

LA UNIÓN EUROPEA, FRONTEX Y LA SEGURIDAD
EN LAS FRONTERAS MARÍTIMAS.
¿HACIA UN MODELO EUROPEO DE *SEGURIDAD*
HUMANIZADA EN EL MAR?

JORGE ANTONIO QUINDIMIL LÓPEZ*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA DIMENSIÓN MARÍTIMA DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.
 1. DEL VÍNCULO ENTRE SEGURIDAD INTERIOR Y FRONTERA EXTERIOR...
 2. ...AL CONCEPTO DE SEGURIDAD EN LAS FRONTERAS MARÍTIMAS.
- III. LA ACCIÓN DE LA UE EN MATERIA DE SEGURIDAD Y DE SALVAMENTO EN LAS FRONTERAS MARÍTIMAS.
 1. ENTRE LA ACCIÓN PROACTIVA...
 2. ... Y LA ACCIÓN REACTIVA DE LA UNIÓN.
- IV. LA HUMANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD EN LAS FRONTERAS MARÍTIMAS: ¿HACIA UNA SEGURIDAD HUMANIZADA EN EL MAR?
 1. DE UNA SEGURIDAD *DESHUMANIZADA* EN EL PASADO...
 2. ... ¿A UNA SEGURIDAD *HUMANIZADA* EN EL FUTURO?
- V. CONCLUSIONES.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público. Responsable del Módulo *Jean Monnet* «Análisis comparado de la Unión Europea y la integración en América Latina y el Caribe». Universidad de La Coruña, España.

Este trabajo forma parte del proyecto «La Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar frente a los cambios acaecidos en la sociedad internacional: propuestas de desarrollo y de revisión» (DER2010-21732) del Ministerio de Ciencia e Innovación.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia de las fronteras exteriores¹ de la Unión Europea (UE) nace y crece al calor de la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ)², con un peso específico del componente de la seguridad³. De este modo, en terminología comunitaria, el concepto de *seguridad* es inherente al de *frontera exterior*, pues van indisolublemente unidos⁴. Sólo en el mo-

¹ Sin entrar en mayores consideraciones terminológicas, debe aclararse la aparente redundancia de la expresión *frontera exterior*. En relación con un Estado, la expresión sería claramente redundante en la medida en que toda *frontera* supone el “confín de un Estado” (Diccionario de la Real Academia Española) y, por tanto, su límite exterior. Sin embargo, la expresión adquiere un nuevo giro si se aplica a una Organización internacional como es la UE pues ya deja de tener una connotación de límite o de confín de territorios, y pasa a adquirir una acepción más conceptual o funcional por oposición a las *fronteras interiores* que se refieren a las fronteras de los Estados miembros de la Organización de integración. Este entramado terminológico y conceptual ha llevado a que el propio lenguaje comunitario haya caído en alguna confusión, llegando a hablarse de las “fronteras exteriores de los Estados Miembros” de la UE, como sucede en el caso del *Plan para la Gestión de las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la UE*, de 13 de junio de 2002. En todo caso, con esta aclaración previa y por razones de comodidad del lenguaje, podremos aludir en este trabajo a *la frontera exterior o, en su caso, a las fronteras marítimas de la UE*.

² “Las fronteras exteriores en la UE desempeñan un papel clave a la hora de delimitar y proteger ese espacio de libertad, seguridad y justicia al que todos aspiramos” (*Plan para la Gestión...*, *cit.*, p. 3, apartado I.1).

³ “El control y la vigilancia de las fronteras contribuye a gestionar los flujos de personas que entran y salen en ese espacio, y sirven para proteger a nuestros ciudadanos frente a amenazas contra su seguridad, y también constituyen un elemento indispensable para la lucha contra la inmigración ilegal” (*ibíd.*).

⁴ La primera referencia expresa al fortalecimiento del control de las fronteras exteriores en clave de seguridad en la UE podemos encontrarla en la reunión del Consejo de Justicia, Asuntos de Interior y Protección Civil, de 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2000, donde se “[i]nvita a las futuras Presidencias y a la Comisión a que adopten cuantas iniciativas sean adecuadas para aumentar la solidaridad y la cooperación operativa entre los Estados miembros, incluso a nivel regional, para limitar los flujos de inmigración clandestina. En particular se estudiará la posibilidad de poner a disposición de los Estados miembros, con el acuerdo de las partes interesadas, medios técnicos y personales especializados para aumentar el nivel de eficacia de los sistemas de vigilancia y control de las fronteras exteriores de la Unión más afectadas por los flujos de inmigración ilegal” [13865/00 (Presse 457 – G), p. 15]. En este sentido, la doctrina ha puesto de relieve que los Estados “parecen estar más interesados —al menos los de la orilla norte del Mediterráneo— por el concepto de “frontera de seguridad” que por el de “frontera eco-

mento en que se eliminan las fronteras interiores al compás del acervo Schengen⁵, es cuando empieza a construirse una frontera exterior única sobre la base de las diversas fronteras nacionales de los Estados miembros cuyo trazo delimita, sin solución de continuidad, un territorio comunitario de carácter funcional⁶. Ello nos sitúa ante lo que probablemente constituye el único fenómeno⁷ de incipiente *territorialización funcional* de una Organización internacional⁸ y con proyección sobre el mar⁹. En efecto, con el objetivo de

nómica” (ECHEVERRÍA JESÚS, C., “La cooperación marítima en el Mediterráneo en el ámbito de la seguridad”, en SOBRINO HEREDIA, J. M. (Coord.), *Mares y océanos en un mundo en cambio: Tendencias jurídicas, actores y factores*, XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, A Coruña, 22-24 de septiembre de 2005, Edit. AEPDIRI/IUEE “Salvador de Madariaga”/ Tirant lo Blanc, Valencia, 2007, p. 857).

⁵ “[...] en un espacio como el de Schengen, caracterizado por la supresión de los controles en las fronteras interiores, es esencial la vigilancia y el control de las fronteras exteriores” (*Plan para la Gestión...*, *cit.*, p. 3, apartado I.2).

⁶ “[E]ste modelo europeo [de fronteras] principalmente se caracteriza jurídicamente, en primer lugar, por haberse constituido el régimen de fronteras en una competencia compartida Estados-UE, y, en segundo lugar, por haberse establecido para 13 Estados un régimen común de categorías funcionales de frontera: las fronteras interiores y las fronteras exteriores” (DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Las fronteras de la Unión – El modelo europeo de fronteras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, n. 12, mayo-agosto, 2002, p. 320). El concepto de *frontera exterior* en la UE tiene así un carácter instrumental dotado de un contenido netamente operativo, lo que consagra la Comisión en la idea de que “[s]e trata sobre todo de poner en marcha una dinámica de acciones operativas construida a partir de la dimensión Justicia e Interior de las fronteras exteriores” (COMISIÓN EUROPEA, *Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE*, COM (2002) 233, final, 7.5.2002, p. 7).

⁷ “Se trata de un histórico acontecimiento el que los Estados acuerden que determinados aspectos de las funciones de las fronteras sean regulados conjuntamente con la CE” (DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Las fronteras...”, *RDCE cit.*, p. 324).

⁸ En tanto que sujeto internacional sin base territorial, ninguna Organización internacional puede contar con territorio propio y, por tanto, tampoco la UE podrá contar con espacios marítimos propios. La soberanía territorial sigue correspondiendo, por tanto, a los Estados y, en el caso de la UE, a sus Estados miembros.

⁹ En este sentido, el *Libro Verde sobre la Política Marítima de la UE* utiliza expresiones como “aguas comunitarias”, “aguas territoriales de la UE” o hasta “territorio marítimo de la UE”, en el contexto de la creación de un espacio marítimo común de la UE integrado por el conjunto de espacios marítimos de sus Estados miembros en los que se aplicaría directamente el Derecho Comunitario. (QUENEUEDEC, J.-P., “Conclusions générales. Les perspectives du projet maritime européen”, CUDENNEC, A., GUÉGUEN-HALLOUËT, G., *L’Union Européenne et la mer. Vers un politique maritime de l’Union Européenne?*, *Actes du colloque de Brest, 18 et 19 octobre 2006*, Ed. Pedone, Paris,

la creación del ELSJ en el horizonte, la UE ha venido adoptando toda una serie de actos normativos y no normativos que contribuyen a dibujar una única frontera exterior, cuyo trazo más grueso se encuentra al sur, en las fronteras marítimas atlánticas y mediterráneas con África¹⁰, donde la óptica de la seguridad adquiere una especial crudeza¹¹ que llega a condicionar el alcance del propio concepto de frontera¹². En efecto, el *grosor* de esta frontera sur de

2007, p. 428). Así, la territorialización funcional podría expresarse también con la idea de la comunitarización de los territorios nacionales que, en el caso de los espacios marítimos, ya se ha producido en el marco de la política pesquera común (art. 38 TFUE), por lo que no resulta tan inverosímil plantear desarrollos similares en el ámbito de la seguridad de las fronteras marítimas. En relación con la conflictividad de naturaleza fronteriza en otras materias como la pesquera, véase, entre otros, REY ANEIROS, A., “Spain, the European Union and Canada: a new phase in the unstable balance in the Northwest Atlantic Fisheries”, *Ocean Development and International Law*, vol.42.1, Ed. Taylor and Francis, 2011, pp. 155-172; o más ampliamente en REY ANEIROS, A., SOBRINO HEREDIA, J.M., LÓPEZ VEIGA, E.C., *La integración del enfoque ecosistémico en la Política pesquera de la Unión Europea*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, 286 pp.

¹⁰ No deja de resultar paradójico el hecho de que la UE está dando lugar al nacimiento de una frontera exterior marítima en zonas en las que ni siquiera los Estados han logrado delimitar sus propias fronteras marítimas. Esta realidad paradójica es especialmente llamativa en el Mediterráneo, donde dificultades políticas, económicas y geográficas diversas han impedido trazar con claridad las líneas competencia estatal en el Mar (véase, entre muchos otros, BALMOND, L. (Dir.), *Frontières en Méditerranée*, Institut du Droit de la Paix et du Développement, Nice, 1998).

¹¹ Sirva simplemente en este momento recordar que el propio Director de la Agencia FRONTEX, Sr. Laitinen, preguntado acerca del destino de los refugiados que podrían ser objeto de las operaciones desarrolladas por la Agencia, llegó al extremo de responder: “Refugees? They aren’t refugees, they’re illegal immigrants” (citado por MAAS, W. M.: “Fleeing to Europe: Europeanization and the Right to Seek Refugee Status”, *Working Paper n. 454*, January, Institute of Social Studies, The Hague, 2008, p. 42).

¹² En efecto, el Derecho Comunitario entiende por *fronteras marítimas exteriores* “el límite exterior del mar territorial de los Estados miembros, definido con arreglo a los artículos 4 a 16 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. No obstante, en los casos en que se requiera llevar a cabo periódicamente operaciones de largo alcance para impedir la inmigración ilegal o la entrada ilegal, se tratará del límite exterior de las zonas sometidas a una amenaza importante. Ello se determinará teniendo en cuenta los datos operativos correspondientes a los dos últimos años, establecidos por el Estado miembro de que se trate. Esta definición de ‘fronteras marítimas exteriores’ se ofrece exclusivamente a efectos de la presente Decisión y todas las operaciones deberán respetar el Derecho internacional [art. 14.6.b) de la *Decisión n. 574/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, relativa al Fondo para las Fronteras Exteriores para el período 2007-2013 como parte del Programa general Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios*, DO, L 144, 6.6.2007, p. 22-44]. Es decir, la

la UE viene determinada por su enorme magnitud humana: más de 100.000 personas ponen su vida en peligro cada año para cruzar el Mediterráneo con destino a Europa de la mano de redes criminales organizadas¹³. A ello debemos añadir la dimensión histórica del fenómeno, pues el Mar Mediterráneo ha sido escenario, precisamente, de los propios orígenes del desarrollo marítimo de la humanidad¹⁴ así como de la vigilancia sobre los mares¹⁵ y, desde luego, las primeras migraciones humanas por vía marítima¹⁶. Los elementos de carácter humanitario, histórico, de extensión¹⁷ y de proximidad geográfi-

UE ha optado por un concepto volátil, elástico y discrecional de frontera cuyo alcance no es de naturaleza jurídica ni geográfica, sino operativa, y su determinación se hará a conveniencia de criterios estrictamente de seguridad, para responder a las “amenazas” establecidas por los análisis de riesgos de FRONTEX, como criterio para la distribución de los fondos (*cf.* art. 15 de la Decisión). En otras palabras, serán los análisis de riesgos de FRONTEX —que, por cierto, son secretos— los que determinen discrecionalmente dónde está, en cada momento, la frontera marítima exterior.

¹³ INTERNATIONAL CENTRE ON MIGRATION POLICY DEVELOPMENT, *Irregular Transit Migration in the Mediterranean – some facts, figures and insights*, Vienna, 2004. En particular, el año 2011 ha sido calificado como el año más mortífero —“the deadliest year”— por parte del miembro de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Sr. Tineke Strik, responsable de la investigación por la muerte de 61 *boat people* que huían de Libia en mayo de 2011 (Nota de prensa, 20.11.2011, assembly.coe.int). En total, se estima que 1.971 personas fallecieron en el Mediterráneo en todo el año 2011, año de la *primavera árabe*.

¹⁴ “Los grandes ríos acapararon la atención de los hombres antes de que éstos se atrevieran a aventurarse en los mares resguardados. Desde el cuarto milenio, el Mediterráneo fue el receptáculo de grandes flujos de civilizaciones e invasiones sucesivas que fueron mezclándose en este recipiente, cerrado en su parte oriental. Cráter único que aparece desde un primer momento como centro del desarrollo del mundo” (DE BROSSARD, M., *Historia marítima del mundo*, Edit. Edimat, Madrid, 2005, p. 7).

¹⁵ “La actividad económica en el Mediterráneo, en función de la seguridad de las rutas, fue el resultado no sólo del progreso de la construcción naval —los cargueros desplazaban una media de 350 a 400 toneladas e incluso los hubo que llegaron a las 1.800— sino también de la organización de la vigilancia” (DE BROSSARD, M., *Historia marítima...*, *cit.*, p. 104).

¹⁶ “Las costas mediterráneas tuvieron el privilegio de ser el teatro más animado que se hubo ofrecido a los diversos flujos de migraciones humanas” (DE BROSSARD, M., *Historia marítima...*, *cit.*, p. 8). Sin embargo, las primeras grandes migraciones marítimas humanas no tienen lugar en los mares cerrados o semicerrados, sino en los grandes océanos, como el éxodo del pueblo maorí —llegados en sucesivas migraciones desde los actuales archipiélagos de Hawái e Islas Cook hasta Nueva Zelanda entre los siglos X y XIV— superando incluso a los grandes desplazamientos vikingos (*cf.* *ibíd.*).

¹⁷ La extensión total de la frontera marítima de la UE es de 42.672 km.

cas, de desigualdad social, de desequilibrio económico, de creciente presión demográfica, de elevados costes¹⁸ y de impacto mediático, nos sitúan ante una realidad problemática que constituye un extraordinario desafío para la UE. Pero la articulación de toda la seguridad en torno a las fronteras marítimas¹⁹ de la UE no aparece conectada, directamente, con todas las formas de inmigración ilegal, sino sólo con aquellas relacionadas con el *tráfico clandestino*²⁰

¹⁸ Por ejemplo, en el último presupuesto de la Agencia FRONTEX para el año 2011, se destinaron a las operaciones en las fronteras marítimas 24 millones € (el 26% del presupuesto total para ese año, que fue de 92.8 millones €), lo que supone casi seis veces más que la cantidad destinada a las operaciones en las fronteras terrestres (4.5 millones €) y doce veces más que los fondos de operaciones en las fronteras aéreas (2.2 millones €).

¹⁹ Las primeras referencias a las fronteras marítimas las encontramos en el marco de las decisiones adoptadas en el seno del Comité Mixto con Noruega e Islandia para la aplicación del Acervo Schengen en estos países nórdicos. En efecto, en la segunda reunión del Comité Mixto (Schengen) con Islandia y Noruega, celebrada el 2 de diciembre de 1999, se acordó que “los controles en las fronteras interiores entre Grecia y los Estados miembros que apliquen plenamente el acervo Schengen quedarán suprimidos a partir del 1 de enero de 2000. Más concretamente, *los controles en las fronteras marítimas* se suprimirán plenamente a partir del 1 de enero de 2000, mientras que los controles en los aeropuertos se irán suprimiendo gradualmente cuando ello sea técnicamente viable, y a más tardar el 26 de marzo de 2000, fecha establecida para el cambio semestral de calendarios en los aeropuertos” [13461/99 (Presse 386 - G), p. 24. La cursiva es añadida]. En esta ocasión, aparece la primera referencia expresa del Consejo a la vigilancia de las fronteras marítimas de la UE en el marco de la lucha contra la inmigración ilegal, en el contexto de la supresión de los controles fronterizos entre los países nórdicos —Dinamarca, Finlandia, Suecia, Noruega e Islandia— y los países, a la sazón, del espacio Schengen —Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal— a partir del 25 de marzo de 2001. En concreto, se encomendó al Grupo “Evaluación de Schengen” la elaboración de “informes sobre visitas *in situ* relativos en especial a la aplicación de los SIS, la *vigilancia de las fronteras marítimas*, la formación Schengen destinada a personal de control y la observancia de los procedimientos de control Schengen en los aeropuertos” [3865/00 (Presse 457 - G), p. 31. La cursiva es añadida]. En la citada reunión del año 2000 nos encontramos, a su vez, con la primera referencia clara, pero velada, al tráfico clandestino de migrantes por vía marítima, en particular en la ruta entre Grecia e Italia. En efecto, en relación con un informe del Comité de Evaluación de Schengen sobre la aplicación de sus disposiciones en Grecia y la evaluación de sus fronteras exteriores, el Consejo se mostró “satisfecho ante los esfuerzos desplegados en materia de efectivos, equipo e información [tomando] nota de que Grecia hace suyas las conclusiones del informe sobre la labor suplementaria que debe acometerse, en particular con respecto a la *lucha contra el riesgo de inmigración clandestina de Grecia con destino a Italia*” (13865/00 (Presse 457 - G), p. 34. La cursiva es añadida).

²⁰ “Por ‘tráfico ilícito de migrantes’ se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro

como expresión de la amenaza que supone la delincuencia organizada transnacional²¹, dejando a un lado otras formas menos relevantes en cantidad —pero también frecuentes— como son los *polizones*²².

beneficio de orden material” (art. 3.a) Protocolo de Palermo). El elemento que caracteriza al tráfico clandestino de migrantes, y lo diferencia de otras modalidades como la trata de personas, es la voluntad de la persona, que no existe en el caso de la trata, donde es forzada y coaccionada con fines de explotación. En efecto, “[p]or ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación (art. 3.a) Protocolo de Palermo sobre trata de personas). Un tratamiento crítico de esta cuestión terminológica y sus riesgos de confusión puede encontrarse, entre otros, en OLIVAR DE JULIÁN, J. M., “El tráfico de migrantes y la trata de personas. Problemas e intentos de solución”, en *Anales de Derecho, Colección Huarte de San Juan*, Universidad Pública de Navarra, n. 3, 2002, pp. 139 – 156. Para un exhaustivo y riguroso estudio reciente del fenómeno de la trata de seres humanos véase GARCÍA VÁZQUEZ, S., *La trata de seres humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

²¹ Cfr. CONSEJO EUROPEO: *Estrategia Europea de Seguridad “Una Europa en un mundo mejor”*, Bruselas, 12 de diciembre de 2003, p. 4. La Estrategia Europea de Seguridad no contempla específicamente ni la vigilancia de las fronteras marítimas ni la inmigración clandestina por mar, que sin embargo se ha ido planteando a lo largo del proceso de aplicación de la Estrategia a partir de una óptica defensiva o militar. Así, por ejemplo, el Parlamento Europeo ha pedido que se progrese rápidamente en “los proyectos destinados a reforzar la dimensión marítima de la Unión, poniendo los medios militares de la PCSD a su servicio [en particular] la creación de un sistema de vigilancia marítima basado en el modelo báltico (SUBCAS) para aumentar la seguridad del transporte marítimo, controlar la inmigración ilegal y la trata de seres humanos y, por último, luchar contra la contaminación marina; [así como] la hoja de ruta para la integración de la vigilancia marítima prevista para 2010; considera que la falta de cooperación entre los distintos agentes europeos no debería en ningún caso ser un obstáculo a la aplicación de los proyectos” (*Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2010, sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad y la Política Común de Seguridad y Defensa (2009/2198(INI))*, DOUE C 349, 22.12.2010, p. 72). Sobre los diversos enfoques de seguridad aplicables en la materia, especialmente en la zona del Mediterráneo, puede consultarse ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., “Sécurité internationale dans le Déroit de Gibraltar: au-delà d’une séparation de fonctions (burden sharing) entre l’UE et l’OTAN”, EL HOUDAÏGUI, R.; DEL VALLE GÁLVEZ, A. (Dirs.); CEPILLO GALVÍN, M. A.; EL MOUDEN, A. M. (Coords.), *Les risques en Méditerranée – Conséquences sur le trinôme: Union Européenne, Espagne, Maroc, Actes des deuxièmes journées de dialogue euro-marocain, Tanger 13-14 novembre 2008*, Edit. Universidad de Cádiz, pp. 43 y ss).

²² Esta materia aparece regulada específicamente en el Capítulo 4 del *Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional* (Convenio FAL) de 1965. Baste señalar en este

De este modo, la dimensión de seguridad entra en conexión con la dimensión marítima de las fronteras exteriores comunitarias, lo que ha sido puesto de relieve y desarrollado por vez primera por la Comisión²³, en el *Libro Verde sobre la política marítima de la UE*²⁴ (*Libro Verde*), en el que la idea motriz es la seguridad de Europa²⁵. La asociación entre *la seguridad y lo marítimo* puede llevar a pensar equivocadamente que este trabajo abordará el estudio de *la seguridad marítima*. Sin embargo, la seguridad marítima es un concepto específicamente vinculado en Europa²⁶ a la acción comunitaria en materia de protección del medio marino²⁷. En realidad, nos estamos moviendo en el terreno de la *protección marítima*, que hace referencia a la protección de las actividades marítimas frente a riesgos derivados de actos ilícitos

momento que los *polizones* se diferencian de las *migrantes clandestinos*, básicamente, porque no son víctimas de una organización criminal de traficantes y porque su conducta es constitutiva de infracción penal o administrativa [“Cuando proceda, los Gobiernos Contratantes procesarán conforme a su legislación nacional, a los polizones, polizones frustrados y personas que ayuden a los polizones a introducirse en los buques” (art. 4.3.3.1 Convenio FAL 1965)], mientras que “[l]os migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo” (art. 5 Protocolo de Palermo).

²³ “La Comisión, por primera vez, expone de forma clara y contundente la necesidad de adoptar medidas comunitarias legislativas y operativas para prevenir y combatir las amenazas derivadas de actos ilícitos deliberados que afectan a las actividades marítimas en la UE” (SOBRINO HEREDIA, J. M., “La protección marítima, nueva dimensión de la política marítima de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE* mayo/agosto 2007, p. 418).

²⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde “Hacia una política marítima de la Unión Europea: perspectiva europea de los océanos y mares”*, COM (2006) final, Bruselas, 7 de junio de 2006.

²⁵ El motivo de la incorporación a la Política marítima de las medidas contra los ilícitos en el mar “es evidente: la necesidad de fortalecer la seguridad de Europa [...] justificada por la propia realidad marítima, donde se refleja un incremento de la criminalidad en el mar y en instalaciones conexas, manifestada, en actos de piratería, de terrorismo, de tráfico ilegal de inmigrantes por vía marítima y en otras formas de delincuencia organizada” (SOBRINO HEREDIA, J. M., “La protección marítima...”, *RDCE cit.*, p. 418).

²⁶ No así en el mundo anglosajón, en el que se considera que el tráfico clandestino de migrantes es un crimen contra la seguridad marítima (*cf.* MALLIA, P., *Migrant Smuggling by Sea: Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2010).

²⁷ ODIER, Fr., “La sécurité maritime: une notion complexe. Le rôle des organisations internationales dans son élaboration”, *Annuaire du Droit Maritime*, 1998, Paris, 1999, pp. 235 y ss.

deliberados incluyendo así cuestiones como el control de fronteras e inmigración, la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo²⁸. Sin embargo, las evoluciones más recientes parecen sugerir la idea de que está emergiendo un modelo europeo de *seguridad humanizada*²⁹ en el mar, al compás del desarrollo de un espacio marítimo común de la UE *in status nascendi*. El objeto de este trabajo consiste, precisamente, en determinar los fundamentos y el calado de esa idea, recorriendo para ello la dimensión marítima del ELSJ (I), la acción proactiva y reactiva de la UE en la seguridad de las fronteras marítimas (II) hasta llegar al proceso de humanización de la seguridad en las fronteras marítimas (III) que podría dar sentido a la idea del modelo comunitario de *seguridad humanizada* en el mar.

II. LA DIMENSIÓN MARÍTIMA DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

La existencia de fronteras es tan inherente a la esencia de un Estado como su ausencia lo es a la propia UE³⁰. En efecto, el proceso de integración europea se ha ido construyendo al tiempo que se iban destruyendo las fronteras internas para alcanzar el cumplimiento de las libertades básicas de circulación. Este proceso de supresión de fronteras internas ha tenido que verse compensado, necesariamente, con el incremento de los controles en las fronteras exterior-

²⁸ SOBRINO HEREDIA, J. M., “La protección marítima...”, *RDCE cit.*, p. 418.

²⁹ Por *seguridad humanizada* nos referimos al enfoque que combina los conceptos de seguridad y de protección de los derechos humanos en la gestión integrada de la frontera exterior de la UE, donde la protección del ser humano ocuparía un lugar central, condicionando en particular las medidas de vigilancia y de salvamento en respuesta a la grave dimensión humanitaria de la migración por mar. En este sentido, debe diferenciarse del concepto de *seguridad humana*, con el que guarda cierta relación (véase, entre otros, NÚÑEZ VILLAVERDE, J., HAGERAATS, B., REY MARCOS, F., “Seguridad humana: recuperando un concepto necesario”, *Cuadernos IECAH 07*, Madrid, 2007), y del concepto de *seguridad humanitaria*, que ha sido utilizado en referencia a la protección de la acción humanitaria en situaciones de conflicto armado (véase, por ejemplo, el discurso del Director de Operaciones del CICR, KRÄHENBÜHL, P., “Humanitarian security: ‘A matter of acceptance, perception, behaviour...’”, *High-level Humanitarian Forum*, Geneva, 31.4.2004 (<http://www.icrc.org>); o BRUDERLEIN, C., GASSMANN, P., “Managing Security Risks in Hazardous Missions: The Challenges of Securing United Nations Access to Vulnerable Groups”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 19, 2006, pp. 63-93).

³⁰ Para un mayor desarrollo del concepto de fronteras desde una óptica histórica, internacional y comunitaria, véase el completo estudio de DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Las fronteras de la Unión...”, *RDCE cit.*, pp. 299-341.

res de la Unión en el marco de la construcción del ELSJ³¹. La gestión integrada de las fronteras exteriores, y en particular la vigilancia de las fronteras marítimas para garantizar la seguridad en la UE, constituye una de las piezas clave de dicho espacio. La primera piedra para una futura gestión conjunta de las fronteras exteriores y, en particular, de las fronteras marítimas, la encontramos en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999³². Una de las medidas concretas que lanza el Consejo para la creación y consolidación del ELSJ es la mejora de la gestión de los flujos migratorios mediante el fortalecimiento de la cooperación y la asistencia técnica mutua entre los servicios de control fronterizo de los Estados miembros, por ejemplo mediante programas de intercambio y la transferencia de tecnología, especialmente en las fronteras marítimas³³. Así, puede afirmarse que en Tampere se sientan las bases para el tratamiento de las fronteras marítimas como una categoría específica dentro de las fronteras exteriores de la Unión en el contexto de la lucha contra la inmigración irregular³⁴.

³¹ Esta realidad ha sido expuesta gráficamente por la doctrina en clave de seguridad afirmando, por ejemplo, que “los nacionales de terceros Estados, se convierten en algo así como *el enemigo a controlar*, para la plena realización de la libre circulación de personas” (IZQUIERDO SANS, C., “Las fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio Schengen”, *ADI*, n. XVI, 2000, p. 135).

³² En efecto, esta cumbre especial de los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE sentó las bases de un ELSJ en desarrollo de lo dispuesto por el Tratado de Maastricht, lo que implicaba “desarrollar políticas comunes en materia de asilo e inmigración, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de llevar a cabo un *control coherente de las fronteras exteriores* para poner fin a la inmigración ilegal y para luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos” (Párrafo 3 de las Conclusiones de Tampere. La cursiva es añadida). Interesa destacar que en el espíritu de la creación de este espacio se encuentra la idea de que la libertad, como compromiso compartido en el que ha enraizado la integración europea (párrafo 1), “no debería considerarse dominio exclusivo de los ciudadanos de la Unión [pues su] propia existencia ejerce un poder de atracción para muchos otros ciudadanos de todo el mundo que no pueden gozar de la libertad que los ciudadanos de la Unión dan por descontada. Sería, además, contrario a las tradiciones europeas negar esta libertad a aquellas personas a las que sus circunstancias conducen justificadamente a tratar de acceder a nuestro territorio” (párrafo 3).

³³ Párrafo 24 de las Conclusiones de Tampere, dentro del epígrafe “IV. Gestión de los flujos migratorios” del apartado “A. Una política de asilo y migración común de la Unión Europea”. En este contexto, con carácter particular, el Consejo acoge favorablemente “el memorándum de acuerdo entre Italia y Grecia para fomentar la cooperación entre ambos países, en los mares Adriático y Jónico, en la lucha contra la delincuencia organizada, el contrabando y la trata de seres humanos”.

³⁴ Más allá de la seguridad, la inmigración —masiva— ha llegado a convertirse en una *cuestión de defensa nacional* dentro y fuera de Europa. En efecto, Gobiernos como

1. DEL VÍNCULO ENTRE SEGURIDAD INTERIOR Y FRONTERA EXTERIOR...

Ahora bien, la esencia del concepto de frontera exterior de la UE formulado en Tampere adolece de una cierta contradicción intrínseca. Así, por un lado, se afirma que la libertad alcanzada en Europa como espacio de paz y de prosperidad “no debería considerarse dominio exclusivo de los ciudadanos de la Unión [ya que] ejerce un poder de atracción para muchos otros ciudadanos de todo el mundo que no pueden gozar de la libertad que los ciudadanos de la Unión dan por descontada. Sería, además, contrario a las tradiciones europeas negar esta libertad a aquellas personas a las que sus circunstancias conducen justificadamente a tratar de acceder a nuestro territorio”³⁵. Es decir, en esencia, el ELSJ nace con la vocación de abrirse a ciudadanos de todo el mundo que no gozan de libertad, pudiendo afirmarse con rotundidad, además, que tal vocación forma parte de las tradiciones europeas. Ahora bien, por otro lado, este escenario aperturista que se basa en la idea de *libertad como fin* se articula a través de una serie de instrumentos que parten de la idea de *seguridad como medio*³⁶. En efecto, el Consejo Europeo

los de España, Italia, Reino Unido, Estados Unidos o Australia han llegado a calificar la inmigración por mar como una *invasión territorial*, a lo que han contribuido también con la utilización de estados de emergencia, como si de una guerra o catástrofe natural se tratase, o de Fuerzas de la Armada (PUGH, M., “Drowning not waving, boat people and humanitarianism at sea”, *Journal of Refugee Studies*, January, 2004, p. 5). Así, por ejemplo, Italia decretó el *estado de emergencia* con ocasión de la llegada a Sicilia, en marzo de 2002, del buque *Mónica* (con pabellón de Tonga) con 928 ciudadanos kurdos a bordo, lo que permitió su encarcelamiento, limitación del tiempo de audiencia para los solicitantes de asilo y supresión de cualquier posibilidad de apelación (*The Guardian*, 19 de marzo de 2002). El Gobierno italiano llegó incluso a ordenar la destrucción del buque, a modo de gesto simbólico equivalente a la destrucción de los medios logísticos del enemigo. Asimismo, a petición de Italia, los movimientos masivos de personas fueron configurados por la OTAN en su Nuevo Concepto Estratégico de 1991 como una amenaza (PUGH, M., “Drowning not waving..., *cit.*, p. 5). Nos recuerda asimismo el autor que en 2002, “Lord Robertson, then NATO’s Secretary General, asserted that if the Balkans had been left alone and had not benefited from international intervention, ‘waves of refugees would have swamped the rest of Europe’”.

³⁵ *Conclusiones* del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, apartado 3.

³⁶ Posteriormente, el Consejo Europeo de Laeken, celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 2001, habría de incidir nuevamente en la importancia de las fronteras exteriores para la seguridad europea, todavía en plena conmoción internacional tras los atentados del 11 de septiembre: “La mejora de la gestión del control de las fronteras

sienta a renglón seguido la necesidad de que la Unión desarrolle políticas comunes en materia de asilo e inmigración, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y para luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos: “los principios en los que deben basarse estas políticas han de ser claros para nuestros propios ciudadanos y, además, han de ofrecer garantías a las personas que busquen protección en la UE o traten de entrar en ella”³⁷. Por tanto, las herramientas para lograr el ELSJ son la *política común de asilo e inmigración* y el *control de fronteras exteriores*³⁸ y, en todo caso, han de ofrecer garantías a las personas “que busquen protección o [que] traten de entrar” en la Unión. Ello nos sitúa, directamente, en el terreno de los derechos humanos de los migrantes clandestinos que no sólo impone el Derecho Internacional, sino que asume ahora de forma expresa la UE como principio basal³⁹ del ELSJ.

Seguramente, la *moneda* de la inmigración clandestina por vía marítima presenta mayor impacto desde el punto de vista de su *crux* de crisis humanitaria que desde el punto de vista de su *cara* de inmigración irregular. Es decir, su incidencia en los flujos de inmigrantes irregulares es menor que su impacto humanitario⁴⁰, pues la mayor parte de inmigración irregular no ingre-

teriores de la Unión contribuirá a luchar contra el terrorismo, las redes de inmigración clandestina y la trata de seres humanos. El Consejo Europeo ha solicitado al Consejo y a la Comisión que definan los mecanismos de cooperación entre los servicios encargados del control de las fronteras exteriores y que estudien las condiciones en que podría crearse un mecanismo o servicios comunes de control de fronteras exteriores (...)» (párrafo 42 de las *Conclusiones de la Presidencia*).

³⁷ *Conclusiones* del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, apartado 3.

³⁸ En consecuencia, “[d]esde el Programa de Tampere de 1999, la gestión de las fronteras exteriores ha sido una de las piedras angulares del establecimiento progresivo de la Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia” (COMISIÓN EUROPEA, *Refuerzo de la gestión...*, *cit.*, p. 2).

³⁹ “...principios en los que deben basarse estas políticas...” (*supra*, nota 36).

⁴⁰ “[D]esde 1999 hasta enero de 2006 han sido detectados alrededor de 131.000 inmigrantes procedentes de las rutas africanas en aguas y costas españolas [...] A pesar de la atención mediática dada a este fenómeno y a sus desastrosas consecuencias humanitarias, su impacto numérico sigue siendo reducido si lo comparamos con los 3 millones de extranjeros regulares residentes en España y los 2,8 millones en Italia. De hecho, los inmigrantes africanos, a excepción de los marroquíes, no ocupan un lugar destacado en las estadísticas de ninguno de los dos países. En España tan sólo los marroquíes pertenecen a los colectivos mayoritarios (575.460), mientras que hay sólo 30.177 senegaleses, 11.865 malienses y 16.768 gambianos residentes. En Italia, según datos de finales de 2005, los

sa en pateras⁴¹, sino que se produce a través de cruces de frontera regulares mediante pasaporte y visado⁴². Se trata de una materia que afecta a un número relativamente pequeño de inmigrantes⁴³, en un amplio territorio marítimo que implica de forma directa a un número reducido de Estados miembros⁴⁴ y a un número algo superior de Estados africanos⁴⁵. Además, la inmigración clandestina por vía marítima no es, al menos de forma directa o inmediata, fuente o canal de terrorismo hacia Europa⁴⁶, sino que la integran tanto inmigrantes económicos como refugiados, arriesgando su vida y la de sus hijos por alcanzar libertad y derechos humanos⁴⁷. Por tanto, la razón de ser del

marroquíes residentes eran 319.397, mientras que los senegaleses 57.101, ghaneses (34.499) y nigerianos (34.310)” (FINOTELLI, C., “Italia, España y el modelo migratorio mediterráneo en el siglo XXI”, *ARI* N° 58, Real Instituto Elcano, Madrid, 2007, p. 3).

⁴¹ Ello se debe, sin duda, a los elevadísimos riesgos que conlleva una travesía tan larga —la ruta hacia Canarias es de unos 1.200 km— y en condiciones tan precarias —se realiza en los conocidos *cayucos* o *pateras*, en condiciones críticas de navegabilidad—. A ello se suma, sin duda, el exponencial incremento de los controles en la frontera marítima a los que nos referimos en este trabajo.

⁴² Así, por ejemplo, “[u]na serie de investigaciones realizadas sobre los flujos irregulares hacia Italia ha demostrado que la gran mayoría de los inmigrantes irregulares son *overstayers*, es decir, inmigrantes que han hecho su ingreso con visado y no han vuelto a su país una vez caducado el mismo [...] En comparación, y a pesar el impacto mediático que recibe, la inmigración clandestina en pateras o cayucos es numéricamente menos relevante y tiene menos influencia sobre las dimensiones de la irregularidad” (FINOTELLI, C., “Italia, España y el modelo..., *cit.*, p. 2).

⁴³ La doctrina ha llegado a afirmar, de forma muy censurable por la trágica realidad que encierra, que la atención prestada al problema es desproporcionada en relación con el número de personas que realmente cruzan el Mediterráneo (KNEEBONE, S., MCDOWELL, Ch., MORREL, G., “A Mediterranean solution? Chances of success”, *International Journal of Refugee Law*, n. 18(3/4), 2006, p. 497).

⁴⁴ En particular, España, Italia, Grecia y Malta.

⁴⁵ Fundamentalmente, Estados de origen y de tránsito de las rutas de inmigración clandestina (sobre todo, Marruecos, Mauritania, Senegal, Cabo Verde, Guinea Ecuatorial, Guinea Bissau, Libia, Túnez).

⁴⁶ Si bien algunos autores encuentran similitudes entre las técnicas para luchar contra la inmigración clandestina en Europa, como la falta de transparencia de acuerdos informales con terceros o de los análisis de riesgos de FRONTEX, con la guerra contra el terror de Estados Unidos (NESSEL, L. A., “Externalized borders and the invisible refugee”, *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 40, Spring 2009, p. 626), otros autores disocian la creación de FRONTEX de las políticas de securitización surgidas tras el 11-S (NEAL, A. W., “Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of FRONTEX”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 47, n. 2, 2009, pp. 333-356, especialmente p. 343).

⁴⁷ KELLEY, N., “International Refugee Protection Challenges and Opportunities”, *International Journal of Refugee Law*, n. 19, 2007, p. 419.

reforzamiento del control en las fronteras marítimas parece tener un doble componente de *seguridad* y de *humanidad*, pero con un claro predominio del primero frente al segundo que, sin embargo, está creciendo en importancia.

2. ... AL CONCEPTO DE SEGURIDAD EN LAS FRONTERAS MARÍTIMAS

La inmigración clandestina por vía marítima pasó a tener un tratamiento exclusivo por vez primera en las Conclusiones del Consejo de Asuntos Generales, reunido en Luxemburgo el 15 de abril de 2002. En esta ocasión, el Consejo se planteaba cómo abordar de manera más efectiva, con inclusión del uso de todos los instrumentos disponibles dentro del marco de las relaciones exteriores de la Unión, los problemas surgidos a raíz de la inmigración ilegal, en particular en las fronteras marítimas⁴⁸. Los aspectos más sobresalientes de las Conclusiones a las que llega el Consejo se centran en la *cooperación* efectiva con los países de origen y de tránsito, en la consideración de los *derechos humanos* de los migrantes, en un *planteamiento integrado*⁴⁹ y en la *aplicación del Plan Global* para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos⁵⁰.

En relación con ello, el Consejo anunció que se abordaría de forma específica la cuestión de la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos por mar diez días más tarde, en su reunión de los días 25 y 26 de abril de 2002⁵¹. En efecto, en esta ocasión el Consejo adopta sus primeras Conclusiones en materia de *Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos por mar*, en las que avanza los trabajos de la Comisión acerca de un estudio de viabilidad sobre

⁴⁸ 7705/02 (Presse 91), p. 9.

⁴⁹ “La Unión Europea tratará de mejorar la rapidez y la eficacia de su acción. La acción deberá consistir en un planteamiento integrado, que garantice una coordinación adecuada entre la política en materia de inmigración y la mejor utilización posible de todos los instrumentos disponibles en el marco de sus relaciones exteriores. En este contexto, el Consejo se congratula de la intención de los Comisarios con competencias en este ámbito de convocar en breve una reunión ad hoc de alto nivel para tratar estas cuestiones” (7705/02 (Presse 91), p. 9).

⁵⁰ *Plan Global para la Lucha contra la Inmigración Ilegal y la Trata de Seres Humanos en la UE*, el cual, a su vez, desarrollaba las conclusiones de los Consejos Europeos de Tampere y de Laeken y en la Comunicación de la Comisión COM (2011) 672 final, de 15 de noviembre, relativa a una política común de inmigración ilegal, que preconizaban una medida de esta naturaleza.

⁵¹ Reunión del Consejo en su formación de Justicia, Asuntos de Interior y Protección Civil, 7991/02 (Presse 104).

la mejora de los controles de las fronteras marítimas, teniendo en cuenta la diversidad de las fronteras marítimas de la UE y los distintos problemas que afectan a los Estados miembros⁵². Todo ello en el marco del *Plan Global de lucha contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos* y poniendo un énfasis especial en el activismo y en la colaboración de terceros Estados⁵³.

Con estos precedentes, y sobre las bases establecidas por la Comisión en su Comunicación COM (2002) 233 final y su estudio de viabilidad⁵⁴, ambos de mayo de 2002, el Consejo Europeo aprobó en Sevilla al mes siguiente⁵⁵ el *Plan para la gestión de las fronteras exteriores de los Estados miembros de*

⁵² *Ibid.*, p. 7, apartado 2. Se establecía como fecha de presentación del estudio el mes de febrero de 2003. Finalmente, el CIVIPOL *Conseil* francés realizó este estudio para la Comisión en septiembre de 2003 sobre el control de las fronteras marítimas de la Unión Europea (*Étude de faisabilité relative au contrôle des frontières Maritimes de l'Union européenne*, rapport final 1^{er} septembre 2003, Council doc. Front 102 – 11490/1/03 of 19/09/2003).

⁵³ En especial, se insta a los países de embarque, de salida o de tránsito de dichos buques a “que adopten lo antes posible todas las medidas necesarias para prevenir y luchar contra esas actividades ilegales” [7991/02 (Presse 104), p. 7, apartado 5], así como a “que readmitan a los inmigrantes que entren clandestinamente en el territorio de los Estados miembros de la UE” (*Ibid.*, p. 7, apartado 6), empleando incluso la coerción. La intención de la UE para presionar a estos terceros Estados, principalmente países africanos de la ribera sur del Mediterráneo, llega hasta el punto encomendar al COREPER el estudio, en especial, de “medidas contra terceros estados que se nieguen a cooperar con la UE en la lucha contra la inmigración ilegal” (*ibid.*, p. 7, apartado 8). Junto a este tipo de medidas coercitivas, el Consejo invita al COREPER, con carácter general, “a que, de acuerdo con el planteamiento integrado mencionado en el punto 1, estudie todas las medidas que podrían adoptarse y aplicarse para prevenir y luchar contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos por mar”. Por tanto, en esta primera ocasión en que el Consejo aborda la cuestión del tráfico clandestino de migrantes por vía marítima, su centro de atención son, fundamentalmente, las medidas coercitivas contra los Estados de embarque, salida y tránsito.

⁵⁴ “[E]l día 30 de mayo de 2002, en la Conferencia Ministerial celebrada en Roma, se llevó a cabo la presentación del “Estudio de Viabilidad para la creación de una Policía Europea de Fronteras” elaborado por expertos de Alemania, Francia, Bélgica, España e Italia, bajo el liderazgo de este último país. Dicho Estudio esboza un modelo de organización para lograr una serie de objetivos tendentes a reforzar las fronteras exteriores europeas sin vulnerar la soberanía nacional de los Estados miembros, al tiempo que desde el principio posibilita la participación como observadores de los países candidatos. El Estudio propone un modelo estructurado como una red de múltiples centros, coordinado por un organismo adecuado que puede crearse inmediatamente y establecerse de manera concreta para luego evolucionar de forma gradual” (*Plan para la Gestión...*, *cit.*, 4, apartado I.7).

⁵⁵ Reunión celebrada los días 21 y 22 de junio de 2002.

la UE⁵⁶, a partir de un planteamiento integrado y de coordinación en torno a un bloque legislativo de medidas, consistente en la adopción de un corpus común de legislación, y otro bloque operativo que prevé la puesta en marcha de *operaciones conjuntas* entre los servicios nacionales encargados del control y la vigilancia de las fronteras exteriores, junto con la introducción de *proyectos piloto* en diversas áreas, como la formación, la repatriación de extranjeros en situación irregular o la cooperación con terceros países⁵⁷. Ahora bien, no fue hasta las catástrofes humanitarias del año 2006 en el Mediterráneo y en las Islas Canarias que las fronteras marítimas fueron merecedoras de un tratamiento específico y autónomo por parte del Consejo y de la Comisión lo que, de algún modo, convierte a 2006 en el *año de las fronteras marítimas en la UE*⁵⁸. Por un lado, se adopta el *Código de Fronte-*

⁵⁶ La base del Plan se encuentra en la Propuesta formulada por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior en su reunión de 14 de junio de 2002 (9834/1/02 FRONT 55 COMIX 392 REV 1).

⁵⁷ Tanto las operaciones conjuntas como los proyectos piloto habrían de convertirse en el eje de funcionamiento de la Agencia FRONTEX que se crearía dos años más tarde (véase Reglamento FRONTEX, art. 3 “Operaciones conjuntas y proyectos piloto en las fronteras exteriores”). El primer precedente operativo de FRONTEX sobre la base del Consejo Europeo de Sevilla se desarrolló en las fronteras marítimas y fue la *Operación Ulises*, iniciada 23 de enero de 2003, y considerada “la primera operación conjunta en las fronteras exteriores” (BOU FRANCH, V., “La Operación Ulises y la lucha en el mar contra la inmigración ilegal”, *Revista Española de Derecho Internacional*, n. 1, vol. LV, 2003, p. 557).

⁵⁸ La continua llegada durante este verano de miles de inmigrantes a las costas españolas, italianas y maltesas tuvo como efecto que esta cuestión fuese analizada al más alto nivel de la Comunidad así como en otros foros, como en el Consejo informal de Tampere y en la reunión regional de Ministros en Madrid. En particular, el 17 de julio de 2006, el Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores adoptó unas conclusiones sobre migración insistiendo en la necesidad de tratar todos los aspectos que inciden en la grave situación en el Mediterráneo y en el Atlántico, con medidas concretas a corto, medio y largo plazo, como una cooperación marítima operativa que permitiese desarrollar medios de vigilancia adecuados en las fronteras marítimas. Este punto también fue debatido en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 24 de julio del mismo año, donde la Comisión y el Director Ejecutivo de FRONTEX informaron al Consejo de la situación en la que se encontraba la aplicación del Enfoque global de migración. En dicha ocasión, el Consejo debatió la situación en la región mediterránea y en África por lo que respecta a la inmigración ilegal. Acogió con satisfacción las medidas que ya habían sido adoptadas por la Comisión y por FRONTEX y subrayó la necesidad de continuar desarrollando la cooperación operativa. Pidió a sus órganos preparatorios que siguieran de cerca la evolución de la situación en el área mediterránea y en África con el fin de valorar las medidas que deban adoptarse y responder de la manera adecuada [13068/06 (Presse 258)].

*ras Schengen*⁵⁹ (en adelante, CFS), en virtud del cual se dispone la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las fronteras interiores de los Estados miembros de la UE al tiempo que establece “normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE”⁶⁰, entre las que se establecen normas para los controles en los puertos⁶¹.

En este contexto, la Comunicación de 2006 sobre el *Refuerzo de la gestión de las fronteras marítimas meridionales de la UE*⁶² se convierte en la primera que dedica la Comisión en exclusiva a las fronteras marítimas de la UE. Si bien el control de estas fronteras tiene una doble dimensión *ad intra*, relativa al establecimiento de las medidas de aplicación inmediata al interior de la UE⁶³, y *ad extra*, en materia de cooperación con los países de origen de los riesgos⁶⁴, la Comunicación sólo aborda la primera de las dimensiones con la finalidad de formular “las principales recomendaciones de la Comisión destinadas a mejorar la gestión de las fronteras exteriores marítimas meridionales”⁶⁵. De este modo se ha venido configurando el ELSJ en su dimensión marítima creando las condiciones para la institucionalización de la gestión de las fronteras exteriores con la creación de FRONTEX.

⁵⁹ Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (*DOUE*, L 105, de 13.04.2006, pp. 1 – 32).

⁶⁰ Art. 1 CFS.

⁶¹ En particular, se trata del Anexo VI, sobre el que volveré más adelante (véase, nota 112).

⁶² COM (2006) 733 final, 30.11.2006. En sus conclusiones de 5 de octubre de 2006, el Consejo había invitado a la Comisión «a que, con la cooperación de Frontex y teniendo presentes las responsabilidades de los Estados miembros, el estudio de viabilidad de la creación de una Red Mediterránea de Patrullas Costeras (MEDSEA) y la experiencia adquirida en operaciones conjuntas, presentase al Consejo antes de finales de 2006 una comunicación en la que determine qué otras nuevas medidas operativas podrán adoptarse a corto plazo para dotar a la Unión de la capacidad necesaria para contribuir a la prevención y la gestión de las situaciones de crisis migratoria» (Doc. JAI 13559/06 489 MIGR 149 FRONT 199 COMIX 801, de 4 de octubre de 2006).

⁶³ Se mencionan en particular medidas operativas de lucha contra la inmigración ilegal, de protección de los refugiados y de control y vigilancia fronteriza marítima (COMISIÓN EUROPEA, *Refuerzo de la gestión...*, *cit.*, p. 4).

⁶⁴ Al respecto, se alude a la necesidad de consolidar las relaciones de cooperación práctica y de desarrollarlas en el marco de los acuerdos de asociación, del Acuerdo de Cotonú y de los planes de acción de la Política Europea de Vecindad (COMISIÓN EUROPEA, *Refuerzo de la gestión...*, *cit.*, p. 4).

⁶⁵ *Ibid.*

III. LA ACCIÓN DE LA UE EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALVAMENTO EN LAS FRONTERAS MARÍTIMAS

El desarrollo de conceptos propiamente comunitarios como los de frontera exterior, gestión integrada de las fronteras y fronteras marítimas meridionales debe conciliarse con la realidad propiamente nacional de que el control efectivo sobre las fronteras, en tanto que elemento esencial de la soberanía, es competencia exclusiva de los Estados. Ahora bien, esta ausencia de competencias comunitarias de control fronterizo no ha impedido que la UE venga desarrollando una *labor proactiva* en favor del fortalecimiento de la seguridad en las fronteras marítimas; y, además, cuenta con competencias fundamentales de coordinación, formación y asistencia a la *labor reactiva* de los Estados en sus operaciones contra la inmigración clandestina que inciden de forma determinante, e incluso directa, en el control de las fronteras⁶⁶.

1. ENTRE LA ACCIÓN PROACTIVA...

La UE ha sufrido en sus propias aguas las grandes lagunas de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) que la convierten en un instrumento prácticamente inoperante para luchar contra la inmigración clandestina por mar. Por ello, con la finalidad de mejorar la eficacia de las medidas nacionales, la UE ha venido desempeñando una importante labor de impulso de la revisión y de una mejor implementación del Derecho Internacional del mar⁶⁷, sobre la base de la CNUDM⁶⁸, y de desarrollo de mecanismos comunitarios que permitan conjurar las amenazas que el ELSJ recibe por mar. Los aportes de esta acción proactiva de la UE, que refleja la tensión entre la jurisdicción del Estado del pabellón y la ampliación de las ca-

⁶⁶ “FRONTEX play a role in ensuring the application of a common approach within these minimum guarantees; it has a regulatory function. Its practices aim to reduce the potential decisionism, arbitrariness and disparity of Member State border practices” (NEAL, A. W., “Securitization...”, *cit.*, p. 348).

⁶⁷ “La Comunidad Europea y sus Estados miembro son Partes contratante de la [CNUDM], motivo por el que la UE se halla bien situada para apoyar la formación de consensos en numerosos asuntos de importancia” (*Libro Verde*, p. 46).

⁶⁸ “Es preciso desarrollar el sistema jurídico por el que se rigen los océanos y los mares basado en la Convención UNCLOS para poder hacer frente a los nuevos retos” (*ibid.*, p. 47).

pacidades de intervención en alta mar⁶⁹, se concentran, fundamentalmente, en el impulso de la revisión y de una interpretación comunitaria de la CNUDM, en su papel activo en la adopción y aplicación del Protocolo de Palermo⁷⁰ y en el condicionamiento de las relaciones con terceros países de origen y tránsito de la inmigración clandestina.

En primer lugar, la CNUDM nos interesa en la medida en que regula derechos y obligaciones de los Estados⁷¹ que puedan incidir en las dos categorías principales de respuestas operativas que pueden tener los Estados frente a la inmigración clandestina de migrantes, como son las *operaciones de interceptación*⁷² de buques sospechosos y las *operaciones de salva-*

⁶⁹ “L'UE, dans un souci d'efficience de la lutte contre les trafics illicites, semble soutenir cette recherche d'un compromis entre la prééminence de la loi de l'État du pavillon et l'extension des compétences d'intervention en haute mer” (BELLAYER-ROILLE, A., “Vers un rôle accrue de l'Union Européenne dans la lutte contre les trafics illicites en mer? Exemples des trafics de migrants et de stupéfiants”, CUDENNEC A.; GUEGUEN-HALLOUËT, G. (Dir.), *L'Union Européenne et la mer...*, cit., p. 387).

⁷⁰ Ver Nota 97.

⁷¹ El régimen jurídico contemplado en la Convención establece variaciones de obligaciones y derechos de los Estados en función de los espacios en que se ha parcelado el mar. Estos espacios marítimos están sometidos, por tanto, a distintos regímenes jurídicos que van a condicionar de forma decisiva las facultades de actuación contra el tráfico clandestino de migrantes por vía marítima. Con todo, a los efectos de este trabajo, no nos van a interesar todos los espacios marítimos, sino sólo aquéllos en torno a los cuales se configura el concepto de *frontera exterior marítima* de la UE: estos espacios son el mar territorial —dimensión *interna* de la frontera exterior, donde rige el principio de soberanía del Estado ribereño—, y la zona contigua y el alta mar —dimensión *externa* de la frontera exterior, extendiéndose, por tanto, más allá del área de soberanía—. Incluso resulta imprescindible preguntarse por los márgenes de actuación dentro de las aguas territoriales de un tercer Estado.

⁷² Si bien no existe una definición internacionalmente aceptada de lo que deba entenderse por *interceptación*, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) acude a la práctica estatal para definirla como “encompassing all measures applied by a State outside its national territory in order to prevent, interrupt or stop the movement of person without the required documentation from crossing international borders by land, air or sea and making their way to the country of prospective destination” (ACNUR, *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, UN Doc. EC/50/SC/CRP.17, 9 June 2000, p. 2). La doctrina ha puesto de relieve que si bien la interceptación de seres humanos en el mar se ha venido desarrollando durante siglos, se percibe una involución del concepto que se desvió de su sentido original de salvamento de vidas a un sentido actual para impedir la inmigración por mar desde países subdesarrollados, especialmente en Europa (PAPASTAVRIDIS, E., “Interception of human beings on the high

mento de buques o embarcaciones en peligro⁷³, en los distintos espacios marítimos⁷⁴.

Las capacidades operativas de los Estados ribereños para llevar a cabo acciones de vigilancia y de interceptación en su mar territorial están protegidas por el principio de soberanía territorial⁷⁵ que, como es sabido, no es absoluto sino que aparece limitado por el derecho de paso inocente⁷⁶. Ahora bien, expresamente se establece que no se considerará como inocente el paso de un buque que transporte migrantes con la intención de contravenir las le-

seas: a contemporary analysis under international law”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n. 145, Spring 2009, pp. 26-27). En concreto, se constata una práctica emergente de los Estados para disfrazar verdaderas operaciones de interceptación bajo la calificación de operaciones de rescate, lo que revela la necesidad de clarificar cuándo la acción de un buque militar constituye una operación de interceptación y cuándo de rescate (MILTNER, B., “Irregular maritime migration: refugee protection issues in rescue and interception”, *Fordham International Law Review*, December, 2006, p. 125). “When preventing migrants from coming has become more important than saving lives, something has gone dramatically wrong” (BLOOMFIELD, A., *et alia*, *MAYDAY! Strengthening responses of assistance and protection to boat people and other migrants arriving in Southern Europe*, ICMC, September, 2011, p. 20).

⁷³ Ello nos sitúa, por la propia naturaleza de esta problemática, ante la necesidad de poner en conexión las operaciones en el mar de los Estados con sus obligaciones derivadas de las normas aplicables, por un lado, a la protección de los derechos humanos en el mar, derivados principalmente de las obligaciones de búsqueda y de rescate —contenidas en la propia CNUDM (art. 98), pero desarrolladas con mayor detalle en los Convenios SOLAS y SAR— y, por otro lado, a la protección de los derechos humanos de los migrantes por mar en su calidad de potenciales solicitantes de asilo, lo que nos remite a la aplicación del Convenio y del Protocolo sobre el Estatuto del Refugiado. Al respecto, véase, entre otros, MORENO LAX, V., “Searching Responsibilities and Rescuing Rights: Frontex, the Draft Guidelines for Joint Maritime Operations and Asylum Seeking in the Mediterranean”, *Working Paper REFGOV-FR-28*, Université catholique de Louvain, 2010, pp. 9 y ss.

⁷⁴ Véase al respecto, por ejemplo, SOBRINO HEREDIA, J. M.; OANTA, G. A., “Control y vigilancia de las fronteras en los distintos espacios marítimos”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 14, 2010, pp. 759-588; OLIVA MARTÍNEZ, J. D., “Derecho del mar e inmigración irregular”, *Revista de Derecho de Inmigración y Extranjería*, n. 17, marzo 2008, pp. 265-290; BARNES, R., “Refugee law at sea”, *International & Comparative Quarterly*, n. 53(1), 2004, pp. 47-77; FISCHER-LESCANO, A., LOHR, T., TOHIDIPUR, T., “Border controls at sea: requirements under international human rights and refugee law”, *International Journal of Refugee Law*, n. 21(2), 2009, pp. 256-296, entre otros.

⁷⁵ Art. 2 CNUDM.

⁷⁶ Arts. 17 – 26 CNUDM.

yes y reglamentos de inmigración del Estado ribereño⁷⁷, lo que podría derivar en la prohibición de acceso al mar territorial o cualquier otra medida destinada a impedir todo paso que no sea inocente⁷⁸. En correspondencia con ello, el propio Derecho Internacional⁷⁹ confiere al Estado ribereño el ejercicio de la jurisdicción penal⁸⁰ en relación con los delitos cometidos a bordo de todo buque extranjero, durante su paso por el mar territorial, cuando tales delitos tengan consecuencias en el Estado ribereño⁸¹ o cuando el delito sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el buen orden en el mar territorial⁸². En España, por ejemplo, el tráfico clandestino de migrantes por vía marítima cae bajo la categoría penal del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificado en el Código Penal⁸³, al que incluso los propios tribunales españoles le han reconocido alcance extraterritorial⁸⁴.

⁷⁷ “Se considerará que el paso de un buque extranjero es perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño si ese buque realiza, en el mar territorial [...] [e]l embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño” (art. 19.2.g) CNUDM).

⁷⁸ Art. 25.1 CNUDM.

⁷⁹ En particular, el art. 27 CNUDM y el art. 15 Convención contra la Criminalidad Transnacional Organizada.

⁸⁰ En relación con los últimos avances en materia de competencias comunitarias en materia penal, véase SOBRIDO PRIETO, M., “The European Union and maritime security-related criminal law”, en SOBRINO HEREDIA, J. M. (Dir.), *Maritime security and violence at sea*, Ed. Bruylant, Brussels, 2011, pp. 453-463.

⁸¹ Art. 27.1.a) CNUDM.

⁸² Art. 27.1.b) CNUDM.

⁸³ “El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión” (Art. 318.bis.1).

⁸⁴ Si bien ello no ha estado exento de tensiones entre distintas instancias jurisdiccionales, como ha puesto de manifiesto DEL VALLE GÁLVEZ, afirmando que “[d]’autres décisions de l’Audiencia Provincial de Las Palmas confirmaient une ligne jurisprudentielle de non reconnaissance de l’extraterritorialité [...] un arrêt de cette même Audiencia fut cassé par l’arrêt de la Cour Suprême de Madrid du 08.10.2007, qui déclara la validité de la juridiction espagnole pour connaître d’une intervention en haute mer dans le cadre de la lutte contre le trafic illégal de personnes” (DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Mesures nationales sur le trafic illégal de personnes et la criminalité transnationale organisée”, en SOBRINO HEREDIA, J. M. (Dir.), *Maritime Security...*, cit., p. 28). Para un análisis específico del alcance extraterritorial de la lucha contra la inmigración irregular por mar de España, véase GARCÍA ANDRADE, P.: “Extraterritorial Strategies to Tackle Irregular Immigration by Sea: A Spanish Perspective”, en RYAN, B., MITSILEGAS, V., *Extraterritorial Immigration Control*, Edit. Koninklijke Brill VN, 2010, pp. 311-346.

Además, cabe también precisar que tales normas son sólo aplicables a buques con pabellón de un Estado⁸⁵, de modo tal que las pateras, los cayucos o embarcaciones asimilables no gozarán del derecho de paso inocente ni de la libertad de navegación en alta mar. En efecto, las embarcaciones sin pabellón⁸⁶ no se pueden amparar en la libertad de navegación que rige en alta mar para desarrollar actividades ilícitas como el tráfico clandestino de migrantes. En consecuencia, todo Estado puede, por un lado, interceptar estas embarcaciones⁸⁷ y adoptar las medidas necesarias, como llevarlas a puerto y efectuar los correspondientes arrestos⁸⁸; o, por otro lado, impedir el acceso a sus aguas territoriales. Ahora bien, esta última posibilidad nunca podrá llevarse a cabo si ello supone una violación del principio ineludible⁸⁹ de asistir a las personas que se encuentran en peligro en el mar⁹⁰. Pues bien, la Comisión Europea ha propuesto una formulación comunitaria avanzada de la CNUDM para garantizar la seguridad en el mar territorial, mediante la cual un Estado miembro debería estar obligado a intervenir contra un buque que estuviese haciendo uso del derecho de paso inocente por su mar territo-

⁸⁵ “Con sujeción a esta Convención, los *buques de todos los Estados*, sean ribereños o sin litoral, gozan del derecho de paso inocente a través del mar territorial” (art. 17 CNUDM. La cursiva es añadida).

⁸⁶ Debe recordarse que la obligación de matricular buques, otorgándoles así su correspondiente pabellón, no es absoluta. En efecto, la CNUDM obliga a los Estados a mantener “un registro de buques en el que figuren los nombres y características de los que enarbolan su pabellón, con excepción de aquellos buques que, por sus reducidas dimensiones, estén excluidos de las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas” (art. 94.2.a) CNUDM). Por tanto, el hecho de que pateras y cayucos no cuenten con pabellón no supone necesariamente, en sí misma, una infracción de la obligación de poseer pabellón, pues caen bajo la condición de buques de “reducidas dimensiones”. En todo caso, ello no menoscaba los derechos de terceros Estados para actuar sobre ellos en alta mar, en la medida en que siguen siendo buques sin nacionalidad y sin aptitud ni condiciones suficientes para navegar por el alta mar, lo que constituye en sí mismo un indicio de la comisión de alguna infracción del Derecho del mar que permite activar los mecanismos de la CNUDM y del Protocolo de Palermo.

⁸⁷ Art. 110.1.d) CNUDM.

⁸⁸ Arts. 8 y 9 Protocolo de Palermo.

⁸⁹ “L’obligation inéludable de secourir les personnes qui se trouvent dans une situation de détresse en mer” (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by sea*, SEC(2007) 691, 15.5.2007, p. 9)

⁹⁰ Art. 98 CNUDM, así como los Convenios SOLAS y SAR y el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo.

rial, pero con la intención de desembarcar inmigrantes irregulares en otro Estado miembro⁹¹.

Más allá del mar territorial⁹², la UE ha hecho hincapié en el gran vacío que al respecto presenta la Convención al no recoger ninguna disposición relativa al tráfico ilegal de migrantes por vía marítima en alta mar. En este sentido, todo Estado puede desarrollar funciones de vigilancia en alta mar, si bien la libertad de navegación⁹³ y la vigencia del principio de jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón⁹⁴ le reservan sólo a éste la posibilidad de interceptación de sus buques. A pesar de que la CNUDM no configura la libertad de navegación como una libertad absoluta, ninguna de las excepciones que la restringen se refiere al tráfico clandestino de migrantes⁹⁵. La Comisión Europea ha planteado la necesidad de revisar la Convención para ampliar esta lista de excepciones a la libertad de navegación, incluyendo referencias a otros crímenes reconocidos internacionalmente, tales como el tráfico de drogas, la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes⁹⁶.

⁹¹ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Study on the international law...*, cit., p. 3, apartado 2.1.3). Si bien esta obligación de intervención no está aún expresamente establecida, podría llegar a considerarse fundamentada en la política comunitaria de cruce de fronteras exteriores y en el establecimiento de un espacio común sin fronteras interiores, sobre la base del principio de solidaridad.

⁹² Por lo que se refiere a la *zona contigua*, donde el Estado ribereño puede ejercer su jurisdicción para prevenir [Art. 33.1.a) CNUDM] o sancionar [Art. 33.1.b) CNUDM] las infracciones de su normativa en materia de inmigración, la Comisión Europea entiende que la posibilidad de adoptar todas las medidas necesarias para llevar a cabo la prohibición de acceso a las aguas territoriales del Estado ribereño sobre el mar territorial se extiende “dans une grande mesure aux eaux contiguës” (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Study on the international law...*, cit., p. 9). Debe llamarse la atención sobre el riesgo de que ello podría llegar a derivar tendenciosamente en una prohibición de acceso a la propia zona contigua, lo que obviamente no responde a lo dispuesto por la CNUDM, que se refiere sólo a la adopción de “medidas de fiscalización” (Art. 33.1 CNUDM, *in limine*) para prevenir y sancionar infracciones vinculadas con el territorio o mar territorial del Estado ribereño.

⁹³ Art. 90 CNUDM en relación con el art. 87.1.a).

⁹⁴ “1. Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en la alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado [...]” (art. 92.1 CNUDM, así como los artículos 95 y 96).

⁹⁵ Sólo se contemplan como excepciones a la jurisdicción del Estado de pabellón la piratería (arts. 101 – 103), la trata de esclavos (arts. 99 y 110) y las transmisiones de radio no autorizadas (art. 109).

⁹⁶ “Une revision de la CNUDM pourrait envisager l’élargissement à d’autres crimes reconnus internationalement (tels que le trafic de drogues, la traite d’êtres humains et le

Esta laguna ha tratado de ser colmada por el único tratado internacional específicamente dirigido a la lucha contra el tráfico ilegal de migrantes por vía marítima, como es el *Protocolo de Palermo relativo al tráfico ilegal de migrantes por tierra, mar y aire*⁹⁷. Ante la señalada insuficiencia de la CNUDM, el Protocolo de Palermo viene a prever la ampliación de las competencias de vigilancia de los Estados en alta mar, a través de un mecanismo de notificación y autorización entre el Estado ribereño y el de pabellón⁹⁸, si bien se mantienen intactas las prerrogativas soberanas tradicionales⁹⁹ que sólo podrían verse ampliadas por vía convencional¹⁰⁰.

trafic illicite de migrants) les pouvoirs de “police internationale” dont tous les États disposent pour lutter contre le piraterie, ou pourrait au moins prévoir pour de tels crimes un régime similaire à celui établi par la Convention pour les émissions radio non autorisées (où seulement les États concernés se voient reconnaître certains pouvoirs” (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Study on the international law...*, cit., p. 21). Ello podría llevar a legitimar la actuación sobre un buque sospechoso de tales conductas por parte de cualquier Estado, especialmente de los Estados ribereños y de los Estados miembros que participen en las operaciones conjuntas de FRONTEX, en incluso de los terceros Estados africanos de origen y de tránsito con los que existen o puedan existir acuerdos de cooperación. Con todo, en tanto no tenga lugar tal revisión normativa, los buques con pabellón de Estado que naveguen por alta mar con inmigrantes clandestinos gozan de libertad de navegación, sin que ningún buque de otro Estado pueda impedirlo, salvo autorización expresa del Estado de pabellón.

⁹⁷ Protocolo de 15 de noviembre de 2000, en vigor desde el 28 de enero de 2004, y adicional a la *Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional*, de la misma fecha y en vigor desde el 29 de septiembre de 2003. A fecha de 3 de diciembre de 2011, tanto la propia Unión Europea como 24 de sus Estados miembros habían ratificado el Protocolo, quedando a la espera de la ratificación de Irlanda, Luxemburgo y República Checa (*United Nations Treaty Collection*, <http://treaties.un.org>). De igual modo, tres de los países de origen o tránsito de las rutas del tráfico ilícito de migrantes por vía marítima de África a Europa no lo han ratificado: Guinea Bissau (firmado el 14 de diciembre de 2000), Marruecos (ni siquiera lo ha firmado) y Sierra Leona (firmado el 27 de noviembre de 2001).

⁹⁸ Art. 8 Protocolo de Palermo.

⁹⁹ En este punto, el Protocolo se inspira claramente en el artículo 17 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes, de 19 de diciembre de 1988 (BELLAYER-ROILLE, A., “Vers un rôle accrue...”, *loc. cit.*, p. 389). En efecto, el Protocolo permite la adopción por cualquier Estado parte de “medidas apropiadas” (art. 8.2), lo que podría incluir el uso de la fuerza, contra todo buque sospechoso de tráfico de migrantes, previa autorización del Estado de pabellón. Solicitada la autorización, el Estado de pabellón deberá responder sin dilación o prestar su asistencia. Ahora bien, en ausencia o negativa de autorización, la única posibilidad es el derecho de persecución en caliente, con sus condicionantes (art. 111 CNUDM).

¹⁰⁰ Reconociendo tácitamente sus propias limitaciones, el Protocolo de Palermo insta a los Estados parte a considerar la posibilidad de celebrar acuerdos bilaterales o regiona-

A su vez, y en relación directa con el Protocolo de Palermo, la UE ha llevado a cabo una política de condicionamiento de las relaciones con países de origen y tránsito del tráfico ilegal de migrantes. Así, con la finalidad de implementar la aplicación del Protocolo de Palermo, el Consejo de Ministros de Justicia y de Asuntos de Interior de la UE, reunido el 13 de junio de 2002, decidió basar todas sus relaciones presentes y futuras con terceros Estados sobre el criterio de la cooperación en la lucha contra la inmigración clandestina. En concreto, a partir de este momento, en sus relaciones con terceros *la UE pide* la firma, ratificación y aplicación del Protocolo de Palermo a los Estados de pabellón, de origen y de tránsito de migrantes, reforzar sus medidas de control en las fronteras marítimas de las embarcaciones sospechosas, y cooperar con los servicios de fronteras de los Estados miembros en mate-

les o arreglos operacionales con miras a adoptar las medidas más apropiadas y eficaces para prevenir y combatir [el tráfico clandestino de migrantes [art. 17.a)] y a contribuir conjuntamente a reforzar las disposiciones del Protocolo [art. 17.a)]. En virtud de tales acuerdos, por ejemplo, podría establecerse un procedimiento de autorización rápida o tácita, o incluso podría prescindirse de tal autorización. En este sentido, el Acuerdo de Aruba, de 10 de abril de 2003, contra el tráfico de drogas en el Caribe es un ejemplo de acuerdo regional que contempla la intervención en alta mar sin necesidad de autorización previa entre Estados partes (BELLAYER-ROILLE, A., “Vers un rôle accrue...”, *loc. cit.*, p. 389). El modelo del Acuerdo de Aruba está presente en el trabajo CIVIPOL: *Étude de faisabilité relative au contrôle des frontières maritimes de l'Union Européenne, Conseil de l'Union Européenne, 11490/03, 19 septembre 2003, p. 75*. Además, aquella previsión nos remite a convenios como los que España, por ejemplo, ha firmado con diversos Estados europeos del Mediterráneo —acuerdo con Italia de 1994— y africanos —Marruecos (2003), Mauritania (2006), Senegal (2006), Cabo Verde (2007), Gambia (2008), Guinea (2008) o Guinea Bissau (2008)— para el desarrollo de operaciones de vigilancia o para la asistencia con medios materiales, humanos y técnicos, y a los que me referiré más adelante (véase nota 182). Con todo, se trata de acuerdos para operaciones puntuales aunque, habida cuenta del carácter estructural del tráfico clandestino por mar, la tendencia debería ser hacia la cobertura más general del derecho de vigilancia e interceptación de buques en las aguas territoriales de los países de origen y tránsito, facilitando las operaciones coordinadas por la Agencia FRONTEX dentro de las capacidades operativas de la UE. Para uno de los análisis más completos y recientes sobre la materia, véase GARCÍA ANDRADE, P., “Extraterritorial Strategies to Tackle Irregular Immigration by Sea: A Spanish Perspective”, en RYAN, B., MITSILEGAS, V., *Extraterritorial Immigration... cit.*, 311-346, especialmente pp. 318 y ss. Las críticas habituales a estos “acuerdos” vienen a menudo de su carácter secreto, lo que se consigue evitando el control parlamentario dándoles la forma, no de tratado internacional, sino de memorándum de entendimiento (RIJPM, J. J., “Frontex: Successful Blame Shifting of the Member States?”, *ARI* n. 69/2010, Real Instituto Elcano, p. 4).

ria de intercambio de información sobre las embarcaciones¹⁰¹; ofreciendo, a cambio, ayuda financiera y asistencia técnica destinada a la aplicación de tales medidas¹⁰².

Al lado de los derechos vinculados a las operaciones de interceptación, deben analizarse también las obligaciones relativas a las *operaciones de salvamento*, cuya importancia es radical en este ámbito. En efecto, el Derecho internacional impone a los Estados una clara obligación de salvamento y de asistencia a las personas y buques que se encuentren en situación de peligro en el mar¹⁰³. Lo relevante a los efectos de nuestro trabajo es que tal asistencia debe prestarse sea cual fuere la nacionalidad y condición jurídica de las personas o las circunstancias en que éstas se encuentren¹⁰⁴. Por tanto, la obligación de asistencia y rescate cubre también a los migrantes irregulares¹⁰⁵, y

¹⁰¹ Asimismo, el Consejo ha establecido como pauta de actuación la colaboración estrecha con los terceros países de origen y de tránsito con el fin de definir actividades operativas adecuadas y de seguir desarrollando las capacidades de éstos para cooperar y responder a los flujos migratorios ilegales, prosiguiendo la celebración de acuerdos de readmisión, en particular con los países africanos desde los que proceden los mayores flujos migratorios hacia Europa, y creando mecanismos estables de identificación, así como a través de la cooperación con Frontex y Europol. Esta cooperación con los países de origen y de tránsito se basa en la responsabilidad y el compromiso mutuos en la gestión de los flujos migratorios y, en definitiva, tiene por finalidad instar a todos los terceros países implicados en las rutas de la migración a que adopten todas las medidas oportunas para luchar contra la inmigración ilegal” (Conclusiones Consejo JAI de 4 de octubre de 2006, p. 6.). En línea con ello, y como medida de presión, el Consejo se ha planteado la necesidad de llevar a cabo una evaluación sistemática de las relaciones con terceros países que no cooperan en la lucha contra la inmigración ilegal (*ibid.*, p. 3).

¹⁰² En este sentido, se aprobó en 2004 el Reglamento por el que se establece el apoyo financiero que tendrán los terceros países para la gestión de la migración y el asilo (Programa Aeneas), con el que se persigue, sobre todo, la financiación de acciones para la lucha contra el tráfico ilegal de migrantes.

¹⁰³ Art. 98 CNUDM. Un mayor desarrollo de esta obligación se encuentra en otros textos internacionales, como el Convenio para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974 (SOLAS), el Convenio sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo de 1979 (SAR) o en el Convenio sobre Salvamento Marítimo de 1989.

¹⁰⁴ El deber impuesto por la Convención comprende el auxilio “*a toda persona que se encuentre en peligro en el mar*” (art. 98.1.a) CNUDM. La cursiva es añadida).

¹⁰⁵ Al respecto, SOBRINO HEREDIA ha afirmado que “los inmigrantes clandestinos y quienes organizan este tráfico saben que la normativa internacional marítima les abre unas expectativas que no tendrían en el caso de usar unas vías terrestres para acceder al territorio europeo. Cabe recordar al respecto todas las previsiones establecidas para proteger a las personas en peligro en el mar, las obligaciones de los capitanes de los buques de acudir en su auxilio, la obligación de los Estados de organizar servicios de salvamento” (SOBRINO HEREDIA, J. M., “La protección marítima...”, *RDCE cit.*, pp. 435-436).

la única excepción admitida es que el auxilio pueda prestarse “sin grave peligro para el buque, su tripulación o sus pasajeros”¹⁰⁶. Se trata de una inveterada obligación marítima¹⁰⁷, tanto de carácter convencional¹⁰⁸ como consuetudinario¹⁰⁹ que, además, podemos considerar en proceso de *comunitarización* tras su incorporación a la *Decisión fronteras marítimas*, si bien no con rango de norma sino de directriz y, por tanto, no vinculante¹¹⁰.

Lo que sin embargo ya es mucho más controvertible es el contenido y el alcance de la propia obligación de salvamento¹¹¹ y de las obligaciones posteriores al mismo, pues el Derecho Internacional guarda silencio en relación con los aspectos relativos al desembarque y al seguimiento de las personas rescatadas¹¹². Pues bien, en este punto nos encontramos con un aspecto en el

¹⁰⁶ Art. 98.1 CNUDM. Nótese que se alude a que el peligro sea grave, por lo que incluso la Convención impone el deber de prestar auxilio aun a costa de exponer al buque, su tripulación o su pasaje a ciertos peligros, siempre que no sean graves. Lógicamente, la valoración de la gravedad del peligro corresponderá al capitán en función de las circunstancias.

¹⁰⁷ Véase, entre otros, EVANS, C., *Rescue at Sea: An International History of Lifesaving, Coastal Rescue Craft and Organizations*, Edit. Conway Maritime Press, London, 2003.

¹⁰⁸ Art. 11 Convención Internacional para la Unificación de ciertas reglas relativas a la asistencia y salvamento en el mar (1910); Art. 12 de la Convención de Ginebra sobre el Alta Mar (1958); Capítulo V, Regla 33 Convenio SOLAS (1974); Art. 98.1 CNUDM (1982); Art. 10 Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo (1989).

¹⁰⁹ En el siglo XIX, DE VATTEL aludió a la necesidad de atribuir una condición humanitaria especial a los buques en peligro (DE VATTEL, E., *The Law of Nations*, London, 1834, p. 170), junto con diversos pronunciamientos judiciales. Así, por ejemplo, en el caso *Scaramanga c. Stamp* (1880), el Juez Cockburn afirmó que “the impulsive desire to save human life when in peril is one of the most beneficial instincts of humanity”; y en el caso *Jenoure c. Delmege* (1891), Lord Macnaghten señaló, con carácter más general, que «to protect those who are not able to protect themselves is a duty which everyone owes to society” (*The British Columbia Reports: Being Reports of Cases Determined in the Supreme and County Courts and in Admiralty and on Appeal in the Courts of Appeal*, Edit. The Law Society of British Columbia, 1895, p. 348).

¹¹⁰ Apartado 1.1 de la Parte II del Anexo de la Decisión, sobre la que volveré más adelante (véase notas 117, 120 y 122).

¹¹¹ Los perfiles mejor definidos de la obligación los encontramos en los Convenios SOLAS y SAR, que contienen disposiciones bastante precisas en relación con el desarrollo de una *operación de rescate* en el mar. En particular, el Convenio SOLAS impone al capitán de un buque la obligación de acudir a toda máquina en auxilio de aquellas personas que estén en peligro en el mar, siempre que esté en condiciones de prestar ayuda (Regla 33.1.).

¹¹² NESSEL, L. A., “Externalized borders and the invisible refugee”, *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 40, Spring 2009, p. 628.

que la UE podría llevar adelante importantes desarrollos que sólo empiezan a asomar tímidamente desde la *Decisión por la que se completa el CFS por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por FRONTEX (Decisión fronteras marítimas)*¹¹³. La gran aportación de esta Decisión radica en que puede ser considerada como un desarrollo comunitario de normas internacionales en materia de interceptación, salvamento y desembarco¹¹⁴. De forma más concreta, la primera parte del Anexo de la Decisión recoge las *normas*

¹¹³ *Decisión 2010/252/UE, de 26 de abril de 2010, por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DO, L 111, de 4.5.2010, p. 20.* “Es necesario establecer normas complementarias para las actividades de vigilancia fronteriza efectuadas por unidades marítimas o aéreas de un Estado miembro en la frontera marítima de otros Estados miembros en el contexto de la cooperación operativa coordinada por la Agencia, y para reforzar dicha cooperación” (considerando 2). La base jurídica de esta Decisión se encuentra en el apartado 5 del art. 12 relativo a la vigilancia de las fronteras marítimas del CFS. El propio Anexo VI del CFS contiene *Normas específicas para los diferentes tipos de fronteras y los distintos medios de transporte utilizados para el cruce de las fronteras exteriores*, cuyo tercer apartado se dedica a las *fronteras marítimas*, si bien son normas relativas a los controles en puerto contemplando, eso sí, la inspección fronteriza (art. 7) como medio de lucha contra la inmigración irregular. De algún modo, puede afirmarse que, en materia de control de las fronteras marítimas, el *CFS* y la *Decisión fronteras marítimas* constituyen los dos lados una misma moneda: el primero trata de controlar la inmigración regular por los pasos fronterizos –puertos- (control fronterizo), mientras que la segunda trata de responder a los desafíos de la inmigración irregular de quienes eluden los pasos fronterizos (control prefronterizo). De forma complementaria, y con la finalidad de garantizar la aplicación uniforme del CFS, se publicó un *Manual práctico para guardias de fronteras (Manual Schengen) común destinado a las autoridades competentes de los Estados miembros encargadas del control fronterizo de personas* [Recomendación de la Comisión C (2006) 5186 final, 6.11.2006].

¹¹⁴ A pesar de la importancia que al respecto tiene esta Decisión, debe tenerse en cuenta que su ámbito de aplicación se limita a los guardias de fronteras que participan en operaciones coordinadas por la Agencia (considerando 11), por lo que no obliga a los Estados que no participan en las mismas. Ahora bien, el potencial de aplicación hacia el futuro a Estados miembros no participantes en operaciones FRONTEX es incuestionable y, desde luego, puede integrar el *corpus* comunitario básico de un espacio marítimo común de la UE en ciernes. En este sentido, “[l]a propuesta de Decisión crea una base jurídica de Derecho comunitario para el ejercicio de una serie de poderes necesarios para una aplicación eficaz del artículo 12 del Código de fronteras Schengen, como, por ejemplo, la búsqueda o interceptación de un buque” [COM (2009) 658 final, 27.11.2009, p. 4].

que regulan de forma específica la vigilancia de las fronteras marítimas¹¹⁵, contemplando la *interceptación* en el marco de las operaciones de vigilancia, lo que puede considerarse un desarrollo específico de la CNUDM y del Protocolo de Palermo¹¹⁶. A su vez, la parte segunda del Anexo¹¹⁷, que no tiene carácter vinculante¹¹⁸, contiene una serie de *directrices* relativas a operaciones como la *búsqueda*, el *salvamento* y el *desembarco*, que nos remite a la idea de un enfoque comunitario de determinadas normas de los Convenios SOLAS y, especialmente, SAR¹¹⁹, a modo de protocolo de actuación ante situaciones de peligro para la vida humana en el mar¹²⁰. En este punto, la Decisión contiene una de las contribuciones específicas más relevantes exigible a la UE, como es el desarrollo de un concepto comunitario de *puerto seguro*, que permitiría aumentar la eficacia de las operaciones de desembarco tras las correspondientes interceptaciones¹²¹. Pues bien, esta propuesta se ha visto

¹¹⁵ “Normas aplicables a las operaciones en las fronteras marítimas coordinadas por la agencia”, Parte I, Anexo, *Decisión fronteras marítimas*.

¹¹⁶ Fundamentalmente, la Decisión detalla la forma de llevar a cabo operaciones de vigilancia de buques sospechosos de tráfico clandestino de migrantes —“respecto de los cuales quepan sospechas razonables de que transportan personas que tratan de eludir los controles en los pasos fronterizos” (apartado 2.4)—, en función de si la vigilancia se produce en mar territorial, zona contigua o alta mar, y en función de si se trata de buques de pabellón de un Estado miembro participante en la operación, no participante, de un tercer Estado o incluso embarcaciones sin nacionalidad.

¹¹⁷ “Directrices para las situaciones de búsqueda y salvamento y para el desembarco en el contexto de operaciones en las fronteras marítimas coordinadas por la agencia, Parte II, Anexo, *Decisión fronteras marítimas*.

¹¹⁸ Art. 1, *Decisión fronteras marítimas*.

¹¹⁹ La relación de FRONTEX con el Convenio SAR y las obligaciones que de él se derivan para los Estados miembros de la UE se ha proyectado sobre la *Decisión fronteras marítimas* en la medida en que como se afirma en la propuesta de Decisión, “tiene por objeto garantizar el cumplimiento de esta obligación internacional de asistencia y la aplicación del sistema SAR [estableciendo] el principio de una cooperación con las autoridades SAR aun antes del inicio de la operación” [COM (2009) 658 final, 27.11.2009, p. 2].

¹²⁰ “Los Estados miembros darán cumplimiento a la obligación de prestar auxilio a las personas que se encuentren en peligro en el mar atendiendo a las disposiciones aplicables de los convenios internacionales por los que se rigen las situaciones de búsqueda y salvamento [...]” (apartado 1.1, Parte II).

¹²¹ La Comisión Europea había aludido específicamente a la necesidad de adoptar *directrices comunitarias* que permitiesen armonizar los procedimientos y prácticas relativas al lugar de desembarque de migrantes —puerto seguro—, siguiendo el modelo de la OMI y sobre la base del principio de cooperación y de la responsabilidad compartida (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Study on the international law...*, cit., p. 26). Sobre la base de este estudio, la Comisión encargó a un grupo informal integrado

materializada en la Decisión, donde se establece que “convendrá dar prioridad al desembarco en el tercer país del que haya zarpado el buque en el que

por expertos de los Estados miembros, FRONTEX, el ACNUR y la OIM que elaborasen unas directrices para las operaciones marítimas de FRONTEX, pero, tras cinco reuniones, “no consiguieron ponerse de acuerdo sobre cuestiones tales como el alcance de los derechos humanos y de los derechos de los refugiados, el papel de FRONTEX o la identificación previa de los lugares de desembarco de los inmigrantes” [COM (2009) 658 final, 27.11.2009]. Previendo la imposibilidad del acuerdo, la Comisión preparó su propio proyecto de Decisión. El principal Estado opositor fue Malta, que llegó a advertir que no participaría en operaciones FRONTEX si se mantenía el criterio del desembarco en el Estado anfitrión de la operación en lugar del criterio del puerto más cercano (CARABOTT, M, “Malta and Frontex missions: ‘No chance if the rules are changed’”, *The Malta Independent*, 4.2.2010).

Desde luego, establecer un concepto de puerto seguro supone dar un gran paso en la determinación de la responsabilidad. En efecto, en la medida que no exista un concepto de puerto seguro los Estados miembros de la UE seguirán moviéndose en un limbo jurídico que les permitirá eludir responsabilidades con mayor facilidad, pudiendo derivar los migrantes rescatados a cualquier lugar según criterios de simple conveniencia u oportunidad. Además, la determinación del puerto seguro comporta para el Estado en cuestión la responsabilidad de hacer frente al examen de las solicitudes de asilo presentadas por las personas rescatadas (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Study on the international law...*, cit., p. 5). Por ello, la doctrina ha llegado a considerar la revisión del Reglamento Dublín II como el paso más importante para erradicar los abusos de derechos humanos en las fronteras meridionales de Europa (DE BLOUW, N., “Drowning policies: A proposal to modify the Dublin Agreement and reduce human rights abuses in the Mediterranean”, *California Western Interantional Law Journal*, Spring 2010, p. 367).

En consecuencia, el concepto de puerto seguro —junto con varias otras cuestiones relacionadas— ha puesto de nuevo en evidencia la falta de solidaridad de los Estados miembros y su falta de compromiso real con los derechos humanos en esta materia pues “[a]lgunos Estados miembros se muestran reticentes a participar en las operaciones por temor a verse finalmente obligados a desembarcar a las personas rescatadas en sus propios territorios” [COM (2009) 658 final, 27.11.2009, p. 5]. La reciente experiencia de los *boat people* surgidos de la primavera árabe hacia Europa, ha puesto en evidencia que la solidaridad entre Estados miembros y la política de asilo y refugio es una mezcla de aceite y agua, como ha denunciado el propio Consejo de Europa: “EU member states have so far ‘failed the test of solidarity’ when it comes to helping fellow member states facing huge numbers of irregular migrants and asylum seekers” (*Asamblea Parlamentaria, Comité de Migración*, nota de prensa de 16 de marzo de 2011, assembly.coe.int). En relación con ello, el Parlamento Europeo había concluido en 2006 que tanto el Reglamento Dublín II como sus efectos no eran admisibles tanto para Malta como para otros Estados mediterráneos, por lo que instó a la Comisión a revisarlo de conformidad con los intereses de estos países, sin que todavía se haya producido tal revisión [*Resolución sobre la situación de los campos de refugiados en Malta*, P6_TA (2006) 0136, 6.4.2006]. Véase al respecto, DE BLOUW, N., “Drowning policies:...loc. cit., pp. 335-368.

viajen las personas o en el tercer país por cuyas aguas territoriales o región de búsqueda y salvamento haya transitado dicho buque. Si ello resultara imposible, se dará prioridad al desembarco en el Estado miembro anfitrión, a menos que sea necesario actuar de otro modo para garantizar la seguridad de dichas personas”¹²². Se trata de un concepto que no está en sintonía con el concepto internacional¹²³, en la medida en que ni la vida ni la seguridad de las personas constituyen el criterio central¹²⁴ por lo que tanto su eficacia como su legalidad internacional han sido fuertemente criticadas por la doctrina¹²⁵, además de haber sido objeto, junto con el resto de la Decisión, de gran controversia en el Parlamento Europeo¹²⁶.

¹²² Apartado 2.1, párrafo segundo, Parte II del Anexo. Atendiendo a la experiencia, las consecuencias prácticas de esta directriz serían que, o bien los desembarcos se producirán en los Estados africanos de origen o de tránsito (países como Libia, Mauritania, Senegal, Cabo Verde, Marruecos...) en los que los inmigrantes volverían a ser expuestos a situaciones de grave desprotección (*cf.* RIJPM, J. J., CREMONA, M., “The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law...”, *loc. cit.*, p. 24), o bien, en estricta aplicación del principio de no devolución, los desembarcos serían en alguno de los Estados miembros anfitriones, lo que supone que en la mitad de los casos el puerto seguro sea España. En efecto, España ha sido Estado anfitrión en 15 de las 32 operaciones marítimas coordinadas por FRONTEX entre 2006 y 2010. Ya a mucha distancia, Grecia fue anfitrión en cinco operaciones, e Italia y Malta en cuatro (FRONTEX, *Press pack, May 2011*, p. 13).

¹²³ “A place of safety (as referred to in the Annex to the 1979 SAR Convention, paragraph 1.3.2) is a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors’ safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors’ next or final destination” (OMI: *Guidelines on the treatment of the persons rescued at sea*, Resolution MSC.167 (78) adopted on 20 May 2004, Annex 34, párrs. 6.12).

¹²⁴ Sí lo eran, sin embargo, en la propuesta formulada por la Comisión donde se aludía, expresamente, a la obligación de que el plan operativo indicase las modalidades de desembarco, además de incluir la prohibición de desembarco en un país en el que existan sospechas fundadas de peligro para la vida, la integridad o la libertad de las personas o riesgo de devolución [COM (2009) 658 final, 27.11.2009, p. 8]. El Consejo excluyó tales obligaciones del texto final.

¹²⁵ *Cfr.* MORENO LAX, V., “Seeking asylum in the Mediterranean: against a fragmentary reading of EU member States’ obligations accruing at sea”, 23 *Int’l J. Refugee L.* 174, p. 18.

¹²⁶ Como resultado de la controversia, el Parlamento Europeo interpuso un recurso contra la Decisión ante el Tribunal de Justicia el 14 de julio de 2010 (asunto C-355/10) en el que “solicita la anulación de la Decisión impugnada por exceder de las competencias de ejecución a las que se refiere el artículo 12, apartado 5 [CFS] en la medida en

2. ... Y LA ACCIÓN REACTIVA DE LA UE

La dimensión marítima del ELSJ encierra por tanto una tensión entre la soberanía sobre las fronteras y la inevitable necesidad de coordinar las funciones de control fronterizo, elevando con ello las garantías de seguridad interior¹²⁷. Esta tensión y sus peligros se han venido conjurando a través del citado *plan común para la gestión de las fronteras exteriores de la UE*¹²⁸, que terminaría dando lugar a tres resultados concretos en los ámbitos normativo, financiero e institucional, respectivamente: el CFS, el Fondo para las Fronteras Exteriores¹²⁹ y la *Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE* (Agencia FRONTEX)¹³⁰.

Como componente esencial de apoyo a la labor reactiva de los Estados ante los desafíos migratorios en el mar, la Agencia FRONTEX responde a la necesidad de aumentar la coordinación operativa entre los Estados miembros¹³¹, responsables únicos del control y vigilancia de las fronteras¹³², tanto marítimas

que establece disposiciones relativas a ‘interceptación’, ‘búsqueda y salvamento’ y ‘desembarco’ que no pueden entenderse comprendidas dentro del concepto de «vigilancia» definido en el artículo 12 [CFS] y que no pueden considerarse como elementos no esenciales, y en que modifica los elementos esenciales del [CFS] cuya regulación es competencia del legislador. Igualmente, la Decisión impugnada modifica las obligaciones de los Estados miembros de la UE en relación con las operaciones de FRONTEX que se establecen en el Reglamento FRONTEX”.

¹²⁷ Desde luego, esta tensión no es exclusiva de las fronteras marítimas, sino que por su propia naturaleza es común a todas las fronteras exteriores de la Unión, como expuse *supra*.

¹²⁸ COM (2002) 233 final, de 7 de mayo de 2002.

¹²⁹ Decisión nº 574/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, relativa al Fondo para las Fronteras Exteriores para el período 2007-2013 como parte del Programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios» *DOUE*, L 144, de 06.06.2007. El Fondo cuenta con una dotación de 1.829 millones • para el período 2007-2013.

¹³⁰ Reglamento (CE) No 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, *DOUE*, L 349, de 25.11.2004.

¹³¹ Art. 2.1.a) Reglamento FRONTEX.

¹³² La base jurídica del Reglamento FRONTEX se situó en el Título V del TCE (actual Título V del TFUE), relativo al “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, y, en concreto, en los artículos 62.2.a) [actual art. 77.2.b) TFUE], que permitía al Consejo

como terrestres y aeroportuarias¹³³. En consecuencia, FRONTEX ocupa el rol principal en la difícil tarea de coordinación¹³⁴ y apoyo de la gestión integrada de las fronteras marítimas¹³⁵ de los Estados miembros de la UE¹³⁶.

Las valoraciones críticas que puedan hacerse de la Agencia FRONTEX deben partir del fundamento de las competencias sobre el control de fronteras en manos de los Estados. En este sentido, las limitadas —aunque impor-

actualmente, junto con el Parlamento Europeo— a adoptar medidas relativas a los controles a los que se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores de la Unión; y 66 (actual art. 74 TFUE), en virtud del cual el Consejo adoptará medidas para garantizar la cooperación administrativa entre los servicios competentes de los Estados miembros en el marco del ELSJ, así como entre dichos servicios y la Comisión.

¹³³ Además de esta función principal de coordinación para garantizar la eficacia de las normas y procedimientos comunes de control en las fronteras exteriores, la Agencia ejercerá funciones de asistencia a los Estados miembros en la *formación* de los agentes de la guardia nacional de fronteras (asumiendo desde octubre de 2005 las actividades de formación desarrolladas por el anterior Centro *ad hoc* para la formación de guardias de fronteras), estableciendo también normas comunes de formación [art. 2.1.b) Reglamento FRONTEX]; de *análisis de riesgos* [art. 2.1.c) Reglamento FRONTEX], con una importancia fundamental para la mayoría de actividades de la Agencia, desde la planificación de operaciones conjuntas hasta la formación de personal; de *seguimiento de la investigación* en materia de control y vigilancia de las fronteras exteriores [art. 2.1.d) Reglamento FRONTEX]; de ayuda a los Estados miembros enfrentados a una situación que exija una *asistencia operativa y técnica reforzada* en sus fronteras exteriores [art. 2.1.e) Reglamento FRONTEX]; y de apoyo a los Estados miembros para la organización de *operaciones de retorno* conjuntas [Art. 2.1.f) Reglamento FRONTEX].

¹³⁴ Tomando como ejemplo el ilustrativo caso de las Islas Canarias, las complejidades de las labores de coordinación se exponen en ARTEAGA, F., “Las operaciones de última generación: el Centro de Coordinación Regional de Canarias”, *ARI* n° 54/2007, Real Instituto Elcano, 17.5.2007, pp. 1-6.

¹³⁵ Nos referimos únicamente a las fronteras marítimas por ser el objeto de este trabajo, a pesar de que, como se vio, la Agencia tiene competencias en la gestión de *todas* las fronteras, también terrestres y aeroportuarias.

¹³⁶ Para ello se han creado, a iniciativa de España y Grecia, dos centros operativos especializados en la vigilancia de las fronteras marítimas, como son el WSBC (Western Sea Borders Centre), con sede en Madrid y responsable de la vigilancia desde el Mar Báltico hasta el Mediterráneo Occidental; y el ESBC (Eastern Sea Borders Centre), con sede en El Pireo y competencias de vigilancia sobre el Mediterráneo Oriental (Proyecto aprobado por el Comité Estratégico el 29 de octubre de 2003). Curiosamente, el primer sistema organizado de seguridad marítima establecido en el Mediterráneo por el Imperio Romano, para proteger sus rutas marítimas comerciales desde Gibraltar hasta el Mar Negro, se basaba en dos escuadras coordinadas desde dos puertos (Mesina y Rávena), con escuadras provinciales de patrulla y enlaces rápidos (DE BROSSARD, M., *Historia marítima...*, p. 104).

tantes— competencias de FRONTEX son una consecuencia del indiscutible poder de los Estados en esta materia que la Agencia en ningún caso persigue desafiar, ni en su composición, ni en sus competencias, ni en sus operaciones¹³⁷. Esta idea se ve reforzada por el reducido —aunque creciente— presupuesto de la Agencia¹³⁸, por la inexistencia de recursos materiales propios¹³⁹ y por la despolitización de su imagen, construida en torno a la idea de una suerte de *agencia de inteligencia*¹⁴⁰. Ahora bien, la mayor debilidad de la Agencia es, al mismo tiempo, su mayor fortaleza, pues las competencias señaladas indican que está llamada a jugar un papel central en la coordinación, la formación y la asistencia de las prácticas de los Estados en el control de fronteras. Habida cuenta de que en esta materia la aplicación de la norma por los funcionarios de fronteras tiene un peso específico determinante, se convierte en decisiva la labor de la Agencia para coordinar las buenas prácticas y erradicar con ello toda arbitrariedad que pueda ir en detrimento de los derechos de los migrantes¹⁴¹, cuya vulnerabilidad es aún mayor en el mar.

¹³⁷ Por ejemplo, el Director Ejecutivo Adjunto de FRONTEX, D. Gil Arias Fernández, recalcó que “the Agency's role is *simply* that of coordinator” (ARIAS FERNÁNDEZ, G., “Frontex and illegal immigration in the European Union”, en SOBRINO HEREDIA, J. M. (Dir.), *Maritime Security...cit.*, p. 30; la cursiva es añadida). Asimismo, el máximo dirigente de la Agencia, Ilkka Laitinen, “presents FRONTEX as above all a co-ordinating body with very few executive powers” (NEAL, A. W., “Securitization..., *cit.* 347).

¹³⁸ El presupuesto anual se ha incrementado desde los 6,2 millones €, del primer presupuesto de 2005, hasta los 92,8 millones del presupuesto de 2011. El crecimiento anual del presupuesto fue lineal a lo largo de todos los años de funcionamiento de la Agencia, salvo en el año 2010, que se redujo a 87,8 millones € frente a los 88,8 millones de 2009, y en 2012, que se redujo hasta los 84,9 millones.

¹³⁹ No obstante, se ha previsto la posibilidad de que la Agencia pueda “adquirir equipo técnico de control y vigilancia de las fronteras exteriores para que lo utilicen sus expertos mientras estén destacados en el Estado o Estados miembros de que se trate” (art. 8.3 Reglamento FRONTEX). La Comisión ha recomendado que la Agencia “adquiera su propio equipo [...] que deberá ser utilizado por los equipos RABIT para asegurar la disponibilidad de equipo a corto plazo” (COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la evaluación y el desarrollo futuro de la Agencia FRONTEX*, COM (2008) 67 final, 13.2.2008, p. 8). Hasta la fecha, los medios utilizados en las diversas operaciones FRONTEX han sido aquellos pertenecientes a los Estados miembros incluidos en el CRATE (art. 7 Reglamento FRONTEX).

¹⁴⁰ “Frontex is an *intelligence-driven* agency whose core activity is operations, the first stage of which is risk analysis” (<http://www.frontex.europa.eu>).

¹⁴¹ La última modificación del Reglamento FRONTEX de 2011 ha impulsado de forma determinante el respeto de los derechos humanos en el funcionamiento de la Agencia, como veremos en el último apartado de este trabajo.

A lo largo de estos años de trabajo desde su puesta en funcionamiento en octubre de 2005, FRONTEX ha logrado ocupar un lugar probablemente ya imprescindible¹⁴² al servicio del ELSJ tras los logros alcanzados¹⁴³, a pesar de haber nacido con debilidades competenciales, con problemas de coordinación¹⁴⁴

¹⁴² “FRONTEX será esencial para el desarrollo a largo plazo de la estrategia aduanera integrada de gestión de las fronteras de la Unión” (COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la evaluación...*, cit., p. 9); “La Comunicación de 2008 fue acogida con satisfacción por el Consejo y el Parlamento Europeo, que compartieron, en ambos casos, la evaluación de la Comisión de que la Agencia había cosechado un gran éxito desde su creación e hicieron un llamamiento a favor del refuerzo de la Agencia [...] El papel de la Agencia en la gestión de fronteras integrada de la Unión, así como su orientación futura en general, goza, por lo tanto, de un consenso interinstitucional fuerte” (COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n. 2007/2004 del Consejo por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (FRONTEX)*, COM(2010) 61 final, 24.2.2010, p. 2).

¹⁴³ La Comisión Europea afirmó que, más allá de los resultados no cuantificables de las operaciones conjuntas como los intercambios de prácticas o de información así como el estímulo de la cooperación en la vigilancia fronteriza, “los resultados cuantificables alcanzados hasta ahora son impresionantes: entre 2006 y 2007, durante estas operaciones, se ha interceptado o negado la entrada en la frontera a más de 53.000 personas. Se han detectado más de 2.900 documentos de viaje falsos o falsificados y se ha arrestado a 58 facilitadores de migración ilegal” (COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la evaluación...*, cit., p. 3). En relación, más en concreto, con las operaciones marítimas, los últimos datos nos permiten hablar de unos resultados incontestables si se miden, como hace FRONTEX, en términos de interceptaciones. Así, tomando el conjunto de todas las fronteras exteriores de la UE, los mayores descensos se producen, precisamente, en las fronteras marítimas del Atlántico – Islas Canarias (-91 %) y del Mediterráneo (-97 % en aguas de Malta, -79 % en aguas de Grecia y -54 % en aguas de Italia), lo que ha derivado, en contrapartida, en un exponencial incremento de la inmigración clandestina por tierra a través de la frontera entre Grecia y Turquía (+443 % en el período 2009/2010), lo que motivó en 2010 la solicitud del Gobierno griego para desplegar, por primera vez desde su creación, equipos RABIT en una zona en la que llegaban a producirse 350 detecciones de cruces irregulares (FRONTEX, *Press pack, May 2011*, p. 11). En el caso de España, llama poderosamente la atención la reducción exponencial del número de inmigrantes llegados por mar a Canarias que en sólo 5 años pasaron de 31.678 en 2006 a 340 en 2011 (-99 %), y tomando el conjunto de las costas españolas la reducción pasó de 39.180 en 2006 a 5.443 en 2011 (MINISTERIO DEL INTERIOR, *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2011*, <http://www.interior.gob.es/file/54/54238/54238.pdf>).

¹⁴⁴ “[t]hese multinational operations confirm the existence of serious shortcomings, considerably hampering coordination between participants, essentially in the fields of communications, computer systems for integrating and presenting data from maritime surveillance systems, sensors (radar, satellites, etc.) and from data bases on both ships

y de la relativa falta de compromiso de muchos Estados miembros con el cumplimiento de su misión, especialmente en relación con su participación en las operaciones en las fronteras marítimas¹⁴⁵. Pues bien, en este contexto de un lustro de éxitos, de críticas y de expectativas generadas por FRONTEX, acaba de producirse la segunda revisión de su Reglamento —y la más importante a los efectos de este trabajo— con la doble finalidad de *potenciar y humanizar*¹⁴⁶ de forma decidida el funcionamiento de la Agencia¹⁴⁷. En efecto, la razón de ser del Reglamento 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011¹⁴⁸ (en adelante, Reglamento FRONTEX 2011), consiste en la necesidad de revisar “el mandato de la Agencia a fin de reforzar, en concreto, sus capacidades operativas, sin dejar de garantizar que todas las medidas adoptadas son proporcionadas a los objetivos perseguidos, son eficaces y respetan íntegramente los derechos fundamentales y los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo, incluida, en particular, la prohibición de devolución”¹⁴⁹.

Las grandes novedades del Reglamento FRONTEX 2011 constituyen básicamente las respuestas a las principales mejoras en el funcionamiento de la

and illegal immigrants” (RIGONI, A., *Surveillance of the maritime and coastal areas of European states*, WEU Assembly, Defense Committee, Document A/1920, 6.12.2005, apartado 55).

¹⁴⁵ “Por término medio, 7 Estados miembros participaron en operaciones en las fronteras marítimas, 9 en las fronteras terrestres y 11 en las fronteras aéreas (2006-2007). Para las operaciones en las fronteras marítimas en las que participaron patrullas marítimas (7), entre 1 y 4 participaron con equipo en forma de aeronaves, buques o helicópteros en cada una de esas operaciones, excluidas las contribuciones del Estado de acogida, utilizándose de 0 a 2 buques en cada operación” (COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la evaluación...*, cit. p. 3). En términos globales, de las 13 operaciones marítimas de la Red de Patrullas Europea coordinadas por la Agencia hasta 2011, hay ocho Estados que no participaron en ninguna (Irlanda, Suecia, Grecia, Chipre, República Checa, Eslovenia, Hungría y Polonia), y sólo cuatro Estados (España, Italia, Portugal y Francia) participaron en más de la mitad de las operaciones.

¹⁴⁶ Nos centraremos en este apartado en la dimensión operativa reforzada con el nuevo Reglamento, y dejaremos para el último apartado del trabajo su dimensión humanizadora.

¹⁴⁷ En su propuesta, la Comisión planteaba una revisión del Reglamento FRONTEX a partir “de las evaluaciones llevadas a cabo y la experiencia práctica, para aclarar el mandato de la Agencia y remediar las deficiencias detectadas” [COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n. 2007/2004 del Consejo por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (FRONTEX)*, COM (2010) 61 final, 24.2.2010, p. 2].

¹⁴⁸ DOUE, L 304, 22.11.2011, pp. 1-17.

¹⁴⁹ Considerando 9, Reglamento FRONTEX 2011.

Agencia que se habían venido demandando¹⁵⁰ y que, por lo que se refiere a la seguridad en las fronteras marítimas¹⁵¹, aportan un extraordinario valor añadido¹⁵². La primera gran novedad es la ampliación y profundización de las funciones de la Agencia¹⁵³, estableciendo así las bases para una mayor capa-

¹⁵⁰ Tras un intenso proceso de debates políticos —en el seno del Consejo Europeo, del Consejo y del Parlamento Europeo—, técnicos —en las reuniones del Consejo de Administración de la Agencia y en talleres de trabajo— y académicos —con participación de la sociedad civil—, y una vez realizada la evaluación externa del artículo 33, la Comisión diseñó un *mapa de mejoras* en el documento de trabajo que acompaña a la propuesta de modificación del Reglamento FRONTEX donde recoge su propia evaluación de impacto [SEC (2010) 149, 24.2.2010]. En buena medida, los principales avances del nuevo Reglamento responde a las aportaciones formuladas por la Comisión en su *Informe sobre la evaluación y el desarrollo futuro de la Agencia FRONTEX* [COM (2008) 67 final, Bruselas, 13.2.2008], incorporadas luego a su *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n. 2007/2004 del Consejo por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (FRONTEX)*, COM (2010) 61 final, 24.2.2010; y por el Parlamento Europeo, contenidas en su *Posición aprobada en primera lectura el 13 de septiembre de 2011 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) n.º .../2011 del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, EP-PE_TC1-COD(2010)0039].

¹⁵¹ En este ámbito el Reglamento FRONTEX 2011 supone, sin duda, una gran conquista de los Estados más afectados por la inmigración irregular por mar, como España, Italia, Malta y Grecia, quienes soportaban el mayor peso operativo y, por tanto, también financiero de las operaciones, y que ahora pasan a tener incluso una consideración específica en el Reglamento. En efecto, la Agencia deberá “asistir a los Estados miembros enfrentados a una situación que exija una asistencia operativa y técnica reforzada en las fronteras exteriores, especialmente a aquellos que se enfrentan a presiones específicas y desproporcionadas” [art. 2.e)]. La cursiva es añadida y refleja la novedad introducida en la modificación de 2011.

¹⁵² La labor del Parlamento Europeo en este sentido ha sido determinante, pues ha formulado la mayor parte de las innovaciones que finalmente fueron incorporadas al nuevo Reglamento FRONTEX [cfr. *Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 13 de septiembre de 2011 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) n.º .../2011 del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, EP-PE_TC1-COD(2010)0039].

¹⁵³ De las siete principales funciones que tenía atribuidas [art. 2, apartados a) a g)], se ven modificadas cinco [apartados c) a g)] y se introducen cuatro más [apartados d) *bis*), e) *bis*), h) e i)], como iré señalando.

cidad operativa¹⁵⁴, tanto en situaciones de especial exigencia operativa y técnica¹⁵⁵ o en las operaciones de retorno¹⁵⁶, como en relación con los sistemas de información¹⁵⁷ y de vigilancia¹⁵⁸. Ahora bien, la mayor innovación

¹⁵⁴ Además, se amplía tanto la función de análisis de riesgos, que no sólo se refiere a las amenazas externas, sino ahora también a las capacidades internas de los Estados miembros para hacer frente a las amenazas y presiones en las fronteras exteriores [art. 2.c)]; como la función de investigación, donde pasa de tener un papel pasivo (“*seguir de cerca* la evolución de la investigación en materia de control y vigilancia de las fronteras exteriores”) a tener un papel activo que le permitirá “participar” en la evolución de esa investigación [art. 2.d)].

¹⁵⁵ Así, la Agencia podrá “asistir a los Estados miembros en circunstancias que requieran un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores, teniendo en cuenta que algunas situaciones pueden implicar emergencias humanitarias y salvamento marítimo” [art. 2.d *bis*)].

¹⁵⁶ Previamente, la Agencia sólo podía “facilitar a los Estados miembros el apoyo necesario para la organización de las operaciones de retorno”, pero a partir de ahora también podrá *coordinarlas* u *organizarlas*, eso sí, previa solicitud estatal [art. 2.f)].

¹⁵⁷ Una de las principales funciones de nuevo cuño es la de “desarrollar y gestionar, conforme al Reglamento (CE) nº 45/2001, sistemas de información que permitan intercambios rápidos y fiables de información relativa a nuevos riesgos en las fronteras exteriores, incluida la Red de información y coordinación establecida por la Decisión 2005/267/CE” [art. 2.h)].

¹⁵⁸ El nuevo Reglamento introduce, por fin, el fundamento jurídico para la contribución de FRONTEX al sistema de vigilancia EUROSUR, en la medida en que le corresponderá “proporcionar la asistencia necesaria para el desarrollo y el funcionamiento de un Sistema Europeo de Vigilancia de las Fronteras y, cuando resulte apropiado, para la creación de un entorno común de intercambio de información, incluida la interoperabilidad de los sistemas” [art. 2.i)]. Se acoge así la propuesta formulada por la Comisión tanto en la Comunicación sobre el *Refuerzo de la gestión de las fronteras marítimas meridionales de la Unión Europea* [COM (2006) 733 final, 30.11.2006], como en su *Informe sobre la evaluación y el desarrollo futuro de la Agencia FRONTEX* [COM(2008) 68 final, 13.2.2008, pp. 10-11, 12], junto con la propuesta concreta contenida en su Comunicación sobre el *Examen de la creación de un sistema europeo de vigilancia de fronteras (EUROSUR)* [COM (2008) 68 final, 13.2.2008]. EUROSUR debería ayudar a los Estados miembros a alcanzar un pleno *conocimiento de la situación* en sus fronteras exteriores y a aumentar la *capacidad de reacción* de sus cuerpos y fuerzas de seguridad, proporcionando el marco técnico común para racionalizar la cooperación y comunicación diarias entre las autoridades de los Estados miembros y facilitar el uso de la última tecnología de vigilancia de las fronteras por radar y por satélite. El potencial de EUROSUR es tal que la Comisión llega a proponer que “debería sustituir poco a poco a los sistemas nacionales de vigilancia en tierra y en las fronteras marítimas” (COMISIÓN EUROPEA, *Refuerzo de la gestión...*, *cit.*, p. 10). Véase, por ejemplo, JEANDESBOZ, J., “Beyond the Tartar steppe: EUROSUR and the ethics of European border control

operativa del Reglamento es, seguramente, la creación de los *equipos europeos de agentes de la guardia de fronteras*¹⁵⁹. Desde luego no nos encontramos ante la consumación de la antigua y recurrente demanda de crear un servicio europeo de guardacostas¹⁶⁰ o similar¹⁶¹, pero sí se trata de una dotación

practices”, en BURGESS, J. P; GUTWIRTH, S. (eds.), *Europe under threat? Security, migration and integration*, Ed. VUB Press, Brussels, 2011, Chapter 7. El papel de España en el ámbito de los sistemas de información y vigilancia es fundamental, tanto en la parte operativa por la experiencia de la Guardia Civil con el Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE) o por la coordinación de la red de intercambio de información SEAHORSE, como en la parte tecnológica por la designación de la empresa española Indra para desarrollar el proyecto europeo PERSEUS (<http://www.perseus-fp7.eu>) que incluye a 29 socios de 12 países, como previamente había hecho con el citado proyecto SEAHORSE. Para los avances más recientes en relación con EUROSUR y los sistemas de información y vigilancia, véase EUROPEAN COMISIÓN, *Impact Assessment accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the European Border Surveillance System (EUROSUR)*, SEC (2011) 1538 final, 12.12.2011.

¹⁵⁹ Considerando 13, art. 1.1 bis), art. 3 ter), art. 3 quater).

¹⁶⁰ En clave comunitaria, las propuestas —incluso normativas— de creación de tal servicio se circunscriben inicialmente al ámbito de la lucha contra la contaminación marina, tras las catástrofes del *Prestige* y del *Erika*. Así, por ejemplo, la propia Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones estableció que “[l]a Comisión presentará, antes de finales de 2006, un estudio de viabilidad, en el que aparezcan con claridad los costes y los beneficios, de un servicio de guardacostas europeo dedicado a la prevención y respuesta a la contaminación” (art. 11, DO L 255 de 30.9.2005, p. 11). Efectivamente, a finales de 2006, la Comisión presentó su Comunicación sobre el *Refuerzo de la gestión de las fronteras marítimas meridionales de la Unión Europea*, donde se recoge que [e]l estudio de viabilidad titulado «MEDSEA», presentado por FRONTEX el 14 de julio de 2006 como parte de la aplicación del enfoque global respecto de la migración, señala la necesidad de una *red de patrullas costeras permanente* para las fronteras exteriores marítimas meridionales. La Comisión opina que esta red de patrullas tendría un valor añadido real, permitiendo a los Estados miembros coordinar sus regímenes de patrulla, poner en común sus activos civiles y militares e intercambiar información estratégica y táctica en tiempo real. La red debería ser creada y gestionada por FRONTEX junto con los Estados miembros de la región, lo antes posible. Aunque esto también podría considerarse un posible precursor de un servicio europeo global de guardacostas, deberá estudiarse más detenidamente, y la viabilidad de crear tal servicio está siendo examinada actualmente por la Comisión en un contexto más amplio (*Libro Verde*, p. 7). Al año siguiente, en su Comunicación sobre *Una política marítima integrada para la UE*, la Comisión sigue eludiendo la propuesta de creación del servicio afirmando que “[l]a vigilancia marítima incumbe a los Estados miembro, pero la mayoría de las actividades y peligros a que atiende son transnacionales por naturaleza. La mayor parte de las actividades de vigilancia de los Estados miembro en materia de pesca, medio ambiente, policía del mar o inmigración compe-

inicial de recursos humanos¹⁶² para tratar de garantizar la eficacia de los controles en las fronteras¹⁶³, y de las marítimas en particular¹⁶⁴, en las que sin

ten a distintos servicios, que actúan independientemente unos de otros, lo que suele tener como resultado el aprovechamiento deficiente de unos medios muy limitados. Por ello, la Comisión apoya un grado de coordinación más alto en lo que se refiere a la vigilancia marítima gracias a una cooperación más estrecha entre los guardacostas de los Estados miembro y otros servicios apropiados” [COM (2007) 575 final, Bruselas 10.10.2007, pp. 4-5). Esta posición elusiva es comprensible a tenor de que “la mayoría de los Estados miembros [son] más partidarios de concentrar el esfuerzo en una armonización de los procedimientos y de la normativa jurídica de cooperación y de intervención (en la línea [...] de patrullas conjuntas), que en la creación de un Servicio de esta naturaleza, que consideran, podría provocar costosas duplicaciones” (SOBRINO HEREDIA, J. M., “La protección marítima...”, *RDCE cit.*, p. 443).

¹⁶¹ Acerca de los orígenes y de las diferentes propuestas para la creación de un servicio europeo de guardacostas, véase, entre otros, BELLAYER-ROILLE, A., “Vers un rôle accrue...”, *loc. cit.*, p. 400 y ss. La propia terminología utilizada en el Reglamento evita —conscientemente, en mi opinión— cualquier posible referencia o alusión a un cuerpo único o autónomo. Así, no se habla, por ejemplo, de un “equipo europeo” que podría remitirnos a una noción institucional u orgánica, sino que se habla de “equipos europeos” a modo de noción operativa. No hay por tanto elementos que puedan dar pie a ningún tipo de esencia o autonomía orgánica, sino que se crea algo más difuso a modo de una *fuerza de operaciones en frontera*.

¹⁶² Los equipos europeos estarán integrado por dos categorías: los contingentes nacionales de designación específica, en virtud del artículo 3. ter, y aportados por los Estados; y los agentes nacionales en comisión de servicios como expertos, en virtud del artículo 17.5, aportados por FRONTEX. Obviamente, ambas categorías constituyen recursos humanos pertenecientes a los Estados, con la diferencia de que en el primer caso se aportan directamente a los equipos europeos, mientras que en el segundo caso se aportan a la Agencia, y ésta es la que deriva sus funciones a los equipos.

¹⁶³ Se garantiza la eficacia a través de la imposición a los Estados miembros de la *obligación* de contribuir a la conformación de los equipos europeos [“Los Estados miembros deben contribuir...” (considerando 13); “...deberán ponerse a disposición [...] contribuirán a los equipos” (art. 3 *ter*.1)]. En concreto, se establece que “los Estados miembros pondrán a su disposición agentes para ser enviados en comisión de servicios, salvo que ello afecte gravemente a la ejecución de funciones nacionales” (art. 3 *ter*.3, párrafo segundo). Las contribuciones nacionales a los equipos europeos se planificarán sobre la base de acuerdos bilaterales anuales entre la Agencia y los Estados miembros (art. 3 *ter*.3).

¹⁶⁴ Como sabemos, el Reglamento FRONTEX se aplica en las fronteras exteriores, con independencia de su naturaleza terrestre, marítima o aérea, pero lo cierto es que determinadas disposiciones están pensadas para responder específicamente a las operaciones en las fronteras marítimas. Así, por ejemplo, en el caso de las dotaciones de recursos materiales —cuyos costos son especialmente elevados frente a los utilizados en otro tipo de fronteras— o en el propio caso de los equipos europeos de agentes de la guardia de

duda ha supuesto una valiosa experiencia la creación de la *red de patrullas de fronteras europeas*¹⁶⁵.

Desde el punto de vista específico del refuerzo de la seguridad en las fronteras marítimas, probablemente la novedad más relevante¹⁶⁶ del *Regla-*

fronteras, cuya ausencia ha sido una de las principales causas de la ineficiencia de la Agencia, lo que justifica que su creación se deba a la necesidad de “garantizar la eficacia de las operaciones” (considerando 13).

¹⁶⁵ En su Comunicación de 2006 sobre el *Refuerzo de la gestión de las fronteras marítimas meridionales de la Unión Europea*, la Comisión propuso establecer una *Red de Patrullas Costeras* permanente para las fronteras exteriores marítimas meridionales y crear un *Sistema europeo de vigilancia de las fronteras*. Tras haber sido acogida esta propuesta por el Consejo Europeo de los días 14 y 15 de diciembre de 2006, FRONTEX coordinó la creación de la *Red de patrullas europeas (European Patrols Network – EPN)*, que incluye determinadas zonas del Mar Mediterráneo y el Océano Atlántico. El 24 de mayo de 2007, se puso en marcha la Red Mediterránea de Patrullas (MEDSEA) con la participación de los Estados miembros afectados (Portugal, España, Francia, Italia, Eslovenia, Malta, Grecia y Chipre), trabajando en un marco de cooperación bilateral con los países vecinos del norte de África. Estamos ante un concepto de seguridad fronteriza regional permanente que persigue sincronizar medidas nacionales y su integración en operaciones conjuntas europeas. Se trata del primer intento de establecer un sistema operativo de vigilancia de las fronteras marítimas de la UE, permitiendo a los Estados miembros coordinar sus patrullas evitando solapamientos, poner en común sus activos civiles y militares e intercambiar información estratégica y táctica en tiempo real. Desde su creación, se utilizó el mecanismo de la EPN en operaciones desplegadas en el Océano Atlántico (Hera), en el Mediterráneo occidental (Indalo, Minerva), en el Mediterráneo central (Hermes, Nautilus) y en el Mar Negro (Euxine), contando con la participación de un total de 19 Estados miembros (los únicos que no tomaron parte fueron Irlanda, Suecia, Grecia, Chipre, República Checa, Polonia, Hungría y Eslovenia), dos Estados no miembros parte en el espacio Schengen (Noruega e Islandia) y cinco terceros Estados (Ucrania, Moldavia, Marruecos, Mauritania y Senegal), habiéndose invertido un total de unos 1.600 días de trabajo conjunto (FRONTEX, *Press pack*, May, 2011, p. 13). En relación con los terceros Estados, debe recordarse que a marzo de 2012 FRONTEX había concluido acuerdos de cooperación con 16 Estados no miembros de la UE ni del espacio Schengen (Rusia, Ucrania, Croacia, Moldavia, Georgia, Macedonia, Serbia, Albania, Bosnia-Herzegovina, Estados Unidos, Montenegro, Bielorrusia, Canadá, Cabo Verde, Nigeria y Armenia), y negocia con otros siete (Turquía, Libia, Marruecos, Senegal, Mauritania, Egipto y Brasil).

¹⁶⁶ Cabe señalar otras novedades de distinto alcance como, por un lado, la previsión expresa de situaciones que puedan “implicar emergencias humanitarias y salvamento marítimo” en relación con la asistencia a los Estados miembros en circunstancias que requieran un refuerzo técnico y operativo [art. 2.d *bis*]); y, por otro lado, en materia de formación de los agentes de la guardia de fronteras y de sus propios formadores, donde la Agencia deberá ir desarrollando materias troncales comunes para esta formación “también en lo que se refiere a los derechos fundamentales, el acceso a la protección internacional y el Derecho marítimo pertinente” (art. 5, párrafo tercero).

mento *FRONTEX 2011* sea la obligación de que los planes operativos incluyan “referencias al Derecho internacional y al Derecho de la Unión sobre interceptación, salvamento marítimo y desembarque”¹⁶⁷. La expresión utilizada, introducida por el Parlamento Europeo¹⁶⁸, permite apuntalar la idea de que ya existe un espacio marítimo común de la UE¹⁶⁹ *in status nascendi*, con proyección concreta en la vigilancia y seguridad de las fronteras marítimas. Así, junto con la *Decisión fronteras marítimas*, el *Reglamento FRONTEX 2011* contiene una nueva disposición relativa a las obligaciones de los Estados miembros posteriores a la interceptación y salvamento de inmigrantes irregulares en el mar, estableciendo así una *obligación comunitaria de desembarco*¹⁷⁰. Así, se ve germinar la autonomía del Derecho de la Unión en un ámbito hasta ahora reservado al Derecho internacional¹⁷¹, cuya importancia

¹⁶⁷ Art. 3 *bis*.j), para los planes operativos de operaciones conjuntas y proyectos pilotos, y art. 8 *sexies*. j) para los planes operativos para el despliegue de los equipos de intervención rápida en las fronteras.

¹⁶⁸ *Cfr. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 13 de septiembre de 2011 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) n° .../2011 del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, EP-PE_TC1-COD(2010)0039.

¹⁶⁹ Recuérdese que el *Libro verde sobre la política marítima de la UE* señala que “la tendencia en los asuntos marítimos apunta hacia la creación de un «Espacio marítimo común de la UE», gobernado por idénticas normas de seguridad, protección y preservación del medio ambiente” (*Libro Verde*, p. 44).

¹⁷⁰ “De conformidad con el Derecho de la Unión y el Derecho internacional, ninguna persona podrá ser desembarcada en un país ni entregada a sus autoridades si ello vulnera el principio de no devolución, o si existe el riesgo de que sea expulsada de tal país o repatriada a otro vulnerando dicho principio. Se atenderá a las necesidades especiales de los niños, de las víctimas de la trata de persona, de las personas que necesitan asistencia médica, de las personas que necesitan protección internacional y de otras personas que necesitan protección internacional y de otras personas vulnerables de conformidad con el Derecho de la Unión y el Derecho internacional” (art. 1 *bis*). Si bien es nueva la disposición del Reglamento, no lo es la obligación, que desde 2010 aparecía recogida en los apartados 1.2 y 1.3 de la Parte I del Anexo a la *Decisión fronteras marítimas*, cuya redacción es prácticamente idéntica. Por tanto, no se crea una nueva obligación, sino que se eleva su categoría jurídica de una Decisión a un Reglamento.

¹⁷¹ Una buena prueba de ello la encontramos en las referencias que se hacen al contenido de los planes operativos —de las operaciones conjuntas, de los proyectos pilotos y de las intervenciones rápidas—, que muestran la evolución en apenas un año. Así, en 2010, la *Decisión fronteras marítimas* señala que en los planes operativos convendrá indicar las modalidades de desembarco “de acuerdo con el Derecho internacional y los

resulta esencial y en el que las necesidades de coordinación se han revelado dramáticamente insuficientes¹⁷².

acuerdos bilaterales” (apartado 2.1 de la Parte I del Anexo); mientras que ahora, en 2011, el nuevo *Reglamento FRONTEX* establece la obligación —y no sólo la conveniencia— de incluir “referencias al Derecho internacional y al *Derecho de la Unión sobre interceptación, salvamento marítimo y desembarque*” [art. 3 bis.1.j)]. Por tanto, en sólo un año la autonomía del Derecho de la UE asomó la cabeza en materia de interceptación, salvamento y desembarque, ámbitos tradicionalmente reservados, como decimos, al Derecho internacional. De todos modos, el propio Reglamento deja a salvo los derechos y obligaciones de los Estados miembros en virtud de la CNUDM, del Convenio SOLAS, del Convenio SAR y de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (considerando 30).

¹⁷² En particular, nos referimos a la necesidad de que FRONTEX asuma efectivamente competencias de asistencia y coordinación de las obligaciones de los Estados miembros derivadas del Convenio SAR, en la línea de la *Decisión fronteras marítimas*, especialmente en el Mediterráneo, donde se han producido reiterados problemas de entendimiento y acusaciones mutuas, por ejemplo, entre Malta e Italia en relación con sus respectivas zonas SAR en la primavera de 2011, con ocasión de los *boat people* que huían de Libia. En el marco de estos acontecimientos, en los que también se vieron implicados buques de la OTAN —en concreto, la fragata española *Méndez Núñez* y el buque italiano *Borsini*— que llevaban acabo operaciones en Libia contra el régimen de Muamar el Gadafi, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa abrió una investigación por posibles responsabilidades de las autoridades maltesas por la muerte de 63 *boat people* en su región SAR, cuyas llamadas de socorro fueron ignoradas durante 16 días, habiendo sólo nueve supervivientes (PARLAMENTARY ASSEMBLY, “Lives lost in the Mediterranean sea: who is responsible?”, *Motion for a resolution*, Doc. 12617, 23.5.2011; *Report – Provisional version*, Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, Rapporteur: Ms Tineke STRIK, Netherlands, Socialist Group, 29.03.2012. Al respecto, véase el reciente estudio de KLEPP, S.: “A double bind: Malta and the rescue of unwanted migrants at sea, a legal anthropological perspective on the humanitarian law of the sea”, *International Journal of Refugee Law*, 23 (3), 2011, pp. 538-557). El problema de ignorar la situación de peligro de *refugiados marítimos* no sólo es frecuente por parte de las autoridades, sino que también es antigua (cfr. PUGASH, J. Z., “The Dilemma of the Sea Refugee: Rescue Without Refuge”, *Harvard International Law Journal*, n. 3, vol. 18, 1977, p. 601). A diferencia de las autoridades públicas, los *trabajadores del mar* son un símbolo de solidaridad, acudiendo en auxilio de migrantes en peligro, exponiéndose a importantes perjuicios económicos asumiendo la pérdida valiosos días de trabajo y poniendo en riesgo su propia vida. En este sentido, sirva como ejemplo el caso del patrón y de los nueve tripulantes del pesquero español *Francisco y Catalina*, que el 14 de julio de 2006 rescataron en aguas de Malta a 51 inmigrantes entre las que había dos mujeres embarazadas y una niña de dos años. Ante la prohibición de las autoridades maltesas para arribar a puerto —considerando que la responsabilidad era de Libia al entender que el rescate se había producido en aguas libias—, y ante la falta de entendimiento diplomático entre los Estados miembros de la UE y con Libia, el

Una última gran novedad del Reglamento FRONTEX 2011 con incidencia práctica en la seguridad de las fronteras marítimas es el *fortalecimiento de la cooperación operativa de la Agencia con terceros Estados*¹⁷³, en el contexto de un refuerzo general de sus relaciones externas, tanto en operaciones conjuntas de retorno¹⁷⁴ como con Organizaciones internacionales¹⁷⁵. Sin duda, los aspectos más sobresalientes¹⁷⁶ son la posibilidad de desplegar funcionarios de enlace¹⁷⁷ y llevar a cabo proyectos de asistencia técnica en terceros países¹⁷⁸, así como la posibilidad de contar con competencias ejecutivas en las operaciones conjuntas con terceros Estados¹⁷⁹. Ahora bien, la atribución de estas competencias sigue estando en manos del Estado o Estados miembros que hayan celebrado acuerdos bilaterales con terceros Estados¹⁸⁰ para llevar

pesquero tuvo que hacerse cargo de 61 personas —en un espacio de 50 metros cuadrados destinado sólo para diez personas— y durante una semana. Otra serie de barcos pesqueros como el Nuestra Señora de Loreto o el Corisco, entre otros, han realizado hazañas similares en el Mediterráneo ese mismo verano, el 13 de junio y el 10 de septiembre, respectivamente. Se pone así en evidencia la conducta diametralmente opuesta de los pescadores, trabajadores y los mejores conocedores del mar y de sus peligros y obligaciones, y de los políticos, aferrados a rígidas políticas inmigratorias atentatorias contra los más elementales valores de humanidad encarnados por las normas, usos y costumbres del mar.

¹⁷³ Así, el artículo 14, que regula la “Facilitación de la cooperación operativa con terceros países y cooperación con las autoridades competentes de terceros países”, pasa de dos párrafos a once, distribuidos en ocho apartados.

¹⁷⁴ Art. 9, especialmente apartado 2.

¹⁷⁵ Art. 13.

¹⁷⁶ Además, debe señalarse también la posibilidad de invitar a *observadores de terceros países* a participar en tanto en operaciones conjuntas, como en análisis de riesgos y en actividades de formación, siempre con el consentimiento del Estado o Estados miembros afectados —o de acogida en el caso de las actividades de formación— (art. 14.6).

¹⁷⁷ Art. 14, apartados 3 y 4.

¹⁷⁸ Art. 14.5. La Comisión había puesto en evidencia que “[e]l mandato de FRONTEX, por lo que respecta a la cooperación con terceros países, es limitado por cuanto los proyectos cuyo objetivo es, por ejemplo, la asistencia técnica, no pueden ser llevados a cabo por FRONTEX en terceros países” [COM (2008) 67 final, p. 9].

¹⁷⁹ Art. 14.7. También aquí la Comisión se había posicionado a favor de realizar “una reflexión sobre el posible papel de la Agencia por lo que respecta a la participación en las misiones europeas de control fronterizo llevadas a cabo en terceros países” [COM (2008) 67 final, p. 9].

¹⁸⁰ Este tipo de acuerdos están previstos en el *CFS*: “Sin perjuicio de las competencias de la Agencia, los Estados miembros podrán mantener en las fronteras exteriores, tanto entre sí como con terceros países, cooperación de carácter operativo, incluido el intercambio de funcionarios de enlace, si dicha cooperación complementa la actividad de la Agencia” (art. 16.3).

a cabo tales operaciones fuera del marco de la Agencia¹⁸¹. Desde luego, esta disposición supone una nueva vía para el fortalecimiento de la acción de los Estados europeos ribereños del Mediterráneo que sufren en primera línea y en toda su magnitud los desafíos de la inmigración irregular por mar, para lo cual han venido desarrollando una creciente actividad convencional con Estados africanos de origen y de tránsito para reforzar la vigilancia de sus aguas territoriales¹⁸².

¹⁸¹ “Los Estados miembros informarán a la Agencia de los asuntos en los que estén llevando a cabo una cooperación operativa en las fronteras exteriores fuera del contexto de la propia Agencia [...]” (art. 2.2, último párrafo). Entre tales asuntos se encuentran incluidos, especialmente, los acuerdos firmados por Estados miembros entre sí —como el Acuerdo entre España e Italia de 1994— o con terceros (art. 16.3 CFS), especialmente Estados africanos de origen o tránsito de la inmigración irregular para llevar a cabo operaciones conjuntas.

¹⁸² Es el caso, por ejemplo, de España, que estrechó inicialmente su cooperación con Marruecos y, posteriormente, ha tenido que ampliar su red de acuerdos a países africanos más meridionales en la medida en que la eficacia de las operaciones conjuntas obligaba a los traficantes a utilizar vías cada vez más lejanas. Así, como consecuencia de la eficacia de la acción hispano-marroquí, los traficantes clandestinos se vieron obligados a buscar nuevos puntos de partida más al sur, más distantes de las costas españolas con el consiguiente aumento del riesgo para la vida de los inmigrantes. “En primer lugar, desde las costas más cercanas del sur de Marruecos en torno a Tarfaya y el norte del territorio ocupado del Sahara occidental para después, una vez taponados estos puntos por las autoridades marroquíes, encontrar la salida cada vez más al sur. Primero Mauritania, después Cabo Verde y Senegal, y luego probablemente Guinea Bissau, Guinea o Sierra Leona. De este modo, mayores distancias que transitar aumentando la peligrosidad de la travesía” (ACOSTA SÁNCHEZ, M. A.; DEL VALLE GÁLVEZ, A., “La crisis de los cayucos – La Agencia Europea de Fronteras-FRONTEX y el control marítimo de la inmigración clandestina”, *Tiempo de Paz*, n. 83, 2006, p. 5). En relación con las motivaciones y circunstancias del desplazamiento hacia el sur de las rutas de traficantes clandestinos de migrantes hacia Europa, VERDÚ BAEZA, J., “Del Estrecho de Gibraltar a Senegal: nuevos retos políticos y jurídicos en los flujos migratorios africanos hacia España y la UE”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., SOBRINO HEREDIA, J. M. (Coord.), *Migraciones y Desarrollo, II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, AEPDIRI-IHLADI, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 137-146. En consecuencia, España tuvo que ampliar su cooperación con Estados africanos más meridionales, como Mauritania, Senegal, Cabo Verde, Guinea o Guinea Bissau, con los que se firmaron acuerdos de readmisión y de patrullaje marítimo para prevenir y disuadir salidas de embarcaciones desde sus costas con destino a las Islas Canarias. De este modo, no solo España se libera de responsabilidad en la medida en que las detenciones las realizan las autoridades del tercer país —si bien, a bordo de buques españoles—, “[t]he so called ‘fight against irregular immigration’ seems to be turning into a control of ‘irregular emigration’ with all the implications this may have for the right to leave a country, the legal safeguards applicable during

Con todo, esta revisión dista mucho de ser definitiva pues, a pesar de ella, FRONTEX continúa sin tener un mandato nítido que nos permita conocer su futuro en el modelo de gestión integrada de fronteras exteriores¹⁸³. Ahora bien, lo que sí pone de relieve el nuevo Reglamento es la voluntad decidida de los Estados miembros de contar con una Agencia cada vez más fuerte, con mayores capacidades operativas y con mayor responsabilidad en la seguridad de las fronteras marítimas¹⁸⁴. Es tan largo todavía el recorrido que le queda a FRONTEX hasta que sus perfiles competenciales estén claramente definidos que incluso sigue encima de la mesa la posibilidad de llevar a cabo una revisión global del marco jurídico de sus operaciones¹⁸⁵, pudiendo incluso derivar hacia una agencia única que abarcase de forma más amplia los desafíos planteados por la seguridad marítima y por la protección marítima¹⁸⁶.

interception, or the right to seek asylum and the “non-refoulement’ principle” (GARCÍA ANDRADE, P., “Extraterritorial Strategies to Tackle Irregular Immigration by Sea:...” , *loc. cit.*, p. 344).

¹⁸³ En efecto, tras esta reforma de 2011, sigue abierto el “debate en profundidad sobre la estrategia a largo plazo que deberá llevar a cabo la Unión por lo que se refiere al papel que se espera desempeñe FRONTEX en el desarrollo del modelo de gestión integrada de fronteras, incluido el mecanismo reforzado de cooperación con terceros países, y en la realización de una gestión adecuada de los flujos de migración” (COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la evaluación...*, *cit.*, p. 12, apartado 41). Precisamente con la finalidad de determinar el futuro de la gestión de las fronteras exteriores, acaba de publicarse el estudio *Futures of Borders. A Forward Study of European Border Checks*, December, 2011, solicitado por la Unidad de Investigación y Desarrollo de FRONTEX a Liron Systems Ltd., en colaboración con la University of Southampton (migración) y la Ben Gurion University (turismo).

¹⁸⁴ De este modo, se vino a dar satisfacción a “la necesidad de maximizar cuanto antes la contribución de FRONTEX a la gestión de las fronteras de la Unión, especialmente las fronteras marítimas meridionales” (COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la evaluación y el desarrollo futuro de la Agencia FRONTEX*, COM (2008) 67 final, 13.2.2008, p. 12, apartado 40).

¹⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la evaluación...*, *cit.*, p. 12, apartado 42.

¹⁸⁶ Se ha apuntado la conveniencia y hasta la necesidad de contar con una única *Agencia Europea de Salvaguardia Marítima*, que pudiese coordinar de forma eficiente operaciones marítimas integradora de componentes militares o de defensa, de fronteras, de seguridad y de protección marítimas o de pesca (*cf.* RIGONI, A., *Surveillance of the maritime and coastal areas of European states* *cit.*, pp. 14-15). “Une telle Agence ou entité européenne, spécialement dédiée à l’application et au respect de règles de droit en mer, répondrait aux attentes formulées dans le Livre vert. Une politique maritime globale, digne de ce nom, doit en effet probablement se doter d’un organe spécialisé et transversal, destiné à la mise en oeuvre de cette politique” (BELLAYER-ROILLE, A., “Vers un rôle accrue... », *loc. cit.*, p. 403).

IV. LA HUMANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD EN LAS FRONTERAS MARÍTIMAS: ¿HACIA UNA *SEGURIDAD HUMANIZADA* EN EL MAR?

Los principales esfuerzos de la UE centrados en las fronteras marítimas meridionales responden a la doble finalidad de impedir la pérdida de más vidas humanas¹⁸⁷ y de proteger la seguridad de toda la Unión frente al tráfico clandestino de migrantes¹⁸⁸. Por tanto, razones humanitarias y de seguridad impulsan el avance de la UE en este terreno y justifican la necesidad y la obligación de adoptar medidas *de carácter operativo* para controlar los flujos migratorios en los propios espacios marítimos, incluso de terceros Estados, como acabo de analizar, y *de carácter humanitario* para salvaguardar los derechos más elementales de los migrantes¹⁸⁹. Si bien la acción de la UE es limitada en ambos casos, ha ido adquiriendo una importancia creciente sobre todo, más recientemente, en el terreno humanitario, lo que nos lleva a interrogarnos acerca de si está emergiendo un concepto comunitario de *seguridad humanizada* en el mar.

1. DE UNA SEGURIDAD *DESHUMANIZADA* EN EL PASADO...

En cualquier caso, esos tímidos avances se produjeron en un contexto de seguridad *deshumanizada* en las fronteras marítimas, con críticas de la doctrina al discurso oficial de FRONTEX, afirmando que se llena la boca de humanitarismo¹⁹⁰ y se jacta de contribuir a salvar cientos, si no miles, de vi-

¹⁸⁷ “Se han puesto en marcha una serie de medidas [...] que pretenden evitar muertes en alta mar” [COM (2006) 402 final, p. 4].

¹⁸⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Refuerzo de la gestión...*, cit., p. 4, apartado 5.

¹⁸⁹ “Es importante destacar también que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del Código Penal está integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que éstos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y derechos de los emigrantes” (STS de 27.12.2007, p. 7).

¹⁹⁰ Entre otros, NESSEL, L. A., “Externalized borders...”, cit., p. 636; MAAS, W. M., “Fleeing to Europe: Europeanization and the Right to Seek Refugee Status”, *Working Paper n. 454*, January, Institute of Social Studies, The Hague, 2008, p. 42. Más recientemente, el Director Ejecutivo de la Agencia, Sr. Ilkka Laitinen, declaró con ocasión de la presentación de la *Estrategia FRONTEX en materia de derechos fundamentales*, que “Fundamental Rights and human dignity have always been at the heart of Frontex’s values” (Nota de prensa, 4.4.2011, www.frontex.europa.eu).

das humanas¹⁹¹, cuando más bien parece estar levantando un *muro de Berlín en el agua*¹⁹².

Si bien el componente de seguridad no constituye para FRONTEX su origen¹⁹³, sino su fin primordial¹⁹⁴, lo cierto es que la *fuerza motriz* de la Agencia es, únicamente, la seguridad¹⁹⁵. Ahora bien, el propio Reglamento FRONTEX nos sitúa ante la necesidad de conciliar la *seguridad*, que rige el funcionamiento de la Agencia, con el *imperativo respeto de los derechos fundamentales*¹⁹⁶ y los principios del TUE y de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE)¹⁹⁷, lo que resulta especialmente importante porque

¹⁹¹ “By stemming the flow of people through this highly dangerous route, hundreds if not thousands of lives were saved” (“Tasks” section at <http://www.frontex.europa.eu>).

¹⁹² NESSEL, L. A., “Externalized border...”, *cit.*, p. 636, en referencia al artículo “Floating Berlin Wall”, *Time*, 15 de marzo de 1993.

¹⁹³ “FRONTEX was established not on the basis of securitization, [...] but in response to the disintegration of a common EU response to migration, security and borders” (NEAL, A. W., “Securitization...”, *cit.*, p. 346).

¹⁹⁴ “[...] despite its unexceptional origins, FRONTEX may nevertheless be a tool of securitization or a securitizing actor” (*ibid.*, p. 346).

¹⁹⁵ Pues sólo “[s]obre la base de un modelo integrado común de análisis de riesgos [proporcionar] a la Comunidad y a los Estados miembros información adecuada que les permita adoptar las medidas pertinentes o enfrentarse a las amenazas y riesgos detectados, con vistas a mejorar la gestión integrada de las fronteras exteriores”, Considerando 6, Reglamento FRONTEX. En el mismo sentido se pronunció el Director Ejecutivo de FRONTEX, quien afirmó ante el Parlamento Europeo que “[a]ll FRONTEX activities are based on risk analyses, the ‘engine’ of FRONTEX activities” (LAITINEN, I., *Introductory talk to the Joint Parliamentary Meeting initiated by the European Parliament and the Parliament of Finland: “From Tampere to The Hague”*, Brussels, 3.3.2006).

¹⁹⁶ Como no podía ser de otra forma, se reconoce también la necesidad de incorporar los derechos humanos al funcionamiento de la Agencia, pero de forma genérica a través de la formación de su personal. En efecto, se establece que “[l]os Estados miembros impartirán formación sobre las normas de control fronterizo y sobre derechos fundamentales. Para ello, se tendrán en cuenta las normas comunes de formación que determine y desarrolle la Agencia” (art. 16.4, CFS).

¹⁹⁷ “El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (Considerando 22, Reglamento FRONTEX). Nótese que se da por supuesto el respeto de los derechos humanos por el propio Reglamento —“respeta”—, pero nada se dice expresamente acerca de su despliegue sobre el modo de funcionar de la Agencia. Sin embargo, año y medio más tarde, el Reglamento 562/2006, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen), utiliza la misma fórmula, pero incorporando un punto y seguido que contempla directamente —aunque no expresamente— la situación de los

la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados¹⁹⁸. En particular, por lo que se refiere a este trabajo, se establece expresamente que no sólo los Estados miembros sino también la propia UE está vinculada por la normativa internacional en materia de asilo y refugio. En efecto, la política común en materia de asilo según el TFUE deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los refugiados, así como a los demás tratados pertinentes¹⁹⁹.

refugiados: “El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Debe aplicarse respetando las obligaciones de los Estados miembros en materia de protección internacional y no devolución” (considerando 20). Como veremos, es exactamente la misma fórmula que al año siguiente se incorporó al Reglamento RABIT (considerando 17), y que más recientemente se desarrolló y se detalló en el la última modificación del Reglamento FRONTEX de 2011: “El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el TFUE y la Carta de los Derechos Fundamentales, concretamente el derecho a la dignidad humana, la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a la protección de los datos personales, el derecho de asilo, el principio de no devolución, el principio de no discriminación, los derechos del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva. El presente Reglamento debe ser aplicado por los Estados miembros de conformidad con dichos derechos y principios. Todo uso de la fuerza debe ser conforme con el Derecho nacional del Estado miembro de acogida, incluidos los principios de necesidad y proporcionalidad” (Reglamento 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el Reglamento FRONTEX, Considerando 29). Esta previsión para recurrir al uso de la fuerza responde a la experiencia en las operaciones conjuntas, en las que, por ejemplo, agentes griegos y alemanes tuvieron que repeler disparos de traficantes clandestinos en el marco de la operación Poseidón 2011 (“Poseidon 2011: Migrants smugglers open fire on border guards”, *FRONTEX Press release*, 20.5.2011).

¹⁹⁸ Art. 6.1 TUE, párrafo primero. En concreto, la CDFUE “garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (art. 18 CDFUE). Además, se prohíben expresamente las expulsiones colectivas (art. 19.1 CDFUE) al tiempo que se dispone que “[n]adie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes” (art. 19.2 CDFUE). Ahora bien, recuérdese que la Carta “no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados” (art. 51.2 CDFUE).

¹⁹⁹ Art. 78.1 TFUE, en relación con el art. 18 CDFUE. Además, debe “ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección [y] garantizar el respeto del principio de no devolución” (art. 78.1 TFUE, en relación con el art. 19.2 CDFUE).

Desde luego, el original Reglamento FRONTEX no contenía más referencias a los derechos humanos que la que acabamos de comentar, lo que resulta muy llamativo dada la gravedad que pueden llegar a alcanzar muchas de las situaciones humanas relacionadas con el cruce de fronteras, especialmente por vía marítima, y de las que, como no podía ser de otra manera, era consciente el legislador comunitario²⁰⁰. Ahora bien, la primera modificación del Reglamento, adoptada precisamente meses después de las catástrofes humanitarias de los migrantes en las Islas Canarias y el Mediterráneo de 2006, incorpora referencias expresas muy significativas a los derechos de los refugiados y contempla bajo este concepto de protección internacional a los migrantes por vía marítima. Así, el *Reglamento por el que se crean equipos de intervención rápida* (Reglamento RABIT)²⁰¹, se aplicará sin perjuicio de los derechos de los refugiados y de las personas que solicitan protección internacional, en particular en lo que se refiere a la no devolución²⁰².

²⁰⁰ “Parece muy poco probable que esta Agencia no fuese consciente de los problemas que las personas a bordo de los barcos interceptados en el mar al ser forzadas a volver a sus países pudiesen enfrentarse al ser objeto de persecución o tortura y otros tratos inhumanos, crueles o degradantes. Prueba que la UE era consciente de ello son, a nuestro entender, los acuerdos de cooperación firmados por FRONTEX con el ACNUR” (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”, SOBRINO HEREDIA, J. M. (dir.), GARCÍA SEGURA, C., MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., PALAO MORENO, G. (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 nº 17, 2011, pp. 175-176).

²⁰¹ *Reglamento 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento 2007 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados*. Entró en vigor el 20 de agosto de 2007. El Reglamento RABIT se basa en la propuesta de la Comisión COM (2006) 401 final, que ha sido considerada como el primer paso hacia un modelo más centralizado de guardias de frontera europeas (RUIPMA, J. J.; CREMONA, M., “The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law”, *loc. cit.*, p. 21).

²⁰² Art. 2, Reglamento RABIT. Ya en su preámbulo se adelantaba que “[e]l presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Debe aplicarse respetando las obligaciones de los Estados miembros en materia de protección internacional y no devolución” (considerando 17).

Sin embargo, hace un año y medio, el Consejo decidió establecer un régimen jurídico especial para el caso particular de las fronteras marítimas, mediante la *Decisión fronteras marítimas* que viene a cubrir, aunque de forma incompleta y claramente insuficiente, la necesidad de conciliar seguridad con respeto a los derechos humanos de los migrantes por vía marítima²⁰³. Ante todo, sobre la base del CFS y de los propios principios generales del Derecho de la UE, se establece que “las medidas adoptadas en una operación de vigilancia²⁰⁴ deben ser proporcionales a los objetivos perseguidos y respetar íntegramente los derechos fundamentales y los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo, incluida, en particular, la prohibición de devolución”²⁰⁵. Ahora bien, no se establecen mecanismos de garantía del respeto de estos derechos, ni tampoco en las relaciones de cooperación con terceros en esta materia²⁰⁶.

²⁰³ La *Decisión fronteras marítimas* recuerda lo obvio: “Los Estados miembros deben cumplir las disposiciones del acervo comunitario en materia de asilo, y especialmente las de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (*DO*, L 326, de 13.12.2005, p. 13), por lo que se refiere a las solicitudes de asilo presentadas en su territorio, incluidas las fronteras o zonas de tránsito” (considerando 3 *in fine*). En este caso, lo obvio no es en modo alguno accidental o irrelevante, sino que contribuye a contextualizar las obligaciones de los Estados miembros en el marco del control de las fronteras marítimas donde, como señalé, la lógica de la seguridad venía imponiéndose de forma descarnada en detrimento o en violación de los derechos humanos más elementales de los *migrantes marítimos*.

²⁰⁴ Si bien no se establece qué debe entenderse por “operación de vigilancia”, sí se recogen en cambio los objetivos y las medidas inherentes a la “vigilancia de fronteras”, que nos permitirán conocer las situaciones específicas en las que será exigible la proporcionalidad y el respeto íntegro de los derechos fundamentales y los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo que traten de acceder a territorio comunitario por vía marítima. Curiosamente, el concepto utilizado es tan amplio que podría exponer a la UE —a través de FRONTEX— y a sus Estados miembros a numerosas situaciones de exigibilidad de responsabilidad. En efecto, se establece que “[l]a vigilancia de fronteras tiene por objetivo impedir el cruce no autorizado de las fronteras, luchar contra la delincuencia transfronteriza y detener a las personas que cruzan ilegalmente las fronteras o adoptar contra ellas otro tipo de medidas. La vigilancia de fronteras debe servir para impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones en los pasos fronterizos, o para disuadirlas de que lo intenten, y para detectar el cruce no autorizado de las fronteras exteriores” (Considerando 1, *Decisión fronteras marítimas*). Por tanto, debe entenderse que las “operaciones de vigilancia” comprenden medidas que van desde la *detención* hasta la *disuasión*, pasando por la *detección* y llegando a cubrir cualquier “otro tipo de medidas”.

²⁰⁵ Considerando 3, *Decisión fronteras marítimas*.

²⁰⁶ “There are no guarantees that the principles of democratic scrutiny, transparency, proportionality and privacy will be upheld should such cooperative ventures take place,

2. ... ¿A UNA SEGURIDAD HUMANIZADA EN EL FUTURO?

La reciente modificación del Reglamento FRONTEX viene a acallar en cierta medida estas críticas. En efecto, como avanzamos, uno de los objetivos del Reglamento FRONTEX 2011 es *humanizar* el funcionamiento de la Agencia atribuyendo un peso específico al respeto de los derechos humanos como criterio básico de funcionamiento de FRONTEX. Los derechos humanos pasan a ser el *maskarón de proa* de esta reforma²⁰⁷ que guían desde su propio objetivo hasta las medidas concretas. El respeto íntegro por los derechos fundamentales se convierte ahora en una suerte de *alfa y omega* en la vida de la Agencia, en tanto que requisito y condicionante desde los aspectos iniciales de la formación de los agentes²⁰⁸, hasta la evaluación final²⁰⁹, pasan-

nor is there a mechanism to ensure the proper scrutiny of such developments” (JEANDESBOZ, J., *Reinforcing the Surveillance of EU Borders. The Future Development of FRONTEX and EUROSUR*, CEPS CHALLENGE Research Paper No. 11, Centre for European Policy Studies, Brussels, August 2008, p. 17).

²⁰⁷ Más allá de esta reforma, se nos recuerda que los derechos humanos constituyen la base de una política europea de migración previsor y global (Considerando 1, Reglamento FRONTEX 2011).

²⁰⁸ “La Agencia tomará, asimismo, todas las medidas necesarias para garantizar que, con carácter previo a su participación en actividades operativas organizadas por la Agencia, todos los agentes de la guardia de fronteras y otro personal de los Estados miembros que participe en los equipos europeos de agentes de la guardia de fronteras, así como el personal de la Agencia hayan recibido formación en el Derecho de la Unión y el Derecho internacional pertinentes, en particular en lo que se refiere a los derechos fundamentales y el acceso a la protección internacional, así como a las directrices relativas a la identificación de las personas en busca de protección, para dirigir las hacia las instancias adecuadas” (art. 5, párrafo segundo, en relación con el considerando 18, Reglamento FRONTEX 2011).

²⁰⁹ La evaluación externa independiente sobre el cumplimiento de la misión de FRONTEX (Art. 33.1 Reglamento FRONTEX) también deberá incluir en lo sucesivo “un análisis específico de la forma en que se ha respetado la Carta de los Derechos Fundamentales en la aplicación del Reglamento” (art. 33.2ter Reglamento FRONTEX 2011). De este modo, nuevo Reglamento de 2011 viene a cerrar el círculo integrando los derechos humanos en las actividades de FRONTEX desde que la formación de los agentes hasta la evaluación externa final, pasando por el desarrollo de las operaciones y la exigencia de responsabilidades. La primera evaluación de esta naturaleza la llevó a cabo en 2008 la empresa danesa COWI y dio lugar a la formulación por parte del Consejo de Administración de 16 recomendaciones para revisar el marco jurídico de la Agencia y otras 14 relativas a la mejora de las prácticas de trabajo de los Estados, de la Agencia y del propio Consejo de Administración, en <http://www.frontex.europa.eu>.

do por las operaciones conjuntas y proyectos piloto²¹⁰, por la financiación de las actividades y operaciones²¹¹ y por la cooperación con terceros²¹². Llegó incluso a establecerse un *sistema de notificación de incidentes* que utilizará la Agencia para remitir a las autoridades públicas nacionales correspondientes y a su consejo de administración cualquier información referente a alegaciones verosímiles de infracciones —en particular del Reglamento FRONTEX o del CFS—, incluidas infracciones de los derechos fundamentales, durante las operaciones conjuntas, los proyectos piloto o las intervenciones rápidas²¹³.

De este modo, la modificación del Reglamento FRONTEX contribuye a introducir los derechos humanos como criterio condicionante del funcionamiento de la propia Agencia, cubriendo así la importante laguna que había apuntado²¹⁴. En efecto, tras la entrada en vigor del nuevo Reglamento

²¹⁰ El Director Ejecutivo podrá suspender o poner fin a una operación conjunta o un proyecto piloto si considera que en su transcurso se han producido violaciones graves o es posible que persistan (art. 3.1 *bis* Reglamento FRONTEX).

²¹¹ “No deben poder utilizarse medios financieros de la Unión para actividades u operaciones que no se lleven a cabo de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (Considerando 20, Reglamento FRONTEX 2011, *in fine*).

²¹² “Establecer una cooperación con los terceros países resulta asimismo oportuno para promover las normas de la Unión en materia de gestión de fronteras, entre las que se incluyen el respeto de los derechos fundamentales y la dignidad humana” (Considerando 22, Reglamento FRONTEX 2011, *in fine*, en relación con el art. 14).

²¹³ Considerando 16, Reglamento FRONTEX 2011. La importancia de este sistema de notificaciones debe ponerse en relación con la nueva obligación que el Reglamento establece para los Estados de origen sobre sus nacionales en caso de violación de los derechos fundamentales o de las obligaciones en materia de protección internacional en el curso de una operación conjunta o proyecto piloto. En tal caso, el Estado miembro de origen “tomará las medidas adecuadas, disciplinarias u otras, de acuerdo con su Derecho nacional” (art. 3.1*bis*, párrafo tercero, Reglamento FRONTEX 2011). Ante la gravedad o la probabilidad de persistencia de tales violaciones de derechos humanos, el Director Ejecutivo de FRONTEX suspenderá o pondrá fin, total o parcialmente, a las operaciones conjuntas y los proyectos piloto (art. 3.1*bis*, párrafo cuarto).

²¹⁴ Se trata de una laguna culposa y no dolosa, pues en ningún momento se aprecia voluntad de excluir los derechos humanos del funcionamiento de FRONTEX, sino una injustificable falta de previsión. Ante las situaciones trágicas a las que se tuvo que enfrentar ya en las primeras operaciones de 2006, especialmente en el Mediterráneo y en las Islas Canarias, comenzó a plantearse la imperiosa necesidad de humanizar FRONTEX. Así, en la evaluación que la Comisión hizo del funcionamiento de la Agencia durante los años 2006 y 2007, afirmó, por ejemplo, que “la experiencia adquirida con las operaciones conjuntas demuestra que los guardias de fronteras se enfrentan frecuentemente a situaciones que implican a personas que buscan protección internacional o a situaciones de crisis en alta mar” (COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la evaluación...*, *cit.*, p. 5).

FRONTEX²¹⁵, “[I]a Agencia cumplirá sus cometidos dentro del pleno respeto del Derecho de la Unión pertinente, incluida la [CDFUE]; del Derecho internacional pertinente, incluida la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [...]; de las obligaciones relativas al acceso a la protección internacional, en especial el principio de no devolución, y de los derechos fundamentales, y teniendo en cuenta los informes del Foro Consultivo²¹⁶ [sobre derechos fundamentales]”²¹⁷. La incidencia de los derechos humanos en el funcionamiento de la Agencia también se traduce en la obligación de adopción de un *Código de Conducta* aplicable a todas las operaciones que coordine donde se establecerán los procedimientos destinados a garantizar los principios del Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales, prestando especial atención a los menores no acompañados y a las personas vulnerables, así como a las personas que tratan de obtener protección internacional, y se aplicará a todas las personas que participen en las actividades de la Agencia²¹⁸. Los resultados de las operaciones conjuntas y de los proyectos piloto también serán analizados en clave de derechos humanos, de modo tal que los informes de evaluación habrán de ser pormenorizados y deberán ir acompañados de las observaciones del agente responsable en materia de derechos fundamentales²¹⁹.

La figura del *agente responsable en materia de derechos fundamentales* se suma a la del *Foro Consultivo* para dar visibilidad a los derechos humanos en la estructura de FRONTEX, a modo de mecanismo eficaz que deberá controlar el respeto de los derechos fundamentales en todas las actividades de la Agencia²²⁰ en el marco de la *Estrategia FRONTEX de derechos fundamen-*

²¹⁵ La entrada en vigor se produjo el 12 de diciembre de 2011.

²¹⁶ Se refiere al Foro Consultivo que deberá crear la propia Agencia “para asistir al director ejecutivo y al consejo de administración en asuntos relativos a los derechos fundamentales” (art. 26bis.2 Reglamento FRONTEX 2011).

²¹⁷ Art. 1.2, párrafo segundo, Reglamento FRONTEX 2011.

²¹⁸ Art. 2bis, párrafo primero, Reglamento FRONTEX 2011. Si bien este Código deberá ser elaborado conjuntamente por la Agencia y el Foro Consultivo, la Universidad de Birmingham elaboró a petición de FRONTEX el estudio *Ethics of Border Security*, Centre for the Study of Global Ethics, University of Birmingham, FRONTEX/Doc/64/2010, 29.4.2011, en el que se analizan 23 códigos de conducta de guardias europeas de fronteras, identificando puntos en común, solapamientos y lagunas.

²¹⁹ Art. 3.3 Reglamento FRONTEX 2011. El informe lo remitirá la Agencia al Consejo de Administración en el plazo máximo de 60 días una vez finalizada la operación o el proyecto.

²²⁰ Art. 26bis.1 Reglamento FRONTEX 2011.

*tales*²²¹. El elemento central de este mecanismo lo constituye el *Foro Consultivo*²²², si bien su función no aparece en modo alguno desarrollada, limitándose el Reglamento a señalar que *asistirá* al Director Ejecutivo y al Consejo de Administración en asuntos relativos a los derechos fundamentales²²³. Mayor vaguedad incluso se utiliza para perfilar las funciones del *agente responsable de derechos fundamentales*, del que sólo se destaca la necesidad de que cuente con cualificación y experiencia necesarias, su carácter independiente y su labor de presentación periódica de informes al Consejo de Administración y al Foro Consultivo²²⁴.

A pesar de las vaguedades señaladas, los avances introducidos por el Reglamento FRONTEX 2011 tanto en la labor proactiva como en la reactiva de la Agencia constituyen argumentos suficientes para poder afirmar la emergencia de un modelo europeo de *seguridad humanizada* en el mar. En efecto, la UE ha empezado a situar los derechos humanos en primera línea de la segu-

²²¹ Aprobada por el Consejo de Administración el 31 de marzo de 2011 (<http://www.frontex.europa.eu>), muestra una correspondencia absoluta con el nuevo Reglamento FRONTEX, en el sentido de que incorpora el criterio de los derechos fundamentales a todo el ciclo de la vida de la Agencia, desde la formación de los agentes hasta las relaciones con terceros, pasando por las operaciones conjuntas. Constituye una hoja de ruta de la Agencia en el cumplimiento de las diversas exigencias de derechos humanos y cuya implementación será evaluada anualmente y el informe resultante tendrá carácter público (apartado 37, p. 8 de la *Estrategia*). Interesa destacar que la Unidad de Derecho Internacional de la Organización Marítima Internacional formó parte del Comité de Redacción de la Estrategia.

²²² Nótese que la propia denominación de “foro” parece atribuirle un carácter informal que devalúa la solidez institucional del órgano, para el que no se han utilizado términos de mayor entidad como podrían ser “consejo” o “comité”, por ejemplo. A la espera de su composición, de su organización y de su funcionamiento —que determinará el Consejo de Administración—, pareciese que más que un órgano se haya creado una reunión de expertos que, a su vez, se verá apoyada por la figura de otro experto que será el *agente responsable de derechos fundamentales*. Esta idea aparece reforzada por la propia terminología del Reglamento, que en ningún momento habla de que se esté creando un órgano o institución, sino un “mecanismo” (art.26bis.1). Se prevé asimismo que se podrá contar con la participación, a invitación de la Agencia y no del propio Foro, de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, de la Agencia de Derechos Fundamentales, de ACNUR y de otras organizaciones pertinentes (art.26bis.2).

²²³ Art. 26bis.2, *in limine*. A este respecto, se señala también que se le consultará para la aplicación y ulteriores desarrollos de la estrategia, sobre el Código de Conducta y sobre los programas troncales de formación, además de elaborar el correspondiente informe anual de actividades.

²²⁴ Art. 26bis.3. La designación la realizará el Consejo de Administración.

ridad de las fronteras marítimas, no sólo estableciendo mecanismos de fiscalización específicos²²⁵ que acabo de exponer, sino empezando a establecer sanciones en caso de incumplimiento²²⁶, por criticables que sean²²⁷. Ahora bien, puesto que aún no se ha producido la implementación de estas novedades, no es posible valorar si esta retórica comunitaria de derechos fundamentales en las fronteras marítimas logrará mejorar o paliar la ya de por sí dramática situación de los inmigrantes amparándolos bajo este manto de incipiente —¿acaso aparente?²²⁸— *seguridad humanizada* en el mar.

V. CONCLUSIONES

La UE y sus Estados miembros integran la mayor potencia marítima global²²⁹, lo que acentúa su nivel de exigibilidad sobre el cumplimiento de las

²²⁵ Piénsese en la importancia que pueda adquirir en este ámbito el mecanismo general de fiscalización y salvaguarda de los derechos humanos establecido en el artículo 7 TUE, que puede derivar en la suspensión de determinados derechos para un Estado miembro que viole de forma grave y persistente los valores del artículo 2 TUE.

²²⁶ Art. 3.1 *bis*, párrafo cuarto.

²²⁷ En efecto, la suspensión o la finalización de las operaciones no parece la sanción más adecuada en caso de violación de derechos humanos, pues dadas las complejas circunstancias de las operaciones en las fronteras marítimas tales sanciones conllevan el riesgo de agravamiento de la situación. Ahora bien, estas sanciones deben combinarse con la obligación que se impone a los Estados miembros de adoptar “las medidas adecuadas, disciplinarias u otras, de acuerdo con su Derecho nacional, en caso de haberse violado los derechos fundamentales o las obligaciones en materia de protección internacional en el curso de una operación conjunta o un proyecto piloto” (art. 3.1 *bis*, párrafo tercero). En todo caso, lo más adecuado parece activar el señalado mecanismo general del artículo 7 TUE, si bien su rigidez y su complejidad política prácticamente imposibilitan ya su eficacia, sino su simple activación, salvo para lo que pudiesen ser casos extremos, de los que no hay pocos en la historia, incluso reciente, de Europa.

²²⁸ La creación de una apariencia a modo de escudo que permitiese desviar críticas y seguir encubriendo prácticas poco respetuosas con los derechos humanos reportaría a la UE y, sobre todo, a sus Estados miembros una gran rentabilidad política en una materia dotada de un fuerte componente mediático.

²²⁹ “The 27 member states of the European Unión and their nationals (both natural and legal persons) are without doubt major actors in the marine field. The coasts of the member states border the north-east Atlantic Ocean and the Baltic, Black, Mediterranean and North Seas: if we include member states' dependent territories to which the EU Treaties apply (known as the outer-most regions), we can add to this list the eastern central Atlantic Ocean, the Caribbean Sea, and the south-west Indian Ocean [and almost] 90 per cent of EU member-state trade with non-member states is seaborne” (CHURCHILL, R.,

leyes del mar. Al mismo tiempo, los Estados miembros han creado la UE sobre bases humanistas convirtiendo al ser humano en centro, origen y fin del propio proceso de integración²³⁰, lo que impide rehuir su responsabilidad en la aplicación de políticas *en clave humana*. En buena medida, este trabajo trata de responder a la pregunta de si la UE ha venido actuando —y con qué alcance— de forma consecuente con su proyección marítima y con su fundamento humanista. La evolución y los recientes desarrollos comunitarios en el ámbito de la gestión en las fronteras marítimas me han llevado a buscar en este ámbito la respuesta, tratando de identificar la formación de un modelo comunitario de *seguridad humanizada* en el mar como elemento integrante de un espacio marítimo común en ciernes.

Apenas en la última década, la UE ha pasado de una situación en la que las fronteras marítimas comenzaron a ser tenidas en cuenta simplemente para la aplicación del acervo Schengen en el Comité Mixto con Noruega e Islandia, a otra en la que se han convertido en el más trágico escenario humanitario del continente europeo de los últimos años, al cobrarse la vida de miles de víctimas del tráfico clandestino de migrantes. Pues bien, ha sido precisamente esta tragedia humanitaria en la frontera marítima entre África y Europa la oportunidad que se le ha presentado a la UE y a sus miembros para demostrar su voluntad y su capacidad para gestionar la seguridad de las fronteras marítimas de forma respetuosa con los derechos humanos. La voluntad parece incuestionable, como ponen de manifiesto la creación de la Agencia FRONTEX y sus crecientes funciones y autonomía financiera, aun a pesar de la relativa indefinición de su mandato comunitario. A su vez, la capacidad operativa parece también incontestable a tenor del ritmo geométrico de reducción de la llegada irregular de inmigrantes por mar, lo cual, sin embargo, ha provocado un efecto rebote exponencial del tráfico clandestino de migrantes por tierra.

Sin embargo, la UE dista mucho de contar con un modelo adecuado de gestión de las fronteras marítimas pues son muchas las dudas que persisten, derivadas especialmente de la limitación de competencias comunitarias a funciones de mera coordinación y formación de autoridades nacionales, y del enorme desequilibrio de intereses de los Estados miembros que sigue produ-

“The European Union and the Challenges of Marine Governance: From Sectoral Response to Integrated Policy”, en VIDAS, D., SCHEI, P. J. (ed.), *The World Ocean in Globalisation. Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues*, Edit. Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 395-396).

²³⁰ Véase, especialmente, Preámbulo y art. 2 TUE.

ciendo no pocos problemas de solidaridad para alcanzar soluciones eficaces. Como consecuencia de ello, siguen siendo miles las víctimas de tráfico clandestino que llegan por vía marítima a las costas europeas²³¹ e incontables las que perecen en el trayecto, a pesar de que las aguas que bañan las costas europeas se encuentran entre las más transitadas y vigiladas²³².

Ahora bien, junto con la eficacia inmediata de disuasión e interceptación de las operaciones de vigilancia marítima, la contribución más valiosa de la UE para enfrentar esta problemática de carácter estructural se encuentra, en mi opinión, en los importantes esfuerzos comunitarios por avanzar en la autonomía del Derecho comunitario frente al Derecho internacional. En efecto, parece posible identificar un creciente acervo comunitario en materia de control y vigilancia de las fronteras marítimas que permite apuntar hacia el desarrollo de un *espacio marítimo común europeo*. En particular, el lenguaje normativo comunitario más reciente viene apuntando expresamente a la existencia de un Derecho de la Unión sobre interceptación, salvamento marítimo y desembarque, entre cuyos elementos propios encontraríamos ya obligaciones concretas, como la obligación comunitaria de desembarque o el concepto comunitario de puerto seguro, que comienzan a marcar su autonomía en un ámbito tradicionalmente reservado al Derecho internacional. La importancia de esta aparente *comunitarización* de obligaciones y conceptos internacionales debe relativizarse desde el punto de vista del objeto de este trabajo pues, como apunté, parece estar reñido con la creación de un modelo propio de *seguridad humanizada* en la medida en que ni la vida ni la seguridad de las personas han sido utilizadas como criterio central para la determinación del concepto de puerto seguro y la subsiguientes obligaciones tras el desembarque. A pesar de ello, la UE no se conforma sólo con ir apuntalando las bases de este nuevo corpus normativo comunitario, sino que por su propia naturaleza también se viene mostrando preocupada por impulsar la aplicación efectiva del Derecho internacional como pone de manifiesto, por un lado, su impulso de la ratificación del Protocolo de Palermo en sus relaciones con

²³¹ Por ejemplo, a lo largo de 2011, llegaron a España de forma irregular por mar 5.443 inmigrantes frente a los 3.632 que lo hicieron en 2010, lo que supone un incremento del 50% (MINISTERIO DEL INTERIOR, *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2011*, *cit.*).

²³² Ni la cantidad ni la calidad de los sistemas de vigilancia impidieron que el Mar Mediterráneo fuese el escenario del mayor número de personas desaparecidas en el mar el pasado año 2011. (PARLAMENTARY ASSEMBLY, “Lives lost in the Mediterranean sea: who is responsible?”, *cit.*, p. 22).

terceros o, por otro lado, la interacción entre FRONTEX y el Convenio SAR que establece la *Decisión fronteras marítimas*.

Si bien los últimos desarrollos del Reglamento FRONTEX son tan recientes que no pueden ser todavía valorados en su dimensión práctica, sí permiten afirmar que los derechos humanos están llamados a convertirse en el eje central del funcionamiento de la Agencia en el futuro inmediato, al menos formalmente. Con todo, a pesar de la pretendida humanización de las fronteras marítimas y de la creciente —aunque muy limitada— autonomía del Derecho comunitario en la materia, la Agencia sigue sin contar con un mandato definitivo, con las evidentes consecuencias negativas que ello conlleva para el debate acerca de la distribución de competencias entre la UE y sus Estados miembros en materia de control fronterizo, presididas por la importancia del principio de cooperación leal, y para las complejas interacciones de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, del Derecho del mar y de la protección internacional de los refugiados.

La respuesta final a la cuestión sobre la existencia de un modelo comunitario de seguridad *humanizada* en el mar está condicionada por el carácter ambivalente de la UE en la gestión de las fronteras marítimas pues, hasta fechas muy recientes, su evolución normativa e institucional se caracterizaba por la ausencia de elementos que tengan en cuenta al ser humano, a pesar del constante discurso oficial sobre su carácter esencial. Incluso los últimos avances que sí incorporan los derechos humanos como criterio para la seguridad de las fronteras marítimas, lo hacen en aspectos secundarios como la formación, la evaluación, el Código de Conducta o el Foro Consultivo, entre otros, si bien es cierto que también se establecen mecanismos de fiscalización que podrían dar lugar a avances decisivos. Ahora bien, la necesaria incorporación de los derechos humanos como criterio en normas sustantivas debe venir acompañada de una acción comunitaria consensuada con los Estados miembros que dé lugar a mecanismos obligatorios de solidaridad y responsabilidad compartida en materia de salvamento y de asilo, superando la visión fragmentaria de intereses nacionales contrapuestos, e interconectada con estrategias diplomáticas, de vecindad y de cooperación para el desarrollo. En tanto ello no se produzca, podremos seguir buscando la respuesta a la pregunta en análisis jurídicos e institucionales, pero sólo la encontraremos en la trágica realidad humanitaria de la frontera marítima septentrional de África.

LA UNIÓN EUROPEA, FRONTEX Y LA SEGURIDAD
EN LAS FRONTERAS MARÍTIMAS. ¿HACIA UN MODELO EUROPEO
DE *SEGURIDAD HUMANIZADA* EN EL MAR?

RESUMEN: La progresiva supresión de fronteras interiores en Europa al compás del proceso de integración europea ha ido dando lugar a la necesidad de configurar un espacio de libertad, seguridad y justicia que dota de sentido a un nuevo concepto comunitario de *frontera exterior* de la UE. La seguridad es la idea central de este nuevo concepto que se proyecta con especial intensidad en las fronteras marítimas meridionales de la Unión, escenario de la tragedia humanitaria que supone el tráfico clandestino de migrantes. Los elementos de carácter humanitario, histórico, de extensión y de proximidad geográficas, de desigualdad social, de desequilibrio económico, de creciente presión demográfica, de elevados costes y de impacto mediático, nos sitúan ante una realidad problemática que constituye un extraordinario desafío para la UE. La acción comunitaria en este ámbito, encarnada principalmente por la Agencia FRONTEX, es muy difícil de articular por el complejo entramado de instancias y de normas nacionales, comunitarias e internacionales que interactúan, bien causando solapamientos, bien lagunas, pero siempre con el condicionante de la soberanía del Estado, que es el único competente y responsable último de las medidas que se adopten en frontera. La óptica de seguridad que prima en esta materia responde a la razón de Estado que deriva de la proyección de la soberanía sobre las fronteras nacionales, llegando incluso a trascender a los espacios internacionales y hasta las aguas de terceros Estados. Las consecuencias directas para la vida, la integridad y la libertad de los migrantes han sido trágicas. Sin embargo, evoluciones más recientes parecen sugerir la idea de que está emergiendo un modelo comunitario de *seguridad humanizada* en el mar, al compás del desarrollo de un “Espacio marítimo común de la UE” *in status nascendi*.

PALABRAS CLAVE: Fronteras marítimas; Fronteras exteriores; Control fronterizo; Espacios marítimos; Protección marítima; Seguridad marítima; Seguridad humanizada; Derecho comunitario; FRONTEX; Derechos humanos; Derecho internacional humanitario; Derecho del Mar; Inmigración clandestina; Migrantes por mar; Refugiados; Asilo; Interceptación; Salvamento.

EUROPEAN UNION, FRONTEX AND SECURITY
IN THE MARITIME BORDERS. TOWARDS AN EUROPEAN MODEL
OF *HUMANIZED SECURITY* AT SEA?

ABSTRACT: The gradual abolition of internal borders in Europe according to the process of European integration has been giving rise to the need to set up an area of freedom, security and justice that gives meaning to a new community concept of the EU external border. Security is the central idea of this new concept projected with particular intensity in the southern maritime borders of the Union, the scene of the humanitarian tragedy involving the smuggling of migrants. The elements of humanitarian nature, his-

toric, geographic extension and proximity, social inequality, economic imbalance, the increasing population pressure and high cost of media impact, introduces a problem that is really an extraordinary challenge for the EU. Community action in this area, mainly embodied by the FRONTEX Agency, is very difficult to articulate due to the complex net of agencies and national standards and international community to interact, causing it overlaps, gaps, but always with the conditioning of the State sovereignty, the only competent and ultimately responsible for the actions taken at the borders. The security approach prevailing in this area responds to the reason of State that derives from the projection of sovereignty over national borders, even to transcend international spaces and to the waters of third countries. The direct consequences for life, integrity and freedom of migrants have been tragic. However, more recent developments seem to suggest the idea of an emerging common model of humanized security at sea, according to the development of a «common maritime space of the EU» *in status nascendi*.

KEY WORDS: Maritime borders; External borders; Border control; Maritime areas; Maritime security; Maritime safety; Humanized security; European Union law; FRONTEX; Human Rights; International humanitarian law; Law of the Sea; Illegal immigration; Sea migrants; Refugees; Asylum; Interception; Rescue.

L'UNION EUROPÉENNE, FRONTEX ET LA SÉCURITÉ DANS LES FRONTIÈRES MARITIMES. VERS UN MODÈLE EUROPÉEN DE SÉCURITÉ HUMANISÉE EN MER?

RESUMÉ: L'abolition progressive des frontières intérieures en Europe au moment du processus d'intégration européenne a été à l'origine de la nécessité de mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice qui donne un sens à un nouveau concept communautaire de l'UE aux frontières extérieures. La sécurité est l'idée centrale de ce nouveau concept qui est projetée avec une intensité particulière dans la frontière maritime méridionale de l'Union, scène de la tragédie humanitaire impliquant le trafic de migrants. Les éléments de nature humanitaire, historique, la proximité géographique et l'ampleur des inégalités sociales, le déséquilibre économique, la pression démographique croissante, et le coût élevé de l'impact médiatique, nous présente un problème qui est vraiment un défi extraordinaire pour l'UE. L'action communautaire dans ce domaine, principalement incarnée par l'agence FRONTEX, est très difficile d'articuler par le réseau complexe d'agences et de normes nationales, communautaires et internationales à interagir, provoquant des chevauchements ou des lacunes, mais toujours avec le conditionnement de la souveraineté de l'Etat, le seul compétent et responsable en dernier ressort des mesures prises à la frontière. L'approche de sécurité qui prévaut dans ce domaine répond à la raison d'Etat qui dérive de la projection de la souveraineté sur les frontières nationales, même de transcender les espaces internationaux et les eaux des pays tiers. Les conséquences directes pour la vie, l'intégrité et la liberté des migrants ont été tragiques. Cependant, les développements les plus récents semblent suggérer l'idée d'un modèle européen de sécurité humanisée en mer, au fil du développement d'un «espace maritime commun de l'UE» *in status nascendi*.

MOTS CLÉS: Frontières maritimes; Frontières extérieures; Contrôle des frontières; Zones maritimes; Sécurité maritime; Sûreté maritime; Sécurité humanisée; Droit communautaire; FRONTEX; Droits de l'homme; Droit international humanitaire; Droit de la mer; Immigration clandestine par mer; Réfugiés; Asile; Interception; Sauvetage.