

CARTOGRAFÍA DE LA EXTERNALIZACIÓN DEL CONTROL MIGRATORIO. IDEAS A PARTIR DEL RÉGIMEN DE LA UE SOBRE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

MAPPING THE EXTERNALISATION OF IMMIGRATION CONTROL. INSIGHTS FROM THE EUROPEAN UNION ANTI-SMUGGLING REGIME

Valsamis Mitsilegas*

RESUMEN: La externalización del control de la inmigración se ha utilizado por los Estados, cada vez en mayor medida, para impedir y prevenir los flujos de migrantes y de solicitantes de asilo hacia sus territorios. Centrándose en el Derecho de la Unión Europea, el objetivo de este trabajo es el de mostrar la tipología de esos mecanismos de externalización y cartografiar su evolución tomando como referencia especialmente las respuestas generadas, en el contexto de la agenda global de seguridad, por la emergencia del tráfico ilícito de seres humanos como una amenaza prioritaria. El artículo evaluará críticamente los cinco principales niveles de externalización: criminalización (a través de la tipificación como delito y el castigo de conductas relacionadas con el tráfico ilícito de seres humanos y

* Professor of European Criminal Law and Global Security y Deputy Dean for Global Engagement (Europe), Queen Mary University of London, School of Law. Correo-e: v.mitsilegas@qmul.ac.uk. ORCID ID: 0000-0001-6424-7289.

Este trabajo constituye una versión ampliada y actualizada de dos trabajos diferentes (Mitsilegas, 2019b y 2019c).

El presente trabajo no ha contado con ninguna financiación directa o indirecta procedente de entidad alguna, pública o privada, con o sin ánimo de lucro.

La traducción es obra de Pablo González Saquero, profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

con la entrada irregular en el territorio); securización (mediante la consideración del traficante como una amenaza para la seguridad); privatización (mediante la utilización, con la finalidad de controlar la inmigración y junto con las formas tradicionales de control fronterizo, de las capacidades militares y de defensa); agencificación y cooperación entre agencias (con la proliferación de organismos y agencias de la UE implicados en la externalización del control de la inmigración, unida al uso de medios tecnológicos). El surgimiento de este marco multinivel de externalización del control migratorio se analizará desde la perspectiva teórica de la justicia preventiva, y las implicaciones que esta tiene para una elaboración coherente de las políticas públicas, para el Estado de Derecho y para los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Control extraterritorial de la inmigración; tráfico de personas; criminalización de la inmigración; Operación Sophia; sociedad civil.

ABSTRACT: The externalisation of immigration control has been increasingly used by states aiming to deflect and prevent flows of migrants and asylum seekers towards their territory. By focusing on European Union law, the aim of this article is to offer a typology of mechanisms of externalisation and to map their evolution taking in particular into account new responses prompted by the emergence in the global securitisation agenda of the fight against human smuggling as a primary security threat. The article will evaluate critically five principal levels of externalisation: criminalisation (via the adoption of criminal offences and sanctions for conduct related to human smuggling and irregular entry); securitisation (via the growing focus on the smuggler as a security threat); privatisation (via the co-option or compulsion of the private sector, including increasingly civil society to co-operate and comply with state requirements on immigration control); militarisation (via the use of military and defence mechanisms in addition to traditional border control avenues for the purposes of immigration control); and agencification and inter-agency co-operation (via the proliferation of EU agencies and bodies involved in the externalisation of immigration control, backed up by the use of technology). The emergence of this multi-layered framework of externalised immigration control will be analysed from the theoretical perspective of preventive justice, and its implications for coherent policy making, the rule of law and fundamental rights will be flagged up.

KEYWORDS: Extraterritorial Immigration Control; Human Smuggling; criminalization of migration; Operation Sophia; Frontex; civil society.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LA EXTERNALIZACIÓN COMO JUSTICIA PREVENTIVA.—2. CRIMINALIZACIÓN: 2.1. Tráfico y criminalidad organizada. 2.2. La criminalización de la acción humanitaria. 2.3. La criminalización de la entrada irregular.—3. SEGURIZACIÓN: 3.1. Delitos de lesa humanidad. 3.2. Sanciones contra los traficantes.—4. PRIVATIZACIÓN.—5. MILITARIZACIÓN.—6. AGENCIFICACIÓN.—CONCLUSIÓN: LA EXTERNALIZACIÓN DEL CONTROL DE LA INMIGRACIÓN Y EL DÉFICIT PARA EL ESTADO DE DERECHO

INTRODUCCIÓN

La externalización del control de la inmigración se ha utilizado por los Estados, cada vez en mayor medida, para impedir y prevenir los flujos de migrantes y de solicitantes de asilo hacia sus territorios. La creciente “segurización” de los procesos de migración y asilo han conducido a la proliferación de mecanismos de control extraterritorial de la inmigración y a diseñar nuevas respuestas para lo que se perciben como tiempos de crisis. Centrándose en el Derecho de la Unión Europea, el objetivo de este trabajo es el de mostrar la tipología de esos mecanismos de externalización y cartografiar su evolución tomando como referencia especialmente las respuestas generadas, en el contexto de la agenda global de seguridad, por la emergencia del tráfico ilícito de seres humanos como una amenaza prioritaria. El artículo evaluará críticamente los cinco principales niveles de externalización: criminalización (a través de la tipificación como delito y el castigo de conductas relacionadas con el tráfico ilícito de seres humanos y con la entrada irregular en el territorio); segurización (mediante la consideración del traficante como una amenaza para la seguridad); privatización (mediante la utilización, con la finalidad de controlar la inmigración y junto con las formas tradicionales de control fronterizo, de las capacidades militares y de defensa); agencificación y cooperación entre agencias (con la proliferación de organismos y agencias de la UE implicados en la externalización del control de la inmigración, unida al uso de medios tecnológicos). El surgimiento de este marco multinivel de externalización del control migratorio se analizará desde la perspectiva teórica de la justicia preventiva, y las implicaciones que esta tiene para una elaboración coherente de las políticas públicas, para el Estado de Derecho y para los derechos fundamentales.

1. LA EXTERNALIZACIÓN COMO JUSTICIA PREVENTIVA

Este trabajo se propone analizar los retos jurídicos que plantea la externalización del control de la inmigración en Europa desde el marco teórico de la justicia preventiva. El término “justicia preventiva” se ha utilizado en el contexto del Derecho penal nacional para describir un fenómeno de ampliación del alcance del Derecho penal que implica la ruptura gradual del vínculo entre la tipificación y la persecución del delito, de una parte, y la comisión de actos concretos, de otra (Ashworth y Zedler, 2014). A los efectos de este artículo, la justicia preventiva se entiende, en un sentido más amplio, como el ejercicio del poder del Estado para prevenir actos futuros que se consideren una amenaza para la seguridad (Mitsilegas, 2017). La justicia preventiva se proyecta hacia el futuro, y no hacia el pasado. Tiene por objeto la evitación de potenciales amenazas y no el castigo de actos ya producidos. De esta manera, introduce un sistema de justicia que se fundamenta en la creación, mediante una evaluación del riesgo, de categorías de individuos sospechosos o indeseables (Mitsilegas, 2016a, cap. 9). En el concreto ámbito de la externalización del control migratorio con la finalidad de combatir el tráfico de seres

humanos, el paradigma de la justicia preventiva se manifiesta en cambios que afectan a las normas que rigen el cruce de fronteras propiamente dicho (Mitsilegas, 2015c). Como ha señalado Bigo (2005, p. 52), la noción de frontera se identifica a menudo con la materialización de una línea que separa dos espacios distintos. Esta concepción estática de frontera ha sido fundamental para el surgimiento de los sistemas tradicionales de control fronterizo. De acuerdo con ellos, el control de entrada en el territorio tendría lugar en un lugar concreto (la frontera exterior del Estado) mediante la comprobación de la identidad del viajero, algo que ha sido posible a su vez gracias a lo que se ha venido en llamar “la invención del pasaporte” (Torpey, 2000). El control de la frontera en estos términos estrictamente territoriales constituye un reflejo de la proyección de la soberanía estatal, que garantiza al Estado el poder para decidir a quién se permite la entrada en el territorio y a quién no (Anderson, 1996). Pero esta concepción estática del control fronterizo se ha visto cuestionada en los últimos tiempos. Los procesos superpuestos de globalización y europeización han impulsado profundas transformaciones que, en relación con el control de las fronteras, se han traducido en que se haya puesto el acento en prevenir y desviar los flujos migratorios mediante la proliferación de mecanismos de control extraterritorial de la inmigración (Mitsilegas, 2012b; Ryan y Mitsilegas, 2010). En este sentido, cuatro cambios fundamentales han contribuido a esta transformación del Derecho de la frontera.

El primer cambio ha sido *temporal*. El creciente énfasis que se ha puesto en prevenir la entrada no autorizada ha conducido a que se adopten normas para que los controles fronterizos se lleven a cabo antes de que realmente se haya alcanzado la frontera física. Ejemplos de ello lo constituyen la intensificación de las obligaciones de obtención de visado, la imposición de obligaciones a los transportistas para que identifiquen a los pasajeros y la previsión de sanciones significativas en caso de incumplimiento de dichas obligaciones, así como el refuerzo de los mecanismos de vigilancia antes de la entrada, incluso en alta mar (Mitsilegas, 2015a). Todas estas medidas tienen como objetivo prevenir los flujos de migrantes y, en particular, su llegada a la frontera exterior del Estado. Esta dimensión preventiva está vinculada, de manera indisoluble, a un cambio *espacial* en las actuales formas de control fronterizo. Estos controles tienen lugar, cada vez en mayor proporción, lejos de la frontera territorial precisamente con la finalidad de prevenir, desde un primer momento, que los migrantes puedan alcanzar dicha frontera. Los Estados ejercen el control fronterizo extraterritorialmente, bien en alta mar, bien en el territorio de terceros Estados, y ello tanto en relación con migrantes propiamente dichos (Ryan y Mitsilegas, 2010) como con solicitantes de asilo (Heijer, 2012). Todos los mecanismos jurídicos descritos, incluidos la imposición de obligación de visado, las sanciones a transportistas o la realización de controles fronterizos en alta mar o en el territorio de terceros Estados, son instrumentos para un control extraterritorial y extratemporal de las fronteras. En este sentido, de manera elocuente se ha descrito el régimen de visados como elemento integrante de una suerte de “frontera en el extranjero” (Guild, 2002).

El tercer cambio en el régimen jurídico del control fronterizo se refiere a la configuración de los protagonistas de dicho control (*¿quién controla?*). El control por parte de los funcionarios públicos se ha visto complementado con los controles ejercidos por diferentes actores individuales y organismos o agencias en los que el Estado ha delegado el ejercicio de potestades públicas. El primer ejemplo de ello es la privatización del control de la inmigración. El sector privado ha sido progresivamente cooptado por el Estado para llevar a cabo diferentes formas de control, en un proceso similar al que se ha producido en el contexto del control de la delincuencia y que Garland ha denominado “estrategia de responsabilización” (*responsibilization strategy*) (Garland, 1996). El principal ejemplo de la privatización de los controles extraterritoriales de la inmigración vendría a ser la imposición a los transportistas de la obligación de llevar a cabo controles de identificación de los pasajeros (Lahav, 1998; Guiraudon, 2001) y de recopilar sus datos personales y transmitirlos a las autoridades del Estado de destino (Mitsilegas, 2007), todo ello antes de iniciarse el viaje. A ese fenómeno de privatización se une un proceso acelerado de delegación en favor de agencias especializadas, y la cooperación entre agencias y entre los distintos niveles de intervención a nivel nacional, europeo e internacional. Colaboración que se ha apoyado decididamente, además, en la utilización de la tecnología. Ejemplo de este proceso de agencificación ha sido la creación de una agencia europea de fronteras (FRONTEX), cuya principal misión a nivel operacional es la coordinación de las actuaciones de control fronterizo de los Estados miembros. En este sentido, la reciente tendencia a la militarización del control de la frontera ha dado como resultado que se produzcan otros niveles de intervención, desde la puesta en marcha de operaciones de defensa por parte de la UE (la Operación Sophia es el principal ejemplo) hasta la implicación de organizaciones como la OTAN. La utilización de la tecnología se ha erigido en un elemento fundamental de la intervención de estos nuevos actores para llevar a cabo los controles migratorios. Al igual que ocurre con la privatización, la delegación y la proliferación de instrumentos de cooperación ha resultado en la adición de nuevos mecanismos de ejecución al aparato el Estado encargado de controlar la frontera.

El cuarto cambio que queremos reseñar ha afectado a la finalidad perseguida por el control de la frontera. Este no sirve ya únicamente para el control de la inmigración, sino también para combatir la delincuencia y el terrorismo. Bigo (1996) ha destacado este vínculo entre la política migratoria y la política penal en el Derecho de la UE y la continuada transferencia de consideraciones de seguridad surgidas en el contexto del control de la delincuencia al ámbito del control migratorio. Esta transferencia, en sí misma origen de inseguridad jurídica, se ha visto potenciada a partir las respuestas que tanto en Estados Unidos como en Europa se dieron al 11-S, que han venido a profundizar (bajo la etiqueta de “seguridad fronteriza” o *border security*) en la vinculación entre los controles fronterizos y la lucha contra la delincuencia y el terrorismo (Mitsilegas, 2011). Las medidas de control de la frontera se han concebido e implementado como medidas de seguridad; el Derecho pe-

nal se emplea como instrumento para el control migratorio; y los datos obtenidos en el contexto de dicho control migratorio (y del control de la frontera) son tratados como datos relevantes para garantizar la seguridad y que, por tanto, deben estar a disposición no solo de las autoridades públicas encargadas del control de la inmigración sino de todas las fuerzas y cuerpos de seguridad y de las unidades de inteligencia para el cumplimiento de los fines que les son propios, vinculados a la seguridad pública. En este sentido, la lucha contra el tráfico de seres humanos ha sido clave en la estrategia de securización de los flujos migratorios. De esta forma, el Derecho de la frontera se convierte en Derecho de la seguridad, y los controles fronterizos se convierten en un instrumento de vigilancia con fines de seguridad pública.

2. CRIMINALIZACIÓN

La tipificación como delito del tráfico ilícito de personas no es reciente, y ya en el marco del antiguo tercer pilar de la UE se definieron penalmente las conductas de ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Sin embargo, como tendremos ocasión de señalar, este planteamiento del Derecho penal de la Unión deja mucho que desear en términos de coherencia con el Derecho internacional, de claridad de los fines perseguidos y de los fundamentos normativos en los que se asienta, y de sus implicaciones para los derechos fundamentales y la protección internacional. Para poder evaluar las consecuencias del modelo elegido por la Unión Europea, es necesario ahora arrojar luz sobre las diferentes perspectivas de la criminalización del tráfico de seres humanos. Para ello, esta sección del trabajo comenzará analizando la relación que existe entre la tipificación del tráfico y la lucha contra la criminalidad organizada, tal y como ha sido configurada por el Derecho internacional; después, se examinará críticamente la opción elegida por el Derecho de la UE, que amplía el marco penal de tal forma que puede suponer (para algunos es lo que pretende) la criminalización de actos humanitarios propiamente dichos. También se analizará la relación entre ese planteamiento expansivo que hace el Derecho de la UE del castigo penal de la facilitación de la inmigración irregular, con movimientos similares en los Estados miembros para tipificar como delito *per se* la entrada irregular en su territorio.

2.1. Tráfico y criminalidad organizada

El punto de partida para analizar la tipificación, en el Derecho de la UE, del delito de tráfico de personas deber ser la construcción de este delito por el Derecho internacional como un tipo propio de la delincuencia organizada. En el ámbito de Derecho internacional, la norma más relevante a este respecto es la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 (la Convención de Palermo). El delito de tráfico de seres humanos se contempla en un Protocolo aparte y el primero

de sus preceptos confirma que el Protocolo complementa la Convención y se interpretará juntamente con ella (art. 1.1 Protocolo). La contextualización del tráfico en el marco de la criminalidad organizada queda corroborada en la misma definición del delito: de conformidad con el Protocolo, 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 beneficio de orden material* (art. 3.a Protocolo). El tipo penal exige intencionalidad y que el delito se cometa con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (art. 6.1 Protocolo). La incorporación como elemento del tipo de esta última exigencia (finalidad de obtener un beneficio) es una indicación clara, en primer lugar, de que los firmantes del Protocolo consideran el tráfico ilícito de personas en el contexto de la criminalidad organizada y, en segundo lugar, de que se han querido dejar fuera de la definición del delito aquellas conductas que no tienen una motivación material o financiera, como puede ser la asistencia humanitaria. De conformidad con una nota interpretativa hecha al Protocolo

la inserción en la definición del apartado a) de una referencia a “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” se hizo para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan motivados por el lucro, pero que quedaban excluidos de ella las actividades de todos aquellos que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. El Protocolo no pretendía criminalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones de apoyo religiosas. (Naciones Unidas, Asamblea General, 2000, p. 17)¹.

Todo ello es útil para clarificar lo que es el tráfico de migrantes (delincuencia organizada) y lo que no es (asistencia al inmigrante por razones humanitarias o familiares) a los ojos del poder normativo de Naciones Unidas². Cuestión distinta es la relativa a si el Protocolo comprende también la consideración como delito de la entrada irregular en el territorio del Estado. Dos disposiciones son relevantes a este respecto. De una parte, el art. 5 según el cual los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguno de los delitos de trá-

¹ En este mismo sentido: “La intención de los autores era exigir que las instancias legislativas tipificaran delitos que pudieran imputarse a quienes se dedicaran al tráfico ilícito de otras personas con el fin de obtener beneficios, pero no a quienes únicamente procurasen su propia entrada ilegal o la de otros por motivos distintos del de obtener beneficios, como las personas que procurasen la entrada ilegal de sus familiares mediante tráfico ilícito o las organizaciones caritativas que prestaran asistencia para el desplazamiento de refugiados y solicitantes de asilo” (Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito [UNODC], 2004, par. 32).

² Según UNODC (2017) “el Protocolo no persigue, y no puede utilizarse como base jurídica para perseguir a aquellos que actúen por motivos humanitarios o en virtud de vínculos familiares estrechos ajenos a la obtención de cualquier tipo de beneficio financiero u otro beneficio de orden material” (p. 14).

fico que en él se tipifican. Por otra parte, el art. 6(4) parece dejar margen de apreciación a los Estados en relación con la criminalización de conductas relacionadas con el tráfico al disponer que nada de lo dispuesto en el Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra una persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su Derecho interno. Lo cierto es que la lectura combinada de ambos preceptos no proporciona un resultado óptimo en términos de seguridad jurídica. Gallagher y David (2014, p. 47) son de la opinión de que el Protocolo adopta una postura neutral acerca de la cuestión de si debe someterse o no al Derecho penal a aquellos que migran fuera de los cauces legales. McClean (2007, pp. 388-389), por su parte, destaca que la solución finalmente adoptada no es sino reflejo del desacuerdo existente entre los Estados y de que algunos de ellos son refractarios a que se garantice la inmunidad de los inmigrantes irregulares, en especial si han cometido un delito (como podría ser el tráfico ilícito de otros migrantes). En sentido contrario, para di Martino (2013, p. 83) el Protocolo no se aplica a aquellos inmigrantes que, de acuerdo con el Derecho internacional, no pueden ser considerados penalmente responsables de la propia irregularidad del movimiento migratorio. En este sentido, y teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del Protocolo, habría dos argumentos que militarían en favor de excluir la consideración como delito de la entrada irregular. El primero de ellos se refiere a los derechos de los migrantes objeto de tráfico, cuya protección constituye uno de los propósitos declarados del Protocolo –al igual que lo es combatir el tráfico ilícito de migrantes y promover la cooperación entre los Estados Parte³. El segundo argumento concierne al tratamiento específico que el propio Protocolo dispensa al tráfico de migrantes como forma de delincuencia organizada. De acuerdo con la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo:

Hay dos factores básicos que son indispensables para comprender y aplicar el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes. El primero es la intención de sus autores de que las sanciones establecidas con arreglo al Protocolo se apliquen al tráfico ilícito de migrantes por grupos delictivos organizados y no a la mera migración o a los migrantes, incluso en los casos en que ello entrañe una entrada o residencia que sean ilegales conforme a las leyes del Estado interesado (véanse el art. 5 y el párrafo 4 del art. 6 del Protocolo). La mera entrada ilegal puede constituir delito en algunos países, pero no se reconoce como una forma de delincuencia organizada y por lo tanto se sustrae al ámbito de la Convención y sus Protocolos. La facilitación de la entrada o la residencia ilegal de los migrantes por un grupo delictivo organizado (término que comprende un aspecto de beneficios económicos u otros beneficios de orden material), en cambio, se ha

³ Art. 2 del Protocolo. Sobre los trabajos preparatorios y la importancia de incorporar la protección de los derechos de los migrantes a los objetivos perseguidos por el Protocolo, *vid.* McClean (2007, p. 379) y también Gallagher y David (2014, pp. 47-48). Téngase en cuenta también la cláusula de salvaguarda del art. 19(1) del Protocolo, según la cual nada de lo dispuesto en el Protocolo afectará a los demás derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al Derecho internacional, incluidos el Derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos.

reconocido como una forma grave de delincuencia organizada transnacional, y por ello es uno de los aspectos principales en que se centra el Protocolo. (UNO-DC, 2004, par. 28)

Este planteamiento finalista en el que se pone el acento en el doble objetivo perseguido por el Protocolo, luchar contra la delincuencia organizada transnacional al tiempo que se protegen los derechos de los migrantes, ha tenido una influencia decisiva en la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo de Canadá del alcance del texto examinado. En el asunto *R v. Appulonappa*, el Tribunal Supremo canadiense rechazó la aplicación extensiva del Derecho penal nacional que había pretendido hacer el Gobierno, llevando a cabo una interpretación del derecho interno conforme con Derecho internacional, y en particular con el Protocolo sobre tráfico de migrantes. El Tribunal puso el acento en la exigencia del Protocolo de que se castigara la conducta de tráfico para obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material y señaló que se quebraría el equilibrio buscado por el Protocolo si se permitiera la persecución penal de la asistencia mutua entre refugiados, el apoyo por parte de miembros de la familia y la reunificación familiar, y la ayuda humanitaria (par. 44). En este sentido, las obligaciones internacionales de Canadá, según el Tribunal, sirven de apoyo a una interpretación según la cual la finalidad del Derecho penal nacional es la de reforzar la lucha contra el tráfico de personas en el contexto de la delincuencia organizada, y ello excluye la persecución de conductas que implican únicamente el auxilio mutuo entre los migrantes, o por razones humanitarias o de vínculos familiares (*Appulonappa*, par. 45). Aunque el Tribunal Supremo considera que los objetivos de salvaguarda de la seguridad que persigue el Derecho nacional son importantes, no pueden sin embargo sustituir los compromisos adquiridos por Canadá con la asistencia humanitaria y con la unidad familiar (*Appulonappa*, par. 57). En un enérgico pasaje, el juez Beverley McLachlin pone de manifiesto que, de prevalecer la interpretación de la Corona, “un padre que proporciona una manta a su hijo que tiritaba de frío, o un grupo de amigos que comparte una ración de comida a bordo de un barco de inmigrantes, podrían ser perseguidos penalmente” (*Appulonappa*, par. 57). Al exigir la materialización del elemento del beneficio económico en el tipo penal de tráfico de personas, el TS de Canadá ha impuesto importantes límites a la criminalización de esas conductas y ha recordado el propósito originario del legislador convencional de Naciones Unidas en esta materia. Aún quedan cuestiones por resolver, como cuáles son los supuestos de tráfico constitutivos de delito, qué grado de organización debe exigirse al grupo delictivo⁴, y si los conceptos tradicionales que definen a una organización criminal estructurada son aplicables en un contexto en el que las operaciones las llevan a cabo redes de

⁴ Para un análisis sobre el modo en el que se llevan a cabo las operaciones de tráfico en el norte de África por parte de redes que no necesariamente están dotadas de estructuras organizadas, *vid.* Campana (2018).

tráfico de personas dotadas de una alta flexibilidad organizativa⁵. Sin embargo, el Protocolo de Palermo juega un papel importante a la hora de delimitar los términos de la tipificación penal y de proponer para ella una lógica clara desde el punto de vista del Derecho internacional.

2.2. La criminalización de la acción humanitaria

El modo en el que la Unión Europea ha regulado la tipificación penal del tráfico de personas se aleja del modelo adoptado por el Protocolo de Palermo. A la vista de los parámetros y límites establecidos por las fuentes primarias del Derecho internacional público en la materia (la Convención de Palermo de la ONU y el Protocolo sobre tráfico de personas) y que hemos expuesto en la sección anterior, el enfoque del Derecho de la UE puede ser visto como un abierto desafío a los principios en los que se fundamenta el marco normativo internacional. En particular, en lo relativo a la consideración como delito de las conductas de auxilio humanitario. El marco jurídico de la Unión viene establecido por la Directiva 2002/90/CE en la que se define lo que la norma llama “ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares”, Directiva a la que acompaña (dadas las limitaciones, para la tipificación de delitos, de las competencias entonces previstas en el primer pilar: Mitsilegas, 2009, cap. 9) la Decisión marco 2002/946/JHA, un acto del tercer pilar que se limita a confirmar que la conducta definida como “ayuda” en la Directiva debe ser castigada penalmente por los Estados miembros. Ambos son hoy viejos instrumentos, aprobados mucho antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que fueron adoptados no a instancia de la Comisión, sino de uno solo de los gobiernos de los Estados miembros (el francés), y con mínimo debate y fiscalización (sobre los antecedentes: Mitsilegas *et al.*, 2003, pp. 106-108). La Directiva sobre ayuda va más allá del Protocolo ya que no exige que la conducta de tráfico incluya como elemento del tipo la finalidad de obtener un beneficio económico o material (art. 1.1.a). La Directiva, en efecto, impone a los Estados miembros la obligación de castigar con sanciones penales “a cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros”. Como ya hemos señalado, la Decisión marco impone a los Estados miembros la obligación de tipificar la conducta descrita⁶ y exige adicionalmente penas más elevadas cuando concurren determinadas circunstancias agravantes⁷.

⁵ Sobre los problemas que plantea la inclusión de grupos delictivos menos estructurados a la hora de definir jurídicamente qué es una “organización criminal”, tanto en el Derecho internacional como de la UE, *vid.* Mitsilegas (2003).

⁶ De conformidad con el art. 1(1) de la Decisión Marco sobre asistencia, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que las infracciones
Nota 7 en página siguiente

A pesar de la falta de concreción de la Directiva, que no especifica las sanciones penales que deben contemplar los Estados miembros en su legislación, es evidente que la tipificación del delito es muy amplia en la medida en que puede comprender cualquier forma de asistencia para entrar al o transitar a través del territorio de un Estado miembro incumpliendo obligaciones esencialmente administrativas (como puede ser la carencia de documentos de viaje). Es claro que el régimen europeo tiene como finalidad prevenir la entrada en el territorio de la UE y contempla no solo a los traficantes de personas sino a las personas objetos del tráfico. Alessandro Spina aporta un argumento lúcido desde la perspectiva de la semiótica jurídica al destacar las diferencias terminológicas entre el régimen del Derecho internacional, que define el tráfico como la *facilitación* de la entrada ilegal, y del Derecho de la UE, que se centra en la *ayuda* a la entrada. Según Spina (2016), “mientras ‘ayudar’ refiere una acción complementaria o subordinada de otra, e implica que la acción principal es realizada por la persona a la que se asiste, ‘facilitar’ denota una conducta independiente o autónoma, con significado propio” (p. 37). Es evidente el impacto negativo que tiene el régimen previsto por el Derecho de la Unión en los solicitantes de asilo. La Directiva aborda esta cuestión otorgando un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros para que estos, en lugar de sancionar penalmente el tráfico ilícito, puedan aplicar la solución prevista en el Derecho interno para aquellos casos en que la finalidad de la conducta sea proporcionar asistencia humanitaria a la persona objeto de tráfico (art. 1.2 de la Directiva de asistencia). Sin embargo, se trata de una previsión discrecional de cuestionable valor para equilibrar la definición y la tipificación del delito de tráfico que hace el Derecho de la Unión. Así, un reciente informe de la Comisión Europea (2017b) ha destacado que solo once Estados miembros incluyen en su Derecho nacional una exención de responsabilidad cuando la ayuda se ha prestado por razones humanitarias. Mediante la previsión de sanciones penales, las medidas de la UE contra el tráfico de migrantes persigue esencialmente impedir que otras personas u organizaciones establezcan contacto y asistan a cualquier nacional de un tercer Estado que pretenda entrar en el territorio de un Estado

definidas en los arts. 1 y 2 de la Directiva sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a extradición [art. 1(3)]. El art. 1(4) de la Decisión Marco añade que si ello es indispensable para salvar la coherencia del régimen sancionador nacional, los actos definidos en el apartado 3 serán punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a seis años, siempre que estas penas sean de las penas máximas más severas para delitos de gravedad comparable.

⁷ De conformidad con el art. 1(3) de la Decisión marco, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las infracciones definidas en la letra a) del apartado 1 del art. 1 y, en la medida correspondiente, en la letra a) del art. 2 de la Directiva que hayan sido cometidas con ánimo de lucro, sean punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años, cuando hayan sido cometidas en alguna de las circunstancias siguientes: infracción cometida como parte de las actividades de una organización delictiva; infracción cometida poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción.

miembro. Como ha destacado el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (2009), “el mensaje que se envía es que cualquier contacto con extranjeros puede ser peligroso y puede resultar en el ejercicio de acciones penales” (p. 39).

La reciente evaluación del marco penal del tráfico de migrantes realizada por la Comisión Europea (2017a), constituía, en principio, una oportunidad inmejorable para abordar una reforma normativa que alineara el régimen de la Unión con las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, así como para afrontar los problemas que, para los derechos humanos, plantea la excesiva criminalización de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Sin embargo, esa oportunidad se ha desaprovechado de manera grosera y espectacular: en su valoración del régimen vigente, la Comisión ha decidido defender rotundamente el *statu quo* actual. En este sentido, al tiempo que la Comisión sí parece aceptar la contextualización del tráfico de personas en el marco de la delincuencia organizada y reconoce que los flujos migratorios irregulares están controlados, cada vez en mayor medida, por redes criminales (p. 4), rechaza sin embargo presentar propuestas de reforma que incluyan expresamente la exigencia de ánimo de lucro en la definición que hace el Derecho de la UE del delito de tráfico. La Comisión arguye que hasta el momento no existen datos suficientes acerca de la naturaleza y el alcance de los flujos financieros ilícitos asociados al tráfico de personas. Y añade que

El hecho de que la mayor parte de los pagos vinculados al tráfico se hagan en metálico, dificulta el seguimiento de los flujos financieros ilícitos y, con ello, que se investigue la naturaleza financiera del delito [...] el riesgo de que esas dificultades para rastrear los flujos de dinero vinculados al tráfico de migrantes supongan un impedimento desproporcionado para la investigación y persecución de esta clase de delitos estaba ya presente en el momento en el que se adoptó la Directiva y aun continua siendo real hoy. Ello afecta, además, al legítimo interés que los Estados tienen en controlar eficazmente su frontera y en regular los flujos migratorios, y se ha esgrimido por estos como argumento para evitar incluir el ánimo de lucro como elemento constitutivo de la infracción penal de ayuda a la entrada irregular (p. 9).

La Comisión Europea (2017b) añade que “es difícil desvincular los efectos del marco jurídico de los numerosos instrumentos normativos y de cooperación operativa que se han puesto en marcha con motivo de la crisis para luchar con el tráfico de migrantes” (p. 34) y que, por tanto, “en este momento, no hay suficientes pruebas de las que puedan extraerse conclusiones sobre la necesidad de abordar una modificación del paquete legislativo relativo a la ayuda” (p. 35).

Los motivos esgrimidos por la Comisión para justificar su inacción son débiles y arbitrarios. En lugar de analizar críticamente la legalidad y la efectividad del marco penal sustantivo actual de la UE, justifica una determinada opción, a la hora de configurar el tipo penal, en la necesidad de reforzar aspectos que se refieren a la investigación y a la persecución del delito. De esta

forma, el Derecho penal sustantivo se convierte en un mero instrumento de la eficiencia procedimental, en lugar de reflejar una determinada opción normativa y social a la hora de criminalizar una conducta. Con su inacción, la Comisión ha perdido una triple oportunidad para: alinear el régimen jurídico de la UE con el Derecho internacional en esta materia; actualizar el marco jurídico sobre el tráfico de migrantes (que recordemos fue aprobado –como un sistema de infracciones “paralelas”– mucho antes de que entrara en vigor el Tratado de Lisboa), a las exigencias vigentes en materia de derechos fundamentales, especialmente reforzadas una vez que la Carta de Derechos Fundamentales ha sido constitucionalizada (Mitsilegas, 2016a, cap. 2); y, fundamentalmente, la Comisión ha perdido una ocasión inmejorable para optar por la despenalización como una decisión consciente de política legislativa (Mitsilegas, 2014b). Por primera vez, la despenalización hubiera aparecido como un aspecto distintivo de la política penal del legislador de la Unión, en lugar de ser simplemente, como tantas en otras ocasiones, el resultado de las limitaciones que el Derecho de la UE impone a los Estados miembros para tipificar determinadas conductas (Mitsilegas, 2014a, cap. 3). La inacción de la Comisión es relevante en la medida en la que perpetúa la criminalización de la ayuda humanitaria y envía un mensaje preventivo muy claro a todo aquel que se plantee auxiliar a migrantes. Al tiempo, en su evaluación del marco jurídico declara, de manera general y poco convincente, que no existen evidencias claras de que trabajadores sociales, familiares o activistas que simplemente actúan por compasión hayan sido efectivamente perseguidos como traficantes (Comisión Europea, 2017a, p. 21). Pero esa es una afirmación que contradice los recientes intentos de perseguir penalmente –cuando no demonizar– la acción humanitaria de las ONG (Carrera *et al.*, 2019). En este sentido, recientemente se ha podido documentar una plétora de casos que van desde iniciación de investigaciones penales contra ONG en Italia por, presuntamente, conspirar con los traficantes (“Italy Targets Charity Ships Rescuing Migrants in the Mediterranean”, 2017) al tiempo que determinados sectores de la prensa acusaban a esas organizaciones de ser un servicio de taxi para los migrantes (“Madness in the Med: How Humanitarian Efforts Are Creating An Even Greater Migrant Crisis”, 2017), hasta la incautación de las embarcaciones utilizadas por las ONG con la justificación de sus, más que dudosos, vínculos con organizaciones criminales⁸. Aunque esta retórica basada en el “factor de estímulo” que la ayuda humanitaria supone para la inmigración irregular ha sido rechazada por la ONU⁹, determinadas iniciativas

⁸ *Vid.*, recientemente, la solicitud de las autoridades italianas de incautar la embarcación *Aquarius*, motivando dicha solicitud en una infracción de las normas medioambientales en la gestión de residuos por parte del buque (“Italy moves to impound *Aquarius* migrant ship for ‘illicit waste management’”, 2018).

⁹ De acuerdo con el par. 5 del Informe presentado por el Secretario General de UN de conformidad con la resolución 2312 (2016) del Consejo de Seguridad (Naciones Unidas, Secretario General, 2017): “Según la operación EUNAVFOR MED Sophia, buques de organizaciones no gubernamentales internacionales han llevado a cabo

del gobierno italiano (apoyadas por la Comisión) han incidido en la “responsabilización” (Garland, 1996) de las ONG, al requerir la colaboración de las mismas con las fuerzas de seguridad¹⁰ o al obligar a dichas organizaciones a firmar un Código de Conducta que implica la efectiva y constante supervisión de sus actividades de asistencia humanitaria¹¹. Y todo ello mientras, simultáneamente, se producían ataques violentos en Libia que obligaban a suspender algunas operaciones de salvamento (“Charities’ Migrants Rescue Boats Will Carry on Despite Libyan Gunfire”, 2017). Este planteamiento permite a los Estados miembros criminalizar las conductas de acción humanitaria y crea un *continuum* entre el tráfico de migrantes y la asistencia por razones humanitarias, de tal forma que limita las operaciones de búsqueda y rescate en alta mar y condena así las rutas seguras de acceso al territorio de la Unión Europea.

2.3. La criminalización de la entrada irregular

El alcance que se ha conferido al delito de tráfico de migrantes demuestra que, en ocasiones, el objetivo principal del legislador, al definir el tipo penal de tráfico, es realmente la prevención de los flujos migratorios hacia su territorio. Se confía en que la criminalización y la persecución de los llamados “pasadores de fronteras” alcanzará en algún momento también a

operaciones de búsqueda y salvamento justo fuera del límite de 12 millas marinas de las aguas territoriales libias. Algunos funcionarios europeos han opinado que las operaciones de búsqueda y rescate para impedir la pérdida de vidas en el mar podrían plantear un dilema, actuando como un factor de atracción para las personas que cruzan de forma irregular y facilitando la tarea de los traficantes que solo necesitan que sus buques lleguen a la alta mar. Los factores de atracción y repulsión y el contexto operacional en el Mediterráneo siguen siendo complejos y se necesita un enfoque de la cuestión basado estrictamente en datos. Es fundamental subrayar que la primera prioridad debe ser siempre salvar vidas y que la presencia de operaciones de búsqueda y salvamento sin duda ha evitado innumerables muertes”.

¹⁰ Diversas entrevistas realizadas en Italia han puesto de manifiesto que varios de estos actores de la sociedad civil se han visto expuestos a acciones judiciales por parte de las autoridades italianas que tenían como objetivo forzar su cooperación en la llamada lucha contra con el tráfico ilícito, en especial con relación a la identificación de los presuntos traficantes, y su asistencia en las investigaciones policiales. Igualmente, se ha informado de actos violentos contra miembros de las mismas ONG y contra otras embarcaciones, por parte de la guardia costera libia (Carrera *et al.*, 2016).

¹¹ En el plan de acción elaborado por la Comisión Europea (2017a) se propone, entre las medidas para reducir la presión migratoria, para reforzar la solidaridad y para garantizar una mejor coordinación del SAR, la aprobación, previa consulta a la propia Comisión y a las ONG, de un Código de Conducta. Expresamente se indica que el Consejo podría también respaldar ese Código, lo que por sí genera dudas sobre la competencia de la UE al respecto. Otros problemas que plantea la elaboración de una norma de esas características es quién asume la redacción del propio Código, cuál es su valor jurídico, y en particular si podría considerarse vinculante y si formaría parte, verdaderamente, del Derecho de la Unión.

los migrantes, resultando en una reducción de la inmigración. Cuestión clave en este punto es analizar si, en este contexto, la criminalización del tráfico de migrantes no conduce, directa o indirectamente, a criminalizar la movilidad migratoria *per se*. Como se ha dicho, el Protocolo sobre tráfico no prevé expresamente la consideración como delito de la entrada o estancia irregulares. Es más, tipificar esas conductas como delito no sería coherente con la contextualización que se hace del tráfico como una manifestación de delincuencia organizada, que se lleva a cabo con ánimo de lucro. Tampoco el Derecho de la Unión tipifica como delito la entrada y estancia irregulares (Mitsilegas, 2015a), pero sí lo hacen varios de los Estados miembros (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [FRA], 2014). La criminalización de la inmigración irregular a través de esta vía se ha caracterizado como una “criminalización precautoria” que implica la consideración de la entrada irregular como un delito público (*malum in se*) (Spena, 2014). Pero esta utilización del Derecho penal es problemática. No están claros los objetivos de política criminal que se persiguen, cuál es el bien jurídico protegido y cómo atenta contra él la conducta tipificada. El elemento preventivo es esencial a la hora de decidir castigar penalmente la entrada irregular que persigue precisamente adelantar la línea de defensa e impedir la presencia dentro del territorio del Estado de personas no deseadas. El Derecho penal se emplea como un aditivo al Derecho administrativo de extranjería, a pesar de que los instrumentos previstos por este último bastarían para conseguir el objetivo perseguido (regular los flujos migratorios). Spena (2014) destaca el estigma que para el inmigrante impone el Derecho penal, que transita, por un impulso preventivo, del castigo de una acción u omisión al castigo de sujetos considerados indeseables. Un Derecho penal en el que “el delito debe prevenirse mediante la identificación y selección directa de aquellos individuos que, por el hecho de compartir determinadas características de autor (*Tätertyp*), debe asumirse/presumirse que son peligrosos, desviados, desleales, etc.” (p. 646) En lugar de atender al resultado lesivo producido, el Derecho penal se emplea aquí como recurso preventivo, para enviar un contundente mensaje simbólico contra determinadas categorías de individuos y su conducta no deseada.

La criminalización de la inmigración construida con estos fundamentos no solo no se complace bien con los principios fundamentales del Derecho penal, sino que entra en conflicto también con uno de los objetivos básicos de la aplicación de la política migratoria, como es el retorno de los inmigrantes irregulares. Contradicción que ha sido destacada por el propio TJUE cuando ha tenido que pronunciarse sobre la compatibilidad de las normas penales nacionales que castigan la entrada irregular con la Directiva 2008/115/CE (Directiva de retorno: Acosta Arcarazo, 2011 y 2009; Baldaccini, 2009) que ha introducido un considerable nivel de armonización de los ordenamientos nacionales en relación con los procedimientos de expulsión, condiciones para su iniciación y desarrollo, y plazos (sobre la jurisprudencia del TJUE: Vavoula, 2016). En una serie de sentencias, el TJUE ha impuesto límites a la capacidad de los Estados miembros para castigar penalmente la entrada y estancia irregulares, justificando dichos límites en la necesidad de garantizar

la efectividad del Derecho de la Unión y, en particular, de la Directiva de retorno. En el primero de estos asuntos, *El Dridi* (2011), se había condenado a pena de prisión de un año a un extranjero que había residido irregularmente en Italia. El Tribunal concluyó que, para subsanar el fracaso de las medidas coercitivas adoptadas para llevar a cabo la expulsión forzosa conforme al art. 8, apartado 4, de la Directiva los Estados miembros no pueden establecer una pena privativa de libertad por el único motivo de que un nacional de un tercer país, tras serle notificada una orden de salida del territorio nacional y una vez finalizado el plazo que esa orden fijó, permanezca de forma irregular en el territorio de un Estado miembro; al contrario, deben proseguir sus esfuerzos para la ejecución de la decisión de retorno, que sigue produciendo sus efectos (pars. 57, 58). Y añadió el Tribunal que esa pena privativa de libertad puede perjudicar la realización del objetivo pretendido por dicha Directiva, a saber, la instauración de una política eficaz de expulsión y de repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular, puesto que puede impedir la aplicación de las medidas previstas en el art. 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 y demorar la ejecución de la decisión de retorno (par. 59). En consecuencia, la Directiva debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado (par. 62).

El segundo de los asuntos es *Achughbaban*, sobre la compatibilidad del Derecho penal francés, que castigaba la entrada y estancia irregulares, con la Directiva de retorno. Según el Tribunal, ningún dato en los autos remitidos al Tribunal de Justicia indica que el Sr. Achughbaban haya cometido otro delito que no sea el de hallarse en situación irregular en el territorio francés (par. 41). Una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes que establece la Directiva de retorno y demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva (par. 39). El Tribunal aplicó el razonamiento que había seguido en *El Dridi* e insistió en el respeto debido al principio de eficacia y al deber de lealtad para garantizar la realización de los objetivos perseguidos por la Directiva, en particular que la obligación impuesta a los Estados de proceder a la expulsión se cumpla lo antes posible (pars. 43-45). Es obvio que no ocurriría así si, después de haber confirmado la situación irregular del nacional de un tercer país, el Estado miembro interesado hiciese que la ejecución de la decisión de retorno –o, incluso, la adopción misma de tal decisión– viniese precedida por un procedimiento penal, seguido, en su caso, de una pena de prisión. Tal medida, según el Tribunal, retrasaría la expulsión y no figura, además, entre las circunstancias justificativas de un aplazamiento de la expulsión que se mencionan en el art. 9 de la Directiva 2008/115 (par. 45). El régimen penal nacional es, por tanto, en este aspecto, incompatible con el Derecho de la Unión.

Con esta línea jurisprudencial que limita el poder de los Estados para castigar penalmente la entrada y estancia irregulares el TJUE dota al Derecho de la UE de una función protectora que, paradójicamente, emerge de la interpretación que el Tribunal hace de un instrumento, la Directiva retorno, que se centra fundamentalmente en la ejecución (Mitsilegas, 2012a). Esa función protectora está íntimamente unida a la interpretación teleológica que hace el Tribunal, a través de la cual destaca la necesidad de que los Estados miembros garanticen la efectividad del Derecho de la Unión. No obstante, la protección dispensada tiene límites: si bien el TJ ha declarado incompatibles con la Directiva las medidas privativas de libertad (*El Dridi*, 2011; *Achughbabian*, 2011; *Affum*, 2016) o el arresto domiciliario (*Sagor*, 2012) porque ponen en peligro la realización del principal objetivo de la Directiva, que es la expulsión efectiva del inmigrante irregular del territorio de la UE, todas aquellas medidas que no impliquen una restricción de la libertad de movimientos no serían necesariamente incompatibles con aquella (Mitsilegas, 2015a, cap. 4). Igualmente, el tribunal ha considerado compatibles con el Derecho de la Unión las medidas privativas de libertad impuestas en caso de violación de una prohibición de entrada, haciendo así una distinción artificial entre la primera entrada irregular y una nueva entrada ilegal posterior (*Celaj*, 2015)¹². Esta diferencia en el razonamiento en relación con la prohibición de entrada pone de manifiesto la voluntad del Tribunal de asignar una mayor culpabilidad a aquellos migrantes que desafían el sistema mismo de ejecución de los controles migratorios que han ahorrado los Estados miembros. No obstante, es difícil comprender la singularidad que pueda presentar el interés jurídico protegido del tipo penal que castiga una nueva entrada ilegal o el resultado lesivo que esa conducta pueda tener, salvo que se perciba como una ofensa adicional a la soberanía manifestada en la capacidad del Estado de controlar eficazmente su propia frontera. No obstante, la doctrina sentada por el TJUE en *El Dridi* y en *Achughbabian* sigue vigente y sigue teniendo importancia para neutralizar el Derecho penal simbólico construido en torno a la lucha contra la inmigración irregular y para reconducir el *ius puniendi* de los Estados a un marco dominado por la efectiva consecución de los objetivos de política migratoria propiamente dicha.

3. SEGURIZACIÓN

El recurso al Derecho penal para sancionar el tráfico/asistencia a la entrada ilícita no ha sido la única estrategia utilizada para combatir a los traficantes de personas y sus redes organizadas. Una tendencia reciente ha sido la de tratar los actos de tráfico como acciones moralmente censurables que ponen vidas en peligro y generan violencia contra los migrantes. La consolidación

¹² Como contraste, *vid.* las Conclusiones en *Celaj* (2015) del Abogado General Szpunar, que aplica rigurosamente la lógica construida por el TJUE en *El Dridi* y *Achughbabian*.

de este discurso ha supuesto que surjan propuestas y se lleven a cabo actuaciones para expandir los regímenes sancionadores y de ejecución policial contra los traficantes, fenómeno que se ha unido a la creciente voluntad de que las funciones de control se ejerzan extraterritorialmente para impedir la llegada de los migrantes no ya solo a la frontera externa sino también a alta mar. Un discurso basado en altos principios morales se fusiona con un razonamiento funcionalista para generar propuestas que, de una parte, tratan el tráfico como un delito de lesa humanidad y, de otra, expanden la perspectiva sancionadora adoptada por el Consejo de Seguridad de la ONU con relación a presuntos terroristas a aquellos que ocupan puestos destacados en las operaciones de tráfico ilícito.

3.1. Delitos de lesa humanidad

Los elementos constitutivos del delito de tráfico de personas, tal como es definido en la Convención de Palermo, implican una dimensión transfronteriza. Uno de los problemas principales de esta dimensión transfronteriza ha sido, a la hora de perseguir los delitos cometidos, la de delimitar la jurisdicción de los tribunales nacionales, y la de determinar si la misma puede o no extenderse más allá de las fronteras del Estado. Si bien reconocer la posibilidad de una jurisdicción extraterritorial para la persecución del tráfico de personas reforzaría los fines preventivos del marco penal, no obstante, tanto los instrumentos internacionales de la ONU como el Derecho de la UE delimitan la jurisdicción en términos estrictamente territoriales y solo permiten su extensión, más allá de las fronteras del Estado, en supuestos excepcionales. El Protocolo sobre tráfico no contiene ninguna disposición específica referida a la jurisdicción¹³ por lo que la regulación de esta cuestión se remite a la Convención contra la delincuencia organizada transnacional¹⁴. Su art. 15 parte de un firme criterio de *territorialidad* a la hora de fijar la jurisdicción de los tribunales nacionales,¹⁵ permitiendo que se extienda dicha jurisdicción más allá del territorio del Estado únicamente cuando el sujeto

¹³ Aunque aparentemente sí se incluía una en las versiones preparatorias del mismo (Gallagher y David, 2014, p. 53; McClean, 2007, p. 394).

¹⁴ Art. 1(2) del Protocolo sobre tráfico: “Las disposiciones de la Convención se aplicarán *mutatis mutandis* al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa”.

¹⁵ Art. 15(1) de la Convención: “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a los arts. 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención cuando: a) El delito se cometa en su territorio; o b) El delito se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito”.

activo¹⁶ o pasivo¹⁷ del delito sea nacional de dicho Estado (*principio de personalidad*). El Derecho de la Unión es, por el contrario, más estricto y permite a los Estados miembros establecer la jurisdicción de sus tribunales cuando se trate de infracciones cometidas en su territorio y extenderla más allá de este solo cuando sea cometida por una de sus naciones, habilitando incluso a los Estados miembros para no prever la extraterritorialidad de la jurisdicción de sus tribunales ni siquiera en esos casos (art. 4 Decisión sobre ayuda). Cuando el delito de tráfico se persiga como una forma de delincuencia organizada o cuando concurra con el delito de blanqueo de capitales, la Convención de Palermo permite la extraterritorialidad cuando la infracción penal se cometa fuera del territorio del Estado con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio (art. 15.2.c). Con ello, la Convención viene a reflejar la naturaleza continuada y transfronteriza de estas conductas, cuya comisión se inicia en el territorio de un tercer Estado pero cuyos efectos continúan produciéndose en el Estado que afirma la jurisdicción de sus tribunales para perseguirlas.¹⁸ A pesar de estos supuestos de extensión extraterritorial de la jurisdicción, lo cierto es que tanto el Derecho internacional como el Derecho de la UE contienen limitadas referencias al respecto (Consejo de Seguridad de la ONU, 2015).

Desde una perspectiva sistemática, este enfoque restrictivo de la extensión extraterritorial de la jurisdicción no puede causar sorpresa. La comisión del delito de tráfico no encaja fácilmente en los supuestos de extensión basados en el criterio de la personalidad, tanto activo, como pasivo: ese criterio se basa fundamentalmente en el vínculo existente entre jurisdicción y nacionalidad, mientras que el delito de tráfico de personas es cometido, en la mayor parte de los casos, por nacionales de terceros Estados y tiene como víctimas a nacionales de terceros Estados. Para establecer la jurisdicción de los tribunales de un determinado Estado para perseguir extraterritorialmente el delito de tráfico pueden considerarse, siguiendo a Dubber (2013), otros dos principios: el de protección de intereses y el de universalidad. El principio real o de protección de intereses extiende la jurisdicción con la finalidad de salvaguardar la soberanía y, en este sentido, permite enjuiciar delitos sin conexión territorial en aquellos casos en los que los bienes jurídicos vulnerados tienen especial interés para el propio Estado. El principio de universalidad

¹⁶ Art. 15(2) de la Convención: “un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando: [...] b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio”.

¹⁷ El mismo precepto permite que los Estados establezcan la jurisdicción de sus tribunales cuando “el delito se cometa contra uno de sus nacionales”. Art. 15(6) de la Convención: “Sin perjuicio de las normas del Derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno”.

¹⁸ Precisamente en estos términos han pretendido establecer los tribunales italianos su jurisdicción para perseguir supuestos de tráfico (Ragazzi, 2020; Papastavridis, 2016).

o de justicia universal extiende la jurisdicción a crímenes internacionales de especial gravedad para llevar la justicia penal, como elocuentemente señala Dubber (2013): “al paria, al renegado, al fuera de la ley, al *hostis humani generis*, enemigo del género humano, que está al margen de la paz que garantiza el Estado y por tanto al margen de su protección y de su disciplina” (p. 275). Es precisamente el principio de universalidad el que ha tenido en cuenta el Informe estratégico sobre las misiones de la UE en Libia (Consejo de la Unión Europea, 2017) como fundamento para extender la jurisdicción extraterritorialmente, considerando el delito de tráfico como un crimen contra la humanidad:

Es el Derecho penal italiano el que en la actualidad determina las medidas relativas al tratamiento legal que reciben las personas rescatadas y retenidas en la Operación Sophia. Sin embargo, dicho régimen jurídico se aplica únicamente a los sospechosos que son interceptados en alta mar. Si se autorizara a la Operación Sophia a actuar en las aguas territoriales de Libia, sería necesario un nuevo marco jurídico que legitimara la transferencia a las autoridades competentes y el procesamiento por estas. Se reconoce que esta cuestión es obstáculo de primer orden para la implementación del mandato y las discusiones mantenidas con los Estados miembros no han permitido identificar una solución satisfactoria. A este respecto, se han realizado esfuerzos en el seno de la operación para alcanzar un consenso internacional con la finalidad de calificar el tráfico de migrantes y la trata de seres humanos como un delito contra la humanidad. Ello ayudaría en la medida en que proporcionaría más instrumentos jurídico-procesales –jurisdicción universal, detención, transferencia, procesamiento y eventual condena– (p. 36).

No obstante, utilizar los principios de protección de intereses y de universalidad para justificar la extraterritorialidad de la jurisdicción es problemático. El primero de ellos no identifica el daño al bien jurídico protegido que produce el tráfico ni cuál es el concreto interés jurídico que promueve la extensión de la jurisdicción. La protección de la soberanía del Estado es un objetivo excesivamente vago y amplio y equiparar el tráfico de personas con delitos que amenazan “la vida de la nación” es desproporcionado. Consideraciones similares se pueden hacer sobre la utilización del principio de justicia universal, que resulta problemático por cuatro motivos: primero, se fundamenta en una securización acrítica del fenómeno del tráfico de personas, ahormada mediante discursos que identifican a los traficantes de personas como un mal que supone un riesgo existencial para la sociedad¹⁹ y que justifica sean considerados como el enemigo;²⁰ de esta forma, en segundo lugar, el delito de tráfico de personas se reviste de una *gravitas* desproporcionada

¹⁹ Véase Comunicación de la Comisión Europea (2015): “Redes delictivas sin escrúpulos organizan el viaje de gran número de migrantes desesperados por llegar a la UE. Poner en riesgo la vida de los migrantes les reporta sustanciosos beneficios.”

²⁰ Los traficantes son tratados en cierta medida como terroristas (Consejo Europeo, 2017).

y es equiparado, en términos de impacto y condena moral, con los crímenes contra la humanidad, lo que supone una trivialización de estos últimos; tercero, aplicar el principio de universalidad al tráfico contradice la dimensión esencialmente territorial del fenómeno, ya que el tráfico de personas implica movimientos migratorios cuya finalidad es el acceso al territorio de un Estado mediante el cruce de una frontera cuya definición corresponde al Derecho nacional o al Derecho de la Unión (en el caso de las fronteras exteriores de la UE) y las medidas contra el tráfico son esencialmente medidas de control migratorio; y, en cuarto lugar, la manera en la que el documento de la UE más arriba transcrito utiliza el principio de justicia universal es problemático, ya que, una vez más, pone el carro delante de los bueyes: legitima la extensión de la jurisdicción para reforzar la eficiencia investigatoria y procedimental. Son la investigación y el procedimiento los que dictan la etiqueta que debe ponerse al delito, en lugar de ocurrir a la inversa. La consideración que políticamente se hace del tráfico como una amenaza existencial que supone un riesgo fundamental para vidas humanas, ignora la complejidad del fenómeno, pretende justificar una amplia gama de respuestas que suponen un problema para las garantías que el Estado de Derecho reserva al Derecho penal y se aleja del vínculo que claramente establece la Convención de Palermo entre el tráfico de personas y la delincuencia organizada lucrativa. Una manera de respetar este vínculo en el Derecho de la UE sería, en la cuestión relativa a la jurisdicción, trasladar el texto del art. 15(2)(c) de la Convención al ámbito específico del tráfico de personas, siempre y cuando al tiempo se modificara el Derecho penal sustantivo actualmente vigente en la UE para acomodarse al paradigma de las normas de la ONU y para excluir expresamente del ámbito del tipo penal tanto la acción humanitaria como las conductas en que incurran los propios migrantes.

Un camino más apropiado sería, dentro de la lógica de evocar los crímenes contra la humanidad y la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional, no el de considerar el tráfico de personas como un crimen contra la humanidad en sí mismo, sino el de tratar como tales los delitos cometidos contra los migrantes en este contexto. Esta parece ser la perspectiva adoptada por el Fiscal del Tribunal Penal Internacional, Fatou Bensouda, que ha confirmado que el TPI está considerando la posibilidad de abrir una investigación por los delitos contra los migrantes cometidos en Libia y que se encuentran dentro de la competencia del tribunal –y que incluyen desde violaciones a torturas, e incluso asesinatos, como delitos más habituales– (Tribunal Penal Internacional, 2018). Con ello, se pondría el acento en las violaciones de derechos humanos cometidas contra los propios migrantes, en lugar de reforzar las capacidades policiales y procedimentales, cuyo último objetivo no es sino garantizar la efectividad del control extraterritorial de la inmigración, impidiendo el acceso de los migrantes a la frontera.

3.2. Sanciones contra los traficantes

La existencia de múltiples fundamentos normativos para la criminalización del tráfico de personas ha quedado ejemplificado con la reciente intervención del Consejo de Seguridad de la ONU, que ha acordado incluir en una lista a determinadas personas implicadas en actividades de tráfico, e imponer a las mismas una serie de sanciones, desde prohibiciones de viajar a congelación de activos. La base jurídica de estas listas viene constituida por una serie de resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad (la 1970, 2011; la 2174, 2014; y 2213, 2015) relativas a Libia. Estas resoluciones, adoptadas en un contexto político cambiante, prevén sanciones por graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario para promover la paz, la estabilidad y la seguridad en Libia. Las listas más recientes de presuntos traficantes de personas aplican este marco jurídico a violaciones del Derecho internacional que implican como víctimas a los propios migrantes. Esta vocación sancionadora del CSNU se caracteriza, sin embargo, por su ambigüedad y plantea una serie de cuestiones relativas a su justificación, propósito y alcance. En primer lugar, parece que aquí el tráfico de personas se considera una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, y eso es precisamente lo que legitima en términos competenciales la intervención del CSNU. Sin embargo, esa asociación no se justifica sobre la base de que el tráfico es lesivo para los migrantes propiamente dichos sino de que la lucha contra el tráfico, mediante la imposición de sanciones, pretende garantizar la seguridad y la estabilidad del Estado. En efecto, aunque el abuso sistemático de los derechos de los migrantes fue un elemento destacable en el discurso político que justificaba la imposición de las sanciones, se recordaba igualmente que el principal objetivo de las mismas era garantizar la estabilidad de Libia²¹ –y, por tanto, la protección de los migrantes está condicionada por el contexto y el territorio–. Generalizar la consideración del delito de tráfico como una amenaza para la paz y la seguridad internacional puede resultar en una banalización de esta última y en una extralimitación de la competencia del Consejo de Seguridad de la ONU para intervenir. En segundo lugar, en las propias listas aprobadas, el tráfico de personas es solo una parte de las actividades delictivas que se imputan a las personas incluidas

²¹ *Vid.* los comentarios del embajador de Estados Unidos ante la ONU, Nimrata “Nikki” Haley (United States Mission to the United Nations, 2018) en relación con la imposición de las sanciones: “La designación de determinados individuos es parte de un esfuerzo más amplio para garantizar que respondan de sus actos todos aquellos que están implicados en el tráfico de migrantes o en la trata de personas, actividades que suponen una amenaza para la paz, la seguridad y la estabilidad de Libia[...]. Las sanciones que hoy se han aprobado envían un importante mensaje: que la comunidad internacional está unida cuando se trata de garantizar que los perpetradores respondan de esos delitos. No hay lugar en el mundo para tales abusos de los derechos humanos y de la dignidad humana”.

en ellas, junto con la trata de personas²², la explotación²³, actos de violencia contra los migrantes²⁴, e incluso la muerte de algunos de ellos²⁵. Algunas de las entradas de la lista apuntan a la colaboración entre las redes de tráfico²⁶. Aunque pueda haber casos en que el tráfico se integra en un continuo formado por otros delitos, esta vinculación no es siempre clara, la definición de esas otras infracciones penales no es la misma en el Derecho internacional y en el Derecho interno²⁷, y la relación entre el tráfico *per se* y la comisión de atrocidades contra los derechos humanos de los migrantes, incluso crímenes contra la humanidad, puede ser muy endeble. Más aún, el propósito de vincular el tráfico de personas con las muertes ocurridas en alta mar no es sino un ejemplo más de la confluencia de la retórica que propugna “salvar vidas” y la imposición de un paradigma preventivo que aspira a garantizar la seguridad física de los migrantes, siempre que estos permanezcan fuera del territorio

²² Según se informa en la lista (LYi.024), Mus’ab Abu-Qarin es considerado un agente fundamental en las actividades de trata de personas y tráfico de migrantes y, según las fuentes, ha sobornado con dinero a personas cercanas a extremistas violentos de la zona de Sabrata a cambio de una autorización para traficar con migrantes en nombre de los círculos extremistas violentos, que se benefician económicamente de la explotación de la inmigración ilegal.

²³ Según se informa en la lista (LYi.022), Fitiwi Abdelrazak dirige una red transnacional responsable de trata y tráfico, es uno de los agentes de más categoría responsables de la explotación y el abuso de un gran número de migrantes en Libia, con muchos contactos en las redes de tráfico libias y ha amasado un patrimonio enorme dedicándose al tráfico ilícito de migrantes. Según se informa en la lista (LYi.025), la red de Mohammed Kachlaf es una de las redes dominantes en el ámbito del tráfico y la explotación de migrantes en Libia y el Grupo de Expertos sobre Libia ha reunido pruebas que demuestran que hay migrantes que reciben palizas con frecuencia y que otros, en particular mujeres de países subsaharianos y Marruecos, son vendidos en el mercado local como “esclavos sexuales”.

²⁴ Además de lo dicho en las declaraciones anteriores, según se informa en la lista (LYi.026), Abd Al Rahman Al-Milad colabora con otros traficantes de migrantes que, según las fuentes, lo protegen para que realice operaciones ilícitas relacionadas con la trata y el tráfico de migrantes. En investigaciones penales, varios testigos han declarado que unos hombres armados los recogieron en el mar con un barco de la guardia costera llamado Tallil (usado por Al-Milad) y los llevaron al centro de detención de Al-Nasr, donde los migrantes presuntamente permanecen en condiciones brutales y reciben palizas.

²⁵ Abdelrazak ha organizado un sinnúmero de travesías marítimas peligrosas, en las que los migrantes, algunos de ellos menores, han arriesgado la vida. Se lo relaciona como mínimo con dos naufragios mortíferos que tuvieron lugar entre abril de 2014 y julio de 2014.

²⁶ *Vid.*, en particular, las entradas LYi.022 y LYi.026. Sobre los vínculos entre el tráfico de personas y la delincuencia organizada *vid.*, más arriba, el epígrafe 2.

²⁷ Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 2240 (2015), par. 5 de la exposición de motivos: a pesar de que en algunos casos el delito de tráfico de migrantes puede tener algunas características comunes con el delito de trata de personas, los Estados Miembros deben reconocer que son delitos distintos, definidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, que requieren diferentes respuestas jurídicas, operacionales y normativas.

de la UE y que se les pueda mantener a una distancia “segura” de las fronteras exteriores de la Unión²⁸. Además, las consecuencias negativas para los migrantes en términos de seguridad y de acceso a protección se ven si cabe exacerbadas a la vista de la tendencia, simultánea y cada vez más intensa, hacia la criminalización de la acción humanitaria en los Estados miembros y, al menos de forma indirecta, en el propio Derecho de la UE (*infra* sección 5). Finalmente, la criminalización del tráfico de migrantes mediante la imposición de sanciones por parte del Consejo de Seguridad de la ONU plantea cuestiones relacionadas con los derechos humanos y el Estado de Derecho similares a las que plantean las sanciones al terrorismo aprobadas por ese mismo organismo tras el 11-S. Surgen, así, las mismas dudas sobre la conveniencia y la congruencia de transformar el CSNU, órgano ejecutivo, en una instancia de creación normativa (Talmon, 2005; Álvarez, 2003; Mitsilegas, 2019b). Aún más, si las medidas de congelación de activos y prohibiciones de viajar tienen un sentido esencialmente preventivo, entonces debe cuestionarse si, por sus efectos y consecuencias, no son esencialmente sanciones penales de acuerdo con los criterios establecidos por el TEDH en el asunto *Engel*, con lo que ello implica (Mitsilegas, 2015b; y 2016, cap. 9).

4. PRIVATIZACIÓN

Como ya se ha mencionado antes, la participación de actores del sector privado en el ejercicio de responsabilidades en el ámbito del control migratorio no es nueva (*vid.* la sección segunda de este trabajo). No obstante, se pueden identificar dos corrientes en el contexto de la respuesta que la UE ha dado al tráfico de personas, ambas basadas en la lógica securización/criminalización ya expuesta. La primera de ellas se refiere a la implicación del sector financiero en la cooperación con las fuerzas de seguridad para “ir tras los beneficios” generados por las operaciones de tráfico (EUROPOL, 2018b, p. 18), algo que no es sino un intento de centrar en el tráfico de migrantes el ya de por sí expansivo régimen europeo sobre blanqueo de capitales (Mitsilegas, 2003). La segunda corriente, más preocupante, consiste en imponer límites a las actividades humanitarias que desarrollan en alta mar las ONG,

²⁸ Otra manifestación de este paradigma preventivo viene proporcionada por la promoción que el Consejo de Seguridad de la ONU –junto con el Derecho de la UE– ha hecho del control extraterritorial de la inmigración a propósito de la llamada “Operación Sophia”. El 9 de octubre de 2015, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 2240, ya citada, que refuerza la autoridad de los Estados para adoptar medidas contra los actos de tráfico de migrantes y trata de personas hacia, desde y por el territorio libio y frente a las costas de Libia, con el objetivo declarado de desarticular los grupos delictivos organizados que se dedican al tráfico de migrantes y la trata de personas y, al mismo tiempo, combatir sus causas subyacentes e impedir que los traficantes y los tratantes exploten a las personas, y evitar la pérdida de vidas. Para un análisis de la relación entre las normas del CSNU y de la UE referidas a la operación Sophia, *vid.* Mitsilegas (2019a) e *infra*.

sometiéndolas al régimen autorizatorio de los Estados. Y ello aun cuando dichas organizaciones operan fuera del territorio sobre el que se extiende la jurisdicción estatal y se limitan estrictamente a cumplir con las obligaciones de búsqueda y salvamento que les impone el Derecho internacional. La exigencia de las autoridades italianas a las ONG de firmar un Código de Conducta para poder llevar a cabo sus actividades ha puesto bajo sospecha permanente la ayuda humanitaria que aquellas prestan (Comisión Europea, 2017b). Esta opción no solo tiene el efecto de someter la acción humanitaria a objetivos de seguridad pública, sino que también genera problemas relacionados para el Estado de Derecho, en lo relativo a la producción normativa y adopción del propio Código, a su estatus jurídico en el Derecho interno, a su relación con el Derecho internacional y a los mecanismos impugnatorios disponibles (Papanicolopulu, 2017). La elaboración de un Código de Conducta es un intento de responsabilizar a la sociedad civil al requerir efectivamente de la misma un alineamiento con y una lealtad hacia los objetivos perseguidos por el Estado en la aplicación del ordenamiento jurídico, e imponerle el cumplimiento de una serie de obligaciones que el propio Código define. Es, en definitiva, un nuevo intento de poner el foco en la sociedad civil y limitar la acción humanitaria de las ONG (Carrera *et al.*, 2019). La naturaleza no obligatoria del Código de Conducta, que las ONG pueden suscribir o no voluntariamente, puede servir en la práctica como un instrumento adicional de presión sobre la sociedad civil y separar, ante la opinión pública, entre ONG “buenas” (aquellas que suscriben el código) y “malas” (aquellas que no lo hacen). Lo cierto es que los acontecimientos sobrevenidos en Italia indican que el enfoque basado en el Código de Conducta no ha tenido excesiva repercusión en la práctica²⁹. La estrategia privatizadora del control migratorio del Gobierno italiano se ha centrado, por el contrario, en la sobrecriminalización del tráfico y, como evidencian casos como el de la ONG Sea Watch, en perseguir penalmente las actividades de las organizaciones implicadas en la búsqueda y salvamento de migrantes, y en utilizar contra ellas otros medios jurídicos para incautar sus embarcaciones e impedir así que puedan operar en alta mar. El recurso al Derecho penal se une inseparablemente a la privatización del enfoque preventivo y el control migratorio se refuerza mediante una actuación concertada sobre la sociedad civil.

5. MILITARIZACIÓN

La evolución jurídica que hemos expuesto hasta ahora demuestra la necesidad, cada vez más acuciante, de considerar el control migratorio desde la óptica que proporcionan los principios del Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos y destacar la importancia de las misiones de búsqueda y rescate en un contexto político en el que se priorizan indebida-

²⁹ Agradezco a Stefano Zirulia por esta información.

mente los objetivos preventivos del control migratorio y su efectividad. La dimensión extraterritorial del control migratorio ha enfatizado, en los últimos tiempos, la militarización de la frontera frente a otras prioridades centradas en la búsqueda y rescate de migrantes. A nivel de la UE, las actividades de FRONTEX se han visto complementadas con la puesta en marcha de una operación militar –EUNAVFOR MED Operación SOPHIA– cuya base jurídica no es el control migratorio o de las fronteras, sino la seguridad y la defensa (Guilfoyle, 2017). La propia concepción y la concentración de recursos en la Operación Sophia son muestra de la militarización del control fronterizo desde una lógica preventiva, que emplea la lucha contra el tráfico de migrantes como principal justificación. En este proceso pueden identificarse tres cambios relevantes: un cambio en los *objetivos* del control, ya que si bien con anterioridad se intentaba buscar un equilibrio entre las necesidades de la acción humanitaria de búsqueda y rescate con el control efectivo de la frontera, ahora se prioriza la seguridad fronteriza, la vigilancia y la prevención; un cambio en los *medios*, otorgando cada vez más peso a las operaciones militares frente a las de mero control fronterizo; y un cambio en los *fundamentos normativos*, en los cuales son cada vez mayores las sinergias entre el esfuerzos realizados por la UE y las actuaciones a nivel internacional. Sin embargo, las normas internacionales que operan en la materia no son aprobadas en forma de tratado multilateral (como es el caso de la Convención de Palermo y del Protocolo sobre tráfico), sino como actos ejecutivos del Consejo de Seguridad de la ONU. Estos pasos hacia la militarización del control fronterizo implican problemas tanto para el Estado de Derecho como para los derechos fundamentales. Un ejemplo especialmente significativo de ello es la antes referida EUNAVFOR MED Operación SOPHIA.

EUNAVFOR MED es una operación militar de gestión de crisis inicialmente puesta en marcha por la Decisión (PESC) 2015/778 del Consejo. Su misión es contribuir a desarticular el modelo de negocio de las redes de tráfico ilícito y trata de personas en el Mediterráneo central meridional realizando esfuerzos sistemáticos para detectar, capturar y eliminar los buques y medios que utilizan o que se sospeche que utilizan los pasadores de fronteras o los tratantes de personas (art. 1). En junio de 2015, EUNAVFOR Med puso en marcha oficialmente su primera fase [Decisión (PESC) 2015/972 del Consejo]. De conformidad con lo dispuesto en el art. 2(3), de la Decisión (PESC) 2015/778, el Consejo evaluaría el cumplimiento de las condiciones para ir más allá de la primera fase teniendo en cuenta cualquier Resolución aplicable del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el consentimiento, en su caso, de los Estados ribereños afectados. A reserva de dicha evaluación por el Consejo y de conformidad con el art. 6(1) de la Decisión (PESC) 2015/778, el Comité Político y de Seguridad está facultado para decidir cuándo se produce la transición entre las distintas fases de la operación [art. 2.2 Decisión (PESC) 2015/972 del Consejo]. El Comité Político y de Seguridad adoptó una Decisión a tal efecto el 28 de septiembre de 2015 [Decisión (PESC) 2015/1772 del Comité Político y de Seguridad], por la que se autorizó la transición a la segunda fase de la operación a partir del 7 de octubre, dos días antes de

la eventual adopción de la Resolución del CSNU (Papastavridis, 2016). Una nueva Decisión del Consejo, de 26 de octubre, rebautizó la operación EUNAVFOR Med como Operación Sophia [Decisión (PESC) 2015/1926 del Consejo], el nombre de una niña nacida a bordo de una de las embarcaciones que llevaban a cabo la misión frente a las costas de Libia (House of Lords, 2016, par. 4).

La evolución del marco jurídico europeo ha estado vinculado de manera indisoluble con las actuaciones del CSNU. El 6 de octubre de 2015 se adopta la Resolución 2240 (2015), más arriba referida, que refuerza la autoridad para tomar medidas contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas desde el territorio de Libia y frente a sus costas. Con dicha finalidad, la Resolución exhorta a los Estados Miembros a que, actuando individualmente o *por conducto de organizaciones regionales* que combaten el tráfico de migrantes y la trata de personas, inspeccionen, como permite el derecho internacional, los buques en alta mar frente a las costas de Libia, enarbolen o no pabellones, cuando tengan motivos razonables para creer que han sido, están siendo o serán utilizados inminentemente por grupos delictivos organizados para el tráfico de migrantes o la trata de personas desde Libia (art. 5). Cuando se trate de un buque que enarbole pabellón, deberán obtener, en principio, el consentimiento del Estado del pabellón (art. 6) aunque la Resolución, con miras a salvar la vida amenazada de los migrantes a bordo de los buques, autoriza a los Estados Miembros, de nuevo individualmente o por conducto de organizaciones regionales, por un período de un año, a que inspeccionen los buques, incluso sin el consentimiento del Estado del pabellón, siempre que intenten de buena fe obtener dicho consentimiento antes de ejercer su autoridad (Art. 7). La referencia al papel de las *organizaciones regionales* a este respecto es digna de ser destacada, pues es una autorización directa para que la UE intervenga y la Resolución del CSNU proporciona una base jurídica para el desarrollo de la Operación Sophia como forma de implementación de aquella (Butler y Ratcovich, 2016). Y, en este sentido, de conformidad con la Resolución 2240, la Decisión (PESC) 2016/118 del Comité Político y de Seguridad, autorizó a la Operación Sophia a visitar, registrar, apresar y desviar en alta mar los buques sospechosos (art. 1).

El desarrollo paralelo de las actuaciones a nivel de la ONU y de la UE continuó durante todo el año siguiente. En junio de 2016, el CSNU adoptó la Resolución 2292 relativa al embargo de armas contra Libia, mientras que el Consejo de la UE [Decisión (PESC) 2015/778] convino en prorrogar un año el mandato de la operación EUNAVFOR MED SOPHIA hasta el 27 de julio de 2017 y añadir dos nuevas tareas de apoyo: el desarrollo de capacidades y la formación de la guardia costera y la Armada libias, en especial para desarrollar misiones en alta mar; y una contribución al intercambio de información, así como a la aplicación del embargo de armas de las Naciones Unidas en alta mar frente a las costas de Libia a tenor de la Resolución 2292. La asistencia en la formación y el entrenamiento comenzó el 30 de agosto de 2016, tras adoptarse la Decisión (PESC) 2016/1635 del Comité Político y de Seguridad.

Además, el 19 de diciembre de 2016, el Consejo adoptó la Decisión (PESC) 2016/2314 por la que se incrementaban las capacidades de la Operación Sophia para intercambiar información con los interlocutores pertinentes. Más tarde, en junio de 2017 el CSNU renovó el mandato conferido por la Resolución 2292 (Resolución 2357), al tiempo que el Consejo Europeo ponía el acento en la formación y el equipamiento de la guardia costera libia como componente clave para lograr la desarticulación del modelo de negocio de los traficantes y tratantes de personas (Conclusiones de la Reunión del Consejo Europeo de 22-23 de junio de 2017). Cuando se acercaba el término final del mandato para la Operación Sophia, el Consejo aplazó su finalización hasta el 31 de diciembre de 2018 y aprovechó la ocasión para ampliar las autorizaciones concedidas a la operación EUNAVFOR MED SOPHIA para intercambiar información, permitiendo no solo, como hasta entonces, la transmisión de los datos relacionados con los buques y los equipos utilizados por los traficantes, sino también la de cualquier información pertinente obtenida durante el desempeño de dicha tarea principal. Otro cambio importante fue la creación de un mecanismo de supervisión y la autorización para que se llevaran a cabo actividades de vigilancia y se recopilara información sobre el tráfico ilegal, contribuyendo así a la concienciación sobre la situación y a la seguridad marítima en el Mediterráneo central. Es importante destacar que la información recopilada en este contexto podía comunicarse no solo a las autoridades policiales pertinentes de los Estados miembros, sino también a las “autoridades legítimas libias” [art. 1 Decisión (PESC) 2017/1385 del Consejo]. El CSNU, al tiempo, procedió una vez más a renovar nuevamente el mandato de sus previas resoluciones en octubre de 2017 (Resolución 2380).

El desarrollo de un nuevo paradigma militarizado del control extraterritorial de la inmigración bajo las premisas generadas por la necesidad de combatir el tráfico de personas como una amenaza para la seguridad, plantea numerosos problemas para el Estado de Derecho y la garantía de los derechos humanos de los migrantes. Estos desafíos para el Estado de Derecho se plantean tanto *ex ante* (en el momento en el que se adopta el marco normativo, en términos de existencia y ejercicio de la competencia para regular, y en términos de justificación, transparencia y control democrático) como *ex post* (en términos de delimitar la frontera entre la arbitrariedad y la discrecionalidad de la acción estatal y garantizar un control judicial pleno y efectivo).

En términos que afectan a los principios del Estado de Derecho *ex ante*, la puesta en marcha y el desarrollo de la Operación Sophia adolece de un doble déficit democrático. En el Derecho de la Unión, una misión cuyo objetivo es el control extraterritorial de la inmigración no se ha establecido recurriendo a una de las bases jurídicas del Título V del TFUE (sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), sino de acuerdo con las bases jurídicas de la PESC. La elección es reveladora de la estrategia securizadora del tráfico de personas que prevalece en el discurso político, y que eleva esa actividad delictiva a la categoría de amenaza existencial contra los Estados receptores de la inmigración. Sin embargo, en términos materiales, esta decisión ignora

la centralidad del control migratorio como elemento nuclear de la Operación Sophia y, en términos de producción normativa, se adopta al amparo de un procedimiento decisorio intergubernamental (el que prevalece en la PESC), que limita enormemente los poderes de las instituciones supranacionales de la Unión, en particular las facultades de escrutinio del Parlamento Europeo. Pero ese déficit democrático también es palpable en el ámbito del Derecho internacional. El desarrollo del marco normativo europeo, como hemos visto, se ha justificado y legitimado por la paralela adopción de Resoluciones por parte del CSNU. Estas medidas de Derecho internacional no han adoptado la forma de tratados internacionales multilaterales, sino de meros actos ejecutivos del CSNU. Como hemos dicho antes, la crítica que ha hecho la doctrina en el contexto de las medidas antiterroristas adoptadas por dicho órgano tras el 11-S es perfectamente reproducible aquí, con la circunstancia adicional de que estas resoluciones del CSNU, adoptadas sin la menor supervisión, han servido como punto de apoyo para una intervención más ambiciosa de la UE y han introducido cambios significativos en el marco regulador establecido, este sí, por tratados multilaterales –como lo son el Protocolo sobre tráfico o la Convención de Palermo–, así como en las prácticas operativas de los actores europeos (House of Lords, 2016, par. 85).

Pero también padecen los principios *ex post* del Estado de Derecho. La consideración jurídica de las operaciones de control migratorio como operaciones realizadas en el marco de la PESC inmuniza cualquier actuación de la Operación Sophia frente al posible control del TJUE³⁰. Esta ausencia de un control judicial efectivo hay que relacionarla directamente con el riesgo que para los derechos humanos supone la Operación Sophia, cuya misión se desarrolla en un contexto de control extraterritorial de la inmigración que se sirve, como instrumento fundamental, de la cooperación con un tercer Estado (Libia) que adolece de deficiencias severas en lo que concierne al respeto al Estado de Derecho y a los derechos humanos. Las evaluaciones que se han efectuado hasta la fecha han podido concluir que las actuaciones de búsqueda y rescate no son una prioridad de la misión y que, en conjunto, la operación ha hecho las travesías más peligrosas (Estrada-Cañamares, 2015; House of Lords, 2017; Conclusiones del Consejo de la UE, 2015). Los problemas para los derechos humanos han centrado el Informe del Secretario General del Consejo de Seguridad (Naciones Unidas, Secretario General, 2017) y se han vinculado al modo en el que los migrantes son tratados en territorio Libio: desde cómo la guardia costera lleva a cabo las operaciones de búsqueda y salvamento (par. 6), a las circunstancias y condiciones de la detención de migrantes, en particular cuando se trata de grupos vulnerables como mujeres

³⁰ De acuerdo con el art. 24(1) del TUE, el TJUE no tendrá competencia en el ámbito de la PESC con la salvedad de su competencia para controlar la legalidad de medidas restrictivas (p. ej. una sanción) adoptadas por un Estado miembro frente a personas físicas o jurídicas.

y niños (pars. 40-42)³¹. Fuera del contexto de la detención, continúa el Informe, los refugiados y los migrantes también se enfrentan a la explotación, el secuestro, el trabajo forzoso, la extorsión, la tortura, incluida la muerte, y otros actos de violencia, mientras permanecen en Libia (par. 43), y subraya que todo ello se ve agravado aún más por la situación de conflicto e inseguridad en Libia, y porque este país todavía no es parte en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (pars. 44 y 45), recordando asimismo que el ACNUR no considera que Libia actualmente cumpla los criterios para ser designada como un lugar seguro para desembarcar migrantes tras las operaciones de rescate (par. 46).

6. AGENCIFICACIÓN

Las diferentes manifestaciones del control extraterritorial de la inmigración que hemos examinado adquieren una nueva dimensión cuando se observan en un contexto, como el actual, en el que los diferentes niveles administrativos tienden a confluir en un marco institucional más amplio. El intercambio de datos y la tecnología juegan un papel clave en este proceso. Las actividades de las agencias policiales –como Europol– se han ampliado para centrarse en el tráfico de personas. Esto ha resultado en la creación de una unidad específica dentro de Europol, el *Centro Europeo de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Migrantes* (EMSC por sus siglas en inglés), que se puso en marcha en febrero de 2016 (EUROPOL, 2017) a petición del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior (JAI)³². El objetivo declarado del Centro es apoyar a los Estados miembros para desarticular de manera efectiva las redes de tráfico ilícito de migrantes haciendo especial hincapié, desde el punto de vista geográfico, en los epicentros de este tipo de delincuencia. Se prevé que las actuaciones del Centro se lleven a cabo en estrecha cooperación con todas las agencias pertinentes de la UE, y en particular con Frontex y Eurojust (Conclusiones del Consejo de la UE, 2015), y con otras iniciativas de la UE, como la propia Operación Sophia, que ha destinado un asesor policial al EMSC “para consolidar la cooperación y facilitar el intercambio de información en tiempo real” (Centro Europeo de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Migrantes [EMSC], 2017). Profundizando en esta perspectiva interorgánica, y con el fin de mejorar el intercambio de información con las autoridades policiales pertinentes de los Estados miembros y los organismos de la Unión,

³¹ En este mismo sentido, el Informe del Secretario General del Consejo de Seguridad (Naciones Unidas, Secretario General. 2017) señala que el riesgo de perder la vida y de sufrir lesiones corporales no se limita únicamente al cruce del mar Mediterráneo en sí, sino que se extiende al período anterior y posterior al cruce.

³² Conclusiones del Consejo de la UE (2015) en las que se invita a Europol a que acelere la creación de un *Centro europeo sobre el tráfico ilícito de migrantes* para reforzar su capacidad de apoyo a los Estados miembros con el fin de prevenir y combatir de forma más adecuada el tráfico de migrantes (par. 10).

se ha establecido una célula de información sobre delincuencia, en funcionamiento desde julio de 2018, dentro de la operación EUNAVFOR MED SOPHIA, compuesta por personal de las autoridades policiales pertinentes de los Estados miembros y de los organismos de la Unión (entre otros, Europol y Frontex), y cuya finalidad es la de facilitar la recepción, recogida y transmisión de información, incluidos datos personales, sobre la trata y el tráfico de seres humanos [Decisión (PESC) 2018/717 del Consejo; EUROPOL, 2018a]. Nuevamente, la creación del EMSC plantea problemas de legalidad, pues el Centro se ha creado por mandato del JAI pero no cuenta con norma alguna que lo regule, por no decir del casi nulo escrutinio público y debate democrático con el que ha nacido. Además de las cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales (incluyendo el respeto al llamado principio de limitación de los fines), concitar la participación coordinada, en una amplia red de cooperación, de las autoridades policiales de los Estados miembros, de los organismos y agencias de la Unión (como FRONTEX), de misiones militares (como la Operación Sophia), y de las autoridades de terceros Estados, plantea serios problemas de transparencia, rendición de cuentas, y control judicial y democrático.

Esta crítica se ve reforzada por el hecho de que las varias agencias y organismos implicados se han establecido de acuerdo con diferentes procedimientos y bases jurídicas (si es que han sido creados siquiera por una fuente de naturaleza normativa) y para el desempeño de muy diferentes cometidos. La tendencia actual parece ser la de cooperar e intercambiar información sin límites pues, en la medida en que todo gira en torno a la seguridad, pueden ignorarse las restricciones impuestas por el respeto a los derechos individuales o por el reparto de competencias. Un problema adicional desde la perspectiva del principio de legalidad se produce como consecuencia de la desaparición de los límites entre las distintas competencias y funciones que tiene asignada cada agencia u organismo. El ejemplo de FRONTEX es ilustrativo. Para entender el papel que esta agencia ha jugado en el desarrollo del paradigma del control extraterritorial de la inmigración es preciso comprender la transformación de sus funciones, que han transitado del control fronterizo a la seguridad de la frontera (Mitsilegas, 2007). Esta última ha cobrado una importancia capital en la arquitectura jurídica de FRONTEX, y el art. 1 del Reglamento 2019/1896 establece que la agencia se crea con el objetivo de garantizar una gestión europea integrada de las fronteras exteriores, con miras a gestionar esas fronteras eficientemente, y esto incluye dar respuesta a los desafíos migratorios y a los posibles retos y amenazas futuros en las fronteras exteriores, La agencia tiene por ello el objetivo de *garantizar un elevado nivel de seguridad interior en la Unión y contribuir a la detección, prevención y lucha contra la delincuencia transfronteriza en las fronteras exteriores* (cursiva añadida)³³. El art. 3 precisa cuatro elementos del trabajo que desarrolla

³³ En el mismo sentido, el par. 1 de la Exposición de Motivos del Reglamento 2019/1896 declara que se trata de gestionar eficientemente el cruce de las fronteras

FRONTEX: “control fronterizo, incluidas medidas para facilitar el cruce legítimo de fronteras y, *cuando proceda, medidas relacionadas con la prevención y la detección de la delincuencia transfronteriza en las fronteras exteriores, en particular el tráfico ilícito de personas, la trata de seres humanos y el terrorismo, y mecanismos y procedimientos para identificar a las personas vulnerables y los menores no acompañados, identificar a las personas que necesitan protección internacional o que desean solicitarla, facilitar información a dichas personas y derivarlas; operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar, que tengan lugar en situaciones que puedan presentarse durante las operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas; análisis de los riesgos para la seguridad interior y análisis de las amenazas que pueden afectar al funcionamiento o a la seguridad de las fronteras exteriores; y apoyo y coordinación de la cooperación entre Estados miembros y entre las instituciones, órganos y organismos de la Unión competentes*” (cursiva añadida). Las funciones atribuidas a FRONTEX combinan elementos tan disonantes como las operaciones de búsqueda y rescate con objetivos estrictamente policiales, que son los que en la actualidad prevalecen en las actividades de la agencia (y de ellos sería ejemplo la Operación Tritón). Esta orientación del trabajo de FRONTEX a la consecución de objetivos en el ámbito de la seguridad se confirma con la posibilidad, expresamente contemplada por el Reglamento, de que la cooperación entre los Estados miembros se extienda al terreno militar: los Estados miembros (dice el par. 85 de la Exposición de motivos), deben poder cooperar a nivel operativo con otros Estados miembros o con terceros países en las fronteras exteriores, incluidas operaciones militares con fines de ejecución de la ley, siempre que dicha cooperación sea compatible con las acciones de la Agencia. Con ello se está contemplando la posibilidad de que se militarice el control de la frontera, como ha ocurrido con la Operación Sophia, ya examinada, en la que FRONTEX ha participado en virtud una misión de asistencia y gestión integrada establecida en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa de la Unión Europea (Naciones Unidas, Secretario General, 2016).

Pero, sin duda, el desarrollo de una intensa y multifacética cooperación interorgánica dirigida a la prevención de los movimientos migratorios plantea dudas especialmente complejas en relación con la protección de los derechos de los migrantes cuando en los mecanismos de cooperación intervienen terceros Estados. La cooperación operacional y de inteligencia pueden tener perniciosas consecuencias para la protección de los derechos humanos si la externalización del control migratorio se traduce en que los flujos migratorios se desvían hacia terceros países o se retiene a los migrantes en terceros países en violación del Derecho internacional de los derechos humanos

exteriores y de hacer frente a los retos de la migración y a las posibles amenazas futuras en dichas fronteras, contribuyendo de este modo a combatir las formas graves de delincuencia con una dimensión transfronteriza y a asegurar un nivel elevado de seguridad interior en el seno de la Unión.

o de las obligaciones en materia de protección internacional. La finalidad de derivar o prevenir los flujos migratorios de esta manera parece evidente a la vista de los esfuerzos de la UE para fundamentar sus políticas en materia de control migratorio en la cooperación con terceros Estados, como Libia u otros países africanos (Giuffré, 2017). Además de los nuevos mecanismos más arriba analizados, que encuentran su justificación en la lucha contra el tráfico de personas, adquieren aquí importancia las estructuras de vigilancia de las fronteras. En particular, las operaciones de FRONTEX y del Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur), establecido por el Reglamento 1052/2013. Finalidad principal de Eurosur es establecer y mantener mapas de situación a nivel Europeo y nacional (arts. 8-10), así como un mapa común de información prefronteriza, con el fin de suministrar a los centros nacionales de coordinación información y análisis precisos, efectivos y oportunos sobre la zona prefronteriza (que es definida como zona geográfica más allá de las fronteras exteriores) (art. 11.1). Por otra parte, también es esencial para su funcionamiento la aplicación común de los instrumentos de vigilancia, que debe ser coordinada por FRONTEX (art. 12.1). Eurosur es, por tanto, un sistema supranacional de vigilancia extraterritorial que recoge información, sirviéndose de la tecnología (Jeandesboz, 2011), más allá de las fronteras de la UE, con el fin de detectar, prevenir y desviar los flujos migratorios con destino a las fronteras exteriores de la Unión (Mitsilegas, 2015a). Las cuestiones más problemáticas planteadas por las actuaciones que discurren en el territorio de terceros Estados se refieren a la atribución de responsabilidad y a los estándares de protección de los derechos humanos, en particular los protegidos por el CEDH. La respuesta es relativamente clara cuando las autoridades de un Estado parte en el CEDH ejercen las prerrogativas propias del poder público en el territorio de un tercer Estado (STEDH en *Al-Skeini and others v. the United Kingdom*; Consejo de Europa, Comisario de Derechos Humanos, 2017). Sin embargo, la solución puede no ser tan evidente en casos en que las actuaciones se llevan a cabo por las autoridades policiales del tercer Estado en virtud de los acuerdos de cooperación a los que han llegado con los Estados de la UE –por ejemplo, a cambio de asistencia operacional en formación y entrenamiento o en tareas de vigilancia. Moreno-Lax y Giuffré (2019) defienden que, en tales supuestos, los Estados son responsables internacionalmente por complicidad (art. 16 Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado) o por dirección o control (art. 17). Argumentos no les faltan. Si bien es cierto que algunos autores han destacado la dificultad de establecer la responsabilidad en virtud del art. 16 mencionado, ya que exige que la ayuda o asistencia a otro Estado se preste *para facilitar* la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito (Heijnen, 2010), lo cierto es que las actividades que resultan en la permanencia del migrante en el territorio de un Estado en el que sus derechos son vulnerados, deberían considerarse como actividades que han facilitado la comisión de un acto ilícito. La jurisprudencia del TJUE que concluye la inaplicabilidad del Derecho de la UE al acuerdo UE-Turquía (asuntos *NF v. European Council*, *NG v. European Council*, y *NM v. European Council*) es, sin embargo, un indicio desalentador

de la tendencia a blindar la cooperación de la Unión y de sus Estados miembros con terceros Estados de los mecanismos judiciales de garantía de los derechos fundamentales. No obstante, es imposible para los Estados europeos alegar que desconocen las serias deficiencias que existen en Libia en relación con los principios del Estado de Derecho y con los derechos humanos, y el riesgo que corren los migrantes en su territorio. Limitar la responsabilidad únicamente a los terceros Estados sería crear vacíos en la vigencia del Estado de Derecho que el propio TEDH ha tratado de combatir en el asunto *Hirsi*. Cuando un Estado parte en el CEDH comparte información, resultado de la vigilancia, con un tercer Estado (o le presta cualquier ayuda), y ello resulta en medidas, por parte de las autoridades de ese tercer Estado, que interrumpen el flujo migratorio, la jurisdicción extraterritorial del TEDH podría establecerse también en virtud del criterio del “control efectivo”, en la medida en que las actuaciones del Estado parte tienen un efecto extraterritorial y existe un *continuum* entre las actividades de vigilancia y las actuaciones policiales de las autoridades del tercer Estado.

CONCLUSIÓN: LA EXTERNALIZACIÓN DEL CONTROL DE LA INMIGRACIÓN Y EL DÉFICIT PARA EL ESTADO DE DERECHO

Este trabajo pretende contribuir a un mejor entendimiento y a una mejor evaluación de la evolución y el contenido del régimen jurídico multinivel de la Unión Europea sobre tráfico de migrantes, erigido en paradigma de la externalización del control de la inmigración. El proceso, aun en marcha, de securización de la inmigración y las respuestas políticas enmarcadas en una “lógica de crisis” han dado como resultado la proliferación de mecanismos orientados al control extraterritorial de la inmigración y, con ello, a una ampliación de la estructura encargada de dicho control, tanto en términos de actores implicados (agencias de control fronterizo, agencias militares, sociedad civil y terceros Estados) como en términos de medios empleados y alcance de los mecanismos de control (a través de la sobrecriminalización, y de las operaciones de control en alta mar y en el territorio de terceros Estados, con el auxilio de la tecnología y el intercambio de datos). Todos estos cambios suponen importantes desafíos para los principios del Estado de Derecho, tanto *ex ante* (aquellos que se aplican al proceso de creación normativa: legalidad, legitimidad, transparencia y democracia), como *ex post* (aquellos que se refieren a la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad, la protección judicial efectiva, incluyendo la protección de los derechos fundamentales) (Mitsilegas, 2016b). Los problemas para las manifestaciones *ex ante* de los principios del Estado de Derecho surgen, en particular, de las propuestas de militarización de la frontera y de la agencificación, así como del reforzamiento de los mecanismos de cooperación entre agencias. Para los principios del Estado de Derecho que operan *ex post*, los problemas surgen de los escasos instrumentos existentes para revisar y controlar las actuaciones materiales de las autoridades de la UE y de los Estados miembros fuera de su ámbito

territorial, en particular cuando el vínculo causal entre el acto de aplicación material y sus efectos parece haber desaparecido (ese es el caso de los supuestos de las actuaciones de ejecución extraterritorial basadas en información que es fruto del intercambio de inteligencia y datos, o de las operaciones de entrenamiento). La criminalización del tráfico, y en particular el énfasis puesto en la sociedad civil, vienen a agudizar estos problemas al crear un “ambiente hostil” para la acción humanitaria que plantea serios problemas para el principio de legalidad. Estos problemas se acentúan también, de una parte, al difuminarse la distinción entre operaciones relativas al control migratorio, operaciones de salvaguarda de la seguridad y operaciones militares y, de otra, al reforzarse la cooperación entre los Estados miembros de la UE y terceros Estados que se rigen por estándares inadecuados en relación con la garantía de los principios del Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos. Este marco multinivel de externalización del control de la inmigración refleja un nuevo paradigma de justicia preventiva cuyo objetivo es desviar los flujos migratorios del territorio de la UE y de sus Estados miembros, para impedir la entrada de los migrantes y mantenerlos tan lejos como sea posible de las fronteras exteriores de la Unión. Deben ser tanto el TJUE (a pesar de que su doctrina sobre el acuerdo UE-Turquía no anima a ser optimistas sobre una mayor fiscalización judicial de las prácticas extraterritoriales de control migratorio) como el TEDH (inmerso en la era post-*Hirsi*), junto con los tribunales nacionales, los que deben proporcionar las respuestas adecuadas a los problemas de compatibilidad del paradigma de justicia preventiva al que responde el control extraterritorial de la inmigración, con los principios del Estado de Derecho y los derechos humanos.

FUENTES CITADAS

A. Bibliografía

- Acosta Arcarazo, D. (2009). The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/115: The Returns Directive), *European Journal of Migration & Law*, 11(1), pp. 179–205.
- Acosta Arcarazo, D. (2011). The Returns Directive: Possible Limits and Interpretation. En K. Zwaan (Ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States* (pp. 7-24). Wolf Legal Publishers.
- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) (2014) *Criminalisation of Migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*.
- Alvarez, J. E. (2003). Hegemonic International Law Revisited. *American Journal of International Law*, 97(4), pp. 873-888.
- Anderson, M. (1996). *Frontiers: Territory and State Formation in the Modern World*. Polity Press.
- Ashworth, A. y Zedner, L. (2014). *Preventive Justice*. Oxford University Press.
- Baldaccini, A. (2009). The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive, *European Journal of Migration & Law*, 11(1), pp. 1-17.

- Bigo, D. (1996). *Polices en Réseaux. L'Expérience Européenne*. Presses Sciences Po.
- (2005). Frontier Controls in the European Union: Who is in Control? En D. Bigo y E. Guild (Eds.), *Controlling Frontiers. Free Movement into and within Europe* (pp. 49-99). Ashgate.
- Butler, G. y Ratcovich, M. (2016). Operation Sophia in Uncharted Waters: European and International Law Challenges for the EU Naval Mission in the Mediterranean Sea. *Nordic Journal of International Law*, 85(3), pp. 235-259.
- Campana, P. (2018). Out of Africa: The Organisation of Migrant Smuggling across the Mediterranean. *European Journal of Criminology*, 15(4), pp.481-502.
- Carrera, S., Mitsilegas, V., Allsopp, J. y Voisiliute, L. (2019). *Policing Humanitarianism. EU Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society*. Hart Publishing.
- Carrera, S., Blockmans, S., Cassarino, J.-P., Gros, D. y Guild, E. (2016). *The European Border and Coast Guard: Addressing migration and asylum challenges in the Mediterranean?* Centre for European Policy Studies.
- Carrera, S., Mitsilegas, V., Allsopp, J. y Vosyliute, L. (2019). *Policing Humanitarianism*. Hart Publishing.
- “Charities’ Migrants Rescue Boats Will Carry on Despite Libyan Gunfire.” (2017, 15 ago). *The Times*. <https://www.thetimes.co.uk/article/migrant-rescue-charities-vow-to-stay-on-patrol-off-libya-wrzhvl586>
- Comisión Europea. (2017a). *Staff Working Document - REFIT Evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence*. (SWD (2017) 117 final).
- Consejo de Europa, Comisario de Derechos Humanos. (2017, 28 sep). *Carta de Nils Muiznieks a Marco Minniti, Ministro del Interior de Italia* (Ref:CommHR/INM/sf 0345-2017) <https://rm.coe.int/letter-to-the-minister-of-interior-of-italy-regarding-government-s-res/168075baea>
- Comisario de Derechos Humanos. (2009). *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*. <https://rm.coe.int/16806da917>
- Consejo de la UE. (2017, 15 may). *Strategic Review on EUBAM Libya, EUNAVFOR MED Op Sophia & EU Liaison and Planning Cell*. (EU Restricted 9202/17) <http://www.statewatch.org/news/2017/jul/eu-eeas-strategic-review-libya-9202-17.pdf>
- Consejo Europeo. (2017, 29 jun). *Remarks by President Donald Tusk after the G20 preparation leaders’ meeting in Berlin*. (Declaraciones y comentarios, 424/17) <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/06/29/tusk-remarks-berlin-preparation-g20/pdf>
- Dubber, M. (2013). Criminal Jurisdiction and Conceptions of Penalty in Comparative Perspective. *University of Toronto Law Journal*, 63(2), pp. 247-277.
- Estrada-Cañamares, M. (2016). Operation Sophia Before and After UN Security Council Resolution no 2240(2015). *European Papers*, 1(1), pp. 185-191.
- Centro Europeo de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Migrantes [EMSC] (2017). *Activity Report: ‘First Year: Activity Report’ (Jan 2016 - Jan 2017)*
- EUROPOL. (2016, 22 feb). *Press Release: Europol Launches European Migrant Smuggling Centre*. <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/europol-launches-european-migrant-smuggling-centre>
- (2017, 24 feb). *Press Release: Europol’s European Migrant Smuggling Centre: One Year On*. <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/europol%E2%80%99s-european-migrant-smuggling-centre-one-year>
- (2018a, 5 jul). *Press Release: The Crime Information Cell – ‘Pilot Project’ Bridging Internal and External Security of EU*. <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/crime-information-cell-%E2%80%93-%E2%80%99Cpilot-project%E2%80%9D-bridging-internal-and-external-security-of-eu>
- (2018b). *Two Years of EMSC. Activity Report January 2017-January 2018*.

- Gallagher, A.T. y David, F. (2014). *The International Law of Migrant Smuggling*. Cambridge University Press.
- Garland, D. (1996). The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society. *British Journal of Criminology*, 36(4), pp. 445-471.
- (1996). The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society. *The British Journal of Criminology*, 36(4), pp. 445-471.
- Giuffré, M. (2017, 20 mar). From Turkey to Libya: The EU Migration Partnership from Bad to Worse. *Eurojust.it rivista*. <http://rivista.eurojus.it/from-turkey-to-libya-the-eu-migration-partnership-from-bad-to-worse/>
- Guild, E. (2002). The Border Abroad – Visas and Border Controls. En K. Groenedijk, E. Guild y P. Milderhoud (Eds.), *In Search of Europe's Borders* (pp. 87-104). Martinus Nijhoff Publisher.
- Guilfoyle, D. (2017). Jurisdiction at Sea: Migrant Interdiction and the Transnational Security State. En T. Gammeltoft-Hansen y J. Vedsted-Hansen (Eds.), *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational Law Enforcement and Migration Control* (pp. 114-137). Routledge.
- Guiraudon, V. (2001). De-nationalizing Control: Analyzing State Responses to Constraints on Immigration Control. En V. Guiraudon y C. Joppke (Eds.), *Controlling a New Migration World* (pp. 31-64). Routledge.
- Heijer, M. den. (2010). Europe Beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control. En B. Ryan y V. Mitsilegas (Eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges* (pp. 169-198). Martinus Nijhoff Publisher.
- (2012). *Europe and Extraterritorial Asylum*. Hart Publishing.
- House of Lords, European Union Committee. (2016). *Operation Sophia, the EU's Naval Mission in the Mediterranean: An Impossible Challenge* (14th Report of the Session 2015-16, HL Paper 144).
- House of Lords, European Union Committee. (2017). *Operation Sophia: A Failed Mission* (2nd Report of Session 2017-19, HL Paper 5).
- “Italy moves to impound Aquarius migrant ship for ‘illicit waste management’” (2018, 20 nov). *DW*. <https://www.dw.com/en/italy-moves-to-impound-aquarius-migrant-ship-for-illicit-waste-management/a-46373060?maca=en-rss-en-all-1573-xml-mrss>
- “Italy Targets Charity Ships Rescuing Migrants in the Mediterranean.” (2017, 2 jul) *The Sunday Times*. <https://www.thetimes.co.uk/article/italy-targets-charity-ships-rescuing-migrants-in-the-mediterranean-lv9pvwm5x>
- Jeandesboz, J (2011). Beyond the Tartar Steppe: EUROSUR and the Ethics of European Border Control Practices. En J. P. Burgess y S. Gurtwith (Eds.), *A Threat Against Europe? Security, Migration and Integration* (pp. 111-132). VUB Press.
- Lahav, G. (1998). Immigration and the State: The Devolution and Privatisation of Immigration Control in the EU. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 24(4), pp. 675-694.
- “Madness in the Med: How Humanitarian Efforts Are Creating An Even Greater Migrant Crisis.” (2017, 22 jul). *The Spectator*. <https://www.spectator.co.uk/article/madness-in-the-med>
- Martino, A. di, Biondi Dal Monte, F. Boiano, I y Raffaelli, R. (2013). *The Criminalization of Irregular Immigration: Law and Practice in Italy*. Pisa University Press.
- McClellan, D. (2007). *Transnational Organized Crime: A Commentary on the United Nations Convention and its Protocols*. Oxford University Press.
- Mitsilegas, V. (2003). From National to Global, from Empirical to Legal: The Ambivalent Concept of Transnational Organised Crime. En M. Beare (Ed.), *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering and Corruption* (pp. 55-87), University of Toronto Press.

- (2003). *Money Laundering Counter-measures in the European Union*. Kluwer Law International.
 - (2007). Border Security in the European Union: Towards Centralised Controls and Maximum Surveillance. En E. Guild, H. Toner, y A. Baldaccini (Eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy* (pp. 359-394). Hart Publishing.
 - (2009). *EU Criminal Law*. Hart Publishing.
 - (2011). Human Rights, Terrorism and the Quest for “Border Security”. En M. Pedrazzi, I. Viarengo y A. Langs (Eds), *Individual Guarantees in the European Judicial Area in Criminal Matters* (pp. 85-112). Bruylant.
 - (2012a). The Changing Landscape of the Criminalisation of Migration in Europe: The Protective Function of European Union Law. En M. Guia, M. Van der Woude y J. Van der Leun (Eds.), *Social Control and Justice: Crimmigration in an Age of Fear* (pp. 87-113). Eleven International Publishing.
 - (2012b). Immigration Control in an Era of Globalisation: Deflecting Foreigners, Weakening Citizens, Strengthening the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 19(1), pp. 3-60.
 - (2014). From Overcriminalisation to Decriminalisation: The Many Faces of Effectiveness in European Criminal Law. *New Journal of European Criminal Law*, 5(3), pp. 415-424.
 - (2015a). *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*. Springer
 - (2015b). The European Union and the Global Governance of Crime. En V. Mitsilegas, P. Allridge y L. Cheliotis (Eds.), *Globalisation, Criminal Law and Criminal Justice. Theoretical, Comparative and Transnational Perspectives* (pp.153-198). Hart Publishing.
 - (2015c). The Law of the Border and the Borders of Law: Rethinking Border Control from the Perspective of the Individual. En L. Weber (Ed.), *Rethinking Border Control for a Globalizing World: A Preferred Future* (pp. 15-31). Routledge.
 - (2016a). *EU Criminal Law After Lisbon*. Hart Publishing
 - (2016b). Rule of Law: Theorising EU Internal Security Cooperation from a Legal Perspective. En M. Rhinard y D. Bossong (Eds), *Theorising Internal Security Cooperation in the European Union* (pp. 109-128). Oxford University Press.
 - (2017). The Security Union as a Paradigm of Preventive Justice: Challenges for Citizenship, Fundamental Rights and the Rule of Law. En V. Mitsilegas y S. Carrera (Eds.), *Constitutionalising the Security Union. Effectiveness, Rule of Law and Rights in Countering Terrorism and Crime* (pp. 2-18). Center for European Policy Studies (CEPS)
 - (2019a). Extraterritorial Immigration Control, Preventive Justice and the Rule of Law in Turbulent Times. Lessons from the Anti-Smuggling Crusade. En J. Santos Vara, S. Carrera y T. Strik (Eds.), *Constitutionalising the External Dimension of EU Migration Policies in Times of Crisis: Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered* (pp. 290-308), Edward Elgar Publishing.
 - (2019b). The Global Governance of Crime: Implications for Justice and the Rule of Law. En M. J. Christensen y R. Levi (Eds.), *International Practices of Criminal Law* (pp. 66-86). Routledge.
 - (2019c). The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law. *New Journal of European Criminal Law*, 10(1), 68–85.
- Mitsilegas, V. Monar, J. y Rees, W. (2003). *The European Union and Internal Security*. Palgrave Macmillan.
- Mitsilegas, V. y Vavoula, N. (2015). Criminal Law: Institutional Rebalancing and Judicialization as Drivers of Policy Change. En F. Trauner y A. Ripoll Servent (Eds.),

- Policy Change in the Area of Freedom, Security and Justice – How Institutions Matter* (pp. 133-148), Routledge
- Moreno-Lax, V, y Giuffré, M. (2019). The Raise of Consensual Containment: From “Contactless Control” to “Contactless Responsibility” for Forced Migration Flows. En S. Juss (Ed.), *Research Handbook on International Refugee Law* (pp. 82-108). Edward Elgar Publishing.
- Naciones Unidas, Asamblea General. (2000). *Report of the Ad Hoc Committee on the elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions, Addendum: Interpretative notes for the official record (travaux préparatoires) of the negotiations for the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, UN Doc. A/55/383/Add.1.
- Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito [UNODC]. (2004). *Legislative Guide for the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*.
- (2017). *The Concept of ‘Financial or Other Material Benefit’ in the Smuggling of Migrants Protocol*.
- Naciones Unidas, Secretario General. (2016, 7 sep). *Informe presentado de conformidad con la resolución 2240 (2015) del Consejo de Seguridad*, S/2016/766
- (2017, 7 sep). *Informe presentado de conformidad con la resolución 2312 (2016) del Consejo de Seguridad*, S/2017/761
- Papanicolopulu, I. (2017). *Immigrazione Irregolare via Mare, Tutella della Vita Umana e Organizzazioni non Governative. Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3.
- Papastavridis, E. (2016). EUNAVFOR Med Operation Sophia and the question of jurisdiction over transnational organized crime at sea. *Questions of International Law, Zoom-in*, 30, pp. 19-34.
- Ragazzi, S. (2018). New Experiences in Investigating and Prosecuting Human Smuggling: From the National Dimension to a European Approach. En V. Mitsilegas, V. Moreno-Lax y N. Vavoula (Eds.), *Securitisating Asylum Flows* (pp. 9-33). Brill/Nijhoff.
- Ryan, B. y Mitsilegas, V. (Eds.). (2010). *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*. Martinus Nijhoff Publisher.
- Spena, A. (2014). ‘Iniuria Migrandi’: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law. *Criminal Law and Philosophy*, 3(8), pp. 635-657.
- (2016). Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From Complicity to Exploitation?. En S. Carrera y E. Guild (Eds.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings* (pp. 33-40), Centre for European Policy Studies (CEPS).
- Talmon, S. (2005). The Security Council as World Legislature. *American Journal of International Law*, 99(1), pp. 175-193.
- Torpey, J. (2000). *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*. Cambridge University Press.
- Tribunal Penal Internacional. (2018, 2 nov). *Statement to the United Nations Security Council on the Situation in Libya, pursuant to UNSCR 1970 (2011)*. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20181102-otp-stat>
- United States Mission to the United Nations (2018, 7 jun). *Press Release: Ambassador Haley on New UN Sanctions Against Human Traffickers and Smugglers in Libya*. <https://usun.state.gov/remarks/8474>
- Vavoula, N. (2016). The Interplay between EU Immigration Law and National Criminal Law - The Case of the Return Directive. En V. Mitsilegas, M. Bergström y T. Konstantinides (Eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law* (pp. 294-314), Hart Publishing.

B. Legislación y jurisprudencia

- Comisión Europea. (2017b). *Action Plan to support Italy, reduce pressure along the Central Mediterranean route and increase solidarity*. (SEC (2017) 339 final).
- Comunicación de la Comisión Europea. (2015). *EU Action Plan against migrant smuggling. (2015 -2020)* (COM (2015) 285 final)
- Conclusiones AG (2015). *Skerdjan Celaj*, C-290/14. ECLI:EU:C:2015:285.
- Conclusiones del Consejo de la UE. (2015, 9 nov). *Medidas para gestionar la crisis migratoria y de los refugiados*. (13880/15).
- Conclusiones del Consejo Europeo. (2017, 23 jun). *Reunión del Consejo Europeo (22 y 23 de junio de 2017)*. (EUCO 8/17, 23 jun 2017).
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000, 15 nov).
- Decisión (PESC) 2015/1772 del Comité Político y de Seguridad, de 28 de septiembre de 2015, relativa a la transición de EUNAVFOR MED a la segunda fase de la operación, con arreglo al art. 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Decisión (PESC) 2015/778 relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED) (EUNAVFOR MED/2/2015). «DOUE» L 258/5 (3 oct 2015).
- Decisión (PESC) 2015/1926 del Consejo, de 26 de octubre de 2015, por la que se modifica la Decisión (PESC) 2015/778 del Consejo relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED). «DOUE» L 281/13 (27 oct 2015).
- Decisión (PESC) 2015/778 del Consejo de 18 de mayo de 2015 relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED). «DOUE» L 122/31 (19 may 2015).
- Decisión (PESC) 2015/972 del Consejo, de 22 de junio de 2015, por la que se pone en marcha la operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED). «DOUE» L 157/51 (23 jun 2015).
- Decisión (PESC) 2016/118 del Comité Político y de Seguridad de 20 de enero de 2016, relativa a la aplicación mediante la operación EUNAVFOR MED SOPHIA, de la Resolución 2240 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (operación EUNAVFOR MED SOPHIA/1/2016). «DOUE» L 23/63 (19 ene 2016).
- Decisión (PESC) 2016/1635 del Comité Político y de Seguridad, de 30 de agosto de 2016, relativa al comienzo del desarrollo de capacidades y la formación de la guardia costera y la Armada libias por la operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (operación EUNAVFOR MED SOPHIA) (EUNAVFOR MED/3/2016). «DOUE» L 243/11 (10 sep 2016).
- Decisión (PESC) 2016/2314 del Consejo, de 19 de diciembre de 2016, por la que se modifica la Decisión (PESC) 2015/778 relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (operación EUNAVFOR MED SOPHIA). «DOUE» L 345/62 (20 dic 2016).
- Decisión (PESC) 2016/993 del Consejo, de 20 de junio de 2016, por la que se modifica la Decisión (PESC) 2015/778 relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (operación EUNAVFOR MED SOPHIA). «DOUE» L 162/18 (21 jun 2016).
- Decisión (PESC) 2017/1385 del Consejo, de 25 de julio de 2017, por la que se modifica la Decisión (PESC) 2015/778 relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (operación EUNAVFOR MED SOPHIA). «DOUE» L 194/61 (26 jul 2017).
- Decisión (PESC) 2018/717 del Consejo, de 14 de mayo de 2018, por la que se modifica la Decisión (PESC) 2015/778 relativa a una operación militar de la Unión Europea

- en el Mediterráneo central meridional (operación EUNAVFOR MED SOPHIA). «DOUE» L 120/10 (16 may 2018).
- Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. «DOUE» L 328/1 (5 dic 2002).
- Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. «DOUE» L 328/17 (5 dic 2002).
- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. «DOUE» L 348/98 (24 dic 2008).
- Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000, 15 nov).
- Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Comisión de Derecho Internacional (2001). Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones. A/CN.4/L.602
- Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas. «DOUE» L 251/1 (16 sep 2016).
- Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur). «DOUE» L 295/11 (6 nov 2013).
- Resolución del CSNU 1970 (2011, 26 feb). S/RES/1970.
- Resolución del CSNU 2174 (2014, 27 ago). S/RES/2174.
- Resolución del CSNU 2213 (2015, 27 mar). S/RES/2213.
- Resolución del CSNU 2240 (2015, 9, oct). S/RES/2240.
- Resolución del CSNU 2292 (2016, 14 jun). S/RES/2292.
- Resolución del CSNU 2357 (2017, 12 jun). S/RES/2357.
- Resolución del CSNU 2380 (2017, 5 oct). S/RES/2380.
- Sentencia Tribunal Supremo de Canadá. (2015). *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59.
- Sentencia TEDH. (2011). *Al-Skeini and others v. the United Kingdom*, App. No. 55721/07. ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD005572107.
- Sentencia TEDH. (2012). *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, App. No. 27765/09. ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509.
- Sentencia TGUE. (2017). *NF v European Council*, T-192/16. ECLI:EU:T:2017:128.
- Sentencia TGUE. (2017). *NG v European Council*, T-193/16. ECLI:EU:T:2017:129.
- Sentencia TGUE. (2017). *NM v European Council*, T-257/16. ECLI:EU:T:2017:130.
- Sentencia TJUE. (2011). *Achughbabian*, C329/11. ECLI:EU:C:2011:807.
- Sentencia TJUE. (2011). *El Dridi*, C61/11 PPU. ECLI:EU:C:2011:268.
- Sentencia TJUE. (2015). *Skerdjan Celaj*, C-290/14. ECLI:EU:C:2015:640.
- Sentencia TJUE. (2016). *Affum*, C-47/15. ECLI:EU:C:2016:408.

