

EXTERNALIZACIÓN DE CONTROLES MIGRATORIOS VERSUS DERECHOS HUMANOS

EXTERNALIZATION AND OUTSOURCING OF MIGRATION CONTROLS VS. HUMAN RIGHTS

ANGEL SÁNCHEZ LEGIDO¹

Sumario: I. LA DESLOCALIZACIÓN EUROPEA DE LOS CONTROLES MIGRATORIOS; II. LOS MUROS DE LA EUROPA FORTALEZA: MEDIDAS DE INTERCEPTACIÓN; III. ELUSIÓN DE RESPONSABILIDADES Y REHABILITACIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍAS: LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS; IV. LA RECONSTRUCCIÓN PENDIENTE: LA PROBABLE JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO EN RELACIÓN CON OTRAS MEDIDAS DE INTERCEPTACIÓN; V. LA DUDOSA APLICACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS A LAS MEDIDAS DE ESTÍMULO DE LA COOPERACIÓN POR LOS ESTADOS DE ORIGEN Y TRÁNSITO EN EL CONTROL MIGRATORIO; VI. PROBLEMAS DE RESPONSABILIDAD Y SUPERVISIÓN JUDICIAL DERIVADAS DE LA IMPLICACIÓN DE FRONTEX EN LAS MEDIDAS DE INTERCEPTACIÓN; VII. CONCLUSIÓN GENERAL: POR UNA RECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE EQUILIBRIOS Y GARANTÍAS EN LA EUROPA FORTALEZA.

RESUMEN: La presente contribución persigue dos objetivos. De una parte, exponer los principales elementos de las políticas europeas de deslocalización de los controles migratorios y describir los riesgos que tales políticas comportan desde el punto de vista del respeto de los derechos humanos y de las normas internacionales y europeas en materia de protección internacional. Por otro, constatado el grave riesgo de evasión de los controles y garantías propios del Estado de Derecho que tales políticas comportan, se intenta descifrar en la jurisprudencia de los tribunales europeos y, muy especialmente, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los elementos que permitirían reconstruir el sistema de garantías y equilibrios democráticos eludidos.

ABSTRACT: The aim of this article is twofold. On the one hand, it tries to expose the main elements of the European policies of dislocation and outsourcing of migratory controls and to describe the risks that such policies entail from the point of view of human rights and international and European norms on international protection. On the other hand, taking into account the serious risk of evasion of Rule of Law controls that such policies entail, it is attempted to find in the case law of European courts and, above all,

Fecha de recepción del trabajo: 12 de abril de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 23 de mayo de 2019.

¹ Profesor Titular (acr. C.U.) de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho de Albacete (UCLM). Angel.slegido@uclm.es. La presente contribución se inscribe en el marco de los proyectos de investigación DER2012-35049, financiado por el MINECO, y “El Derecho Internacional y Europeo ante el fenómeno de los muros y fortalezas”, financiado por la JCCLM. Forma parte de un estudio más amplio titulado *Controles migratorios y derechos humanos*, de próxima publicación en forma de monografía.

the European Court of Human Rights, the elements that would allow rebuild the system of checks and balances so eluded.

PALABRAS CLAVE: Control de fronteras, Política migratoria europea, Europa Fortaleza, Frontex, Acceso al asilo, aplicación extraterritorial del CEDH

KEYWORDS: *Border Control, European Migration Policy, Fortress Europe, Frontex, Access to Asylum, extra-territorial application of ECHR.*

I. LA DESLOCALIZACIÓN EUROPEA DE LOS CONTROLES MIGRATORIOS

Más allá de la grandilocuente retórica que subyace a los grandes pronunciamientos políticos que han vertebrado el desarrollo de la acción europea en el ámbito de la inmigración y el asilo², la metáfora de la Europa Fortaleza refleja con toda su crudeza la realidad de unas políticas que han hecho del control de las fronteras y la lucha contra la inmigración irregular el elemento medular de la acción europea en este ámbito³. Ese énfasis en el control migratorio presenta un carácter bidireccional, pues junto a una dimensión reactiva, orientada a promover la salida de los inmigrantes irregulares y que está representada por las políticas de retorno y readmisión⁴, incluye también una faceta

² Desde la misma cumbre de Tampere viene insistiéndose en que las políticas de inmigración y asilo deben desarrollarse “de manera plenamente comprometida con las obligaciones que emanan de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y otros instrumentos pertinentes en materia de derechos humanos”, y de forma “que garantice la integración en nuestras sociedades a los nacionales de terceros países que residen legalmente en la Unión”. Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, Conclusiones de la Presidencia, para. 4. La idea de equilibrio es también la base del llamado Enfoque global sobre el que, teóricamente, se sustenta la llamada dimensión exterior de esas políticas. Enfoque Global de la Migración: medidas prioritarias centradas en África y el Mediterráneo, Consejo Europeo, Bruselas, 15 y 16 de diciembre de 2005, anexo I; Consejo Europeo, Bruselas, 14 y 15 de diciembre de 2016, paras. 21 y ss.; y Enfoque Global de la Migración y la Movilidad, Comunicación de la Comisión, Bruselas, 18.XI.2011, COM(2011) 743 final.

³ Puede verse, en ese sentido, GARCÍA ANDRADE, P., *La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria. Un problema de reparto de competencias*, Valencia, 2015, pp. 46 y ss.; GORTÁZAR ROTAECHE, C.J., “El enfoque global de la migración en la Unión Europea y el derecho humano al desarrollo”, *Miscelánea Comillas*, vol. 67 (2009), p. 213; o VACAS FERNÁNDEZ, F., *El Derecho Migratorio, Internacional y Europeo, como Límite desde los Derechos Humanos a la Discrecionalidad de los Estados en Materia Migratoria*, Valencia, 2017, pp. 175 y ss.

⁴ Respecto de la dimensión interna, véase, entre otros, FAJARDO DEL CASTILLO, T., “La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 33 (2009), pp. 453 y ss.; VILLEGAS DELGADO, C.A., “La directiva de retorno de inmigrantes irregulares a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la protección internacional de los derechos humanos”, en C. Sánchez-Rodas Navarro (Ed.), *Inmigración, Mujeres y Menores*, Murcia, 2010, pp. 383-406; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., “Inmigración y Derechos humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE”, *Persona y Derecho*, vol. 68 (2013), pp. 159 y ss.; o, en lo que se refiere a uno de sus aspectos más controvertidos, FERNÁNDEZ-ROJO, D., “La detención de extranjeros en situación irregular: impacto de la Directiva 2008/115/CE y la jurisprudencia del TJUE en la legislación española”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 53 (2016), pp. 233 y ss. Por su parte, respecto de la política europea de readmisión puede verse, NAVARRO BATISTA, N., “Inmigración irregular y relaciones

preventiva que se dirige a evitar ya no solo su llegada, sino también su aproximación a territorio europeo. Comparada con aquélla, esta faceta preventiva se caracteriza por estar mucho menos regulada, desarrollarse de una manera mucho más opaca y haber recibido menor atención doctrinal, especialmente en nuestro país.

De este modo, en una línea ensayada previamente en otras latitudes, y profundizando en una estrategia iniciada por los Estados periféricos meridionales del espacio Schengen – muy singularmente Italia y España-, la UE y sus miembros vienen desarrollando con intenso empeño lo que, con expresiones diversas, se han denominado políticas de no entrada⁵, de no llegada⁶, de *neo-refoulement*⁷ o de puerta delantera⁸. Se trata de unas políticas caracterizadas por la multiplicación de las llamadas, en sentido amplio, medidas de interceptación. Se entiende por tales el conjunto de actuaciones legales, administrativas y ejecutivas dirigidas a bloquear o interrumpir el tránsito hacia los países europeos, de tal manera que se impida el acceso a su territorio de quienes desde los países de origen de los principales flujos migratorios y a lo largo de todo su trayecto, aspiran a acceder a la Unión Europea sin cumplir los requisitos exigidos por las normas migratorias⁹. La multiplicación de las medidas de interceptación entraña un proceso de externalización, en sentido tanto geográfico como funcional, pues supone no solo desplazar hacia el exterior los controles migratorios, sino encomendar o al menos implicar en su realización a entidades ajenas y/o independientes de los Estados europeos, ya se

exteriores de la Unión Europea: los acuerdos de readmisión”, en J. Martín y Pérez de Nanclares, J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Madrid, 2012, pp. 125 y ss.; JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La práctica convencional de readmisión forzada en la política migratoria de la Unión Europea: del maximalismo de los Consejos Europeos al minimalismo de los Acuerdos”, *Migraciones y Desarrollo, II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*. Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006, 2007, pp. 407 y ss.; o ARENAS HIDALGO, N., “Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate”. *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 43 (2010), pp. 53 y ss.

⁵ HATHAWAY, J., “The Emerging Politics of Non-Entrée”, *Refugees*, vol. 91 (1992), pp. 40 y ss.; HATHAWAY, J., y GAMMELTOFT-HANSEN, TH., *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, University of Michigan Law School, Law & Economics Working Papers, 8.I.2014; GERARD, A., *The securitization of Migration and Refugee Women*, Londres-Nueva York, 2014, pp. 67 y ss.

⁶ TAYLOR NICHOLSON, E., *Cutting Off the Flow: Extraterritorial Controls to Prevent Migration*, The Chief Justice Earl Warren Institute on Law and Social Policy, University of California, Berkeley Law School, Issue Brief, July 2011, p. 2.

⁷ HYNDMAN, J., y MOUNTZ, A., “Another Brick in the Wall? Neo-Refoulement and the Externalization of Asylum by Australia and Europe”, *Government and Opposition*, vol. 43 (2008), pp. 249 y ss.

⁸ PAZ, M., “The Law of Walls”, *EJIL*, vol. 28, pp. 609 y ss.

⁹ En un sentido similar, el Comité Ejecutivo de ACNUR ha hablado de medidas de interceptación para referirse a “all measures applied by a State, outside its national territory, in order to prevent, interrupt or stop the movement of persons without the required documentation crossing international borders by land, air or sea, and making their way to the country of prospective destination”, *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*. Executive Committee of the High Commissioner’s Programme, Standing Committee, 18th meeting, Doc. ED(50/SC/CRP.17, 9 June 2000, para. 10. Con un alcance algo más amplio que incluye también las medidas de expulsión, este tipo de medidas se han definido como “mechanisms to directly or indirectly prevent, interrupt or stop individuals who do not possess the required documentation from reaching, entering and/o remaining on their territory”. KLUG A., y HOWE, T., “The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures”, en B. Ryan y V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Leiden-Boston, 2010, p. 69.

trate de agentes privados, de agentes de terceros Estados, o de entidades supraestatales, como es el caso de la agencia Frontex. La estrategia de respuesta de la Unión Europea a la llamada crisis de los refugiados, esbozada en la Agenda Europea de Migración y estrenada con la polémica Declaración Unión Europea-Turquía, de marzo de 2016, supone una inequívoca profundización en este tipo de políticas.

II. LOS MUROS DE LA EUROPA FORTALEZA: MEDIDAS DE INTERCEPTACIÓN

En el marco del llamado Sistema Integrado de Gestión de Fronteras (IBMS), las medidas de interceptación desarrolladas a nivel europeo aspiran a acompañar los flujos migratorios a lo largo de todo su recorrido. Sin ánimo de exhaustividad, cinco son fundamentalmente las medidas de interceptación que comprende. Incluyen en primer lugar un *modelo de control de acceso en origen* integrado por dos elementos. Por una parte, un régimen de visados que, respecto de la práctica totalidad de los países de procedencia de migrantes económicos y refugiados a la UE¹⁰, supone la obligación de obtención previa de visado, el cual, salvo circunstancias excepcionales, ha de solicitarse en embajadas y consulados en el exterior¹¹. Por otra, un severo régimen de responsabilidad para unos transportistas que, bajo amenaza de duras sanciones, se ven compelidos a desempeñar de facto funciones de control fronterizo¹².

¹⁰ Introducida ya desde 1993 en el marco de Schengen, la lista común fue incorporada tras la oportuna atribución competencial por el Tratado de Amsterdam a la entonces Comunidad Europea en tanto que norma comunitaria en 2001. Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DO L 81 de 21.3.2001, p. 1). Ha sido modificado en más de una quincena de ocasiones, por lo que resulta aconsejable la consulta de la versión codificada no oficial: Doc. 02001R0539-20170611.

¹¹ Sin perjuicio de la dispersión legislativa a que conduce el reparto competencial UE-Estados miembros basado en la duración de la estancia que autoriza, el visado uniforme -previsto para estancias de un máximo de tres meses en un periodo de seis meses- es claro reflejo de la tendencia general vigente en Europa. Su regulación se contiene en el Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados, DO L243, de 15.IX.2009, p. 1 (CCV en lo sucesivo). Desde su entrada en vigor, el citado instrumento ha sido modificado en cuatro ocasiones por lo que, pese a su carácter meramente informativo, resulta también útil consultar la versión codificada (Doc. 02009R0810-20160412). Sobre dicha regulación interesa ahora hacer dos observaciones de carácter general. Por una parte, la concesión del visado se supedita a estrictas formalidades que incluyen la justificación documental del motivo del viaje, del alojamiento y de la disponibilidad de recursos para la manutención, del compromiso de abandonar el territorio Schengen a la expiración del visado, así como de la cobertura de la asistencia médica y sanitaria (arts. 14 y 15 CCV). Por otra parte, sin perjuicio de la posibilidad de que en virtud de acuerdos de representación la responsabilidad se asigne a un Estado miembro distinto del de destino (art. 8 CCV), o de que algunas funciones de recepción de solicitudes se encomiende a intermediarios comerciales (art. 45 CCV), el examen y resolución de las solicitudes corresponde a los consulados del Estado miembro de destino (art. 4.1 CCV), requiriéndose con carácter general la presencia del interesado (art. 10 CCV). Sólo excepcionalmente, si además de cumplirse las demás condiciones exigidas, el solicitante no ha podido solicitar un visado con antelación por razones imprevisibles e imperiosas, se podrá expedir el visado en las fronteras exteriores (art. 35 CCV).

¹² Con origen en la práctica estadounidense y australiana de principios del pasado siglo y con antecedentes en la legislación de algunos países europeos, el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) diseñó un modelo que en cierto modo convierte al personal de las aerolíneas, navieras y empresas de transporte de viajeros por carretera en guardias de fronteras. Tras la comunitarización de la faceta migratoria

El fomento de la *cooperación en la contención de los flujos migratorios por parte de los países de origen y tránsito* –muy especialmente, de los países vecinos- viene constituyendo, en segundo lugar, un elemento absolutamente fundamental del mencionado IBMS y, con él, de la dimensión exterior de las políticas europeas de inmigración y asilo¹³. La crisis de los refugiados y la estrategia que representa el llamado “Nuevo Marco de Asociación” ha supuesto situar la cooperación en materia migratoria como cuestión central en la política de la UE con los países clave de origen y tránsito. Para ello se añade como novedad el endurecimiento de las políticas orientadas al logro de la imprescindible voluntad política por parte de esos países, pasando de una estrategia de condicionalidad intrínseca y eminentemente positiva¹⁴, basada en la concesión de ventajas limitadas en el ámbito migratorio, a otra que asume, junto al incremento de los recursos a emplear, el condicionamiento de toda la política de la UE y de los Estados miembros respecto de dichos países -incluyendo las políticas de cooperación al desarrollo-, de un modo que no descarta, además, el empleo de incentivos negativos¹⁵.

de Schengen, las citadas disposiciones fueron complementadas mediante una directiva adoptada a principios de la pasada década. Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, DO L 187, de 10.7.2001, pp. 45 y ss. En cumplimiento de las obligaciones así asumidas, en nuestro país el sistema de control de entrada a cargo de las empresas de transporte se encuentra regulado en el artículo 66.3 de la Ley de Extranjería (LOEX), y en los artículos 16 y 18 de su Reglamento de ejecución (REX). Sobre el sistema de control de acceso basado en la configuración de un régimen de responsabilidad a cargo de las empresas de transporte puede verse MORENO-LAX, V., “Must EU Borders Have Doors for Refugees? On the Compatibility of Visas and Carrier Sanctions with Member States’ Obligations to Provide International Protection to Refugees”, *European Journal of Migration and Law*, 2008, pp. 315 y ss.; RODENHÄUSER, T., “Another brick in the Wall: carrier sanctions and the privatization of immigration control”, *IJRL*, vol. 26 (2014), pp. 223-247; o, entre nosotros, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002, pp. 148-150; o OLESTI RAYO, A. “La inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la Unión Europea”, en Ana Salinas de Frías y M. Vargas Gómez-Urrutia, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, Tomo II, Sevilla, 2005, pp. 951 y ss..

¹³ GIL ARAUJO, S., “Redefiniendo las fronteras de Europa. Sobre la deslocalización del control migratorio comunitario”, en I. Markez (coord.), *Respuestas a la exclusión. Políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, Donostia-San Sebastián, 2006, p. 60. Para una visión de conjunto de las herramientas e instrumentos de la cooperación con terceros países en el ámbito de las políticas de inmigración y asilo, véase GARCÍA ANDRADE, P., y MARTÍN, I., *EU Cooperation with third countries in the field of migration*, Study for the LIBE Committee, European Parliament, 2015, PE 536.469, pp. 22 y ss.

¹⁴ Sobre los tradicionales reparos a la condicionalidad negativa, en particular, como reacción a la propuesta hispano-británica presentada por los presidentes Blair y Aznar en el Consejo Europeo de Sevilla de 2002, véase, EISELE, K., “EU External Relations and Migration Policy: The Historical Development of the External Dimension”, en J. Niessen y E. Guild (Eds.), *The External Dimension of EU Immigration Policy*, Leiden, 2014, pp. 99 y ss.; LAVENEX, S., “Shifting Up and Out: The Foreign Policy of European Immigration Control”, en V. Guiraudon y G. Lahav (eds.), *Immigration Policy in Europe. The Politics of Control*, Londres, 2007, pp. 329 y ss.; o GARCÍA ANDRADE, P., *La acción exterior...*, cit., pp. 45-46.

¹⁵ “En la política de desarrollo de la UE deben integrarse incentivos positivos y negativos que recompensen a aquellos países que cumplan su obligación internacional de readmitir a sus propios ciudadanos y a los que cooperen en la gestión de los flujos de migrantes irregulares procedentes de terceros países, así como los que adopten medidas para acoger adecuadamente a las personas que huyen del conflicto y la persecución. Igualmente, debe haber consecuencias para aquellos que no cooperen en la readmisión y el retorno. Lo mismo puede decirse de la política comercial, sobre todo cuando la UE otorga un trato preferente a sus socios: la cooperación en materia de migración debe tenerse en consideración en la próxima revisión de las

Conseguir y mantener la voluntad política no es suficiente. Es necesario, también, *capacitar a esos terceros países* dotándolos de medios materiales, formando a sus efectivos personales y asegurando con los medios tecnológicos oportunos la vigilancia efectiva y el intercambio de información que permita la materialización de las operaciones de interceptación. Replicando en buena medida la estructura de cooperación en red entre los respectivos servicios de control de fronteras desarrollada por España¹⁶ e Italia¹⁷ durante la pasada década con sus correspondientes *partenaires* africanos, la Unión Europea ha asumido a través de Frontex la misión de impulsar y profundizar en esa cooperación operativa, incorporando a esa labor al mayor número posible de Estados miembros¹⁸. Como resultado, las actuaciones de control migratorio de salida suponen la implicación de una multiplicidad de actores entre los que se incluyen, además de los servicios de control de fronteras de los terceros países, instancias supraestatales (Frontex) y Estados miembros en funciones de apoyo a los Estados periféricos. Pese a no situarse ya en el Derecho originario, las limitaciones competenciales que su Reglamento sigue imponiendo a una Agencia europea de fronteras que, pese a su denominación, carece de guardias de fronteras¹⁹, y el valor añadido que en esa operación pueden aportar los

preferencias comerciales del «SPG+»”. Comunicación de la Comisión sobre la creación de un nuevo Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración, Bruselas, 7.VI.2016, COM(2016) 385 final, p. 10. Sobre el nuevo enfoque que representa el fuerte énfasis en los incentivos negativos y la controversia generada puede verse CASTILLEJO, C., “The EU Migration Partnership Framework. Time for a rethink?”, *German Development Institute, Discussion Paper 28/2017*.

¹⁶ Se ha apuntado, con razón, a la condición de nuestro país como Estado pionero e impulsor de las políticas de externalización de los controles migratorios asumidas a nivel europeo. GABRIELLI, L., “La externalización europea del control migratorio ¿La acción española como modelo?”, *Anuario CIDOB de la Inmigración 2017*, pp. 129 y ss. Para un excelente análisis del modelo de cooperación operativa desarrollado por las autoridades españolas de interior con terceros países, véase CASAS CORTES, M., COBARRUBIAS, S., y PICKLES, J., “‘Good Neighbours make good fences’: Seahorse operations, border externalization and extra-territoriality”, *European Urban and Regional Studies*, vol. 23 (2016), pp. 231 y ss..

¹⁷ DI PASCALE, A., “Migration Control at Sea: The Italian Case”, en B. Ryan y V. Mitsilegas (eds.), *Extraterritorial... cit.*, pp. 296 y ss.; o HAMOOD, S., “EU-Libya Cooperation on Migration: A Raw Deal for Refugees and Migrants?”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 21 (2008), pp. 19-42.

¹⁸ La cooperación con los terceros países, en especial con “los países vecinos y en terceros países que se hayan identificado en los análisis de riesgos como países de origen y/o tránsito para la inmigración ilegal” (art. 4.f) constituye uno de los elementos que conforman la llamada Gestión europea integrada de fronteras, definida como objetivo de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, con miras a gestionar –léase, controlar- el cruce de las fronteras, haciendo frente a los retos de la migración y la delincuencia con dimensión transfronteriza (art. 4). La Guardia Europea de Fronteras y Costas es una entidad o, mejor, una idea, con la que se trata de reforzar la coordinación entre los dos tipos de organismos que la integran: la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, nueva denominación que se asigna a Frontex (art. 6.1), y las autoridades nacionales competentes en materia de control fronterizo (art. 3). Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, DO L 251, de 16.9.2016, pp. 1 y ss. (RF en lo sucesivo). Para una visión de conjunto sobre la reforma de 2016 y el sentido de la creación de llamada Guardia Europea de Fronteras y Costas, DE BRUYCKER, PH., “The European Border and Coast Guard: A new Model Built on an Old Logic”, *European Papers*, vol. 1 (2016), pp. 559 y ss.; ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., “La nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas: una necesaria evolución de Frontex”, *IEEE, DO 108/2016*; o SOLER GARCÍA, C., “La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿Un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional”, *REEI*, vol. 34 (2017).

¹⁹ Véase, el artículo 2, apartado 14 del Código de Fronteras Schengen (Reglamento 2016/399), al que se remite el artículo 2.3 del Reglamento de Frontex, así como el artículo 20 de este último instrumento.

Estados miembros periféricos, explica que siempre que sea posible, la cooperación operativa se apoye en su liderazgo²⁰. Sea como fuere, la extraordinaria opacidad que rodea la cooperación operativa, tanto cuando es desarrollada directamente por Frontex²¹ como cuando es puesta en práctica por los Estados miembros, y cuyo máximo exponente es la excesiva generalidad de documentos de referencia clave -como los acuerdos de trabajo de la Agencia, afortunadamente ya públicos a través de sitio en internet- o el carácter secreto de los memoranda de entendimiento concertados por España²², hace extraordinariamente difícil conocer los detalles de las modalidades concretas de cooperación en el desarrollo de las operaciones materiales de interceptación.

Con precedentes en prácticas similares desarrolladas previamente en Estados Unidos o Australia²³, los Estados miembros de la UE se han embarcado en el desarrollo de operaciones de *patrullaje marítimo* que, bajo distintas modalidades, incluyen la práctica de medidas de interceptación. En el caso italiano, y en virtud de acuerdos con las autoridades albanesas y libias, patrulleras italianas procedían directamente al apresamiento y a la devolución de los inmigrantes interceptados a las costas de salida. La reprobación de la política de devoluciones a Libia por el TEDH en 2013 motivaría un

²⁰ En el marco de una cooperación de la que se dice ha de configurarse a medida (*taylor-made*) en función de las circunstancias particulares de cada caso, dejar de contar con el liderazgo del Estado miembro que, por sus lazos históricos, económicos o políticos, o por haber fraguado ya más o menos estrechas relaciones de colaboración con el tercer Estado en cuestión sería no solo absurdo sino, también, un posible incumplimiento del principio de subsidiariedad.

²¹ Para una visión crítica de la falta de transparencia de la Agencia puede verse, a título de ejemplo, BALDACCINI, A., "Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operations at Sea", en B. Ryan y V. Mitsilegas (eds.), *Extraterritorial...*, cit., pp. 236-237; CARRERA, S. *The EU Border Management Strategy: Frontex and the Challenges of Irregular Immigration in the Canary Islands*, CEPS, 2008", pp. 20 y ss.; PERKOWSKI, N., "A normative assessment of the aims and practices of the European border management agency Frontex", Refugee Studies Centre, Oxford Department of International Development, University of Oxford, Working Paper Series nº 81, p. 20; o URREA CORRES, M., "El control de fronteras de la Unión Europea y su dimensión exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de FRONTEX", en J. Martín y Pérez de Nanclares (Coord.), *La dimensión exterior...*, cit., pp. 244 y ss.

²² La práctica española en la materia se pretende amparar -al menos teóricamente- en una media docena de memorandos de entendimiento que, con la salvedad del concertado con Cabo Verde en 2008, no han sido objeto de publicación oficial ni de tramitación parlamentaria alguna por considerarse simples acuerdos administrativos o entre las autoridades administrativas o policiales implicadas. Integran por ello, en ilustrativa expresión, el *lado oscuro* de la política exterior española en materia migratoria. GONZÁLEZ VEGA, J., "La inmigración irregular y la política convencional: Examen de la práctica española", en J. De Lucas (dir.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Madrid, 2009, pp. 118 y ss.; *Idem*, "El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº 111 (2013), pp. 182 y ss.

²³ Véase, sobre la práctica estadounidense, FRENZEN, N., "US Migrant Interdiction Practices in International and Territorial Waters", en B. Ryan y V. Mitsilegas (eds.), *Extraterritorial...*, cit., pp. 375 y ss.; LEGOMSKY, N., "The USA and the Caribbean Interdiction Program", *IJRL*, vol. 18 (2006), pp. 677 y ss.; o GOODWIN-GILL, G., "The Haitian Refoulement Case: A Comment", *IJRL*, vol. 5 (1994), pp. 103-110. Por su parte, dan cuenta de la práctica australiana, incluyendo el célebre incidente del Tampa, entre otros, BAILLIET, C., "The Tampa case and its Impact on Burden Sharing at Sea", *Human Rights Quarterly*, vol. 25 (2003), pp. 741 y ss.; BOSTOCK, C.M.J., "The International Legal Obligations owed to the Asylum Seekers on the *MV Tampa*", *IJRL* (2002), pp. 279 y ss.; KNEEBONE, S., "Controlling Migration by Sea: The Australian Case", en B. Ryan y V. Mitsilegas (eds.), *Extraterritorial...*, cit., pp. 347 y ss.; MATHEW, P., "Australian Refugee Protection in the Wake of the Tampa", *AJIL*, vol. 96 (2002), pp. 661 y ss.; o WILLHEIM, E., "MV Tampa: The Australian Response", *IJRL*, vol. 15 (2003), pp. 159 y ss..

cambio de estrategia consistente en capacitar material, logística y personalmente a la guardia costera de ese país y endosar directamente a esta última la práctica de las interceptaciones²⁴. Más sutiles desde el principio, las operaciones españolas, organizadas en aguas de terceros países en forma de patrullas conjuntas –en la práctica, embarcando a agentes de esos países en patrulleras españolas- evitan el contacto con los inmigrantes mediante interceptaciones basadas en la interposición y en la actuación en forma de órdenes conminatorias por parte de los agentes locales²⁵.

La creación de Frontex ha supuesto, a través de lo que constituye su actividad más visible y costosa, el reforzamiento de las actuaciones nacionales a través de operaciones de considerable envergadura que, bajo financiación europea, suponen la organización y coordinación por la Agencia del apoyo de los Estados miembros, y eventualmente de terceros países, que voluntariamente lo acepten al Estado miembro especialmente afectado, a quien corresponde liderar la operación. Las operaciones marítimas están sometidas a una detallada regulación, representada por el Reglamento de Fronteras Marítimas de 2014²⁶, tributaria de la concepción general que preside el sistema Schengen y el régimen de Dublín, y que hace recaer en el Estado de acogida la responsabilidad de su dirección operativa y del desembarco de las personas interceptadas. Pese a la progresiva inclusión de las actividades de salvamento y rescate en el mandato de las operaciones marítimas, se trata de una función accesoria y secundaria respecto de su principal misión, que no es otra que el control de fronteras. En cualquier caso, el desarrollo de las operaciones se caracteriza por una notable opacidad y falta de transparencia²⁷.

²⁴ Respecto de la práctica italiana previa a la caída del coronel Gaddafi, véase HAMOOD, S., “EU-Libya Cooperation...”, *cit.*, pp. 19 y ss.; DI PASCALE, A., “Migration Control...”, *cit.*, pp. 296 y ss.; HUMAN RIGHTS WATCH, *Pushed Back, Pushed Around. Italy’s Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya’s Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers*, 2009, Doc. 1-56432-537-7; o PASTAVRIDIS, E., *The Interception of Vessels on the High Seas: Contemporary Challenges to the Legal Order of the Oceans*, Oxford, 2014, pp. 284 y ss.

²⁵ Por lo que respecta a la poco transparente práctica española, y junto a las escasas referencias al asunto del Marine I que cabe consignar (CAT, J.H.A. v. Spain, Decision 10.XII.2008, Communication n° 323/2007, CAT/C/41/D/323/2007; o CEAR, *La situación de los refugiados en España. Informe 2008*, pp. 51 y ss.), puede verse mi trabajo *Controles migratorios y derechos humanos*, apdo. 2.3.2 (en prensa).

²⁶ Reglamento 2014/656/UE, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia, DO L 189, de 27.VI.2014, pp. 93 y ss.

²⁷ Para una aproximación general a las operaciones marítimas de Frontex puede consultarse QUINDIMIL LÓPEZ, J.A., “La Unión Europea, Frontex y la Seguridad en las Fronteras Marítimas. ¿Hacia un Modelo Europeo de Seguridad Humanizada en el Mar?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 41 (2012), pp. 57 y ss.; OANTA, G.A., “Desarrollos jurídicos controvertidos en la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores de la Unión Europea en el marco de FRONTEX. A propósito de la Decisión 2010/252/UE”, en Sobrino Heredia, J.M et alt (Coords.), *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española. Décimas Jornadas Extraordinarias Escuela Diplomática-Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, 22 de junio de 2010, Escuela Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Colección Escuela Diplomática n° 17 (2011), pp. 171 y ss.; URREA CORRES, M., “El control de fronteras...”, *cit.*, pp. 249 y ss.; ESTEVE GARCIA, F. “El rescate como nueva función europea en la vigilancia del Mediterráneo”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 111, 2015, pp. 153 y ss.; o MARINAI, S. “The interception and rescue at sea of asylum seekers in the light of the new EU legal framework”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 55 (2016), pp. 901 y ss.

Pese a haber recibido una atención mediática mucho menor que la prestada a infraestructuras similares en otros países, los Estados miembros periféricos más afectados por los flujos migratorios irregulares en sus fronteras terrestres vienen consagrando notables esfuerzos a la tarea de blindar esas fronteras mediante la construcción de las llamadas *vallas migratorias*. Se trata, en realidad, de más o menos sofisticadas estructuras que acostumbran a combinar elementos disuasorios y de contención –vallas, alambradas con cuchillas, zanjas o fosos- con canales de comunicación y elementos preferentemente tecnológicos de vigilancia y detección. Con el prominente precedente de las sofisticadas vallas de Ceuta y Melilla²⁸, construidas a finales de la década de los noventa y notablemente reforzadas desde entonces, al menos otra media docena de Estados miembros de la UE –entre ellos, Grecia, Bulgaria, Hungría, Eslovenia, Austria o Francia-, además de algún país vecino –Macedonia- se han embarcado más o menos decididamente en iniciativas similares²⁹. Aunque, ante la impopularidad de este tipo de mecanismos de control migratorio, la UE se ha desmarcado tradicionalmente de apoyarlos expresamente, es evidente que el modelo sobre el que se asienta el sistema de Schengen fomenta el recurso a los mismos por parte de los Estados periféricos.

No ha faltado, por último, entre los países europeos, el recurso al expediente de la *escisión de territorios*, es decir, la parcial privación del carácter de territorio estatal a espacios fronterizos a fin de negar a quienes a ellos acceden las garantías derivadas de la legislación migratoria y de asilo. Ahí están las prácticas francesa o británica en relación con las zonas internacionales de puertos o aeropuertos³⁰, o el imaginativo concepto de frontera operacional desarrollado por las autoridades españolas de Interior³¹. Se trata sin

²⁸ Sobre las vallas de Ceuta y Melilla, véase CASTÁN PINOS, J., “Building Fortress Europe? Schengen and the Cases of Ceuta and Melilla”, Working Paper, Centre for International Border Research, Belfast, 2009; ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., “Las fronteras terrestres de España en Melilla: delimitación, vallas fronterizas y tierra de nadie”, *REEI*, nº 28 (2014), pp. 17 y ss.; o SADDIKI, S., *World of Walls. The Structure, Roles and Effectiveness of Separation Barriers*, Cambridge, 2017, pp. 57 y ss.

²⁹ Puede encontrarse una amplia descripción del fenómeno en mi trabajo, ya citado, *Controles migratorios y derechos humanos*, apartado 2.4.

³⁰ Véase, respectivamente, los antecedentes de hecho de los asuntos *Amuur* o *Gebremedhin*, citados más abajo, y BARNES, R., “The International Law of the Sea and Migration Control”, en B. Ryan y V. Mitsilegas, *Extraterritorial...*, cit., pp. 117-119. Para una aproximación general a este tipo de prácticas, VALLE GÁLVEZ, A., “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza”, *REEI*, vol. 9 (2005), p. 3.

³¹ Se trata de una táctica argumentativa desarrollada en el seno del Ministerio del Interior, orientada a dotar de fundamento jurídico a las denominadas *devoluciones en caliente*, y de carácter paralegal, cuyo rastro ha de seguirse a través de intervenciones parlamentarias o manifestaciones de las autoridades del Ministerio del Interior, así como de documentos internos de los mandos de la Guardia Civil. Su formulación práctica más relevante se encuentra en un documento confidencial firmado por el Coronel Jefe de la Guardia Civil de Melilla, denominado Orden de Servicio 6/2014 titulada “Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras”, y del que se da cuenta en el auto del Juzgado de Primera e Instancia e Instrucción número 2 de Melilla, Diligencias Previas, Proc. Abreviado 0000866/2014, de 11.IX.2014. Sobre todo ello, GARCÍA ANDRADE, P., “Devoluciones en caliente de ciudadanos extranjeros a Marruecos”, *REDI*, vol. 67 (2015-1), pp. 214 y ss.; y GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Inmigración y derechos humanos: las devoluciones en caliente de inmigrantes subsaharianos desde España a Marruecos”, en *Anuario de los Cursos de Derecho Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVII (2017), pp. 151 y ss.

embargo de un expediente que no ha contado hasta ahora con la relevancia que sí ha asumido en otras latitudes, en particular, en la práctica australiana³². Buena parte de la responsabilidad de que ello haya sido así se ha de buscar, como a continuación se verá, en la jurisprudencia del TEDH.

III. ELUSIÓN DE RESPONSABILIDADES Y REHABILITACIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍAS: LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A la hora de intentar una aproximación jurídica a las políticas europeas de externalización así descritas, como punto de partida parece necesario no perder de vista cuatro ideas. En primer lugar, su aplicación puede tener terribles consecuencias en términos materiales y de disfrute de los derechos humanos para las personas que son objeto de las medidas de interceptación³³. En segundo lugar, aunque los Estados tienen reconocidas amplísimas competencias soberanas para regular la entrada y estancia en su territorio de extranjeros y para asegurar su respeto, esas competencias no son ilimitadas, y entre esos límites ocupan un lugar preeminente los que derivan de las normas internacionales y europeas en materia de derechos humanos y de protección internacional³⁴. En tercer lugar, como mínimo en el caso europeo, los países que aplican y las instituciones que promueven la externalización de controles migratorios se definen como Estados y como Unión de Derecho, respectivamente, lo que implica, como recordara el Tribunal de Luxemburgo en

³² Sin duda, su ejemplo más conspicuo está representado por el centro de detención y procesamiento de cuestiones migratorias erigido por las autoridades australianas en Christmas Island. Para una aproximación al mismo, puede verse COMMONWEALTH OMBUDSMAN, *Christmas Island immigration detention facilities. Report on the Commonwealth and Immigration Ombudsman's Oversight of Immigration Processes on Christmas Island. October 2008 to September 2010*. February 2011.

³³ Pese a los extraordinarios avances que se nos dice se han conseguido en la consecución de los objetivos del milenio, basta una simple mirada al *ranking* de países en función de sus niveles de desarrollo humano y a los correspondientes indicadores con los que aquel se elabora para apreciar el abismo que aún separa al Norte-receptor del Sur-emisor de flujos migratorios. Pero, además, no puede negarse que lo que para el migrante económico puede no ser más que una aspiración más que respetable y comprensible –incrementar de manera espectacular sus oportunidades de mejorar su bienestar personal y el de sus allegados-, para quien es objeto de persecución en su país de origen o para quien huye de situaciones de extrema violencia, decir que se trata de una cuestión de vida o muerte puede dejar de ser una retórica hipérbole para convertirse en una incontestable realidad.

³⁴ Frente a la idea que podría desprenderse de la poco afortunada redacción del artículo 26 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Expulsión de Extranjeros y su correspondiente comentario (Comisión de Derecho Internacional, *Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 66º período de sesiones -5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014-, Asamblea General, Documentos Oficiales. Sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento nº 10 (A/69/10), los órganos de garantía de los derechos humanos y, muy especialmente el TEDH vienen insistiendo hasta la saciedad en que, aunque los Estados cuentan con amplias competencias para regular no solo la estancia y trabajo, sino también la entrada de los nacionales de terceros Estados a su territorio, esas competencias no son ilimitadas, y que entre los límites existentes ocupan un papel fundamental los que derivan de las normas internacionales en materia de derechos humanos y de protección internacional. Para un tratamiento general del tema, puede verse la reciente contribución de TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “Los derechos humanos como límite a la gestión de los flujos migratorios mixtos”, *REEI*, nº 36 (2018).

el asunto *Les Verts*³⁵, la sujeción del poder público -de todo él- a la ley y al Derecho. Y en cuarto lugar, pese a ello, no faltan ni carecen precisamente de autoridad, las voces que ven en las políticas de externalización de controles migratorios una estrategia de huida de responsabilidades o de evasión de las garantías legales internas e internacionales, basada en una disociación de controles y derechos que desplaza los primeros sin acompañarlos de los segundos³⁶.

Lleva razón V. MITSILEGAS cuando señala que este tipo de políticas plantean retos de altísima intensidad desde el punto de vista de las exigencias derivadas del imperio de la ley y del núcleo de la noción de dignidad humana³⁷. Seguramente la mejor forma de afrontarlos sea, en la línea sugerida por B. RYAN, intentar restaurar las garantías legales y democráticas arrinconadas³⁸.

En esa restauración de los controles así eludidos, la respuesta de los órganos internacionales de garantía de los derechos humanos y, muy particularmente entre ellos, del TEDH, resulta de extraordinaria trascendencia. De hecho, a la pregunta de si es posible restablecer esos controles, la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo ofrece algunas respuestas afirmativas que, no por parciales ante el panorama general de las políticas de externalización, dejan de ser de cierta relevancia.

Así, el recurso a las ficticias estrategias de deslocalización que representan los espacios o territorios escindidos viene siendo objeto de rechazo por el órgano de Estrasburgo respecto de las zonas internacionales de puertos y aeropuertos desde el temprano asunto *Amuur c. Francia*³⁹, sin que sea descabellado pensar que su doctrina ha influido en la posición de principio que mantiene la directiva de procedimientos respecto de la aplicación de las garantías que en ella se establecen a las solicitudes de protección internacional presentadas en puestos fronterizos y zonas internacionales de puertos y

³⁵ Sentencia *Parti écologiste Les Verts*/Parlamento Europeo, C-294/83, EU:C:1986:166, apdo. 23.

³⁶ En ese sentido, entre otros, BIALASIEWICZ, L., “Off-shoring and out-sourcing the borders of Europe: Libya and EU border work in the Mediterranean”, *Geopolitics*, vol. 17 (2012), pp. 843 y ss.; GAMMELTOFT-HANSEN, TH., “The refugee, the sovereign and the sea: EU interdiction policies in the Mediterranean », DIIS Working Paper, n° 2008/6, p 258; RYAN, B., “Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?”, en B. Ryan y V. Mitsilegas, *Extraterritorial... , cit.*, p. 3; BROWER, E., “Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the Responsibility of the EU and its Member States”, en B. Ryan y V. Mitsilegas, *Extraterritorial... , cit.*, p. 200; TAYLOR NICHOLSON, E. “Cutting off the Flow: Extraterritorial Controls to Prevent Migration”, Warren Institute, University of California, Berkeley Law School, July 2011, p. 2; FERNANDEZ, M., *La responsabilité du fait des violations des droits de l’homme dans le cadre des opérations maritimes coordonnées par l’Agence Frontex*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2012, p. 64; o PAZ, M., “Between the Kingdom and the Desert Sun: Human Rights, Immigration, and Border Walls”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 34 (2016), p. 21.

³⁷ MITSILEGAS, V., “Extraterritorial Immigration Control in the 21st Century: The Individual and the State Transformed”, en B. Ryan y V. Mitsilegas, *Extraterritorial... , cit.*, p. 63.

³⁸ RYAN, B., “Extraterritorial...”, *cit.*, pp. 46 y ss.

³⁹ *Amuur c. France*, 25 June 1996, § 39, Reports 1996-III, §§ 41 y ss.. La misma idea subyace a los pronunciamientos del TEDH en los asuntos *D. v. The United Kingdom*, 2 May 1997, Reports 1997-III, § 48; y *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, n° 25389/05, 26 avril 2007, §§ 66-67, Reports 2007-II. Y en ella se basa también la posición de nuestro Tribunal Constitucional. Auto del Tribunal Constitucional 55/1996, de 6 de marzo, F.J. 5.

aeropuertos⁴⁰. En cambio, la sala que resolvió en primera instancia el asunto N.T. y N.D. contra España, con el pretexto de no entrar en la controversia territorial hispano-marroquí sobre las plazas norteafricanas, eludió el problema de si la zona intermedia de la valla de Melilla es territorio sometido a la aplicación del Convenio⁴¹. De haber seguido otra actitud y haber fundado la jurisdicción sobre el vínculo territorial se habría confirmado el pleno sometimiento de las vallas migratorias a los límites que, como ya apuntara en sus pronunciamientos sobre el muro de Berlín el propio TEDH, derivan del Convenio en relación con este tipo de instalaciones⁴². Apreciación en absoluto baladí a tenor de las dudas que suscitan algunos elementos recurrentes en el diseño de las vallas anti-inmigración⁴³. La solicitud de reexamen presentada por España ofrece a la Gran Sala la ocasión de enmendar el error.

Del mismo modo, en una actitud diametralmente opuesta a la mantenida por los tribunales supremos estadounidense⁴⁴ y australiano⁴⁵, el TEDH confirmó en el fundamental asunto

⁴⁰ Véanse los artículos 1 y 43 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26.VI.2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), DO L 180, de 29.VI.2013, pp. 60 y ss.

⁴¹ *N.T. et N.D. c. Espagne*, nos. 8675/15 y 8697/15, 3 Octubre 2017, ECHR 2017, §§ 54-55. En él se planteaba en efecto la posible vulneración por parte de nuestro país de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros establecida en el Protocolo adicional nº 4 (art. 4) como consecuencia de la interceptación en dicha zona intermedia y la subsiguiente entrega por parte de efectivos de la guardia civil a agentes marroquíes y sin seguir tramitación administrativa alguna, de dos individuos subsaharianos que el 13 de agosto de 2014 habían logrado saltar la primera de las vallas que, a lo largo de todo el perímetro de la frontera terrestre, conforman el entramado fronterizo melillense. A fin de eludir entrar siquiera incidentalmente en la controversia hispano-marroquí, la sala fundó su competencia en el control efectivo verificado por los agentes de la guardia civil sobre los demandantes en la llamada zona intermedia.

⁴² Para el TEDH, el uso de sistemas letales indiscriminados y automáticos en el marco de la práctica y la legislación relativa al muro de Berlín, así como la naturaleza categórica de la orden de “aniquilar a los violadores de la frontera”, representaba no solo una violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también una conducta criminal de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, de modo que el castigo de los responsables no podía considerarse una vulneración del principio de legalidad penal por mucho que se tratara de prácticas exigidas por el derecho interno de la DDR. *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, §§ 72 y 73, 22 march 2001, Reports 2001-II; y *K.-H.W. c. Allemagne*, nº 37201/97, §§ 66 y 67, 22 mars 2001, Reports 2001-II. A una conclusión similar llegó el Comité de Derechos Humanos. *Baumgarten c. Alemania*, Comunicación no. 960/2000, Comité de Derechos Humanos (CCPR), 78 periodo de sesiones, Doc. CCPR/C/78/D/960/2000, 19 de septiembre de 2003, § 9.4.

⁴³ EUROPA PRESS, “El Defensor del Pueblo: ‘Las concertinas es un sistema de una crueldad extraordinaria’”, 14.VI.2018.

⁴⁴ En el asunto *Sale* el Tribunal Supremo de Estados Unidos avaló la política de interceptación marítima y deportaciones automáticas decretada por el presidente G.H.W. Bush para atajar el problema de los balseiros haitianos a principios de los noventa apoyándose, esencialmente, en la supuesta falta de eficacia extraterritorial del principio de no devolución reconocido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra. *Sale v. Haitian Centers Council*, 509 U.S. 155 (1993), apdo. IV. Para un análisis crítico del citado asunto, GOODWIN-GILL, G.S., “The Haitian Refoulement Case: A Comment”, *IJRL*, vol. 6 (1994), pp. 103 y ss. La solución mantenida en el asunto *Sale* sería rechazada cuatro años después por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *ComIDH, The Haitian Centre for Human Rights et al. V. United States*, Case 10.675, § 157.

⁴⁵ En el asunto del *Tampa*, la *Federal Court* australiana respaldó la estrategia de contención migratoria en el mar conocida como “Solución del Pacífico” considerando que el desempeño de las funciones de “gatekeeping”, es decir, las orientadas a prevenir la entrada en territorio australiano, constituía una prerrogativa del ejecutivo que no había sido alterada por la legislación migratoria, sin que la intervención de los agentes australianos hubiera generado una situación de detención que pudiera dar lugar a una petición

Hirsi Jamaa la aplicabilidad del Convenio a las interceptaciones marítimas llevadas a cabo por agentes de los Estados parte en alta mar desde buques de Estado de su pabellón⁴⁶. Y constató, además, que la entrega de las personas interceptadas o rescatadas, sin su previa identificación y sin ofrecerles la oportunidad de exponer las razones que puedan oponerse a su devolución, a las autoridades de un tercer país en el que existe un riesgo real de ser sometidas a tratos inhumanos, representa una violación de la prohibición de devolución que deriva del artículo 3 del Convenio, así como de la prohibición de expulsiones colectivas establecida en el artículo 4 de su cuarto protocolo adicional⁴⁷.

IV. LA RECONSTRUCCIÓN PENDIENTE: LA PROBABLE JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO EN RELACIÓN CON OTRAS MEDIDAS DE INTERCEPTACIÓN

Más allá de los supuestos comentados, la cuestión de si el CEDH permitiría profundizar y extender el restablecimiento de los controles eludidos con las estrategias de externalización a otras medidas de interceptación es un interrogante rodeado de extraordinaria incertidumbre. Tratándose de *medidas puestas en práctica en el exterior*, su fundamentación exige tomar en consideración la cada vez más abierta doctrina del TEDH sobre los supuestos en que, de conformidad con el artículo 1 CEDH, un individuo situado fuera de sus fronteras está sometido a la jurisdicción de los Estados parte. Pero, tratándose de manera creciente de *medidas puestas en práctica por órganos, agentes o individuos que no tienen la consideración de órganos de los Estados parte y en las que participan de manera creciente una pluralidad de actores*, resulta también imprescindible no perder de vista las normas internacionales en materia de atribución de comportamientos o de responsabilidad a dichos Estados⁴⁸. No se puede olvidar, sin

de *habeas corpus*. En su más conocido pasaje se afirma que “(T)he power to determine who may come into Australia is so central to its sovereignty that it is not to be supposed that the Government of the nation would lack the power conferred upon it directly by the Constitution, the ability to prevent people not part of the Australia community, from entering”. *Ruddock v Vadarlis* [2001] FCA 1329 (18 September 2001), Federal Court (Full Court) (Australia).

⁴⁶ *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 February 2012, ECHR 2012, §§ 81-82.

⁴⁷ *Idem*, §§ 122 y ss., y 180 y ss.. De la relevancia del asunto *Hirsi Jamaa* da cuenta el extraordinario interés doctrinal que el mismo suscitó. Pueden verse, entre otros, CARRILLO SALCEDO, J.A., “Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirsi Jamaa* y otros contra Italia (Sentencia de 23 de febrero de 2012). Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 32 (2013), pp. 285 y ss.; BOLLO AROCENA, M.D., “Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa* y otros c. Italia (2012)”, en Torres Bernárdez, S. (coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 647 y ss.; MORENO-LAX, V., “*Hirsi v Italy* or the Strasbourg Court v Extraterritorial Migration Control?”, in *Human Rights Law Review*, 2012, pp. 574 y ss.; o DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “TEDH –Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), *Hirsi Jamaa* e.a. c. Italia, 27765/09 – Artículo 3 y 13 CEDH; Artículo 4 del Protocolo n.º 4 – Tortura y tratos inhumanos y degradantes – Derecho a un recurso efectivo – Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46 (2013), pp. 1119 y ss.

⁴⁸ Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (PAREHII en lo sucesivo), Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en el

embargo, que las soluciones que apunten estas últimas solo habrán de seguirse en la medida en que sean compatibles con un instrumento que reúne la doble condición de ser un tratado de derechos humanos y, en palabras del TEDH, el instrumento constitucional del orden público europeo⁴⁹.

El concepto de plataformas regionales de desembarco en el exterior del que se viene hablando desde el verano de 2018 carece todavía de la necesaria concreción. No obstante, cabría afirmar de entrada que cualquier fórmula parecida a la ensayada por Estados Unidos en Guantánamo o por Australia en Nauru o Papúa Nueva Guinea muy probablemente implicaría control efectivo sobre personas y ejercicio de prerrogativas públicas por parte de autoridades de los Estados parte y supondría la aplicación del Convenio. Quizá por ello, es apreciable un claro desmarque respecto de esas soluciones en el todavía muy ambiguo ejercicio exploratorio que sobre tal concepto viene realizando la Comisión Europea⁵⁰.

quincuagésimo tercer período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), *Anuario de la Comisión de Derecho internacional 2001*, Volumen II, Segunda parte, pp. 26 y ss

⁴⁹ Según reiterada doctrina del TEDH, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas “en la medida de lo posible” en coherencia con otras reglas de Derecho Internacional (entre otros muchos, *McElhinney v. Ireland*, No. 31253/96, 21 November 2001, § 36; *Hassan v. The United Kingdom*, No. 29750/09, 16 September 2014, § 77, ECHR 2014; *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, § 77, ECHR 2011; o, muy especialmente, *Loizidou v. Turkey*, No. 15318/89, 18 December 1996, § 43, Reports 1996-VI). Aunque, según ese mismo órgano, “el test para establecer la existencia de “jurisdicción” en virtud del artículo 1 de la Convención nunca ha sido equiparado al test para establecer una responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito en virtud del Derecho Internacional General” (*Catan and Others v. The Republic of Moldova and Russia*, Nos. 43370/04, 18454/06 y 8252/05, 19 October 2012, § 115, ECHR 2012; y *Jaloud v. The Netherlands*, [GC] no. 47708/08, 20 November 2014, ECHR 2014 § 154, ECHR 2014) se trataba con ello de rechazar que las reglas de atribución previstas en los proyectos de la CDI en materia de responsabilidad internacional, y la restrictiva interpretación que de los mismos ha hecho la CIJ, puedan emplearse con la finalidad de limitar la aplicación extraterritorial del Convenio, exclusivamente, a conductas y acciones concretas realizadas bajo instrucciones, dirección o control de un Estado parte. La toma en consideración de tales reglas resulta imprescindible en todos los supuestos en los que, bien el control –sobre territorios o sobre personas- determinante de la concurrencia de jurisdicción, bien la presunta violación del Convenio, es el resultado de comportamientos –acciones u omisiones- en los que, junto a órganos de los Estados parte concurren actores privados, órganos de terceros Estados y/o instituciones internacionales. Véanse, a título de ejemplo, los asuntos *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, [GC], no. 55721/07, 7 July 2011, § 135; *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26 June 1992, Series A no. 240, §§ 91 y 96; o *Gentilhomme and Others v. France*, nos. 48205/99, 48207/99 and 48209/99, 14 May 2002, § 20.

⁵⁰ En el Consejo Europeo de julio de 2018, los jefes de Estado y de Gobierno instaron al Consejo y a la Comisión a que estudiaran el concepto de plataformas regionales de desembarque en cooperación con los terceros países correspondientes, ACNUR y la OIM, aseverando que las mismas deberían funcionar “respetando plenamente el Derecho internacional”. Consejo Europeo, Bruselas, 28 de junio de 2018, EUCO9/18, para. 5. La idea sigue aún en fase exploratoria, aunque algunos extremos de su eventual contenido aparecen perfilados en un documento de la Comisión. Se trataría de acuerdos con terceros países próximos a las zonas de rescate de inmigrantes en el mar que aseguraran zonas seguras para un rápido desembarco y en las que se garantizaran plenamente sus derechos, incluyendo el principio de *non-refoulement*. En ellos se desarrollarían, en colaboración con ACNUR y la OIM, los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado. De tal modo que quienes vieran su estatuto de refugiado así reconocido serían preferentemente reasentados en la UE, mientras que en caso contrario se procedería a su repatriación. El documento sin embargo no aclara quien examinaría las solicitudes de protección, señalando simplemente que la responsabilidad para la gestión de los procesos posteriores al desembarco tendría lugar

Por lo que respecta a las operaciones de interceptación marítima sin contacto⁵¹ -es decir, sin comportar la custodia siquiera breve de los individuos afectados-, y en relación en primer lugar con las verificadas directamente por buques de los Estados parte bajo el control de sus propios agentes que, en lugar de embarcar a las personas interceptadas, se limitan a bloquear la trayectoria de pateras, cayucos o más o menos precarias embarcaciones neumáticas, obligándolas a retornar a la costa de partida o posibilitando su captura por guardacostas de terceros Estados, los precedentes de los asuntos *Marine I*⁵² y *Xhavara*⁵³ ante el Comité contra la Tortura (CAT) y el TEDH, respectivamente, permitirían pensar en la existencia de un supuesto de control efectivo sobre personas desencadenante de la aplicación del Convenio. En segundo lugar, con base incluso en la idea de control de situaciones o acontecimientos específicos de las que dependen derechos esenciales reconocidos en el Convenio manejada por el TEDH en el asunto *Jaloud*⁵⁴,

con el apoyo de todos los actores implicados y en cooperación con ACNUR y la OIM. Sí se indica que no se trataría de crear campos de refugiados ni centros de detención, sino de un conjunto de reglas y procedimientos para asegurar en un primer momento un desembarco seguro y ordenado, y el adecuado procesamiento posterior de la situación de los afectados. EUROPEAN COMMISSION, *Non-paper on regional disembarkation arrangements*. Accesible a través del hipervínculo en el texto de la nota de prensa *Managing migration: Commission expands on disembarkation and controlled centre concepts*, Press Release, Brussels, 24.VII.2018.

⁵¹ La expresión es de V. MORENO LAX y M. GIUFFRÉ, “The Raise of Consensual Containment: From ‘Contactless Control’ to ‘Contactless Responsibility’ for Forced Migration Flows”, en S. Juss (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law*, en prensa.

⁵² Pese a que la queja fue declarada inadmisibile por problemas vinculados con la representación de las víctimas demandantes, el Comité no dejó de recordar su Comentario General nº 2 para insistir en que, aunque el artículo 2.1 CAT se refiere únicamente a la aplicación del Convenio a los territorios en los que los Estados parte ejercen -directa o indirectamente, en todo o en parte, o *de iure* o *de facto*- un control efectivo, el concepto de jurisdicción -y, consiguientemente, la aplicación del Convenio y su propia competencia en virtud del art. 22- debe incluir también las situaciones en las que un Estado ejerce, directa o indirectamente, *de iure* o *de facto*, control sobre personas en situación de detención. En particular, el Comité afirmó que España había ejercido un control *de facto* sobre las personas rescatadas a bordo del *Marine I* en el trayecto desde su interceptación hasta su desembarco en Nuadibú, y que ese control *de facto* se había mantenido y complementado con un control *de iure*, en virtud del acuerdo diplomático celebrado con las autoridades mauritanas, durante todo el proceso de identificación y repatriación que tuvo lugar en el puerto de la citada localidad. Concluyó por todo ello que las presuntas víctimas se encontraron sometidas a la jurisdicción española. Committee against Torture, *J.H.A. v. Spain*, Decision 10.XII.2008, Communication nº 323/2007, CAT/C/41/D/323/2007, § 8.2.

⁵³ Aunque el TEDH declaró la inadmisibilidad de las demandas por cuestiones vinculadas con el agotamiento de los recursos internos y la falta manifiesta de fundamento, del hecho de que anticipara cuestiones de fondo sobre la existencia o no de una privación de libertad a los efectos del art. 5.1 o sobre cuándo hay vulneración del derecho a abandonar el propio país cabría deducir una aceptación de la existencia de jurisdicción en caso de colisión por abordaje, como mínimo en aquellos casos en que el mismo tiene una cobertura *de iure* basada en el consentimiento por parte del Estado del pabellón del buque interceptado. *Xhavara et autres c. Italie et Albanie* (dec.), no. 39437/98, ECHR 2001.

⁵⁴ En el citado asunto, el órgano de Estrasburgo barajó la idea del *control de situaciones o acontecimientos específicos* para afirmar la aplicación extraterritorial del Convenio en un caso relacionado con la posible vulneración de su artículo 2 por la muerte de un individuo como consecuencia de los disparos efectuados por miembros de un contingente militar holandés. En particular, el disparo se había realizado por un militar holandés, desde un punto de control -checkpoint- gestionado por el ejército iraquí, en cumplimiento de funciones de asistencia al pueblo de Iraq en el establecimiento de condiciones de estabilidad y seguridad previstas en la Resolución 1483 del Consejo de Seguridad y en una zona de Iraq en la que no cabía hablar ni de ocupación ni de exclusivo control del territorio. *Jaloud* (2014), cit., § 139. En el mismo sentido, en

seguramente podría fundamentarse la aplicación del CEDH y la eventual responsabilidad de los Estados parte ante situaciones de incumplimiento de las obligaciones internacionales de salvamento y rescate por parte de buques de los Estados parte presentes en la zona del siniestro o cuando la interposición desencadena la captura por guardacostas foráneos. Y en tercer lugar, y en lo que se refiere a las patrullas conjuntas como las que llevan a cabo patrulleras españolas del servicio marítimo de la Guardia Civil (SEMAR) en aguas mauritanas o senegalesas⁵⁵, cabe defender la responsabilidad de nuestro país en virtud del CEDH, pues todo apunta a que no estamos en presencia de un supuesto de puesta a disposición de órganos o agentes de nuestro país a disposición de un tercer Estado en el sentido del artículo 6 del proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hecho internacionalmente ilícito (PAREHII), toda vez que ni aquellos se encuentran bajo la exclusiva dirección y control de éste, ni su actuación lo está, al menos preeminentemente, al servicio de los fines de dicho Estado⁵⁶.

Por su parte, también cabría defender la aplicación del Convenio y la eventual responsabilidad en virtud del mismo de los Estados parte en los casos en los que las medidas de interceptación son *impuestas a operadores privados o practicadas a través de estos últimos*. En casos similares a los planteados en el incidente que motivó el secuestro preventivo del *Open Arms* por las autoridades italianas⁵⁷, y siempre que se pudiera acreditar la existencia de órdenes o instrucciones por parte de estas últimas, la eventual entrega de las personas rescatadas por embarcaciones privadas, sean éstas de ONG's de rescate o no, a autoridades extranjeras –por ejemplo, a los guardacostas libios– existiendo riesgo de violación grave de derechos esenciales reconocidos en el Convenio,

un asunto muy similar en los hechos, *Pisari v. The Republic of Moldova and Russia*, No. 42139/12, 21 April 2015, § 33, ECHR 2015.

⁵⁵ En ejecución de los programas *Seahorse* y la operación *Hera*, y a bordo de embarcaciones del SEMAR de la Guardia Civil destacadas en puertos mauritanos y senegaleses, las patrullas conjuntas realizan actividades de vigilancia contra la inmigración irregular y otras formas de delincuencia y, en ese concepto, bajo la coordinación del Centro de Coordinación de Santa Cruz de Tenerife, participan en operaciones de interceptación que se desarrollan incluso en el mar territorial y la zona contigua de esos países a fin de impedir la salida de cayucos y otras embarcaciones con migrantes irregulares hacia las Islas Canarias (CASAS-CORTES, M., ET ALT, “Good Neighbours...”, cit. pp. 242-243; o CARRERA, S., *The EU Border...*, CIT., pp. 21-22). Hay indicios de que experiencias similares se han intentado por parte de España con Marruecos (GIL-BAZO, M.T., “The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Union’s Justice and Home Affairs External Dimension – The Safe Third Country Concept Revisited”, *IJRL*, vol. 18 (2006), p. 587; o GARCÍA ANDRADE, P., “Extraterritorial Strategies to Tackle irregular immigration by Sea: A Spanish Perspective”, en B. Ryan y V. Mitsilegas (eds.), *Extraterritorial...*, cit. p. 319) y de Italia con Libia (DEN HEIJER, M., “Europe beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control”, en B. Ryan y V. Mitsilegas, *Extraterritorial...*, cit., p. 172). La opacidad que, como ya se indicó, rodea este tipo de actuaciones, dificulta conocer exactamente los protocolos de actuación y, consiguientemente, saber algo que parece decisivo a la hora de aplicar las reglas determinantes de la existencia de jurisdicción y/o la atribución de responsabilidad a los Estados europeos, en particular, cuál es exactamente el rol concreto que desempeñan en las operaciones de interceptación los agentes de los Estados parte.

⁵⁶ Sobre la interpretación del artículo 6.2 PAREHII que sustenta tal apreciación, véase el comentario correspondiente en *Anuario CDI* (2001), cit., p. 45.

⁵⁷ Sobre el mencionado incidente y el conjunto de problemas jurídicos asociados, véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., “¿Héroes o villanos? Las ONG's de rescate y las políticas europeas de lucha contra la inmigración irregular (A propósito del caso *Open Arms*)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 46 (2018).

podría considerarse como un supuesto de control personal por interposición verificado por el operador privado bajo su instrucción y control, determinante de una posible violación del Convenio atribuible por ese mismo motivo a dicho Estado parte en virtud del artículo 8 PAREHII⁵⁸.

Igualmente, el desempeño en el exterior por las autoridades diplomáticas y consulares de funciones vinculadas, entre otras cosas, con la gestión migratoria y de acceso al territorio, es un supuesto ya aceptado por los órganos de aplicación del CEDH como determinante de su aplicación extraterritorial⁵⁹. Tomando en cuenta esa constatación, no deja de ser muy plausible la afirmación de la responsabilidad de los Estados parte en virtud del Convenio por las actuaciones de control de acceso a los medios de transporte que desempeñan los transportistas privados en el exterior⁶⁰. De hecho, tales actividades de control fueron utilizadas por la propia CDI para ejemplificar los supuestos, reconducibles al art. 5 PAREHII, de atribución al Estado del comportamiento de órganos facultados para el ejercicio de atribuciones del poder público cuando actúan en tal condición⁶¹.

⁵⁸ Para un reciente estudio sobre la a veces un tanto divergente apreciación de los criterios del artículo 8 PAREHII por los diversos órganos judiciales internacionales, véase *per omnium*, BALLESTEROS MOYA, V., *Actores no estatales y responsabilidad internacional del Estado*, Barcelona, 2016.

⁵⁹ El órgano de Estrasburgo tiene declarado como algo que “está claro”, que “los actos de los agentes diplomáticos y consulares, que están presentes en un territorio extranjero de acuerdo con las disposiciones del Derecho internacional, pueden equivaler a un ejercicio de autoridad y control sobre las personas”. *Al-Skeini -2011-*, cit., § 134; o *Bankovic and others v. Belgium and others* (dec.) [GC], no 52207/99, § 75, 12 December 2001, Reports 2001-XII, § 73). Por su remisión a la doctrina de la antigua ComEDH al hacer tal afirmación, cabe entender que el Tribunal asume como supuestos que implican el ejercicio de la jurisdicción y la consiguiente aplicación del Convenio las actuaciones orientadas a promover la expulsión de un individuo del tercer Estado en el que se encuentra (*X. v. Germany*, no. 1611/62, Commission decision of 25 September 1965, Yearbook 8, p. 158), a responder a las pretensiones orientadas a obtener la custodia de un menor que reside en un Estado miembro (*X. v. the United Kingdom*, no. 7547/76, Commission decision of 15 December 1977, DR 12, p. 73), o a gestionar la petición de protección frente a las autoridades del Estado receptor, al menos cuando se resuelve permitiendo que estas últimas penetren en los locales diplomáticos y procedan a la detención de los interesados (*M. v. Denmark*, no. 17392/90, Commission decision of 14 October 1992, DR 73, p. 193).

⁶⁰ Los riesgos que para los derechos de las personas afectadas derivan de las actividades de control que han de verificar los transportistas está reconocido en la propia directiva 2001/51 cuando, en su preámbulo, se declara que su aplicación ha de hacerse sin perjuicio de las obligaciones derivadas del Estatuto de los Refugiados, y se repite en su artículo 4, al disponer que la obligación de sanción a esos operadores se ha de aplicar sin perjuicio de las obligaciones de cada Estado miembro en caso de que el nacional del tercer país busque protección internacional. En el caso español se optó por una polémica respuesta prevista en el artículo 54.3 de la Ley de Extranjería, en cuya virtud la sanción se exceptúa solo en el caso de que presentada por el inmigrante trasladado a España sin contar con los documentos requeridos una solicitud de protección internacional, ésta sea admitida a trámite. En un sentido crítico véase, sobre el particular, ORIHUELA CALATAYUD, E., “El derecho a solicitar asilo. Un derecho en fase terminal por las violaciones del Derecho Internacional”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 9 (2003), nota 71, p. 84.

⁶¹ En lo que parece una respuesta a la cuestión de si estamos en presencia del supuesto de hecho previsto en dicho precepto, la CDI menciona en sus comentarios como ejemplo los casos en que se encomiendan “a compañías aéreas privadas o estatales ciertas facultades en relación con el control de la inmigración”. PAREHII, comentario al artículo 5, para. 2º, *Anuario CDI* (2001), cit., p. 44.

V. LA DUDOSA APLICACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS A LAS MEDIDAS DE ESTÍMULO DE LA COOPERACIÓN POR LOS ESTADOS DE ORIGEN Y TRÁNSITO EN EL CONTROL MIGRATORIO

Dificultades prácticamente insuperables son, en cambio, las que se plantean de cara a justificar que el CEDH y su órgano de garantía puedan ser respectivamente, el instrumento y el cauce adecuado para depurar la responsabilidad legal de los Estados parte por sus políticas orientadas a estimular y/o forzar la práctica de rigurosos controles fronterizos, en este caso para impedir las salidas, por parte de los Estados de origen y tránsito. Para empezar, la exigencia de una suerte de afectación personal, directa o indirecta⁶², implícita en la configuración de la condición de víctima como requisito de admisibilidad de las demandas individuales (art. 34 CEDH) dificulta extraordinariamente la posibilidad de reclamar por esa vía la actuación del TEDH frente a presuntas violaciones derivadas de legislaciones o políticas de carácter general.

Por su parte, con los criterios del PAREHII resulta poco menos que imposible atribuir a los Estados parte actuaciones ejecutivas de interceptación estimuladas sí por los Estados europeos, pero desarrolladas en territorios fuera de su soberanía y no sometidos a su control efectivo por órganos de terceros países que no actúan bajo sus instrucciones, dirección o control. En el citado proyecto se contemplan dos tipos de supuestos en los que las presiones de un Estado sobre otro pueden dar lugar a la responsabilidad internacional del primero. En ambos casos, sin embargo, los requisitos exigidos se caracterizan por una configuración tan rigurosa como para hacer extraordinariamente improbable su concurrencia en los casos que estamos planteando. En relación con el primer supuesto -dirección y control en la comisión del hecho internacionalmente ilícito por otro Estado-, previsto en el artículo 17, la CDI ha insistido en que se trata de supuestos de dominación y/o dirección efectiva por parte de un Estado sobre el comportamiento concreto realizado por otro Estado, sin que puedan entenderse incluidos la simple influencia o interés, ni la mera instigación o sugerencia⁶³. Por su parte, para que las presiones sean constitutivas de una coacción determinante de la responsabilidad por el hecho realizado por el Estado coaccionado –en este caso, una medida de interceptación-, previsto en el artículo 18, deberían concurrir según la CDI los mismos caracteres básicos que en la fuerza mayor, de modo que el Estado coaccionado no tuviera más opción que cometer el hecho ilícito y sin que sea suficiente con que las presiones hubieran hecho más difícil u oneroso actuar conforme a las obligaciones de que se trate⁶⁴. Y esos mismos datos apuntan a que, en principio, no concurre ninguno de los criterios empleados por el TEDH como vínculos de jurisdicción determinantes de la aplicación del Convenio.

⁶² Según la doctrina del órgano de Estrasburgo, un individuo no tiene legitimación para demandar a un Estado parte más que si puede acreditar que está personalmente afectado por la violación que alega del Convenio. En el caso en que esa violación sea el resultado de políticas o medidas de carácter general, ello supone que, salvo en casos excepcionales –por ejemplo, medidas de carácter secreto que impiden saber si una potencial víctima se ha visto realmente afectada o no- tan solo tiene acceso al tribunal quien ha sido objeto de actos de aplicación de tales medidas. *Xhavara* (2001), cit., § 4.

⁶³ PAREHII, comentario al artículo 17, para. 7º, *Anuario CDI* (2001), cit., p. 73

⁶⁴ PAREHII, comentario al artículo 18, para. 2º, *Anuario CDI* (2001), cit., p. 73

No obstante, la ayuda prestada por los países europeos y muy particularmente por Italia, a la denominada guardia costera libia, presenta unos perfiles tan singulares como para plantearse si en los llamados *respingimenti per procura* la actuación de los agentes libios no es susceptible de generar situaciones de sometimiento de inmigrantes y refugiados a la jurisdicción italiana determinante además de la responsabilidad de Italia en virtud del Convenio. De igual modo que el TEDH ha señalado en los asuntos relativos al Norte de Chipre, Transnistria y Nagorno Karabaj que hay jurisdicción cuando las entidades que controlan efectivamente el territorio dependen para su existencia del apoyo y asistencia de un Estado parte⁶⁵, resulta más que verosímil entender que ese puede ser también el caso cuando el apoyo y la asistencia vital del Estado parte lo es para el desarrollo de actuaciones que suponen un control efectivo sobre personas, además de una posible violación del Convenio. Si el apoyo prestado por Italia a los guardacostas libios merece el calificativo de existencial, y si el control personal resultante es susceptible de justificar la jurisdicción del Tribunal y la responsabilidad italiana en virtud del Convenio, son cuestiones que habrá de resolver el TEDH en respuesta a la demanda presentada en mayo de 2018 a cuenta de un incidente acaecido meses antes en el que estaba implicado el *Sea-Watch 3* y en el que resultaron ahogadas más de veinte personas⁶⁶.

⁶⁵ Nótese, muy particularmente, cómo el control efectivo del territorio por sus propios agentes, manejado inicialmente junto con el apoyo decisivo a las autoridades locales separatistas para afirmar la jurisdicción rusa sobre el conjunto de acontecimientos desarrollados en Transnistria (*Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, §§ 380 y 387, 8 July 2004, ECHR 2004-VII), va progresivamente desapareciendo en casos posteriores hasta acabar sustentándose únicamente sobre el apoyo vital o existencial, revelador de “una autoridad efectiva o, al menos, de una influencia decisiva”, sobre tales autoridades. *Ivantoc and others v. Moldova and Russia*, No. 23687/05, § 115, 15 November 2011, ECHR 2011; *Catan* (2012), cit., § 122; y *Mozer v. The Republic of Moldova and Russia*, No. 11138/10, § 110, 23 February 2016, ECHR 2016. La misma idea subyace, aunque esta vez en relación con los vínculos entre Armenia y las autoridades separatistas de Nagorno-Karabaj, en el asunto *Chiragov and Others v. Armenia*, No. 13216/05, § 186, 16 June 2015, ECHR 2015.

⁶⁶ En un contexto en el que se trataba de socorrer a más de cien inmigrantes a bordo de una precaria embarcación neumática que se encontraba semihundida y a la deriva, la embarcación de rescate se negó a seguir las instrucciones del centro de coordinación de salvamento de la *Guardia Costiera* italiana en el sentido de que debía someterse a las directrices de las autoridades libias. La intervención de una patrullera libia, que había sido donada por las autoridades italianas, y cuya tripulación se integraba exclusivamente por agentes libios, instruidos y entrenados en su mayoría por militares europeos participantes en la operación EUNAVFOR-MED Sophia, se saldó con el naufragio de la embarcación neumática, el ahogamiento de al menos 20 inmigrantes, y el retorno forzoso de cuarenta y siete de los supervivientes –dos de los cuales se encontrarían entre los recurrentes- a Libia, donde habrían sido recluidos en condiciones inhumanas y sometidos a torturas, extorsiones y violaciones. Es posible hacerse una idea muy aproximada de cómo sucedieron los hechos a partir de la reconstrucción realizada por las ONGs Forensic Oceanography y Forensic Architecture, aplicando técnicas forenses basadas en la sincronización de los datos sobre posicionamiento de las embarcaciones implicadas sobre el mapa, las imágenes grabadas desde el *Sea-Watch 3* y sus embarcaciones auxiliares, y las grabaciones de las conversaciones mantenidas entre el patrón de la embarcación de salvamento y las autoridades del Centro de Coordinación de Salvamento y Rescate italiano. El video resultante, titulado *Mare Clausum. The Sea Watch vs Libyan Coast Guard Case. 6 November 2017* está disponible en www.forensic-architecture.org. Para una primera valoración de este asunto puede verse PIJNENBURG, A., “From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 20 (2018), pp. 396 y ss.

Fuera de los excepcionales supuestos de asistencia vital, y por más que el artículo 16 PAREHII contemple la hipótesis de responsabilidad por ayuda y asistencia a la comisión de un hecho ilícito por otro Estado que, en este caso, por definición, no es parte en el CEDH, resulta prácticamente imposible pretender que, en relación con las actuaciones de interceptación desarrolladas por terceros Estados que mantienen la capacidad para el ejercicio de las funciones que les son propias –como ocurre en los casos más relevantes para la práctica española–, pueda existir jurisdicción en virtud del artículo 1 de dicho instrumento y competencia del tribunal. Por eso, y por elementales consideraciones de convicción democrática, resulta absolutamente imprescindible acabar con el oscurantismo y la falta de efectiva supervisión parlamentaria que viene caracterizando, bajo la cobertura de secretos memorandos de entendimiento, la cooperación operativa de nuestro país con una media docena de países africanos y, muy particularmente, con Mauritania y Senegal⁶⁷.

VI. PROBLEMAS DE RESPONSABILIDAD Y SUPERVISIÓN JUDICIAL DERIVADAS DE LA IMPLICACIÓN DE FRONTEX EN LAS MEDIDAS DE INTERCEPTACIÓN

En una evolución tan necesaria como merecedora de positiva valoración, las más o menos fundamentadas suspicacias en torno a la implicación de Frontex en violaciones de los derechos humanos⁶⁸ han dado paso a un proceso en virtud del cual se han ido corrigiendo, como mínimo, las más ostensibles deficiencias estructurales que desde el punto de vista del respeto de los derechos fundamentales presentaba una configuración inicial de la Agencia que llevó a calificarla como una especie de irresponsable monstruo legal. Hoy son mucho más claras y concretas sus obligaciones de respeto de los derechos fundamentales⁶⁹, y las instituciones creadas en su seno para promover y monitorizar ese

⁶⁷ Razones similares a las que vedan las intromisiones reglamentarias en ámbitos reservados al legislador cuando está en riesgo el respeto de los derechos fundamentales, deberían llevar también a excluir las incursiones del ejecutivo en el exterior a través de acuerdos de difícil catalogación –a mitad de camino entre los acuerdos administrativos y los acuerdos no normativos– que inciden clarísimamente en esos mismos ámbitos sin base legal o en tratado internacional alguno y que, además, se conciertan en secreto. Si censurables son por lo que tienen de “actos evadidos” los llamados “tratados ocultos” (GONZÁLEZ VEGA, J.A., “¿Tratados ocultos? Sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada “no convencional” en el marco de las competencias ‘reservadas’ a los tratados internacionales”, en S. Torres Bernárdez *et al.* (coord.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, 2013, pp. 75 y ss.), más lo son los acuerdos que además resultan “tenebrosos” porque amén de esquivar controles parlamentarios, eluden esenciales garantías individuales, cuando no encubren sus violaciones. Su constitucionalidad, para quien esto suscribe, está por ello más que en entredicho.

⁶⁸ Pueden consultarse, entre otros informes y documentos que han cuestionado la actuación de Frontex durante sus primeros años de funcionamiento, CASELLA COLOMBEAU, S., *et al.*, *Agence Frontex: quelles garanties pour les droits de l'Homme. Étude sur l'agence européenne aux frontières extérieures en vue de la refonte de son mandat*, Les Verts/ALE, Novembre 2010; o KELLER, S., *et al.*, *Frontex Agency: Which guarantees for Human Rights?*, Migreurop, March 2011.

⁶⁹ El marco normativo de Frontex aparece hoy salpicado de abundantísimas referencias a la necesidad de respetar los derechos fundamentales y las exigencias en materia de asilo. En el reglamento constitutivo (RF), la cláusula general de respeto de los derechos fundamentales, duplicada en sendos apartados del

respeto –foro consultivo y agente de derechos fundamentales (ADF)- deberían poder asegurarlo de manera efectiva, algo a lo que contribuiría un adecuado funcionamiento del novedoso mecanismo de denuncia individual⁷⁰. La escasez de medios a que se enfrenta la Agente de Derechos Fundamentales⁷¹ y, muy especialmente, la fuerte resistencia que sigue mostrando la Agencia a asumir con todas sus consecuencias las exigencias de transparencia, constituyen sin embargo motivos de seria preocupación.

Pese a que en el vigente Reglamento de Frontex se expresa ya con claridad la obligación de respeto de los derechos fundamentales por parte de los Estados participantes en las operaciones coordinadas por la Agencia⁷², sigue existiendo imprecisión, y por tanto amplia discrecionalidad a favor de sus órganos ejecutivos, sobre las medidas de respuesta a adoptar en caso de constatarse violaciones de los mismos⁷³. Al margen de ello, no hay que olvidar que los guardias de fronteras *puestos a disposición* de la Agencia, en el sentido de su reglamento, no son órganos *puestos a su disposición* en el sentido con que esta expresión es empleada por los proyectos de artículos sobre responsabilidad

preámbulo (47 y 48), se reitera en el articulado mediante la exigencia general para la Guardia Europea de Fronteras y Costas de respetar los derechos fundamentales y las normas sobre protección internacional, con alusiones específicas al principio de no devolución y las consecuencias que de él derivan en materia de desembarco (art. 34). La cláusula general es objeto además de proyección específica respecto de los equipos participantes en las operaciones (art. 21.4) y los guardias de fronteras (art. 40.2), así como en relación con la propia Agencia y los Estados miembros en el marco de las actividades que tengan lugar en cooperación con terceros países incluso en el territorio de estos últimos (art. 54). A fin de asegurar su cumplimiento, se exige igualmente que los planes operativos de las operaciones coordinadas por la Agencia detallen los procedimientos y protocolos a seguir en relación con las personas afectadas por medidas de interceptación a fin de asegurar su acceso en caso necesario a la protección internacional, así como respecto de las personas vulnerables (art. 16), y se ordena la adopción de medidas para asegurar que todo el personal participante cuente con la formación necesaria en materia de derechos fundamentales y protección internacional.

⁷⁰ Las primeras apreciaciones tienden sin embargo a subrayar que su carácter administrativo y la falta de independencia del ADF cuestionan que estemos en presencia de un avance verdaderamente importante. SOLER GARCÍA, C., “La Guardia...”, cit., p. 42; ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., “Inmigración marítima en el Mediterráneo: Las iniciativas de la UE y la protección de los derechos humanos”, *Anuario de los Cursos de Derecho Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVII (2017), p. 54; FERNÁNDEZ ROJO, D., “Reglamento 2016/1624: De Frontex a la Guardia Europea de Fronteras y Costas”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 41 (2017), pp. 245 y ss.; o PÉREZ GONZÁLEZ, C., “De Frontex a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿Cambia todo para que todo siga igual? A propósito de la necesidad de mejorar la protección de los derechos fundamentales”, en C. Blasi Casagrán y M. Illamola Dausà (coords.), *El control de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Madrid, 2016, pp. 203 y 207.

⁷¹ ARNÁEZ, I., “Mecanismos para el control de los derechos fundamentales en las actividades de Frontex”, en C. Blasi Casagrán y M. Illamola Dausà (coords.), *El control...*, cit., p. 129.

⁷² De acuerdo con el artículo 25.3 RF, el director ejecutivo está facultado, previa consulta con el agente de derechos fundamentales e informando al consejo de administración, para adoptar medidas de presión respecto del Estado implicado, que pueden ir desde la retirada de la financiación hasta la suspensión o terminación, en todos los casos total o parcialmente, de las citadas actividades.

⁷³ El propio director ejecutivo de la Agencia reconocía en 2012 que el mecanismo entonces previsto en la Estrategia de Derechos Fundamentales y que ahora acoge el Reglamento de la Agencia ni se ha activado, ni existen criterios sobre cuándo podría aplicarse porque “las violaciones no se pueden predecir antes de que ocurran”, y porque las operaciones conjuntas llevan aparejados problemas políticos y operativos significativos que hacen que no siempre sea adecuado suspender o terminar la operación. Frontex, Opinion on the European Ombudsman’s own-initiative inquiry into the implementation by Frontex of its fundamental rights obligations, 17 May 2012, p. 9.

internacional y que, por ello, el comportamiento de dichos agentes no resulta atribuible a aquella⁷⁴. De ahí que, en aplicación de la doctrina sentada por el TEDH en el asunto *Al-Jedda*⁷⁵, puesto que las labores de asistencia y coordinación que realiza la Agencia no implican control efectivo ni control y autoridad en última instancia respecto de las actuaciones ejecutivas desarrolladas por los Estados miembros, estos últimos mantienen intacta su responsabilidad en virtud del Convenio de Roma.

Eso sí, la eventual responsabilidad de los Estados miembros no excluye la de la propia Agencia, sin que resulte admisible esa suerte presunción de irresponsabilidad que la Agencia parece deducir en el discurso de sus dirigentes de la competencia exclusiva que el Derecho derivado reconoce a los Estados miembros en el ámbito de la ejecución operativa de los controles migratorios⁷⁶. Pese a la probable concurrencia de los requisitos a los que la supedita el PAROI, no es necesario acudir a las normas en materia de responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales para fundamentar una responsabilidad legal de la Agencia, complementaria a o concurrente con la de los Estados miembros, por ayuda o asistencia a la eventual violación de los derechos fundamentales por parte de estos últimos⁷⁷. Aparcado en vía muerta desde el Dictamen 2/2013 el

⁷⁴ En el PAREHII, la puesta a disposición implica actuación bajo la autoridad de la entidad receptora, es decir, “bajo su exclusiva dirección y control, más bien que en cumplimiento de instrucción del Estado que envía”⁷⁴. Y en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de las organizaciones internacionales (PAROI), aunque el concepto de puesta a disposición es más amplio, la atribución del hecho se condiciona a que la organización internacional ejerza un control efectivo sobre ese comportamiento (art. 7 y, en especial, comentario a su apartado 8, *Anuario CDI* 2011, pp. 62-65). El instrumento regulador de la Agencia, en cambio, deja claro que en el marco de las operaciones coordinadas por Frontex, los guardias de fronteras se mantienen bajo el control de los Estados miembros. Véanse, en particular, los arts. 16.3.f, 21.2, 40.3 y 21.5 RF.

⁷⁵ *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, ECHR 2011, § 4 y punto 3 de la parte dispositiva; o *Jaloud* (2014), *cit.*, §§ 149-152. Sin necesidad de entrar en el espinoso problema de cuándo hay “control en última instancia” por parte de una organización internacional, baste ahora señalar que parece claro que no lo hay cuando, por emplear los términos que utiliza el Reglamento de la Agencia, la organización internacional se limita a “apoyar la aplicación de las medidas de la Unión relacionadas con la gestión de las fronteras exteriores mediante el refuerzo, la evaluación y la coordinación de las acciones de los Estados miembros que ejecuten dichas medidas”. Preámbulo, apdo. 6, y art. 5.3 RF.

⁷⁶ Aun cuando sea cierto que detrás del debate sobre la responsabilidad de Frontex pueda haber habido un “juego de imputaciones” (blame game) mal dirigido que desvía el foco respecto de quienes son los principales responsables (J. RIJMPA, “Frontex: successful blame shifting of the Member States?”, *Real Instituto Elcano (ARI)*, N° 69, 2010, p. 1), una cosa es reconocer esa realidad y otra muy distinta que no quepa hablar de una responsabilidad complementaria, accesoria o residual de la Agencia en caso de violación de las obligaciones vinculadas con el respeto de los derechos fundamentales que, de manera ya totalmente inequívoca, resultan de la normativa que le resulta aplicable.

⁷⁷ Teniendo en cuenta la condición de Frontex como organismo de la Unión Europea, las normas sobre responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales permitirían fundamentar su responsabilidad no solo por sus propios actos (art. 3 PAROI) sino también, en ciertos casos y con determinados requisitos, por su implicación en el hecho ilícito de un Estado. De los cuatro supuestos contemplados por la CDI, es el de ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado (art. 14 PAROI), el que resulta de consideración más pertinente a tenor de la índole de las competencias de Frontex. Tal y como están configuradas sus operaciones, el grueso en efecto de las actuaciones de la Agencia se dirigen a preparar, organizar y coordinar el apoyo de los Estados miembros al Estado de acogida –quien difícilmente dejará de ser un Estado periférico del espacio Schengen- y, una vez acordado el plan operativo y en los términos que en el mismo se establezcan, a asistir a todos ellos en los

proyecto de adhesión al CEDH, plantear una eventual responsabilidad internacional de la Agencia, o de la UE, ante el TEDH es hoy una hipótesis imposible⁷⁸.

Sin embargo, con toda seguridad ya desde el Tratado de Lisboa, es incuestionable la sujeción de Frontex a los mecanismos contenciosos de control de la legalidad y a la acción de responsabilidad que son competencia del TJUE⁷⁹. Sin desconocer las dificultades que plantean los rigurosos requisitos de admisibilidad y de fondo a que se supedita la actuación del tribunal de Luxemburgo⁸⁰, es innegable que el DUE ofrece ya posibilidades reales de asegurar un control judicial efectivo de un marco legal que también inequívocamente impone obligaciones de respetar y de asegurar el respeto de los derechos fundamentales por todos los participantes en las operaciones coordinadas por la Agencia. No puede dejar de añadirse a lo anterior que la regulación comunitaria de las actuaciones de los Estados miembros en el marco de operaciones coordinadas por la Agencia, supone

aspectos organizativos y financieros, sufragando los gastos de desplazamiento, seguros, atención sanitaria, dietas y equipos técnicos.

⁷⁸ No puede dejar de recordarse, pese a todo, que la doctrina de la protección equivalente por la que el órgano de Estrasburgo se abstiene de enjuiciar el comportamiento reglado de los Estados miembros en el marco del Derecho de la Unión lo es –por emplear la célebre expresión del Tribunal Constitucional Federal alemán- *solange*, esto es, en tanto que o mientras que el Derecho de la Unión asegure un nivel de protección de los derechos humanos equivalente al que ofrece, en este caso, el sistema del Convenio de Roma. Los trabajos de la CDI permiten deducir que, si se confirmara que en algún caso Frontex fuera un simple parapeto diseñado o utilizado por los Estados miembros para eludir sus obligaciones y responsabilidades en virtud del Convenio, dichos Estados podrían incurrir en responsabilidad internacional por el comportamiento de la Agencia. Véase el artículo 61 PAROI (“Elusión de obligaciones internacionales de un Estado miembro de una organización internacional”), y el correspondiente comentario en el que el órgano codificador invoca precisamente el asunto *Bosphorus*, *Anuario CDI 2011*, Comentario al artículo 61, apdo. 4, *Anuario CDI 2011*, p. 110.

⁷⁹ Durante sus primeros años de funcionamiento, fueron muchas las dudas en cuanto a que Frontex -un organismo ya de por sí poco transparente y sometido a débil escrutinio parlamentario pese a lo delicado de sus cometidos- se encontrara efectivamente sometido a algún tipo de mecanismo de depuración de responsabilidad legal (HINAREJOS PARGA, A., *Judicial Control in the European Union: Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars*, Oxford, 2009, pp. 83 y ss.; o MITSILEGAS, V., “Border Security in the European Union: Towards Centralized Controls and Maximum Surveillance”, en E. Guild y F. Gyer (eds.), *Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Aldershot, 2008, pp. 374 y ss.). Desde diciembre de 2009, la versión vigente del viejo Tratado de Roma reconoce expresamente que tanto los actos como los comportamientos omisivos de los organismos de la Unión están sometidos a los mecanismos de control de la legalidad que en él se prevén, en particular, el recurso de anulación (art. 263, pfo. 1º, *in fine* TFUE), el recurso por omisión (art. 265, pfo. 1º, *in fine* TFUE), la cuestión prejudicial en apreciación de validez (art. 267, pfo. 1º, apdo a TFUE) y la excepción de ilegalidad (art. 277 TFUE). Con una salvedad, todos los recursos presentados hasta la fecha contra la Agencia se inscriben en el ámbito de la función pública (asuntos T-212/18, T-686/16, T-591/16, T-583/16) o de la contratación pública (asuntos T-613/15, T-554/10). La excepción, de innegable interés, está representada por el asunto aún pendiente T-31/18, relativo a un recurso presentado por dos particulares frente a una decisión de la Agencia en la que se denegaba a las recurrentes la información solicitada respecto al nombre, pabellón y tipo de las embarcaciones desplegadas en el Mediterráneo Central en el marco de la operación Tritón durante el verano de 2017.

⁸⁰ Algunos de estos problemas han sido abordados, en relación con las agencias del ELSJ en general, por ESTEVE GARCÍA, F., “El control judicial de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en C. Blasi Casagrán y M. Illamola Dausà (coords.), *El control...*, *cit.*, pp. 84 y ss.. Y más específicamente en relación con Frontex, por FINK, M., *Frontex and Human Rights. Responsibility in ‘Multi-Actor Situations’ under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford, 2018.

automáticamente la aplicación, extraterritorialmente si es necesario, de la CDFUE, aplicación que no está condicionada a la concurrencia de los vínculos de jurisdicción aplicables en el caso del CEDH⁸¹.

VII. CONCLUSIÓN GENERAL: POR UNA RECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE EQUILIBRIOS Y GARANTÍAS EN LA EUROPEA FORTALEZA

Pocos ámbitos de la actuación de los poderes públicos europeos –sean comunitarios o nacionales- presentan un riesgo de quiebra sistémica de los mecanismos de controles y equilibrios propios del Estado de Derecho tan elevado como el que subyace a las políticas de externalización de los controles migratorios. Se puede afrontar, como ha ocurrido en otras latitudes, aceptando rígidas líneas separadoras, sean ficticias o contundentemente reales en forma de muros, basadas en la idea según la cual solo quienes estamos dentro somos dignos de tan ilustrados principios. Cabe también intentar resolverlo reconstruyendo los controles democráticos, de modo que los mismos acompañen a los controles migratorios allá donde estos se practiquen. Posibilidades las hay, y en manos está, en buena medida, de los tribunales europeos hacerlas efectivas. ¿Hace falta recordar a Locke (“*wherever law ends, tyranny begins*”) para constatar que lo que está en juego, se quiera ver o no, es ni más ni menos que el orden público europeo?

⁸¹ A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del CEDH, respecto del que el TEDH sigue afirmando la excepcionalidad de su aplicación extraterritorial, el TJUE ha señalado en términos especialmente categóricos que “no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta”. Sentencia del Tribunal de Justicia Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, apartado 21; y sentencia del Tribunal de Justicia Pflieger y otros, C-390/12, EU:C:2014:281, apartado 34.