 2005):14-16.
- VIGIL DE QUIÑONES, JOSE Mª: “Polizones en la carrera de Indias”. *Revista general del Marina*, (Julio 1954).

Informes

- DEFENSOR DEL PUEBLO: “Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España”. *Informes, estudios y Documentos* (2005): 1-451
- DEGOEX: “Lucha contra la inmigración clandestina”. Balance 2003. (2003):5-24.
- MIGREUROP: “En los confines de Europa: La externalización de los controles migratorios”. *Informe 2010-2011*. (2011): 1-126.

Legislación

España

- Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, Montreal, 28 de mayo de 1999. (BOE, núm. 122, 20/05/2004).
- Código Internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (Código PBIP), adoptadas el 12 de diciembre de 2002 mediante Resolución 2 de la Conferencia de Gobiernos contratantes del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974.(BOE, núm. 202,21/08/2004).
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de Diciembre de 1982. (BOE, núm.39, 14/02/1997, pp.4966-5055).
- Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS), Londres, 1 de Noviembre de 1974. (BOE, núm.144, 16/06/1980, pp.13380-13400).
- Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de Abril de 1963. (BOE, núm.56,26/03/1970, pp.3629-3638).
- LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE, núm. 152, 23/06/2010).
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. (BOE, núm.263,31/10/2009,pp.90860-90884)
- LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. (BOE, núm.278, 20/11/2007).
- LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, de 22 de Diciembre, por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre, por la LO 14/2003, de 20 de Noviembre de 2003 y por la LO 2/2009, de 11 de Diciembre. (BOE, núm.10, 12/01/2000, corrección de errores en BOE, núm.20, 24/01/2000. BOE, núm.47, 23/02/2001. BOE, núm.279, 21/11/2003. BOE, núm.299, 12/12/2009).

Ley 1/1996, de 10 de Enero, de asistencia jurídica gratuita. (BOE, núm.11, 12/01/1996, pp.793-803)

Ley 209/1964, de 24 Diciembre, Ley Penal y Procesal de a Navegación aérea. (BOE, núm. 311, 28/12/1964).

Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 Septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. (BOE, núm. 253, 20/10/2011).

Real Decreto 557/2001, de 20 de Abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma por LO 2/2009. (BOE, núm.103, 30/04/2011)

Instrucción DGI/SGRJ/2/2011, de 28 de Junio de 2011, sobre la vigencia de Instrucciones, Circulares y Oficios elaborados por la Dirección General de Inmigración, a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento de la LO 4/200, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma por la LO 2/2009, aprobada por el Real Decreto 557/2011.

Instrucciones conjuntas, de 28 de Noviembre de 2007, de la Dirección General de la Policía de la Guardia Civil, la Dirección General de Política Interior y la Dirección General de Inmigración, sobre tratamiento a los polizones.

Instrucción 3/1998, de 17 de Noviembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre tratamiento a polizones.

Unión Europea

Reglamento (UE) N° 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Octubre de 2011, que modifica el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. (DOUE L, núm. 304, 22.11.2011, pp.1-17).

Reglamento (CE) n° 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). (DOCE L, núm.105, 13.4.2006, pp. 1-32).

Reglamento (CE) n° 1160/2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2005, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, por lo que se refiere al acceso al Sistema de Información de Schengen por parte de los servicios de los Estados miembros competentes para la expedición de los certificados de matriculación de vehículos. (DOCE L, núm. 19, 22.7.2005, pp. 18-21).

Reglamento (CE) n°. 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. (DOCE L, núm.349, 25.11.2004, pp.1-11).

Reglamento (CE) N° 725/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, 31 de Marzo 2004, relativo a la mejora de la protección de los buques y las instalaciones portuarias. (DOCE L, núm.129, 29.4.2004, pp. 6-91)

Decisión 2010/252/UE del Consejo, de 26 de abril de 2010, por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DOUE L, núm.111, 04.05.2010, pp.20-26)

Decisiones 2006/616/CE y 2006/617/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativas a la celebración del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada (DOCE L, núm. 262, 22.9.2006).

Organizaciones Internacionales

- ACNUR. Conclusión núm.53 (XXXIX) “Los pasajeros clandestinos en busca de asilo”, 39o. periodo de sesiones del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado. A/AC.96/717, 1988.
- OMI. Resolución FAL.11 (37): “Directrices revisadas para la prevención de acceso por polizones y la asignación de responsabilidades para tratar de resolver con éxito los casos de polizonaje”, 9 de Septiembre de 2011.
- OMI. FAL.2/Circ.121, “Reports on stowaway incidents. Annual statistics for the year 2010”, 17 de Enero de 2011.
- OMI. Resolución del Comité de Seguridad Marítima MSC.312 (88) sobre “Directrices revisadas para la prevención del acceso de los polizones y la asignación de responsabilidad para tratar de resolver con éxito los casos de polizonaje”, 2 de Diciembre de 2010.
- OMI. Resolución A. 1027(26) “Aplicación y revisión de las Directrices sobre la asignación de responsabilidad para tratar de resolver con éxito los casos de polizonaje (Resolución A.871 (20))”, 2 de Diciembre de 2009.
- OMI. Resolución FAL.7 (29), “Adopción de enmiendas al convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional, 1965, enmendado”, 10 de enero de 2002.

Monografías

- DÍEZ FERNANDEZ, ALEJANDRO: “Tratamiento Jurídico del Polizonaje”. Escuela Superior de la Marina Civil, Universidad de Oviedo, (2008).

Tesis no publicadas

- ALONSO GARCÍA, JOSE ANTONIO. “La migración ilegal a bordo de los buques: análisis de los actos de polizonaje”. Director: Joan Martí Mallofré. Diplomatura en Navegación Marítima, 2005.
- TORRES CENTELLAS, MARIO. “Estudio de la figura del polizón”. Director: Jaime Rodrigo de Larrucea, 1998.

Páginas web

<http://www.acnur.es>
<http://www.britanniapandi.com>
<http://cear.es>
<http://www.diariosur.es>
<http://www.elperiodico.com>
<http://espacepolitique.revues.org>
<http://eur-lex.europa.eu>
<http://www.europapress.es>
<http://www.europarl.europa.eu>
<http://www.faa.gov>

<http://www.gard.no>
<http://www.igpandi.org>
<http://www.imo.org>
<http://www.interior.gob.es>
<http://www.londonpandi.com>
<http://www.migreurop.org>
<http://www.nepia.com>
<http://www.robmarine.com>
<http://www.westlaw.es>
<http://www.westpandi.com>